

LAS FUENTES JURÍDICAS ROMANAS EN SANTO TOMÁS DE AQUINO

I. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS GENERALES

1. *El tema de la justicia.*

Santo Tomás trata este tema *De iustitia* en la q. 58 de la II-II de la *Summa Theologica*. En el artículo 1 trata el problema de «si está bien definida la justicia diciendo que es “la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho”». Precisamente lo que está poniendo en estado de cuestión, si bien la atribuye a los *iusisperiti*, es la definición de Ulpiano: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere* (Dig. I 10 pr.; repetida en las *Institutas* de Justiniano, I 1 pr.).

Estamos acá frente a la definición que la tradición anterior, incluida la patrística, había venido dando de esta virtud. En tal sentido, repitieron mucho la fórmula de Cicerón: *Iustitia est habitus animi, communi utilitate servata, suam cuique tribuens dignitatem* (*De invent.* II. 53: «la justicia es el hábito del alma, al servicio de la utilidad común, de dar a cada uno su dignidad»¹). Pero Santo Tomás, también cita la definición de Aristóteles, para quien la justicia es «el hábito que dispone a algunos a obrar lo justo y con el que realizan y quieren las cosas justas» (*Eth. Nic.* v 1: 1029 a 3ss.).

El Aquinate, pese a presentar en forma preferencial la definición de Ulpiano, centra principalmente su preocupación en si la justicia es una *voluntas*, tal como lo dice este jurista, o un *habitus*, tal como lo prefieren las otras definiciones. Y aclara su pensamiento al comienzo del *respondeo*, cuando nos dice que «la antedicha definición es aceptable si se la entiende rectamente» (*praedicta iustitiae definitio conveniens est, si recte intelligetur*). Y para entender este sentido recto, cita al mismo Aristóteles (*Eth. Nic.* II 3: 1105 a 32-34) cuando dice que «para el acto de virtud se requiere: primero, que se obre sabiendo; segundo, que haya elección y fin legítimo, y tercero, que se obre invariablemente». De ello continúa la argumentación diciendo que «el primero de estos requisitos está incluido en el segundo, pues «lo que se obra por ignorancia es involuntario», como enseña el Filósofo (*Eth. Nic.* I 9: 1099 a 35), de donde prosigue que por esto es que en la definición de justicia se pone primeramente la “voluntad”, para

¹ Esta fórmula aparecía también retocada por un discípulo de Abelardo, Hermann, diciendo así: *Iustitia est habitus animi unicuique quod suum est, communi utilitate servato*.

manifestar que el acto de justicia debe ser voluntario; y se añade la “constancia” y la “perpetuidad”, para designar la firmeza del acto».

De este modo, tenemos la curiosa circunstancia de que Santo Tomás sigue defendiendo la definición romana de Ulpiano manteniendo la presencia de la palabra «voluntad» (en este caso de origen estoico), si bien luego, al final del *respondeo* no se desentendiendo del elemento aristotélico del «hábito», dándonos una *completa definitio iustitiae*. «Ésta será entonces substancialmente la misma que la dada por Aristóteles, tal como lo reconoce Santo Tomás, como para querer excusarse de esta infidelidad al maestro en una materia importante»².

2. El tema del Derecho.

Cuando se refiere al *ius* en la *quaestio* 57 a. 1 de la II-II de la *Summa*, acepta en forma plena el verdadero sentido romano. En su ad 1um, nos dice que «este vocablo *ius*, originariamente se empleó para significar la misma cosa justa» (*hoc nomen ius primo impositum est ad significandum ipsam rem iusta*). Su fuente en este caso es San Isidoro, quien en las *Etimologías* (v 3,1) decía simplemente que «el *ius* es llamado así, porque es justo» (*Ius [...] dictum, quia iustum [est]*). Pero resulta evidente que Isidoro no hace sino repetir el sentido romano que tiene este vocablo.

Lo mismo ocurre con Aristóteles, quien para designar lo que llamamos *ius* emplea el vocablo δίκαιον, es decir «lo justo» (así, *Eth. Nic.* v 3: 1130 b; v 10: 1134 a - 1135 b), etc.). Y lo vuelve a repetir santo Tomás, en su *Comentario de la Ética a Nicómaco*: «Pues ellos [los juristas] lo denominan *ius*, y Aristóteles lo denomina «lo justo» (*Id enim nominarent [iuristae] ius quod Aristoteles iustum nominat [v, lect. 12, n. 1016]*)³. Por ello el Aquinate emplea la expresión *ius sive iustum* (así, en esta misma *quaestio* 57, en los artículos 2, 3 y 4, resp.).

Pese a que solemos hablar de Derecho Romano, los habitantes del Lacio no emplearon la palabra *directum* o *derectum*, sino que a través de todas las épocas históricas de su evolución jurídica hablaron siempre de *ius*, lo cual *obiter dicta* también hace el Aquinate. «La diferencia existente entre *ius* y “derecho” puede quedar establecida del siguiente modo: por “derecho” entendemos *lo recto*; por *ius* lo justo»⁴.

² Cfr. J.-M. AUBERT, *Le Droit romain dans l'oeuvre de saint Thomas*, Libr. J. Vrin, Paris 1955, pp. 89-90. En la nota 1 recuerda que Santo Tomás ha citado esta definición otras dos veces: en el *Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo* (IV. 33. 3-1 ad 3) y en *De Veritate* (1. 5 ad 13um), si bien con un fin secundario: para confirmar el carácter perpetuo (*perpetua voluntas*) de la virtud y de la verdad eterna. Pero en estos dos pasajes la cita está referida a *in principio Digestorum*. Con ello se vuelve a reafirmar la influencia que había tenido de la definición de Ulpiano en el Digesto.

³ En la traducción de Ana María Mallea (*Comentario de la Ética a Nicómaco*, Ciafic, Buenos Aires 1983), donde Santo Tomás emplea *ius*, lo traduce como *derecho*. Si bien es la traducción común, sin embargo no hay identidad total entre ambos vocablos. En este caso le hace perder la sugerencia de la vinculación de *ius* con *iustum*.

⁴ Cfr. A. DI PIETRO, «La prudente tarea de interpretación en el Derecho Romano»: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* IX (1989) 223. Á. D'ORS, *Derecho Romano Privado*, Pamplona 1977, p. 41: «La palabra propiamente romana es *ius* (de donde la derivación culta “jurídico”, “jurista”), que significa “lo justo”, es decir el orden judicial socialmente admitido, formulado por los que saben de lo justo, por los *iuris prudentes*».

Precisamente el vocablo «derecho» recién aparece en las fuentes romano-cristianas (Casiodoro, *In Ps. 101. 30*, nos hablará de *directitudo*). De este modo, la palabra *directum* aparece encaballada en una idea proveniente de la moral judeo-cristiana⁵. En un segmento de recta se unen dos puntos. Ambos están dirigidos el uno hacia el otro, precisamente por el sentido direccional de la recta, es decir de una línea que no es oblicua ni curvada. Uno de estos puntos puede estar representado por la conducta individual del ente creado. El otro, por la ley establecida por la Divinidad. Cuando el encaminamiento resulta congruente entre estos dos puntos, de tal modo que la voluntad humana esté dirigida a la voluntad divina, entonces podemos hablar de «conducta recta»⁶.

La diferencia entre «derecho» (lo recto) y *ius* (lo justo) «en cierto modo, y solamente en cierto modo (puede permitir) un acercamiento que permita la traducción de *ius* = derecho. Ello puede ocurrir siempre y cuando que *lo recto* se identifique con *lo justo*»⁷.

Santo Tomás demuestra precisamente el uso correcto de estas palabras. En el *respondeo* del artículo 1 de la q. 57 nos establece el sentido especialísimo —siguiendo a Aristóteles— que tiene la expresión «lo recto» (*rectum*): «Lo que es recto en los actos de las demás virtudes [...] no se determina sino en relación al agente. En cambio lo recto en el acto de justicia, aún haciendo abstracción del agente, se constituye en atención a otro, puesto que en nuestras obras se llama justo lo que según alguna igualdad corresponde a otro: por ejemplo, la remuneración debida por un servicio prestado». Y es de aquí que puede concluir con que, «En consecuencia, se da el nombre de justo a aquello que, realizando la rectitud de la justicia, es el término del acto de ésta, aún sin tener en cuenta cómo lo ejecuta el agente, mientras que en las demás virtudes no se califica algo de recto sino en atención a como el agente lo hace. De ahí que, de un modo especial y a diferencia de las demás virtudes, se determina por sí mismo el objeto de la justicia y es llamado *lo justo*. Tal es el *ius*. Luego es evidente que el *ius* es el objeto de la justicia».

El problema que se plantea cuando los juristas comienzan a preferir el uso de la palabra *Derecho* en reemplazo de *Ius*, puede permitir un cierto acercamiento, pero también un alejamiento. Así, en las lenguas romances, donde vemos que en castellano, se habla de *Derecho*, por un lado, y de *Justicia*, por el otro, lo mismo que en francés

⁵ Cfr. A. GARCÍA GALLO, «*Ius* y Derecho», *Anuario de Historia del Derecho Español* (1960); W. CERARINI-SFORZA, «*Ius*» e «*Directum*», Bologna 1930; ID., s. v. «Dritto», en *Nuova enciclopedia giuridica*.

⁶ Cfr. A. DI PIETRO, *op. cit.*, p. 222. Baste esta cita de San Agustín (*Enarrat. in Ps. XXXV, 16*) para ejemplificar el sentido: *Quia non vis voluntatem tuam dirigere ad voluntatem Dei, sed Dei vis curvare ad tuam. Illa recta est, sed tu curvas; voluntas tua corrigenda est ad illam, non illa curvanda est ad te: et rectum habebis cor* («De este modo, no quieres dirigir tu voluntad a la voluntad de Dios, sino que quieres curvar la de Dios hacia la tuya. Aquella es la recta, pero tú la curvas: eres tú quien debes corregir tu voluntad hacia la divina, no que ésta se deba curvar hacia ti: y así tendrás recto el corazón»).

⁷ A. DI PIETRO, *op. cit.*, p. 223. «Pero, de todos modos, como la contextura de las palabras se conforma a partir de nociones distintas, queda siempre pendiente una distancia. En esa distancia está vigente la diferencia. Cuando se da la identificación o un acercamiento entre «lo recto» y «lo justo», esa diferencia puede quedar soslayada. Pero el hecho de que la pretirramos, como como cuando por comodidad hablamos de Derecho Romano en lugar de *Ius Romanum*, no nos debe hacer olvidar que la diferencia existe».

Droit y *Justice*, o en italiano *Diritto* y *Giustizia*. O también en inglés, con *Law* y *Justice*, y más curiosamente en alemán, donde Derecho es *Recht*, palabra que está implicada en *Gerechtigkeit*. En cambio, los romanos se mantienen siempre en la prevalencia de la *iustitia*. Tal como lo demuestra Ulpiano, en el párrafo inicial del Digesto (I 1. 1 pr.), quien hablando del vocablo *ius* nos dice que «es llamado así a partir de *iustitia* (*Est autem a iustitia appellatum*)». Si entendemos acá que el jurista clásico quiso darnos la etimología de la palabra *ius*, tenemos que decir que es errónea, puesto que más bien es *iustitia* la que se conforma a partir de *ius*. «Y sin embargo, en otra lectura, en forma curiosa, Ulpiano nos está develando lo esencial de la palabra *ius*. Esto es, que *ius* está dependiendo de la *iustitia*. Y esto es lo que ya dijimos antes: *ius* es “lo justo”⁸. Que es precisamente lo que dice Santo Tomás: *ius sive iustum*.

Esto es lo que permite que el problema planteado por la divergencia entre las palabras *ius* y «derecho» quede en cierto modo ocultado dentro del propio pensamiento cristiano. La eventual discordancia que pudiera existir entre «lo recto» (donde se nos habla de una dirección de la conducta respecto de la «ley») y «lo justo», ya había sido visto por San Agustín (*De lib. arb.* I 5), al decir que «la ley que no es justa *no parece que sea ley*». Y lo mismo ocurre con Santo Tomás cuando establece una distinción entre lo «legal» y el *ius*: «puesto que la ley —según san Isidoro— es “una constitución escrita”; y *de ahí que la ley no sea el ius mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del ius* (*sed aequalis ratio iuris*. II-II q. 57 ad 2um). Y al hablar de la ley (I-II q. 95 ad 2um), cuando nos dice que si la ley humana «se aparta en un punto de la ley natural (es decir “lo justo natural”) ya no será ley, sino corrupción de la ley». Es que para el pensamiento cristiano medieval del Aquinate la *lex humana* se nutre de la *lex naturalis*, y ésta a su vez de la *lex divina* y de la *lex aeterna*.

Estos aspectos tienen mucha importancia, ya que en la tradición de los tiempos modernos, se irá entendiendo por algunas corrientes jurídicas que Derecho es lo «recto legal» ahora laicizado y por ello sólo humano. Y más aún se llegará a identificar «derecho» y «ley». Y más aún, la brecha abierta entre *ius* y Derecho se torna más acuciante por la posibilidad de leyes que formalmente son tales, pero son injustas. Y que aparecen constituyendo propiamente el Derecho, a pesar de la injusticia de sus normas. Lo cual se acrecienta con el pensamiento de Kelsen, para quien no le interesa el problema de la justicia. Sólo puede haber en consecuencia un criterio de justicia, el señalado por la ley.

3. La definición de *ius* de Celso.

Santo Tomás no nos da una definición del *ius*. Su preocupación principal ha sido la de dilucidar la cuestión de la relación entre *el ius* y la *iustitia*, y ya hemos visto como llega, en el artículo 1 de la cuestión 57 de la II-II, a señalar que el *ius* es el objeto de la justicia identificando ambos conceptos: *ius sive iustum*.

Pero, precisamente en esta misma cuestión, cuando nos presenta la primera de las dificultades, menciona la célebre definición de Celso (Dig. I 1. 1 pr.): *Ius est ars boni et aequi* («el *ius* es el arte de lo bueno y de lo equitativo»). Si la presenta como dificul-

⁸ A. DI PIETRO, *op. cit.*, p. 224.

tad, ello es así por cuanto si *el ius* es un arte, entonces no puede ser que sea «objeto de la justicia», ya que «por sí mismo el arte es una virtud intelectual».

Sin embargo, muy lejos de no aceptar esta definición, en la primera de las respuestas, precisamente ad 1^{um}, nos aclara que «es frecuente que los nombres hayan sido desviados de su primitiva asignación». Y nos da el ejemplo de «medicina»: «Se usó primeramente para designar el medicamento que se aplica al enfermo para curarle; después pasó a significar el arte de curar». Este ejemplo lo emplea por analogía con lo que ocurre con la palabra *ius*, que se empleó en primer lugar para designar «lo justo», o para emplear su exacta expresión «la misma cosa justa» (*ipsa res iusta*). «Pero más tarde se derivó a denominar el arte con que se discierne qué es lo justo». Con lo cual vemos que prácticamente está aceptando la definición de Celso.

Incluso, como nos lo recuerda J.-M. Aubert, quizá por influencia heredada de la dialéctica de Abelardo, se solía invocar distintos aspectos que podía tener una misma palabra para relacionarlos con el significado base, en este caso el de entender *ius* como la *ipsa res iusta*⁹. Por eso Santo Tomás nos da otras dos aplicaciones. Ambas coinciden con las que Paulo recordaba en el Digesto (I 1. 11), donde nos explica las diversas acepciones que puede tener el vocablo *ius*, comenzando por decir que designa «lo que siempre es equitativo y bueno», que coincide con la acepción base de santo Tomás. Y éste toma precisamente aquéllas que le interesan para su exposición, ya que el resto son más técnicamente romanas. Así, nos dice que «después [pasó] a designar el lugar donde se administra el *ius*, como cuando se dice que alguien «comparece en derecho» (*in iure* es, precisamente, una expresión técnica para indicar que el acto sucede ante el pretor, es decir el magistrado encargado de administrar justicia). Y luego, que también es llamada *ius* la sentencia dada por aquél a cuyo ministerio pertenece administrar justicia, aun cuando lo que se resuelva sea inicuo».

Basta comparar estas acepciones con las que dice Paulo para ver la correspondencia de los ejemplos. «Dícese también que el pretor administra el *ius*, aun cuando decide inicuaamente», si bien agrega: «ateniéndose, por supuesto, no a lo que de tal manera hizo el pretor, sino a lo que convino que el pretor hiciera. En otra significación llámase *ius* al lugar en que se administra el *ius*, aplicando el nombre de lo que se hace al lugar en donde se hace [...]». De este modo, aun cuando no lo cita, el Aquinate conocía este párrafo del Digesto, lo que revela también aquí su conocimiento de las fuentes romanas.

II. EL TEMA DE LA LEY

1. La definición de ley.

El Tratado de la Ley abarca las cuestiones 90-99 de la I-II de la *Suma*. Este tema es uno de los más importantes en lo que hace a lo jurídico, pero aquí no lo podría tratar en forma total y especializada, por cuanto excedería los límites de mi trabajo. Digamos que en este tratado, sobre todo al dar la definición de ley, Santo Tomás se está re-

⁹ Cfr. J.-M. AUBERT, *op. cit.*, p. 90.

firiendo en forma general no solamente a la ley humana, sino también a la ley etema, la ley natural, la divina positiva e incluso la ley eclesiástica, en cuanto realizan en sí mismas el concepto de ley.

Mi interés está más bien en constatar y analizar las diversas citas que Santo Tomás toma de los textos romanos, centrándome en la idea fundamental de la ley, y principalmente de la «ley humana». Aquí corresponde aclarar que si bien la procedencia de las ideas fundamentales de esta obra las tenemos que encontrar en la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles, nos encontramos con la invocación explícita de textos del *Corpus Iuris Civilis*.

Ante todo, recordemos la célebre definición de ley que nos da Santo Tomás en *S. Th.* I-II q. 90 a. 4 resp.): «La ley no es más que una prescripción de la razón en orden al bien común, promulgada por aquél que tiene el cuidado de la comunidad» (*Lex nihil aliud est quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*). La definición tiene un claro sentido aristotélico. La preocupación de Santo Tomás será tratar de corroborar el contenido de esta definición respecto de los textos romanos, ya directamente del Digesto o del Código (el llamado *iurisperitus*) o indirectamente por las referencias expresadas por San Isidoro en sus *Etimologías*.

Veamos entonces, los antecedentes romanos que hacen a cada una de las partes fundamentales de esta definición. Si nos fijamos bien, la definición de *lex* está en el artículo 4 de esta cuestión 90, pero resulta preparada en su elaboración por los tres artículos anteriores

a) *Quaedam rationis ordinatio*. En primer lugar, veamos la primera parte («prescripción de la razón»). Ello hace al fundamento de la ley. Este tema viene tratado en el artículo 1, donde la cuestión es «Si la ley pertenece a la razón». Y la dificultad principal estaría dada por saber si el acto del legislador obedece propiamente a un acto de la voluntad (quien dicta la ley lo hace conforme a lo que quiere) o a un acto de la razón (es decir, que quien dicta la ley debe obedecer a un criterio de medida conforme a la razón).

La segunda posición resulta evidente que se corresponde con Aristóteles: «La regla y medida de los actos humanos es la razón, la cual [...] constituye el primer principio de esos mismos actos, pues que a ella compete ordenar las cosas a su fin, que es principio primero de operación, según el Filósofo» (q. 90 resp.; *Phys.* II 9: 200 a. 22; *Eth. Nic.* VII 8: 1151 b). En cambio, el primer criterio podría encontrar su fundamento en un célebre paso del Digesto. Se trata de la definición de Ulpiano (Dig. I 4. 1), referida propiamente a la «constitución imperial» (*constitutio principis*), lo cual sin embargo no ofrece dificultad, puesto que ya desde el período del Bajo Imperio (derecho romano posclásico) la costumbre legislativa consiste únicamente en estas constituciones, las cuales son denominadas genéricamente *leges*.

Esta definición dice así: «Aquello que le ha gustado [ordenar] al príncipe, tiene fuerza de ley» (*Quod placuit principi, legis habet vigorem*). Santo Tomás, la trae como la tercera de las dificultades a la cuestión sobre «Si la ley pertenece a la razón». La dificultad es obvia, puesto que en el *Quod principi placuit*, está expresada directamente la voluntad del príncipe. En la respuesta a esta dificultad, Santo Tomás no deja de reconocer el papel que juega la voluntad en el acto de legiferar, pero recuerda también

que debe intervenir la razón. De este modo, razón y voluntad resultan elementos inseparables que deben existir en toda ley e intervenir en su elaboración. Con las propias palabras de Santo Tomás: «[...] para que la voluntad al apetecer esos medios, tenga fuerza de ley, es necesario que ella misma sea regulada por la razón. Y así ha de entenderse el que la voluntad del príncipe se constituya en ley». De lo contrario, si nos quedamos simplemente con la voluntad, estamos en presencia de la arbitrariedad del príncipe. Y siendo así, es decir no conciliada la voluntad con la recta razón, «no sería ley, sino iniquidad».

b) *Ad bonum commune*. En lo que se refiere a la finalidad de lo preceptuado en la ley, o sea el «bien común», hablando precisamente de la «ley humana». Emplea en primer lugar el argumento de San Isidoro (*Etym.* 21. 82. 203; cfr. *Etb.* v 1: 1129 b 17) acerca de que «La ley no se ordena a ningún provecho particular, sino a la utilidad común de los ciudadanos». Y acá no se encuentra con ninguna dificultad, sino más bien una confirmación en los textos romanos. Es por ello que nos recuerda que «el fin de la ley humana es la utilidad de los hombres, como lo ha dicho el Jurisconsulto» (*Finis autem humanae legis est utilitas hominum, sicut etiam Iurisperitus dicit* [*S. Tb.* I-II q. 95 a. 3 resp.]).

La referencia que se hace corresponde a un párrafo del jurista Modestino (Dig. I 3. 25), donde hablando de que hay que hacer una interpretación benigna y equitativa que no altere «las cosas que saludablemente [están en las leyes] para la utilidad de los hombres» (*salubriter pro utilitate hominum*). La Glosa ordinaria, comentando la expresión de que «la ley es un precepto común» (*lex commune praeceptum*), que corresponde a un párrafo de Papiniano (Dig. I 3. 1), decía precisamente que «ser común, es así por lo estatuido para la utilidad común» (*esse commune, id est pro utilitate communi statutum*). Con ello, el tema del bien común, como finalidad de la ley, de raigambre aristotélica, encuentra también su correspondencia romana. El párrafo de Modestino ya citado vuelve a ser empleado por Santo Tomás en la I-II q. 96 art. 6, hablando precisamente de la interpretación de la ley. Y aquí nos dice, en el *resp.*, reproduciendo lo dicho por el jurista romano clásico: «[...] toda ley se ordena al bien común de los hombres, y de esta ordenación recibe su fuerza y su carácter de verdadera ley; en la medida en que se aparta de esta finalidad, pierde su fuerza obligatoria. Por eso dice el Jurisconsulto que «ninguna razón jurídica o benigna equidad permite que nosotros interpretemos más severamente y hagamos demasiado pesadas aquellas ordenaciones saludables que han sido establecidas para utilidad de los hombres, convirtiéndonos en perjudiciales»».

Santo Tomás vuelve sobre esta cuestión de la finalidad del bien común estableciendo en el artículo 1 de la cuestión 96 de esta misma sección, donde trata el problema de «si la ley humana se ha de establecer con carácter general, o más bien particular», y en *sed contra*, se apoya en lo que dice el Jurisconsulto, diciendo que «las leyes han de establecerse a base de lo que con más frecuencia sucede, no conforme a lo que tal vez puede acaecer en un caso particular». En realidad se trata de una fusión que hace el Aquinate de dos textos del Digesto. En efecto, Pomponio (I. 3. 3) nos dice que «Conviene que las leyes se establezcan, según dijo Teofrastró, sobre lo que muy frecuentemente sucede, no sobre lo aislado [*ex inopinato*]». Y también Celso (I 3. 4), quien afirma lo mismo: «Sobre lo que por casualidad puede acontecer en algún que o-

tro caso, no se establecen las leyes». Como se puede advertir fácilmente, Santo Tomás reduce este principio en una sola frase¹⁰.

En este caso, la fundamentación jurídica está fundada, pues, en los textos romanos, y si bien en esta cuestión cita a Aristóteles, como la primera de las objeciones, cuando dice que «tienen carácter de ley las cosas particulares que están puestas en la ley y las sentencias judiciales», no solamente aclara que el sentido de lo «legal» puede ser considerado como carácter común, es decir para todos, si bien en su aplicación, p. ej. en una sentencia, la aplicación es particular, sino que además, en el *Comentario de la Ética Nicomaquea* (v 16: 1084), al comentar lo establecido por el Estagirita en su *Ethica* (v: 1137 b) establece el criterio ya asentado en los mencionados textos romanos, al decir que: «Por tanto [...] es necesario que el legislador hable universalmente por la imposibilidad de abarcar los casos particulares, y como tampoco es posible que a todos los casos rectamente se refiere lo que dice, porque en unos pocos casos falla, el legislador toma lo que ocurre en la mayoría de los casos, y no obstante no ignora que en ciertos casos sucede haber una falta».

c) *Ab eo qui curam communitatem habet, promulgata*. Santo Tomás trata esta cuestión de la promulgación en el artículo 4 de esta cuestión 90. La fuente principal está dada en el *sed contra*, donde cita las *Decretales* de Gregorio (p. 1 d. 4 *append. ad canon 3.*): «Las leyes quedan instituidas cuando son promulgadas». Pero este principio elemental tiene una raíz subyacente que es romana. Se trata de lo dispuesto en el Código de Justiniano (I 14. 7): «Es cierto que para las leyes y constituciones futuras hay que darle la forma de los negocios, y no que se revoquen las anteriores de hecho».

2. Otras cuestiones vinculadas con la ley.

Aparte del tema de la definición, podemos encontrar la influencia de los textos jurídicos romanos en otros aspectos vinculados con la ley.

a) *La aplicación general de la ley*. En I-II q. 96 a. 5, Santo Tomás se plantea el problema de «si todos están sometidos a la ley humana». La cuestión tiene importancia en nuestro tema puesto que la tercera de las objeciones presenta un texto del Digesto. Se trata de un delicado párrafo de Ulpiano (Dig. I 3. 31), según el cual «el príncipe está desligado de las leyes» (*princeps legibus solutus est*).

Santo Tomás resuelve esta cuestión en el ad 3, estableciendo una diferencia en lo que se puede llamar el aspecto punitivo de la ley, entre lo que llama la «fuerza directiva» (*vis directiva*), es decir el principio inherente y esencial a toda ley humana, según el cual la ley humana obliga precisamente a todos, dado su carácter general, y lo que llama la «fuerza coactiva» (*vis coactiva*), es decir la potestad que tiene la autoridad para hacerla cumplir.

De este modo, el Aquinate no rechaza el principio romano. Más aún, citando la Glosa, acepta también que «no hay nadie que pueda juzgar las acciones del rey». Pero aclara que esta regla se debe aplicar a la *vis coactiva*: «Se dice que el príncipe está des-

¹⁰ Este texto ya era conocido por Santo Tomás, puesto que en el *Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo* decía lo mismo (IV. 36. 1. 5): «Los preceptos de derecho positivo siguen aquello que ocurre en la mayoría de los casos».

ligado de la ley en cuanto a la “fuerza coactiva”. Porque, propiamente hablando, nadie se fuerza a sí mismo, y toda la fuerza coactiva que tiene la ley la recibe de la potestad del soberano. Así, pues, decirnos que el soberano está exento de la ley, porque nadie puede dictar contra él juicio condenatorio en caso de que obre contra la ley».

Pero otra cosa es la *vis directiva*: «Pero, en cuanto a la fuerza directiva de la ley, el soberano está sujeto a ésta por su propia voluntad, según se lee en las *Decretales (extra, de Constitutionibus*, cap. 6 “Cum omnes”): “Todo el que establece un derecho para otro debe él a su vez usar de ese mismo derecho; y dice la autoridad del Sabio (Dicius Ausonius, *Sent.*; Pittacus, vers. 5): “Obedece tú mismo la ley que has dictado”».

La solución tomista debe ser entendida dentro de la alta idea que Santo Tomás tiene de la ley humana, como participación de la ley divina. Precisamente podría quedar la duda acerca de lo que le ocurre al soberano que dicta la ley, pues quedaría impune. Él debe cumplir lo que sancionó por propia conformidad y no constreñido. Pero para el Aquinate, dada la participación de la ley humana en la ley divina. Por ello, la *vis directiva* no proviene tanto de un acto personal del legislador como de la voluntad divina, de la cual la ley humana depende: ésta no es creada por el legislador, lo que hace es manifestarle. Por ello Santo Tomás agrega: «Además, el Señor clama contra “los que dicen y no hacen” y contra los que “ponen sobre los demás pesadas cargas, pero ellos ni con un dedo hacen por moverlas”, como se lee en el Evangelio de San Mateo (23,3-4). Por eso, ante el juicio de Dios, el príncipe no está exento de la ley por lo que toca a su fuerza directiva, y debe cumplirla voluntariamente, no por coacción».

J.-M. Aubert comenta que «esta solución puede dejar flotar un escepticismo sobre la fidelidad al sentido primitivo de este pasaje [el de Ulpiano en el Digesto], interpretado en un contexto ideológico que lo sobrepasa; tampoco la preocupación que tiene nuestro autor en respetar la autoridad de la cita. Puede ser que haya tenido conciencia de ello, pues terminando el artículo en cuestión, da otra justificación del mismo texto, ésta más jurídica: “El soberano además, está sobre la ley, porque si fuera conveniente, puede cambiarla o dispensar de ella, según lo exija el tiempo y el lugar”¹¹.

b) *El tema de la equidad*. A propósito del tema de la interpretación de la ley, Santo Tomás, siguiendo en el fondo a Aristóteles, se preocupará de la «equidad» (*epieikeia*). La tratará brevemente por separado en II-II q. 120. Y aquí vuelve a repetir la fundamentación básica de la *Ética Nicomaquea*, pero al mismo tiempo encuentra puntos de apoyo en el Derecho Romano. Y acá no será en textos del Digesto, sino del Código de Justiniano.

En el artículo 1 de esta cuestión 120, se presenta el interrogante de «si la *epieikeia* es una virtud». La primera dificultad que presenta se refiere a que la equidad no puede ser virtud, «porque desprecia lo justo según la ley y parece oponerse a la severidad». Y al contestar esta objeción, aclara que la equidad no pasa por alto lo justo en su noción universal, sino lo justo establecido en una ley particular. Ni tampoco se opone a la severidad. Y aclara: «En cambio, cumplir la letra de la ley cuando no se debe, es pecado. Por esto es que dice el Código: “Sin duda alguna falta a la ley quien se

¹¹ J.-M. AUBERT, *op. cit.*, p. 84.

apoya en la letra de la ley para obrar en contra del espíritu de la ley misma" (Cod., I 14. 5)».

Y luego, en la objeción tercera, recuerda lo que dice Aristóteles acerca de que la *e-pieikeia* debe consultar la intención del legislador. Pero esto es una tarea que correspondería a la máxima autoridad, es decir, en Roma al Emperador. Y acá cita el Código (I 14. 1): «Es un derecho y deber que nos reservarnos de interpretar los puntos en litigio entre la equidad y el *ius*». Por lo tanto, si es de competencia imperial la tarea de la interpretación, el acto de equidad realizado por otro es ilícito. Pero en su respuesta ad 3um, Santo Tomás explica en qué consiste la interpretación de la cual se habla en la constitución citada del Código: es el acto propio del legislador que se realiza en los casos dudosos. Y entiende por tales aquellos supuestos «en los que no es lícito apartarse de la letra de la ley sin la determinación de la autoridad. Pero esto es una situación distinta de lo que ocurre con la equidad.

De este modo, una cosa es un «caso dudoso» y otra cosa un «caso equitativo». En el primero, de acuerdo con el principio romano posclásico, el magistrado encargado de administrar justicia no puede lícitamente interpretarlo, por cuanto escapa de su competencia el introducir modificaciones en la ley. En cambio, en el «acto equitativo» estamos precisamente aplicando la ley. Pero «los legisladores atienden para establecer sus leyes a los datos ordinarios, por lo cual puede suceder que alguna vez se equivoquen y atenten contra la justicia y el bien común, cuyo fomento intenta precisamente la ley». Y nos presenta el caso de que si bien la ley manda devolver lo ajeno, lo cual es totalmente justo y acomodado a los principios de la justicia conmutativa, «en algún caso concreto, a saber, devolver el puñal que abandonó un demente cuando le da un ataque de ira o también devolver a un traidor el capital que exige para seguir impugnando a su patria». Y concluye: «En tales circunstancias es pernicioso cumplir lo establecido por la ley, y es conveniente seguir, por encima de la letra de la ley, lo que dicta la razón justa y el bien común».

III. EL TEMA DEL DERECHO NATURAL Y DEL DERECHO DE GENTES

1. *Los textos jurídicos romanos.*

En el Derecho romano nos encontramos con tres clasificaciones principales del *ius*:

a) En primer término, la de Gayo (Inst. I 1 = Dig. I 1. 9) según la cual existen dos clases distintas. Por un lado el *ius* «que la razón natural (*naturalis ratio*) establece entre todos los hombres y es observado por igual por todos los pueblos [y] es llamado *ius gentium*». Por el otro está el *ius civile*, es decir «el *ius* que cada pueblo se ha dado a sí mismo, es decir el *ius* propio de cada ciudad (*civitas*)».

Lo que llama la atención en esta división bipartita es que aparte del *ius civile*, como derecho particular de cada nación, cuando se habla del *ius gentium*, que sería el derecho común aceptado por todas las naciones, se lo fundamenta en la *naturalis ratio*. Con lo cual este derecho común aparece identificado de hecho con el *ius naturale*.

¿De dónde un autor como Gayo, que no era propiamente un jurista, sino más bien un enseñante del *ius* ha tomado esta expresión? La respuesta no es sencilla y las opi-

niones están divididas. Por un lado se puede pensar en una influencia estoica. Para esta escuela, muy popular en Roma, existe un Logos universal que es inmanente a la naturaleza, a la que penetra y sostiene. En tal sentido, se ha aproximado la expresión *naturalis ratio* a la que suelen usar los partidarios de la Stoa, de ὀρθός (=recto) λόγος (=razón). Pero también se puede pensar en que la procedencia, como opinan otros, es aristotélica. En su *Ética a Nicómaco*, el Estagirita habla de «lo justo natural» (φυσικόν δίκαιον), «que tiene en todas partes la misma fuerza y no depende de tal o cual opinión», que se distingue de «lo justo legal» (νομικόν δίκαιον), que es «aquello que en su origen puede ser indiferentemente esto o lo otro, pero que una vez establecido se impone» (V 10: 1134 b 18ss). La primera «es según la naturaleza, no escrita, idéntica en todos los pueblos»; la segunda, «es la ley particular de cada pueblo» (*Retb.* I 15: 1373 b 5; 1375 b 5-10). En este caso, los giros empleados por Gayo coinciden totalmente con lo dicho por Aristóteles.

b) Con Ulpiano (Dig. I 1. 1. 3; Inst. I 2, pr. y 1), aparece otra clasificación, esta vez tripartita. En efecto, distingue entre:

— (i) el *ius naturale*, que es «aquél que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales que nacen en la tierra o en el mar, y también las aves», como por ejemplo la unión de sexos y la procreación de los hijos, y de aquí la educación, «pues vemos que también los demás animales, hasta las fieras, siguen la experiencia de este *ius*».

— (ii) el *ius gentium*, que es aquél que «usan todos los pueblos humanos, el cual fácilmente se deja entender que se diferencia del natural, porque éste es común a todos los animales, y aquél a sólo los hombres entre sí».

— (iii) el *ius civile*, como el propio de cada *civitas*.

En este caso, la división tiene un neto carácter de asignar cada uno de los *iura*, según los sujetos, ya activos, ya pasivos, que están comprendidos. Así presentados, la correlación entre estas tres clases de derechos podría estar representada por tres círculos concéntricos: el círculo más amplio sería el *ius naturale* derivado de la *ratio divina* y aplicable a todos los seres vivos; el círculo segundo representaría a su vez, el *ius gentium*, aplicable a todos los hombres de todas las naciones, y finalmente el más interno significaría el *ius civile*, es decir el propio de una *civitas* determinada¹².

c) También se podría agregar una tercera clasificación deducida del párrafo de Hermogeniano (Dig. I 1. 5), quien nos presenta también otra correlación que le permitiría una diferenciación evolutiva histórica; así, primero fue el *ius naturale*, en una época idílica en que no existían las guerras; luego advino el *ius gentium*, por el que se introdujeron las guerras, los límites de los campos, el comercio, la compraventa, las obligaciones, etc.; y luego vino el *ius civile*, como particularización mayor.

Si prestamos atención a estas dos últimas clasificaciones, vemos que en el caso de Ulpiano, se presta atención formal a los sujetos que son posibles de cada uno de los *iura*, mientras que lo que indica Hermogeniano nos infiere una mera descripción histórica que agrega muy poco al conocimiento de la esencia de lo que significan cada uno de estos derechos.

¹² Cfr. A. DI PIETRO, *Institutas de Gayo*, Abeledo-Perrot, 5a. ed., Buenos Aires 1997, p. 47 nota 1.

Santo Tomás, sin embargo, utilizará principalmente la clasificación de Upiano —la cual era la más conocida en la Glosa y en la época en que vivió el Aquinate—, lo mismo que lo que indica Gayo a propósito de la *naturalis ratio*. Sin olvidar otra definición muy famosa que no corresponde a un jurista, sino más bien a un escritor romano, que merecía el respeto pleno de Santo Tomás. Nos referimos a Cicerón, quien, cuando habla del *ius naturale*, nos dice que *natura ius est, quod non opinio genuit, sed quaedam innata vis inservit* (*De inv.* II 53. 161), la cual, quizá por su simplicidad, Santo Tomás la tendrá siempre presente. Con todo ello, Santo Tomás hallará el modo de realizar una síntesis que, superando lo dicho por los escritores romanos, logre ubicar estos conceptos en el pensamiento cristiano.

2. *El tema del ius naturale y de la lex naturalis en Santo Tomás.*

2. 1. Diferencia entre ambos conceptos.

Corresponde en primer término aclarar la terminología que maneja el Aquinate. Aunque en ciertas ocasiones habla indistintamente de *ius naturale* y de *lex naturalis*, es plenamente consciente de que no son términos idénticos. Por *ius naturale* entiende lo *iustum naturale*, aceptando, por un lado, lo que ya había explicado en el artículo 1 de la cuestión 57 de la II-II, acerca de que *ius est obiectum iustitiae* (resp. in fine); esto es la *ipsa res iusta* (esta cuestión, ad 1um). Y por el otro, siguiendo a Aristóteles (*Eth.* V 7: 1134 b 18), al decir que «de lo justo político, uno es natural, otro legal» (*ibid.*, art. 2, sed contra), el *ius naturale* es «algo adecuado a otro, conforme a cierto modo de igualdad», pero «atendida —en este caso— la naturaleza misma de la cosa (*ex ipsa natura rei*); por ejemplo, cuando uno da tanto para recibir otro tanto, y a esto se lo llama *ius naturale* (II-II q. 57 a. 2 resp.).

En cambio, la *lex* es «cierta razón del *ius*», tal como lo aclara en II-II q. 57 ad 2um. Habla allí de que «el arte preexiste en la mente del artista cierta idea, que es la regla del arte, y así también la razón que determina lo justo de un acto conforme a una idea preexistente en el entendimiento como cierta regla de prudencia». Y agrega: «Y ésta, si se formula por escrito, recibe el nombre de ley, puesto que la ley, según san Isidoro, (*Etym.* V 3. 2), es «una constitución escrita»; y de ahí que la ley no sea el *ius* mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del *ius*». Y hablando de la *lex naturalis*, en coincidencia con lo dicho anteriormente, citando a San Agustín, quien dice (*Confess.* II 4): «Tu ley está escrita en los corazones de los hombres, la cual no puede borrar iniquidad alguna». De lo que deduce fácilmente que «La ley escrita en los corazones de los hombres es la *lex naturalis*» (I-II q. 94 a. 6 sed cot.tra).

2. 2. Sentido de la *lex naturalis*.

Para poder comprender mejor recordemos brevemente que cuando Santo Tomás se plantea el tema de las clases de leyes (I-II q. 91), termina por entender que existen principalmente cuatro clases. Si las mencionamos por su orden de importancia tendríamos: primero, la *lex aeterna*, la cual es entendida por «esa razón del gobierno de todas las cosas, existente en Dios como en el supremo monarca del uráverso» (a. 1 resp.); se-

gundo, *la lex divina*, la cual es dictada por Dios para ordenar a los hombres al fin último de la bienaventuranza (a. 4 resp.); tercero, *la lex naturalis*, que es «la participación de la *lex aeterna* en la criatura natural que es el hombre» (a. 2 resp.); y cuarto, *la lex humana*, que es aquella sancionada por los hombres para «obtener soluciones más concretas partiendo de los preceptos de la *lex naturalis* como de principios generales e indemostrables» (a. 3 resp.).

En esta elaboración tomista existe, pues, una jerarquía de las leyes, de tal modo que todas provienen de la *lex aeterna*, y están de algún modo participadas. Todos los seres, por el hecho de estar sometidos a la Providencia divina están regladas por la ley eterna, aunque hay que aclarar que esta participación se da en diversos grados.

Pero sentado el criterio fundamental en cuanto a la cuestión de la *lex naturalis*, resulta ahora consciente, ver el análisis de la cuestión referida al *ius naturale*, donde estos mismos principios están aplicados de una manera sistemática.

3. *El ius naturale y el ius gentium.*

3. 1. El estado de la cuestión en la época de Santo Tomás.

La cuestión primera que debe resolver santo Tomás, es la de saber si el *ius naturale* se identifica con el *ius gentium* o, por el contrario, si se trata de derechos distintos que tienen cada uno su propio contenido.

a) Recalquemos que el Aquinate tenía una gran respeto por las definiciones de Ulpiano, según las cuales, el *ius naturale* es «aquél que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este *ius* no es propio del género humano, sino común a todos los animales que nacen en la tierra o en el mar, y también las aves», como por ej. la unión de sexos y la procreación, mientras que *el ius gentium* es «el que usan todos los pueblos humanos».

Sin embargo, pesaba sobre esta definición una grave dificultad, y esta era que el derecho es netamente un fenómeno humano. Por ello, presentar un *ius* que fuera común a los animales y los hombres, era como aceptar que entre ellos existía una sociedad común.

Esta objeción era ya conocida por un autor que es muy empleado por Santo Tomás, como San Isidoro de Sevilla. En sus *Etimologías*, cuando trata de esta cuestión, si bien acepta la división tripartita de Ulpiano, altera su definición del *ius naturale* diciendo que el *ius naturale est commune omnium nationum, et quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur; ut viri et feminae coniunctio, liberorum successio et educatio, communis omnium possessio, et omnium una libertas, acquisitio eorum quae caelo, terra marique capiuntur [...]* (v 4. 1). Resulta por ello evidente que ha reemplazado el *quod natura omnia animalia docuit*, que figuraba en Ulpiano, con esta expresión del «común a todas las naciones». Y aún cuando no lo dice, el cambio se ha realizado para evitar esa asociación de hombres y de animales. Ello es lo que le permite agregar otras aplicaciones a las que mencionaba el jurista romano, como la posesión común de los bienes, la libertad, la adquisición de los bienes y otros casos más, que serán los del llamado después «derecho natural secundario».

Ello le crea el problema, ya que ha aceptado la división tripartita de Ulpiano, de definir el *ius gentium*. Y respecto de éste (v 5. 6), simplemente nos da ejemplos, tales

como la ocupación de los suelos, la edificación, la construcción, las guerras, los cautiverios, las servidumbres, el *postliminium* (derecho del ciudadano de recobrar su condición jurídica anterior cuando se libera del cautiverio por guerra), los pactos de paz, las treguas, la religión de no violar los embajadores, la prohibición de casamiento con las extranjeras. Y cierra esta lista diciendo que esto es llamado «derecho de gentes», porque este *ius* es usado casi por todas las naciones. Con ello, la distinción entre el *ius naturale* y el *ius gentium*, se volvió bastante diluida y hasta confusa.

A su vez, en las *Decretales* de Graciano el *ius naturale* es definido en un sentido novedoso, adecuado a los principios cristianos, como «aquello que se contiene en la Ley (los Mandamientos) y en el Evangelio» (I 1.1). Hay precisamente un alejamiento de la definición de Ulpiano. Y entre los decretistas, el principal de ellos, Rufino (1157-1159), la rechaza de manera explícita, por creerla vaga, imprecisa e impropia¹³. Y también la rechaza el propio maestro de Santo Tomás, es decir San Alberto Magno, precisamente porque los brutos animales son incapaces de derecho¹⁴.

Incluso en los tiempos actuales, el Padre Ramírez, al tratar la definición de Ulpiano, le achaca no solamente el ser de procedencia estoica, sino además la influencia de Séneca, con ideas panteísticas, al hablar de *commune ius animantium*. Y también posibles influencias de los pitagóricos y de Empédocles, que creían en la reencarnación de los hombres en los animales, razón por la cual no había que matarlos. Y extiende la crítica hasta la propia definición de *iurisprudencia* que nos da Ulpiano (Dig. I 1. 10. 2), al decir que consiste en *divinarum atque humanarum rerum notitia; iusti atque iniustitia scientia*. Para él acá está la influencia de Crisipo, quien había definido la ley como la «reina de todas las cosas divinas y humanas» (Dig. I. 3. 2), de tal modo que existiría una misma sociedad entre hombre y dioses.

Digamos acá, que la crítica realizada por el P. Ramírez, gran conocedor de Santo Tomás, resulta totalmente gratuita respecto a Ulpiano, por lo que no resulta aceptable. Si Ulpiano menciona a los animales, tal como lo reconocerá el mismo Aquinate, es porque perteneciendo éstos a la naturaleza, ésta les ha participado del instinto de procreación, y bajo esta circunstancia están dentro del *ius naturale*, puesto que corresponde a un apetito de la ley natural. Pero baste con citar, entre otros casos, otro paso de Ulpiano (Dig. IX 1. 1. 3), donde nos dice que un animal que carece de razón no puede obrar en forma contraria al *ius* (aplicado en este caso a que no puede cometer *iniuria*). Por otra parte, los romanos no hablan en ninguna parte de que los animales puedan tener derecho, en el sentido en que hoy se habla torpemente de los «derechos de los animales». En tal sentido, Hermogeniano (Dig. I 5. 2) nos dice que *hominum causa omne ius constitutum sit* (es por causa de los hombres que se ha constituido el *ius*). Por otro lado, esas influencias que atribuye el P. Ramírez a la definición de Ulpiano no aparecen en ninguna parte. Hasta el muy cristiano emperador Justiniano, que se proclama siempre gran defensor de la fe, hasta el punto de que le da carácter de constitución imperial al Credo de Nicea —esto es, le da carácter legal positivo—, no tiene ningún empacho en dar la definición de *ius naturale* como *quod natura omnia*

¹³ *Summa Decretorum*, P. 1, dist. 4, citado por el S. RAMÍREZ, *El derecho de gentes*, Studium, Madrid-Buenos Aires 1955, p. 36.

¹⁴ *De bono*, tract. 5 q. 1 a. 1 ad 12um, cit., por S. RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 43.

animalia docuit, agregando que «este *ius* no es privativo del género humano, sino de todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar» (Inst. I 2. pr.).

3. 2. La solución de Santo Tomás.

Pero ésta era la situación en que se encontraba la cuestión en los tiempos en que vivía Santo Tomás. Él seguirá prefiriendo la definición de Ulpiano, pese a todas estas críticas, pero no sólo la restablece en su verdadero sentido, sino que la leerá con ojos cristianos, estableciendo con claridad suficiente cómo se debe entender el *ius naturale* y el *ius gentium*.

Así, en el artículo 3 de la q. 57 de la II-II, trata el problema de si el *ius gentium* se identifica con el *ius naturale*. La respuesta dada en el *sed contra* es muy sutil, puesto que allí cita a San Isidoro (v 4) cuando dice que «el *ius* es o natural, o civil o de gentes», de lo que llega a la conclusión de que el *ius gentium* se diferencia del *ius naturale*. Por lo que ya vimos del texto más ampliado del arzobispo de Sevilla, Santo Tomás le toma únicamente la primera frase, precisamente la que coincide con la definición tripartita de Ulpiano.

Con anterioridad, en la objeción primera cita al *Iurisperitus* (es decir, a Ulpiano), expresando que «los hombres no convienen unánimemente sino en aquello que les es natural. Ahora bien, acerca del *ius gentium* todos los hombres están de acuerdo, pues dice el Jurisconsulto que “el *ius gentium* es el que usan todas las naciones”. Luego [parecería] que el *ius gentium* es el *ius naturale*». Remarquemos dos cosas: (i) cuando quiere hablar de la división tripartita del *ius* no se asienta en la fuente romana que es la más conocida, sino en un autor cristiano, como San Isidoro, pese a que no se dice que éste la ha tomado de Ulpiano; (ii) la cita en la objeción —en la que no se hace referencia a que el jurista romano diferenciaba ambos derechos— está inteligentemente hecha para darle pie a lo que dirá en el *respondeo*.

Precisamente allí, luego de recordar lo que ya había dicho acerca de que «lo justo natural es aquello que por su naturaleza es adecuado o ajustado a otro» (*ibid.* a. 2), nos aclara que esto puede acontecer de dos modos. Y acá desarrolla brevemente lo que se da en llamar «derecho natural primario» y «derecho natural secundario». El primero rige «considerando la cosa absolutamente y en sí misma», y nos da ejemplos que están en Ulpiano: «así el macho se acomoda a la hembra, para engendrar de ella; y los padres al hijo, para alimentarlo» [Ulpiano había hablado de la educación]. A su vez, el «derecho natural secundario» ocurre cuando considerarnos la cosa «no absolutamente en su naturaleza, sino en relación a sus consecuencias: por ejemplo, la propiedad de las posesiones», puesto que si bien «no hay razón para que pertenezca a una persona con preferencia a otra», existen razones de conveniencia y de utilidad para que ello se a así (con cita de Aristóteles, *Polit.* II 2: 1263 a 21).

Pero lo interesante viene a continuación cuando nos dice: «Sin embargo, aprehender alguna cosa en absoluto no es propio sólo del hombre, sino también de los demás animales»; por eso el derecho es llamado natural en el primer sentido, (es decir, «derecho natural primario»), pues *es común a nosotros y a los restantes animales*. Con lo cual está superando todas las otras interpretaciones que rechazaban el *ius naturale* para los animales.

Y de aquí, siguiendo a Upiano, nos dice que «del *ius naturale* así entendido se aparta el *ius gentium*, «puesto que aquél es común a todos los animales y éste solamente a los hombres entre sí». Y además, en el sentido del «derecho natural secundario», nos dice que las consecuencias que se derivan son propias de la razón: «Y de aquí que estas mismas consecuencias sean naturales al hombre, en virtud de su *ratio naturalis* que las dicta; y por ello, el jurisconsulto Gayo escribe: «Aquello que la razón natural constituyó entre los hombres es observado por todos, y se llama *ius gentium*»».

3. 3. La cuestión de la participación en el *ius naturale* y en la *lex naturalis*, por parte de la *lex aeterna*.

Santo Tomás acepta, como hemos visto, que también los animales están sometidos al *ius naturale*. Ya anteriormente, cuando se había planteado el problema de la *lex naturalis*, había establecido «que los animales irracionales participan a su modo de la razón eterna, como la criatura racional. Pero la criatura racional participa intelectual y racionalmente de ella; por eso la participación de la ley eterna en la criatura racional se llama con propiedad ley, pues ley, como hemos dicho ya (q. 90 a. 1), es algo propio de la razón. Pero las criaturas irracionales no participan de este modo de la ley eterna; por eso sólo puede denominarse ley por cierta semejanza» (I-II q. 91 a. 2 ad 3um).

Y luego nos aclara acerca de esto que «de dos maneras puede estar sujeta una cosa a la ley eterna: o porque participa de esa ley mediante el conocimiento de la misma, o porque participa a modo de acción o de pasión, en cuanto la recibe como principio intrínseco motor». Y continúa: «Participando únicamente a modo de acción o de pasión, están todos los animales irracionales. En cambio el racional, además de lo común con las demás criaturas, tiene algo peculiar por su carácter de racional. Por eso se encuentra sometida a la ley de ambas maneras: tiene en cierto modo conocimiento de esa ley eterna y, además, lleva grabada en su misma naturaleza cierta inclinación hacia aquello que la ley eterna ordena (I-II q. 93 a. 6 resp.). Por ello es que «toda ley, incluida la ley natural, se deriva de la ley eterna en la medida en que participa de la recta razón. Por eso dice San Agustín (*De lib. arb.* I 6) que «En la ley temporal nada hay justo y legítimo que no hayan tomado los hombres de la ley eterna».

Toda esta doctrina se puede resumir en la famosa definición de Santo Tomás, al tratar en I-II q. 91 a. 2 resp., cuando nos dice que *Unde patet quod lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura* (es, pues, evidente que la ley natural no es más que la participación de la ley eterna en la criatura racional).

4. Las distintas clases de *ius* en Santo Tomás.

Podemos, en consecuencia establecer tres casos distintas de *ius* concebidas precisamente a partir del concepto de *ius naturale* en conjunción con la *lex naturalis*.

1. *Ius naturale* (como derecho natural estricto, o «derecho natural primario»). El contenido de este *ius naturale*, medido por la *lex naturalis* resulta de los principios evidentes por sí mismos. Santo Tomás establece en I-II q. 94. a. 2 resp. que «el primer principio de la razón práctica será el que se funda en la naturaleza del bien: «Bien es lo que todos los seres apetecen». Éste, pues, será el primer precepto de la ley: se debe

obrar y proseguir el bien y evitar el mal. Todos los demás preceptos de la ley natural se fundan en éste» (I-II q. 94. a. 2 resp.). Y entre ellos menciona:

i) Una tendencia natural común a todos los seres, es la conservación en el ser (*ibid.* q. 94. a. 2 resp.): «Por razón de esta tendencia, pertenecen a la ley natural todos los preceptos que contribuyen a conservar la vida del hombre y a evitar sus obstáculos».

ii) Lo que «la naturaleza ha enseñado a todos los animales», tales como la comunicación sexual, la educación de la prole, etc. Esto tiene importancia para nuestro tema por cuanto se trata de la definición misma de Ulpiano (Dig. I 1. 1. 3). Digamos que ya en el *Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo* (IV 26. 1. 1) nos recuerda la misma definición del jurista romano. Con esta curiosidad: por un lado, la menciona en la objeción primera: «el *ius naturale* es aquello que la naturaleza enseña a todos los animales», consistiendo la objeción en que «entre los animales, la unión sexual se realiza sin matrimonio»; se deduce de esto que sea de *ius naturale*. Y por el otro, la menciona en el *sed contra*: «Se dice al principio del Digesto que *ius naturale* es la unión del macho y de la hembra, a la cual nosotros llamamos matrimonio». Santo Tomás resuelve fácilmente la cuestión, estableciendo que la naturaleza inclina al hombre de dos maneras distintas: primero, de una manera que resulta común a todos los animales, y esto lleva a la unión natural de los sexos; y segundo, la misma naturaleza inclina al hombre según su naturaleza específica, es decir según su razón, y ésta lo lleva a una unión sexual especial, que es precisamente el matrimonio.

iii) Y finalmente, Santo Tomás menciona la tendencia propia del hombre a lograr el bien en otras actividades: «Desde este punto de vista, pertenece a la ley natural todo lo que se refiere a esa inclinación: p. ej., desterrar la ignorancia, evitar las ofensas a aquéllos con los cuales tiene uno que vivir, y otros semejantes, concernientes a dicha inclinación» (I-II q. 94 a. 2 resp.).

2. *Ius gentium* (como «derecho natural secundario»). Tal cual lo habíamos visto, acá se trata de las consecuencias directas e inmediatas que se deducen del *ius naturale* entendido como sentido estricto. La característica de la aplicación que le da Santo Tomás, es que aquí se trata de un *ius* que es usado solamente por los hombres (cfr. precisamente a la cita de Ulpiano: *solum hominibus inter se commune est*), pero perfeccionándolo con la lectura que hace de Gayo (Inst. I. 1), quien le da también ese carácter genérico: «observado por todas las naciones», pero señala que su origen es precisamente la *naturalis ratio*.

El ejemplo que da es el de la propiedad de las cosas particulares. Si bien la posesión de las cosas corresponde al *ius naturale* considerado en forma estricta, en el caso del dominio privado, es por la consideración práctica «de su cultivo y su pacífico uso» (II-II q. 57 a. 3 resp.). Luego, al tratar específicamente este tema de la propiedad privada (II-II q. 66 a. 2) no solamente se explayará en las razones de utilidad para admitir esta institución jurídica. Establece en ad 1um que «La comunidad de los bienes se atribuye al *ius naturale*, no en el sentido de que éste [*ius naturale* estricto] disponga que todas las cosas deban ser poseídas en común y nada como propio, sino en el sentido de que la distinción de posesiones no es de *ius naturale*, sino más bien derivada de convención humana, lo que pertenece al derecho positivo, como se ha expuesto (q. 57. a. 2 ad 3um). Por consiguiente, la propiedad de las posesiones no es contraria al *ius naturale*, sino que se le sobreañade por conclusión de la razón humana».

Otro ejemplo es de la servidumbre, es decir el tema romano de la esclavitud¹⁵. Primero lo presenta en la segunda de las objeciones del art. 3 de la q. 57 de II-II, donde opondrá la opinión de Aristóteles, quien admite que algunos hombres son naturalmente libres (*Polit.* II 7: 1254 a 15), a la de San Isidoro, quien dice que se trata de una institución del *ius gentium*. Y contesta a esta objeción en ad 2um: «El que este hombre, considerado en absoluto, sea siervo y no este otro, no se funda en una razón natural, sino solamente en alguna utilidad consiguiente, en cuanto es útil a un individuo ser dirigido por otro más sabio, y a éste ser ayudado por aquél como dice Aristóteles. Luego, la servidumbre que pertenece al *ius gentium* es natural en el segundo sentido [derecho natural secundario], no en el primero [derecho natural estricto o primario]»¹⁶. Y más aún, en I-II q. 94 a. 6 ad 3um, respecto de estos dos casos, establece que «la posesión en común de los bienes y el estado de libertad se dicen ser de *ius naturale*, porque la distribución de las posesiones y la esclavitud no fueron impuestas por la naturaleza, sino por la razón natural para utilidad de la vida humana. Y así, aun en esto no se mudó la ley natural sino por adición».

3. Derecho puramente positivo (*lex humana*). A diferencia del *ius gentium*, o «derecho natural secundario», donde las conclusiones del *ius naturale* son conclusiones inmediatas y necesarias de los primeros principios de la *syndéresis*, la *lex humana* requiere una mayor elaboración del entendimiento y de la prudencia. Mientras que el primero es propio de todos los hombres que poseen la razón, hay «otras conclusiones que son evidentes únicamente para los sabios, que entienden la significación de sus términos» (I-II q. 94 a. 2 resp.). El ejemplo que nos da el P. Ramírez es el del ladrón y del criminal: «Es de derecho natural dictado por la *syndéresis*, que el ladrón y el criminal sean castigados, pero no consta igualmente la cantidad y la calidad o el modo del castigo, y éste lo tasa la ley positiva humana por simple delegación concreta»¹⁷. Pero aún en este caso, la ley positiva humana se deriva de la ley natural (I-II q. 95 a. 2), y en tal sentido Santo Tomás lo cita a Cicerón (*De inv. rhet.* I 2. 53): «Las cosas emanadas de la naturaleza y aprobadas por las costumbres fueron sancionadas por la religión y el temor de las leyes».

IV. APLICACIONES DE LOS PRINCIPIOS ROMANOS EN LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

Si bien hemos tenido oportunidad de tratar algunas de las aplicaciones por parte de Santo Tomás respecto del Derecho romano en las instituciones jurídicas, tal como

¹⁵ Hay que aclarar que Santo Tomás emplea la palabra *servus*, no en el sentido de esclavo, sino de siervo. El vocablo *servus* puede ser traducido tanto como «esclavo», como también como «siervo». Como dice J.-M. Aubert (*op. cit.*, p. 113), «Recubriendo la misma palabra dos realidades diferentes, es natural que sea aquella de su tiempo la encarada por el teólogo del s. XIII. Hay allí un terreno en el cual el pensamiento de nuestro autor depende en mucho de las condiciones económicas y sociales de su medio».

¹⁶ Digamos que esta cuestión de la esclavitud era resuelta de otra manera en el Derecho romano clásico. Florentino (Dig. I 5. 4. 1), define la esclavitud como «una constitución del *ius gentium*, por el cual alguien está sujeto *contra la naturaleza* al dominio ajeno». Pero acá Santo Tomás seguirá a Aristóteles.

¹⁷ S. RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 120.

en el caso de la propiedad de las cosas particulares y de la servidumbre, existen otros en lo que ocurre lo mismo. Citaremos en tal sentido los más importantes teniendo en cuenta el grado de incidencia que tuvo el Derecho romano como fuente.

1. *Matrimonio.*

Santo Tomás trató esta cuestión en el *Comentario de las Sentencias de Pedro Lombardo*, pero como dejó inacabada la *Summa Theologica*, no alcanzó a completar el Tratado del Matrimonio, que en las ediciones es reemplazado por lo escrito en la obra anterior, lo cual no nos permite conocer la posible evolución de Aquinate en estas cuestiones. Ahora bien, considerando este texto, nos encontramos con algunas aplicaciones del Derecho Romano, que son las siguientes:

a) La primer cuestión, está referida a si el matrimonio es del *ius naturale* (*In IV Sent.* 26. 1. 1; *S. Th.*, Suppl. q. 41 a. 1). Como ya dijimos, allí cita en el *sed contra* a Ulpiano, en cuanto que «el *ius naturale* es la unión del macho y de la hembra, a la cual nosotros la llamamos matrimonio» (Dig. I 1. 1. 3), uniéndola a la cita de Aristóteles (*Eth.* VIII 9: 1119 a 17), acerca de que «al hombre le es más natural el ser animal conyugal que animal político».

La solución que da Santo Tomás es positiva en cuanto a la cuestión. Acá determina que el fin primario, es decir la unión de sexos es algo natural en forma genérica respecto de todos los animales. Pero en el hombre se da la diferencia específica de su racionalidad, que es la que conforma el matrimonio. Acá está preanunciada la diferencia entre el *ius naturale* como «derecho natural primario» y el *ius gentium* como «derecho natural secundario». Si no habla de este último es por la sencilla razón que esta diferenciación sólo aparece con posterioridad al *Comentario de las Sentencias*. Lo importante es que nuestro autor, más que ubicar el fundamento del matrimonio en la teoría tradicional de los «bienes del matrimonio», la ubica en la del *ius naturale*.

b) En cuanto a la definición de matrimonio, Santo Tomás menciona en forma algo alterada, pero no en lo substancial, la célebre definición de Modestino: *Coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*, a la cual acepta (*In IV Sent.* 27. 1. 1. 3; *S. Th.*, Suppl. q. 44 a. 3 obi. 4a y resp.).

c) Acepta el principio de que el matrimonio es consensual. Y si bien cita a Ctisóstomo: *Matrimonium non facit coitus sed voluntas* (*In IV Sent.* 27. 1. 2. 1; *S. Th.* suppl. q. 45 a. 1, *sed contra* y resp.), resulta evidente que el derecho canónico había tomado este principio del Derecho romano. Así, en el Digesto (35.1.15 = 50.17.30), Ulpiano nos da la regla de *nuptias non concubitus, sed consensus facit*.

En lo que se refiere al problema de la poligamia, que tanto había preocupado a los teólogos y canonistas, por cuanto había sido autorizada por Dios a los patriarcas, Santo Tomás, vuelve a apoyarse en el texto de Ulpiano sobre el *ius naturale*, sobre todo en aquello «que la naturaleza ha enseñado a todos los animales», el cual está citado dos veces: en la 4a. objeción y luego en ad 4um. (*In IV Sent.* 33. 1. 1; *S. Th.* suppl. q. 65 a. 1).

El interés de este pasaje es que el Aquinate nos da tres sentidos de *ius naturale*: i) el de Cicerón (por el principio intrínseco): «*ius naturale* es aquello que no fue engendrado por la opinión, sino que surgió de cierta fuerza innata» (*quod non opinio genuit*,

sed quaedam innata vis inservit [*De inv. rhet.* II 53]; el de las Decretales de Graciano, equivocadamente atribuida a San Isidoro, según la cual *ius naturale est quod in lege et in Evangelio continetur*, y finalmente la de Ulpiano (Suppl. q. 65 a. 1 ad 4um). Y termina diciendo que «Así, pues, la pluralidad de mujeres, aunque no sea contraria al derecho natural tomado en el tercer sentido [=el de Ulpiano], tomado en el segundo lo es contraria, ya que está prohibida por el derecho divino, y también lo es en el primer sentido [...], toda vez que la naturaleza se lo dicta a cada animal según el modo adecuado a su especie. Por donde, algunos animales, en los que la educación de la prole requiere la solicitud del macho y de la hembra, por instinto natural conservan la unión de uno con una, como se observa en las tórtolas, en las palomas y en otros».

Como se puede apreciar, estamos en una obra anterior a la *Summa*, pero ya comienza a perfilarse la doctrina final del *ius naturale* como «derecho natural estricto» y del *ius gentium* como «derecho natural de los seres racionales».

2. Obligaciones y contratos.

a) En la cuestión del *justo precio* que se debe pagar en la compraventa, que trata en II-II q. 76, Santo Tomás cita expresamente la constitución del Código de Justiniano que figura en 4.44.2 (atribuida a Diocleciano y Maximiniano, año 285 d. C.). La cita en parte en la primera objeción, al decir que por las leyes civiles, «es lícito al comprador y al vendedor engañarse recíprocamente, lo cual acontece cuando el vendedor vende su mercadería más cara de lo que vale o el comprador la adquiere por menos de su valor». Y luego en el resp. ad 1um, la amplía al decir que según esta ley civil es lícito «que el vendedor venda sin incurrir en fraude una cosa en más de lo que vale, o que el comprador la adquiera por menos de su valor, a no ser que la diferencia resulte excesiva, porque en este caso aún la ley humana obliga a la restitución, v. gr., si uno de los contratantes ha sido engañado en más de la mitad del precio justo».

Se trata de la *laesio enormis*, que Santo Tomás aprueba en cuanto ley humana, ya que ésta «no puede prohibir todo lo que es contrario a la virtud, sino que basta con que prohíba lo que destruya la convivencia social, teniendo a las demás cosas como lícitas, no porque las apruebe, sino porque no las castiga». Pero, para él en este caso se impone la ley divina, que «no deja impune nada que sea contrario a la virtud. De ahí que la ley divina considere ilícito que en la compraventa no se observe la igualdad de la justicia. Y queda obligado el que recibió más que a resarcir al que ha sido perjudicado, si el perjuicio fuera notable. Añado esto porque el justo precio de las cosas no siempre está exactamente determinado, sino que más bien se fija por medio de cierta estimación aproximada, de suerte que un ligero aumento o disminución del mismo no parece destruir la igualdad de la justicia».

b) En cuanto al tema de la *usura*, que trata en II-II q. 78 a. 1, Santo Tomás, si bien revela conocer el Derecho romano, puesto en estricto moralista lo sigue a Aristóteles cuando dice en el libro I de su *Política* que «la adquisición de dinero a título usurario está totalmente fuera del orden de la naturaleza» (ad 3um). De este modo considera absolutamente ilícito el mutuo con intereses. Recordemos que la palabra *usurae* hace referencia a intereses, aún cuando no sean excesivos, como cuando hoy en día hablamos de «intereses usurarios».

En cambio es conocedor que en el Derecho romano, si bien el mutuo es gratuito, era lícito que a la prestación real se agregara una *stipulatio* para que el acreedor pudiera exigir los intereses del mutuo. Santo Tomás cita en tal sentido el texto de *Institutas* (II. 4. 2) donde se dice a propósito del usufructo «que las cosas que se consumen por el uso no son susceptibles del usufructo», pero agrega que para que estas cosas pudieran ser objeto de ese derecho, se permitió el llamado *quasi-usufructo*, citando al *Digesto* (7. 5. 1. 2): «El Senado no instituyó el usufructo de esas cosas, pues no podía hacerlo, sino que autorizó sobre ellas un *quasi-usufructo*», agregando que «en otras palabras toleró la percepción de un interés» (ad 3um). Pese a su posición, reconoce «que las leyes humanas dejan impunes algunos pecados debido a las imperfecciones de los hombres [...] Por esto [...] toleró los préstamos con interés, no por estimarlos acomodados a la justicia, sino para no impedir las utilidades de muchos» (ad 3um).

En materia de *vicios ocultos en la cosa*, Santo Tomás demuestra su conocimiento del Derecho romano en los *Comentarios de las Sentencias* (IV 29. 1. 2 obi. 3a y ad 3um): «Según las leyes civiles, si alguien vende un animal enfermo, queda obligado por el vicio. Por ello es que está obligado a decir el vicio al comprador». Y cita a Ulpiano (Dig. 21. 1. 38 pr.): «Dicen los ediles [*curules*]: «Digan claramente y con verdad los que venden caballerizas qué enfermedad y qué vicio tenga cada una de ellas». Y Santo Tomás, comentándolo, hasta aclara lo que es necesario entender por enfermedad: «Se entiende esto cuando la enfermedad del animal hace que éste valga menos», lo que coincide con la cita del *Digesto* (21. 1. 1. 7): «la enfermedad [...] según Sabino, debe ser definida así: hábito de algún cuerpo contra lo natural el cual hace su uso menos apto».

Como lo señala J.-M. Aubert, es curioso que, luego, en la *Suma Teológica*, donde en II-II q. 77 aa. 2 y 3 vuelve a tratar de este tema, tan vinculado con los principios romanos, no haga ninguna alusión directa a los textos del *Digesto*; pero aún así, «él se inspira aún en el Derecho romano; así lo testimonian la insistencia que pone en declarar una venta ilícita [...], los ejemplos que cita: animal (a. 2), caballo (aa. 2 y 3), casa (a. 3), vaso de cobre (a. 2 ad 1um), que son aquéllos que discuten los jurisconsultos romanos, y en fin la referencia a Cicerón (a. 3 obi. 2a), que es la fuente principal en esta materia»¹⁸.

3. La legitimación.

a) Santo Tomás trata la cuestión de la legitimación en el *Comentario de las Sentencias* (IV 41. 1. 3), el cual figurará, como cuestión suplementaria en la *Summa Theologica*, ya que al igual de lo que ocurre con el matrimonio, el Aquinate no alcanzó a completar esta sección. Figura como Suppl. q. 68 a. 3. Acá la cuestión se ve facilitada en cuanto a las soluciones por cuanto la ley canónica había admitido este instituto. De este modo, Santo Tomás admite seis casos de poder legitimar un hijo, dos de ellos son según los cánones y los otros cuatro modos según la ley civil (q. 68 a. 3 resp.). *Por la ley canónica*. i) La primera forma es cuando «el varón se casa con la mujer de quien tuvo el hijo ilegítimo, siempre que no hubiera cometido adulterio» (*Decretal*.

¹⁸ J.-M. AUBERT, *op. cit.*, p. 48.

Gregor. IX 4. 17. 1 y 6). Pero es evidente que en este caso los canonistas no hacen sino continuar con la primera forma de legitimar, admitida por quien aparece como primer emperador cristiano, es decir Constantino (C. Th. 4. 6. 2-3). Esta forma *per subsequens matrimonium*, con el mismo requisito canónico, es decir que los padres se hubieran podido casar en el momento de la concepción del hijo, será continuada por el emperador Zenón (Cod. 5. 27. 6, año 476), Anastasio (Cod. 5. 27. 7, año 517). Y pese a que su sucesor Justino la abolió (Cod. 5. 27. 7), fue retomada con carácter definitivo por Justiniano (Cod. 5. 27. 10, año 529). De este modo las constituciones romanas son la fuente directa de esta forma de legitimar.

ii) La segunda forma admitida por los cánones (*Decret.* IX 4. 17. 15) ocurre «cuando media especial indulgencia y dispensa del Papa» (*ibid.*, resp.). Este modo de legitimar se corresponde y tiene su fuente en el Derecho romano, y era conocida como *per rescriptum principis*, es decir, cuando se le pedía al emperador y éste la autorizaba por un rescripto. Introducida por Anastasio, fue luego suprimida por Justino y Justiniano, aunque este último la reintrodujo (Nov. 74 y 89). La única diferencia estriba en reemplazar la autoridad del emperador por la del Papa, lo cual resulta lógico en la ley canónica.

A su vez, los cuatro *modos de legitimar por la ley civil*, admitidos por Santo Tomás en esta misma q. 68, son los siguientes, que no son sino variantes del antecedente romano de la «oblación a la curia» (*oblatio curiae*). Este procedimiento había nacido con una constitución imperial de Teodosio II y Valentiniano III por la cual se permitió al padre, en ausencia de hijos legítimos, dejar por testamento o dar en donación todo o parte del patrimonio a los hijos naturales con la condición de inscribir a sus hijos varones en la *curia*, o casar a las hijas con decuriones. Con posterioridad, se permitió que esta legitimación se hiciera en vida (León, C 5. 27. 4, año 470). Y Justiniano permitió este derecho aún teniendo hijos legítimos (C. 5. 27. 9) y terminará reconociendo, aparte de los derechos hereditarios, la *patria potestas* sobre ellos (Nov. 89. 11). También, en ausencia de hijos legítimos, se autorizó a los hijos naturales a legitimarse por sí mismos, ofreciéndose para entrar en la curia (Nov. 89. 2). Y finalmente admitió la legitimación efectuada por el padre, por documento público, o documento privado firmado por tres testigos (Nov. 117. 2). Estos casos del Derecho romano son ordenados por Santo Tomás, no de acuerdo con el orden histórico, sino siguiendo un orden lógico:

i) *Oblación a la curia simple*: «Cuando el padre ofrece su hijo natural a la curia del emperador, merced a lo cual se legitima por el decoro de la curia». Incluso en Cod. 5. 27. 35 se empleaba un giro semejante para la justificación: *curiae splendore honestare* («otorgar el esplendor honesto de la curia»).

ii) *Oblación a la curia por testamento*: «Cuando el padre en su testamento lo declara heredero legítimo, y el hijo presenta después el testamento al emperador».

iii) *Oblación a la curia por presentación del hijo natural*: «Cuando el padre no tenía hijos legítimos, y el ilegítimo se ofrece por sí mismo a servir al príncipe».

iv) *Oblación a la curia por documento público*: «Cuando en un documento público o en un escrito firmado por tres testigos el padre lo llama legítimo sin añadir que es «hijo natural»».

Resultan casi textualmente los casos adelantados en los textos ya citados del Derecho romano.

4. La adopción.

Este tema fue tratado por Santo Tomás y figura en los *Comentarios de las Sentencias* (IV 42. 2. 1), agregado como suppl. q. 57 a la *Summa Theologica*. La adopción está definida de conformidad a los textos romanos (Dig. I 7. 2; Inst. I 1. 1. 1) diciendo que «consiste en asumir en forma legítima una persona extraña por hijo, o por nieto o por biznieto» (Suppl. q. 57 a. 1 obi. 1a).

Y sigue el principio establecido por Justiniano de que *adoptio sequitur naturam* (Inst. I 11. 4), admitido en el resp., y diciendo luego que «la filiación adoptiva imita en cierto modo la filiación natural» (ad 1um). Por ello es que, siguiendo la regla romana (Inst., ibid.; Dig. I 7. 16), establece que «no conviene que un anciano se someta a un joven en los asuntos domésticos. Y por eso el más joven no puede adoptar al de más edad, siendo preciso conforme a las leyes, que el adoptado difiera en edad del adoptante, de suerte que pudiera ser hijo natural de éste». Precisamente en la regla romana el que adopta debe ser, por lo menos, dieciocho años mayor que el adoptado (Inst. I 1. 1. 4). Igualmente, por aplicación del principio de que *adoptio sequitur naturam*, establece que aquéllos que no pueden engendrar como el eunuco (*spado*) o el impotente (*frigidus*) no pueden adoptar. En esto se muestra más severo que lo que decía el Derecho romano, que no habla sino de los castrados (*castrati*) (Inst. I 1. 1. 9).

Santo Tomás establece dos clases de adopción, de las cuales trata en esta misma cuestión, ad 1um:

a) Una «que imita perfectamente la naturaleza, y es llamada *adrogatio*. Sus características son las siguientes: i) Sólo pueden ser adoptados los *sui iuris*, «ya sea por no tener padre, o por ser emancipados» (cfr. Inst. I 1. 1. 1; Dig. I 7. 2); ii) el adoptado queda sujeto al adoptante y lo hereda *ab intestato*, sin que pueda el padre privarle de la cuarta parte de la herencia, a menos que sea culpable (se trata de la *quarta Antonina* o *quarta divi Pii* [Dig. XXXVIII 5. 13; Inst. I 1. 1. 3]); iii). «Esta adopción sólo se verifica interviniendo la autoridad del príncipe» (Inst. I 11. 1; Dig. I 7. 2); iv). «Al ser adoptado el padre, también quedan adoptados todos los hijos y los nietos que estuvieran bajo la patria potestad de aquél» (a. 3um et 4um; cfr. Dig. I 7. 2; I 7. 15).

b) La otra adopción «imita la filiación natural de una manera imperfecta, y se llama «simple adopción». Sus consecuencias son las siguientes: i) «El adoptado no se somete al adoptante». Se trata del caso denominado por Justiniano como *adoptio minus plena*, en la cual el padre que lo ha dado en adopción sigue conservando la *patria potestas* (Inst. I 1. 2); ii) Por ello se puede adoptar de esta forma a alguien que no sea *sui iuris* (Dig. I 7. 2; Inst. I 1. 1. 1); iii) «El así adoptado no sucede en los bienes al adoptante ni tiene éste obligación de testar en su favor, salvo que voluntariamente quiera hacerlo»; iv) «No exige la autoridad del príncipe, bastando la del magistrado» (Inst. I 1. 1.1).

Se ve acá cómo de un modo muy sintético se siguen las regias romanas. Habría que observar que según el Derecho romano existía una distinción entre *adrogatio* (un *sui iuris* adopta a otro *sui iuris*) y simple *adoptio* (un *sui iuris* adopta a un *alieni iuris*, es decir al hijo de otra familia). Pero Justiniano había distinguido en este último caso entre *adoptio plena* (así, cuando un ascendiente que por cualquier causa no tenga la patria potestad sobre un descendiente, lo adopta), tenía efectos plenos (Inst. I 1. 1. 2;

Cod. VIII 48 [47]. 10), y *la adoptio minus plena*, en la cual el padre adopta un hijo extraño que, sin embargo, no abandona la *patria potestas* de su padre natural.

Santo Tomás, al presentar las dos formas de adopción, prácticamente ha engrosado en la primera los supuestos de *adrogatio* y de *adoptio plena*. En cambio, el segundo sería el de la *adoptio minus plena*. Pero acá ha preterido el principio de que el adoptado por esta última forma tenía en el Derecho romano derechos hereditarios tanto respecto de su padre natural, como respecto de su padre adoptante, ya por testamento o *ab intestato* (Inst. I 1. 1. 2; C. VIII 48 [47]. 10). En cambio, el Aquinate se lo deniega respecto del adoptante, salvo que éste voluntariamente quisiera instituirlo heredero por testamento.

De este modo, la influencia del Derecho romano en este tema, salvo esta última observación es más que evidente, incluso en el problema jurídico-moral que le preocupa al Aquinate en los arúculos 2 y 3 de esta cuestión, en que se plantea el problema del impedimento matrimonial entre el adoptado y la familia del adoptante. La respuesta afirma la existencia de dicho impedimento, para lo cual se basa en los textos del Digesto I 7. 23; *ibid.* XXIII 2. 14. Establece en tal sentido que el parentesco legal es triple. El primero entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes. El segundo entre el hijo adoptivo y el hijo natural. El tercero, que manifiesta una cierta afinidad, es el existente entre el adoptante y la mujer del hijo adoptivo o, al contrario, entre el hijo adoptivo y la mujer de aquél (*suppl.* q. 57 a. 3 resp.). Y concluye con que en el primero y tercero de estos casos el impedimento es perpetuo, mientras que en el segundo es temporario: «Sólo dura mientras el adoptado permanece bajo la potestad del padre adoptante, de manera que, una vez muerto éste o emancipado el hijo, pueden contraer matrimonio entre sí. Esta solución, en este caso, era precisamente la dada por los juristas romanos (Gayo I 61, Inst. I 10. 2).

CONCLUSIONES

Si Santo Tomás, que no era precisamente un jurista, sino un filósofo y un teólogo, ha logrado arrojar luz sobre estas cuestiones del *ius*, ello habla de su lucidez intelectual. Y además de sus simpatías por el Derecho romano.

Los textos citados por el Aquinate están lejos de figurar como un mero recurso de ornamentación para decorar mejor sus argumentos. Es algo más, puesto que constituyen una fuente primordial de primer orden. El análisis continuo que hace de Ulpiano, sobre todo en la cuestión que se había vuelto tan complicada de la consideración del *ius naturale* y del *ius gentium*, permite a Santo Tomás una correcta ubicación de la cuestión para su época. Más aún, leyendo, a nuestro modo de ver correctamente, los textos jurídicos romanos, Santo Tomás logra armonizarlos dándoles una base racional que no figuraba explícitamente en los mismos. Y ello no es poco mérito para Santo Tomás y para el Derecho romano.

ALFREDO GUSTAVO DI PIETRO

Pontificia Universidad Católica Argentina
Santa María de los Buenos Aires.