

PUBLICO Y PRIVADO

I. — INTRODUCCION

La definición y división del Derecho que los compiladores del Digesto tomaron del libro I de las *Instituciones* de Ulpiano y pusieron como principio y punto de partida de la ley recopilada¹ es, a nuestro parecer, una muestra sumamente expresiva de la influencia que ejerció la filosofía de Aristóteles en la mente y la obra de los jurisconsultos romanos de la época clásica.

Hay quienes niegan esa influencia (y, en general, la de la filosofía) porque piensan que los jurisconsultos estaban de tal modo inclinados por sus disposiciones mentales a la consideración y análisis de problemas jurídicos concretos que su mente no era apta para elevarse a ideas y a principios universales²; pero hay también quienes sostienen que “los jurisconsultos romanos estuvieron familiarizados con las doctrinas más abstractas y nada tuvieron de la pretendida repugnancia a la especulación filosófica”³.

Los jurisconsultos de la época clásica no fueron, ciertamente, filósofos. Respetuosos de la tradición que, considerando los problemas humanos en el contexto de la mitología religiosa y de las antiguas costumbres daba cuenta de la *ratio civilis* de los mismos, habían heredado del período republicano el hábito de considerarlos en el contexto de sus causas naturales para dar cuenta de la *ratio naturalis*⁴.

¹ *I Dig.*, I, 1.

² Esta opinión, que prevalecía hasta no hace mucho entre los romanistas, era llevada por PEROZZI hasta el extremo de presumir interpolado todo texto del Digesto en que apuntaba alguna definición o idea general (Cfr. BONFANTE, *Hist. del Der. Rom.*, ed. Rev. de Der. Priv., Madrid, 1943, t. I, págs. 474 y ss.

³ Entre los principales sostenedores de esta posición se encontraba SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht*, Halle, 1907 (Cfr. BONFANTE, *op. et loc. cit.*).

⁴ Recuérdese que el Consulado es un gobierno *militar* ejercido por *praetores*, e. d., por comandantes de los ejércitos (*prae-itores*) habituados al uso de su *imperium* en la conducción de la guerra y en la organización y gobierno de los pueblos sometidos, y recuérdese asimismo que los militares fueron llamados a gobernar en razón de que las instituciones tradicionales —el *ius civilis*— se habían vuelto ineptas después de la profunda transformación experimentada por Roma en las postrimerías del siglo VI a. C. Los cónsules y los nuevos magistrados designados por ellos —pretore urbano y peregrino, cuestores, censores, ediles, etc.— estaban obligados a resolver los problemas atendiendo a las exigencias del bien común y de la justicia aunque las instituciones tradicionales fuesen ineptas o insufi-

Este esfuerzo, continuado a lo largo de la época republicana, desarrolló el hábito de determinar con exactitud y certeza la *naturaleza jurídica* de los actos humanos *ad alterum*, que no depende de las causas últimas sino de las causas próximas⁵. Pero cuando la crisis del sistema republicano puso en tela de juicio el valor de toda su obra, sin excluir sus creaciones jurídicas, buscaron en la luz superior de la filosofía una comprensión más amplia y una convicción más firme de ese valor. Ahora bien, la penetración de la filosofía y de la cultura griega en Roma se empezó a producir, justamente, al comienzo de esa crisis, antes del período “clásico” de la jurisprudencia (mediados del siglo II a. C.). Los jurisconsultos, hombres pertenecientes a los círculos más elevados de la cultura romana que en su mayoría asumieron responsabilidades importantes en la conducción política del imperio, no pudieron ser ajenos a las preocupaciones culturales de su tiempo, ni a la búsqueda, en la filosofía, de explicaciones profundas⁶.

Aunque fueron muchas las doctrinas y escuelas del helenismo y del sincretismo que se difundieron en Roma durante este período, sólo dos influyeron en la jurisprudencia: la filosofía estoica y la filosofía aristotélica⁷. La última es, sin duda alguna, la más importante, puesto que de ella depende, en cierto modo, la primera. En efecto, Aristóteles fue el último representante de la filosofía clásica griega, que termina con las conquistas de Alejandro Magno, y fue también su gran sistematizador. En él culmina, además, el método socrático, que consiste en salir a la caza de las definiciones partiendo de la significación de los términos⁸. Los conceptos tradicionales, enriquecidos a lo largo de los siglos por el análisis profundo de sus diversos significados analógicos, fueron definidos por Aristóteles en su acepción más propia, aquella en orden a la cual cobran sentido todas las demás. Así, en la nueva cultura que comienza

cientes —*juris civilis interpretandi, corrigendi vel suplendi gratia*— y, para ello, esforzarse por comprender los problemas y las normas de su adecuada solución atendiendo a la naturaleza de las cosas. De allí el *jus honorarium* que, originado en el edicto de los pretores, se formó y desarrolló al lado del *jus civilis* (Cfr. ROSTOVZEFF, *Roma, desde los orígenes hasta la última crisis*, ed. Eudeba, págs. 25 y ss.; PACCIONI, *Hist. del Imp. Rom.*, ed. Rev. de Der. Priv., Madrid, 1944, págs. 13 y ss.; ARANGIO RUIZ, *Hist. del D. Rom.*, 2ª ed., Reus, Madrid, 1963, págs. 117 y ss.).

⁵ La especie psicológica de los actos humanos depende de su *finis operis*; la especie moral, del *finis operis* y del *finis operantis*, pero no por igual, sino según cierto orden de prioridad (Cfr. RAMÍREZ, J. M., *De hominis beatitudine*, Madrid, 1942, t. I, págs. 251 y ss.); la especie jurídica, del *finis operis* que es el “fin inmediato” (art. 944, C. C.) y secundariamente del *finis operantis*, que es una de las circunstancias. Como se trata de actos *exteriore*s se tiende más al fin de la ejecución —*finis operis*— que al fin de la intención —*finis operantis*—. En cuanto a la especie o naturaleza física de las cosas que mediante actos jurídicos se usan para dar, hacer o no hacer a favor de otro, sólo se atiende a ella en razón de su susceptibilidad para tal uso (una cosa fungible admite ser usada como no fungible, pero una cosa inmueble no es susceptible de depósito, por ejemplo).

⁶ Sobre la vida y obras de los jurisconsultos, puede verse KRUEGER, *Hist., fuentes y literat. del d. rom.*, 1ª ed. de la trad. cast., Madrid, págs. 136 y ss., y BONFANTE, op. cit., págs. 471 y ss.

⁷ Cfr. BONFANTE, op. cit., págs. 473 y ss.

⁸ Sobre el método de AR, en la Ética, ver VANIER, JEAN, *Le bonheur, principe et fin de la morale aristotélicienne*, Desclée de Brouwer, París, 1965, págs. 33 y ss.

después del Estagirita, todas las corrientes y doctrinas, por opuestas que sean a la filosofía peripatética, dependen de ella en lo concerniente al uso de los términos y conceptos tradicionales⁹.

Uno de esos términos, el de *dikaion*, a cuya significación en la obra de los jurisconsultos Celso y Ulpiano dedicaremos este breve estudio, conservó en el lenguaje jurídico, por lo menos hasta el fin de la Edad Media, la acepción principal con que lo había definido Aristoteles. El valor del Derecho romano, en el cual no se interesaba Savigny¹⁰ ni se interesaron, después de él, los romanistas de mente moderna¹¹ se debió sobre todo a la precisa determinación de su objeto, que es lo justo. Si con posterioridad ha venido a ocurrir que para algunos el objeto de nuestra ciencia es principalmente la ley (normativismo), y para otros la facultad de exigir (subjetivismo), la voluntad legislativa (voluntarismo jurídico), las inclinaciones del individuo o de la "persona humana" (jusnaturalismo subjetivista), las "aspiraciones de la clase trabajadora" (materialismo marxista revolucionario), etc., etc., de modo que los mismos juristas no están de acuerdo sobre la acepción principal del término derecho, ello se debe en buena parte a que el Derecho romano verdadero ha dejado de ser nuestro guía. La superación de esta crisis de la civilización occidental no será posible, empero, sin una restauración de la ciencia jurídica, para la cual será menester volver la vista a las enseñanzas perennes del Derecho romano clásico.

II. — LA DEFINICION DEL DERECHO

Al estudio de la justicia, que es una virtud moral, está consagrado el libro V de la Etica a Nicómaco, en el cual no se formula explícitamente la definición del Derecho. Empero Aristoteles ha dejado indicados los términos en que puede formularse al expresar que lo justo (*tò dikaion*) y lo injusto (*tò ádikon*), objeto de dos hábitos volitivos (la justicia y la injusticia) lo son de un único hábito intelectual (el Derecho) "porque muchas veces se conoce una cosa por su contraria"¹² en cuanto la una es razón del conocimiento de la otra. Bas-

⁹ Cfr. SCHLESINGER, EILHARD, "El concepto de naturaleza y su relación con la ética en el pensamiento griego", apud rev. *Orthodoxia*, Buenos Aires, 1942, N° 1, páfs. 98 y ss. sobre la influencia de AR. en Cicerón y S. Agustín, ver LACHANCE, *El Concepto de Der.*, Buenos Aires, 1953, pág. 30.

¹⁰ "La excelencia del derecho romano es ajena al principio del método histórico", decía el jefe de esta escuela en un artículo publicado en la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, traducido por ATARD en *Escuela Histórica del Derecho. Documentos para su estudio*, Madrid, 1908, pág. 33, cit. por MARTÍNEZ CASAS en "El Der. Rom. en la E. M.", *Orthodoxia*, núm. 1.

¹¹ Hay —suele decir con ironía MICHEL VILLEY— un Derecho romano de los romanos y un "Derecho romano" de los romanistas. Este último es el que construyeron los pandectistas del siglo XIX con los materiales del Derecho romano, pero con la forma y el espíritu del Derecho moderno. Hay, empero, romanistas fieles al espíritu del verdadero Derecho romano, como el alemán FRITZ SCHULZ cuyos *Prinzipien des römischen Rechts* (hay trad. inglesa) y cuyo *Classical Roman Law* (Oxford, 1951; hay trad. esp. de la Ed. Bosch, Barcelona, 1960) tanto apreciamos.

¹² *Ethic. ad Nic.*, 1129a 12 y ss.

taba, pues, decir que el *Derecho* es “*justi atque injusti scientia*”, como lo dijo Ulpiano en su libro *Regularum*¹³ para formular una definición estrictamente aristotélica.

Pero después de haber dejado, así, indicadas las bases para una definición, el Filósofo advierte que el término “lo justo” (*tò díkaion*) es ambiguo, pues no significa una sino dos cosas, aunque tan próximas la una a la otra que su homonimia pasa a menudo inadvertida, ya que significa, por una parte, “lo legal” (*tò nómimon*), y por otra “lo igual” (*tò íson*).

Lo legal puede consistir en cualquier bien, a condición solamente de que sea ordenable a la producción o conservación de la felicidad común¹⁴; así, los actos de cualquier virtud, incluso los de la justicia particular, pueden ser ordenados por la ley al bien común, como de hecho lo son¹⁵. Lo igual, en cambio, no puede consistir en cualquier bien sino sólo en el bien adecuado, pues hay “bienes que absolutamente hablando son siempre bienes, pero para un individuo determinado no siempre lo son”¹⁶.

En la definición de Celso que Ulpiano elogia y hace suya, se recogen estas enseñanzas al decir que “*jus est ars boni et aequi*”¹⁷, y no sólo éstas, sino otras del mismo Aristóteles. En efecto:

a) Aunque los juristas llaman *jus* a lo que Aristóteles llama justo¹⁸, aquí el término está tomado en otro de los sentidos analógicos —el de hábito intelectual— al cual, sin nombrarlo, alude el Filósofo, como se ha visto.

b) Aunque Ulpiano, en su propia definición, había tomado al Derecho como *jurisprudencia*, no tiene inconveniente en aceptar la definición de Celso según la cual pertenece al género del arte: *ars boni et aequi*, y ello es también perfectamente congruente con las enseñanzas del Filósofo contenidas en el libro VI de la misma *Ética*, pues si bien es cierto que la prudencia —*recta ratio agibilium*— difiere del arte —*recta ratio factibilium*—¹⁹ el Derecho participa de uno y otro hábito, pues tiene por objeto una obra exterior (*opus justitiae*) desde el punto de vista de su producción y no del buen uso de la facultad, como la considera la *Ética*. Ese *opus* ocupa, además, un lugar intermedio entre la mera *actio* y la *factio*, pues no siendo mera acción sino obra exterior, no es necesariamente una obra que perfeccione una materia exterior, como las obras de la técnica, sino un uso de las cosas exteriores o de las potencias del propio cuerpo para ordenarlas a otro. El Derecho es, pues, un arte que no excluye la prudencia sino que la exige y la incluye.

¹³ 10 *Dig.*, I, 1.

¹⁴ 1129b 10 y ss., y 1130b 2 y ss.

¹⁵ 1129b 11. Cfr. S. TOMÁS, *IIa. IIae.*, Q. 96 a. 3 y ad 3.

¹⁶ 1129b 4-5.

¹⁷ 1 *Dig.*, I, 1.

¹⁸ “*Idem (juristae) nominant jus, quod Aristoteles justum nominat*” (S. TOMÁS, *In V Ethic.*, lect. 2, núm. 1016).

¹⁹ *Ethic.*, 1140a. Ver el comentario de SANTO TOMÁS, lect. III, núms. 1150 y ss.

c) El adjetivo *bonum* significa, en la definición que estudiamos, exactamente lo que Aristóteles había llamado “lo legal”²⁰ y el adjetivo *aequum* lo que había llamado “lo igual”. En efecto, según Santo Tomás, que en esto es perfectamente aristotélico, “bueno”, en su principal acepción es aquello que es “perfectivo de otro por modo de fin”²¹, de modo que el bien común es lo bueno en máximo grado. Por lo tanto, lo que está ordenado al bien común, que se compara con él como la parte al todo, es, por la misma razón, bueno. En cambio no cualquier cosa pura y simplemente buena lo es para un particular, como arriba se vio, por lo cual es necesario designar el objeto de la justicia particular como lo bueno adecuado o, más simplemente, “lo adecuado”.

La precisión y simplicidad con que la definición de Celso traduce las enseñanzas de Aristóteles fue, seguramente, la razón por la Cual Ulpiano la llamó “elegante”: *ut eleganter Celsus definit*. No lo son, en cambio, las traducciones de esta definición a las lenguas europeas modernas que, ignorando el sentido preciso en que los términos fueron tomados por los juriconsultos, la vierten diciendo: “El Derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo”. Lo “bueno” no tiene, en el lenguaje moderno, el sentido preciso que tenía en la antigüedad²², y lo equitativo” es el objeto de otra virtud —la *epieikeía*— que, por próxima que se encuentre a la justicia, no puede confundirse con ella: “es algo distinto de lo justo”, como expresamente dice Aristóteles²³. Por lo tanto, la correcta traducción castellana de la definición aristotélica-romana que estudiamos es esta: *El Derecho es el arte de lo recto y adecuado*, entendiendo por recto lo que es conforme a la ley como regla y medida de los actos según el orden al bien común y, por adecuado, lo que es conveniente, conmensurado o “igual” a otro particular. Incorrecta es, en cambio, la traducción más frecuente, que dice: “El Derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo”, especialmente si se entiende “bueno” en el sentido restringido de “honesto” y “equitativo” en el sentido moderno de esta palabra²⁴. Para los antiguos, el *bonum* pertenece

²⁰ El significado del adjetivo *bonus* en los textos jurídicos romanos es, según los estudios filológicos de A. CARCATERA, precisamente ese: “calidad de lo que es conforme a las normas de derecho positivo relativas a la materia considerada” (Cfr. THOMAS, YAN, “Le langage du droit romain”, en *Archives de Phil. du Droit*, t. XIX., 1974, págs. 103 y ss.).

²¹ Cfr. *De Verit.*, Q. 21, a. 1 c.: “...sic ergo primo et principaliter dicitur bonum ens perfectivum alterius per modum finis; sed secundario dicitur aliquid bonum, quod est ductivum in finis: prout utile dicitur bonum; vel natum est consequi finem: sicut et sanum dicitur non solum habens salutem, sed perficiens et conservans et significans”.

²² Antiguamente el significado del término *bonum*, muy próximo a su sentido etimológico (*bonum* deriva de *benum*; “naturaliter bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est, quod beatos faciunt”, dice ULPIANO en 49 *Dig.*, 50, 16) que es el de *perfectivum* mencionado en la nota anterior. Por eso, porque es *perfectivum*, es apetecible —*bonum est quod omnia appetunt*, define AR.— y hace feliz, como dice ULPIANO.

²³ *Ethic. Nic.*, 1137a 4.

²⁴ “La *aequitas* —dice BONFANTE— no corresponde de nuestra equidad (...) sino que corresponde sustancialmente a nuestro concepto de justicia y, por tanto, la *aequitas* puede sugerir incluso un tratamiento más duro y una pena más severa si esto es conforme con la justicia” (*op. et t. cit.*, pág. 478).

más bien al ámbito de lo útil que lo honesto —*non omne quod licet honestum est*, advierte Paulo²⁵— pues aunque el *honeste vivere* esté impuesto por uno de los *praecepta juris*²⁶, la ley humana no puede preceptuar los actos de todas las virtudes ni prohibir todos los actos viciosos²⁷. Es errónea, por lo tanto, la crítica de la definición de Celso y Ulpiano contenida en las obras de los romanistas que le atribuyen una confusión del Derecho con la Moral²⁸.

La coincidencia del pensamiento de Ulpiano con la doctrina aristotélica se hace todavía más notoria en este párrafo con que el jurisconsulto glosa la definición de Celso:

“Cujus merito quis nos sacerdotes apellet: justitiam namque colimus: et boni et aequi notitiam profitemur: aequum ab iniquo separantes: licitum ab illicito discernentes: bonos non solum metu poenarum, verumetiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes: veram (nisi fallor) philosophiam, non simulatam affectantes”²⁹.

a) Se habrá notado que el jurisconsulto dice “cultivamos la justicia”, no su contrario, la injusticia, y que en cambio afirma “profesamos el conocimiento de lo recto (*boni*) y de lo adecuado (*aequi*) separando lo adecuado de lo inadecuado, discerniendo lo lícito de lo ilícito”, como si quisiera destacar que los hábitos intelectivos pueden tener por objeto, a diferencia de los volitivos, cosas contrarias.

b) Se habrá reparado también en que los contrarios *aequum-iniquum*, *licitum-illicitum* corresponden respectivamente a *tò íson* y *tò nóimion* de Aristóteles y a sus contrarios. Por lo tanto, *licitum* equivale a *bonum* en la significación que, según hemos dicho, tenía en la antigüedad este término en su sentido jurídico: *bonum* es todo lo que está contenido dentro de los límites de lo *licitum*.

²⁵ 144 *pr. Dig.*, 50, 17.

²⁶ 10, § 1, *Dig.*, I, 1: “*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” (ULPIANUS, lib. 1 *Regularum*).

²⁷ Nos estamos refiriendo al “*dikaion politikón*” que es el objeto del Derecho y está regido por la ley humana, positiva (*per se* o *per accidens*). Ni la ley natural puede preceptuar los actos virtuosos de toda especie (Cfr. S. Th., Ia. IIae., Q. 94 a. 3) ni la ley positiva prohibir todos los vicios (Q. 95, a. 2).

²⁸ NAMUR, por ejemplo, critica la definición de ULPIANO, diciendo que “la práctica del bien entra en el dominio de la moral (*ars boni*); el derecho no se ocupa sino de lo que es justo (*ars justa*)” (*Cours d'Institutes*, t. I, pág. 1, 2ª ed., Bruselas, 1873). ORTOLAN, por su parte, comenta a ULPIANO diciendo: “*Honeste vivere*. El derecho es considerado aquí por ULPIANO (*Dig.*, 1. I. 10. § 1) en un sentido lato y filosófico, en concordancia con la definición que de él ha dado: el arte de lo bueno y de lo equitativo. He ahí por qué él comprende allí esta obligación general *honeste vivere*, que parece referirse más a la moral que al derecho positivo”. Este autor no advierte que el *honeste vivere* se refiere a la honestidad imperada por la justicia legal, no a toda honestidad.

²⁹ I § 1 *Dig.*, I, 1.

c) El deseo de “hacer buenos” a los hombres es para Aristóteles esencial a toda verdadera ley³⁰, puesto que constituye el fin de la Política.

Por todo esto no se puede dejar de sospechar que la “verdadera filosofía” que el jurisconsulto considera haber adoptado no es otra que la filosofía aristotélica.

III. — DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO

A la doble formalidad de su objeto que por una parte es lo “legal” (*bonum*) y por otra lo “igual” (*aequum*) corresponde la división del Derecho en público y privado. Ulpiano la formula en estos términos:

“Hujus studii duae sunt positiones; publicum, et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat. Privatum, quod ad singulorum utilitatem”³¹.

El sujeto de esta división es el Derecho como hábito intelectual (*ars*), significado por el término *hujus studii*. No se trata de una división en dos artes o ciencias distintas, sino de una única ciencia práctica o arte con dos enfoques —*duae positiones*— que deben armonizarse entre ellos.

El primero mira al *status* de la cosa romana, esto es, de la cosa ordenada por la ley al bien común (*res publica*). Para la inteligencia de la definición del Derecho público que comentamos ha de tenerse presente que, en el lenguaje de los jurisconsultos, la “cosa” (*res*) es lo que está referido *ad alterum*, que Aristóteles designa con el pronombre neutro *tò* (v. gr. *tò nómimon*, *tò íson*) y que ellos mismos designan a veces con la expresión *id quod* (v. gr. *id quod justum est*). El concepto amplísimo de “cosa” cubre, así, todo lo que es objeto de ordenación a alguno, trátese de acciones humanas o de algo que ellas tengan por objeto dar, hacer o no hacer. Cuando una persona o una “cosa” está ordenada explícitamente al bien común, se manifiesta la posición relativa o *status* que le corresponde en la *unitas ordinis* de la *civitas*, haciéndose visibles, por decirlo así, las prerrogativas y deberes inherentes a ese *status*. Por lo tanto, el que estas prerrogativas y deberes estén reglamentados por la ley es signo de ese *status* y de la dignidad consiguiente³². Por lo mismo que el bien común es “más divi-

³⁰ *Polit.* III, 9, 1280b 10. Refiriéndose a las alianzas entre Estados para la defensa o el intercambio comercial, dice AR, que ellas no causan la unidad, entre otras cosas porque tales pactos no son leyes sino meras convenciones o cauciones que garantizan las relaciones de justicia entre los hombres, “siendo impotentes para hacer a los ciudadanos buenos y justos”.

³¹ 1 § 2 *Dig.*, I, 1.

³² “Acontece en el mundo —decía ARISTÓTELES— lo que en una casa. Los hombres libres no están en modo alguno sujetos a hacer una cosa u otra según la ocasión, sino que todas sus funciones o la mayor parte de ellas están *reglamentadas*; para los esclavos y las bestias, por el contrario, son muy pocas las cosas que dicen relación al bien común, y la mayoría de ellas quedan al arbitrio de las circunstancias” (XII *Metaph.*, c. 10, 1075a 15). Es la “relación al bien común” la razón de la dignidad propia de los seres libres, que los romanos extienden metafóricamente a las *res publicae*.

no” que el bien singular, la persona o cosa que a él está ordenada no posee sólo utilidad sino también dignidad³³. Así, por ejemplo, una *res sacra, sancta* o *religiosa*, o, entre las personas, los sacerdotes, los magistrados, etc. La continuidad del texto que estamos comentando destaca que la dignidad inherente al *status* de la cosa romana no excluye su utilidad, aunque la supere:

“...sunt enim quaedam *publice utilia*, quaedam *privatim*”.

El Derecho privado, en cambio, considera la *res privata* atendiendo a la mera utilidad de aquel a quien está referida.

La distinción entre lo justo “legal” (*bonum*) y lo justo “igual” (*aequum*) a la cual corresponde la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado se funda, pues, en el fin al cual la cosa es referida y ordenada: el bien común en un caso y la comunidad política se compara a cada uno de sus miembros como el todo a la parte, de manera que el bien común es el bien del todo y el bien particular el bien de la parte. Por lo tanto, lo que por ser útil para la comunidad es objeto del Derecho público guarda con lo útil para cada uno, objeto del Derecho privado, la misma relación. Además, ni la *polis* aristotélica ni la *civitas* romana constituyen un *unum per se* que pueda compararse a los particulares como un individuo a otro, sino un *unum per accidens*, una mera unidad de orden cuyo bien no es, para los particulares que la constituyen, un bien ajeno sino un *bonum suum*, y el mejor de todos, puesto que al extenderse a muchos muestra su mayor virtud perfectiva. Por lo tanto los particulares, cuando obran con sabiduría práctica, desean su bien particular en armonía con el bien común, y prefieren éste en caso de conflicto.

Esa armonía la procura el Derecho gracias a las *duae positiones* que, sin destruir la unidad de la única ciencia que es, le reconoce Ulpiano. Si el Derecho público y el Derecho privado fuesen, como parecen pretender algunos, dos ciencias específicamente distintas³⁴ y no dos ramas de una única ciencia, serían insuficientes para dar completa cuenta de lo justo. La una consideraría justo lo que parezca útil al bien común, cualquiera fuese el sacrificio

³³ Dignidad significa bondad por sí misma; utilidad, bondad para otra cosa: “*dignitas significat bonitatem alicujus propter seipsum, utilitas vero propter aliud*” (SANTO TOMÁS, *In III Sent.* d. 7, q. 2, a. 2, q. 3, ad 4). Estrictamente hablando, *dignitas est de absolute dictis* (*In I Sent.*, d. 7, q. 2, a. 2, q. 3 ad 4) y sólo a la naturaleza racional puede atribuirse. Aunque ULPIANO no atribuye a las “cosas romanas” dignidad sino *status*, en la mente de los romanos eran ideas casi del todo equivalentes, y como las mismas personas caen dentro del concepto amplio de *res* cuando están ordenadas al bien común —si el Derecho público *in sacerdotibus et magistratibus consistit* es porque los sacerdotes y magistrados están especialmente ordenados al bien común y son para el Derecho *res publicae*— la atribución de dignidad a las *res* no siempre es metafórica.

³⁴ CUQ, en su conocida obra sobre *Les Institutions Juridiques des Romains* afirma que “la distinción del derecho público y del derecho privado no era, en la Roma antigua, tan neta como ha devenido en el derecho clásico” (ed. Plon, París, 1891, p. xvii). Pero, aunque sea así, él mismo exagera la distinción diciendo que “las instituciones del derecho público son generalmente designadas con el nombre de *instituciones políticas*”, y que “se reserva el nombre de *instituciones jurídicas* a las instituciones relativas al derecho privado” (*ibid.*).

particular que impusiera, y la otra lo útil para un particular, aunque se diera con daño para toda la comunidad. La separación entre ambas ramas ha sido, de hecho, efecto y al mismo tiempo causa del individualismo y del totalitarismo.

Ahora bien, hay en toda cosa justa dos notas, relaciones o *rationes* —como las llama Santo Tomás—: la *ratio aequalis* y la *ratio debiti*³⁵. Ambas son de tal manera esenciales que si una de ellas falta se está en presencia del objeto de otra virtud, no del de la justicia, aunque tenga con ésta algo de común. La primera es la razón por la cual lo justo es *aequum*, eso es, adecuado a otro; la segunda, aquella por la cual es *suum* del otro. El que la cosa sea adecuada a alguno depende de la naturaleza de la cosa —*ex ipsa natura rei*— y de las convenciones humanas —*ex conducto*— ya sean públicas o privadas³⁶; el que sea “suya” del otro depende de una ordenación de la razón —ley³⁷ o promesa³⁸— ya que “*Dicitur enim suum alicujus, quod ad ipsum ordinatur*”³⁹.

Puesto que, como se dijo más arriba recordando la enseñanza de Aristóteles, lo “legal” puede consistir en cualquier bien ya que nada de lo que forma parte de la comunidad le es inadecuado —salvo lo malo— es natural que el publicista atienda más a la *ratio debiti* que a la *ratio aequalis*. A los jueces mismos les está vedado juzgar acerca de la oportunidad y conveniencia de la ordenación al bien común, siempre, claro está, que ésta se mantenga dentro de los límites de lo razonable y de los demás requisitos formales de validez. La conveniencia o adecuación de la cosa al bien común se da por supuesta. En el ámbito del Derecho privado ocurre precisamente al revés: ha de atenderse principalmente a la *ratio aequalis*, y si la cosa es adecuada al otro por su naturaleza o por alguna convención ha de entenderse en principio que le es debida. Aquí las leyes desempeñan una función supletoria, a menos que sean de orden público. En otras palabras, el Derecho público considera, al menos en principio, que lo debido es adecuado, y el Derecho privado, que lo adecuado es debido. Empero, los juristas, sean publicistas o privatistas, no deben dejarse llevar por la inclinación a prescindir de una de las dos notas o *rationes* de lo justo, so pena de volverse ineptos para aquella armonía que sólo pueden establecer quienes se colocan en las *duae positiones* de Ulpiano.

Si de este gran jurisconsulto romano conocemos profusamente a través del Digesto su obra de Derecho privado, y es poco lo que nos ha llegado de sus escritos sobre Derecho público⁴⁰ no es porque su capacidad y su ciencia fuese

³⁵ S. Th., IIa. IIae., Q. 80 a. unicus.

³⁶ S. Th., IIa. IIae., Q. 57, a. 2.

³⁷ S. Th., Ia. IIae., Q. 90, a. 1 et 4.

³⁸ “*Obligat autem homo se homini ad aliquid per modum promissionis quae est rationis actus, ad quam pertinet ordinare; sicut enim homo imperando vel deprecando ordinat quodammodo quid sibi ab aliis fiat, ita promittendo ordinat quid ipse pro alio facere debeat*” (S. Th., IIa. IIae., Q. 88, a. 1, c.).

³⁹ S. Th., Ia. Q. 21., a.1, ad 3.

⁴⁰ Sobre los trabajos de Derecho público de ULPIANO, ver KRUEGER, o. c., p. 198 y ss.

en esta rama menor, sino porque el Derecho público romano había cambiado fundamentalmente a partir de Dioclesiano y al hacerse la compilación Justiniana el Derecho público de la época clásica sólo tenía, en buena parte, valor histórico ⁴¹.

IV. — LA DIVISION DEL DERECHO PRIVADO

Ulpiano la formula en estos términos:

“Privatum jus tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus. Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit, nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur; avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae conjunctio, quam nos *matrimonium* apellamus; hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim caetera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censi. Jus gentium est, quo gentes humanae utuntur: quod a naturali recedere, facile intelligere licet: quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit. Jus civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus, vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est civile, efficimus” ⁴².

Para una mejor comprensión de esta división conviene recordar que Gayo había formulado con anterioridad la división del derecho de esta forma:

“Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est: vocaturque *jus civile*, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes praeque custoditur: vocaturque *jus gentium*, quasi quo jure omnes gentes utuntur” ⁴³.

El derecho “común” a que se había referido Gayo es el que usan los “pueblos que se rigen por leyes y costumbres”, es decir, los pueblos civilizados, ya que los salvajes y los bárbaros se caracterizan precisamente por no usar leyes o por usarlas irracionalmente ⁴⁴. Ulpiano añade otro derecho común todavía: el

⁴¹ Cfr. BONFANTE, *o. c.*, p. 472 y ss.

⁴² I, § 2 y 3, *Dig.*, I, I.

⁴³ GAI, *Institutionum*, lib. I (9 *Dig.* I, I).

⁴⁴ “Manifestum est autem quod ex virtute rationis procedit quod homines rationabili jure regantur, et quod in literis exercitentur. Unde barbaries convenienter hoc signo declaratur, quod homines vel non utuntur legibus vel irrationabilibus utuntur: et similiter quod apud aliquas gentes non sint exercitia; literarum”. SANTO TOMÁS, *In I Polit.*, lect. I, n° 23.

que usan también los bárbaros pese a no regirse por leyes y costumbres sino por las tendencias del instinto. El que lo defina como lo que la naturaleza enseñó a todos los animales y diga que es común a todos ellos a diferencia del derecho de gentes, que es común sólo a los hombres entre sí, no quiere necesariamente decir, como tantos interpretan, que el jurisconsulto haya querido hacer penetrar a los animales en el ámbito jurídico, pues es posible que la mención de los animales no sea sino un argumento *a fortiori* en apoyo de la existencia de un derecho más común que el de Gayo, practicado no sólo por los pueblos civilizados sino por todos sin excepción. Es, incluso, posible que la idea de un derecho común al hombre y a los animales no haya sido sugerida al jurisconsulto por los estoicos, sino por el mismo Aristóteles, quien comienza su Política aplicando el método analítico que ha anunciado para considerar de qué elementos consta la ciudad y percibir mejor la diferencia entre ellos y dice:

“Observando el desarrollo de las cosas desde su origen se obtendrá en esta cuestión, como en las demás, la visión más clara. En primer lugar, se unen de modo necesario los que no pueden existir el uno sin el otro, como la hembra y el macho para la generación (y esto no en virtud de una decisión, sino de la misma manera que los demás animales y plantas, que de un modo natural aspiran a dejar tras sí otros semejantes), y el que por naturaleza manda y el súbdito, para seguridad suya”⁴⁵.

A nadie se le ha ocurrido decir que, para Aristóteles, los irracionales estén políticamente relacionados entre ellos. ¿Por qué atribuirle a Ulpiano decir que están jurídicamente relacionados? ¿No cabe otra interpretación, como la que insinuamos? No es posible olvidar que Ulpiano fue ante todo un práctico, y que su recurso a la filosofía debió de estar motivado por la necesidad de encontrar explicación a instituciones tales como aquellas que consideraban lícito el matrimonio entre esclavos (*contubernium*) mientras se respetaran los impedimentos biológicos⁴⁶, o las que declaraban *res religiosa* al lugar donde reposaban los restos de un esclavo⁴⁷, puesto que el esclavo se identifica, de acuerdo a la tradición, con los prisioneros de guerra tomados entre los *barbari*, que no obran racionalmente⁴⁸. ¿Qué lugar asignar a estas instituciones que no eran de derecho natural ni de derecho de gentes? Ulpiano las incluyó entre las pertenecientes al *jus naturalis*, y ésta es, seguramente, la razón de su división tripartita.

⁴⁵ *Polit.*, 1252a 24 y ss. (trad. del Inst. de Est. Polít., Madrid, 1970, p. 2). Ver *Ethic. ad Nic.*, 1161b. 5, 1162a 15 y ss.

⁴⁶ 2 *Dig.*, 23, 8.

⁴⁷ 6, 2 *pr. Dig.*, 11, 7.

⁴⁸ E. “esclavo por naturaleza” de ARISTÓTELES es una idea surgida a raíz de las apariencias que presentan los pueblos *barbaroi*, en los cuales los individuos se muestran ineptos para dirigir racionalmente su conducta. Una idea semejante es la de los esclavos en virtud del *jus gentium* en Roma (cfr. DI PIETRO, A., nota 14 a sus *Institutas de Gayo*, p. 13).

Atribuir al jurisconsulto el haber aceptado como “sujetos de derechos” a los animales irracionales es dejarse llevar por una inteligencia moderna del lenguaje clásico. El problema nos parece admirablemente bien visto por Santo Tomás, pues de lo que se trataba era, para Ulpiano, de saber si quienes parecían incapaces de aprehender la naturaleza universal de la cosa referida a otro —tales, los bárbaros, según el concepto que de ellos se tenía— estaban también incapacitados para captar la *ratio juris* y para adecuar sus acciones a otro. El Aquinate, siguiendo en esto la doctrina aristotélica, afirma que los mismos animales, aunque sean incapaces de aprehender *per se* lo universal, captan cierta *intención* individual: aprehenden la cosa según que es término o principio de su acción o pasión, como cuando la oveja conoce a su cordero no sólo en tanto que es este cordero sino en tanto que es amamantable por ella⁴⁹. Si la estimativa permite a los irracionales esta aprehensión suficiente para adecuar su acción a otro, con mayor razón la cogitativa la permite al hombre, por “bárbaro” que sea.

Ulpiano no atribuye a los animales —ni a los bárbaros— capacidad para aprehender las razones universales de lo justo, por lo cual no dice que tengan *scientia*, sino que parecen tener cierta *peritia* de este *jus*. De donde se sigue que, aunque no sean capaces de conocer la “ley natural”, pueden aprehender lo “justo natural”, como también piensa Santo Tomás⁵⁰.

A esto último parece oponerse el hecho de que la división del derecho privado que estudiamos está hecha en razón de los “preceptos” de los cuales se colige. Pero aquí la palabra “preceptos” está tomada en el sentido de “cosas preceptuadas” —*ut in regulato*— y no en el sentido abstracto de regla preexistente en la razón —*in regulante*—. Aunque los bárbaros sean incapaces de inferir, partiendo de la cosa preceptuada, la regla general, los juristas pueden colegirlas, de modo que el texto debe entenderse así: “*Privatum jus tripertitum est: collectum etenim est [a juristis] a naturalibus praeceptis...*”, etc.

La antropología cristiana, que supera todas las antiguas dudas sobre la naturaleza racional de los “subdesarrollados”, quita interés a la distinción de Ulpiano entre *jus naturale* y *jus gentium*, y a la definición de éste por Gayo como *jus* común a sólo los pueblos civilizados. Lo justo se divide hoy en natural y positivo, como lo dividió Aristóteles, y el *jus gentium* se ha transformado en el Derecho internacional, cuyo objeto es una forma *minus quam perfecta* de lo justo, que el Filósofo griego no aceptó.

El segundo problema que plantea la división del Derecho que estudiamos es este: ¿Sólo el Derecho privado se divide en natural, de gentes y civil? El Derecho público ¿es meramente positivo?

Para Aristóteles lo justo legal es lo conforme a la ley positiva⁵¹. El Filósofo conoce las ideas que acerca de la ley natural existían en su tiempo y las men-

⁴⁹ *In II De anima*, lect. XIII, nº 398.

⁵⁰ *S. Th.*, IIa. IIIae., q. 57 a 3.

⁵¹ “*Dicit autem esse legalia, quae sunt estatuta et determinata per legem positivam, quae competit legislatoribus*” (SANTO TOMÁS, *In V Ethic.*, lect. XII, nn. 1017 y 1023).

ciona en su Retórica⁵² pero su Etica no contiene ningún tratado acerca de la misma. Si bien la irreductible oposición de la sofística entre *fysis* y *nomos* está, en su pensamiento, superada hasta el punto de aceptar la posibilidad de una ley natural, su división de lo justo en natural y positivo parece afectar sólo a lo justo particular. Acaso entre *dikaion nómimon*, que en el primer capítulo del libro V de la Etica significa evidentemente “justo legal” y *dikaion nomikón* como se designa en el capítulo séptimo al segundo miembro de la división de lo “justo político” (1134b 18), no haya estricta sinonimia, y el último signifique “justo positivo”, como entiende Santo Tomás⁵³, de modo que pueda interpretarse que, para el Filósofo, lo justo legal es siempre positivo y que sólo lo justo particular se divide en natural y positivo⁵⁴.

No decimos que tal interpretación sea la única posible, pero sospechamos que es la que siguió Ulpiano, y que por ella no dividió todo el Derecho en natural, de gentes y civil, sino sólo el Derecho privado.

Además, esta interpretación permite llegar a las mismas conclusiones que la otra para la cual la ley misma se divide en natural y positiva, pues para Aristóteles lo conforme a las leyes positivas es por lo menos *pòs dikaion*, “de alguna manera justo”, siempre que sean “leyes legales”, como dice Santo Tomás, según su fin, su autor y su forma⁵⁵. El Aquinate parece mucho más estricto cuando afirma que “*omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur*”; y que “*si vero in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio*”⁵⁶; pero luego modera esta afirmación reconociendo que las leyes injustas son leyes, y en ciertos casos obligan, al menos en el fuero externo⁵⁷. Aristóteles, por su parte, cuando enseña que la comunidad política es natural, reconoce, aunque no lo diga, la existencia de un justo legal natural.

V. — CONCLUSION

El paralelo que hemos tratado de hacer entre la doctrina de Aristóteles y la concepción filosófico-jurídica de Ulpiano, que tanta influencia ejerció y con-

⁵² *Rhet.*, I, 13, 11-12; I, 14, 7; I, 15, 3; etc.

⁵³ *In V Ethic.*, lect. XII, nº 1017 (ver nº 1023).

⁵⁴ La interpretación que hemos aventurado, en contra de la autoridad del P. RAMÍREZ (*Derecho de gentes*) es sostenida por ADLER, MORTIMER, con fundamentos sumamente convincentes, en un excelente trabajo que no conocíamos al redactar este breve estudio: “Una cuestión acerca de la ley”, en *Ensayos sobre el Tomismo*, de R. E. BRENNAN, O. P. y colaboradores, ed. Morata, Madrid, 1963, ps. 257 y ss., notas 100, 100a, 101 y 103. Para AR, según este autor, “La justicia puede ser natural o legal, pero las leyes no pueden ser naturales” (n. 101). La mención de la l.n. en la *Retórica* se hace siempre con referencia a la *Antígona* de Sófocles. Son “los poetas” quienes en Grecia hablan de l.n., no los filósofos que prefieren hablar de justicia natural (n.-100a).

⁵⁵ *S. Th.*, Ia. IIae., Q. 96, a.4.

⁵⁶ *S. Th.*, Ia. IIae., Q. 95, a.2.

⁵⁷ Sobre el concepto de ley en AR, ver JAEGER, W., *Alabanza de la ley*, ed. Inst. de Est. Polít., Madrid, 1953, p. 89. No puede haber duda de que también para el Estagirita las leyes positivas que se apartan de la razón y del orden real no son verdaderas leyes.

tinúa ejerciendo en Occidente, no se ha hecho con el propósito de negar la influencia de otras doctrinas filosóficas, principalmente de la filosofía estoica, en la mente y la obra del jurisconsulto, sino más bien para poner de relieve su fundamental conformidad con la filosofía griega clásica a través de su gran sistematizador, y demostrar que es errónea cualquier interpretación del Derecho romano clásico que entienda sus principios al margen de esa filosofía.

Como ha destacado Villey, el Derecho romano clásico fue reinterpretado por los pandectistas de principios del siglo pasado para ponerlo en concordancia con la filosofía moderna, que pertenece al género de la sofística, no al de la filosofía clásica.

Urge restaurar la inteligencia del verdadero Derecho romano, que ha de servirnos de guía para volver a establecer en el campo jurídico, después de la crisis actual, la adecuación de nuestras mentes a esa realidad que, por su adecuación al intelecto divino, es la única verdad.

ERNESTO PUEYRREDÓN
Universidad Católica Argentina