

# Algunas reflexiones en torno al carácter internacional del Derecho de Gentes

Elvira Méndez Chang

Abogada. Profesora de Derecho Romano y de Temas de Derecho Internacional Público de la PUC.

**E**n la vida diaria constatamos la importancia del uso adecuado de las palabras para evitar malentendidos. En el mundo del Derecho, es fundamental emplear los términos con propiedad.

En el lenguaje jurídico, el Derecho de Gentes es usado como sinónimo de Derecho Internacional. A la base, encontramos a los Padres del Derecho Internacional quienes, en sus inicios, los denominaron *ius gentium* o *ius inter gentes*, dado que éste regularía las relaciones entre los pueblos. Es así que, a partir del siglo XVI, el *ius gentium* se entiende como aquel que regula las relaciones jurídicas internacionales. Sin embargo, el *ius gentium* es un concepto que proviene del Derecho Romano y merece ser estudiado dentro de la tradición romana para poder verificar si existía en él un carácter "internacional".

Primeramente, nos situaremos históricamente: para algunos autores, la llamada "fase del *ius gentium*" se desarrolló en Roma desde el 201 a.C. hasta el 235 d.C., aproximadamente<sup>(1)</sup>. Sin embargo, el *ius gentium* mantuvo su vigencia en los siglos posteriores, relacionado a un nuevo concepto de *peregrinus*<sup>(2)</sup>.

Numerosos romanistas reconocen que Cicerón ya manejó un concepto claro de *ius gentium*, distinto de otros conceptos como, por

ejemplo, el *ius naturale* (entendido como ideal abstracto de justicia)<sup>(3)</sup>; pero es en las fuentes romanas más recientes donde encontramos una clara formulación del concepto de *ius gentium*. Analicemos algunos textos, partiendo de las *Institutas* de Gayo.

Gayo 1.1. Todos los pueblos, los cuales están regidos por leyes y por costumbres, siguen en parte un derecho que les es propio, en parte un derecho que es común a todos los hombres. En efecto, el derecho que cada pueblo se ha dado a sí mismo le es propio y se llama derecho civil, es decir, el derecho propio de la ciudad, mientras que aquel derecho que la razón natural establece entre todos los hombres y es observado por igual por todos los pueblos es llamado derecho de gentes, es decir, el derecho usado por todas las gentes. Es por eso que el pueblo romano está regido en parte por su propio derecho y en parte por un derecho común a todos los hombres<sup>(4)</sup>.

La Compilación Justiniana también recoge una formulación similar.

D.1.1.9 Todos los pueblos, que se rigen por leyes y costumbres (mores), usan en parte del suyo propio, y en parte del derecho común a

(1) IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. 6ta. ed. revisada y aumentada, reimpresión. Barcelona: Ariel, 1979, p. 49.

(2) La Constitución de Caracalla del 212 d. C. consolida un nuevo contexto jurídico, a partir del cual la aplicación del *ius gentium* varía, existiendo un nuevo concepto de *peregrinus* (extranjero). La determinación del contenido del término *peregrinus*, del siglo III d. C. en adelante, varía en las fuentes, existiendo aún discusiones que no serán abordadas en este artículo. En relación a los siglos IV y V d. C., véase: CATALANO, Pierangelo. *Diritto e Persone Studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990, p.77. Asimismo, pese a los intentos de algunos autores de circunscribir hasta el siglo III

d.C. la "fase del *ius gentium*", encontramos este concepto en la *Compilación justiniana*.

(3) Cicerón, *De off.* 3.17.69; *Pro Roscio* 49.143. Véase también: LOMBARDI, Gabrio. "Diritto umano e *ius gentium*" *En: Studia et documenta historiae et iuris* 16(1960) p. 260.

(4) Gayo 1.1. *Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius contituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur.*

todos los hombres. Porque el derecho que cada pueblo constituyó él mismo para sí, es propio de la misma ciudad, y se llama derecho civil, como derecho propio de aquella misma ciudad; pero el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado igualmente por todos, se denomina derecho de gentes, como derecho que usan todas las gentes<sup>(5)</sup>.

D.1.1.1.4. Derecho de gentes es aquél que usan todas las gentes humanas; 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<sup>(6)</sup>.

I.1.2.1. El derecho se divide en civil o de gentes. Todos los pueblos regidos por leyes o costumbres tienen un derecho que en parte les es propio, y en parte es común a todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo se da exclusivamente, es propio de los individuos de la ciudad, y se llama derecho civil; mas el que una razón natural establece entre todos los hombres, y se observa en casi todos los pueblos, se llama derecho de gentes, es decir, de todas las naciones. Los romanos siguen también un derecho que es en parte aplicable a los solos ciudadanos y en parte a todos los hombres.

I.1.2.2. El derecho de gentes es común a todos los hombres, porque todos se han dado ciertas reglas que exigen el uso y las necesidades de la vida.

Tanto en la lectura del texto de Gayo como en la Compilación Justiniana, el **ius gentium** aparece como el resultado de la comparación de diversos sistemas jurídicos de los pueblos<sup>(7)</sup>, confrontación que llevó a los romanos a considerar que algunas normas son comunes a todos los pueblos y, por ende, el género humano. Pero, ¿la constatación de la existencia de normas comunes puede llevarnos a afirmar que hay una universalidad ínsita (connatural) en ciertas relaciones jurídicas? Si así fuese, ¿cual sería su fundamento?.

Para Gayo, la existencia de normas e instituciones comunes en todos los pueblos se funda en la **naturalis ratio** (razón natural). La **naturalis ratio** sería el principio de la razón universal, inmanente a la naturaleza y de observancia absoluta (D.4.5.8: **La razón civil no puede corromper los naturalia iura**<sup>(8)</sup>). La influencia estoica está presente a la base de la **naturalis ratio**, acomodándose a una noción universalista que une a todos los hombres. La **naturalis ratio** estaría en grado de presuponer una sustancial unidad del Derecho como fenómeno social y reconducir todos los derechos a un común denominador; la respuesta global y universal a los problemas de convivencia y relación entre los hombres se basaría en una concepción filosófica que establece vínculos con la naturaleza<sup>(9)</sup>. Ello llevaría a reconocer la existencia de un mínimo jurídico común que sobrepasa las particularidades jurídicas locales de los derechos privados en base a una objetiva realidad de las cosas, teniendo el **ius gentium** una absoluta inderogabilidad frente a la voluntad estatal<sup>(10)</sup>. Esta aproximación, desde una perspectiva filosófica y basada en la **naturalis ratio** se conoce como el

(5) Este fragmento del Digesto de Justiniano recoge el planteamiento gayano.

D.1.1.9. Gayo; *Instituciones*, libro 1. *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omne gentes utuntur.*

(6) D.1.1.1.4 Ulpiano; *Instituciones*, libro 1. *Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur; quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.*

(7) GORIA, Fausto "Osservazioni sulle prospettive comparatistiche nelle *Instituzioni di Gaio*". En: *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese (4-5 maggio 1978) in onore del prof. Silvio Romano*. Milano: Giuffrè, 1981 p. 225. JÖRS, Paul. *Derecho Privado Romano*. Traducción de la segunda edición alemana por L. Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1937 p. 85. GROSSO, Giuseppe *Lezioni di storia del Diritto Romano*. 5ta. ed. revisada y ampliada. Torino: Giappichelli, 1965 p. 273. MOMMSEN, Théodore. *Le droit*

*public romain*. Traducido del alemán por P.F. Girard. Paris: Ernest Thorin, 1889. Tomo VI, Parte II, p. 222. Lombardi afirma que éste es "...il vero e originario concetto di **ius gentium**..." Véase: LOMBARDI, Gabrio, *op. cit.*, p. 256-257. Catalano también los llama "**iura communia**". Véase: CATALANO, Pierangelo, *op. cit.*, p. 42-43.

(8) D. 4.5.8. Gayo; *Comentarios del Edicto Provincial*. **Civilis ratio naturalia iura corrompere non potest**. Debe tenerse presente que Gayo no llegó a formular qué debía entenderse por **naturalis ratio**.

(9) GORIA, Fausto, *op. cit.*, p. 323-324 RUILOBA SANTANA, Eloy, "Conflicto de leyes y **ius gentium** en el mundo jurídico romano (visión retrospectiva desde la dogmática permanente del Derecho Internacional Privado)". En: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro*. Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, 1974. Tomo II, p. 337. HUVELIN subraya el origen estoico de la **naturalis ratio**. Véase: HUVELIN, Paul. *Etudes d'histoire du droit commercial romain (Histoire externe -Droit maritime)*. Paris: Sirey 1929. p.16.

(10) No se pretende afirmar la existencia del concepto de Estado en Roma, que es una interesante materia de discusión pero escapa los alcances de este artículo. Al referirnos a "voluntad estatal", queremos entender la voluntad de quienes gobiernan los pueblos.

concepto doctrinal, teórico o abstracto del *ius gentium*<sup>(11)</sup>.

Sin embargo, en Roma, no existió un estudio comparatista ni una base de datos precisos y sistematizados que llevaran a determinar cuáles eran las normas comunes entre los pueblos. Ello nos lleva a considerar que estas normas comunes serían producto de una intuición de universalidad más que de una revelación efectiva. Esta intuición podría basarse en la necesidad de reconocer la validez de algunas instituciones entre romanos y *peregrini* (extranjeros), por intereses de carácter comercial<sup>(12)</sup>.

Desde los primeros siglos, con especial referencia a la expansión comercial del Siglo VI a. C., surgió lo que Serrao llama "*diritto dei traffici*"<sup>(13)</sup>, que podía estar o no sustentado en los tratados (*foedera*); éste se fundaba en la *fides*, se encontraba libre de las formalidades reservadas a los ciudadanos romanos y bajo la jurisdicción del magistrado romano<sup>(14)</sup>. La necesidad práctica de tutelar las pretensiones de ciudadanos frente a *peregrini* o de *peregrini* entre sí en territorio romano, con la presencia del *praetor peregrinus* como autoridad jurisdiccional romana, llevó a una elaboración pragmática que, sin perder un carácter universal, se basaba en el Derecho Civil Romano<sup>(15)</sup>. Es decir, reconociendo la existencia de principios generales y fundamentales que se encuentran en diversos derechos internos de los pueblos, una parte del Derecho Romano, no exclusivo de los ciudadanos romanos, sería extendido a los *peregrini*. Es necesario tener presente que el conjunto de normas que regía entre romanos y entre extranjeros era fruto de un remozamiento del Derecho Civil Romano que acogía discrecio-

nalmente, aunque bajo la égida de la universalidad, algunos principios e instituciones extranjeras sin despojarse de la visión romana. El *peregrinus* contaría con los derechos reconocidos por el *ius gentium* que emanasen de la conciencia jurídica romana, respetando las leyes y usos de otros pueblos; sobretodo, si éstos no eran aplicables exclusivamente a los ciudadanos romanos. Entonces, este conjunto de derechos es producto de sólo una ampliación de la visual del Derecho Civil Romano, convirtiéndolo, por los argumentos teóricos, en un derecho universal<sup>(16)</sup>. Algunos ejemplos los encontramos en Gayo 3.96 (*iusiurandum* aplicable a los *peregrini*), 3.132 (*numeratio pecuniae*), 3.93 (sobre las obligaciones de *ius gentium*), 3.154 (en relación a la sociedad que se contrae por el mero consentimiento), 3.133 (*nomena transcriptia*, planteándose aún la discusión entre sabinianos y proculeyanos) y 1.52 (la *potestas* del *dominus* sobre los esclavos es de *ius gentium*). En relación a las diferencias entre las instituciones del Derecho Civil Romano y de otros pueblos, encontramos la tutela de la mujer (Gayo 1.193); si bien se reconoce que en otros pueblos la sujeción de las mujeres no se funda en la tutela, existen otras formas de control que, en cuanto a sus efectos, serían similares a la tutela<sup>(17)</sup>.

Resulta claro que el *ius gentium* fue entendido dentro de una perspectiva romana y apuntando principalmente a instituciones que hoy serían de derecho privado como la familia, la esclavitud, la manumisión, las obligaciones; sin embargo, dentro de esta concepción romana<sup>(18)</sup>, también pertenecen al *ius gentium* el principio de inviolabilidad de los embajadores<sup>(19)</sup> y la sucesión monárquica.

(11) Si bien el contenido es el mismo, algunos autores dan diversas denominaciones a este concepto de *ius gentium*. En el caso de Grosso, el habla de un concepto "doctrinal". Véase: GROSSO, Giuseppe, op. cit., p. 275. Talamanca hace alusión a un concepto "teórico". Véase: TALAMANCA, Mario. *Lineamenti di storia del diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1979 p. 578-579. Por su parte, Lombardi alude a un concepto "abstracto". LOMBARDI, Gabrio, op. cit., p. 256.

(12) Resulta discutible considerar que sólo necesidades comerciales fueron las que propiciaron la aplicación de normas del Derecho Civil Romano a los extranjeros. Para ver algunas opiniones, véase: ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di diritto romano*. 14ta. ed. Napoli: Jovene, 1987 p.26; FREZZA, Paolo. "Ius gentium". En: RIDA (*Révue des droits de l'antiquité*) 2 (1949), p. 268. Para poder ver algunos aspectos económicos y sociales que influyeron en la formación del Derecho Romano, se recomienda la lectura de: SERRAO, Feliciano, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*. (Primera parte). Napoli: Jovene, 1947.

(13) SERRAO, Feliciano, op. cit., p. 347-348.

(14) En este sentido, ya encontramos referencias en la Ley de las XII Tablas (II,2). Grosso se refiere a la importancia de la *fides bona*

para configurar relaciones con *peregrini*, pese a no tener éstas un origen en el comercio internacional. Véase: GROSSO, Giuseppe, op. cit., p. 291.

(15) BAVIERA, Giovanni. *Il diritto internazionale dei romani*. Modena: direzione dell'Archivio Giuridico, 1898. p. 95. GROSSO, Giuseppe. *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*. 2da. ed. Torino: Giappichelli, 1967. p. 58; 60-61. IGLESIAS, Juan, op. cit., 103. JÖRS, Paul, op. cit., p. 84-85.

(16) Catalano se refiere a un carácter supranacional ("*sovranazionale*"). Véase: CATALANO, Pierangelo, op. cit., p.56. Se recomienda también la lectura de BELLO, Andrés "Derecho Romano" En *Obras completas de Andrés Bello*. Caracas: Ministerio de Educación, 1959 Tomo XIV, p. 259.

(17) Por consiguiente, habría una cuasi-tutela para las mujeres en los pueblos, distinta de la *tutela mulierum* existente en Roma.

(18) Recordemos que el *ius gentium* es entendido como parte del derecho civil romano. Para aclarar esta relación, que daría lugar a planteamientos en torno a la relación entre el derecho civil, derecho natural y derecho de gentes, debe tenerse presente que la concepción del *ius civile* romano parte de asumir que tanto el derecho público como el derecho privado son sólo posiciones de estudio (D.1.1.1.2.).

Empero, el Derecho Romano no ha admitido de manera amplia el reconocimiento de los derechos internos de otros pueblos; es más, el concepto mismo de *ius gentium* apunta a una porción del Derecho Civil Romano aplicable a los *peregrini*, bajo un presupuesto de universalidad. Este concepto de *ius gentium* como el conjunto de normas e instituciones precisados por el *praetor peregrinus* y entendido como parte del Derecho Romano aplicable a las relaciones entre romanos y *peregrini* es el concepto positivo o técnico<sup>(20)</sup>.

Algunos autores encuentran en el *ius gentium* elementos del Derecho Internacional Público contemporáneo<sup>(21)</sup>, afirmando que éste regulaba las relaciones jurídicas entre Roma y otros pueblos, en términos de una relación interestatal<sup>(22)</sup>. Sin embargo, un análisis cuidadoso de algunos supuestos, como el principio de inviolabilidad de los embajadores, nos lleva a ponderar no el carácter interestatal de la norma sino la validez de la misma en todos los pueblos, como producto de la *naturalis*

*“Se puede entender al ius gentium como un conjunto de normas del Derecho Romano con vocación universal, fundadas en la razón natural y comunes a todos los pueblos. No hay, por consiguiente, una base interestatal que sustente la creación ni la formulación de las normas de ius gentium”*

*ratio*<sup>(23)</sup>. El caso de Escipión el Africano<sup>(24)</sup>, quien respetó a los embajadores cartagineses, prueba la validez de una norma de *ius gentium*, común en todos los pueblos, sin necesidad de derivar del consentimiento expreso o tácito de los Estados<sup>(25)</sup> ni de una norma interestatal. Al margen del comportamiento de un pueblo e incluso ante la violación de una norma entendida de *ius gentium*, los romanos pretendieron consolidar el carácter común de estas normas a través de su observancia frente a las relaciones con los extranjeros, sin convertirla en una norma de Derecho Internacional Público, en sentido moderno.

Hemos visto también que el *ius gentium* no se plasma en un derecho supranacional desligado de un ordenamiento jurídico en particular; curiosamente, se inserta dentro del Derecho Civil Romano y, por extensión, dentro de los derechos civiles de los pueblos.

El *ius gentium* no es un derecho de los *peregrini* ni un estatuto especial para extranjeros, pues no es un conjunto de normas reservado a ellos, ya que de él participan los ciudadanos romanos<sup>(26)</sup>. Tampoco es un Derecho Internacional Privado pues no contiene normas de conflicto<sup>(27)</sup>; es un derecho directamente aplicable para solucionar cuestiones jurídicas, pese a tener un elemento extranjero o, en términos modernos, un elemento que internacionaliza la relación jurídica.

Por consiguiente, se puede entender el *ius gentium* como un conjunto de normas del Derecho Romano con vocación universal, fundadas en la razón natural y comunes a todos los pueblos. No hay, por consiguiente, una base interestatal que sustente la creación ni la formulación de las normas de *ius gentium*. Revisando la formulación gayana y la reco-

(19) Ello está presente en Polibio 15.4.

(20) Para Lombardi, es un concepto "técnico" pues alude a un conjunto de normas determinadas por la actividad del *praetor*. Véase: LOMBARDI, Gabrio, *op. cit.*, p. 256. Grosso, por su parte, lo denomina el concepto "positivo" o "concreto". GROSSO, Giuseppe. *Lezioni di storia del diritto romano*. 5ta. ed. revisada y ampliada Torino: Giappichelli, 1965. p. 275.

(21) Baviera afirma la existencia de un Derecho Internacional Público y Privado en Roma; sin embargo, sus argumentos son rebatibles. Véase: BAVIERA, Giovanni. *Il diritto internazionale dei romani*, Modena: Direzione dell' Archivio Giuridico, 1898. Huvelin, en relación a la actividad del *praetor* y de los *recuperatores*, habla de un derecho consuetudinario internacional. Sin embargo, las fuentes no aluden a una formación de costumbres internacionales que fundamenten la existencia de las instituciones de *ius gentium* reconocidas por los romanos. HUVELIN, Paul, *op. cit.*, p. 16-17. Opiniones recientes de autores que admiten un aspecto "publicista" del *ius gentium* las encontramos en: KASER, Max. *Storia del diritto romano*. Milano: Cisalpino-Goliardica, 1977 p. 142-143;

LOMBARDI, Gabrio, *op. cit.*, p. 256; TALAMANCA, Mario, *op. cit.*, p. 578-579.

(22) Es discutible afirmar que Roma mantenía relaciones "interestatales" con otros pueblos, si es que no existía el concepto moderno de Estado. Asimismo, debe recordarse que las relaciones de Roma, en especial a partir del siglo III. a.C., pueden calificarse de asimétricas frente a otras colectividades.

(23) Sobre el *ius fetiale* y su validez universal, véase: CATALANO, Pierangelo, *op. cit.*, p.41; También LOMBARDI, Gabrio, *op. cit.*, p. 260.

(24) Polibio 15.4 Los embajadores cartagineses fueron respetados pese a no haberse dado un trato recíproco a los embajadores romanos. Debe recordarse la reflexión hecha en la nota 22.

(25) Gayo señala que el pueblo romano se regiría en parte también por el *ius gentium*, siendo ello corroborado por la aplicación que de éste hacía el *praetor urbanus* en disputas entre ciudadanos romanos.

(26) KASER, Max, *op. cit.* p.143.

(27) Para efectos del concepto de *ius gentium*, no difieren sustancialmente.

gida en la Compilación Justiniana<sup>(28)</sup>, apreciamos que el **ius gentium** permaneció en sus líneas generales como aquel complejo de normas e instituciones que, para los romanos, eran vigentes en todos los pueblos. Este era entonces un orden jurídico real, vigente e independiente de la voluntad creadora de un pueblo en particular ni de un acuerdo entre pueblos. Las bases para encuadrar las normas de **ius gentium** no partían de una investigación sistemática estadística ni comparatista entre los pueblos del **orbe**, pero sí de una persuasión de los juristas romanos a considerar ciertas normas de aplicación común a todos los pueblos y, por consiguiente, aplicable a los ciudadanos y extranjeros, basados en la **naturalis ratio** como inmanente de la realidad objetiva de las cosas; esta obligatoriedad era independiente de cualquier reconocimiento formal del Estado.

En cuanto a su aplicación el **ius gentium** se aplicaba a los **peregrini**, a los ciudadanos romanos, a los ciudadanos romanos privados de ciudadanía; esta aplicación se hacía por ser parte del Derecho Civil Romano, es decir, en base a las normas de un derecho interno. El elemento internacional o interestatal no estaba presente.

El Derecho Internacional Público, por su parte, es un conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas internacionales de los entes con subjetividad internacional. En él, pese a las nuevas concepciones, el rol de los Estados como creadores de normas de Derecho Internacional y la base consensual de las mismas es innegable. Esta formulación es diversa de la presentada por el **ius gentium**, base conceptual del Derecho de Gentes. Entonces, ¿se equivocaron los Padres del Derecho Internacional? Frente a la adopción inicial de la expresión latina **ius gentium**, que era parte del bagaje jurídico de los tratadistas, hubo un desarrollo posterior donde se fue perfilando el concepto, teniendo en cuenta el crecimiento de la sociedad internacional y a un nuevo orden internacional; hoy, afortunadamente, tiene ya un nombre propio. Será menester no confundirlos. Si en algo puede resultar útil este artículo es en intentar aclarar algunas ideas y sembrar inquietudes en los estudiosos del Derecho Internacional; no sólo desde una perspectiva contemporánea sino también con referencia a instituciones y fuentes respecto de las cuales estamos aún influenciados. ■