

LA CARACTERIZACION DEL DERECHO NATURAL Y DEL DE GENTES POR LOS AUTORES DE LA ESCUELA ESPAÑOLA

Terminábamos un trabajo anterior (*) indicando que la inmutabilidad de la ley y del derecho natural, para Santo Tomás, no son absolutos, sino que cabe hablar también respecto a ellos de cierta mutabilidad. Los autores de la escuela española marcan un cambio de actitud en este punto. Las expresiones de necesidad, invariabilidad, inmutabilidad, aplicadas al derecho natural, adquieren un tono que no se encuentra en las obras de Santo Tomás de Aquino.

«Por lo general, los autores afirman que es lo mismo derecho natural que derecho necesario; es decir, que derecho natural es aquel que es necesario, o sea, el que es independiente de cualquier voluntad. Y el que depende de la voluntad y del arbitrio humano se llama derecho positivo» (1).

«Pues es, en efecto, abusar de los nombres y de las expresiones el llamar derecho natural al que no se deriva de manera necesaria, sino sólo congruente y probablemente de los primeros principios naturales» (2).

Porque «el derecho natural precisamente se distingue con toda propiedad del positivo en virtud de que aquél en manera alguna depende de la voluntad y consentimiento humano, sino que simple y

(*) *La doctrina de la propiedad en Santo Tomás*, en «Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano», Madrid, Reus, 1959, págs. 264 y sigs.

(1) «Respondetur ergo quod communiter doctores dicunt quod idem est ius naturale sicut ius necessarium, id est ius naturale est illud quod, esta necessarium, puta quod non dependet ex voluntate aliqua. Et illud quod dependet ex voluntate et beneplacito hominum dicitur positivum.»—F. VITORIA: *Comentarios a la «secunda secundae» de Santo Tomás*. Edic. preparada por el P. V. BELTRÁN DE HEREDIA, III, *De iustitia*, q. 57, a. 2.

(2) «Abuti vocibus et terminis profecto est vocare ius naturale quod non sequitur necessario sed congruenter tantum et probabiliter ex primis principiis naturalibus.»—M. B. SALÓN: *Commentarior. in disput. de iustitia*, q. 57, a. 2.

absolutamente es necesario y justo por razón de la sola naturaleza de las cosas, mientras que el derecho positivo no es absoluta y simplemente necesario por la naturaleza de las cosas, sino que es justo solamente conforme a cierta utilidad y congruencia, e introducido por la voluntad y consentimiento humanos» (3).

La verdad es, sin embargo, que no siempre las expresiones suenan tan terminantes. Porque si bien es cierto que siempre este aspecto de la mutabilidad e inmutabilidad aparece como diferencia entre el derecho natural y el positivo, ya que el positivo «es mudable propiamente hablando conforme a la voluntad del legislador», y el derecho natural, en cambio, «de suyo es inmutable»; sin embargo, hay que tener en cuenta que «el derecho natural no en todos sus principios conserva la misma inmutabilidad. Porque ciertos principios son de tal manera inmutables que ni en virtud del poder divino se pueden cambiar; v. gr.: 'Se ha de hacer el bien y huir del mal'; 'no se puede perjurar o decir falso testimonio'. Pero otros son inmutables con respecto a toda la naturaleza y el poder humanos, mudables, en cambio, para el supremo poder de Dios...

«Hay otros preceptos que, por lo general, conservándose las costumbres humanas rectas y sanas, no varían, pero que a veces tienen que variar por la maldad de algún sujeto. Tal es el precepto de devolver el depósito, que pertenece al derecho natural; pero que por la maldad del depositante, porque pide la espada depositada con el fin de matar al inocente, no debe cumplir el depositario; es más: está obligado a no devolver la espada depositada, según enseña Santo Tomás en la resolución de la primera objeción. Pero esto no sucede porque el derecho natural cambie en sí, sino porque cambia aquel a quien había que devolver el depósito y al cual correspondía ese derecho. La razón de esta doctrina es que en este caso hay otro derecho natural, que es la defensa del inocente o de la colectividad. Es más: concurre el precepto de no matar. Y quien entonces devolviera la espada depositada se haría cómplice de la muerte de otro. Y como estos preceptos de la defensa del inocente y de no matar son más im-

(3) «Ius naturale eo nomine distinguitur formaliter et proprie a positivo, quia illud nullo modo pendet ex hominum beneplacito et consensu, sed simpliciter et omnino est necessarium et iustum ex sola natura ipsarum rerum, ius vero positivum non est absolute et simpliciter necessarium ex natura rerum, sed iustum tantum secundum utilitatem et congruentiam, introductumque hominum beneplacite et consensu.»—M. B. SALÓN: *Commentarior. in disput. de iustitia*, q. 57, a. 3.

portantes y universales que aquel precepto de devolver lo depositado, por esta razón no hay obligación de devolverlo» (4).

Como se ve, el eco de los textos tomistas es no sólo perceptible, sino manifiesto y expreso en este texto de Báñez. Mucho más íntima es todavía la dependencia de Soto, en esta cuestión, de la concepción tomista (y aristotélica). Ya que «lo que por su naturaleza es necesario puede cambiarse por variar las cosas mismas. Porque la necesidad de cada cosa se ha de considerar según su naturaleza. Y así, si su naturaleza es inmutable, también el derecho que de ella se derive será sencillamente inmutable; así como porque el cielo es una cosa inmutable, su movimiento también lo es; y, en cambio, el agua, porque es una cosa mudable, aun cuando simplemente hablando le sea connatural el enfriar, sin embargo, cuando está caliente, calienta. De manera semejante, el que haya que devolver lo depositado a su dueño, de suyo es sencillamente necesario; pero, como el hombre es mudable, cuando el dueño no está en su sano juicio y pide su espada para matar, no se le ha de entregar; porque así como si estuviera en sus cabales lo preceptuado sería entregársela, así mientras no lo esté lo debido es no entregársela. Lo mismo que es una obligación simplemente absoluta que hay que pagar lo que se debe; pero en caso de

(4) «Etenim ius positivum mutabile est per se loquendo secundum legislatoris beneplacitum. Ius autem naturale simpliciter et per se loquendo immutabile est, sicut et sua regula est immutabilis et firma. In qua differentia maxime observandum est: quod ius naturale non in omnibus principiis parem immutabilitatem retinet. Quaedam enim sunt immutabilia: ita ut per divinam potentiam mutari non possint, v. gr. 'Bonum est agendum, malum est fugiendum', 'non est periurandum', 'non est falsum testimonium dicendum'. Alia vero sunt immutabilia quidem per totam naturam et potestatem humanam, sed mutabilia per divinam potentiam absolutam Dei... Alia sunt praecepta quae ut in plurimum, stantibus humanis moribus rectis et compositis, non variantur: sed aliquando necesse est variari propter malitiam alicuius hominis. Cuius modi est proceptum de reddendo deposito, quod respicit ius naturale. At vero propter malitiam deponentis: quia petit depositum gladium ad occidentem innocentem, non debet depositarius depositum reddere gladium: imo tenetur non reddere, ut docet Divus Thomas in solutione ad primum. Hoc autem non contingit quia ius naturale mutetur secundum se, sed quia mutatur ille cui reddendum erat depositum, et cui adaequatum erat tale ius. Ratio huius doctrinae ea est, quoniam in illo eventu est aliud ius naturae, quod est defensio innocentis aut reipublicae. Imo concurrunt praeceptum de non occidendo. Quod si tunc redderem depositum gladium essem ego cooperans ad mortem alterius. Et quoniam ista praecepta de defensione innocentis et de non occidendo sunt principaliora et universaliora quam illud praeceptum de reddendo deposito, ideo non reddendum est.»—D. BÁÑEZ: *De iure et iustitia decisiones*, a. 2, concl. 2.

que al pagar se quede uno sin comer, no se está sujeto a semejante obligación. Por lo tanto, esta mutación no se refiere tanto al derecho como a los hombres mismos. Y es por esta razón por la que al final del primer libro expusimos como motivo de convenir cambiar a veces las leyes humanas el que las cosas se cambian. Y en el libro 2, cap. 3, demostramos a su vez que en aquellas leyes que en sí mismas llevan la idea y el cumplimiento de la justicia no puede haber la dispensa; pero en aquellas, en cambio, que no llevan consigo el cumplimiento de la justicia, sino los medios para ello, puede tener lugar la dispensa; porque ésta es la índole de las cosas naturales de las que dice Aristóteles en el lugar citado que pueden variar. Ya que, aunque la mano derecha por naturaleza sea la más fuerte, a veces esto falla, y es el brazo izquierdo el más robusto» (5).

No parece añadir nada nuevo que merezca señalarse P. Aragón cuando trata el tema dentro de la línea de Soto (6).

Tampoco me parece que marque un matiz esencialmente distinto a este respecto Molina cuando explica la diferencia que hay entre la manera de variar el derecho natural y el derecho positivo: «Pues la variación— dice— de las cosas que son de derecho natural no sucede por la variación o cambio de la ley natural, sino por la agregación de una circunstancia que coloca al objeto fuera del número de los regu-

(5) «At vero id quod natura sua est necessarium potest mutatis rebus mutari. Necessitas quippe uniuscuiusque rei secundum eius naturam perpendenda est. Si enim natura rei immutabilis est, tunc et ius eius erit simpliciter immutabile: ut quia coelum res est immutabilis, eius motus est immutabilis: sed quia aqua est res mutabilis, licet simpliciter illi sit naturale infrigidare, nihilominus quando est calida calefacit. Pari modo, quod depositum sit domino reddendum, per se consideratum est simpliciter necessarium: sed quia homo est mutabilis, dum dominus prave affectus suum gladium petit ad occidendum non est illi reddendum, quia sicut si sanus existeret ius esset ei reddere, ita dum insanus sit ius est non reddere. Eodem modo ius per se simpliciter necessarium est quidquid debes ut solvas: quando vero solvendum non est, ius non te ligat. Haec ergo mutatio non tam fit in iure quam in hominibus ipsis. Atqui ex hac radice in fine primi libri rationem deduximus quare expedit leges humanas nonnunquam mutari, nempe quia res mutantur. Et lib. 2, q. 3, commonstravimus in illas leges quae rationem ipsam iustitiae et finem continent dispensationem cadere non posse: in illas vero quae non finem, sed media secum afferunt, cadere posse: hoc enim naturalium genus est quod Aristotele loco citato ait posse mutari. Nam etsi dextera naturaliter validior sit, aliquando deficit: et est sinistrum brachium robustius.»—D. SOTO: *De iustitia et iure*, I, 3, q. 1, a. 2.

(6) P. ARAGÓN: *In secundam secundae D. Thomae D. A. commentaria, De iustitia et iure*, q. 57, a. 2.

lados por aquella ley... La variación, en cambio, de las cosas que son de derecho positivo puede acontecer no sólo por variar el objeto, como, por ejemplo, en el caso de caer enfermo el que está sujeto a la ley de abstinencia de carne, sino también cambiándose y variando la ley misma, bien sea por abrogación, o bien por dispensa» (7).

En cambio, sí parece estar mucho más desprendido de las expresiones tomistas y coger el tono más particular de la escuela española Juan de Salas cuando dice: «Certum est legem naturalem mutari non posse quoad vim obligandi, ita ut illam amittat. Quod necessarium erat ut simpliciter mutari diceretur, sicut aliae leges tunc proprie et simpliciter mutari dicuntur quando vim obligandi amittunt, ita ut etiamsi contingat casus de quo loquebantur non obligent actu» (8).

Pero el que más insistentemente rechaza el concepto de mutabilidad aplicado a la ley o al derecho natural es tal vez Vázquez. Aborda directamente la cuestión de si Dios puede dispensar en los preceptos del Decálogo; pero toda la discusión descansa sobre la idea de que «los preceptos del Decálogo son de derecho natural», «omnia enim deducuntur per evidentem consequentiam ex principiis naturalibus, ut omnes fatentur». «Y puesto este fundamento, no es nada difícil probar que Dios mismo no puede dispensar en la ley del Decálogo, no sólo si se toma la dispensa en el sentido de remisión y relajación de la ley, sino también si se toma en el sentido de interpretación y de epiqueia» (9). Pero esto se entiende hablando de la ley natural propiamente dicha, en cuanto que es una regla de nuestras acciones; porque en cuanto a la materia de la ley natural, puede ésta variar por diversas circunstancias. Lo más interesante tal vez en la exposición de Vázquez sea la unidad sistemática que logra buscando la fundamenta-

(7) «Est tamen notandum latissimum discrimen inter variationem eorum quae sunt de iure naturali et eorum quae sunt de iure positivo. Variatio namque eorum quae sunt de iure naturali non evenit propter variationem aut mutationem quae in lege naturali fiat, sed propter adventum circumstantiae quae extrahit obiectum a numero eorum quae lex ea comprehendebat... Variatio autem eorum quae sunt de iure positivo evenire potest non solum facta variatione ex parte obiecti, ut si is qui die Veneris a carnibus abstinere tenebatur in febrim incidat, sed etiam facta mutatione et variatione in ipsa lege eam abrogando omnino, aut in ea dispensando.» L. MOLINA: *De iustitia et iure*, tract. 2, disp. 4.

(8) J. SALAS: *De legibus*, disp. 5, sect. 7. Cfr. también *ibíd.*, sect. 9.

(9) «Hoc iacto fundamento facile probari potest non solum non posse dispensari in lege decalogi ab ipso Deo, accepta dispensatione pro remissione et relaxatione; sed etiam si accipiatur pro interpretatione et epikia.» G. VÁZQUEZ: *Commentationum ac disputationum in primam secundae S. Thomae*, disp. 179, c. 2.

ción última de su aserto. Y esa fundamentación consiste en que para Vázquez la ley natural se identifica con la naturaleza racional, la cual, sin más añadidura, es y se puede llamar ley. Probada, por lo tanto, y admitida por todos los aristotélicos, la inmutabilidad aplicada al concepto de naturaleza (específica), ningún esfuerzo más hay que hacer para probar la inmutabilidad e invariabilidad de la ley natural. El argumento vale también, si bien no con tanta virtualidad, para aquellos que, como Santo Tomás o Suárez, no admiten que la naturaleza humana sin más pueda llamarse ley natural, sino que ésta consiste en una luz de la razón natural o en una fuerza especial añadida y derivada de la naturaleza humana.

Pero el temperamento metafísico de Vázquez no se conforma con esto y lleva la discusión hasta el último reducto: ¿es que Dios no podría actuar libremente en contra de la naturaleza? Esta es la polémica entre intelectualismo y voluntarismo planteada en el campo de la ética, de la que Vázquez ya ha tratado en la disputa 97, cap. 3 «Ibi enim monstravimus ea quae sunt suapte natura mala non quia voluntate alicuius etiam Dei prohibita sunt; sed quia suapte natura contraria et dissentanea sunt naturae rationali.» Pero la construcción sistemática de Vázquez da un paso más y enmarca el problema del intelectualismo o del voluntarismo ético en su concepción metafísica: «Nam quemadmodum res talis naturae possibilis est non quia Deus voluit esse possibilem, ut ibidem diximus; sed quia ex se non implicat contradictionem ut esse possit; eodem modo opera aliqua dicuntur suapte natura mala non quia Deus voluit ea ut mala prohibere, sed quia ex se ipsis naturae rationali quatenus rationalis est disconvenientia sunt et contraria. Cum igitur Deus non possit pro voluntate sua variare naturas rerum, non potest etiam mutare convenientiam aut disconvenientiam earum inter se, si res eodem modo permanent ut ibidem ulterius demonstravimus» (10).

Sin embargo, el que trató el tema con más precisión de matices y más rigor científico fué Suárez. Comienza el tratamiento de la cuestión distinguiendo entre la mutación por adición y la mutación por sustracción. De la primera no va a tratar, porque para nada afecta a la inmutabilidad de la ley natural. En cuanto a la segunda, que sería la única verdadera mutación, afirma que hablando con propiedad no se da en la ley natural, de la que dice «per se ipsam desinere non posse vel mutari, neque in universali, neque in particulari». Y esto se prue-

(10) G. VÁZQUEZ: *ibíd.*

ba en primer lugar porque «este derecho natural o se considera respecto de Dios o respecto del hombre; considerado en el hombre, no puede cambiar; porque es una propiedad intrínseca que fluye necesariamente de su naturaleza en cuanto tal, o —como otros quieren— es la misma naturaleza racional (Vázquez); por lo tanto, es imposible que, permaneciendo esa naturaleza como capaz de usar de la razón, pueda fallar la ley natural. Y si se considera esta ley tal como está en Dios, ya hemos demostrado en otra ocasión que esa ley no se puede alterar, no sólo por el juicio del entendimiento divino, sino tampoco por la voluntad, que quisiera o mandar tales bienes o evitar tales males» (11). Y enfrentándose con las expresiones de Aristóteles y de Santo Tomás, que afirman la mutabilidad de la ley y del derecho natural, advierte: «Las cosas que consisten en una cierta adecuación y como relación pueden cambiar, o sufrir una especie de cambio, es decir, dejar de existir, de dos maneras: o intrínsecamente, por un cambio en ellas mismas, como el padre deja de ser padre al morir, o extrínsecamente, solamente por un cambio de otra cosa, como el padre deja de ser padre por la muerte del hijo, lo cual no constituye una variación en el padre, pero es concebido por nosotros como si fuera una variación, o al menos como tal se expresa. En la ley positiva, pues, se da la variación en el primer sentido, ya que se la puede suprimir; pero en la ley natural de ningún modo sucede lo mismo; sino que solamente en el segundo sentido, por un cambio de la materia ocurre que la acción queda fuera de la obligación de la ley natural, no porque la ley se suprima o se altere, ya que siempre obliga y obligó del mismo modo, sino porque la materia misma de la ley se cambia» (12). «Por lo tanto, cuando Santo Tomás, siguiendo a Aris-

(11) «Probatur autem, primo, quia hoc ius naturale vel consideratur in Deo, vel in homine; prout est in homine mutari non potest, quia est intrinseca proprietas necessario fluens ex tali natura, qua talis est, vel, ut alii volunt, est ipsa rationalis natura; ergo repugnat, manente tali natura apta ad utendum ratione, auferri legem naturalem. Si vero consideratur haec lex ut est in Deo, supra ostensum est non posse auferri non solum a iudicio divini intellectus, verum etiam neque a voluntate, qua vult vel talia bona praecipere, vel talia mala vitare.»—F. SUÁREZ: *De legibus*, 2, 13.

(12) «Est ergo considerandum ea quae consistunt in quadam adaequatione et quasi relatione, dupliciter posse mutari, vel quasi mutari, seu desinere esse, scilicet, vel intrinsece per mutationem sui, ut pater desinit esse pater si moriatur; vel extrinsece tantum per mutationem alterius, quomodo pater desinit esse pater per mortem filii, quae desitio in patre non est mutatio, sed per modum mutationis a nobis concipitur, vel significatur. In lege ergo positiva contingit mutatio priori modo.

tóteles, dice que algunos preceptos de la ley natural varían, o pueden fallar, o sufren excepción en ciertos casos, habla de una variación impropia, llamada tal tan sólo por denominación extrínseca y por razón de la variación que se realiza en la materia, como se desprende del mismo en la citada cuestión 100, art. 8. Y en cuanto a esto establece una diferencia entre unos preceptos naturales y otros, y entre los preceptos y los principios universales. Porque pueden referirse a una materia que no sufre variación o limitación, como en el caso del principio general *no hay que hacer el mal*, o de algunos preceptos particulares, como el de que *no hay que mentir*; otros preceptos, en cambio, pueden sufrir variaciones por parte de la materia, y por eso están sujetos a limitaciones y como excepciones. Por lo que muchas veces hablamos de estos preceptos como si estuviesen expresados en términos absolutos, dentro de los cuales caben excepciones, porque no declaran suficientemente el precepto mismo de la ley natural tal como es en sí. De modo que el precepto considerado en sí mismo no sufre ninguna excepción, porque la misma razón natural ordena que esto se ha de hacer de tal o tal modo, o concurriendo tales circunstancias y no cuando faltan» (13).

En el capítulo siguiente esclarece más esta concepción con el ejemplo de la medicina, tomado de San Agustín: «Así como la medicina manda unas cosas para los enfermos y otras para los sanos, unas para los fuertes y otras para los más débiles; y, sin embargo, no por eso

quia tolli potest; in lege autem naturali minime, sed solum secundo modo per mutationem materiae contingit ut actio subtrahatur ab obligatione legis naturalis, non quia lex tollatur, vel minuat; semper enim eo modo obligat, et obligavit, sed quia ipsa materia legis mutatur.»—F. SUÁREZ: *De legisbus*, 2, 13.

(13) «Quando ergo D. Thomas cum Aristotele ait aliqua praecepta legis naturalis mutari vel deficere, aut exceptionem pati in paucioribus, seu in casu, loquitur de mutatione impropria per solam denominationem extrinsecam ratione mutationis quae in materia fit, ut ex eodem sumitur dicta q. 100, art. 8. Et quoad hoc differentiam constituit inter quaedam praecepta naturalia respectu aliorum, vel respectu principiorum universaliorum. Nam quaedam versantur in materia quae non recipit mutationem, vel limitationem, ut est, vel generale principium, *non sunt facienda mala* vel interdum particulare praeceptum, ut *non est mentiendum*: alia vero sunt quae ex parte materiae mutationes recipere possunt, et ideo limitationem, vel quasi exceptionem admittant. Unde saepe loquimur de his praeceptis ac si essent proposita per absoluta verba, sub quibus patiuntur exceptionem, quia non satis declarant ipsum praeceptum naturale prout in se est. Sic enim praeceptum in se spectatum nullam exceptionem patitur, quia ratio ipsa naturalis dictat hoc debere fieri tali, vel tali modo, et non aliter, vel concurrentibus talibus circumstantiis, et non absque illis.»—F. SUÁREZ: *De legisbus*, 2, 13.

las reglas de la medicina varían de suyo, sino que se multiplican, y unas sirven en esta ocasión, otras en otras, así el derecho natural, siendo siempre el mismo, manda una cosa en tal ocasión, y otra en otra, y ahora obliga, antes no, o bien después, sin variar en sí mismo, sino por variación de la materia» (14).

Al llegar aquí es ya oportuno preguntar si existe verdadera oposición entre la concepción que hemos señalado como característica, y también como predominante en la escuela española, y la doctrina de Santo Tomás de Aquino. Suárez quiere dar a entender que ambas concepciones son coincidentes en la idea, aunque sean diferentes, claro está, en el modo de hablar. Según él, Santo Tomás y Aristóteles cuando hablan de la variabilidad de la ley o del derecho natural hablan de una variación extrínseca, por variación en la materia. Sin embargo, me parece que, si bien tienen en cuenta esa variación de la materia y se refieren a ella, hablan en realidad también de una variabilidad que afecta al precepto mismo. Los textos aducidos en mi trabajo citado y los mismos de la escuela española que les siguen pueden ser prueba de ello. Por eso me parece que cuando Suárez está más acertado en el análisis es en lo que dice a continuación, uniéndolo con lo anterior, aunque en realidad es diferente. «Unde saepe loquimur de his praeceptis ac si essent proposita per absoluta verba sub quibus patiuntur exceptionem, quia non satis declarant ipsum praeceptum naturale prout in se est.» «Por lo que muchas veces hablamos de estos preceptos como si estuviesen expresados en términos absolutos dentro de los cuales caben excepciones, porque no declaran suficientemente el precepto mismo de la ley natural tal como es en sí.» Suárez se refiere, pues, a la formulación en términos absolutos y como definitivos de preceptos que no han encontrado todavía su expresión rigurosa y exacta, aun cuando el que los formula pueda creer que sí lo es. Al añadirse nuevas circunstancias y aspectos que antes no se habían considerado, hay que variar el precepto, o, si se quiere, la formulación del precepto. Entonces caben dos posturas: o considerar que el precepto, tal como estaba formulado anteriormente, no pertenecía a la ley natural, puesto que no la refle-

(14) «Sicut medicina alia praecepta tradit pro infirmis, alia pro sanis, et quaedam pro fortibus, alia pro debilioribus, et tamen non propterea regulae medicinae in se variantur, sed multiplicantur, et quaedam nunc deserviunt, nunc aliae: ita ius naturale idem existens aliud praecipit in tali occasione, aliud in alia et nunc obligat et non antea vel postea sine sui mutatione, propter materiae variationem.»— F. SUÁREZ: *De legibus*, 2, 14.

jaba fielmente, y entonces no hay ninguna variación propiamente dicha en la ley ni en los preceptos naturales (postura de Suárez); o bien considerar que el precepto era un precepto de la ley natural, sólo que, como suele acontecer en el conocimiento y en la expresión del conocimiento humano, no logra expresar adecuada y perfectamente la verdad; y en este caso cabe hablar de que al variar el precepto varía también la ley natural, no en sí misma, naturalmente, sino en su formulación. Pero formulación que es ella misma ley natural (postura de Aristóteles y de Santo Tomás). Son dos modos de hablar y ambos en principio aceptables, con tal de que se sepan distinguir.

Lo que no se puede hacer es insistir en la inmutabilidad, necesidad, inabrogabilidad, inderogabilidad... de la ley natural en sí misma y luego aplicar todas esas cualidades a cada uno de esos preceptos más o menos imperfectos, relativos, contingentes que se consideran pertenecientes a la ley natural.

Esta doctrina tendría su complemento en la distinción de clases y de grados dentro de los preceptos del derecho natural (y en la distinción de éstos de los principios); como ya vimos que hacía insistentemente Santo Tomás y acabamos de ver recogido por Suárez. Es un punto tratado también cuidadosamente por los autores de la escuela española. Pero creo poder prescindir aquí de él, puesto que lo fundamental está dicho ya por Santo Tomás (15).

Pasemos ahora a analizar el concepto del derecho de gentes. Como sabemos, fué ésta una cuestión que no quedó del todo esclarecida por Santo Tomás. Los autores de la escuela española son más o menos conscientes de ello. Unas veces lo expresan claramente, como Salón: «Divus Thomas non satis aperte nec certo in hac quaestione loquitur» (16); otras veces lo dan a entender con expresiones como «videtur», «nihilominus tamen potest intelligi»... (17).

Dedican al tema largas e insistentes consideraciones y, desde luego, la categoría del derecho de gentes adquiere en ellos una autonomía y un relieve que no había tenido ni de lejos en Santo Tomás. Sin embargo, por lo general no pretendieron dar un concepto pro-

(15) Cfr. F. VITORIA: *Comentarios a la «secunda secundae» de Sto. Tomás*, q. 57, a. 2; D. SOTO: *De iustitia et iure*, l. 2, q. 3, a. 1; D. BÁÑEZ: *De iure et iustitia decisiones*, a. 2, concl. 2.^a; M. B. SALÓN: *Comentariorum in disputationem de iustitia*, q. 57, a. 2.; L. MOLINA: *De iustitia et iure*, tract 1, disput. 4.

(16) M. B. SALÓN: *Comentariorum in disputationem de iustitia*, q. 57, a. 3.

(17) F. SUÁREZ: *De legibus*, 2, 19.

piamente dicho de él, calando en la esencia del mismo y buscando la raíz diferenciadora de los otros dos derechos: el natural y el civil. Casi todos se conformaron con describir sus características, exponer los puntos de contacto y de diferenciación con las otras dos categorías de derecho y hablar de algunos casos de aplicación en la práctica. Las dos únicas excepciones son, a mi entender, Soto y Vázquez.

Soto expone su opinión sobre este punto varias veces; pero siempre de modo incidental, sin desarrollar científicamente su teoría. Sin embargo, se ve que su mente es firme, ya que repite la misma idea en distintos pasajes; y su punto de vista me parece que es de gran interés. Para él el criterio discriminativo de las tres especies de derecho es el gnoseológico, y así establece en términos categóricos: «Itaque ius naturale absque ulla ratiocinatione scriptum est in mentibus nostris: ius autem gentium naturali ratiocinatione, absque hominum conventu et longo consilio inde elicatum: ius autem civile arbitrato hominum in unum coeuntium concilium constitutum» (18). No cabe duda de que a Soto se le va la pluma en esta ocasión en su ansia de acertar en pocas palabras con la clave de la cuestión. Tomando en rigor sus palabras el derecho natural estaría sólo compuesto de principios y no también de conclusiones; lo cual estaría en contradicción con su teoría de los grados en el derecho natural que expone en otro lugar; y distingue tres, sin contar los principios, «porque los primeros principios que son conocidos por sí mismos no constituyen grado, sino que son fuente y raíz, ya que un grado viene a ser lo mismo que un paso: y así como en la línea de consanguinidad el tronco o estirpe no es un grado, sino que los hermanos que proceden directamente de él están en primer grado; así los principios de derecho natural no son un grado, sino las conclusiones que se derivan de ellos» (19).

Por eso en el mismo artículo, al enfrentarse con un inconveniente que se derivaría de su teoría: «que los mandamientos del Decálogo serían de derecho de gentes», tiene que rectificar de alguna manera: «sin embargo, dada la evidencia con que se deriva el Decálogo in-

(18) D. Soto: *De iustitia et iure*, I, 1, q. 5, a. 4.

(19) «Enimvero prima per se nota principia non faciunt gradum, sed sunt radix et fons: gradus enim idem est quod gressus: unde sicut in linea consanguinitatis stirps et radix non est gressus, sed fratres inde proxime cadentes sunt in primo: Sic iure naturae principia non sunt gradus, sed quae inde consequentia descendunt.» D. Soto: *De iustitia et iure*, I, 2, q. 3, a. 1.

mediatamente, tal vez no se le deba aplicar sino la categoría de derecho natural» (20).

En cambio, me parece que no es justo con él Suárez cuando le atribuye la tesis de que «el derecho de gentes *tiene necesidad intrínseca en sus preceptos y sólo difiere del natural* porque el derecho natural *es conocido sin necesidad de raciocinio o con un raciocinio en extremo fácil*, mientras que el derecho de gentes se deduce por medio de mayor número de ilaciones y más complicadas» (21). Porque si bien es cierto que la mente de Soto no aparece en este artículo del todo clara, puede esclarecerse por otros pasajes donde vuelve a tocar el tema: «Cuando dijimos, pues, que el derecho de gentes se deriva de los principios de la naturaleza por vía de deducción no se ha de entender que la deducción sea completamente necesaria, sino conveniente a la naturaleza de la cosa en orden a tal fin» (22). «Porque el derecho natural es sencillamente necesario, o sea, que no depende del consentimiento humano: el derecho de gentes, en cambio, obliga porque así se opina, esto es: porque los hombres así lo tienen por conveniente (23).

El otro autor que trata de encontrar la razón esencial que constituye en tres categorías al derecho es Vázquez. A diferencia de Soto, no trata incidentalmente la cuestión, sino en un capítulo expreso, desarrollando amplia y sistemáticamente su pensamiento. El capítulo se titula: «Verdadera diferencia entre el derecho natural y el de gentes.» Vázquez se aparta aquí, al menos nominalmente, de la postura, totalmente generalizada, como luego veremos, en la escuela española, que considera el derecho de gentes como derecho positivo. Influenciado por el texto de Santo Tomás de la «secunda secundae» q. 57,

(20) «Tametsi propter evidentiam proximae illationis, forsam non sortiretur nomen nisi iuris naturae. Nam est Decalogus adeo patens, ut principiis naturalis iuris sit proximus.» D. SOTO: *De iustitia et iure*, l. 1, q. 5, a. 4.

(21) «Quapropter etiam non placet modus loquendi aliquorum theologorum, qui sentiunt ius gentium habere intrinsecam necessitatem in suis praeceptis. Solumque differre a naturali quia ius naturale sine discursu innotescit; ius autem gentium per plures illationes et difficiliore colligitur. Quod potest sumi ex Soto l. 1, q. 5, a. 4», F SUÁREZ: *De legibus*, 2, 17.

(22) «Quando enim diximus ius gentium ilici ex principiis naturae per viam illationis non intelligitur quod illatio sit omnino necessaria: sed rei naturae in ordine ad talem finem conveniens.» D. SOTO: *De iustitia et iure*, l. 3, q. 1, a. 3.

(23) «Ius enim naturale est simpliciter necessarium, id est quod non dependet ex humano consensu: ius autem gentium obligat quia videtur, id est quia ab hominibus sic iudicatur.» D. SOTO: *De iustitia et iure*, l. 3, q. 1, a. 3.

a. 3, que es el que cita, parte de la idea de que el derecho de gentes es una especie del derecho natural y trata de diferenciarlo del derecho natural propiamente dicho, o en sentido estricto. «A fin de establecer una verdadera razón de diferenciación entre el derecho natural y el de gentes se han de presuponer dos asertos fundamentales. El uno es que la naturaleza humana se puede considerar de dos maneras: en primer lugar en sí misma, de una manera absoluta sin referencia a ninguna sociedad ni organización política; en segundo lugar tal como se desenvuelve en la vida de sociedad dentro de la organización política: y de estas dos situaciones se originan aquellas dos clases de derecho natural, a saber, el derecho natural propiamente dicho, que suele llamarse primordial o primario, y el derecho de gentes, que se llama natural secundario. Y en efecto Santo Tomás 2-2, q. 57, en el artículo tercero...

«La otra observación que hay que hacer es lo que advierte muy acertadamente Francisco Conan en el 1. 1.º de sus comentarios al derecho civil c. 6, n. 5 ss.: que el nombre de derecho se aplica de dos maneras diferentes, como derecho de justicia y como derecho de utilidad. El derecho de justicia es el que no sólo permite, sino que también manda de tal modo que su opuesto sea injusto o inicuo: tal, por ejemplo, devolver el depósito a su tiempo debido, lo cual es de tal modo justo y conforme a derecho que lo opuesto va contra la justicia... Este derecho, que es la misma naturaleza racional en cuanto que es norma de virtud y de pecado, es de una verdad eterna y por ningún motivo puede variar, como veremos en la disputa 179, cap. II. El derecho de utilidad, por el contrario, es aquel que ni es norma de lo justo y de lo injusto, de la virtud y del pecado, ni manda nada de tal forma que lo opuesto sea malo, sino que solamente concede la libre facultad de utilizar alguna cosa como útil, y aun como honesta; pero de tal modo que no utilizarla o seguir la contraria no sea malo... Derecho en este sentido significa facultad o poder, puesto que entre otras acepciones de la palabra derecho ésta es una de ellas, como ya advertimos en la disp. 150. Se puede hablar también de derecho en este último sentido, ya que es norma de lo justo, esto es, de lo honesto, de modo que lo opuesto no sea injusto, ni malo moralmente...

»Esto supuesto, yo distinguiría el derecho de gentes del derecho natural, siguiendo a Conan en el lugar citado, en que el derecho natural es aquel que se deriva de los principios de la naturaleza por un raciocinio evidente y no como solamente permisivo, sino como preceptivo y prohibitivo, de modo que es norma de lo justo y de lo in-

justo, del pecado y de la virtud; y esto tanto si se considera la naturaleza en sí misma, como en colectividad y dentro de la organización política, según luego diremos. Y el derecho de gentes será solamente el derecho de lo permitido y de la utilidad, que conviene a la naturaleza humana considerada dentro de la comunidad política. Puesto que hay ciertas cosas que convienen y son útiles a los hombres que viven organizados políticamente que no convendrían al hombre considerado en sí mismo y aisladamente. Esta permisión, pues, de lo que conviene a toda la naturaleza humana considerada en el estado de organización política se llama derecho de gentes, esto es: libertad y poder» (24).

(24) «*Ut aliquam veram rationem differentiae inter ius naturale et gentium constituamus duo principia supponenda sunt. Unum est, naturam humanam posse dupliciter considerari: primum secundum se, et absolute absque ulla civili societate, et republica: deinde prout in republica communi vitae consuetudine degit: ex quibus duobus statibus duo illa iura naturalia oriuntur, videlicet naturale simpliciter, quod dici solet primarium, seu primaevum, et ius gentium, quod naturale secundarium vocatur. Et sane Sanctus Thomas 2. 2, q. 57 art. illo tertio hac ratione distinctionem illam iuris naturalis et gentium explicavit. Nam ius naturale dicitur illud quod convenit naturae rationali secundum se consideratae absque ulla societate; ius autem gentium quod convenit eidem naturae in societate civili constitutae. Idem enim videtur ius gentium quod ius populorum, non unius, aut alterius, sed omnium; namque variae omnium congregationes gentes dicuntur, hoc autem naturale est non quidem homini secundum se, sed homini prout in populo et civitate...*

«Alterum observandum est id quod optime adnotavit Franc. Conanus lib. I commentariorum iuris civilis, c. 6, n. 5 et seq. nempe ius dupliciter dici, primum ius iustitiae, deinde ius utilitatis. Ius iustitiae illud est quod non tantum fieri permittit, sed etiam ita iubet, ut oppositum iniustum sit, et iniquum: quale est reddere depositum suo tempore, quod ita iustum et secundum ius est ut oppositum sit contra iustitiam. Quod si de hoc iure communius loquamur, quatenus iustitia generalis dicitur ratio cuiuscumque virtutis, hoc ius dicitur regula iusti et iniusti, et recti et non recti, peccati et virtutis in universum. Hoc autem ius quod est ipsamet natura rationalis, prout est regula virtutis, et peccati, est aeternae veritatis, nec ulla ratione mutari potest, ut disput. 179 cap. 2 dicemus; ius autem utilitatis illud est quod nec est regula iusti et iniusti, virtutis et peccati, neque aliqua ita iubet, ut oppositum peccatum sit, sed solum liberam concedit facultatem utendi re aliqua tanquam utili, imo etiam tanquam honesta: ita tamen ut illa non uti vel uti contraria non sit inhonestum. Ius autem in hac significatione denotat licentiam seu facultatem, nam inter alias iuris significationes haec una est, ut disp. 15, notavimus. Dici etiam potest hoc posteriori modo ius, quia fit regula iusti, hoc est, honesti, ita ut oppositum non sit iniustum, nec inhonestum...

«His positis ego quidem ita distinguerem ius gentium a iure naturali cum

¿Acierta Vázquez cuando pretende dar la razón esencial de diferenciación del derecho de gentes? Desde luego, la categoría que él expresa es conceptualmente posible, está lógicamente desarrollada, tiene suficiente autonomía de los conceptos afines y es, por tanto, instrumentalmente válida para expresar la idea del autor que quiera utilizarla. De consiguiente, cuando Vázquez hable de cosas a que aplique la categoría del derecho de gentes, habrá, naturalmente, que tenerla en cuenta. Pero cuando Vázquez se plantea la tarea de buscar una «*Veram rationem differentiae*» del derecho de gentes no cabe duda que lo que quiere es encontrar la razón íntima del concepto del derecho de gentes tal como era entendido en general. Y si no la mente de los juriconsultos, porque dice «*haec divisio quam tradunt consulti mihi non probatur*» (25), sí, al menos, la de Santo Tomás y la de los autores de su época pretende expresarla, aunque, claro está, buscando una raíz más profunda y dando una explicación más filosófica de lo que ellos expresaban más descriptiva y superficialmente. En este sentido me parece que Vázquez no logró su intento. Suárez, que analiza extensamente la postura de Vázquez, la rechaza (26). Y me parece que de haberla analizado la hubieran rechazado todos o casi todos los demás autores. En efecto, creo que no coincidía con ellos ni en restringir el área de las relaciones del derecho de gentes a la naturaleza humana considerada en orden a la sociedad civil, ni en conceder al derecho de gentes sólo carácter permisivo y nunca preceptivo. Sin embargo, no cabe duda que cuando él formula esa teoría tratando de dar explicación a las descripciones de los otros no debe de andar muy lejos de la concepción dominante en el ambiente; y en este sentido tiene un valor sintomático indiscutible. Por otra par-

Francisco Conano loco allegato, ut ius naturale sit illud quod ex principiis naturae optima ratiocinatione colligitur, non permittens solum, sed praecipiens et prohibens, ita ut sit regula iusti, et iniusti, peccati et virtutis, et hoc sive natura secundum se consideretur, sive in communi et civili vita, ut inferius ostendemus. Ius autem gentium sit solum permissionis et utilitatis, conveniens naturae humanae consideratae in civili communitate. Quaedam enim hoc modo conveniunt, et utilia sunt hominibus in civitate constitutis, quae homini secundum se et solitarie degenti non conveniunt. Haec igitur permissio rei convenientis toti naturae hominis secundum statum civitatis dicitur ius gentium, id est licentia et facultas.» G. VÁZQUEZ: *Comm. ac disputationum in Primam Secundae Sti. Thomae tomus secundus*. Disput. 157. Cap. 3.

(25) G. VÁZQUEZ: *Commentariorum ac disputationum in Primam Secundae Sti. Thomae tomus secundus*. Disput. 1957. Cap. 1.

(26) F. SUÁREZ: *De legibus*; 2; 17 y 18.

te no sería difícil encontrar los puntos de contacto de esta teoría con las posturas de los demás autores de la escuela. Suárez, por ejemplo, que tan decididamente rechaza la tesis de Vázquez, cuando trata de establecer la característica del derecho de gentes frente al derecho civil, establece ésta, como luego veremos, en que es un derecho no escrito, un derecho que se origina y se expresa en las costumbres, «no de una u otra ciudad o provincia, sino de todas o casi todas las naciones» (27). Y no se olvide que la costumbre contiene esos dos elementos, o, si se prefiere, esos dos estadios; uno que obliga y otro que sencillamente indica lo que se hace, la serie de actos que por encontrarse *conveniente* para la *convivencia humana* se vienen repitiendo con consentimiento o anuencia más o menos generales y a veces en contra de una ley escrita que se considera *permitido* violar.

Con Salas la relación es mucho más estrecha, ya que éste considera los ejemplos más clásicos y comunes del derecho de gentes no como preceptos, sino como cosas simplemente permitidas (28).

Sin embargo, al no coincidir adecuadamente con el punto de vista de los demás autores, nos obliga esto a renunciar a un concepto unitario del derecho de gentes dentro de la escuela española, ya que la postura de Soto no está, por una parte, suficientemente desarrollada, y por otra es rechazada (29) o no es recogida por los otros, no obstante ser Soto uno de los primeros escritores de la escuela. Consiguientemente hemos de conformarnos con las descripciones que nos hacen los demás de los caracteres del derecho de gentes, en lo que sí resultan, generalmente hablando, coincidentes.

Que «el derecho de gentes es intermedio entre el derecho natural y el civil y, por tanto, es muy semejante y afín a ambos al mismo tiempo que difiere de uno y otro» (30) es una afirmación que se puede

(27) F. SUÁREZ: *De legibus*, 2, 19.

(28) «Haec Molina, et bene quantum ad rem ipsam, quidquid sit de illis exemplis, in quibus ego nullam agnosco dispensationem, vel abrogationem iuris gentium: nam ius gentium non praecepit ut omnes capti bello mancipia essent: sed ut mancipia fieri possint.» J. SALAS: *De legibus*, disput. 20, sect. 3.

(29) P. ARAGÓN: *In secundam secundae D. Thomae Doctoris Angelici commentaria. De iustitia et iure*, q. 57, a. 3; F. SUÁREZ: *De legibus*, 2, 17.

(30) «Ad intelligentiam huius controversiae observandum est ius gentium esse medium inter naturale et civile, ac propterea utrique esse plurimum simile et affine, ac ab utroque etiam differre. M. B. SALÓN: *Commentariorum in disputationem de iustitia...*, q. 57, a. 3. Cf., también P. ARAGÓN: *In secundam secundae D. Thomae Doctoris Angelici commentaria. De iustitia et iure*, q. 57, a. 3; D. BÁÑEZ: *De iure et iustitia decisiones*, a. 3.

considerar compartida por todos los componentes de la escuela. Sentado este principio, la tarea consiste en explicar las semejanzas y diferencias con ambos derechos, para que quede el concepto del derecho de gentes deslindado y perfilado como categoría autónoma, a la vez que esclarecido en la medida de lo posible.

«Con el derecho civil coincide el derecho de gentes, en primer lugar, en que ambos se derivan del derecho natural no de un modo necesario, sino conforme a cierta congruencia. Segundo, en que ambos fueron establecidos por el discurso de la razón humana y por consentimiento de los hombres, aunque con diferencia de grados: ya que el derecho civil se debe al parecer del Príncipe o de la colectividad, conforme a su definición: 'Lo que cada pueblo o ciudad estableció para sí como propio'; y el derecho de gentes se debe al común consentimiento y parecer de todas las gentes y naciones, aunque no del todo libremente, sino como urgiendo e instigando a ello el dictamen de la recta razón, aun cuando no deje de deberse al consentimiento humano por el hecho de que impulse a ello la recta razón; puesto que como no se sigue absoluta y necesariamente de los principios de la ley natural, sino sólo según cierta congruencia, el que esta congruencia adquiera fuerza de derecho es obra del común consentimiento de todas las gentes y naciones» (31). «Con el derecho natural coincide en primer lugar en que ambos se deducen de los primeros principios conocidos por sí mismos del derecho natural, a modo de conclusión, conforme al dictamen de la recta razón: respecto al derecho natural resulta esto claro en los mandamientos del decálogo, que son como conclusiones deducidas necesariamente

(31) «Cum iure civili convenit etiam ius gentium. Primo quia utrunque derivatur a iure naturali non necessario, sed secundum quandam congruentiam. Secundo quia utrumque humana ratione discurrere introductum est et ex consensu hominum, quamvis secundum magis et minus: quia ius civile ex beneplacito Principis vel Reipublicae, sic enim definitur «quod quisque populus vel civitas proprium sibi constituit», ius vero gentium ex communi consensu et beneplacito omnium gentium et nationum licet non omnino libero, sed quasi urgente et instigante dictamine rectae rationis, quamvis non propterea desinat esse ex hominum consensu, quia ad illud urgeat recta ratio, quia cum illud non sequatur absolute et necessario ex principiis naturalibus, sed secundum quandam congruentiam tantum, ut huiusmodi congruentia haberet vim iuris, fecit communis omnium gentium et nationum consensus.» M. B. SALÓN: *Commentariorum in disput de iustitia*, q. 57, a. 3. Cfr. también, aunque mucho menos extensamente, D. BÁÑEZ: *De iure et iustitia decisiones*, a. 3; P. ARAGÓN: *In sec. secundae D. Th. D. Angelici commentaria*, q. 57, a. 3.

del principio: *Quod tibi non vis...* y también respecto al derecho de gentes aparece claramente en los ejemplos que aduce Durando en el segundo argumento, acerca de las compraventas... De esta primera coincidencia se sigue la segunda... a saber que estos derechos... son comunes a todas las gentes. Convienen en tercer lugar en que ninguno de los dos consiste en una ley escrita. De donde se sigue la cuarta coincidencia: que así como el derecho natural... no necesitó de ninguna promulgación para que tuviera fuerza de obligar, así tampoco el derecho de gentes» (32). Y estas conveniencias con el natural vienen a ser las diferencias que separan al derecho de gentes del civil: «en primer lugar que el derecho de gentes se deduce del natural como una conclusión que se sigue de él mediante cierto discurso y raciocinio... En cambio, el derecho civil no es una conclusión deducida mediante discurso del derecho natural, sino una determinación particular de una regla universal del mismo derecho natural o del derecho de gentes» (33).

(32) «Convenit ergo imprimis cum naturali quia utrunque deducitur ex principiis primis et per se notis iuris naturalis per modum conclusionis dictante recta ratione: de iure quidem naturali patet hoc in praeceptis decalogi, quae sunt velut conclusiones necessario deductae ex illo principio: quod tibi non vis, etc. De iure autem gentium patet etiam in exemplis illis adductis a Durando in secundo argumento de emptionibus et venditionibus... Ex hac prima convenientia sequitur secunda... ut haec quoque iura... omnibus gentibus sint communia... Conveniunt tertio, quia sicut ius naturale non est aliqua lex scripta... eadem ratione ius gentium... non est aliqua lex scripta... Ex quo sequitur quarta convenientia ut sicut ius naturale... non indiguit aliqua promulgatione ut haberet vim obligandi, ita nec ius gentium.» M. B. SALÓN: *Commentariorum in disput. de iustitia...* q. 57, a. 3. Cfr. también: P. ARACÓN: *In Sec. Secundae D. Thomae... commentaria. De iustitia et iure*, q. 57, a. 3; D. BÁÑEZ: *De iure et iustitia decisiones*, a. 3.

(33) «Differunt vero quia ius gentium deducitur ex naturali ut conclusio illata ex illo quodam discursu et syllogismo. Ius autem civile non est conclusio deducta per discursum ex iure naturali, sed determinatio particularis alicuius regulae universalis ipsius iuris gentium.» M. B. SALÓN: *Commentariorum in disputatione de iustitia...* q. 57, a. 3.

De la misma manera, SOTO: «Ius autem gentium et civile in primis hoc basilari discrimine differunt, quod lib. 1, q. 5, art. 4 ex mente D. Thomae deprompsimus, nempe quod ius gentium ex principiis naturalibus verum consideratum in ordine ad aliquem finem et circumstantias per viam conclusionis elicitur... Ius autem civile colligitur ex uno principio naturali et altera praemissa arbitratu humano posita: et ideo non colligitur per viam illationis, sed per determinationem generalis principii ad specialem legem.» D. SOTO: *De iustitia et iure*. l. 3, q. 1, a. 3.

«En segundo lugar son diferentes porque para establecer el derecho de gentes no fué necesario, como ya hemos visto, que todas las gentes se reunieran, sino que sólo por la luz de la razón coincidieron todos en él. Mientras que en el civil, como es una determinación particular de una norma universal y para establecer las cosas en particular hay que atender necesariamente a las circunstancias privativas y particulares de cada provincia y de cada momento, es preciso, de consiguiente —para crear el derecho civil—, que se reúnan los hombres de cada provincia o nación, que se consulten entre sí y busquen el modo de adaptar a su tiempo y región esa norma universal; y que intervenga la autoridad del gobernante o del pueblo para que esa deliberación y lo que en ella se juzgue oportuno establecer adquiera fuerza de ley.

»De donde se sigue la tercera diferencia: que el derecho de gentes es común a todas las gentes, como lo es la recta razón que lo dicta, no por escrito o por medio de promulgación, sino únicamente por insinuación a la inteligencia de cada hombre, mientras que el civil es particular a cada demarcación territorial, del mismo modo que cada una de éstas tiene su propio gobernante, su peculiar organización de la autoridad, su particular situación y circunstancias, por las que tal vez lo que es conveniente para una no lo será para otra» (34).

Suárez, que, como antes dijimos, rechaza tanto la teoría de Soto como la de Vázquez para explicar la esencia del derecho de gentes

(34) «Differunt secundo, quod ad constituendum ius gentium non oportuit, ut expositum est, omnes gentes convenire, sed sola recta ratione dictante in illud omnes consenserunt, civile autem quia est determinatio particularis alicuius regulae universalis et ad res in particulari constituendas attendendae sunt necessario private et particulares circumstantiae cuiusque provinciae et temporis, oportuit propterea ad condendum ius civile homines cuiusque Provinciae et Reipublicae in unum locum convenire, inter se consultare et inquirere qua ratione regula illa universalis suae provinciae et tempori sit accomodanda intervenireque auctoritatem Principis vel Reipublicae ut illa consultatio et quod in ea videbitur decerni oportere, habeat vim legis.

«Ex his sequitur tertia differentia, ut ius gentium sit omnibus gentibus commune, sicut et recta ratio quod illud dictat, et sine ullo scripto aut promulgatione, sed sola recta ratione illud mentibus humanis insinuante, ius autem civile sit particulare cuique provinciae sicut unaquaeque habet suum peculiarem Principem, suam peculiarem auctoritatem, suum privatum statum ac circumstantias, propter quas quod uni formae convenit alteri non expediet.» M. B. SALÓN: *Commentariorum in disput. de iustitia...*, q. 57, a. 3.

frente al civil y al natural, tampoco sigue un camino meramente descriptivo de los diversos caracteres que presenta cada una de las categorías de derecho. Lo que pretende Suárez es, al menos, describir el rasgo distintivo y más característico del derecho de gentes, con el que baste para diferenciarlo bien del civil, bien del natural. Por eso tal vez se expresa en términos semejantes: «Nunc autem superest explicandum in quo differat ius gentium a civili... Ad hoc igitur explicandum ita statuo; praecepta iuris gentium in hoc differunt a praeceptis iuris civilis, quia non scripto, sed moribus non unius vel alterius civitatis aut provinciae, sed omnium vel fere omnium nationum constant...» «Así, pues, para explicar en que difiere el derecho de gentes del civil, establezco esta proposición: que los preceptos del derecho de gentes se diferencian de los del derecho civil en que no constan por escrito, sino en las costumbres, no de una o de otra ciudad o demarcación territorial, sino de todas o casi todas las naciones: porque el derecho humano es de dos clases, a saber, escrito y no escrito; pero sabemos que el derecho de gentes no es escrito y así en esto se diferencia de cualquier clase de derecho civil escrito, aun el imperial y común. Ahora bien, el derecho no escrito consiste en la costumbre, y si está introducido por la costumbre de una sola nación y la obliga tan sólo a ella se llama también en este caso civil. En cambio, si fué introducido por las costumbres de todas las gentes y obliga a todas, éste creemos que es el derecho de gentes propiamente dicho, que se diferencia del natural en que tiene su fundamento no en la naturaleza, sino en la costumbre, y se distingue también del civil en el origen, fundamento y universalidad, del modo explicado» (35).

Como se ve, encontramos señaladas por Suárez dos notas en el derecho de gentes, para distinguirlo del civil: una más descriptiva

(35) «Ad hoc igitur explicandum ita statuo: praecepta iuris gentium in hoc differunt a praeceptis iuris civilis, quia non scripto, sed moribus non unius vel alterius civitatis, aut provinciae, sed omnium vel fere omnium nationum constant: «Ius enim humanum duplex est, scilicet, scriptum et non scriptum... constat autem ius gentium scriptum non esse, et ita in hoc differre ab omni iure civili scripto etiam imperiali et communi, ius autem non scriptum moribus constat, quod si sit unius gentis moribus introductum, et illas tantum obligat, dicitur etiam civile. Si vero introductum sit moribus omnium gentium, et omnes obliget, hoc credimus, esse ius gentium proprium, quod et differt a naturali, quia non naturae sed moribus inmittitur, et a civili etiam distinguitur in origine, fundamento, et universalitate, modo explicato.» F. SUÁREZ: *De legibus*, 2, 19

y distintiva, el venir expresado en la costumbre; la otra más esencial, su cuasi-universalidad. Ambas hay que entenderlas cumulativamente: porque si bien la nota de derecho no escrito separa al derecho de gentes de un gran sector del derecho, de todo el derecho escrito, ella sola no basta, ya que, como advierte Suárez, también hay derecho civil no escrito, que consta tan sólo en la costumbre; por eso hay que recurrir a la segunda característica: su cuasi-universalidad. Pero aquí la peculiaridad de Suárez desaparece, ya que ésta ha sido siempre la nota aplicada como más propia del «ius gentium», desde los juristas romanos; a quienes Suárez cita a continuación a través de las Instituciones de Justiniano, así como cita a San Isidoro, etc., en idéntico sentido. No obstante, sí es peculiar de Suárez la profundidad con que esta nota está tratada: no se conforma, como Molina (36), por ejemplo, con señalar la atenuación de esa universalidad: «Nec praetereunda leviter est illa particula 'ferre'», sino que además explica el sentido y la razón de esa universalidad relativa. «La razón es, de una parte, que esta semejanza no siempre es perfecta, sino solamente en algún concepto general y común, como ya expliqué; y de otra que, aunque este concepto común no sea estrictamente de derecho natural, es, sin embargo, tan cercano y tan a propósito o acomodado a la naturaleza, que fácilmente pudo ésta instigar a cada una de las naciones a coincidir en esas normas de derecho; finalmente pudo tener parte en esto la tradición y la mutua imitación desde el comienzo del género humano, desarrolladas luego y extendidas a la par que él» (37).

Le queda ahora a Suárez distinguir el derecho de gentes del derecho natural. «Se diferencia el derecho de gentes del natural, en primer lugar y sobre todo, en cuanto contiene preceptos positivos.

(36) «Neque enim ut aliquid sit de iure gentium necessarium est ut omnes universim gentes illud exerceant.» L. MOLINA: *De iustitia et iure*, tract. 1, disp. 5.

(37) «De alio vero modo iuris gentium facile explicari potest unde orta in illo sit magna similitudo inter gentes, licet per alias per se civile sit. Ratio enim est tum quia haec similitudo non semper est perfecta, sed tantum in aliqua ratione generali et communi, ut explicavi; tum etiam quia licet huiusmodi ratio communis non sit simpliciter de iure naturae, est tamen adeo propinqua et adeo consentanea vel commoda naturae ut facile potuerit singulas nationes ad talia iura inclinare; tum denique quia potuit in hoc etiam intervenire traditio et mutua imitatio inchoata a principio generis humani, et cum illo aucta et dilatata.» F. SUÁREZ: *De legibus*, 2, 20.

en que no lleva consigo la necesidad de lo mandado, por la sola fuerza de la naturaleza de la cosa, mediante una consecuencia evidente de los principios de la ley natural; ya que lo que se sigue con esta necesidad es derecho natural, como ya demostramos. Por lo que es necesario que provenga de distinto fundamento su necesidad. Y de modo semejante los preceptos negativos del derecho de gentes no prohíben algo porque sea malo por sí mismo: ya que lo que es así pertenece al derecho natural; por lo que con referencia a la razón humana no es el derecho de gentes solamente manifestativo de la malicia de las cosas, sino constitutivo; y así no prohíbe lo malo, sino que al prohibirlo hace que empiece a ser malo» (38). Como vemos, Suárez busca aquí también la nota más característica; sólo que en este caso le seguirán en su afirmación de que en ello consiste la diferencia «primo ac praecipue» la inmensa mayoría de los autores de la escuela, que tienen de hecho afirmaciones semejantes (39). Pero si las cosas que están mandadas o prohibidas por el derecho de gentes no tienen en sí una razón intrínseca de su bondad o malicia, sino que éstas dependen de la decisión humana, se seguirá que semejante derecho es humano y positivo. Es ésta una afirmación que se puede dar por unánime dentro de la escuela española. Y si esto es así ya no es ningún problema el diferenciarlo del derecho natural: ya que difieren en su misma raíz; el uno obliga por dictado de la misma naturaleza, el otro por imposición de la voluntad humana. Los autores de la escuela española no sólo son coincidentes en afirmarlo así, sino que parece quieren compensar las dudas y vacilaciones que había dejado Santo Tomás en este

(38) «Differt autem primo ac praecipue ius gentium a iure naturali, quia, quatenus continet praecepta affirmativa, non infert necessitatem rei praeceptae ex sola rei natura per evidentem illationem ex principiis naturalibus, quia quidquid huiusmodi est, naturale est, ut ostendimus. Unde necesse est ut aliunde oriatur talis necessitas. Et simili modo praecepta negativa iuris gentium non prohibent aliquid quia per se malum sit: nam hoc etiam est mere naturale: unde ex parte humanae rationis non est ius gentium tantum ostensivum malitiae, sed constitutivum; itaque non prohibet mala, quia mala sunt, sed prohibendo facit esse mala.» F. SUÁREZ: *De legibus*, 2, 19.

(39) Cfr. F. VITORIA: *Comentarios a la «secunda secundae» de Santo Tomás*, III. *De iustitia*, q. 57, a. 3; B. MEDINA: *Expositio in primam secundae Agelici Doctoris D. Thomae Aquinatis*, q. 95, a. 4; M. B. SALÓN: *Commentariorum in disputat. de iustitia...*, q. 57, a. 3; D. BÁÑEZ: *De iure et iustitia decisiones*, a. 3; P. ARACÓN: *In secundam secundae D. Thomae D. Agelici commentaria. De iustitia et iure*, q. 57, a. 3.

puntos: y repiten hasta la saciedad la misma idea. «Decimos, pues, siguiendo a Santo Tomás, que el derecho natural es bueno por sí mismo sin referencia a ninguna otra cosa. Pero el derecho de gentes no es bueno de suyo, es decir, que derecho de gentes se llama el que no tiene en sí la justicia por su misma naturaleza, sino que fué establecido por convenio humano.

«Y así respondo a la cuestión capital por medio de esta conclusión: que el derecho de gentes hay que ponerlo más bien dentro del derecho positivo que del natural. Por lo que los teólogos no ponen los mismo ejemplos de los juristas romanos: del culto divino, del respeto a los padres, etc., sino otros...» (40). «Porque el derecho natural es sencillamente necesario, o sea, que no depende del consentimiento humano: el derecho de gentes, en cambio, obliga dependientemente de la opinión humana, esto es: porque los hombres así lo tienen por conveniente...; por lo tanto, el derecho de gentes no es sencillamente derecho natural, sino positivo» (41).

Salón dice terminantemente: «De lo cual, deduzco que se ha de establecer la siguiente afirmación: el derecho de gentes no está contenido en el derecho natural, sino en el positivo, como una verdadera especie de éste» (42). Preocupándose pocas líneas después de demostrarlo con un silogismo sencillo: «El derecho positivo no es absoluta y simplemente necesario por la naturaleza de las cosas, sino que es únicamente justo conforme a la utilidad y congruencia, e introducido por el parecer y consentimiento humano; pero el derecho de gentes es de esta clase, como consta ya por lo dicho anteriormente:

(40) «Dicimus ergo cum Sancto Thoma, quod ius naturale est bonum de se sine ordine ad aliud. Ius vero gentium de se non est bonum, id est ius gentium dicitur quod non habet in se aequitatem ex natura sua, sed ex conducto hominum sancitum est.

«Et sic ad dubium principale respondeo per hanc conclusionem: quod ius gentium potius debet reponi sub iure positivo quam sub iure naturali. Unde theologi non ponunt illa exempla quae ponunt iurisperiti de cultu Dei et honoratione parentum, etc., sed alia...» F. VITORIA: *Comentarios a la «segunda segunda» de Santo Tomás, III. De iustitia*, q. 57, a. 3.

(41) «Ius enim naturale est simpliciter necessarium, id est quod non dependet ex humano consensu: ius autem gentium obligat quia videtur, id est quia ab hominibus sic iudicatur... ergo ius gentium non est simpliciter naturale, sed positivum.» D. SOTO: *De iustitia et iure*, l. 3, q. 1, a. 3.

(42) «Ex his colligo statuendam esse hanc assertionem. Ius gentium non continetur sub naturali sed sub positivo tanquam vera ipsius species.» M. B. SALÓN: *Commentariorum in disput. de iustitia...*, q. 57, a. 3.

luego por más que sea afín y semejante al natural y coincida con él en muchos aspectos, sin embargo, propia y formalmente es positivo. Y puede esto confirmarse de la siguiente manera: el derecho natural o es un primer principio conocido por sí mismo, o una conclusión que se deduce necesariamente de estos principios con necesidad absoluta y sin la intervención del parecer humano; ahora bien: el derecho de gentes ni es un primer principio conocido por sí mismo, ni una conclusión que se deduzca necesariamente de él con necesidad absoluta, sino solamente una conclusión tomada como útil y conveniente y en la que todas las gentes vinieron a coincidir como conveniente que es a la sociedad humana; y por eso se le llama derecho de gentes, como queriendo decir que a las gentes debe su fuerza y su establecimiento» (43).

No menos terminante es P. Aragón, quien, tratando de esclarecer su pensamiento sobre el derecho de gentes, establece esta «primera conclusión»: «El derecho de gentes no pertenece al derecho natural, sino al positivo humano, cuya parte es...» «Y se prueba nuestra conclusión. En primer lugar, porque las cosas que pertenecen al derecho natural son intrínsecamente buenas y las opuestas son intrínsecamente malas, aun antes de que las leyes las prohiban, conforme al común sentir de los teólogos; pero las cosas que son de derecho de gentes no son intrínsecamente buenas, ni sus opuestas son intrínsecamente malas; luego el derecho de gentes no pertenece al derecho natural» (44). Aragón se

(43) «Ius vero positivum non est absolute et simpliciter necessarium ex natura rerum, sed iustum tantum secundum utilitatem et congruentiam, introducendumque hominum beneplacito, et consensu. Sed ius gentium est huiusmodi, ut ex dictis constat, ergo licet sit affine et simile naturali, ac cum illo plurimum conveniat, formaliter tamen et proprie positivum est. Et confirmatur. Ius naturale aut est primum principium per se notum, aut conclusio aliqua ex illo necessario deducta, necessitate absoluta et sine ullo hominum beneplacito. Ius autem gentium neque est primum principium per se notum neque conclusio ex illo necessario deducta necessitate absoluta, sed solum collecta ut utilis et expediens et in qua omnes gentes ut societati humanae congruente consenserunt, propter quod dicitur ius gentium, quasi a gentibus accipiens vim et institutionem.» M. B. SALÓN: «Commentariorum in disputationem de iustitia...», q. 57, a. 3.

(44) «Ut quid in hac re dicendum sit explicemus, sit prima conclusio. Ius gentium non pertinet ad ius naturae, sed ad positivum humanum, cuius pars est... Sed probatur nostra conclusio. Primo: Ea quae pertinent ad ius naturale sunt intrinsece bona et opposita sunt intrinsece mala etiam antequam per leges prohibeantur, ut est communis consensus Theologorum; sed quae sunt de iure gentium non sunt intrinsece bona, nec opposita eorum sunt intrinsece mala: ergo ius gentium non pertinet ad ius naturae... P. ARAGÓN: *In secundam secundae D. Thomae Doctoris Angelici commentaria. De iustitia et iure*, q. 57, a. 3.

extiende luego en una segunda prueba y en una confirmación que coinciden esencialmente con las ideas ya expuestas por Salón.

Semejantes pruebas se pueden encontrar en los demás autores, como son semejantes las afirmaciones: «Sequitur secundo, quod ius gentium simpliciter pertinet ad ius humanum, propter rationem modo assignatam» (45). «Si autem ius gentium illo modo presse ac proprie sumatur, constat non esse ius naturale, nec sub se ius naturale comprehendere, sed esse ius positivum humanum, ut ibi ostensum fuit» (46). «Quarto sentio ius gentium sumptum in summo rigore et proprissime dictum esse simpliciter ius positivum» (47).

Merece un tratamiento más extenso la doctrina de Báñez sobre este punto, porque es él el que me parece trata de manera más certera la distinción de las diversas acepciones del derecho de gentes que hemos visto aludidas en los autores últimamente citados.

«Se ha de tener en cuenta que los jurisconsultos diferencian el derecho natural y el de gentes afirmando que el derecho natural es común a los hombres y a los animales, mientras que definen el derecho de gentes como el que es común a los diversos pueblos y no se aplica a los animales. Y, por lo que parece, toman ciertamente la definición y denominación del derecho de gentes, no del hecho de que haya sido establecido por las gentes, sino del hecho de que se encuentre en los hombres y no en los animales. De donde se deduce que con el nombre de derecho de gentes comprenden el derecho natural, el que es propio de la naturaleza racional... Y asimismo comprenden también el derecho de gentes, el que han establecido las gentes, en el que a su vez éstas coinciden. Pero los teólogos, cuando hablamos normalmente del derecho de gentes, no comprendemos en él al derecho natural, no sólo el que es común a nosotros y a los animales, sino tampoco el que es propio de la naturaleza racional. Del mismo modo hay un doble sentido en la denominación derecho civil. Porque se puede aplicar o bien por tener vigor en las diversas ciudades, o bien por haber sido instituido por las ciudades o sus gobernantes. En este segundo sentido emplean la palabra los juristas romanos; y este mismo es el que nosotros tenemos en cuenta cuando llamamos leyes del reino

(45) B. MEDINA: *Expositio in primam secundae Angelici Doctoris D. Thomae Aquinatis*, q. 95, a. 4.

(46) L. MOLINA: *De iustitia et iure*, tract. 5, disput. 69, 3. Cfr. también tract. 1, disput. 3: «Divisio iuris in sua membra.»

(47) J. SALAS: *De legibus*, disput. 2, sect. 3.

a las establecidas por el rey del nuestro. La misma diversidad de significación podemos encontrar en la expresión derecho humano, de tal manera que se puede entender el que tiene aplicación entre los hombres o el establecido por los hombres.

«Si tratamos ahora de determinar la verdad sobre la cuestión, podemos establecer esta primera conclusión. El derecho de gentes, el derecho humano, el derecho civil, si se toman en su primer sentido, concuerdan al derecho natural propio de la naturaleza humana y al derecho positivo.»

«La segunda conclusión es: el derecho humano, tomado en su segunda acepción, se identifica con el derecho positivo y se divide en derecho de gentes y derecho civil. Toda la dificultad estriba en explicar cómo el derecho de gentes es parte del derecho positivo. Sin embargo, se prueba esto por diversos capítulos. En primer lugar, por lo que dice Cicerón... Y por la razón se prueba este aserto en cuanto que lo que por derecho natural se manda o se prohíbe es por sí mismo bueno o malo. Pero no todo lo que es derecho de gentes es de tal clase... Asimismo se puede probar la conclusión establecida teniendo en cuenta la diferencia que existe entre el derecho natural, el derecho de gentes y el derecho civil positivo. Puesto que lo que es derecho natural o es un principio conocido por sí mismo o una conclusión que se deriva de él por consecuencia necesaria. Pero lo que se introduce por derecho de gentes ni es un principio conocido por sí mismo, ni se deriva de esta clase de principios por consecuencia necesaria» (48).

(48) «Sciendum est quod iurisconsulti distinguunt ius in ius naturale et ius gentium asserentes ius naturale esse commune homini cum brutis, ius autem gentium diffiniunt ex eo quod gentibus commune est, neque brutis competit. Et profecto quantum videtur ius gentium diffiniunt et denominant non ex eo, quod a gentibus sit institutum, sed ex eo quod invenitur in gentibus et non in brutis. Ex quo colligitur, quod nomine iuris gentium includunt ius naturale quod proprium est rationalis naturae. Et simul etiam includunt ius gentium quod gentes stabilierunt, in quo et gentes conveniunt. At vero theologi nomine iuris gentium in communi usu loquendi excludimus ius naturale, non solum quod est commune nobis cum brutis, sed etiam quod est proprium rationalis naturae. Similiter est aequivocatio in hoc nomine ius civile. Potest enim denominari ex eo quod vis illius iuris communis est civitatibus, vel ex eo quod a civitatibus vel eorum principe institutum est. Et in hac secunda significatione utuntur hoc nomine iurisconsulti in qua etiam significatione nos solemus appellare leges regni quae ab ipso Rege regni institutae sunt. Eadem aequivocatio potest esse in hoc nomine ius humanum ut dicatur vel quod homines habent in usu vel quod homines instituerunt.

«Pro decisione veritatis sit prima conclusio, Ius gentium et ius humanum et

Parecidas consideraciones hacen Molina (49) y M. B. Salón (50). Los tres coinciden, además, en afirmar que si Santo Tomás parece contradecirse en esta cuestión es porque habla a veces al estilo de los juristas romanos (Báñez, Molina), o porque toma los términos en un sentido menos propio (M. B. Salón).

Si el derecho de gentes, hablando con propiedad, es humano y positivo, cabe hacer este sencillo raciocinio: «El derecho de gentes es positivo; es así que a la esencia intrínseca del derecho positivo pertenece que así como fué establecido por la voluntad y decisión de los hombres, de la misma manera pueda ser abrogado por ellos; luego el derecho de gentes se puede abrogar por la libre voluntad humana, de tal manera que aun cuando se obre mal al hacerlo tal abrogación tenga valor» (51).

En la afirmación y en el raciocinio coinciden esencialmente todos los autores de la escuela española, aun cuando ofrezcan diversidad de matices, que en definitiva no son otra cosa que los diversos aspectos que completan la exposición de un mismo pensamiento. Así, Vitoria se propone la abrogabilidad del derecho de gentes como una dificultad que se deriva de su teoría de que es derecho positivo; y responde negando esa consecuencia, «porque dado que por el consentimiento

ius civile, si priori modo accipiatur, commune est ad ius naturale proprium rationalis naturae et ad ius positivum...

«Secunda conclusio. Ius humanum in secunda acceptione convertitur cum iure positivo: et sic dividitur in ius gentium et civile... Sed tota difficultas est in explicando quomodo ius gentium sit pars iuris positivi. Nihilominus probatur hoc multipliciter. Primo ex Cicerone... Ratione vero probatur conclusio, quantum ad istam secundam partem; quoniam ea quae iure naturae praecipuntur vel prohibentur sunt vel per se bona vel per se mala. Sed non omnia de iure gentium sunt huiusmodi, ergo... Deinde probatur conclusio ex differentia inter ius naturae et inter ius gentium et ius civile positivum. Etenim quod est ius naturae vel est principium per se notum vel conclusio quae ex illo per necessariam consequentiam colligitur. At vero ea quae introducta sunt iure gentium neque sunt principia per se nota, neque ex illis per necessariam consequentiam deducuntur...»

D. BÁÑEZ: *De iure et iustitia decisiones*, a. 3.

(49) L. MOLINA: *De iustitia et iure*, tract. 5, disput. 69, 3.

(50) M. B. SALÓN: *Commentarium in disput. de iustitia*, q. 57, a. 3.

(51) «Quarta conclusio. Ius gentium possibile est abrogari ex humano beneplacito, ita ut etiam si culpabiliter fiat talis abrogatio, facta tamen teneat... probatur conclusio. Ius gentium est positivum eo modo quo diximus, sed de ratione intrinseca iuris positivi est ut sicut ex hominum beneplacito et constitutione constat, ita ex eodem possit abrogari, ergo...» D. BÁÑEZ: *De iure et iustitia decisiones*, a. 3.

virtual de todo el orbe se establece y se admite una cosa, sería necesario que para la abrogación de la misma conviniera en ello de nuevo todo el orbe, lo cual, sin embargo, es imposible, porque lo es que el consentimiento de todo el orbe coincida en la abrogación del derecho de gentes.

»Por otra parte, afirmo que bien puede suceder que se abrogue en parte el derecho de gentes, aun cuando no lo sea en su totalidad; como, por ejemplo, es de derecho de gentes que los hechos prisioneros en guerra justa queden como siervos, y, sin embargo, Palude afirma que esto no rige entre cristianos. Puesto que si los españoles cogen en la guerra prisioneros franceses, éstos son prisioneros, pero no siervos, ya que pueden comparecer en juicio y otras cosas por el estilo, que no les estarían permitidas si fueran siervos... Tenemos, pues, aquí un caso en que se anula el derecho de gentes, dado que por derecho de gentes los hechos prisioneros en guerra justa son siervos» (52).

Hecha esta limitación, ya se puede decir que la afirmación de que el derecho de gentes es abolible la comparten sin más, hablando en general, todos los autores. Es verdad que Soto, a propósito de las cosas que se pueden dispensar, se expresa con distinciones: «Algunas cosas del derecho de gentes son de tal manera útiles para la convivencia humana que de ningún modo es lícita en ellas la dispensa; es más: tal vez fuera inválida la dispensa, caso de hacerse» (53).

Pero semejante restricción «se puede entender» (Báñez) (54) o «se

(52) «Sed arguitur: Ius gentium, postquam non est necessarium ius et naturale, sed positivum: ergo potest abrogari sicut ius positivum.

Respondeo negando consequentiam, quia quando semel ex virtuali consensu totius orbis aliquid statuitur et admittitur, oportet quod ad abrogationem talis iuris totus orbis conveniat, quod tamen est impossibile, quia impossibile est quod consensus totius orbis conveniat in abrogatione iuris gentium.

«Secundo dico, quod bene potest ex parte abrogari ius gentium, licet non omnino; sicut ius gentium est quod captivi in bello iusto sint servi, sed Palude dicit quod hoc non tenet inter christianos. Si enim in Bello Hispani capiant Gallos, Galli sunt captivi, sed non servi, quia possunt comparere in iudicio et alia huiusmodi, quae tamen non licerent si essent servi... Ecce hic ex parte violatur ius gentium, nam de iure gentium captivi in bello iusto sunt servi.» F. DE VICTORIA: *Comentarios a la «secundam secundae» de Santo Tomás*, q. 57, a. 3.

(53) «Utrum in ius gentium cadat dispensatio, an perinde atque ius naturale sit indispensable. Respondetur sub distinctione. Aliqua enim sunt de iure gentium adeo conducentia ad humanum convictum, ut nullatenus fas sit super illis dispensare: imo forsam dispensatio esset irrita.» D. SOTO: *De iustitia et iure*, l. 3., q. 1., a. 3.

(54) «Veruntamen ille potest intelligi si sola principis autoritate fiat dispensatio absque consensu regni.» D. BÁÑEZ: *De iure et iustitia decisiones*, a. 33.

ha de entender» (Salón) (55), «si esa dispensa y abrogación se hace por la sola autoridad del gobernante y sin estar de acuerdo los súbditos». Interpretación que no tiene nada de arbitraria ni forzada por el deseo de poner de acuerdo a Soto con su propia opinión, sino que es la obvia y natural. Ya que Soto está hablando de la dispensa, y ésta, como acto particular y de trámite administrativo, pudiéramos decir, es natural y corriente que la lleve a cabo el gobernante sin contar con los súbditos. Y por eso bien puede decir Soto que el derecho de gentes es en ciertas cosas indispensable, ya que el gobernante —el que estaría encargado de hacer la dispensa— no tiene suficiente autoridad para ello. Por consiguiente, «se debe mantener sin género de duda que cualquier clase de derecho de gentes se puede abrogar, conforme a lo que más arriba hemos dicho; pero que para su abrogación no es suficiente la sola voluntad del gobernante, sino que se requiere, además, el consentimiento y la autoridad de la colectividad. Pues como el derecho de gentes no fué introducido por la sola voluntad del gobernante, sino principalmente por el consentimiento de los hombres del pueblo, será esto también necesario para su abrogación: puesto que en lo moral cada cosa debe anularse por las mismas causas por las que se implantó» (56). Con referencia, pues, a «la autoridad que reside en la comunidad, está claro que el derecho de gentes puede ser abolido» (57); y lo mismo dispensado; «pues siendo derecho humano, introducido por la voluntad de los hombres, caben en él la dispensa y la abrogación, al menos con respecto a una parte de él» (58).

(55) «Intelligendus est si illa dispensatio et abrogatio fieret sola autoritate Principis dissentientibus civibus.» M. B. SALÓN: *Commentariorum in disputationem de iustitia...*, q. 57, a. 3.

(56) «Sed proculdubio tenendum est quodcumque ius gentium posse abrogari iuxta id quod a nobis superius est explicatum, ad eius tamen abrogationem non erit sufficiens solius principis beneplacitum; sed ultra hoc etiam requiritur consensus et autoritas reipublicae. Cum enim ius gentium non fuerit introductum sola principis voluntate, sed praecipue hominum et populi consensu, iste etiam erit neccessarius ad eius abrogationem; unumquodque enim per quas causas nascitur per easdem dissolvi debet in moralibus». P. ARACÓN: *In secundam secundae D. Thomae Doctoris Angelici commentaria. De iustia et iure*, q. 57, a. 3.

(57) «Sequitur tertio quod ius gentium potest aboleri autoritate reipublicae.» B. MEDINA: *Expositio in Primam secundae Angelici Doctoris D. Thomae Aquinatis*, q. 95, a. 4.

(58) «Petis utrum in ius gentium cadat dispensatio aut abrogatio. Respondeatur: Cum sit ius humanum, hominum voluntate introductum, cadere proculdubio, saltem in parte, ut patet». L. DE MOLINA: *De iustitia et iure*, tract. 1. disput. 5.

Juan de Salas, que habla de manera diferente y dice disentir, al menos en la argumentación, de Salón y Báñez, parece no haber entendido bien la cuestión ni a los autores que le habían precedido. Y así afirma que «aunque el derecho de gentes sea positivo, sin embargo, como es un derecho establecido por todo el género humano, no puede ser abrogado ni dispensado, si no lo es por todo el mismo género humano; porque otras comunidades o gobernantes son inferiores y por eso ni pueden abrogar las leyes de todo el género humano ni dispensar en ellas, de no ser que les sea atribuída una peculiar autoridad por parte de todo el género humano o por parte de Dios... Por lo que no es muy fuerte la argumentación de Báñez y de Salón, según la cual... fué introducida por derecho de gentes, que es positivo; luego puede el Rey, por ejemplo el de España, suprimirla» (59).

Creo que la razón por la que Salas piensa encontrarse en oposición a Báñez y Aragón estriba en que no se ha fijado bien, primero, en que aquéllos no atribuyen la potestad de abrogar o dispensar el derecho de gentes al rey sin más, sino al rey con el consentimiento del pueblo y, segundo, en que tanto Báñez como Salón no hablan de la abrogación de todo el derecho de gentes, sino de parte, entendiendo esta limitación en un doble sentido: parte del derecho de gentes y con respecto a una parte del género humano, «nempe aliquod apud aliquos tolli», como dice Salón. Si hubiera tenido esto en cuenta, no es verosímil que hubiera exigido sin más que, «puesto que es un derecho establecido por todo el género humano, es necesario para abrogarlo o dispensarlo, todo el género humano». O al menos hubiera añadido, al expresar que en otro caso sería necesaria «una especial facultad concedida por todo el género humano», que esa especial facultad se sobrentiende con referencia a las comunidades inferiores siempre que se tratè de asuntos que no perjudiquen al resto de la humanidad. Distinción que es expresa en Suárez. Y en cuanto a ese derecho que es derecho de gentes por ser común con el de otras organizaciones políticas, pero que interno y no se refiere a las rela-

(59) «Et sane quamvis ius gentium positivum sit, tamen quia est ius constitutum a toto genere humano non potest abrogari, vel dispensari, nisi a toto ipso genere humano: aliae enim communitates, vel Principes, inferiores sunt, et ideo nec possunt abrogare leges totius generis humani, nec in ipsis dispensare, nisi peculiaris facultas a toto humano genere illis esset concessa, aut certe a Deo... Unde infirma est illa Bannes et Salonis argumentatio... introducta est iure gentium, quod est positivum, ergo potest Rex, verbi gratia Hispaniae, illam auferre». J. SALAS: *De legibus*, disput. 2, sect. 3.

ciones de las diversas colectividades «en cuanto que tienen entre sí una especie de sociedad y comunicación», dice Suárez que no hay ninguna dificultad en que se cambie «por un reino u organización política en cuanto se refiere a ella misma; porque en cuanto se da en ella es solamente derecho intrínsecamente civil —por así decirlo— y sólo se le llama derecho de gentes o por la relación y concomitancia con los de otros lugares, o porque es tan cercano al derecho natural que de aquí se origina esa universalidad de tal derecho en todas o casi todas las gentes. Pero de suyo, tal como está en cada comunidad política, depende de la especial determinación y ordenación de esa comunidad o de su costumbre, dentro de ella y sin relación a las otras; por consiguiente, puede ese derecho cambiarse por una de ellas, aun cuando las demás no estén de acuerdo; porque no hay ninguna obligación de que cada una se acomode a las demás» (60).

Y no faltan elementos para pensar que existe una concepción semejante en J. de Salas cuando dice que «puede introducirse una costumbre en contra de otros derechos positivos, en una determinada ciudad o provincia, por consentimiento tácito del príncipe o de la colectividad política, en virtud de la cual se hace lícito para esa ciudad o provincia lo que para las otras es ilícito; y de la misma manera puede suceder en contra del derecho de gentes por el consentimiento tácito de las mismas» (61).

Pero es más: hay otro pasaje en que Salas manifiesta —probablemente sin saberlo— estar de acuerdo con la opinión de Báñez y de

(60) «In quo etiam adverte talem mutationem aliter posse contingere in iure gentium quod solum est commune propter convenientiam plurium rationum in tali vel tali lege; aliter vero in illo quod est commune ex usu et more gentium, quatenus inter se habent societatem aliquam seu communicationem. Nam prius ius potest inmutari a particulari regno vel republica quantum ad ipsam, quia ut est in illa revera est tantum civile intrinsece —ut sic dicam— solumque appellatur ius gentium vel per relationem et concomitantiam aliorum vel quia est tam propinquum iuri naturali ut inde oriatur illa universalitas talis iuris in omnibus gentibus. Per se autem ut est in unaquaque republica pendet ex peculiari determinatione et potestate vel consuetudine illius reipublicae in se ipsa, et sine respectu ad alias; ergo potest ab una in se mutari licet aliae non consentiant, quia non tenentur singulae aliis conformari». F. SUÁREZ: *De legibus*, 2, 20.

(61) «Deinde sicut potest consuetudo introduci contra alia iura positiva in aliqua civitate vel provincia ex tacito consensu Principis, vel Reipublicae, per quam fit illi civitati vel provinciae licitum quod aliis est illicitum: ita et contra ius gentium ex tacito consensu ipsarum gentium.» J. SALAS: *De legibus*, disput. 2, sect. 4.

Salón —que es la del resto de la escuela—. Cita el texto de Molina: «Pues siendo (el derecho de gentes) derecho humano, introducido por la voluntad de los hombres, caben en él la dispensa y la abrogación, al menos con respecto a parte de él, como está claro; porque los cristianos hechos prisioneros en guerra por cristianos...» Y él añade: «Esto dice Molina, y *con razón en cuanto a la idea misma*, sea lo que quiera de sus ejemplos, en los que yo no encuentro ningún caso de dispensa o de abrogación del derecho de gentes, ya que el derecho de gentes no manda que todos los prisioneros de guerra queden como esclavos, sino que se les pueda hacer esclavos» (62).

Creo, pues, que se puede afirmar —al menos en términos generales— la unanimidad en los autores de la escuela española con respecto a la abrogabilidad, derogabilidad o dispensabilidad del derecho de gentes, que ellos tratan sin distinguir con propiedad el rigor de los términos, porque para todas estas propiedades la *ratio* es la misma: la no necesidad intrínseca del derecho de gentes, su positividad, que no requiere para su dispensa, derogación o abrogación sino unas causas equivalentes a las que lo implantaron.

En cuanto a los procedimientos por los que se puede llevar a cabo esa supresión parcial o total, Vázquez señala el «derecho civil o incluso la autoridad privada» —«*per ius civile imo etiam privata auctoritate*» (63)—, consiguientemente con su opinión de que el derecho de gentes no es preceptivo, sino permisivo. Suárez destaca el papel en este sentido de la costumbre, correspondientemente al papel decisivo que también le atribuye en su implantación. Por lo demás, la costumbre tiene fuerza en cuanto es expresión del consentimiento tácito de la colectividad donde se implanta o se deroga el derecho de gentes (64). Punto que es también señalado por los demás autores. Y es claro que si vale el consentimiento tácito que tiene su cauce en la costumbre, también puede valer el expreso manifestado por un acto explícito de anulación del derecho existente, siempre que ese acto explícito de anulación sea expresión de la voluntad colectiva y no una simple decisión tomada aisladamente por el gobernante.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA.

(62) «Haec Molina et bene quantum ad rem ipsam, quidquid sit de illis exemplis, in quibus ego nullan agnosco dispensationem, vel abrogationem iuris gentium: nam ius gentium non praecepit ut omnes capti bello mancipia essent: sed ut mancipia fieri possint.» J. SALAS: *De legibus*, disput. 20, sect. 3.

(63) G. VÁZQUEZ: *Commentariorum ac disputationum in primam secundae Sti. Thomae...*, disput. 157, c. 4.

(64) Cfr. F. SUÁREZ: *De legibus*, 2, 20; 7, 3.