

LA NATURALEZA JURÍDICA
DEL DERECHO DE GENTES
EN SANTO TOMÁS
Y LA ESCOLÁSTICA ESPAÑOLA

SEBASTIÁN CONTRERAS · JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO
DANIEL HERRERA*

SUMARIO: 1. *El derecho de gentes en los juristas romanos y San Isidoro.* 2. *Santo Tomás y el derecho de gentes.* 3. *El derecho de gentes y los escolásticos salmanticenses.* 4. *Domingo de Soto y su concepción del ius gentium.* 5. *El derecho de gentes en Suárez.* 6. *Conclusiones.*

CUANDO Santo Tomás se enfrenta al problema de la naturaleza jurídica del derecho de gentes, lo hace al interior de una amplia y muy variada tradición de pensamiento, que cruza los umbrales de la reflexión cristiana y se inserta en las raíces mismas del pensamiento occidental: la filosofía greco-latina. Por esta razón, y precisamente porque, al igual que el resto de los autores medievales, reconoce una especial atención a la autoridad de sus predecesores, se ve obligado a armonizar fuentes de naturaleza muy diversa, comenzando con todo lo que Aristóteles había enseñado sobre la justicia en el libro V de la *Ética*. También debió atender a los textos de los juristas romanos, que habían sido descubiertos nuevamente un tiempo atrás, y que empezaban a constituir un material que derivó en el llamado derecho común. Junto con esto, debió también considerar las enseñanzas del renombrado Cicerón, cuya influencia fue decisiva para la elaboración de su teoría de la ley natural, así como lo fueron las fuentes de raíz cristiana, en particular San Agustín, San Isidoro y el *Decreto* de Graciano.

Estos antecedentes son de enorme importancia a la hora de interpretar los textos de Santo Tomás, sobre todo teniendo en cuenta el valor de la *auctoritas* durante el Medioevo. Dicha «autoridad de los que saben», aparece en el

* Sebastián Contreras: Universidad de los Andes, Mons. Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes, Santiago, Chile. E-mail: sca@miuandes.cl

Joaquín García-Huidobro: Universidad de los Andes, Mons. Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes, Santiago, Chile. E-mail: jgh@miuandes.cl

Daniel Herrera: Universidad Católica, Av. Alicia Moreau de Justo 1300, C1107AAZ, Buenos Aires, Argentina. E-mail: daniel_herrera@uca.edu.ar

Los autores agradecen el patrocinio de FONDECYT-Chile, proyectos 3140035 (Sebastián Contreras, FONDECYT de postdoctorado) y 1110452 (Joaquín García-Huidobro, FONDECYT regular).

pensamiento medieval como una suerte de presunción de verdad que debía ser considerada por todos aquellos que, como Santo Tomás, habían decidido presentar su propia reflexión, en este caso, sobre el derecho de gentes. Se trata de una presunción, podríamos decir, *legale tantum*, es decir, que admite prueba en contrario, pero que en principio exige del intérprete un esfuerzo de lectura que lo lleve, al menos, a no oponerse frontalmente a esas enseñanzas y a entenderlas de una manera razonable.

Lo dicho explica por qué Santo Tomás se vio forzado a emplear constantemente la analogía en sus explicaciones, una herramienta que será decisiva para armonizar reflexiones de procedencia muy diversa: aristotélica, estoica, cristiana. Y esto explica también por qué el Aquinate se vio enfrentado a una tarea titánica, cual fue la de dar cabida en su sistema a una noción propia de otro tiempo y contexto cultural: la idea de un derecho para todas las gentes. ¿Cómo se ha de entender, por tanto, este derecho de las gentes?: ¿como un derecho natural derivado inmediatamente de los *communissima* o como un conjunto de preceptos positivos originados directamente en el acuerdo de los hombres? La respuesta que se dé ayudará a clarificar si se trata de una fuente del derecho o más bien de un ordenamiento que rige las relaciones entre los pueblos. En las páginas que siguen, justamente, se intenta resolver este problema.

Ahora bien, y con el propósito de presentar nuestras conclusiones de la manera más ordenada y clara posible, hemos dividido nuestra exposición según el siguiente esquema: 1) exposición del contenido del derecho de gentes de los juristas latinos y San Isidoro; 2) exposición de la naturaleza jurídica del derecho de gentes en Santo Tomás; 3) tratamiento del derecho de gentes en Domingo de Soto; 4) análisis del derecho de gentes según Francisco Suárez.

1. EL DERECHO DE GENTES EN LOS JURISTAS ROMANOS Y SAN ISIDORO

Hasta el siglo III a.C., el tratamiento del derecho de gentes por parte de la jurisprudencia romana era relativamente sencillo: se asimilaba al derecho natural. Esto significaba que los juristas latinos identificaban los preceptos del *ius gentium* con las normas de lo justo por naturaleza, en tanto que ese derecho de las gentes era distinto del mero *ius civile*, que era el sistema jurídico propio cada comunidad política particular.¹ Entonces, como el derecho de gentes regía no para una comunidad determinada sino «con carácter general para todos los pueblos», podía ser con propiedad llamado *derecho de las gentes*, “como si fuese el derecho que utiliza todo el mundo”.² En este sentido, la inclusión del derecho de gentes en el derecho natural se hacía, pues, evidente³ e incontrovertida.

¹ Cfr. Á. D'ORS, *Ante el actual renacimiento del Jus Naturale*, «Foro Gallego», 79 (1951), p. 6.

² GAYO, *Instituciones*, 1, 1.

³ Á. PONCELA, *Las raíces filosóficas y positivas de la doctrina del derecho de gentes en la Escuela de Salamanca*, Celarayn, León 2010, p. 91.

No podía ser de otra manera, porque el derecho de esa época se caracterizaba por su formalismo, y su validez se restringía únicamente a los ciudadanos. De ahí que las instituciones de valor general entre todos los pueblos que se relacionaban con Roma no podían fundarse en el derecho civil, y requerían de una cierta justicia común a todas las naciones, una justicia que, en palabras de los juristas romanos, debía estar *naturali ratione inductum*.⁴

Distinto es el caso cuando, por influencia de la tradición estoica, se empieza a hablar de un derecho natural que abarca mucho más que el mundo de los hombres. Y así, por ejemplo, enseñaba Ulpiano que lo justo natural debía entenderse como

«aquél que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es peculiar del género humano, sino común a todos los animales, que nacen en la tierra o en el mar, y también a las aves».⁵

En definitiva, a diferencia de lo que sucedía entre los romanos, donde la racionalidad de lo justo natural era lo que lo caracterizaba como un ordenamiento de justicia enraizado en el mundo del espíritu, en la propuesta de Ulpiano el derecho natural se apoyaba solamente en el instinto de conservación. Por este motivo, y precisamente por ese carácter «zoológico» que comenzaba a tener lo justo por naturaleza, el derecho de gentes debía dejar de identificarse con él, para pasar a convertirse en un derecho que era propio y privativo de los hombres.⁶

Ahora bien, ejemplos típicos de este «nuevo» derecho de gentes eran la religión y la obediencia a los padres;⁷ también se incluían en él las manumisiones y la esclavitud.⁸ Y es más: tanto las guerras, como la separación de los pueblos, así como la distinción de la propiedad y la institución del comercio, son debidas a este derecho *inter gentes*.⁹ Se trataba, por tanto, de un ordenamiento de justicia común a todos los hombres, no escrito, y obligatorio para todos pueblos,¹⁰ en el sentido de que eran los pueblos civilizados los que lo practicaban y hacían uso de él.

Para los romanos, en consecuencia, el *ius gentium* regía fundamentalmente las relaciones entre particulares cuando al menos uno de ellos no era ciudadano romano. No lo consideraban, como sucederá después, como un derecho que regula las relaciones entre naciones. El autor que da ese paso y cambia el contenido de este derecho es San Isidoro, que vivió entre fines del siglo VI y comienzos del siglo VII. Tanto su concepción del derecho natural como su idea del derecho de gentes eran muy diferentes de aquellas que habían surgido en

⁴ GAYO, *Institutiones*, 1, 2.

⁵ JUSTINIANO, *Digesto*, 1, 1, 1.

⁶ Cfr. JUSTINIANO, *Digesto*, 1, 1, 1.

⁷ JUSTINIANO, *Digesto*, 1, 1, 3.

⁸ JUSTINIANO, *Digesto*, 1, 1, 4.

⁹ Cfr. JUSTINIANO, *Digesto*, 1, 1, 5.

⁷ Cfr. F. DE VITORIA, *De Potestate Civili*, n. 2.

el contexto de la jurisprudencia romana. La primera, en efecto, era totalmente ajena a aquella de carácter zoológico que recogía el *Digesto*, y tiene, más bien, una inspiración ciceroniana. Por esto señala que el derecho natural “es lo que es común a todos los pueblos, y existe en todas partes por el simple instinto de la naturaleza”.¹¹ En él se incluyen materias que se relacionan con la animalidad humana, como la unión de los sexos, pero también otras que son específicamente racionales, como la restitución de lo debido, el rechazo de la violencia gratuita y otras cosas semejantes que no pueden considerarse nunca injustas, sino naturales y equitativas.¹² Este derecho, escribe, se manifiesta también

«en la ocupación de tierras, en la construcción de edificios y fortificaciones, en las guerras, prisioneros, servidumbres, restituciones, tratados de paz, armisticios; comprende también la inviolabilidad de los embajadores o la prohibición de contraer matrimonio con personas extranjeras. Y se llama derecho de gentes porque tiene vigencia en casi todos los pueblos».¹³

Con todo, es importante notar que San Isidoro no era un filósofo, y por eso no se preocupó por la exactitud lógica de sus expresiones. De ahí que al clasificar el derecho no lo haga como Aristóteles, quien distingue entre un derecho natural y uno simplemente convencional,¹⁴ sino que introduce una clasificación tripartita, según la cual se ha de distinguir entre un derecho natural, uno civil, y un derecho de gentes.¹⁵ Esto deja sin explicación el problema de la naturaleza jurídica del *ius gentium*, que en esta división no queda ni como natural ni como civil. Más bien, si nos atenemos a la letra de sus afirmaciones, éste tendría que ser entendido como un derecho positivo de índole internacional.

Este modo de considerar el derecho tendrá gran influencia en los siglos posteriores, y alcanzará hasta el *Decretum* de Graciano, en el siglo XII, donde, justamente, se concebirá al derecho de gentes como un derecho estrictamente positivo.¹⁶ En todo caso, esta obra jurídico-canónica agregará otro elemento más a la enorme complejidad de la herencia que deberá enfrentar Santo Tomás en su investigación acerca de la naturaleza y división del fenómeno jurídico, porque introducirá una caracterización muy peculiar del derecho natural: por derecho natural entendemos el que «se contiene en la Ley y el Evangelio».¹⁷

2. SANTO TOMÁS Y EL DERECHO DE GENTES

A diferencia de lo que propone San Isidoro, para Santo Tomás, el derecho natural no es un sistema normativo contrapuesto al derecho positivo o sim-

¹¹ SAN ISIDORO, *Etymologiarum*, v, 4.

¹² Cfr. SAN ISIDORO, *Etymologiarum*, v, 4.

¹³ *Ibidem*, v, 6.

¹⁴ Cfr. EN v, 7 1134 b18-1135 a5.

¹⁵ SAN ISIDORO, *Etymologiarum*, v, 4.

¹⁶ Cfr. GRACIANO, *Decretum*, c. Ius, d. 1.

¹⁷ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 94, a. 4.

plemente legal. Tampoco es un sistema, en estricto rigor, porque no consiste en un ordenamiento jurídico cerrado sobre sí, como sucederá después con la concepción ilustrada del derecho natural, donde las reglas particulares de justicia debían deducirse axiomáticamente, *more geometrico*, desde los principios universales del derecho, conformando así un sistema rígido y clausurado sobre sí mismo. Para Santo Tomás, el derecho natural es, más bien, una parte del único ordenamiento de justicia que es el derecho de la comunidad (o derecho político), donde, además de las normas de justicia natural, «existen otras leyes que consideradas en sí mismas no hallan razón para su observancia», pero que una vez consideradas todas las circunstancias particulares de esa comunidad “se hace conveniente que sean observadas”.¹⁸ En este sentido, y retomando una antigua idea de Aristóteles,¹⁹ observa el de Aquino que dentro del llamado derecho político, algo es justo ya sea por naturaleza ya porque la ley humana así lo ha instituido,²⁰ y en tal caso los dictámenes del legislador valen sólo para los que están sujetos a la jurisdicción de esa ciudad o de ese gobernante.²¹

Como se ve, el Aquinate no asume una concepción tripartita del derecho. Al contrario, y tal y como había sido propuesto por Aristóteles en la *Ética Nicomáquea*, para Santo Tomás el derecho no puede ser más que natural o positivo: natural, en el caso de que éste se encuentre causado por la naturaleza;²² y convencional o positivo, en el caso de que se trate de un derecho dependiente del parecer humano.²³ Por esta razón, y puesto que el derecho no puede ser sino positivo o natural, la pregunta por la naturaleza jurídica del derecho de gentes nos lleva a la pregunta por el carácter natural o positivo de sus preceptos y disposiciones.

Intentando resolver este problema, lo primero que quisiéramos poner de relieve es el hecho de que Santo Tomás trata del derecho de gentes en, a lo menos, cuatro contextos distintos: primero, comentando el asunto de la servidumbre por naturaleza en sus *In Politicorum*; segundo, tratando de lo justo político en sus *In Ethicorum*; tercero, en el *De Justitia* de su *Summa Theologiae*; y, cuarto, en su conocido *Tratado de la Ley*. Así, y mientras que en sus *Comentarios a la Política* sólo declara que este derecho se conoce como «de las gentes» porque casi todos los pueblos lo practican,²⁴ en sus *Comentarios a la Ética* y en su *Tratado de la Justicia* no duda en afirmar que este derecho se ha de considerar como justo natural, porque sus reglas y preceptos se deducen inmediatamente de los principios universales de justicia. En este sentido, sólo

¹⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *In Sententiarum*, III, d. 3, a. 3.

¹⁹ ARISTÓTELES, *Ethica Nicomachea*, v, 7, 1134b 18-20.

²⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *In Ethicorum*, v, lect. 12, n. 1017.

²¹ Cfr. *ibidem*, v, lect. 12, n. 1021.

²² Cfr. *ibidem*, v, lect. 12, n. 1018.

²³ *Ibidem*, v, lect. 12, n. 1018.

²⁴ Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *In Politicorum*, I, lect. 4, n. 43.

en su *Tratado de la Ley* parece afirmar el carácter positivo o convencional de este derecho de todos los pueblos. Es precisamente esto lo que ha dividido a los comentaristas entre aquellos que consideran al *ius gentium* como un derecho positivo (aunque intermedio entre el derecho civil y el derecho natural) y aquellos que, como nosotros, lo consideran, en estricto rigor, como parte integrante del derecho por naturaleza.

La primera de estas posibilidades, en todo caso, no es un absurdo. El propio Santo Tomás asegura en la q. 95, a. 4 de su I-II que el derecho de gentes se ha de considerar, junto con el derecho civil, como justo positivo. Éste es el motivo por el cual la mayoría de los autores han puesto a los preceptos del *ius gentium* del lado de las normas de justicia convencional. Sin embargo, esta idea no representa, a nuestro entender, lo más puro de la doctrina del Aquinate. En nuestra opinión, estas afirmaciones de Santo Tomás sólo se han de considerar como un reconocimiento a las reflexiones de San Isidoro, y no como una declaración acerca de la naturaleza jurídica del derecho de gentes (ya hemos indicado que la invocación de la «auctoritas» era un recurso obligado entre los autores medievales).

Esto sucede, porque, a juicio del Aquinate, únicamente es de derecho positivo aquello que encuentra su origen en materias que son indiferentes (*adiaphora*) a lo justo por naturaleza, y los preceptos del derecho de gentes no versan sobre materias indiferentes ante la justicia natural, sino sobre acciones y conductas que precisamente han sido mandadas o prohibidas *kata physin*.

Lo anterior se prueba, observa Santo Tomás, porque las conclusiones directas e inmediatas obtenidas desde los principios primarios, que conforman el derecho de gentes, son también un derecho natural,²⁵ en el sentido de que también esas normas dicen relación con las conductas o acciones que convienen o no al hombre por su condición de tal. En este sentido, dirán los salmanticenses que así como las conclusiones que realmente se deducen de los principios de la geometría, «aunque se desconozca la consecuencia, pertenecen a la geometría; si algo se deduce verdaderamente de los principios del derecho natural, aunque se desconozca la consecuencia, pertenecerá al derecho natural»,²⁶ tal y como ocurre con las normas y preceptos del *ius gentium*.

Junto con esto, el propio Santo Tomás, unas líneas más abajo de aquel controvertido pasaje donde declara que el derecho de gentes se ha de considerar como justo positivo, señala que es una verdad indesmentible «que el derecho de gentes es en cierto modo natural al hombre como animal racional, porque se deriva de la ley natural a manera de una conclusión no muy alejada de

²⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *In Ethicorum*, v, lect. 12, n. 1019.

²⁶ MANCIO DE CORPUS CHRISTI, *De Iustitia et Iure*, q. 57, a. 2. Pese a esto, Mancio incluye al derecho de gentes dentro del derecho positivo.

los principios»,²⁷ de modo que fácilmente los hombres concuerdan sobre sus reglas y disposiciones. Luego, a pesar de no identificarse con los principios primarios de la ley natural, sigue formando parte de lo justo por naturaleza, porque todo aquello que se obtiene como una conclusión desde lo justo natural es también un derecho natural.²⁸

Entonces, siendo de derecho natural, también sus normas proceden del instinto de la naturaleza²⁹ (al igual que los principios primarios de la ley natural), y su fuerza de obligar les viene no de la autoridad política que las sanciona como derecho vigente, sino de la justicia natural.³⁰ Por eso, escribe Santo Tomás, estos preceptos contienen una justicia y equidad evidentes,³¹ porque, como enseña un seguidor suyo, a pesar de ser puestos por escrito, el contenido y materia de esos preceptos pertenecen, no al ámbito de lo contingente o convencional, sino al campo de lo natural y necesario,³² porque se trata de disposiciones necesarias para la consecución de los fines naturales del hombre, aquellos que nos descubren los principios primarios o comunes de la ley natural.

Esto es así, no obstante que las prácticas que se atribuyen al derecho de gentes, como el respeto de los embajadores, supongan un refinamiento cultural que no es común a todos los pueblos. Porque, aunque el de Aquino confirme que «todas las gentes lo practican»,³³ lo que realmente importa en la configuración de este derecho es que las prácticas y costumbres que lo constituyen sean compartidas, como señala un intérprete, por «casi todos los pueblos bien formados». ³⁴ Por este motivo, concluye Santo Tomás que la identificación de una norma como natural no depende de que sea o no universalmente practicada;³⁵ depende de que el contenido de esa norma no proceda de la libertad creativa del legislador, sino de la naturaleza.

Por lo tanto, bien puede una norma haber sido sancionada por la autoridad como derecho vigente y no haber perdido su condición de natural. Porque, como ya hemos apuntado, aquellas disposiciones que se obtienen conclusivamente desde los principios primarios de la ley natural son también derecho natural. Esta idea, que Santo Tomás ha desarrollado en sus *Comentarios a la Ética*, se repite también en su *Tratado sobre la Justicia*, donde nuestro autor defiende que la propia razón natural nos dicta aquellas cosas que pertenecen a

²⁷ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 4.

²⁸ Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *In Ethicorum*, v, lect. 12, n. 1023.

²⁹ Cfr. IDEM, *Summa Contra Gentiles*, III, 123.

³⁰ IDEM, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 2.

³¹ Cfr. IDEM, *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, a. 3.

³² Cfr. TOMÁS DE MERCADO, *Summa de tratos y contratos*, I, c. 2.

³³ IDEM, *In Ethicorum*, v, lect. 12, n. 1019.

³⁴ J. CRUZ, *La costumbre como fundamento del derecho de gentes*, en J. CRUZ (ed.), *La gravitación moral de la ley según Francisco Suárez*, Eunsa, Pamplona 2009, p. 15.

³⁵ Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 94, a. 4.

este derecho de todas las gentes.³⁶ En este sentido, cuando hablamos de un derecho positivo o de uno natural, a lo que nos estamos refiriendo es al hecho de que en algunos casos los contenidos de una norma son naturales *per se*, independientemente de que esa norma se haya puesto por escrito o no; mientras que en otros, esos contenidos son definidos (puestos) por el legislador desde el ámbito de lo indiferente.³⁷

Todo esto nos permite afirmar que, en Santo Tomás, los preceptos del derecho de gentes pertenecen, *stricto sensu*, al derecho natural. Esto porque son conclusiones necesarias de sus principios primarios, «ya que son descubiertos por el hombre más que hechos por él, pues no son relativos a las constituciones políticas, que varían o mudan con el tiempo y lugar, porque están por encima del Estado soberano»,³⁸ y porque no proceden de la libertad inventiva de la autoridad política, que únicamente se refiere a la creación de normas de derecho en materias que no han sido ni mandadas ni prohibidas por naturaleza. De ahí que Santo Tomás haya escrito que tanto el derecho natural de los principios primarios como el derecho de gentes «se hallan comprendidos bajo lo justo natural de Aristóteles».³⁹

Por último, esta afirmación, que intenta conciliar la tradición medieval de la ley con las ideas del Estagirita, no puede entenderse si no se tiene en cuenta el hecho de que para Santo Tomás lo justo natural es aquello que por su naturaleza es adecuado o ajustado a otro, lo cual puede darse de dos maneras: i) considerando la cosa absolutamente y en sí misma (por ejemplo, la unión heterosexual); y ii) considerando la cosa no absolutamente, sino en relación a sus consecuencias (por ejemplo, la propiedad privada).

En cuanto al primer modo de considerar lo justo por naturaleza, éste se deriva de lo que es natural al hombre según su género próximo; el segundo, en cambio, «nace de lo que es natural al hombre por su diferencia específica, es decir, en tanto hombre. Esta diversidad de origen de las instituciones del derecho natural es lo que ha fundamentado la distinción entre derecho natural propiamente dicho y derecho de gentes»,⁴⁰ o, lo que es lo mismo, entre derecho natural primario y derecho natural secundario, para emplear una terminología de San Alberto Magno.⁴¹ Así, mientras que el primer caso dice relación con lo justo natural que es común a hombres y animales, el segundo hace referencia a lo justo natural-racional, aquello que es considerado como

³⁶ Cfr. *ibidem*, II-II, q. 57, a. 2.

³⁷ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *In Ethicorum*, v, lect. 12, n. 1020.

³⁸ M. ADLER, *Una cuestión acerca de la ley*, en R. BRENNAN (ed.), *Ensayos sobre el Tomismo*, Morata, Madrid 1962, p. 267.

³⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *In Ethicorum*, v, lect. 12, n. 1019.

⁴⁰ B. RAFFO, *La Justicia. Notas al Comentario de Santo Tomás de Aquino al libro quinto de la Ética a Nicómaco de Aristóteles*, Cursos de Cultura Católica, Buenos Aires 1946, p. 186.

⁴¹ SAN ALBERTO, *In Ethicorum*, v, 9, 4.

exclusivo del género humano.⁴² Porque únicamente la razón puede reconocer las consecuencias de la relación de unas cosas con otras, conformado, de esta manera, un ordenamiento de justicia que sea común a todos los hombres y todos los pueblos.

Este derecho, como ya lo hemos señalado, entraña una equidad y justicia evidentes, y en este sentido no requiere una especial positivación para ser considerado como jurídicamente vinculante. Al contrario, vale por la misma fuerza de la razón natural, que es la que lo ha instituido entre todos los pueblos.⁴³ Y así, precisamente porque su fuerza de obligar procede de la razón natural, es que ha de ser considerado como un derecho *por* naturaleza, aunque no se encuentre conformado por principios de justicia indemostrables y *per se notae* como los principios primarios de la ley natural. Dado esto, Santo Tomás quiere mostrar que, junto a las leyes que sólo poseen fuerza legal en virtud del legislador humano, existen otras leyes que, independientemente de toda promulgación positiva, sancionan contenidos ya obligatorios por naturaleza, como por ejemplo la prohibición del homicidio.⁴⁴

En definitiva, cuando Santo Tomás se refiere al *ius gentium* como lo justo establecido entre todas las gentes, entiende que éste forma parte del derecho natural, pero no en lo que tiene el hombre de común con los demás animales, sino en aquello que es específicamente humano, como la capacidad de razonar acerca de las consecuencias que se siguen de la naturaleza de las cosas. En otras palabras, para Santo Tomás el derecho de gentes, sin perjuicio de que pueda ser positivizado o instituido, es un derecho natural, pero no un derecho natural considerando las cosas absolutamente y en sí mismas, como sucede con aquellas cosas que se siguen de su naturaleza genéricamente animal, sino, más bien, considerando las cosas no absolutamente y en sí mismas, sino en las consecuencias que se siguen de ellas.⁴⁵

Con todo, el hecho de que Santo Tomás haya incluido el derecho de gentes dentro de lo justo natural, no significa que debamos considerar naturales todas aquellas instituciones que los romanos incorporaban en el derecho de gentes. Pese a esto, y aunque no se trate de un criterio infalible, la existencia de un consenso en los pueblos a propósito de ciertas prácticas «como que los pactos deben cumplirse, que los enviados ante los enemigos deben ser protegidos, etc.», nos ayuda a la hora de conocer aquellas cosas que son justas o no *kata physin*.

⁴² Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, II-II, q. 57, a. 3.

⁴³ Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, II-II, q. 57, a. 3.

⁴⁴ Cfr. M. RHONHEIMER, *Ley natural y razón práctica. Una visión tomista de la autonomía moral*, Eunsa, Pamplona 2000, p. 367.

⁴⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *In Ethicorum*, v, lect. 12, n. 1019.

3. EL DERECHO DE GENTES Y LOS ESCOLÁSTICOS SALMANTICENSES

La reflexión sobre el *ius gentium* es recogida por una doble vía por los autores de la Escuela de Salamanca. De una parte, ellos viven ya en el mundo moderno y son testigos de la expansión europea en ultramar, lo que significa que las relaciones entre los pueblos se intensifican y que surgen numerosos conflictos que no pueden ser ya resueltos por los derechos de cada nación. Por otra parte, el Aquinate había escrito en diversas ocasiones sobre ese derecho, tanto en su *Summa* como en sus *Comentarios a Aristóteles*, de manera que, al comentarlo, debían hacerse cargo de su estatuto jurídico: sólo así podían ser realmente fieles al Santo Doctor.

Ahora bien, esta Escuela, iniciada por Francisco de Vitoria hacia comienzos del siglo XVI, tiene entre sus filas no solamente a un numeroso grupo de dominicos de San Esteban de Salamanca, sino a un importante grupo de agustinos y jesuítas (y no sólo teólogos, sino también juristas y canonistas), entre los que destacan Fray Luis de León y Francisco Suárez, por ejemplo. Tal Escuela de pensamiento, en su afán por revivir las ideas y reflexiones de Santo Tomás, contravenía en sus inicios las ordenaciones de la renombrada Universidad Salmanticense, que ordenaba a los maestros de teología el estudio y enseñanza de las *Sentencias* de Pedro Lombardo. Pese a esto, el nivel intelectual y renombre de la Escuela, así como la influencia de los salmantinos en la política y economía del siglo XVI, logrará, al poco andar, una de las reformas más importantes de las que se tenga memoria en la historia de la teología: la sustitución de las *Sentencias* por la *Summa* de Santo Tomás.

Esto es un punto relevante para nuestra discusión, toda vez que el grupo de jesuítas, agustinos y, especialmente, dominicos que conformaban la Escuela Salmanticense, no comentarán cualquier obra del Santo Doctor, sino la *Summa Theologiae*, que es precisamente el texto en el que el Angélico se inclina a considerar el derecho de gentes como justo positivo. Este hecho influirá decisivamente en la forma en que los escolásticos salmantinos enfrentarán la cuestión de la naturaleza jurídica de las normas del *ius gentium*. De hecho, la gran mayoría de los ellos considerará al derecho de gentes como justo positivo, y para esto se apoyarán en el texto expreso de la q. 95, a. 4 de la I-II.

Dicho esto, es indudable que la teología escolástica vio en Santo Tomás la fuente de su inspiración. Esto porque los miembros de la Escuela lo consideraron como el mejor teólogo y, por tanto, como el mejor modelo para la iniciación en el estudio e investigación de la teología.⁴⁶ Incluso lo compararon «con un experimentado patrón de barco que sabe distinguir bien los vientos

⁴⁶ Cfr. J. BELDA, *La Escuela de Salamanca*, BAC, Madrid 2000, p. 213.

favorables y los peligros en una larga travesía marítima; ese guía, que de algún modo, todos necesitan para llegar al buen puerto con seguridad». ⁴⁷

Ahora bien, no por eso la tarea de los salmanticenses debe ser entendida como una mera reproducción del pensamiento de Santo Tomás. Todo lo contrario. Cada uno de los maestros salmantinos que llegó a comentar los pasajes de la *Summa*, pudo libremente hacer aportaciones al texto del Angélico, según las nuevas circunstancias y preocupaciones de su tiempo. Y así, al hablar del derecho de gentes, debieron dar sentido al pensamiento de Santo Tomás en un contexto marcado por las luchas con los reformadores y la conquista del Nuevo Mundo, por la masificación del comercio, y aún por el surgimiento del derecho internacional.

En este contexto, nos hemos propuesto revisar las tesis de dos de los más grandes maestros del Siglo de Oro español: el dominico Domingo de Soto y el jesuíta Francisco Suárez.

4. DOMINGO DE SOTO Y SU CONCEPCIÓN DEL *IUS GENTIUM*

No hay que olvidar que Santo Tomás fue doctor común de los salmanticenses durante casi todo el siglo XVI, ⁴⁸ e incluso durante gran parte del siglo XVII. De ahí que cuando Domingo de Soto desarrolla su teoría del derecho, no hace más que seguir las conclusiones y dichos del llamado *Doctor Angelicus*. Acepta, de este modo, tanto la cuestión de la utilidad de la ley humana, como la idea de la doble manera en que una norma deriva desde la ley natural, aunque discute sobre la naturaleza jurídica del derecho de gentes, donde propone una tesis distinta de la del Aquinate, si bien se apoya en la letra de un pasaje de la *Summa*: el carácter positivo de las normas del *ius gentium*.

En este sentido, Soto, cofundador de la Escuela junto con Vitoria, escribirá que a diferencia de lo justo natural, que es simplemente necesario, esto es, independiente de toda determinación humana, «el derecho de gentes obliga solamente porque pareció bien así, es decir, porque así lo juzgaron los hombres; luego, nunca hubiera habido división de propiedades si los hombres no hubieran convenido que unos posean éstas y otros aquéllas». ⁴⁹ De este modo, más que formar parte de lo justo por naturaleza, que era la idea de Santo Tomás, el derecho de gentes se ha de encuadrar, observa, dentro del derecho humano o positivo. ⁵⁰

Supuesto eso, pertenece al derecho natural únicamente aquello que es bueno de suyo y sin orden a otra cosa. Por lo tanto, lo que es bueno por convenio de los hombres, y no esencialmente, pertenece al derecho de gentes, sencillamente porque se trata de un derecho consagrado por la concertación de los

⁴⁷ J. BELDA, O. C., p. 213.

⁴⁸ Cfr. I. JERICÓ, *Fray Luis de León*, Agustiniiana, Madrid 1997, pp. 34-35.

⁴⁹ DOMINGO DE SOTO, *De Iustitia et Iure*, III, q. 1, a. 3.

⁵⁰ *Ibidem*.

hombres, sancionado únicamente por su utilidad y conveniencia para el logro del bien común, y en el cual no se halla una equidad y justicia intrínsecas.⁵¹ Por eso sus preceptos no son absolutos o necesarios *per se*, sino únicamente por referencia a otra cosa, es decir, a un orden que conviene a la conservación de la justicia natural.

En este sentido, a pesar de su universalidad, las normas del derecho de gentes son hipotéticas o condicionales, escribe Soto, porque tales proposiciones se derivan no del instinto natural sino de la libre voluntad de los hombres, los que las han decidido como convenientes para el logro de la felicidad común. Por consiguiente, su necesidad no es absoluta, sino relativa: porque sus normas son exigibles en razón de su utilidad, por ejemplo, para que lo propiamente natural sea mejor desarrollado o quede salvaguardado.⁵²

Sin embargo, apunta Soto, si nos preguntamos por su origen, el derecho de gentes se encontraría más cerca del derecho natural que del positivo, toda vez que llamamos natural al derecho que tiene como origen la naturaleza humana tanto en lo que ella fija o enseña, como en aquello hacia lo que orienta o conduce.⁵³ Pese a esto, este derecho debe ser considerado como positivo, escribe el salmantino, puesto que, al igual que el derecho civil, ha sido establecido por la razón humana.⁵⁴ Aunque esta conclusión no haya sido formulada expresamente por Santo Tomás, escribe Soto que representa, sin ninguna duda, la tesis del Aquinate,⁵⁵ porque «en las respuestas a las dificultades con que al principio de la cuestión arguye que el derecho de gentes es natural [Soto se está refiriendo a la respuesta a la primera objeción de I-II, 95, 4], se ve claramente que su pensamiento es negar esto, y en consecuencia afirmar que es de derecho positivo».⁵⁶

Por este motivo, el derecho de gentes no se sigue necesariamente del derecho natural. «Y esto es evidente, porque, si se sigue necesariamente del derecho natural, en buena consecuencia se seguiría que, así como el derecho natural es necesario, así también lo sería el derecho de gentes»,⁵⁷ como dice Vitoria en la misma línea que el maestro Soto. De esta forma, el derecho de gentes no se halla formado por preceptos inderivados de justicia natural, sino únicamente por ciertas conclusiones remotas, contingentes y probables, sólo convenientes para salvaguardar lo justo por naturaleza. Se trata, por ende, de

⁵¹ Cfr. J. CRUZ, *Fragilidad humana y ley natural. Cuestiones disputadas en el Siglo de Oro*, Eunsa, Pamplona 2009, p. 140.

⁵² Cfr. J. CRUZ, *Fragilidad humana y ley natural*, cit., p. 146.

⁵³ Cfr. M. IDOYA, *Fundamentos morales del contrato y de la propiedad en Domingo de Soto*, en J. CRUZ (ed.), *La ley natural como fundamento moral y jurídico en Domingo de Soto*, Eunsa, Pamplona 2007, pp. 201-202.

⁵⁴ DOMINGO DE SOTO, *De Iustitia et Iure*, III, q. 1, a. 3.

⁵⁵ Cfr. IDEM, *De Iustitia*, fol. 7r.

⁵⁶ IDEM, *De Iustitia et Iure*, III, q. 1, a. 3.

⁵⁷ FRANCISCO DE VITORIA, *In II-II*, q. 57, a. 3.

conclusiones en las que interviene nuestra capacidad racional,⁵⁸ que, como se ha dicho, no son de necesidad absoluta, sino de necesidad relativa, y que surgen tan sólo una vez considerada la naturaleza humana bajo un cierto supuesto.⁵⁹

Entonces, observa Soto, «cuando hemos dicho que el derecho de gentes se deducía de los principios de la naturaleza por vía de ilación, no se entiende que tal ilación sea totalmente necesaria, sino conveniente a la naturaleza de una cosa en orden a cierto fin». ⁶⁰ Y así, la división de propiedades no se sigue de la necesidad intrínseca de cultivar los campos y de poseerlos pacíficamente, sino sólo de la conveniencia de que esto sea así en vistas de la felicidad común. Por eso las normas del derecho de gentes dicen relación con aquello que es útil para los hombres viviendo en sociedad, y no con aquello que es útil para los hombres por naturaleza. Y por eso la división de las posesiones es de derecho de gentes, y no de derecho natural, porque, como indica Vázquez, «sin ella sería muy difícil el buen gobierno de los pueblos». ⁶¹

De acuerdo con esto, cuando se dice que todas las cosas eran comunes por derecho natural, esto no debe entenderse en el sentido de que el derecho natural prohibía la propiedad y la división, sino en el sentido de que «en la originaria creación de las cosas, la naturaleza no asignó nada a nadie en particular», ⁶² como dice Lugo enunciando una opinión común a todos los miembros de la Escuela, entre los que, ciertamente, se incluye Soto. De ahí que escriba el Segovino que «que un señor tenga en propiedad esta finca y otro la otra [...] no lo impone la naturaleza», ⁶³ sino la razón humana, «porque pareció bien así, es decir, porque los hombres así lo juzgaron». ⁶⁴

Pese a que este ordenamiento de justicia «brota del cálculo uniforme de muchos», ⁶⁵ no se requiere, para su establecimiento, la reunión de todos los hombres en un determinado lugar. ⁶⁶ Porque, argumenta Soto, la misma razón natural les enseña lo mismo a todos. ⁶⁷ Sin perjuicio de esto, para su establecimiento sí se exige una cierta intervención humana, consistente más en la declaración de un principio de justicia natural que en la especificación de normas nuevas. En este sentido, observa el salmanticense que la derivación de la ley humana que se hace por vía de conclusión, «no supone la constitución

⁵⁸ Cfr. DOMINGO DE SOTO, *De Iustitia et Iure*, I, q. 5, a. 4.

⁵⁹ BARTOLOMÉ DE MEDINA, *Expositio in Primam Secundae*, q. 95, a. 3.

⁶⁰ DOMINGO DE SOTO, *De Iustitia et Iure*, III, q. 1, a. 3.

⁶¹ GABRIEL VÁZQUEZ, *In Primam Secundae Sancti Thomae*, q. 90, a. 2, disp. 157.

⁶² JUAN DE LUGO, *De Iustitia et Iure*, VI, 1.

⁶³ DOMINGO DE SOTO, *De Iustitia et Iure*, III, q. 1, a. 3.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ F. LAMAS, *Los principios internacionales. Desde la perspectiva de lo justo concreto*, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires 1974, p. 68.

⁶⁷ DOMINGO DE SOTO, *De Iustitia et Iure*, III, q. 1, a. 3.

nueva de tal obra en el género de la virtud, sino una exposición de la virtud que se encerraba en los principios naturales. Porque, no fornicarás, devuelve el depósito, y el Decálogo, ya antes del raciocinio humano eran virtudes escondidas en los principios naturales, y han sido expuestas claramente para que nadie pretextara ignorancia». ⁶⁸

Insiste Soto en que, a pesar de obtenerse por medio de unas conclusiones desde los principios comunes de la ley natural, el derecho de gentes no es un derecho natural, ya que no se trata de unas consecuencias necesarias y absolutas desde la naturaleza de las cosas, sino de un grupo de consecuencias en orden a un fin determinado y revestido de ciertas circunstancias. ⁶⁹ De esta forma, y mientras que lo justo natural es simplemente necesario, es decir, independiente de toda determinación humana, el derecho de gentes, en cambio, tan sólo obliga «porque pareció bien así» ⁷⁰ según las condiciones de existencia de tal o cual momento histórico. ⁷¹

De este modo, la positividad del *ius gentium*, que Soto presenta como una idea de Santo Tomás, se debe al hecho de que sus preceptos no se imponen a los hombres sino en virtud de su acuerdo y de su consideración como bueno y propicio para la vida social. ⁷² Pese a esto, es cuestión muy discutible que efectivamente Santo Tomás entendiera al derecho de gentes como parte del derecho positivo. Nos parece, en efecto, que éste es uno de los pocos puntos en donde el autor salmantino se aparta inadvertidamente del Aquinate. En todo caso, esto no constituye un reproche, puesto que Domingo de Soto no es un repetidor de la doctrina de Santo Tomás, sino un pensador que se vale de ella para iluminar las graves cuestiones que ocupan a los hombres de su tiempo.

5. EL DERECHO DE GENTES EN SUÁREZ

Suárez, cuya filosofía de la ley se ha presentado como el punto de frontera entre la concepción medieval de la ley, «y las condiciones dominantes en la época que él escribía», ⁷³ comienza su exposición acerca de la naturaleza jurídica del *ius gentium* reconociendo el carácter positivo de este llamado «derecho intermedio». De este modo, enseña que, en estricto rigor, el derecho de gentes «no puede entenderse como situado por debajo del derecho natural, sino que se diferencia de él esencialmente». ⁷⁴

⁶⁸ IDEM, *De Iustitia et Iure*, I, q. 5, a. 2.

⁶⁹ Cfr. IDEM, *De iustitia et Iure*, III, q. 1, a. 3.

⁷⁰ DOMINGO DE SOTO, *De Iustitia et Iure*, III, q. 1, a. 3.

⁷¹ Cfr. IDEM, *De Legibus*, lin. 1420-1460.

⁷² Cfr. IDEM, *De Iustitia et Iure*, III, q. 1, a. 3.

⁷³ F. COPLESTON, *Historia de la filosofía. De Ockam a Suárez. De Descartes a Leibniz. De Hobbes a Hume*, Ariel, Barcelona 2004, p. 301.

⁷⁴ FRANCISCO SUÁREZ, *De Legibus*, II, c. 19, n. 1.

Esta diferencia esencial entre uno y otro se debe, piensa Suárez (también parte integrante de la Escuela aunque dedicara gran parte de su vida a la enseñanza en Coimbra), a que hay muchas instituciones del derecho de gentes que no implican necesidad alguna, como la propiedad privada o la esclavitud. Por eso se trata de un derecho introducido libremente por la voluntad de los hombres,⁷⁵ cuyos preceptos se deducen, «no como evidente consecuencia desde lo justo por naturaleza, sino más bien por deducciones menos ciertas; de manera que dependen de la libre voluntad y de la conveniencia moral más bien que de la necesidad».⁷⁶

De acuerdo con esto, solamente con la prohibición jurídica del derecho de gentes un cierto acto se convierte en un hecho malo o nocivo.⁷⁷ De ahí que los preceptos del *ius gentium* no manden nada que sea por sí mismo necesario para la rectitud de la conducta, «ni prohíban nada que sea esencial e intrínsecamente malo, ni de modo absoluto, ni suponiendo determinadas situaciones y circunstancias objetivas».⁷⁸ Todo eso, escribe Suárez, pertenece al derecho natural.⁷⁹

Luego, en la propuesta del Doctor Eximio el derecho de gentes no es sólo indicativo de lo que es malo, sino, sobre todo, constitutivo del mal. Y así, no prohíbe una actuación mala porque en sí misma sea mala, «sino que al prohibirla convierte esa actuación en algo malo»,⁸⁰ es decir, en algo que, en justicia, debe evitarse. Por este motivo, el derecho de gentes no trata sobre aquellas acciones prohibidas o mandadas por naturaleza, sino únicamente sobre aquellas que obtienen su carácter de obligatorias por el hecho de tener una sanción positiva.⁸¹

Pese a lo expuesto, Suárez reconoce que entre el derecho de gentes y el derecho natural existen ciertas analogías. Así, por ejemplo, ambos son comunes a todos los hombres,⁸² y ambos, en cuanto ordenamientos de justicia, «contienen preceptos, tanto prohibiciones como concesiones o permisos».⁸³ Sin embargo, sólo el derecho natural posee una razón normativa para su vigencia, a saber, la normatividad de los principios comunes de la ley natural.⁸⁴ Por tanto, a pesar de que el derecho de gentes coincida con el natural en determinados aspectos, como por ejemplo en su universalidad, no es una parte del derecho natural. Y es más: entre uno y otro existen claras diferencias, particularmente el hecho de que mientras que el derecho natural manda o prohíbe lo que es

⁷⁵ Cfr. IDEM, *De Legibus*, II, c. 19, n. 4.

⁷⁶ IDEM, *De Legibus*, II, c. 17, n. 9.

⁷⁷ Cfr. M. LUTZ-BACHMANN, *Acerca del concepto de normatividad del derecho: ius gentium en Francisco Suárez y Tomás de Aquino*, en J. CRUZ (ed.), *Razón práctica y derecho*, Eunsa, Pamplona 2011, p. 33.

⁷⁸ FRANCISCO SUÁREZ, *De Legibus*, II, c. 17, n. 9.

⁷⁹ Cfr. IDEM, *De Legibus*, II, c. 17, n. 9.

⁸⁰ IDEM, *De Legibus*, II, c. 19, n. 2.

⁸¹ M. LUTZ-BACHMANN, o. c., p. 34.

⁸² IDEM, *De Legibus*, II, c. 19, n. 1.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Cfr. M. LUTZ-BACHMANN, o. c., p. 33.

bueno o malo *per se*, el derecho de gentes manda o prohíbe solamente aquello que es bueno o malo por la libre determinación humana.⁸⁵

Este derecho de gentes, observa Suárez, existe como un ordenamiento de justicia común a todos los pueblos, dependiente, no de la naturaleza, sino de la costumbre y de la libre voluntad de los hombres que han definido algo como bueno o injusto.⁸⁶ Luego, sus preceptos no son intrínseca y constitutivamente necesarios como los preceptos naturales, porque sus contenidos son «puestos» por el legislador en razón de las costumbres y tradiciones de las gentes. Por eso Suárez afirma que el derecho de gentes es *formaliter* un derecho humano y positivo, idea que, al igual que Soto, atribuye erradamente a Santo Tomás.⁸⁷

Ahora bien, precisamente porque se trata de un derecho positivo, los preceptos del *ius gentium* «han sido introducidos por los hombres libremente mediante consenso en toda la comunidad humana o en su mayor parte».⁸⁸ En ellos, escribe Suárez, «se tienen en cuenta el interés de toda la humanidad y la armonía con los principios básicos y universales de la naturaleza humana».⁸⁹ A pesar de esto, no se han de considerar como normas de justicia natural, sencillamente porque mientras que lo justo por naturaleza es absolutamente inmutable, nada hay que impida que las normas del derecho de gentes estén sujetas a cambio, siempre que esos cambios sean introducidos por una autoridad con el poder suficiente para hacerlo.⁹⁰

Porque se trata de un derecho común a todos los pueblos, puede ser considerado como una justicia *inter política*,⁹¹ o internacional, un ordenamiento de justicia asentado sobre la unidad del género humano.⁹² Con todo, la base de su vigencia está, escribe Suárez, en la circunstancia de que el género humano forma no sólo una especie biológica,⁹³ sino, fundamentalmente, una comunidad ético-política.⁹⁴ Esto no significa que para el surgimiento del *ius gentium* todos los pueblos deban compartir los mismos usos y costumbres. Basta que estas prácticas sean compartidas por «casi todos los pueblos bien formados».⁹⁵ En este sentido, lo importante no es que esas tradiciones sean propias de *todas* las naciones, sino solamente que tales usos y costumbres no sean propios de

⁸⁵ Cfr. J. CRUZ, *La costumbre como fundamento del derecho de gentes*, cit., pp. 15-16.

⁸⁶ Cfr. FRANCISCO SUÁREZ, *De Legibus*, II, c. 17, n. 4.

⁸⁷ Decimos «erradamente», porque en la propuesta del de Aquino, aquello que deriva como una conclusión de lo justo natural, es, por ello mismo, un derecho natural. A este respecto, véase: SANTO TOMÁS DE AQUINO, *In Ethicorum*, v, lect. 12, n. 1023.

⁸⁸ FRANCISCO SUÁREZ, *De Legibus*, II, c. 17, n. 8.

⁸⁹ IDEM, *De Legibus*, II, c. 20, n. 2.

⁹⁰ IDEM, *De Legibus*, II, c. 20, n. 6.

⁹¹ L. LACHANCE, *L'humanisme politique de Saint Thomas d'Aquin*, Sirey, París 1965, p. 166.

⁹² Cfr. Á. PONCELA, o. c., p. 134.

⁹³ Cfr. M. LUTZ-BACHMANN, o. c., p. 39.

⁹⁴ FRANCISCO SUÁREZ, *De Legibus*, II, c. 20, n. 9.

⁹⁵ J. CRUZ, *La costumbre como fundamento del derecho de gentes*, cit., p. 15.

un pueblo o república en particular,⁹⁶ en cuyo caso no estaríamos sino frente a preceptos de derecho civil.⁹⁷

En consecuencia, para Suárez el derecho de gentes es, en estricto sentido, un derecho humano y positivo, consuetudinario, internacional, y anterior al consentimiento explícito de los pueblos. Este derecho no surge del instinto de la naturaleza, sino de las prácticas y tradiciones comunes de las gentes. Porque, observa el Eximio, de la misma manera que en un Estado o país la costumbre es fuente del derecho, así también en la comunidad del género humano fue posible establecer leyes internacionales por medio de las costumbres.⁹⁸

Por último, si, como dice Suárez, el derecho de gentes es, en estricto rigor, un derecho positivo, su derivación del derecho natural no puede ser por vía de conclusión, sino únicamente por vía de determinación. Y esto porque no cabe un derecho positivo obtenido conclusivamente desde los principios primarios de la ley natural, ya que, como enseñara Santo Tomás, todos aquellos preceptos que se obtienen conclusivamente desde el derecho natural, son también derecho natural,⁹⁹ sean o no conocidos por todos los hombres.

Suárez presenta sus ideas sobre el derecho de gentes como si fueran una continuación de las de Santo Tomás. Sin embargo, no parece que esta pretensión sea exacta, porque, si bien el *ius gentium* es un derecho «puesto» por la voluntad de los hombres, Suárez reconoce que se obtiene conclusivamente desde los principios primarios de la ley natural, lo cual, como se ha dicho, no es posible. En efecto, si el derecho de gentes se deriva de la inclinación a la racionalidad de la naturaleza humana,¹⁰⁰ que nos descubre aquellas cosas que entrañan una equidad manifiesta y evidente,¹⁰¹ sus contenidos no requieren una especial institución por la voluntad de los hombres para convertirse en derecho vigente, puesto que la propia razón natural los ha instituido¹⁰² y enseñado entre todos los pueblos.

6. CONCLUSIONES

Una vez que hemos tratado de la naturaleza jurídica del derecho de gentes, tanto en el pensamiento de Santo Tomás, como en el de Domingo de Soto y

⁹⁶ FRANCISCO SUÁREZ, *De Legibus*, II, c. 19, n. 6.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Cfr. FRANCISCO SUÁREZ, *De Legibus*, II, c. 19, n. 9.

⁹⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *In Ethicorum*, v, lect. 12, n. 1023.

¹⁰⁰ IDEM, *In Ethicorum*, v, lect. 12, n. 1019.

¹⁰¹ Cfr. IDEM, *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, a. 3.

¹⁰² IDEM, *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, a. 3. Sin perjuicio de lo dicho, tiene razón Suárez cuando afirma que hay instituciones del derecho de gentes que son, estrictamente hablando, de derecho positivo, como por ejemplo la costumbre de admitir embajadores, o el derecho de guerra en cuanto impone castigos o sanciones y exige reparaciones entre Estados. La razón de esto, nada impide que exista un derecho de gentes positivo junto al derecho de gentes originario y natural.

Francisco Suárez, lo primero que quisiéramos poner de relieve es el carácter natural de las normas y preceptos del *ius gentium*. La razón de esto radica en el hecho de que una consecuencia necesaria de la ley natural, por muy lejana que se encuentre de los principios primarios, pertenece a la ley natural, y por eso Santo Tomás ha escrito que las conclusiones necesarias deducidas desde el derecho natural son también de derecho natural. Esto significa que, a pesar de que estas disposiciones puedan ponerse por escrito, para así aplicarse a las situaciones particulares de la vida social, su único carácter de positivas es el hecho de estar constituidas como normas declarativas de lo justo por naturaleza.

Por este motivo, la caracterización del derecho de gentes como un derecho humano-positivo no representa lo específico del pensamiento de Santo Tomás. Para éste, insistimos, las conclusiones directas e inmediatas de los principios primarios son también derecho natural, motivo por el cual para el Aquinate no existen conclusiones directas de la ley natural que sean de derecho positivo, como tampoco *determinaciones* de la autoridad política que sean, en su naturaleza, de derecho natural.¹⁰³

De ahí que, en contra de las ideas de Soto y Suárez, juzguemos que el derecho de gentes pertenece y forma parte de lo justo por naturaleza, básicamente porque está constituido por los principios secundarios o inmediatamente derivados de la ley natural, y no por unas determinaciones nuevas y añadidas al derecho natural por la libre inventiva del legislador humano.¹⁰⁴ Por esta razón, sus preceptos brotan espontáneamente y sin dificultad desde los principios primarios, sin necesidad de que todos los hombres se reúnan en una asamblea para promulgarlos o sancionarlos positivamente.¹⁰⁵

De acuerdo con lo anterior, tales preceptos del *ius gentium*, no son, en efecto, otros principios que los principios primarios y universales de la ley natural. Al contrario. Son estos mismos principios pero «en un nivel de explicación o explanación más profunda y, como tales, nos dicen también más acerca de lo

¹⁰³ Y no puede la ley positiva obtenerse por vía de conclusión desde la ley natural, porque, como ha observado Vázquez de Belmonte, la ley que depende “de la libre voluntad del soberano no puede deducirse como conclusión de la ley natural; así, la ley del ayuno en cuaresma no puede deducirse de la ley natural de tal suerte que se infiera de los principios naturales que es necesario observar el ayuno cuaresmal”, y, no obstante ello, parece ser adecuado a lo justo natural que tal ayuno sea observado. Pero una cosa es que dicha práctica del ayuno sea conforme a la ley natural, y otra que tal ayuno cuaresmal sea mandado por lo justo según la naturaleza. Cfr. GABRIEL VÁZQUEZ, *In Primam Secundae Sancti Thomae*, q. 90, a. 1, disp. 154.

¹⁰⁴ Cfr. S. RAMÍREZ, *El derecho de gentes. Examen crítico de la filosofía del derecho de gentes desde Aristóteles hasta Francisco Suárez*, Studium, Madrid 1955, p. 93.

¹⁰⁵ L. H. CASCELLI DE AZEVEDO, *Ius gentium em Francisco de Vitoria. A fundamentação dos direitos humanos e do direito internacional na tradição tomista*, Sergio Antonio Fabris Editora, Porto Alegre 2008, p. 118.

que debemos hacer». Por eso también «son más importantes en su función “legislativa” determinante de la acción. Pero lo son solamente *en cuanto que* son explicación de los principios primeros y más universales y están en una relación inmediata e inventiva con ello, pues sólo *en cuanto tales* pertenecen a la ley natural». ¹⁰⁶

Ahora bien, es cierto que los salmanticenses consideraron, en su mayoría, al derecho de gentes como un derecho positivo. Esto no significa que su pensamiento esté, de plano, equivocado, y deba, por ello, descartarse. Porque el contexto cultural en donde los maestros salmantinos han enseñado las doctrinas y dichos de Santo Tomás supone una realidad abiertamente distinta de la del Aquinate. En el siglo XIII no existía un derecho internacional, y mucho menos la preocupación por explicar la naturaleza y alcance de la ley moral en las tierras del Nuevo Mundo. Por eso que al defender la positividad del derecho de gentes, los salmanticenses nunca lo identificaron con un derecho arbitrario o indiferente, sino con un derecho derivado de la misma naturaleza, «si bien sólo formulado mediante un proceso de maduración de las instituciones y de convergencia de las costumbres de los pueblos». ¹⁰⁷

Sin embargo, y respondiendo a nuestra preocupación inicial, el derecho de gentes, al menos en la propuesta de Santo Tomás, es *simpliciter* un derecho natural, y sólo puede considerarse como un derecho positivo *secundum quid* o *per accidens*. ¹⁰⁸ Porque, en efecto, este derecho «tiene algo de positivo, aunque en sentido impropio e imperfecto, es decir, el pequeño esfuerzo y la pequeña atención que pone el hombre para deducirlo, que es más bien para descubrirlo o declararlo que para constituirlo; pero propia y esencialmente es un derecho natural, como ajustado que es a la misma naturaleza de las cosas». ¹⁰⁹

Por lo tanto, no es contradictoria la posición tomista en estas materias: que el derecho de gentes, pese a ser esencial o materialmente natural, pueda ser considerado *per accidens* como un derecho positivo. Esto porque hay que atenderse más a los contenidos que a las palabras, sobre todo en I-II, 95, 4, donde Santo Tomás subraya vigorosamente el carácter natural de las normas del *ius gentium* a pesar de clasificarlas como un derecho puesto por escrito. ¹¹⁰ Y así, si nos atenemos más a los contenidos que a las palabras, no puede darse un derecho positivo que surja por vía de conclusión desde los principios primarios de la ley natural, de suerte que no existe otra posibilidad que considerar al derecho de gentes como una forma de derecho natural, ¹¹¹ aunque natural-racional,

¹⁰⁶ M. RHONHEIMER, O. C., pp. 285-286 (por ambas citas).

¹⁰⁷ A. OSUNA, *La Escuela española del derecho natural y sus doctrinas en filosofía jurídica*, «Ciencia Tomista», 120 (1983), p. 496.

¹⁰⁸ Cfr. S. RAMÍREZ, O. C., p. 109.

¹⁰⁹ S. RAMÍREZ, O. C., p. 111.

¹¹⁰ J. CASTILLO, *El pensamiento jurídico-político de Fray Luis de León en el Tratado De Legibus*, Universidad de Burgos (tesis doctoral), Burgos 1998, p. 459.

¹¹¹ L. PEREÑA, *La Escuela de Salamanca*, Caja de Ahorros, Salamanca 1986, p. 71.

y, en concreto, como lo justo conformado por las normas de derecho natural secundario. Porque, y en esto radica lo fundamental del pensamiento jurídico clásico, sólo existen dos tipos de derecho: aquel que se refiere a las cosas que están mandadas porque son buenas o prohibidas porque son malas, y aquel en el que las cosas son buenas o malas únicamente cuando el legislador así lo ha establecido.

En definitiva, a pesar de que en el *Tratado de la ley* Santo Tomás haya establecido que el derecho de gentes se ha de considerar como un derecho positivo,¹¹² esto no representa lo más específico de su pensamiento, según el cual aquello que se obtiene como una conclusión de lo justo natural no puede ser más que un derecho natural.¹¹³ Esta idea, desarrollada por Santo Tomás en sus *Comentarios a la Ética*, es la que, en nuestra opinión, representa lo más puro de su pensamiento sobre la naturaleza jurídica del derecho de gentes, y esto por una razón muy sencilla: cuando Santo Tomás escribe sus comentarios a Aristóteles no está forzado a seguir las conclusiones y dichos de los doctores medievales que lo han precedido. No debe, por tanto, hacer este esfuerzo de conciliación de ideas tan distintas y diversas que ha hecho en la I-II de su *Summa Theologiae*. Acá es completamente libre; luego, todo lo que ha dicho acerca del *ius gentium* representa su tesis madura y propia. En la *Summa*, en cambio, nuestro autor está atado por los precedentes representados por los textos jurídicos romanos y la obra de San Isidoro, por lo que se ve forzado a adaptar su pensamiento a la terminología que ellos han usado a la hora de enfrentarse a este problema.

ABSTRACT: *This work tries to understand the legal nature of ius gentium as from the thought of St. Thomas. While most authors have strongly emphasized its positive character, remaining blindly faithful to the express words of saint Thomas in I-II, 94, 5, they have recklessly left unattended the words St. Thomas dedicates to this subject in his Commentary on the Nicomachean Ethics and in his Treatise of Justice. The novelty of our interpretation lies precisely in a harmonious reading of all the texts in which Aquinas deals in some depth with the problem of the legal nature of the norms of ius gentium. It is thereby our believe that, despite his assertions on the Treatise of Law, where he presented ius gentium as being part of what is to be held as positive law, the real thesis of saint Thomas is rather the affirmation of its natural (non-positive) character.*

KEYWORDS: *ius gentium, natural law, human law, Aquinas.*

¹¹² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 4.

¹¹³ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *In Ethicorum*, v, lect. 12, n. 1019.

NOTE E COMMENTI