

# La ‘matrioshka’ de Ulpiano. Una propuesta de diagrama anidado sobre la concentricidad de la partición del ‘ius privatum’

*The ‘matrioshka’ of Ulpian. A proposal for a nested diagram on the concentricity of the partition of ‘ius privatum’*

**RAIMUNDO TOMÁS GÓMEZ GOLDENBERG\***

Doctorando, Universidad de Salamanca, Salamanca, España  
raimundog@gmail.com | ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-3618-9588>



Recibido: 25/07/2025 | Aceptado: 17/12/2025 | Publicado: 28/01/2026

**Resumen.** Una de las mayores complejidades que presenta el libro I del Digesto al establecer la estructura del *ius privatum* radica en que sus pasajes favorecen una interpretación fragmentaria del *ius naturalis*, *gentium* y *civile*. De este modo, su articulación en pasajes puede inducir a aplicar a sus contenidos una lógica cercana a la de compartimentos estancos, más que a la de un sistema que exprese sus atributos, entendidos como partes de una unidad sistémica. Frente a esta realidad, se postula la hipótesis de su concentricidad anidada, según la cual las categorías jurídicas referidas en los pasajes de D. 1.1 operan como círculos de especificidad creciente, metaforizados bajo la figura de una *matrioshka*, compatibilizando de este modo la especificidad de contenidos con una expresión unitaria del *ius privatum*. Asimismo, en este trabajo, se pretende ofrecer un criterio para la resolución de los conflictos de normas en el derecho privado romano de D. 1.1. Un mecanismo que se analiza a raíz del problema de la esclavitud en la jurisprudencia romana, considerando la evolución del concepto de *ius gentium* bajo las ideas del humanismo.

**Palabras clave.** Ulpiano; Derecho Romano; *ius privatum*; *ius naturalis*; *ius gentium*; *ius civile*; Digesto

**Abstract.** One of the greatest complexities posed by book I of the Digest in establishing the structure of *ius privatum* lies in the fact that its passages favor a fragmentary interpretation

---

\* Abogado, Universidad Andrés Bello; Máster en Derecho Privado Patrimonial, Universidad de Salamanca. Desde 2023, alumno del Programa de Doctorado en Derecho Privado de la Universidad de Salamanca.

of *ius naturale*, *gentium*, and *civile*. In this way, their articulation in passages may lead to applying to their contents a logic closer to that of watertight compartments than to that of a system expressing its attributes, understood as parts of a systemic unity. In light of this reality, the hypothesis of nested concentricity is advanced, according to which the legal categories referred to in the passages of D. 1.1 operate as circles of increasing specificity, metaphorically represented by the figure of a *matryoshka* doll, thus reconciling the specificity of contents with a unitary expression of *ius privatum*. Likewise, this study aims to offer a criterion for the resolution of conflicts of norms in Roman private law as set out in D. 1.1. This mechanism is examined through the problem of slavery in Roman jurisprudence, taking into account the evolution of the concept of *ius gentium* within humanist thought.

**Keywords.** Ulpian, Roman Law; *ius privatum*; *ius naturalis*; *ius Gentium*; *ius civile*; Digest

---

## 1. El sistema concéntrico del *ius privatum*

### 1.1. Introducción

Durante el período tardoclásico del Derecho romano, Ulpiano manifestó la organización del *ius privatorum*. Sus concepciones llegan hasta nuestros días gracias a un grupo de pasajes citados en el libro primero del Digesto (D. 1.1.1.2-4; D. 1.1.4 y D. 1.1.6 Ulp. 1 inst.). La primacía de este espacio confirma la importancia de sus opiniones para la estructura de la obra, en la cual Justiniano aborda la mayor compilación del Derecho Romano clásico.

En relación con sus explicaciones sobre el Derecho privado y su posible sistematización<sup>1</sup>, este trabajo identifica que su núcleo esencial se encuentra en las disposiciones de las leyes de la naturaleza reconocidas por el Derecho, y que la actividad racional identifica como pertenecientes a todas las especies animales. Normas que, al ser reconocidas por la razón, constituyen un sistema que conforma el *ius naturalis* de Ulpiano (D. 1.1.1.3 Ulp. 1 inst.).

Una siguiente especie perteneciente al género<sup>2</sup> del *ius privatum* de Ulpiano será el *ius gentium*. Su contenido se centra en aquellos preceptos que competen a todos los animales racionales, es decir, a los hombres y, en consecuencia, a sus pueblos (D. 1.1.1.4

---

<sup>1</sup> Para Guzmán (2004, p. 158-159), la idea de *σύστημα* (*sýstēma*) aplicada al Derecho tendrá sus raíces en la interpretación del humanismo de los textos de Cicerón (*de orat.* 1.41.186; 1.42.190 y *Brut.* 41,152; 42.153). Una organización que se asienta en el ideal griego de *τέχνη* (*ars*), que ha de ser entendido como una ordenación racional del saber obtenido por la *ἐπιστήμη* (*scientia*).

Igualmente, para el autor, el *ius* fue originalmente un *usus* empírico, requiriendo de la actividad dialéctica para su transformación en *ars*. Una actividad que permitió la división, definición, interpretación y distinción de sus componentes. De esta manera, el *ius civile in artem redigere* logra organizar al Derecho como un todo estructurado, equivalente a un *sýstēma* compuesto por partes definidas y coherentes entre sí.

<sup>2</sup> Ver: Aristóteles, *metaph.*, V, 7 1017a 23; *top.*, IX, 103b 2 y *phy.* V, 225b 5-9.

Ulp. 1 *inst.*<sup>3</sup>). Algunas de ellas versarán sobre el *ius publicum*, como la regulación de las guerras, el reconocimiento de los reinos, los deslindes territoriales, el respeto a la patria o a la religión<sup>4</sup>. Otras, sobre el *ius privatum*, entre las que se cuentan el comercio, los arrendamientos, la compraventa, las obligaciones<sup>5</sup> y el respeto a los padres<sup>6</sup>. Siendo esta área de su contenido la que importa para la presente investigación. Igualmente, otro aspecto que debe expresarse sobre el *ius gentium* es que sus normas pueden discrepar de las normas del *ius naturalis* (D. 1.1.4 Ulp. 1 *inst.*<sup>7</sup>).

Un precepto relativo al conflicto de normas será el que describe las características de la manumisión de los esclavos (D. 1.1.4), su texto propone que ella es una actividad propia del *ius gentium* sosteniendo que la esclavitud constituye una institución contraria a la naturaleza. Así, para Honoré (2002, p. 80), el pasaje Ulpiano se corresponde a una formulación crítica de carácter moral su práctica, ello al afirmar que la esclavitud se opone a la libertad natural de los hombres.

De esta manera, su expresión pone de manifiesto el conflicto normativo entre el *ius gentium* y el *ius naturale*, condición que permite proponer una interpretación del significado del *ius naturale* en Ulpiano, en donde sus normas conforman el núcleo esencial de su concepción del Derecho Privado, de modo que, ante un conflicto entre ambos géneros, deberá prevalecer la libertad natural de los hombres por sobre la esclavitud. Así, aunque

<sup>3</sup> Definición que posee profundas similitudes con las ideas de las *Instituta* de Justiniano (*Inst.* 1.2.5) utilizadas por De Vitoria (*De indis*, 1.3.1).

<sup>4</sup> Cic. *Leg.* 2.19.

<sup>5</sup> D. 1.1.1.3: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censerit.* (Ulp. 1 *inst.*).

D. 1.1.1.3: Es derecho natural aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales de la tierra y del mar, también es común a las aves. De ahí deriva la unión del macho y la hembra que nosotros denominamos matrimonio; de ahí la procreación de los hijos y de ahí su educación. Pues vemos que también los otros animales, incluso los salvajes, parecen tener conocimiento de este derecho. [D'Ors et al. (1968-1975). En adelante se seguirá utilizando esta traducción.]

<sup>6</sup> D. 1.1.2: *Veluti erga deum religio: ut parentibus et patriae pareamus*; D. 1.1.2: Por ejemplo, la religión para con Dios; que obedezcamos a los padres ya la patria. (Pomp. *I.S. enchir.*).

<sup>7</sup> D. 1.1.4: *Manumissiones quoque iuris gentium sunt. est autem manumissio de manu missio, id est datio libertatis: nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, manumissus liberatur potestate. quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desierant esse servi.*

D. 1.1.4: También las manumisiones son propias del derecho de gentes. Manumisión deriva de "dimisión de la mano", es decir, otorgamiento de libertad, ya que mientras uno es esclavo, está sometido a la mano y potestad <del dueño>, pero, al ser manumitido, se libera de la potestad. Lo cual procede del derecho de gentes, siendo así que por derecho natural todos nacían libres y era desconocida la manumisión, al no conocerse la esclavitud. Pero una vez que apareció la esclavitud por el derecho de gentes, siguió el beneficio de la manumisión. Y aunque nos llamábamos "hombres" por único nombre natural, comenzaron, por derecho de gentes, a existir tres géneros: los libres y, opuestos a éstos, los esclavos, y, un tercer género, los libertos, es decir los que habían dejado de ser esclavos. (Ulp. 1 *inst.*).

la esclavitud sea aceptada por el *ius gentium* de Ulpiano, ello no elimina la existencia de un conflicto normativo vigente entre ambos sistemas. Si bien esta interpretación debe ser desarrollada con una mayor precisión.

Un tercer género del *ius privatum* es el *ius civile*. Sus preceptos, conformados en parte por las normas civiles propias de cada pueblo, permiten que estas sean iguales o diversas respecto del *ius gentium* (D. 1.1.6 pr. Ulp. *1 inst.*) o del derecho civil de otras naciones (D. 1.1.6.1 Ulp. *1 inst.*). Esta descripción reitera la posibilidad de que existan, dentro del *ius civile*, divergencias latentes con lo dispuesto por el *ius naturale* y el *ius gentium* (D. 1.1.6 pr. Ulp. *1 inst.*). Así, las categorías del *ius privatum* pueden entrar en abierta contradicción<sup>8</sup> con las del *ius naturale* y el *ius gentium*, representando ellas otras formas de conflicto latente.

Las particularidades expuestas de la tripartición (D. 1.1.1.2 Ulp. *1 inst.*)<sup>9</sup> del *ius privatum* dificultan la aplicación de las relaciones de género y especie, propias de las categorías aristotélicas<sup>10</sup>, ya que estas pretenden eliminar las contradicciones lógicas, entendidas en este caso como conflictos de normas. No obstante, el presente trabajo pretende demostrar que la relación de las categorías aristotélicas es aplicable a su construcción. De hecho, no parece racional que sus tres especies presenten conflictos si se encuentran imbuidas dentro de un todo que identificamos en el *ius privatum*.

En este sentido, al intentar esquematizar sus conceptos mediante una representación lógica (diagrama de Venn<sup>11</sup>), se hace necesario tachar o sombrear las superficies que entran en contradicción. Sin embargo, se presenta el problema de que esta expresión gráfica no permite manifestar adecuadamente las relaciones de primacía presentes en los conflictos normativos latentes. Es decir, el diagrama no ofrece una respuesta clara sobre las relaciones normativas de jerarquía, ya que su trazado no logra mostrar qué preceptos deben prevalecer sobre otros conforme a un criterio de prevalencia.

---

<sup>8</sup> Ver: D. 1.1.4 y D. 1.1.6 (Ulp. *1 inst.*).

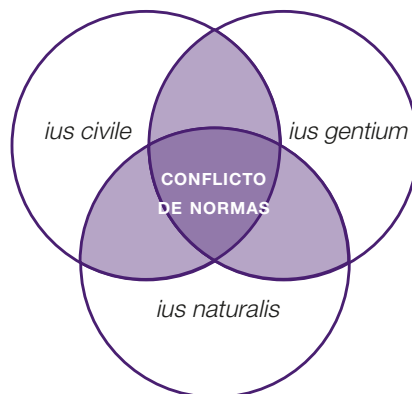
<sup>9</sup> D. 1.1.1.2: *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.* (Ulp. *1 inst.*).

D. 1.1.2: Dos son las posiciones en este estudio: el público y el privado. Es derecho público el que respecta al estado de la república, privado el que respecta a la utilidad de los particulares, pues hay cosas de utilidad pública y otras de utilidad privada. El derecho público consiste en el ordenamiento religioso, de los sacerdotes y de los magistrados. El derecho privado es tripartito, pues está compuesto por los preceptos naturales, de gentes y civiles. (Ulp. *1 inst.*).

<sup>10</sup> Arist. *Categoriae*, 5.15.

<sup>11</sup> Venn, 1880. p. 12.

Diagrama 1:  
Conflicto de normas en el *ius privatum*.



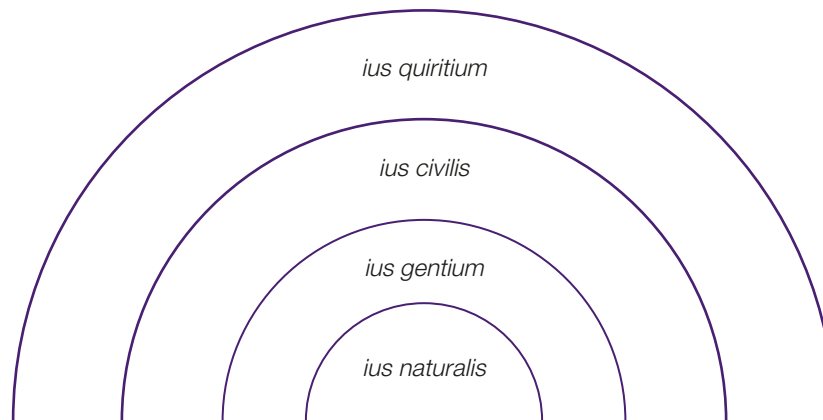
En relación con el problema planteado, un primer acercamiento a su solución —que busca lograr la correcta representación gráfico-lógica del *ius privatum*—, consiste en identificar que Ulpiano reconoce una forma de reemplazo entre sistemas en conflicto.

En este sentido, el pasaje de D. 1.1.6<sup>12</sup> señala que el *ius civile* de cada pueblo es autónomo y sus reglas, al ser acompañadas del gentilicio correspondiente, conforman un sistema superior. De esta manera, el *ius Quiritium* describe específicamente el contenido del Derecho Civil romano, una esfera que puede ser reemplazada por otra distinta, como ocurre en el caso de las normas del Derecho Civil heleno, por ejemplo, las leyes de Solón, las que reemplazarán a las del *ius Quiritium* en base a las normas de vigencia de cada pueblo. Finalmente, el espacio normativo compartido por ambos géneros es identificado por Ulpiano como Derecho común, una representación que, en el diagrama 2, se designa bajo el nombre *ius civilis*.

<sup>12</sup> D. 1.1.6: *ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur (1) Hoc igitur ius nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto, ut apud graecos: twv nomwn ohi men eggrafoi, ohi de agrafoi: Tōv νόμων οί μὲν ἔγγραφοι, οί δὲ ἄγραφοι.*

D. 1.1.6: Es derecho civil el que ni se aparta en todo del natural o de gentes ni se conforma totalmente a él. Así, pues, cuando añadimos o sustraemos algo al derecho común, lo hacemos derecho propio, es decir, civil. (1) Y este derecho nuestro es en parte escrito y en parte no escrito, como entre los griegos <en Griego> :“unas leyes hay escritas y otras no escritas”. (Ulp. 1 *inst.*)

Diagrama 2:  
Sistema concéntrico de la tripartición de Ulpiano.



Lo expresado representa una primera forma de solución del problema presente en la diagramación de Venn propuesta y aunque ella no logra solucionar el conflicto subyacente entre las normas esenciales (*ius naturalis*) y las otras especies del *ius privatum*. El diagrama 2, destinado a remediar los problemas de su representación, permite recurrir a un mecanismo de reemplazo, para lo cual se utilizarán las clasificaciones del *ius* presentes en el pensamiento de Paulo y Gayo<sup>13</sup>.

En la concepción de Paulo<sup>14</sup> del *ius civile* absorbe los preceptos del *ius gentium* de Ulpiano, a diferencia de Gayo (Gai. 1.1 y D. 1.1.9), último jurista que señala sobre la *naturalis ratio* que ella equivale —parcialmente— a la concepción del *ius naturalis* de Ulpiano. De este modo, el concepto de Gayo referido al espacio racional en donde se ubican sistemáticamente todas las formas del *ius privatum*, ya que sus normas provienen desde

<sup>13</sup> Como señala Maureira (2006, p. 277), Ulpiano distingue las tres ramas del derecho privado, incorporando a su sistema al derecho natural, el de gentes y el civil. Por su parte, Gayo propone una doble distinción, compuesta por derecho civil y derecho de gentes, mientras que Paulo lo divide en derecho natural y civil, excluyendo al derecho de gentes.

<sup>14</sup> D. 1.1.11: *ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur.*

D. 1.1.11: La palabra “derecho” se emplea en varias acepciones: una, cuando se llama derecho a lo que siempre es justo y bueno, como es el derecho natural; otra acepción, lo que en cada ciudad es útil para todos o para muchos, como es el derecho civil; y no con menos razón se llama derecho, en nuestra ciudad, al derecho honorario. Se dice también que el pretor aplica el derecho incluso cuando decide injustamente, refiriéndose, claro está, no a lo que el pretor hizo, sino a lo que el pretor debería hacer. Se llama derecho, en otro sentido, al lugar en el que <el pretor> aplica el derecho, dándose la denominación de lo que se hace al lugar en donde se hace. Podemos determinar tal lugar de esta manera: el lugar donde el pretor, conforme a la majestad de su imperio y a la costumbre de los antepasados, determina declarar el derecho se llama, con razón, “derecho”. (Paul. 14 Sab.).

la razón natural de todos los hombres. Ideas que presentan una solución de carácter platónico, según la cual el legislador, a diferencia del poeta, establece una única verdad sistémica, evitando de esta manera la contradicción de sus preceptos.

En este sentido, para Saccoccio (2022, p. 12), la primacía de las disposiciones del *ius naturalis* que encuentran respaldo en las opiniones de Paulo y Gayo<sup>15</sup>, no tendrán arraigo en las ideas de Ulpiano (D. 1.1.1.3) las cuales siguen una tradición helena diversa, encontrándose su concepto anidado dentro de las ideas expuestas por Cicerón<sup>16</sup>, referidas a la necesidad de reconocer normas mínimas y presentes en todos los seres vivos, ya sean estos parlantes o mudos.

En conclusión, las clasificaciones del *ius privatum* de Ulpiano llevan a advertir la aparente contradicción entre el *ius naturalis* y otras especies del *ius privatum*. Un conflicto de normas que dista de ser irreconciliable, ya que sus propuestas reflejan las influencias filosóficas presentes en la racionalidad jurídica romana.

Así, la *naturalis ratio* al ser utilizada como un principio ordenador logra integrar las diversas manifestaciones del derecho privado. Por su parte, en Ulpiano, se aprecia otra concepción de influencia helenística, reinterpretada en clave ciceroniana, la cual extiende la noción de *ius naturalis* más allá de lo estrictamente humano. Una diferencia que revela la riqueza del pensamiento jurídico clásico y a su vez, el establecimiento de mínimos morales que deben ser reconocidos en las diferencias opiniones que los jurisprudentes detectan al momento de sistematizar el *ius privatum*.

---

<sup>15</sup> D. 1.1.11: *ius pluribus modibus dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum et bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. Altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile* (Paul. 14 *ad Sab.*); Gai.1.158: *Sed agnationis quidem ius capitis deminutione perimitur, cognationis vero ius eo modo non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest* y D. 4.5.8: *Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest. Itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilo minus durat etiam post capitis deminutione.* (Gai. 4 *ad ed. prov.*)

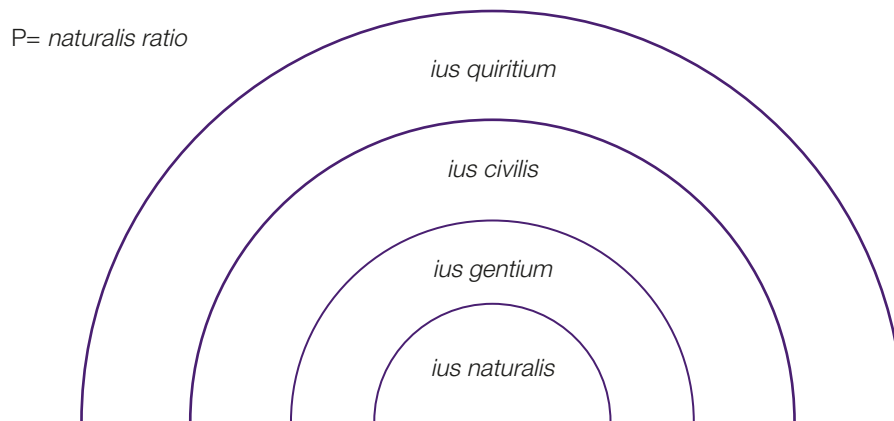
D. 1.1.11: La palabra "derecho" se emplea en varias acepciones: una, cuando se llama derecho a lo que siempre es justo y bueno, como es el derecho natural; otra acepción, lo que en cada ciudad es útil para todos o para muchos, como es el derecho civil; Gai. 1.158: Sin embargo, el derecho de agnación se extingue por la pérdida de estado capitidisminución, mientras que el derecho de cognación no se altera por ese modo, puesto que una ley civil puede destruir los derechos civiles, pero no los derechos naturales. [(Domingo y Cuenca Boy, 2002). De ahora en adelante se seguirá utilizando esta traducción] y D. 4.5.8: Es evidente que aquellas obligaciones que contienen una prestación natural no se extinguen con la capitidisminución, porque el derecho civil no puede alterar los derechos naturales; así, la acción de dote subsiste aun después de la capitidisminución.

<sup>16</sup> Cic. *Rep.* 3.19: *ecquid ergo primum mutis tribuemus beluis? non enim mediocres viri sed maximi et docti, Pythagoras et Empedocles, unam omnium animantium condicionem iuris esse denuntiant, clamantque inexpiabilis poenas impendere iis a quibus violatum sit animal. scelus est igitur nocere bestiae, quod scelus qui velit.*

Cic. *Rep.* 3.19: Porque, ante todo: ¿vamos a atribuir algo a los animales mudos? ¿No son hombres mediocres, sino grandes y sabios, Pitágoras y Empédocles?", los que declaran que es una misma la naturaleza la de todos los seres animados, y reclaman que se amenace con penas implacables a los que hagan daño a un animal, pues es un crimen el dañar a un bruto, cuyo crimen si alguien quiere... [Cicerón, 1991, p. 132].

Así, al momento de ser diagramada esta corrección —utilizando la técnica del reemplazo—, se ha de expresar que el espacio fuera de los círculos de la tripartición del *ius privatum* de Ulpiano corresponde ser imbuido en un plano identificado como *naturalis ratio*. Es decir, un espacio común de racionalidad y en el cual ejerce influencia las disposiciones del *ius privatum*. Una propuesta muy cercana a lo establecido por Justiniano en sus *Instituta* (1.2.1<sup>17</sup>).

Diagrama 3:  
Sistema concéntrico del *ius privatum* justiniano.



En este punto, cabe preguntarse si la reseñada propuesta Justiniana posee vigencia en las ideas expuestas en el Digesto a partir del libro primero de las *Instituta* de Ulpiano, lo cual nos conduce a abordar el uso de la voz *censeri*.

## 1.2. *Censeri*. Un mecanismo de resolución

Los preceptos en conflicto, al enfrentarse por el mismo espacio racional, deben hacer de primar aquellas normas que forman el sistema nuclear esencial, por lo cual la forma de solución debe consistir en que el sistema logre dar solución a la confrontación de sus disposiciones a través de un juicio racional.

<sup>17</sup> *Inst.* 1.2.1: *Ius autem civile vel gentium ita dividitur. Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Et populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. Quae singula qualia sint, suis locis proponemus.*

*Inst.* 1.2.1: Mas el derecho se divide así, civil ó de gentes. Todos los pueblos, los cuales se rigen por leyes y costumbres, usan de un derecho, en parte suyo propio, en parte común á todos los hombres; pues el derecho que un pueblo cualquiera constituye él mismo para sí, es propio de la ciudad misma y se llama derecho civil; mas el que la razón natural establece entre todos los hombres, este es igualmente observado en todos los pueblos, y se llama derecho de gentes, porque de este derecho usan todas las gentes. Y así, pues, el pueblo romano usa también de un derecho, en parte suyo propio, en parte común á todos los hombres. Cuáles sean cada uno, lo determinaremos en sus respectivos lugares. [[García del Corral, 1889]. De ahora en adelante se seguirá utilizando esta traducción].

Como ya se ha señalado, en el trabajo de Ulpiano, se identifica el uso de la voz *censeri* (D. 1.1.1.3<sup>18</sup>), es decir discernir, evaluar, estimar y pronunciar una opinión sobre el conflicto<sup>19</sup>. Una condición que permite asociar al mecanismo de resolución con un juicio moral o de *auctoritas*, entendida como un saber socialmente reconocido (D' Ors, 2004, p. 42).

Sobre el significado y uso del verbo latino *censere* en la experiencia jurídica romana, se ha de señalar que su empleo está asociado con la actividad del Senado, la jurisprudencia y, especialmente, con la función de los censores. Para De Vann (2008, p. 107), su etimología remite a la labor de estos magistrados. Un claro ejemplo se encuentra en la obra *De Legibus* de Cicerón, donde, al citar una norma que regula su actividad, se lee: *Censoris populi aevitates suboles familias pecuniasque censento*<sup>20</sup>. Un pasaje donde el orador, al utilizar el imperativo *censento*, muestra que la función del censor consiste precisamente en llevar a cabo el censo, es decir, sopesar, clasificar, organizar y determinar el lugar de un sujeto dentro de la organización social de su pueblo.

Si bien, para De Vann, la etimología de *censere* tiene un vínculo con la labor censoria, es en otro ámbito de la experiencia jurídica romana donde se manifiesta plenamente la amplitud de su uso. El Senado —cuyo origen la tradición remonta al mismísimo Rómulo (Liv. 1.8; Dio. Hal. 2.12)— contaba, entre sus funciones la producción de un tipo de acto conocido como *senadoconsulta*. Según Gayo (1.4), ellos preservan durante el periodo clásico su carácter de fuente del *ius* y afortunadamente, algunos de estos actos aún se conservan, incluyendo dentro de sus textos descripciones —incorporadas al final de su *praescriptio*— el empleo las palabras *censuere* o *censuērunt*, dos conjugaciones de la voz *censere*.

<sup>18</sup> D. 1.1.1.3: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censeri.*

D. 1.1.1.3: Es derecho natural aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales de la tierra y del mar, también es común a las aves. De ahí deriva la unión del macho y la hembra que nosotros denominamos matrimonio; de ahí la procreación de los hijos y de ahí su educación. Pues vemos que también los otros animales, incluso los salvajes, parecen tener conocimiento de este derecho. (Ulp. 1 *inst.*)

<sup>19</sup> Glare, 1968, p. 297-298; De Miguel, 1943, p. 157 y De Vaan, 2008, p. 107.

<sup>20</sup> Cic. *Leg.* 3.3.7: *'Censoris populi aevitates suboles familias pecuniasque censento, urbis templa vias aquas aerarium vectigalia tuento, populi que partis in tribus describunto, exin pecunias aevitatis ordinis partiunto, equitum pediumque prolem describunto, caelibes esse prohibento, mores populi regunto, probum in senatu ne relinquonto. Bini sunt, magistratum quinquennium habento eaque potestas semper esto, reliqui magistratus annui sunt.'*

Cic. *Leg.* 3.3.7: Los censores lleven cuenta de las edades de la gente, de los hijos, de la servidumbre; cuiden de la conservación de los edificios de la ciudad, de los caminos, de las aguas, del tesoro público y de los impuestos; distribuyan en tribus los grupos del pueblo, luego separen las fortunas, las edades, los órdenes, hagan el censo por separado de los hijos de caballeros y de infantes, no permitan que se queden célibes, enderecen las costumbres del pueblo, no permitan que nada indigno permanezca en el senado. Sean dos los censores y compartan la magistratura cinco años; los demás magistrados sean anuales, y este poder esté siempre vigente. [Cicerón, 2009, p. 118]

Así, la labor senatorial —consistente en discernir—, se manifiesta al iniciar la exposición de su resolución y antes de exponer su contenido, expresando de una forma cercana a la sacramentalidad, indicando que se ha deliberado sobre lo consultado. Así el *Senatus consultum de Bacchanalibus* (FIRA I, 30) demuestra su uso temprano (186 a.C.), ya que utiliza la expresión *censuere* antes de proscribir el culto Bacanal.

Otra manifestación de esta práctica se advierte en la epigrafía del *senadoconsulto de Gneo Pisón padre* (Caballos et al., 1996). La inscripción, elaborada en época de Tiberio, recoge los motivos aducidos para justificar su condena. Su texto, en consonancia con el relato de Tácito (*Ann.* 3.10-18), establece que Tiberio encomendó al senado la resolución del proceso en contra de Pisón, quien fue acusado y condenado por haber provocado la muerte de César Germánico.

Su texto, de fuente epigráfica, hace uso de la fórmula abreviada D.(e) I.(is) R.(ebus) I.(ta) C.(enserunt), la cual se encuentra incorporada al final de su *praescriptio*, un apartado que se ha subclasificado cómo la *relatio* del senadoconsulto<sup>21</sup>. Bajo su contenido, se señala quienes fueron los involucrados en el proceso, dejando constancia que el cuerpo senatorial ha resuelto —tras discernir— aquello que les ha sido sometido a su juicio, produciendo de esta manera una decisión fundada en la ponderación solicitada por Tiberio a su cuerpo. Este uso, también se ve reiterado en el texto de D.16.1.2 pr.-1<sup>22</sup>. El citado pasaje de Ulpiano sintetiza el senadoconsulto Veleyano (46 d.C.<sup>23</sup>), exponiendo una resolución senatorial que preserva las disposiciones de los emperadores Octavio Augusto y Claudio, destinadas a asegurar la dote de la mujer casada frente a las obligaciones de su marido,

<sup>21</sup> Caballos et al., 1996, p. 151-158.

<sup>22</sup> D. 16.1.2 pr.-1: *Et primo quidem temporibus divi augusti, mox deinde claudii edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent. (1) Postea factum est senatus consultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est. cuius senatus consulti verba haec sunt: "quod marcus silanus et velleus tutor consules verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita censuere: quod ad fideiussores et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari senatum recte atque ordine facturos ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur".* D. 16.1.2 pr.-1: Ya en tiempo de Augusto, de consagrada memoria, y poco después en el de Claudio se habían prohibido mediante sus edictos que las mujeres salieran garantes de sus maridos. (1) Más tarde se hizo un senadoconsulto por el que se protegió más ampliamente a todas las mujeres. Los términos del senadoconsulto son los siguientes: "Por cuanto los cónsules Marco Silano y Veleo Tutor manifestaron en su discurso sobre las obligaciones de las mujeres que se hacen deudoras en favor de otros y lo que se debe hacer en este asunto, <los senadores> decidieron de este modo: en lo referente a las fianzas y a las daciones en mutuo en favor de otros, por los que hubiesen salido garantes las mujeres, aunque parece que ya antes se había declarado como derecho que no se las puede demandar por ello ni dar acción contra ellas, por no ser justo que desempeñen oficios viriles y se liguen con obligaciones de este género, estima el senado que obrarán con orden y concierto <los magistrados> ante quienes se presente reclamación por esta causa, si procuran que en este asunto se observe la voluntad del senado" (Ulp. 29 *ad ed.*)

<sup>23</sup> D. 16.1.2.1 expresa que su promulgación ocurre bajo el consulado de Marco Silano y Veleo Tutor, el cual corresponde, según Degrossi (1952, p. 13), al año 46 d. C.

e impidiendo —en su ponderación— que se concedan acciones en contra la mujer que actúa como garante de obligaciones contraídas por terceros<sup>24</sup>.

Estos mensajes epigráficos, junto con la cita de Ulpiano de D. 16.1.2, permiten situar el *censere* dentro de las atribuciones propias del senado, una condición que se mantiene incluso en tiempos de Caracalla, como lo demuestra el texto de la *oratio principis* relativa a las donaciones. En dicha *oratio*, también citada por Ulpiano<sup>25</sup>, se sigue afirmando que la *auctoritas* del *censendi* corresponde al cuerpo senatorial. Si bien las actividades dotadas de fuerza de *lex* atribuidas a las constituciones imperiales pueden, en ciertos casos, expresar el ejercicio del *censendi*<sup>26</sup>, un ejercicio que debe entenderse subordinado a la actividad senatorial en razón de lo expresado en D. 24.2.1 pr., donde, en último término, es el senado el que sopesa —a veces solo de manera formal—, la *oratio* realizada por el príncipe.

No obstante, nadie duda de que los actos que emanan directamente de la *potestas* imperial producen efectos de *lex*, esto en virtud de la concesión al príncipe de la *lex curiata de imperio* (Gai. 1.5). Sin embargo, no consta en las fuentes que el ejercicio de dicha potestad provenga de manera indubitable desde el uso de un *censere*. Una actividad que por cierto también conformará un atributo propio de la labor jurisprudencial. De esta manera, el discernimiento revestido de la *auctoritas* de sus emisores será una forma de solución, bajo el cual la *naturalis ratio* amparará la resolución de los conflictos latentes a través de su discernimiento.

De esta manera, el sistema del *ius privatum* de Ulpiano (D. 1.1.1.2) “debe ser” entendido desde una perspectiva que al “ser”<sup>27</sup> logre demostrar que su construcción es concéntrica y no jerárquica. Representación que adicionalmente, deberá ser sometida a la críticas iusfilosóficas de las inexactitudes manifestadas para otras teorías de jerarquía vigentes<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Fernández, 2020.

<sup>25</sup> D. 24.1.32 pr.: *Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, quem antea rettulimus, imperator noster antoninus augustus ante excessum divi severi patris sui oratione in senatu habita auctor fuit senatui censendi fulvio aemiliano et nummio albino consulibus, ut aliquid laxaret ex iuris rigore*. D. 24.1.32 pr.: Siendo este que acabamos de referir el régimen de las donaciones entre cónyuges, nuestro emperador Augusto Antonino <Caracala>, antes de fallecer su padre <Septimio> Severo, de consagrada memoria, en su discurso leído en el senado, propuso un senadoconsulto, siendo cónsules Fulvio Emiliano y Numio Albino < el año 206> para mitigar el rigor del derecho < en esta materia>. (Ulp. 33 ad sab.)

<sup>26</sup> FIRA I, p. 460 y 481.

<sup>27</sup> No puedo menos de añadir a estos razonamientos una observación que puede quizá ser estimada de alguna importancia. En todo sistema de moralidad que hasta ahora he encontrado he observaciones concernientes a los asuntos humanos, y de repente me veo sorprendido al hallar que en lugar de los enlaces usuales de las proposiciones es no es encuentro que ninguna proposición se halla enlazada más que con debe o no debe. Este cambio es imperceptible, pero es, sin embargo, de gran consecuencia, pues como este debe o no debe expresa una nueva relación o afirmación, es necesario que sea observada y explicada y al mismo tiempo debe darse una razón para lo que parece completamente inconcebible, a saber: como esta nueva relación puede ser una deducción de otras que son totalmente diferentes de ella, ya que los autores no usan comúnmente de esta precaución, debo aventurarme a recomendarla a los lectores, y estoy persuadido de que esta pequeña atención acabará con todos los sistemas corrientes de inmoralidad y nos permitirá ver que la distinción de vicio y virtud no se funda meramente en las relaciones de los objetos ni se percibe por la razón. (Hume, 2009, p. 451-452).

<sup>28</sup> Las inexactitudes identificadas por Raz a la teoría de la jerarquía de las normas jurídicas de Kelsen consistente en que dos normas pueden surgir desde la una misma norma básica, pero no pertenecer

Ello a fin de determinar si lo propuesto soluciona los problemas de coherencia presente en ellas, permitiendo validar la vigencia del modelo.

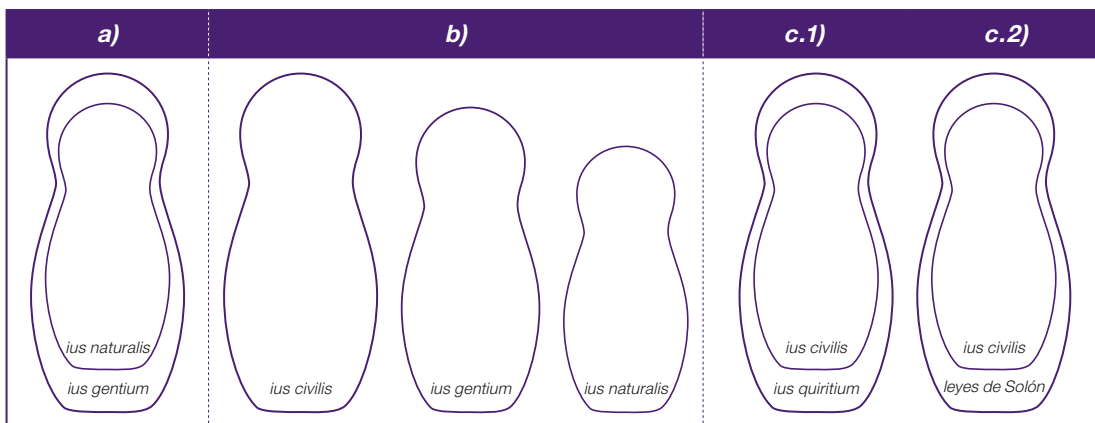
### 1.3. La *matrioshka*

Volviendo al problema de la diagramación del *ius privatum*, cabe señalar que su expresión gráfica supone afrontar la existencia de un conflicto latente entre normas de diversa jerarquía. En este sentido, la propuesta que aquí se presenta —a falta de un ejemplo mejor—, consiste en utilizar un diagrama basado en la figura de una muñeca *matrioshka*.

Los motivos que conducen a representar su solución de este modo se sustentan en el hecho de que la obra de Ulpiano manifiesta que el *ius naturale* proviene de un *censere*, es decir, de una suerte de *communis opinio* que la jurisprudencia identifica su presencia en toda la naturaleza animal y a la cual se le atribuyen como manifestaciones la unión del macho y la hembra, la procreación y la educación de los hijos (D. 1.1.1.3).

Para comprender el sentido de esta forma de representación del *ius privatum* en Ulpiano, es preciso señalar que cada círculo —al igual que las muñecas rusas— permiten: a) Anidar en su interior uno o más elementos pertenecientes a un *ius* de un perímetro inferior; b) Considerar que cada forma de *ius* constituye un sistema independiente; c) Que su representación gráfica posibilite reemplazar un sistema de igual perímetro por otro, como ocurre al aplicar el derecho civil griego (las leyes de Solón) en lugar del *ius Quiritium*; y d) En virtud que no es posible que dos *matrioshkas* se superpongan, sin estar incorporadas una dentro de la otra, el solapamiento de dos o más disposiciones contradictorias implica la identificación de un conflicto normativo latente.

Diagrama 4:  
Matrioshka del *ius privatum*



a un mismo sistema jurídico, como por ejemplo la independencia pacífica declarada por la nación A a su colonia B, lo cual crea un nuevo sistema jurídico utilizando el mandato legal de otro sistema jurídico. Tampoco es necesariamente cierto que todas las normas jurídicamente válidas deriven de la misma norma fundamental, como será el caso de vigencia simultánea de la costumbre y de las normas promulgadas (Raz, 1979, p. 127-129).

Por tanto, en cada sistema de reglas ha de evitarse la superposición de dos o más disposiciones contrapuestas pertenecientes a distintos sistemas de *ius*. Es decir, debe impedirse que normas diversas pugnen por un mismo espacio de racionalidad y que, en consecuencia, sus preceptos queden inmersos dentro un conflicto latente.

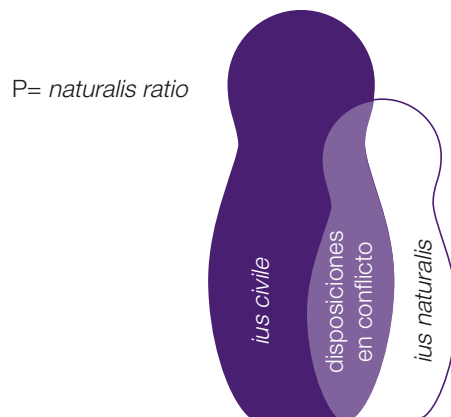
En este sentido, Kaser (2022, p. 102-103) logra identificar que los conflictos entre las distintas formas de *ius* recurren, como norma de resolución, a la *naturalis ratio*, la *naturalis aequitas* o simplemente a la *natura*, sin que se haya logrado establecer de manera sistemática cuál es su contenido. Esta descripción del fenómeno conduce a situar dichos conceptos —identificados aquí como un plano en el que se emplaza la tripartición de Ulpiano— bajo la denominación de *naturalis ratio*, la cual en esta investigación se considera equivalente a la idea de *censere* utilizada por Ulpiano. Este término será empleado para denominar el espacio racional en el que se presentan las distintas formas del *ius privatum*, y su definición se corresponde con el mecanismo de la razón destinado a ponderar y dar solución a sus controversias.

Cuando se produce esta situación, el *ius* debe resolver el conflicto, lo cual se propone hacer primar las normas de perímetro inferior por sobre aquellas de radio superior. Esta condición se refleja en el modo en que, al aplicarse las normas de resolución, el caso concreto es evaluado mediante el uso racional del *censere*. Ejemplos de ello se evidencian en materias tan diversas como las siguientes:

- i) *naturalis cognatio* (D. 38.10.4.2 Mod. 12 *pand.* e *Inst.* 3.5.1), en donde se resuelve que los parientes naturales formarán parte del orden sucesorio civil;
- ii) *naturalis possessio* (D. 43.16.1.9 Ulp. 69 *ad ed.*) El interdicto *unde vi* protege incluso al poseedor natural; o
- iii) *naturalis obligatio* (D. 12.2.42.0 Pomp. 18 *epist.*; D. 12.6.19.0 Pomp. 22 *ad Sab.*; D. 15.1.50.2 Pap. 9 *quaest.*; D. 20.1.14.1 Ulp. 73 *ad ed.*; D. 36.1.61.0 Paul. 4 *quaest.*; D. 36.1.66.0 Maec. 4 *fideicomm.*; D. 46.3.95.4 Pap. 28 *quaest.* y Gai. 3.119a). Las obligaciones naturales subsisten, son transmisibles a los herederos, pueden ser objeto de prenda y los fiadores se ven obligados a su cumplimiento, esto a pesar de no dar acciones en el *ius civile* para su cumplimiento, pero lo ya pagado no corresponde ser devuelto.

Una prueba de su representación lógica —la cual pretende superar los problemas de representación del diagrama de Venn— será la expuesta a continuación. En ella, el conflicto latente de normas —para del caso de la esclavitud—, expresa que ella fue amparada por el *ius gentium* y *civilis* (Gai. 1.9; D. 1.1.4 Ulp. 1. *inst.*; D. 50.17.32 Ulp. 43 *Sab.*; D. 12.6.64 Tryph. 7 *disput.* e *Inst.* 1.5 pr.), esto a pesar de que el *ius naturalis* establece la libertad natural de los hombres.

Diagrama 5:  
Conflicto de normas



Al ser graficado el problema, se advierte que las disposiciones en conflicto intentan ocupar un mismo espacio del plano racional, sobreponiéndose entre sí e impidiendo la adecuada absorción de las normas propias del *ius naturalis* por parte del *ius civile* y del *ius gentium*.

De este modo, y pese a que el *ius gentium* y el *ius civile* facultan el ejercicio de la esclavitud, al reconocer el derecho a la manumisión y afirmar Ulpiano la primicia de la libertad natural de los hombres se revela la existencia de un conflicto latente. Lo cual pone en manifiesto la superposición normativa y, al mismo tiempo, la primacía del *ius naturalis* sobre el *ius gentium*. Una condición que se evidencia en la latencia del conflicto entre los distintos sistemas del *ius privatum* explicados bajo el libro I del Digesto, que si bien no supera sus conflictos establece la primicia del sistema de radio inferior por sobre las de uno superior.

## 2. La solución del humanismo

Desde la lectura de la cita a Ulpiano incorporada en D. 1.1.1.3 corresponde emplazar al *ius naturalis*<sup>29</sup> es el núcleo esencial del *ius privatum*, de esta forma para el jurista sus normas priman sobre sus otras especies, pero la definición del *ius naturalis* no es uniforme a lo largo de nuestra historia, precediendo recordar que el concepto de Derecho Natural es fruto de una evolución que tiene origen en la filosofía presocrática de Thrasymachos y Calicles, filósofos que postularon que la naturaleza nos enseña la desigualdad (Winkel, 2018, p. 162).

<sup>29</sup> Ver: Burdese, 1957, p. 385; Waldstein 1994, p. 1-65; D'Ors, 1999, p. 17-24; Stein, 1974, p. 305; Wolfgang 2010; Elia 2010, p. 237; D'Orta 2012, p. 103-165; Rainer, 2015, p. 859-866; El Beheiri, 2016, p. 253-272; Kaser, 2022, p. 102-103; Saccoccio 2022, p. 12, entre otros.

En el contexto de la esclavitud y su relación con el *ius naturale*, Guzmán (1991, p. 17-18) señala que la evolución de la idea de libertad individual en Aristóteles evidencia un conflicto latente entre dos premisas. La primera sostiene que existen hombres naturalmente esclavos y otros libres; la segunda plantea que la esclavitud es simplemente una convención social (*nomos*). De este modo, Aristóteles<sup>30</sup>, al citar a Alcidas, reconoce que la divinidad no ha hecho esclavo a nadie, si bien en su obra, el primer filósofo reafirma la realidad de la esclavitud.

En este punto, debe recordarse que la concepción del Derecho Natural ha experimentado una prolongada evolución histórica (Winkel, 2018), tornándose indudable que, a lo largo de este proceso, surgirán definiciones que superan la propuesta por Ulpiano. No obstante, a pesar de que su enfoque pueda considerarse relativizado, en virtud de la evolución de nuestro *ars*, aún posee elementos que nos invitan a volver a él.

Sobre la base de lo expuesto, cabe señalar que, para Amunátegui (2020, p. 97-99), la *libertas* romana —tal como es definida por Florentino<sup>31</sup>— sirve de inspiración para su formulación incorporada a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre<sup>32</sup>. No obstante, en la jurisprudencia romana la *libertas* también puede ser entendida en un sentido negativo. Es decir, como la ausencia de servidumbre. En este sentido, Levy (1961, p. 147) sostiene que la libertad de los hombres constituía la principal garantía de la ciudadanía romana, de la cual solo se podía ser privado por causas legalmente reconocidas. Así, su ejercicio será el presupuesto de la ciudadanía y esta última, a su vez, conforma una garantía de la *libertas* de sus miembros.

Explicaciones que dan contexto a la condición de *libertas* reconocida en el *ius naturale* de Ulpiano, una manifestación que presenta a conflicto normativo con el *ius gentium* al exponer sobre el derecho de manumisión, ya que, conforme al Derecho Natural, todos los hombres nacen libres<sup>33</sup>. Característica que se ve modificada por la práctica de la esclavitud manifestada en el *ius gentium* y que Justiniano perpetúa expresamente en sus Instituciones (1.3).

Igualmente, en los casos expuestos en D. 1.1.1.3, presentan algunas de las leyes de la naturaleza refrendadas por el *ius*. De esta forma y al manifestar también *istius iuris peritia*

<sup>30</sup> Arist. *Polit.* 1.5, 1254a.

<sup>31</sup> D. 1.5.4: *Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur. (1) Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur. (2) Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent. (3) Mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiuntur.*

D. 1.5.4: Es libertad la natural facultad de hacer lo que se quiere con excepción de lo que se prohíbe por la fuerza o por la ley. (1) La esclavitud es una institución del derecho de gentes, por la cual uno está sometido, contra la naturaleza, al dominio ajeno. (2) Los esclavos se llamaron "servi" porque los generales suelen vender a los cautivos y, por esto, los conservan sin matarlos: (3) y se llaman "mancipia" porque los enemigos los capturan con la "mano". (Flor. 9 *inst.*).

<sup>32</sup> *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.*

<sup>33</sup>D. 1.1.4 (Ulp. 1 *inst.*).

*censeri*, se presenta el reconocimiento del Derecho a las *leges* de la naturaleza. Una frase que al ser acompañada de las palabras de Hermogeniano<sup>34</sup>, referidas a que todo el Derecho se ha sido construido a causa de los hombres, dan contexto a la posición de Burdese (1957, p. 358), en la cual se manifiesta que las leyes de la naturaleza, solo al ser reconocidas por el Derecho conformarán el *ius naturalis*<sup>35</sup>. Un segundo elemento de interpretación que también Justiniano<sup>36</sup> reitera.

Así, para que las disposiciones de núcleo esencial se aniden en el *ius gentium*, será necesario que la actividad racional, realizada por los prudentes, experimente un cambio evolutivo en sus normas de vigencia, tal como ocurrirá bajo el pensamiento de Francisco de Vitoria (*De Indis*, 1.3.1). En otros términos, esto implica recurrir a las normas de reemplazo propuestas por Ulpiano para el derecho civil *Helleno* o el *ius Quiritium*. Un cambio o reemplazo del *ius gentium* que comenzará su camino de evolución a partir de la obra de San Isidoro de Sevilla.

Isid. *Etym.* 5.4.1:

IV. QUID SIT IVS NATVRALE.

(1) *Ius autem naturale [est], aut civile, aut gentium. Ius naturale [est] commune omnium nationum, et quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur; ut viri et feminae coniunctio, liberorum successio et educatio, communis*

---

<sup>34</sup> D. 1.5.2: *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximos atque coniunctos applicantes titulos ut res patitur, dicemus.*

D. 1.5.2: Por lo tanto, como todo derecho ha sido constituido por causa de los hombres, trataremos primero del estado de las personas y después de las demás cosas, siguiendo el orden del Edicto Perpetuo, pero intercalando, en la medida de lo posible, los títulos semejantes y conexos <de derecho civil> (Hermogenianus 1 iuris epit.).

<sup>35</sup> D. 1.1.1.3: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censeri.*

D. 1.1.1.3: Es derecho natural aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales de la tierra y del mar, también es común a las aves. De ahí deriva la unión del macho y la hembra que nosotros denominamos matrimonio; de ahí la procreación de los hijos y de ahí su educación. Pues vemos que también los otros animales, incluso los salvajes, parecen tener conocimiento de este derecho. (Ulp. 1 inst.).

<sup>36</sup> *Inst.* 1.2 pr.: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam ius istud non humani generis pro-prium est, sed omnium animalium, quae in coelo, quae in terra, quae in mari nascuntur. hinc descendit maris atque feminae coniugatio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio et educatio: videmus etenim cetera quoque animalia istius iuris peritia censeri.*

*Inst.* 1.2 pr.: Derecho natural es el que la naturaleza enseñó á todos los animales. Mas este derecho no es privativo del género humano, sino de todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar. De aquí proviene la unión del macho y de la hembra, que llamamos matrimonio; de aquí la procreación y la educación de los hijos: porque vemos que también los demás animales se rigen por el conocimiento de este derecho.

*omnium possessio, et omnium una libertas, adquisitio eorum quae caelo, terra marique capiuntur*<sup>37</sup>.

Su interpretación del significado del *ius naturale*, hará que él sea común a todas las naciones, y sus preceptos se encontraran conformados por la universalidad del derecho al matrimonio, la sucesión hereditaria, la educación de los hijos, la libertad, la posesión y la ocupación de las bestias. Definiciones que invitan a hacer primar sus disposiciones y que se vinculan a la posterior concepción de Santo Tomás y Francisco de Vitoria sobre el *ius gentium*.

Reemplazo de su significado, que en opinión de Nussbaum (1949, p. 62-63), implica que Vitoria bajo una aparente cita a Gayo, defina al *ius gentium* como *inter omnes gentes* "el que la razón natural ha establecido entre todas las naciones", mientras que Gayo<sup>38</sup> en realidad dice *inter omnes homines* "entre todos los hombres". Aunque la alteración del texto es esencial, ella no es explicada en la obra de Vitoria y su nuevo concepto tampoco se expone como una novedad.

De esta forma, se aprecia que las explicaciones de Vitoria sobre el *ius gentium* siguen la lógica del mismo calculado descuido del lenguaje utilizado por Gayo en sus *Instituta* (Liebs, 2004, p. 184-186). Lo que se ve ratificado en los comentarios de Vitoria a las *Secunda-Secundae* de su *cofrater* dominico Santo Tomás de Aquino, sobre la definición de las leyes humanas de Isidoro (Beltrán de Heredia, 1934, p. 12-16).

En ella y bajo la *Quaest.* 57, art. 3.3<sup>39</sup>, Vitoria expresa que el *jus gentium* surge como derecho positivo *ex communi consensu omnium gentium et nationum*. Lectura que debe

<sup>37</sup> 4. Qué es el Derecho Natural: 1.El derecho puede ser natural, civil o de gentes. Derecho natural es el que es común a todos los pueblos, y existe en todas partes por el simple instinto de la naturaleza, y no por ninguna promulgación legal. Por ejemplo, la unión del hombre y la mujer; el reconocimiento de los hijos y su educación; la posesión común de todas las cosas; la misma libertad para todos; el derecho a adquirir cuanto el cielo, la tierra y el mar encierran. [San Isidoro de Sevilla, 2004, p. 501]

<sup>38</sup> Gai. 1.1: *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. Quae singula qualia sint, suis locis proponemus.*

Gai. 1.1: Todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres usan en parte su propio derecho y en parte el derecho común de todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo establece para sí, ése es suyo propio, y se llama derecho civil, como si dijéramos derecho propio de la ciudad; en cambio, el que la razón natural establece entre todos los hombres, ése se observa uniformemente entre todos los pueblos y se llama derecho de gentes, como si dijéramos el derecho que usan todas las naciones. Así, pues, el pueblo romano usa en parte su propio derecho y en parte el derecho común de todos los hombres. Cómo sea cada uno de ellos lo trataremos en su debido lugar

<sup>39</sup> *Quaest.* LVII, Art. III.3: *Sed majus dubium est morale. Si jus gentium est de jure positivo, ut dictum est, et non de jure naturali, an sit peccatum jus gentium violare.*

*Respondetur quod loquendo de illis quae sunt juris gentium legitimo modo facta, id est de jure humano scripto, non est dubium quin facere contra illud sit peccatum, quia leges, ut multoties diximus, obligant in foro conscientiae.*

*Sed dubium est an sit peccatum violare jus gentium quod nondum est sancitum apud aliquos, id est dubium est loquendo de jure gentium non scripto, vel etiam scripto quod non obligat omnes homines qui*

ser acompañada de la *Quaest.* 57, art. 3.<sup>240</sup>, la cual permite establecer claramente que

---

*sunt in mundo; ut patet de occisione legatorum, quod est contra jus gentium. Non tenentur omnes servare jus gentium, cum jus gentium non sit naturale, ut supponimus. Sit v. g., quod nos habemus bellum cum Gallis, et Galli mittunt legatum quem Hispani interficiunt contra jus gentium. Unde vos habetis et scitis quod non [nos?] admiserimus illud jus gentium, et peccaverimus interficiendo inimicum?*

*Ad hoc respondetur, supposito quod duplex est jus gentium, sicut duplex est jus positivum, ut diximus supra in articulo secundo. Quoddam est jus positivum ex privato pacto et consensu, et quoddam ex pacto publico. Ita de jure gentium dicimus, quod quoddam factum est ex communi consensu omnium gentium et nationum. Et isto modo legati admissi sunt de jure gentium, et apud omnes nationes sunt inviolabiles; nam jus gentium ita accedit ad jus naturale ut non possit servari jus naturale sine hoc jure gentium. Est de jure naturali pax. Si oriantur bella, opus est missione legatorum ad componendam pacem. Et alias, si legati non essent admissi de jure gentium, non possent bella sedari. Idem est de captivis in bello justo, quod efficiuntur servi de jure gentium apud omnes gentes et nationes. Unde ex hoc semper est illicitum violare jus gentium, quia est contra communem consensum.*

*Secundo dico, quod facere contra jus gentium et illud violare est illicitum, quia de se importat injuriam quae infertur et inaequalitatem quamdam. Quia si Galli habent inviolatos legatos nostros, oportet quod nos etiam habeamus suos. Unde si legati v. g., ex una parte mittuntur ad componendam pacem, et non violantur, si ex alia parte mittantur et violantur, sequitur quod est inaequalitas et injustitia.*

<sup>40</sup> *Quaest. LVII, Art. III.2: Primo dubitatur hic: sub quo jure contineatur jus gentium, an sub jure positivo, vel sub jure naturali.*

*Ad hoc sanctus Thomas 1. 2, q. 95. a. 4, et in solutione ad primum dicit quod jus gentium potius continetur sub jure positivo quam sub jure naturali. Et probat ex Isidoro in libro Etymologiarum.*

*Sed contra hoc videtur sententia jurisconsultorum, qui postquam posuerunt definitionem juris gentium, ponunt exempla multa, et inter illa ponunt religionem ad Deum, et ut parentibus et patriae pareamus etc., et ut vim atque injuriam propulsemus etc. 3). Sed clarum est quod ista omnia sunt de jure naturali, quia religio in Deum, puta colere Deum, honore rare parentes et patriam diligere, omnia haec sunt de jure naturali ex natura sua, quia de se ista sunt justa, et non in ordine ad aliud. Secus est de inditione belli et de appropriatione rerum. Ergo jus gentium non continetur sub jure positivo, sed potius sub jure naturali.*

*Respondeo ad hoc: et primo dico, quod disputatio est potius de nomine quam de re, nam parum refert hoc vel illud dicere. Secundo dico, quod jurisconsulti nimis extendunt jus gentium et nimis ample capiunt illud, quia ut patet in titulo illo De justitia et jure, extendunt jus gentium ad omnia illa in quibus non communicant bruta animantia, ita quod extendunt illud ad omnia quae sunt communia solis hominibus. Jus vero naturale vocant solum illa quae ad omnia animantia extenduntur, ita quod jus naturale apud illos est commune omnibus animantibus rationalibus et irrationalibus. Et ideo, secundum illos, fornicatio non est prohibita de jure naturali, quia non est aliquid commune omnibus animantibus. Item, colere Deum, honorare parentes etc., quae non conveniunt brutis, dicitur jus gentium et non naturale. Ex his inferunt quod jus gentium cadit sub jure naturali. Sed hoc, ut dico, est nimis extendere jus gentium, quia multa sunt de jure naturali quae non se extendunt ad omnia animantia. Patet, quia jus naturale est ignem ascendere et comburere; sed hoc non est commune omnibus animantibus, quia non lapidi. Item, reddere depositum est de jure naturali, et colere Deum est de jure naturali, licet haec non sint communia omnibus animantibus nisi solum hominibus, quia de se sunt bona. Quis non diceret odium Dei esse prohibitum jure naturali?*

*Dicimus ergo cum sancto Thoma, quod jus naturale est bonum de se sine ordine ad aliud. Jus vero gentium de se non est bonum, id est jus 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 jus gentium potius debet reponi sub jure positivo quam sub jure naturali. Unde theologi non ponunt illa exempla quae ponunt jurisconsulti de cultu Dei et honoratione parentum etc., sed alia vel de proprietate rerum vel de aliis quae de se non habent aequitatem, id est ex natura sua, ut puta manumissiones, proprietates possessionum, conservatio regni, etc. Disputatio est de nomine, et ideo potestis loqui vel sicut juristae, vel sicut theologi, capiendo terminos largo modo, vel proprie, ut debent capi, et melius.*

Vitoria sabe distinguir entre el *ius gentium* de Gayo del *ius naturalis* de Ulpiano y el de Justiniano (*Inst.* 1.2 pr.), pero que al momento de definirlo opta formar uno propio<sup>41</sup>.

Un concepto que se encuentra de acuerdo con las explicaciones de ambos santos y que redacta de tal forma que llevan a pensar que su definición proviene desde las *Instituta*, unas sutilmente diversas a las de Gayo y que se asemejan con un cuidado descuido a lo refrendado por Justiniano, emperador que une bajo su texto los pareceres de Gayo y Ulpiano. Así también un monje dominico, radicado en Salamanca, utilizará este proceso de mixtura para construir sus propias definiciones, interpretando en sus preceptos, al igual que Justiniano, a la jurisprudencia clásica como si fuesen ideas propias.

*Inst.* 1.2.1: [...] *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.*<sup>42</sup>

Sin embargo, esa respuesta fundamentada en el Derecho Romano surgirá más de un milenio después de su vigencia y su adición se incorporará a otro sistema jurídico autónomo de perímetro superior, el del Derecho Castellano, él, en su vigencia reemplazará —a través de un *censeri* jurisprudencial— a la concepción del *ius gentium* propuesta por Ulpiano durante el periodo clásico.

### 3. Conclusiones

- La tripartición del *ius privatum* de Ulpiano no ha de entenderse como compartimentos estancos o bajo un sistema de jerarquía vertical, sino como un sistema de concetricidad anidada.
- Su diagrama representado en la figura de una *matrioshka*, supone la existencia de círculos de especificidad creciente, en donde el *ius naturale* conformará su núcleo esencial y será precedido correlativamente por el *ius gentium*, y *civile*.
- La resolución de conflictos normativos supone aplicar la *naturalis ratio*, mecanismo que en el pensamiento de Ulpiano habrá de ser identificado bajo el uso del verbo latino *censeri*.

---

<sup>41</sup> De Vitoria, *De indis*, 1.3.1: *Probatur primo ex iure gentium, quod vel est ius naturale vel derivatur ex iure naturali (Inst., De iure naturali et gentium): "Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium". Apud omnes enim nationes habetur inhumanum sine aliqua speciali causa hospites et peregrinos male accipere; e contrario autem humanum [et officiosum] se bene habere erga hospites; quod non esset, si peregrini male facerent accedentes in alienas nationes.*

*De Indis*, 1.3.1: Se prueba, primero, por el derecho de gentes, que es derecho natural o se deriva del derecho natural, según el texto de las Instituciones "Se llama derecho de gentes lo que la razón natural estableció entre las gentes>> 1Mas en todas las naciones se consideraba inhumano, el tratar y recibir mal a los transeúntes y sin justa causa para ello y, por el contrario, humano y cortés tratar bien a los extranjeros, lo cual no sucedería si obraran mal aquellos que viajan por naciones extrañas (de Vitoria, 2016, p. 78).

<sup>42</sup> de Vitoria, 2016, nota 173, p. 78.

- La aplicación de su sistema de resolución implica el ejercicio de una actividad racional destinada a discernir, evaluar, estimar y pronunciar una opinión amparada en la *auctoritas* de su emisor.

En su evolución, el juicio que Ulpiano efectúa sobre la práctica de la esclavitud, en - contraste a la primacía de la libertad natural de los hombres reconocida por el *ius naturalis*, logrará permear a la concepción del derecho de gentes castellano, destacando en este sentido, las influencias del pensamiento de san Isidoro de Sevilla, santo Tomás de Aquino y el de *confrater*, el humanista Francisco de Vitoria.

## Acerca del artículo

**Notas de conflicto de interés.** El autor declara no tener ningún conflicto de interés en relación con la publicación de este artículo.

**Contribución en el trabajo:** El autor asumió todos los roles establecidos en Contributor Roles Taxonomy (CRediT).

## Bibliografía

- Amunátegui, C. (2020). El Digesto y su definición de libertad. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (42), 97-105. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552020000100097>
- Beltrán de Heredia, V. (1934). *Francisco de Vitoria O.P. Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomas* (T. 3). Medinaceli.
- Burdese, A. (1957). *Ius naturale. Novissimo Digesto Italiano* (9), 383-385.
- Caballos, A., Eck, W. y Fernández, F. (1996). *El senadoconsulto de Gneo Pisón padre*. Universidad de Sevilla.
- Cicerón. (2009). *Las leyes* (Pabón de Acuña, C. Trad.). Gredos.
- Cicerón. (1991). *Sobre la república* (D' Ors, Á. Trad.). Gredos.
- Degrassi, A. (1952) *I fasti consolari dell'Impero Romano*. Edizioni di Storia e Letteratura.
- D' Ors, Á. et al., (1968-1975). *El Digesto de Justiniano*, (Tomo I-III). Aranzadi.
- D' Ors, Á. (1999). *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*. Civitas.
- D' Ors, Á. (2004). *Derecho privado romano*. Eunsa.
- D' Orta, M., (2012). La traccia del diritto naturale dai fondamenti classici alla tarda antichità. *Studia et documenta historiae et iuris*, 78, 103-175.
- De Vaan, M. (2008). Censeo. *Etymological Dictionary of Latin and Other Italic Languages*. Brill.
- de Vitoria, F. (2016) *Libertad de los indios* [o] *Relectio de indis* (Pereña, L. et al., Eds.) Docencia.

- Domingo, R. (1991). Ius ratumque y ius potestasque (Una contribución al estudio del concepto de ius). *Persona y Derecho*, 25, 49-58. <https://doi.org/10.15581/011.32278>
- Domingo, R. y Cuenca Boy, F. (2002). *Textos de derecho romano*. Aranzadi.
- El Beheiri, N., (2016). Benedicto XVI y Álvaro d' Ors sobre el Derecho Natural. *Persona y Derecho*, 74, 253-272. <https://doi.org/10.15581/011.74.253-272>
- Elia, F. (2010). Il principio giusnaturalistico "omnes homines aequales sunt" nella realtà sociale tardoantica. En *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, 17(1).
- Fernández, M.-E. (2020). Renuncia de la mujer al senatusconsultum Velleianum. In *e-Legal History Review*, 31. [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=422120&popup=](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422120&popup=)
- García Del Corral, I. L. (1889). *Cuerpo del derecho civil romano a doble texto, traducido al castellano del latino*. Jaime Molinas.
- Glare, P. G. W. (1968). Censeo. *Oxford Latin Dictionary*. Clarendon Press.
- Guzmán, A. (1991). La igualdad natural de todos los hombres en el pensamiento jurídico romano de la época clásica. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (14). <https://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/184>.
- Guzmán, A. (2004). La sistemática del derecho privado en el de iure belli ac pacis de Hugo Grotius. *Revista De Estudios Histórico-Jurídicos*, (26). <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552004002600006>
- Honoré, T. (2002) *Ulpian. Pioneer of Human Rights*. Oxford University Press.
- Hume, D. (2009). *Tratado de la naturaleza humana* (E. Fuentes, Trad.). Eudeba.
- Kaser, M., et al. (2022). *Derecho Privado Romano* (P. Lazo y F. Andrés, Trad.). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Liebs, D. (2004). Gayo. En R. Domingo et al. (Eds.), *Juristas universales* (Vol. 1). Marcial Pons.
- Levy, E. (1961). Libertas und Civitas. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 78(1), 142-172. <https://doi.org/10.7767/zrgra.1961.78.1.142>
- Maureira, M. (2006). La tripartición romana del derecho y su influencia en el pensamiento jurídico de la época moderna. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (28). <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552006000100007>
- Nussbaum, A. et al. (1949). *Historia del derecho internacional*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Rainer, J. (2015). Da Ius Naturale der Römer zwischen Recht und Philosophie. *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 28.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Clarendon Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198253457.001.0001>
- Saccoccio, A. (2022). El sistema del derecho romano como patrimonio común de la humanidad. En *Revista Jurídica Digital UANDES*, 6(2), 1-22. <https://doi.org/10.24822/rjduandes.0602.1>
- San Isidoro de Sevilla, (2004) *Etimologías: Edición bilingüe* (Oro, J. et al. Eds.). BAC.

Stein, P. (1974). The development of the notion of naturalis ratio. En *Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube*. Scottish Academic Press.

Venn, J. (1880). I. On the diagrammatic and mechanical representation of propositions and reasonings. *The London, Edinburgh, and Dublin Philosophical Magazine and Journal of Science*, 10(59), 1-18. <https://doi.org/10.1080/14786448008626877>

Waldstein, W. (1994). Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 111(1), 1-65. <https://doi.org/10.7767/zrgra.1994.111.1.1>

Winkel, L. (2018). Remarks on the uniformity of natural law concepts in the history of legal philosophy. *Fundamina*, 24(2), 161-173. <https://doi.org/10.17159/2411-7870/2018/v24n2a8>