

EL IUS GENTIUM COMO DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Terminología.* III. *Origen.* IV. *La jurisdicción peregrina.* V. *El contenido del ius gentium.* VI. *Relaciones entre ius gentium y ius civile.* VII. *El ius gentium y el derecho mercantil internacional hoy.*

I. INTRODUCCIÓN

Hoy se produce en el ámbito del derecho privado, y especialmente en el campo del derecho comercial, un proceso de unificación jurídica que promete producir grandes cambios en nuestra ciencia. La causa de este proceso es el intercambio comercial y cultural que se produce entre todos los países del mundo, cada vez más intenso y extenso. Para facilitar este proceso, así como para solucionar los problemas jurídicos que surgen del mismo, se hace necesaria la existencia de un derecho mercantil internacional, un nuevo derecho "común", aplicable a todos los pueblos.

Para la construcción de ese derecho se han dado ya varios pasos importantes. Mencionaré sólo algunos: la constitución de organismos que promueven esa unificación, como el Instituto de Roma para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); el establecimiento de cortes internacionales de arbitraje, como la de la Cámara de Comercio Internacional de París, o la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, así como la aprobación de tratados internacionales que definen reglas sustantivas sobre las operaciones de comercio internacional, como la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional, las reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentados, o los *incoterms*, es decir, reglas para la interpretación de los términos comerciales.

Teniendo esta evolución a la vista, me ha parecido interesante observar el proceso de conformación y desarrollo del derecho que servía, en el Imperio romano, para regular el tráfico comercial entre todos los pueblos que constituían aquella comunidad internacional, es de-

cir, el origen y desenvolvimiento del *ius gentium*. La comparación entre aquel proceso y el que hoy vivimos, podrá dar alguna luz sobre los posibles resultados, problemas y motores del proceso de unificación jurídica que se verifica en nuestros días.

Detrás de esta postura está la convicción de que los estudios históricos en general y, por supuesto, los histórico-jurídicos, tienen razón de ser en tanto iluminan las realidades presentes. La historia, en palabras de Henri Marrou, es reflexión sobre el pasado a partir de problemas presentes.

II. TERMINOLOGÍA

El término *ius gentium* aparece por vez primera en textos literarios de Cicerón y Tito Livio. El primer jurista que lo utiliza es Gayo.¹ Esto quiere decir que se trata de una palabra acuñada fuera del ámbito de la jurisprudencia. Sin embargo, está demostrado que lo que Gayo (1,1=D 1,1,9) significa con *ius gentium*, un conjunto de instituciones jurídicas aplicables a todos los pueblos,² existía desde el siglo III a.C.

Jacques Michel,³ después de analizar los diversos pasajes de Cicerón y de Tito Livio donde aparece dicha expresión, llega a la conclusión de que no fue introducida por estos autores, sino que ellos le dieron un nuevo significado, influidos sobre todo por los estoicos y por Aristóteles; conjetura que *ius gentium* significó, originariamente, el derecho de la *gens*, como opuesto al derecho de los ciudadanos, al *ius quiritorium*, y que cuando Cicerón y Tito Livio utilizan la expresión (siglo I a.C.), se preocupan por darle el significado de un derecho aplicable a todos los pueblos; unánimemente aceptado, fundado en la naturaleza.⁴ Entonces, el *ius gentium*, derecho universal, se presentó como opuesto al *ius civile*, derecho exclusivo de los ciudadanos romanos.

¹ Michel, J., "Sur les origines du *ius gentium*", *Rida*, 3, 1956, p. 313. En lo sucesivo se citará Michel.

² Aunque es cierto que el *ius gentium* se considera aplicable sólo a los pueblos que tienen relaciones políticas o comerciales con Roma; es decir, no abarca a los *hostes*. Lombardi, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1957, s.v. *ius gentium*, piensa que el término siempre tuvo el significado de derecho aplicable a todos los pueblos.

³ *Ibidem*.

⁴ El hecho de que Cicerón prefiera usar la expresión *ius gentium*, en lugar de *ius naturale*, es una prueba de que la primera no era extraña a sus contemporáneos. Aristóteles, en cambio, prefiere hablar de ley natural. Michel, *op. cit.*, p. 330.

Al extenderse la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio, por la *constitutio Antoniniana* del año 212, se hizo igualmente aplicable a todos ellos el *ius civile*. Como consecuencia, ya no fue necesario distinguir entre *ius gentium* y *ius civile*; a partir de entonces ambos derechos eran aplicables por igual a todos los habitantes del Imperio. Sin embargo, los juristas mantuvieron la oposición *ius gentium/ius civile*, con el fin de distinguir si una determinada institución procedía de uno u otro estrato jurídico.⁵ El término *ius gentium* dejó entonces de significar un derecho material, y pasó a expresar una especie de fuente jurídica u origen de algunas instituciones vigentes.⁶

Como derecho material aplicable a todos los pueblos, el término *ius gentium* aparece referido a diversos tipos de instituciones jurídicas.⁷ Se usa para designar el derecho aplicable a las relaciones entre las comunidades políticas (es decir, con un significado similar al actual derecho internacional público), especialmente lo relativo a la guerra y, por consecuencia, a la esclavitud. En este sentido, aparece en textos literarios y en Gayo.⁸ El hecho de que no figure en otros textos jurídicos clásicos indica que no fue éste el significado que tuvo para la jurisprudencia clásica. El derecho de gentes, como derecho internacional, fue una concepción tardía, con antecedentes en Gayo, elaborada a partir de San Isidoro, como lo ha demostrado Alvaro d'Ors.⁹

Aparece también relacionado con algunas instituciones relativas a la propiedad, que se consideraban fundadas en la razón natural (*naturalis ratio*). Se habla así de modos de adquisición de la propiedad peculiares del *ius gentium*, como la *traditio* (Gayo 2 *rer. cotid.*, D 41,1,9,3), la *ocupatio* o la accesión por aluvión (Justiniano Inst. 2,1,12 y 20).

En otro grupo de textos, *ius gentium* designa instituciones del comercio internacional. Se mencionan como propias de este derecho: la compraventa (Paulo 33 *ad ed.* D 18,1,1,2. Marciano 7 D 48,22,15), la *locatio conductio* (Paulo 34 *ad ed.* D 19,2,1) y otras.

Finalmente, aparece relacionado con ciertos principios de derecho familiar. Así la regla de que el hijo sigue la condición jurídica de la

⁵ Este uso de la noción *ius gentium* es patente en Gayo 1,1, quien, sin embargo, realiza defectuosamente la tarea, por él anunciada, de distinguir el origen de cada una de las instituciones; al respecto, ver Schulz, *History of roman legal science*, Oxford, p. 163.

⁶ Ver D'Ors, "En torno a la definición isidoriana del *ius gentium*", en *Papeles del oficio universitario*, Madrid, Rialp, 1961, p. 284. En lo sucesivo se citará D'Ors.

⁷ Weiss, R. s.v. *ius gentium*, cols. 1218 y 1219. En lo sucesivo se citará Weiss.

⁸ Weiss, col. 1218.

⁹ D'Ors, *op. cit.*, p. 286.

madre (Gai. 1,78;82), o la condenación del incesto, con la consiguiente limitación del matrimonio entre ascendientes y descendientes (Paulo *sing. ad senat. Turpill.*, D 23,2,68. Papiniano 36 *quaest.* D 48, 5, 39,2).¹⁰ Posiblemente también el concubinato fue considerado derecho de gentes.¹¹

III. ORIGEN

Si bien el término *ius gentium*, con significado de derecho aplicable a todos los pueblos, aparece a fines de la República, la realidad que designa es anterior.

Originalmente Roma formaba parte de una comunidad familiar y religiosa a la que pertenecían todos los pueblos del Lacio, los que tenían *nomen latinum*. Esta terminó hacia el año 338 a.C. con el predominio de Roma. Después fue sometiendo a los demás pueblos de la península itálica y luego de la primera guerra púnica (año 241), dueña de Sicilia, a los pueblos del Mediterráneo. Los pueblos sometidos eran coaccionados a hacer una cesión de su autonomía (una *deditio*) en favor de Roma, con la cual quedaban privados de su derecho. Sin embargo, Roma solía reponer su autonomía, ciertamente limitada, y, por consiguiente, su propio orden jurídico, mediante la celebración de tratados (*foedus*) con esos pueblos.¹²

Esta política permitió la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos en el territorio dominado por Roma. El principio ordenador de esta situación era el de personalidad, según el cual cada persona se regía por el derecho del pueblo a que pertenecía independientemente del territorio donde se encontrara. El derecho romano era aplicable sólo a los ciudadanos romanos; tenía vigencia, además de en Roma, en las colonias (*coloniae*) de ciudadanos romanos, fundadas en territorio extranjero, con fines militares, políticos y comerciales, y en los municipios (*municipia civium Romanorum*), comunidades sometidas a Roma, principalmente en el territorio itálico, pobladas por ciudadanos romanos.

¹⁰ Weiss, cols. 1218 y 1219.

¹¹ Weiss, col. 1219.

¹² El *foedum* podía ser *aequum* o *iniquum*, según que fuera estable y, por consiguiente, productor de mayor autonomía, o fuera rescindible a voluntad de Roma. Ver Kaser, *Das römische Privatrecht*, 2a. ed., Munich, I, 1971, p. 34; en lo sucesivo se citará Kaser.

El no ciudadano o extranjero (llamado primero *hostis* y luego *peregrinus*), habitante de territorios dominados por Roma, era considerado sujeto jurídico, en tanto no fuera enemigo militar. Este reconocimiento de su libertad y de su capacidad jurídica le permitía vivir sujeto a su propio derecho; pero no lo hacía partícipe del derecho romano. Para obtener la protección jurídica romana, tanto un extranjero en particular como todo un pueblo, podían acudir a ciertas formas de protección personal. Haciéndose *clientes* de un ciudadano romano influyente (*patronus*), los extranjeros obtenían la protección que éste, en virtud de la *fides*, estaba obligado a proporcionar. También podía ser que un tratado (*foedus*) previera la protección jurídico romana para un cierto pueblo.¹³

Excepcionalmente se concedió a ciertos pueblos participar parcialmente de las instituciones jurídicas romanas, otorgándoles el *commercium* y el *conubium*. Por el primero se reconocía a los peregrinos capacidad para realizar la *mancipatio* y quizá los demás actos liberales; pero quedaban excluidos de la *in iure cessio*, en tanto presuponia la realización de una *legis actio*, y de la *sponsio*. El *conubium* era la capacidad de celebrar matrimonio legítimo con un romano. Los pueblos del Lacio tuvieron desde antiguo ambas facultades; luego fueron concebidas a otros pueblos itálicos y de otros territorios.

La participación limitada y excepcional de los peregrinos que gozaban de *commercium* y *conubium* no fue suficiente para regular las múltiples relaciones entre ciudadanos y peregrinos o entre peregrinos de diferente nacionalidad, que naturalmente fluían como consecuencia de la dominación política de Roma. Era necesario definir un régimen jurídico aplicable a todos los habitantes del incipiente imperio, independientemente de su nacionalidad. Es decir, era necesario superar el principio de personalidad del derecho, por medio de un derecho, si no universal, al menos de aplicación general.

El medio de construcción de ese nuevo derecho fue el magistrado jurisdicente, el pretor. Él, fundado en su *imperium*, podía realizar (y realizó) procesos en que intervenían peregrinos.¹⁴ De esta actividad jurisdiccional, que se realiza ya en el siglo III a.C., y cuya intensidad causa la erección de una segunda pretura (el llamado posteriormente

¹³ Esta protección no consistía en una mera aplicación del derecho romano en favor del pueblo contratante, sino en poner a su disposición recursos procesales especiales. Ver *infra sub IV*.

¹⁴ Según la *lex Aebutia*, citada por Gai. 4,103, los juicios en que interviene un peregrino no son *iudicia legitima*, sino *imperio continentur*.

praetor peregrinus), irá resultando un conjunto de reglas, principios e instituciones jurídicas, que serán comprendidas, desde el siglo I a.C., bajo el término *ius gentium*.

Según Weiss,¹⁵ la protección pretoria de los extranjeros tiene un cuádruple fundamento:

a) Un fundamento filosófico en la concepción de un derecho natural aplicable a todos los pueblos, que encontró una posible realización en el imperio cosmopolita de Alejandro. Apenas arruinado éste, el estoico Cleantes de Assos (muerto en el año 233 a.C. a consecuencia de un ayuno voluntario prolongado hasta el fin) abogó por una protección procesal para todos los habitantes de una comunidad. Luego Crisipo de Sole (muerto hacia el año 208 a.C.) pugnó por un derecho material que vinculara a los hombres, independientemente de su ciudadanía. Estas concepciones condujeron, en sus últimas consecuencias, a la negación de toda cultura jurídica nacional, y a la concepción del mundo como escenario único de toda la humanidad.

b) Un antecedente histórico fueron los tratados internacionales celebrados por Grecia, en los que se comprometía a dar, en su territorio, protección jurídica a los extranjeros. Se trataba de una protección limitada, pero era ya un inicio de tutela procesal para los extranjeros. Consistía en defenderlos de apoderamientos violentos de sus cosas o personas. Esto daba lugar a que, cuando un extranjero sufriera uno de estos apoderamientos, se entablara un proceso para determinar si, desde el punto de vista de las autodefensas, había sido lícito o no. Se trataba, por lo tanto, de una mera acción para reprimir una conducta delictuosa: el apoderamiento ilícito de cosas o personas de extranjeros. También hubo tratados que concedían a los extranjeros acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones ahí concertadas. Respecto del derecho material aplicado en esos procedimientos, tenemos sólo datos aislados. En un caso narrado por Isócrates (19,12-14), el actor alega el derecho del lugar donde va a ejecutarse el testamento en cuestión, el derecho de Sifnos de Cos, y el derecho de un tercer lugar, no mencionado, como derecho personal de las partes; pero el tribunal concluye que ninguno es aplicable. En otro caso parece haber sido aplicado el derecho marítimo griego.

c) Roma celebró tratados similares en los que se comprometía a dispensar protección a los extranjeros, en términos muy similares a los de aquellos tratados celebrados por Grecia. Como ejemplos de este tipo

¹⁵ Weiss, cols. 1221-1224.

de convenciones cabe mencionar los tratados con Cartago al fin de la primera (año 241 a.C.) y la segunda (año 201 a.C.) guerras púnicas.

d) Por la necesidad de dar protección procesal a los extranjeros, derivada del creciente intercambio comercial de Roma con otros pueblos y de los tratados que ella firmaba, se hizo necesario crear un procedimiento, distinto del de las acciones de la ley (reservado a los ciudadanos), al que tuvieran acceso los peregrinos y que fuera capaz de solucionar los conflictos derivados del comercio internacional, aunque no estuvieran previstas sus soluciones en el *ius civile*.

IV. LA JURISDICCIÓN PEREGRINA

En el año 242 a.C. fue creado un nuevo pretor, Pomponio *lib. sing. enchir*, explica que se debió al hecho de que acudían muchos peregrinos a Roma, por lo cual un solo pretor no podía atender todos los casos que se presentaran entre ellos y entre ciudadanos. El nuevo pretor, dice ese jurista aficionado a la historia, fue llamado *praetor peregrinus*, porque le correspondió la jurisdicción sobre extranjeros.

Además de esta necesidad práctica, la escisión de la pretura se debió, según ha demostrado Serrao,¹⁶ a una exigencia técnica jurídica. Dado que el procedimiento de las acciones de la ley era exclusivo para ciudadanos, tuvo que diseñarse un nuevo procedimiento, un nuevo *modus agendi* para los peregrinos. El nuevo pretor era el encargado de llevar a cabo este procedimiento, mientras que el antiguo pretor (*el praetor urbanus*) seguía operando con las *legis actiones*.

El nuevo procedimiento, libre de las formalidades del *ius civile*, parece haber sido el *per formulas*. Aunque se discute si este nuevo modo de proceder se originó en la jurisdicción peregrina o en la urbana, la mayor parte de la doctrina está por lo primero.¹⁷ Lo que me parece

¹⁶ Serrao, F., *La "iurisdictio" del pretore peregrino*, Milano, 1954, pp. 7 y ss. y 36 y ss. En lo sucesivo se citará Serrao.

¹⁷ Serrao, *op. cit.*, p. 38, notas 7 y 8, da bibliografía sobre esta controversia, y discute los últimos argumentos dados por él, Giofredi y Voci en favor del origen del procedimiento formulario en la pretura urbana, pp. 38-55. Ver también Kaser, *Das römische zivilprozessrecht*, Munich, 1966, p. 111. Las tesis que se discuten no me parecen contradictorias, ya que puede aceptarse que el procedimiento formulario que conocemos tomó elementos de una y otra jurisdicción, toda vez que el pretor urbano podía, fundado en su *imperium*, aceptar acciones no previstas por el derecho civil y, por lo tanto, de tramitación diferente a las acciones de la ley. En cuanto a sus antecedentes, es claro que no puede ser explicado solamente a partir de las acciones de la ley; se piensa en influjos de procedimientos arbitrales, tanto públicos como privados.

evidente es que el pretor peregrino procedía en forma distinta del pretor urbano, por no estar ligado, como éste, a observar las acciones de la ley: Por esto, resulta razonable que el procedimiento formulario que conocemos derive, si no totalmente, al menos en buena parte, del seguido por el pretor peregrino.

El pretor peregrino tenía originalmente jurisdicción en casos en que intervenían extranjeros, sea entre dos extranjeros, sea entre un extranjero y un ciudadano. Al publicarse la *Lex Aebutia* en el año 130 a.C., se hizo extensivo el procedimiento formulario al ámbito de las acciones de la ley. De esta suerte, quedó, en principio, eliminada la diferencia de procedimientos entre los dos pretores, por lo que el único soporte de la distinción de jurisdicciones era la nacionalidad de las partes. Al extenderse la ciudadanía a todos los habitantes de la península (año 88 a.C.), desapareció en buena parte, el fundamento práctico de dicha distinción. Por esto, Serrao¹⁸ afirma que ya después de la Ley Ebuca se reconoció al pretor peregrino competencia en procesos en que intervenían sólo ciudadanos.¹⁹ Esta evolución explica que en el siglo I d.C. se diga que el pretor peregrino es aquel *qui inter cives et peregrinos ius dicit*.

En el ejercicio de su jurisdicción, el pretor peregrino fue confeccionando un edicto propio, distinto del edicto del pretor urbano (Gai. 1,6). No sabemos cuál fue el contenido preciso de este edicto, pero cabe suponer que, en principio, se refería sólo a las fórmulas y reglas aplicables a procesos en que intervenían peregrinos.²⁰ También puede conjeturarse que el edicto del pretor peregrino fue la primera fijación del derecho aplicable a los peregrinos, como un cuerpo separado del derecho civil, es decir, que fue la primera fijación del *ius gentium*.²¹

¹⁸ Serrao, *op. cit.*, pp. 120 y ss.

¹⁹ Podía ser que originariamente se encargara al pretor peregrino la jurisdicción sobre los nuevos *cives*.

²⁰ Lenel, *Das Edictum perpetuum*, 3a. ed., Leipzig, 1927, pp. 3 y 4 (que en lo sucesivo se citará EP), opina que el edicto del pretor peregrino se conservaba como un edicto separado, distinto del edicto del pretor urbano, al tiempo que Juliano hizo su codificación; éste, por lo tanto, habría tenido a la vista ambos edictos. Serrao, *op. cit.*, pp. 196-197, consecuente con su idea de que el pretor peregrino ve ampliada su competencia, después de la Ley Ebuca, a procesos entre ciudadanos, piensa que los edictos de uno y otro pretor se influyeron recíprocamente, al grado de que tenían en común una gran parte de sus disposiciones. Esta coincidencia de contenido explica que los juristas de los primeros años del principado titularan sus comentarios simplemente *ad edictum*, sin especificar si se refieren al urbano o al peregrino.

²¹ Sobre el concepto y tipos de fijación del derecho, ver Guzmán Brito, A., *La fijación del derecho*, Valparaíso, Chile.

Labeon hizo un comentario al edicto del pretor peregrino que constaba de, cuando menos, treinta libros; de esta obra, sólo se conserva una referencia hecha por Ulpiano 11 *ad ed.* D 4,3,9,4.

V. EL CONTENIDO DEL IUS GENTIUM

El derecho que aplicaba el pretor peregrino en los conflictos en que intervenían extranjeros es el que merece ser llamado técnicamente *ius gentium*. En este epígrafe se trata de analizar los textos donde aparece la expresión *ius gentium*, con objeto de saber si se refiere a una institución vigente en la jurisdicción peregrina, que, por lo tanto, pueda llamarse derecho de gentes en el sentido arriba apuntado, o si se trata de instituciones o principios que fueron considerados derecho de gentes, como consecuencia de una especulación, sin que tuvieran aplicación en dicha jurisdicción.

Algunas fuentes literarias nos dicen que ciertas instituciones son *iuris gentium*. Quintiliano (7,1,46) menciona la sucesión hereditaria de los hijos; Cicerón (*de har. resp.* c.14), la exclusión de la usucapción de bienes religiosos, y Salustio (*Iug* 22,4), el derecho de guerra.

Entre los juristas, Gayo es quien hace más referencias de este tipo. Él declara derecho de gentes, el principio de que el hijo sigue la condición de la madre, si nace de matrimonio ilegítimo (1,78-86); la tutela de los impúberes;²² la *traditio* (2,65. D 41,1,9,3); la ocupación (2,66) y la ocupación bélica (2,69); la accesión por aluvión (2,70), edificación (2,73), plantación (2,74), siembra (2,75) o escritura (2,77); la especificación (2,79); la estipulación no formal (o sea, sin el uso del verbo *spondeo*, 3,93); el mutuo (3,132); el "contrato literal" en el caso de *transcriptio a re in personam* (3,133); las obligaciones quirografarias (en documento subjetivo), los singrafos (obligaciones en documento objetivo) (3,134), y el contrato de sociedad (3,154).

Los otros juristas que califican algunas instituciones jurídicas como pertenecientes al derecho de gentes, son todos de época tardoclásica. Sus afirmaciones al respecto tienen que ser tratadas críticamente, porque Justiniano favorecía la ampliación del concepto *ius gentium*.

²² Sin embargo, S. Isidoro, *Orig.* dice que la tutela era una institución sólo practicada entre los romanos.

Menciono aquí como genuinos los textos que acepta Perozzi.²³ Papi- niano (36 *quaest.* D 48,5,39,2) menciona sólo la prohibición de ma- trimonio entre parientes de cierto grado. Paulo, además de esa prohi- bición (*sing. ad sc. Turpill.* D 23,2,68), menciona la compraventa (33 *ad ed.* D 18,1,1,2), la *locatio conductio* (34 *ad ed.* D 19,2,1) y el principio de que hay cosas de uso común, y por lo tanto fuera del comercio, como los litorales (21 *ad ed.* D 18,1,51; *cfr.* 33 *ad ed.* D *h. t.* 34,1; *usus publicus iuris gentium*, dice Justiniano, *Inst.* 2,1,4). Pomponio cuenta la obligación de cumplir los legados (33 *ad Q.M.* D 50,7,18). Ulpiano se refiere a la locación y al depósito (*Inst.* 1,2 y 2,2); a la esclavitud y a la manumisión (I *Inst.* D 1,1,4); a la *accep- tilatio* (48 *ad Sab.* D 46,3,8,4); al precario (i *Inst.* D 43,26,1,1).

Es posible que otras instituciones que no son expresamente men- cionadas como derecho de gentes, sin embargo lo fueran. Entre éstas se han incluido²⁴ la prenda, el mandato, la gestión de negocios y la dación de un *cognitor*.

Ahora bien, como todas estas atribuciones de instituciones al dere- cho de gentes fueron hechas, o por Gayo, un jurista escolástico influen- ciado por la filosofía griega, o por juristas de época tardoclásica, es decir de un tiempo en que la pretura peregrina ya no se distingue de la urbana, cabe preguntarse qué tanta autoridad merecen. Puede ser que efectivamente indiquen que una determinada institución era apli- cada en la jurisdicción con peregrinos, y que, por lo tanto, formaba parte del *ius gentium*, entendido como derecho vigente. Pero también

²³ Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, 2a. ed., 1, p. 97, nota I. Excluye como clásicas la mención de la permuta (D 19,5,25 y 48,22,15), el comodato (2,14,7, pr y 1; la mención en estos textos es posclásica, aun cuando el comodato sí pudo ser considerado derecho de gentes; *cfr.*, nota 24), las *excepciones iuris gentium* (*loc. cit.*), y la obligación derivada del enriquecimiento sin causa (D 25,2,25). También considera interpolaciones las afirmaciones de que ciertas instituciones socia- les o políticas, más que jurídicas, son derecho de gentes; así, las indicaciones de Hermogeniano (D 1,1,5) sobre el carácter *iuris gentium* de la guerra, la división de la humanidad en pueblos, la fundación de reinos, la distinción de las propie- dades, el poner límites a los campos, el construir o el tráfico mercantil; asimismo, la afirmación de Pomponio (D 1,1,2) de que la religión, la obediencia a los padres y a la patria son derecho de gentes; y la atribución a Florentino (D 1,1,3 en rela- ción con los textos precedente y consecuente) de que es derecho de gentes repelar la violencia y la injuria.

²⁴ Perozzi, *op. cit.*, p. 98; Kaser, *op. cit.*, p. 203, considera que el mandato y la gestión de negocios, por estar sancionados con acciones de buena fe, eran derecho de gentes. Como la Ley de las Doce Tablas (6,4) excluía de la usucapión las cosas pertenecientes a un extranjero, lo cual parece haber sido definido en recípro- cidad al principio de que el extranjero no puede usucapir cosas de un ciudadano romano (D'Ors, p. 232), no se incluyó la usucapión en el derecho de gentes.

puede ser que algunas atribuciones no sean más que resultado de especulación, es decir, una conclusión a la que ha llegado el jurista, respecto de que cierta institución, por ser conforme con la razón natural, es aplicable a todos los pueblos, aunque de hecho no haya sido vigente en la jurisdicción peregrina.

Me parece que el criterio que puede servir para discernir esta cuestión es el siguiente: son derecho de gentes, en sentido de derecho aplicable en la jurisdicción peregrina, aquellas instituciones relacionadas con el intercambio económico y comercial con peregrinos y entre peregrinos.

De acuerdo con esto, habría que excluir del *ius gentium* el principio de que el hijo de unión no legítima sigue la condición de la madre (Gai 1,78-86); la exclusión del matrimonio entre parientes de cierto grado²⁵ (Paulo D 23,2,68; Papiniano D 48,5,39,2); la tutela de los impúberes (Gai 1,89), y el principio de que los legados deben ser respetados (Pomponio D 50,7,18).²⁶

VI. RELACIONES ENTRE IUS GENTIUM Y IUS CIVILE

El *ius gentium*, como derecho aplicable en conflictos en que cuando menos una de las partes es peregrino, se distingue del *ius civile*, como derecho aplicable en conflictos entre ciudadanos. Sin embargo, hay instituciones que son comunes a ambas ramas, por lo que cabe pensar que uno y otro derechos son como dos círculos que comparten una zona común; pero ambos forman parte de lo que podríamos llamar derecho romano o *ius civile* en sentido amplio.²⁷

El *ius gentium* no es un derecho extranjero, sino que vale en Roma como derecho vigente; lo aplica el pretor. Desde este punto de vista, cabe afirmar que forma parte del *ius honorarium*, del derecho que es puesto en vigor con fundamento en el *imperium* del magistrado.²⁸

Estos dos órdenes jurídicos se influyen recíprocamente. Las instituciones del *ius gentium* fueron, en principio, las instituciones no formales del *ius civile*. El formalismo romano consistía primordialmente

²⁵ Sin embargo, este principio pudo tener relevancia en relación con la esclavitud.

²⁶ Este principio pudo interesar, desde que Nerva autorizó que las ciudades, incluidas las peregrinas, podían adquirir legados. Ver Huvelin, *Etudes d'histoire du droit commercial romain*, París, 1929, p. 35.

²⁷ Perozzi, *op. cit.*, pp. 99-101.

²⁸ Kaser, *op. cit.*, p. 203.

en el uso de palabras solemnes, lo cual resultaba muy difícil de ejercer a los peregrinos que ignoraban o conocían mal el idioma latino. En lugar de la forma, se tomó como fundamento de las obligaciones con o entre peregrinos, la *fides*, es decir, la lealtad a la palabra dada. De esta manera pudieron hacerse aplicables a los peregrinos todas las instituciones del derecho civil que tenían como fundamento la buena fe, principalmente los contratos y la gestión de negocios.²⁹ El mismo fundamento, la *fides*, permitió crear una promesa, la *fidepromissio*, no sujeta a una formalidad oral, como la *sponsio*.³⁰ Así, el derecho civil servía como punto de partida para la creación del derecho de gentes.

Pero la misma necesidad, característica del derecho de gentes de definir un derecho aplicable a los peregrinos, independientemente de su nacionalidad, seguramente hacía que las instituciones civiles aplicadas en la jurisdicción peregrina ganaran en abstracción y en racionalidad. Incluso se ha llegado a conjeturar, pero todavía no se ha demostrado, que las obligaciones fundadas en la *fides* procedían originariamente del derecho de gentes.³¹ De esta manera, la jurisdicción peregrina contribuía al perfeccionamiento del derecho civil.

Quizá la aportación más interesante del *ius gentium* al derecho civil fue el procedimiento formulario. En la jurisdicción peregrina fue necesario crear este nuevo *modus agendi*, en vista de la imposibilidad de que los extranjeros usaran las acciones de la ley. El nuevo procedimiento, libre de formalismos rituales, flexible para adaptarse a cada situación, será luego trasladado a la jurisdicción entre ciudadanos, y constituirá uno de los pilares del derecho clásico.

VII. EL IUS GENTIUM Y EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL HOY

Sintetizando lo expuesto en las páginas precedentes, se puede concluir:

El *ius gentium*, en sentido propio, es el derecho aplicable por el pretor peregrino; derecho que se fue creando por vía casuística, y cuya evolución se aceleró con la introducción del pretor peregrino en el año 242 a.C.

²⁹ No se incluía la tutela que, aunque fue sancionada con una acción de buena fe, estaba ligada a la organización familiar romana; tampoco la fiducia que requiere un acto formal de adquisición de propiedad (*mancipatio, in iure cessio*).

³⁰ D'Ors, p. 509.

³¹ Kaser, p. 203, nota 5.

Este derecho aparece como una respuesta a la necesidad de resolver los problemas jurídicos, que se derivaron del creciente intercambio comercial entre Roma y los pueblos dominados. El principio de personalidad del derecho resultaba insuficiente para resolver justa y ágilmente esos problemas, por lo que fue necesario crear un derecho sustantivo independiente de las nacionalidades.

Por influjo de la filosofía estoica, se introduce en algunos juristas tardoclásicos, y especialmente en Gayo, la tendencia a especular con la idea de un derecho de aplicación universal, fundado en la razón natural, al que llamaron *ius gentium* o *ius naturale*. Esta reflexión no tuvo consecuencias prácticas ni en la doctrina ni en la jurisdicción.

Con la ampliación de la competencia del pretor peregrino a los ciudadanos (sobre todo después de la *lex Julia iudiciorum*), y luego con la extensión de la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio, la diferencia entre derecho de gentes y derecho civil dejó de tener sentido práctico. Sólo se mantuvo con objeto de precisar si las instituciones jurídicas procedían de uno u otro estrato. En otras palabras, el *ius gentium* deja de ser un derecho vigente y se convierte en una especie de fuente jurídica.

En la actualidad se repite, en términos generales, la situación fáctica que dio lugar al nacimiento del *ius gentium*: un intenso intercambio comercial entre pueblos con diferentes derechos civiles. La solución que se había venido dando a los problemas jurídicos derivados de ese comercio, mediante la aplicación de las reglas de conflicto de leyes, o derecho internacional privado, no parece hoy suficiente. De aquí que se haya venido procurando la creación de un derecho sustantivo común, o derecho mercantil internacional, que proporcione una mejor solución a esos problemas.

De la historia sobre el origen y desarrollo del *ius gentium* se colige que para su desenvolvimiento fue definitiva la creación de una jurisdicción especializada, en la cual se fue formando casuísticamente tal derecho. Hoy también se ha creado una jurisdicción especializada en comercio internacional. Me refiero a los tribunales de arbitraje comercial internacional, como la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, o la Asociación Americana de Arbitraje.³²

³² Puede verse, para una descripción general de las distintas cortes del arbitraje establecidas y de sus características distintivas: Siqueiros, J. L., "Panorama actual del arbitraje comercial internacional", en *Panorama del arbitraje comercial internacional*, México, IMCE, ADACI, UNAM, 1983, pp. 135 y ss.

Estas cortes, a diferencia del pretor peregrino, que como magistrado romano está dotado de *imperium* y *jurisdictio*, no tienen jurisdicción propia, sino sólo en tanto que ambas partes se sometan a ellas. Su funcionamiento depende de un convenio que realizan las partes, en el cual designan al árbitro, fijan el lugar donde se desarrollará el proceso, establecen las reglas procesales y las normas sustantivas aplicables. Estos convenios, que son llamados cláusula compromisoria o compromiso arbitral, se rigen principalmente por reglas definidas en convenciones internacionales de arbitraje.

La mayor parte de las cortes de arbitraje internacional han publicado sus propias reglas de procedimiento, que se aplican en tanto las partes no provean otra cosa. Pero, por sí mismas, no tienen posibilidad de ejercer una labor creadora de derecho. Me refiero a una labor creadora, en el sentido de construir un sistema nuevo de reglas y principios jurídicos, como lo hizo el pretor peregrino, y no en el de interpretar o aplicar al caso un derecho ya existente. Pueden crear derecho, sólo si las partes facultan al árbitro a decidir según equidad y buena fe pero esto no es muy frecuente.

Las partes, en cambio, tienen la posibilidad de definir en el convenio cuál sea el derecho aplicable. Ellos, o mejor dicho, los juristas que las asesoren, son quienes pueden ir creando casuísticamente un derecho mercantil internacional. La experiencia del procedimiento formulario romano, que parece haber surgido precisamente para resolver conflictos de comercio internacional, puede ser aprovechada en este sentido. En el compromiso arbitral, las partes pueden hacer, de común acuerdo y quizá ayudadas o guiadas por el árbitro, un planteamiento jurídico del caso, que indique al árbitro la condena que impondrá si se cumplen determinados supuestos fácticos; es decir, hablando romanísticamente, las partes pueden convenir una fórmula.

De hecho, ya se practica algo similar en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París. Sus reglas de procedimiento establecen que, después de haberse designado los árbitros y el lugar de arbitraje, éstos, junto con las partes, tienen que redactar, en un plazo máximo de dos meses, un documento denominado "acta de misión", en el cual se plantea jurídicamente el caso. La experiencia que se ha tenido con este documento es que facilita el trabajo del árbitro, al indicarle con claridad cuáles son los problemas que tiene que resolver, las pruebas que necesita y la posible condena; también produce el efecto de facilitar que las partes, habiendo visto su caso jurídicamente planteado, lleguen a un acuerdo conciliatorio.

De qué manera pueden las partes hacer un convenio semejante, qué tribunales de arbitraje lo pueden aceptar, especialmente si puede ser aplicado en la Corte Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, así como un análisis de la experiencia habida en la Cámara de Comercio Internacional de París, serán materia de otro trabajo. Por ahora sólo quiero sugerir ese camino, convenido —por la experiencia romana en la formación del *ius gentium*— *de que la vía casuística, además de otras, es necesaria para la formación de ese derecho mercantil internacional, que reclama el actual intercambio comercial entre las naciones, y al que se han dedicado tantos esfuerzos.*³³

³³ Ver Derains, I., “Las características del arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y sus reglas”, en *Panorama del arbitraje comercial internacional*, México, IMCE, ADACI, UNAM, 1983, pp. 257 y ss.