

El *ius gentium* y el Derecho Internacional westfaliano: sus diferencias y algunas consideraciones actuales

Por Elvira Méndez Chang⁶⁶

I. Introducción

En el siglo XXI, aún se suele usar “derecho de gentes” para referirse al derecho internacional como si fueran sinónimos; en especial, para el derecho internacional público. Este uso no es reciente porque se encuentra incluso antes de 1648 cuando se celebraron varios tratados que llevaron a la Paz de Westfalia, la cual suele ser considerada el momento del nacimiento del derecho internacional.⁶⁷

⁶⁶ GHIRARDI, J. C. (2020). “La libertad de los seres humanos como principio general del derecho”. En *Actas del VI Congreso sobre principios generales y Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores.

⁶⁷ LESAFFER, R. C. H. (1999). “La dimensión internacional de los tratados de Paz de Westfalia: Un enfoque jurídico”. En VILLAVERDE, F. (ed.). *350 años de la Paz de Westfalia: Del antagonismo a la integración en Europa*. Madrid: Biblioteca Nacional, p. 34 ss.

Sin embargo, el derecho de gentes no surgió en el siglo XVII. De la revisión de las fuentes romanas, se constata que estaba mencionado en la obra de Cicerón, las *Institutas* de Gayo, las Instituciones y el Digesto del emperador Justiniano I; en estas últimas, se utilizó la definición gayana (I. 1. 2. 1; D. 1. 1. 9). El *ius gentium* que fue estudiado por los juristas romanos era un derecho común que se aplicó a los *populi* (pueblos) y los seres humanos. Así, se encontró presente en las relaciones entre los pueblos, sean en tiempo de paz como en la guerra. Con respecto a los individuos, el *praetor peregrinus* lo empleó al ejercer su *iurisdictio* para la solución de las controversias que surgían entre ciudadanos romanos y extranjeros (*peregrini*), o extranjeros entre sí.

A partir de lo anterior, surge la siguiente pregunta: ¿cuál es la relación del *ius gentium* que existió en Roma con el derecho internacional westfaliano? Como respuesta, se plantea que el derecho de gentes tuvo un significado y alcances distintos a los correspondientes al derecho internacional westfaliano que surgió en el año 1648: el primero era un derecho común, el segundo era un derecho interestatal. Al ser diferentes, el *ius gentium* no puede ser considerado como antecedente del segundo. Para sustentar esta respuesta, se analizarán el concepto, los sujetos y el contenido del derecho de gentes en las fuentes romanas para compararlos con los que corresponden al derecho internacional westfaliano. De esta manera, se podrán identificar y sustentar sus principales diferencias.

Asimismo, se reflexionará acerca de qué podría asemejarse en la actualidad al *ius gentium* de los juristas romanos, para lo cual se presentarán algunas características del derecho internacional contemporáneo y, a continuación, se analizarán la *lex mercatoria* y las normas imperativas del derecho internacional (*ius cogens*).

Es necesario precisar que no se abordará lo regulado por el *ius fetiale*⁶⁸

⁶⁸ Sobre el *ius fetiale*, véase: DAL RI, L. (2010). "As interpretações do ius fetiale e a inaplicabilidade de conceitos modernos à cultura romana antiga." En *Seqüência; Estudos*

ni el tratamiento del *peregrinus* (extranjero),⁶⁹ temas muy interesantes en el derecho romano pero que exceden el objeto de esta investigación.

II. El surgimiento del *ius gentium*

Existe una discusión acerca de cuándo surgió el *ius gentium*. Antiguamente, éste era el derecho de la *gens* (en plural, *gentes*),⁷⁰ una agrupación de individuos unidos por vínculos religiosos que contaban con un antepasado común.⁷¹ El *ius gentium* se encontraba en contraposición al *ius civile*,

Jurídicos e Políticos, 31, 60, p. 225 ss.; MÉNDEZ CHANG, E. (1997). "El *Ius Fetiale* como derecho supranacional vigente para Roma y los demás pueblos." En *Revista del Magíster en Derecho Civil*, I, p. 33 ss.; TURELLI, G. (2011). "*Audi Iuppiter! Il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana*". Milano: Giuffrè.

⁶⁹ El tratamiento del *peregrinus* fue abordado en: MASCHI, C. A. (1962). "Istituti accessibili agli stranieri e *ius gentium*." En *Jus*, Nueva Serie, 3, III-IV, p. 388 ss.; MÉNDEZ CHANG, E. (2017). "El *peregrinus*, un concepto romano para un mundo globalizado" En ÁLVAREZ, M. B. y RINALDI, N. (ed.). *Actas del III Congreso de Principios Generales y Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores, p. 87 ss.; MÉNDEZ CHANG, E. (2020). "Reflexiones sobre el fundamento romanístico del trato nacional del extranjero en los Códigos Civiles de América del Sur." En LÓPEZ, M. del C. y RODRÍGUEZ, R. (coord.). *Fundamentos Romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*, II, Madrid: Universidad de Oviedo, p. 379 ss. Recuperado de: https://boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DR-2020-155&tipo=L&modo=2.

⁷⁰ ERNOUT, A. y MEILLET, A. (1959). "Gens". En *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine. Histoire des mots*. 4ª ed. Paris: Les Belles Letres, p. 271.

⁷¹ Lewis y Short definen la *gens* "(...) a race or clan, embracing several families united together by a common name and by certain religious rites" y a veces en oposición a los romanos. LEWIS, C. T. y SHORT, C. (1879). "Gens." En *A Latin Dictionary*. Oxford: Oxford University Press. Recuperado de: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0059%3Aentry%3Dgens>; ARANGIO RUIZ, V. (1954).

que era el derecho de los ciudadanos romanos.⁷² Para Maschi, existen indicios por los cuales se puede afirmar que el *ius gentium* fue anterior al *ius Quiritium*,⁷³ es decir, que sus instituciones eran aplicables a las *gentes* antes de la fundación de Roma en el año 753 a. C.

Una referencia al *ius gentium* se encontraba en la Ley de las XII Tablas (451-450 a. C.) cuando se señaló en *Tab. II.2* que “día fijado con un forastero (...) si uno de estos (impedimentos) existe para el juez, para el árbitro o para el reo, por esta causa aplácese el día” [*status dies cum hoste (...) quid horum fuit unum iudici arbitrove reove, eo dies diffissus esto*]. El fundamento para convocar a un extranjero (*hostis*)⁷⁴ a participar en un proceso en Roma era un derecho distinto al *ius quiritium*, que se aplicaba a los ciudadanos romanos (*quirites*): sería el *ius gentium*, un derecho común a los romanos y extranjeros.

Si bien el derecho de gentes existió en época anterior, Serrao afirmó que la “fase del *ius gentium*” inició en el siglo III a. C. durante

“Le genti e la città.” En *Scritti Giuridici raccolti per il centenario della Casa Editrice Jovene (1854-1954)*. Napoli, p. 110; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2006). *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*. 9ª ed. Madrid: Iustel, p. 353.

⁷² MICHEL, J. (1956). “Sur les origines du jus gentium.” En *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*. 3ª serie, III, p. 313; LEWIS y SHORT, *op. cit.*

⁷³ MASCHI, *op. cit.*, p. 388. En esa misma línea, LAURÍA, M. (1939). “Ius gentium.” En *Festschrift Paul Koschaker*, I. Weimar: Hermann Böhlau Nache, p. 264.

⁷⁴ *Hostis* fue un término antiguo aplicable al extranjero, el cual fue reemplazado por *peregrinus* según Cicerón (*Cic. De off.* 1. 12. 37: “*Hostis enim apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus*”), Varrón (*Varr. D. I. lat.* 5. 3: “... *aliud ante significabant, ut hostis: nam turn eo verbo dicebant peregrinum...*”) y Festo (*Festo S. V. hostis: “Hostis, apud antiquos peregrinus dicebatur...*”). Sobre el *hostis*, véase: D'ANGELO, V. (2015). “*Hostis ante portas*, El poder, la guerra y la figura del enemigo en las relaciones internacionales.” En *Revista UNISCI*, 38, p. 35 ss.; MÉNDEZ CHANG, E. (2021). “*Hostis: de extranjero a enemigo en el derecho romano*.” En ÁLVAREZ, M. B. y RINALDI, N. (ed.). *Actas del VII Congreso de Principios Generales y Derecho Romano 2020*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Flores, p. 33 ss.

la República y coincidió con el proceso de expansión territorial de Roma.⁷⁵ En el año 242 a. C. fue creado el *praetor peregrinus* (pretor peregrino), un magistrado romano que tuvo *iurisdictio* sobre las controversias entre *cives Romani* y *peregrini* (extranjeros), así como *peregrini* entre sí. Según lo señalado en D. 1. 2. 2. 28, el pretor era competente para dar *actiones* con la finalidad de resolver estas controversias y aplicó el *ius gentium* a los extranjeros porque el *ius civile* era para los ciudadanos romanos.⁷⁶

Si bien la ausencia de fuentes romanas antiguas que mencionen expresamente al *ius gentium* mantiene abierta la discusión sobre cuándo surgió, hay referencias a éste en la actividad del *praetor peregrinus* en la República.

III. Acerca del *ius gentium*

Para comprender qué era el *ius gentium*, se analizará lo señalado por Cicerón y Gayo, así como la definición que se encuentra en el *Corpus Iuris Civilis* del emperador romano Justiniano I.

III. a) El *ius gentium* como el derecho aplicado por el *praetor peregrinus*

Si bien no hay una mención expresa del *ius gentium* en la Ley de las XII Tablas, los *peregrini* (los extranjeros antiguamente llamados *hostes*) participaron en los procesos en Roma al afirmar “*status dies cum hoste*”

⁷⁵ SERRAO, F. (1984). *Diritto Privato, Economia e Società nella Storia de Roma*. Napoli: Jovene, p. 347 s.

⁷⁶ CLARK, H. C. (1919-1920). “*Jus Gentium Its Origin and History – I!*” En *Illinois Law Review*, 14, 4, p. 250..

(Tab. II. 2) dentro del sistema jurídico romano, ya que no se les aplicaba el derecho extranjero.

A partir del siglo III a. C., está confirmada la existencia del *ius gentium* cuando se estableció la magistratura del *praetor peregrinus* porque este derecho fue utilizado para solucionar las controversias que surgían entre ciudadanos romanos y *peregrini* (extranjeros), así como entre *peregrini*.

Al respecto, Serrao afirmó que el *ius gentium* era el derecho comercial (*diritto dei traffici*) entre romanos y extranjeros que acompañó la expansión romana en el mar Mediterráneo a partir del siglo III a. C.,⁷⁷ es decir, era aplicado a los comerciantes en sus actividades. En la medida que Serrao planteó que el *ius gentium* fue el conjunto de normas que regulaban los actos y contratos comerciales, éste sería un antecedente de la llamada *lex mercatoria*,⁷⁸ que se desarrolló después de la caída del parte occidental del Imperio romano, cuyos creadores y destinatarios fueron los comerciantes.

No obstante, el planteamiento de Serrao puede ser cuestionado a partir de la revisión de las funciones del *praetor peregrinus* en la República: este magistrado tenía *iurisdictio* sobre las controversias que surgían entre los ciudadanos romanos y *peregrini*, o *peregrini* entre sí (D. 1. 2. 2. 28)⁷⁹ y no estuvo limitada a las disputas comerciales o entre comerciantes.

La labor del *praetor peregrinus* resultó muy importante para solucionar las disputas jurídicas que surgían entre los que tenían ciudadanía

⁷⁷ SERRAO, *op. cit.*, p. 347 s.

⁷⁸ CHAMIE GANDUR J. F. (2019). Reseña a F. Mercogliano, "Hostes Novi Cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica". En *Revista de Derecho Privado*, 37, p. 428 s.

⁷⁹ D. 1. 2. 2. 28: "Después, transcurridos algunos años, no bastando aquel Pretor, porque también gran número de extranjeros acudía a la ciudad, se creó otro Pretor, que se llamó Peregrino, en razón que ordinariamente ejercía la jurisdicción (*ius dicere*) entre extranjeros (*peregrini*): "Post aliquot deinde annos, non sufficiente eo Praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius Praetor, qui Peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat".

romana (*cives*) y quienes no la tenían (*peregrini*), o solamente entre extranjeros cuando se encontraban en territorio romano. A través del *ius dicere* (decir el derecho), el pretor peregrino identificó las acciones que protegían los derechos y obligaciones de los individuos, aunque no sean ciudadanos romanos, los que provenían del *ius gentium*,⁸⁰ sin necesidad que hayan acuerdos (*foedera*) entre el *populus Romanus* y otros pueblos que los establezcan. De allí que su *iurisdictio* se haya ejercido con flexibilidad, ponderación y alto sentido de la justicia para resolver las controversias sin requerir tener como fundamento una norma positiva.

III. b) El *ius gentium* como derecho común

El *ius gentium* era un derecho común a todos los seres humanos, sean individualmente considerados o agrupados en pueblos. Además de su aplicación a los particulares por el *praetor peregrinus*, el *ius gentium* contó con normas e instituciones públicas que regulaban las relaciones entre los pueblos: por ejemplo, las normas sobre la guerra, la inviolabilidad de los embajadores y la esclavitud de los prisioneros de guerra.⁸¹

III. b). 1. *Multa communia iura* de Cicerón

El *ius gentium* se encontraba presente en la obra del orador y jurista

⁸⁰ BAUMAN, R. A. (1989). "Oh no, Not Roman Law!?" En *Ancient History Resources for Teachers*, 19, 3, p. 134 s.; BROWN, B. (1937). "Jurisprudential Basis of Roman Law." En *Notre Dame Lawyer*, 12, 4, p. 363 s.; CLARK, *op. cit.*, p. 244.

⁸¹ ADAME GODDARD, J. (1991). "El *ius gentium* como Derecho Mercantil Internacional" En *Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías*, México: Universidad Autónoma de México, p. 171.

Marco Tulio Cicerón, quien reflexionó sobre su aplicación a los pueblos y a los seres humanos.

En su *De Officiis*, Cicerón se refirió a la existencia de un derecho común a los seres humanos. Previamente, el jurista dio cuenta de un cambio importante producido en el significado de la palabra *hostis*, el que se reflejará en quién era extranjero en Roma: “*Hostis enim apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus*” (*Cic. De off. 1. 12. 37*).⁸² Por ello, *hostis* fue un término utilizado para referirse al extranjero que era el enemigo de guerra del pueblo romano en el siglo I a. C. mientras que su antiguo significado de extranjero que no está en guerra con los romanos pasó al *peregrinus*.⁸³

En *Cic. De off. 3. 29. 108* se afirmó lo siguiente: “*Cum iusto enim et legitimo hoste res gerebatur, adversus quem et totum ius fetiale et multa sunt iura communia*”.⁸⁴ En este texto se mencionó que al enemigo de guerra (*hostis*) se aplicaba el *ius fetiale*⁸⁵ (derecho de los feciales) y otros

⁸² *Cic. De off. 1. 12. 37*: “... se llama *hostis*, al que ahora decimos *peregrinus*...” CICERÓN, M. T. (1989). *Sobre los deberes*. Madrid: Tecnos, p. 194. Como se señaló anteriormente, *hostis* fue la palabra utilizada en Roma para referirse al extranjero que no estaba en guerra con el pueblo romano. Sin embargo, su contenido se modificó con el paso del tiempo para significar enemigo de guerra; el antiguo concepto de extranjero pasó a *peregrinus*, lo cual también es mencionado por Varrón (*Varr. D. I. lat. 5. 3* “... *et multa verba aliud nunc ostendunt, aliud ante significabant, ut hostis: nam tum eo verbo dicebant peregrinum qui suis legibus uteretur...*”) y Festo (*Festo S. V. hostis: “Hostis, apud antiquos peregrinus dicebatur...”*).

⁸³ Sobre el cambio de significado, véase D'ANGELO, *op. cit.*, p. 35 ss.; MÉNDEZ CHANG, “*Hostis...*”, *op. cit.*, p. 33 ss.

⁸⁴ *Cic. De off. 3. 29. 108*: “Se trataba de un enemigo regular y legítimo, con el cual tenemos el derecho de los feciales y muchos otros derechos comunes.” CICERÓN, *op. cit.*, p. 211 s.

⁸⁵ El *ius fetiale* comprendía normas jurídico-religiosas que se aplicaban a las relaciones del *populus romanus* con otros pueblos y se utilizaban para celebrar acuerdos o declarar la guerra, entre otros. Al respecto, véase: CATALANO, P. (1990). *Diritto e Persone*. Torino: Giappichelli Editore, p. 30; DAL RI, *op. cit.*, p. 225 ss.; MÉNDEZ CHANG, “*El Ius...*”, *op. cit.*, p. 39 s.; TURELLI, *op. cit.*

derechos comunes con los que se hacía referencia al *ius gentium*. Esta afirmación era parte de la argumentación de Cicerón, quien sostuvo que los romanos tenían la obligación de cumplir los acuerdos celebrados con los enemigos de guerra (*hostes*) y, en caso de no hacerlo, cometerían perjurio. Se debe destacar que, pese a que se encontraban en una guerra, los romanos y sus enemigos debían cumplir las obligaciones que surgían de derechos que eran comunes a ambos: el *ius fetiale* y el *ius gentium*, los que también eran parte del sistema jurídico romano.

Multa communia iura eran las normas comunes que estaban vigentes en todos los pueblos y, en específico, el *ius gentium* como el derecho común a los seres humanos y pueblos. Según *Cic. De off.* 3. 29. 108, todos los pueblos tenían una obligación jurídica de honrar el juramento dado y cumplir lo pactado con los extranjeros, aunque sean enemigos de guerra (*hostes*), y su fundamento estaba en las normas comunes no escritas, no un acuerdo (*foedus*) celebrado entre los pueblos ni, menos aún, sustentado en el *ius civile* de los romanos.

En atención a lo señalado por Cicerón, se constata que el *ius gentium* no se limitó a regular las relaciones privadas entre los ciudadanos romanos y *peregrini* porque también tuvo normas públicas aplicables a las relaciones entre los pueblos como las referidas a las guerras, a la esclavitud de los enemigos capturados en una guerra, entre otros. Al respecto, Polibio de Megalópoli narró en sus *Historias* un hecho protagonizado por la reina Teuta de Iliria en el año 231 a. C., quien incumplió la norma de *ius gentium* que obligaba a respetar la vida de los embajadores:

Polibio, Historias, II, 3: La reina tomó este desenfado con una ira inconsiderada y propia de su sexo, y la irritó tanto el dicho, que sin respeto a derecho de gentes, envió en seguimiento de los embajadores que habían partido, para que diesen muerte al autor de semejante falta de respeto: acción que lo mismo fue saberse en Roma, que enfurecidos con el insulto de esta mujer, hacer aparatos de guerra, matricular tropas y equipar una armada.

La gobernante de Iliria concedió una audiencia a los embajadores

romanos, quienes le presentaron reclamos por los ataques de los piratas ilirios a varias embarcaciones romanas y le pidieron compensaciones. Durante la reunión, la reina Teuta se comportó con arrogancia y les habló de manera despectiva, con lo cual “Ofendido de esta respuesta el más joven de los embajadores, con libertad conveniente sí, pero importuna” (*Polibio, Historias*, II, 3) le hizo conocer airadamente su posición. Si bien fue inadecuado que el embajador romano tuviera esta reacción frente a las palabras de la reina, su conducta no justificó que ella lo mandara a matar. Esta fue una grave violación de una obligación de *ius gentium* por la que se debía respetar a los embajadores que fue atribuida a Teuta como gobernante del pueblo de Iliria. Como respuesta a esta vulneración del derecho de gentes, los romanos iniciaron la Primera Guerra Ilírica (229 a. C.). De este texto de Polibio se puede constatar que el *ius gentium* era el derecho común que tenía normas públicas (aquellas aplicables a los pueblos, como los romanos y los ilirios, y a sus gobernantes) y las que regularon las relaciones entre los particulares, es decir, a los seres humanos en general. Asimismo, el incumplimiento de una norma de derecho de gentes no afectó su validez ni su vigencia como sucedió en este caso.

En cuanto a la relación entre el *ius gentium* y el *ius civile*, en *Cic. De off.* 3. 17. 69 se estableció: “*Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt; quod civile non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet*”.⁸⁶ Al referirse Cicerón a los antepasados (*maiores*), enfatizó que era antigua la relación entre ambos derechos, lo cual respaldaría la posición por la cual el *ius gentium* existió desde el

⁸⁶ *Cic. De off.* 3. 17. 69: “Así pues, nuestros mayores quisieron que fuera uno el derecho de gentes y otro el derecho civil; el derecho civil no es siempre necesariamente el derecho de gentes, pero el de gentes siempre es también el derecho civil”. CICERÓN, *op. cit.*, p. 194. Véase también *Partitiones Oratoriae*, 37. 130: “*Atque haec communia sunt naturae atque legis; sed propria legis et ea quae scripta sunt, et ea quae sine litteris aut gentium iure aut maiorum more retinentur*”.

inicio de la ciudad de Roma. El jurista consideró que el *ius gentium* y el *ius civile* eran distintos porque el primero contenía normas comunes para los seres humanos, mientras que el derecho civil era el que respondía a los intereses y necesidades de cada ciudad⁸⁷ y aplicables solamente a sus ciudadanos. Por ello, el *ius civile* establecido por el *populus Romanus* tenía instituciones propias que no eran aplicadas a todos los seres humanos, como la *patria potestas* ejercida por el *pater familias* (ciudadano romano *sui iuris*) y las *iustas nuptiae* contraída por ciudadanos romanos. No obstante, la aplicación del *ius civile* no podría justificar el incumplimiento del *ius gentium*. En el caso mencionado por Polibio, aunque la reina Teuta hubiese argumentado que aplicó el derecho de Iliria al embajador romano para matarlo, no podría eximirlo de las consecuencias jurídicas de la vulneración de una norma de derecho de gentes.

Cuando Cicerón afirmó “*quod autem gentium, idem civile esse debet*” (*Cic. De off.* 3. 17. 69), en primer lugar, subrayó que el *ius gentium* estaba presente en los derechos civiles de todos los pueblos y, en consecuencia, también era parte del sistema jurídico romano. Por ello, las normas de *ius gentium* fueron aplicadas a quienes se encontraban en territorio romano sin requerir contar con la aceptación o la incorporación formal a través de un acto normativo público al derecho aplicable en Roma. Además, no dependía de la celebración de acuerdos (*foedera*) entre los pueblos. En segundo lugar, el *ius civile* se debía adaptar al *ius gentium*, no a la inversa porque al ser este último era un derecho común, universal, e inderogable.⁸⁸ Esto será mencionado por Gayo al referirse a la *naturalis ratio* (razón natural) como el fundamento del derecho de gentes.

⁸⁷ BRYCE, J. (1980). “The Law of nature” En *Studies in History and Jurisprudence*. Vol. 2. Aalen: Scientia Verlag, p. 137 s.

⁸⁸ AGUILAR, J. M. (1946). “The Law of Nations and the Salamanca School of Theology” En *Thomist: a Speculative Quarterly Review*, 9, 2, p. 189.

Por consiguiente, el *ius gentium* fue un derecho común para todos los seres humanos y los pueblos, así como era parte del sistema jurídico romano para Cicerón. Si bien sus normas se encontraban en el *ius civile*, no eran idénticas a este último y los intereses de un pueblo no podían justificar el incumplimiento de las normas de derecho de gentes.

Después del fin de la República, el *ius gentium* se continuó aplicando a las relaciones entre particulares, a través de la *iurisdictio* del *praetor peregrinus*, y a los pueblos.

III. b). 2. La definición de *ius gentium* en las *Institutas* de Gayo

En la etapa imperial, hubo varias referencias al *ius gentium* y se debe destacar lo mencionado en las *Institutas* de Gayo, elaboradas en el siglo II d. C., donde se encuentra la siguiente definición.

Gai. 1. 1: Todos los pueblos, que se rigen por leyes y costumbres, usan en parte del suyo y en parte del derecho común a todos los hombres. Porque el derecho que cada pueblo constituyó él mismo para sí, es propio de la ciudad y se llama derecho civil; como derecho peculiar de aquella misma ciudad; pero el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado igualmente por todos, y se llama derecho de gentes, como derecho que se valen los pueblos.⁸⁹

La definición de Gayo establece algunos puntos fundamentales para

⁸⁹ *Gai.* 1. 1: “*Omnes populi que 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*”.

entender al *ius gentium*. Como mencionó Cicerón, en *Gai.* 1. 1 se afirmó que era un derecho común y lo distinguió del *ius civile*, que era el ordenamiento particular de un determinado pueblo. Esto es muy importante porque el *ius gentium* fue aplicado a todos los seres humanos sin establecer *a priori* diferencias basadas en raza, ciudadanía, sexo u otros criterios, así como a todos los pueblos.

En concordancia con lo señalado por Cicerón en *De off.* 3. 17. 69, Gayo sostuvo que las normas que un pueblo empleaba procedían del derecho común a todos los seres humanos (*ius gentium*) y del derecho propio que fue producido en función a sus intereses y fines (*ius civile*). Por ello, el *ius gentium* y el *ius civile* se aplicaron directamente a los seres humanos que se encontraban en el territorio de un pueblo y ambos eran parte del sistema jurídico romano. Esto último justifica por qué no se requirió la incorporación del *ius gentium* ni otro acto de aceptación o recepción para que sus normas sean aplicadas a los seres humanos en territorio romano y por autoridades romanas.

Para Gayo, el fundamento del *ius gentium* fue la *naturalis ratio* (razón natural), que era común a todos los seres humanos.⁹⁰ La razón natural, basada en los planteamientos de Aristóteles⁹¹ y los estoicos,⁹² fue la base de este derecho común universal e inmutable⁹³ aplicado a todos

⁹⁰ AGUILAR, *op. cit.*, p. 189.

⁹¹ Para Bauman, "the basis of the *ius gentium* was simply the theory of natural law formulated by Aristotle". BAUMAN, R. A. (1986). "Odit et Amo: Some Remarks on Roman Attitudes to Greek Law". En *Ancient Society*, 16, 1, p. 10. La influencia de las *polis griegas* en Roma se dio en la República y continuó en el Imperio. Sobre esta influencia en varios aspectos del derecho en Roma, véase: CASCIONE, C. y MASI DORIA, C. (2012). "Du bilinguisme juridique dans le monde Antique". En *European Review of Private Law*, 20, 5/6, p. 1205.

⁹² CLARK, *op. cit.*, p. 252.

⁹³ AGUILAR, *op. cit.*, p. 189; BORCHARD, E. M. (1913). "Basic Elements of Diplomatic Protection of Citizens Abroad". En *The American Journal of International Law*, 7, 3, p. 506 s.; CLARK, *op. cit.*, p. 253.

seres humanos y los pueblos del mundo. Además, era la expresión de los criterios de justicia y humanidad porque no dependía de los intereses de cada pueblo. Por provenir de la razón natural, las normas de *ius gentium* existieron y se aplicaron sin haber estado escritas ni ser el resultado de la celebración de acuerdos (*foedera*) entre los pueblos.

Acerca de la relación entre el *ius gentium* y el *ius civile*, Gayo coincidió con lo afirmado por Cicerón y consideró que la *naturalis ratio* era el fundamento por el cual todos los seres humanos y los pueblos usaron este derecho común. En caso de conflicto, las normas del *ius civile* no podían servir de justificación para desconocer, dejar de aplicar o incumplir lo establecido por el derecho de gentes.

En cuanto a quiénes eran los sujetos del *ius gentium*, la definición de Gayo identificó a los pueblos, los *reges* (por ejemplo, la reina Teuta de Iliria) y los seres humanos, sean ciudadanos romanos o *peregrini*. Inclusive los esclavos, porque llegan a ser tales en aplicación de normas de derecho de gentes.

Finalmente, el *ius gentium* fue un derecho no escrito. No se han encontrado evidencias de que existió un “estatuto del *peregrinus*” ni referencias de éste. El motivo por el cual no fue necesario tener un texto escrito fue que las normas de *ius gentium* eran establecidas por la razón natural y, por ello, formaban parte del sistema jurídico romano. En consecuencia, el pueblo romano aplicó tanto las normas de *ius gentium* como las del *ius civile* a todos los hombres y en sus relaciones con otros pueblos.

En el año 212 d. C., la *Constitutio Antoniniana* del emperador Antonino Caracalla estableció una concesión general de ciudadanía romana a todos los individuos libres que habitaban en territorio del imperio, aunque exceptuó a los latinos aelianos y junianos.⁹⁴ Esta constitución imperial permitió que muchos *peregrini* (extranjeros) se convirtieran en

⁹⁴ MASTINO, A. (1984). “Antonino Magno, la cittadinanza e l'Imperio Universale”. En CATALANO, P. y SINISCALCO, P. *La nozione di "romano" tra cittadinanza e universalità*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 559 ss.

ciudadanos romanos y se les pudiese aplicar tanto el *ius gentium* como el *ius civile*. Esta concesión general de la ciudadanía romana modificó el concepto de *peregrinus*, pero no alteró el concepto de *ius gentium*, aunque tuvo un impacto en la separación entre derecho de gentes y derecho civil en Roma.⁹⁵ No obstante, el *ius gentium* siguió siendo el derecho común aplicado a las relaciones entre pueblos y a los extranjeros que se encontraban fuera del territorio romano.

III. b). 3. La definición de *ius gentium* en el Digesto y las *Instituciones* de Justiniano

En el siglo VI d. C., el emperador Justiniano I ordenó la codificación de las normas del derecho romano y, como resultado, entraron en vigor el *Digesto*, las *Instituciones* y el *Código*.

En el *Digesto* se reprodujo la definición de las *Institutas* de Gayo en el siguiente fragmento:

D. 1. 1. 9: Todos los pueblos, que se rigen por leyes y costumbres, usan en parte del suyo y en parte del derecho común a todos los hombres. Porque el derecho que cada pueblo constituyó él mismo para sí, es propio de la ciudad y se llama derecho civil; como derecho peculiar de aquella misma ciudad; pero el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado igualmente por todos, y se llama derecho de gentes, como derecho que se valen los pueblos.⁹⁶

⁹⁵ ADAME GODDARD, *op. cit.*, p. 171; CLARK, *op. cit.*, p. 260.

⁹⁶ D. 1. 1. 9 (Gayo, *Instituciones*): “*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*”.

Asimismo, las *Instituciones* de Justiniano definieron el *ius gentium* de manera similar a lo que se señaló en el *Digesto*:

I. 1. 2. 1: El derecho se divide en civil o de gentes. Todos los pueblos regidos por leyes o costumbres tienen un derecho, que en parte les es propio, y en parte es común a todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo se da exclusivamente, es propio de los individuos de la ciudad, y se llama derecho civil; mas el que una razón natural establece entre todos los hombres, y se observa en casi todos los pueblos, se llama derecho de gentes, es decir, de todas las naciones. Los romanos siguen también un derecho en parte aplicable a los solos ciudadanos y en parte a todos los hombres. Cuidaremos de determinarlos en sus respectivos lugares.⁹⁷

Si bien resultan similares los textos de *Gai.* 1. 1, D. 1. 1. 9 e I. 1. 2. 1, éstos fueron elaborados en contextos históricos distintos: las *Institutas* de Gayo fueron redactadas antes de la emisión de la *Constitutio Antoniniana* y no tuvieron en cuenta la concesión general de ciudadanía romana otorgada por el emperador Antonino Caracalla. Siglos más tarde, el *Digesto* y las *Instituciones* de Justiniano consagraron la concesión general de ciudadanía romana dada a todos los habitantes libres del Imperio sin las excepciones anteriores según D. 1. 5. 17: “Los que están en el orbe Romano, se hicieron ciudadanos Romanos por una Constitución del Emperador Antonino”.⁹⁸

⁹⁷ I. 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 Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. Quae singula qualia sint, suis locis proponemus.*”

⁹⁸ D. 1. 5. 17 (Ulpiano, *Disputas*): “*In orbe Romano qui sunt, ex Constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt.*”

La definición del *Digesto* y de las *Instituciones*, que es similar a la de *Gai.* 1. 1, coincidió también con el planteamiento de Cicerón al afirmar que el *ius gentium* era un derecho común a todos los seres humanos y a todos los pueblos del mundo, lo cual era congruente con la aspiración de universalidad del derecho romano justiniano. Este derecho común no estaba fundamentado en los intereses o las necesidades de algún pueblo en particular, a diferencia del *ius civile*. Cuando este último fue establecido por el *populus Romanus*, se determinaron cuáles instituciones eran exclusivas de los ciudadanos romanos, las que no fueron aplicadas a los *peregrini* (extranjeros).⁹⁹

Si bien las *Instituciones* de Justiniano mencionaron que había una división del derecho (*Ius autem civile, vel gentium ita dividitur*), era con fines didácticos porque se trataba de un texto para los estudiantes de derecho (*Const. Imp. Maie.* 3).¹⁰⁰ La lectura de I. 1. 2. 1 permite concluir que el *ius gentium* y el *ius civile* no estaban separados, es más, se encontraban dentro del sistema jurídico romano. Por lo tanto, el derecho de gentes era aplicable a todos los seres humanos, entre los cuales estaban los ciudadanos romanos.

Como el *ius gentium* fue establecido por la *naturalis ratio*, que era

⁹⁹ "(...) les étrangers sont exclus d'un éventail très large d'actes, parmi lesquels figurent les actes commerciaux qui concernent les *res pretiosiores* (les biens les plus précieux), les formes de mariage visant à constituer un lien juridique, les testaments, les actes de procédure, certains serments." CASCIONE y MASI DORIA, *op. cit.*, p. 1200. En esa misma línea, véase BAUMAN, "Oh no...", *op. cit.*, p. 135.

¹⁰⁰ La Constitución *Imperatoriam Maiestatem* del año 533 d. C. hizo entrar en vigor a las *Instituciones* de Justiniano y era parte de la reforma de los estudios de Derecho. En *Const. Imp. Maes.* 3, el emperador señaló "que bajo nuestra autoridad y con nuestros consejos compusieran unas Instituciones, para que los primeros rudimentos de las leyes podáis, no aprenderlos en las fabulosas obras antiguas, sino alcanzarlos en las del esplendor imperial" [*ut nostra auctoritate nostrisque suasionibus componant Iustitutiones; ut liceat vobis prima legum cunabula, non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere*].

universal, debía tener observancia absoluta¹⁰¹ en los pueblos y entre los seres humanos sin que se pudiera justificar el incumplimiento de las normas del derecho de gentes por la aplicación del *ius civile* o por los intereses de un determinado pueblo. Este derecho común no surgió a partir de acuerdos (*foedera*) entre los pueblos ni su aplicación estuvo condicionada a la reciprocidad.

Es importante que se haya afirmado que la razón civil no podía corromper los *naturalia iura* como acertadamente se señaló en D. 4. 5. 8, un fragmento atribuido a Gayo: “Es evidente que aquellas obligaciones que se conoce que entrañan una prestación natural no se extinguen con la disminución de cabeza, porque la razón civil no puede destruir los derechos naturales”.¹⁰² La modificación de alguno de los estados de un ser humano (*capitis deminutio*) estaba regulada por el *ius civile* de los romanos y respondía a los intereses del *populus Romanus*. No obstante, ello no llevó a la alteración o extinción de los derechos naturales cuando se producía la disminución de cabeza porque “*civilis ratio naturalia iura corrompere non potest*”. En la medida que el *ius gentium* era un derecho común cuyas disposiciones eran establecidas por la razón natural, era entendido como universal, inmutable, inderogable e independiente de la voluntad de los pueblos, los gobernantes y los seres humanos. Por ello, las normas de derecho de gentes estaban vigentes, debían ser respetadas y cumplidas, aunque se opusieran a las normas del derecho civil o vayan contra los intereses de un pueblo o su gobernante, como sucedió con la reina Teuta de Iliria.

Otro fragmento que presenta el conflicto entre la *naturalis ratio* y una

¹⁰¹ BEZEMER, C. H. (1981). “A Repetitio by Jacques De Révigny on the Creations of the *Ius Gentium*.” En *Revue d’Histoire du Droit*, 49, p. 298; BROWN, *op. cit.*, p. 364; CLARK, *op. cit.*, p. 347.

¹⁰² D. 4. 5. 8 (Gayo, *Comentarios al Edicto Provincial*): “*Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelliguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrompere non potest*”.

norma de *ius civile* en Roma es el que se refirió al usufructo (*usufructus*) del dinero. Según la definición de D. 7. 1. 1 “El usufructo es el derecho de usar y disfrutar de cosas ajenas, quedando salva la naturaleza de las cosas”.¹⁰³ De este modo, la *res* (cosa) sobre la que recaía el usufructo debía ser fructífera no consumible para ser usada y producir los frutos, los que serían adquiridos por el usufructuario. Además, la *res* dada en *usufructus* no debía ser destruida o extinguida por el uso porque debía ser devuelta a su propietario. No obstante, en el *Digesto* se mencionó que podrían constituirse el usufructo sobre todas las cosas, inclusive aquellas que se consumían o eran destruidas con el uso según D. 7. 5. 1: “Determinó el Senado, que pueda legarse el usufructo de todas las cosas que constase que existen en el patrimonio de cualquiera; por cuyo Senadoconsulto parece que se introdujo, que pueda legarse el usufructo de aquellas cosas que se consumen o disminuyen por el uso”.¹⁰⁴ La decisión del Senado romano por la cual se admitía la posibilidad de legar en usufructo todas las cosas (*res*) patrimoniales, inclusive las consumibles, resultaba jurídicamente cuestionable; entre estas últimas estaba el dinero, una *res* consumible que se extinguía con el primer uso. Al respecto, se explicó por qué no podía constituirse un usufructo de dinero en D. 7. 5. 2. 1: “Por cuyo Senadoconsulto no se hizo esto, que propiamente hubiese usufructo de cantidad de dinero; porque la razón natural no se pudo alterar por la autoridad del Senado”.¹⁰⁵ La razón natural determinó que se constituyera usufructo sobre las cosas

¹⁰³ D. 7. 1. 1 (Paulo, *Comentarios a Vitelio*): “*Usufructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*”.

¹⁰⁴ D. 7. 5. 1 (Ulpiano, *Comentarios a Sabino*): “*Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usufructus legari possit; quo Senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit usufructus legari*”.

¹⁰⁵ D. 7. 5. 2. 1 (Gayo, *Comentarios al Edicto Provincial*): “*Quo Senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae usufructus proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit*”.

fructíferas no consumibles y no sobre aquellas *res* consumibles como el dinero. En consecuencia, fue acertado que el Senado decidiera no establecer el usufructo sobre el dinero porque este resultaría “antinatural” por ir contra la *naturalis ratio*. En el supuesto de que el Senado hubiese decidido otorgar el usufructo sobre el dinero, pese a ser contrario a la razón natural, hubiese prevalecido ésta sobre la norma de *ius civile*.

En cuanto a las normas e instituciones del *ius gentium*,¹⁰⁶ se encuentran varias en el *Digesto* y se aplicaron tanto a los pueblos como a los individuos como se señaló en un fragmento atribuido a Hermogeniano:

D. 1. 1. 5: Por este derecho de gentes se introdujeron las guerras, se dividieron las gentes, se fundaron los reinos, se distinguieron los dominios, se pusieron límites a los campos, se constituyeron edificios, se instituyeron el comercio, las compraventas, los arrendamientos, y las obligaciones, con excepción de algunas introducidas por el derecho civil.¹⁰⁷

En este fragmento se precisó que el *ius gentium* contaba con normas públicas para las relaciones entre los pueblos y las aplicables a los seres humanos. Entre las que se aplicaban a los pueblos estaban las referidas a la guerra, las que establecieron los límites de sus territorios y la inviolabilidad de los embajadores o legados. El *Digesto* recogió esta última obligación en el siguiente fragmento:

D. 50. 7. 17: Si alguno hubiese golpeado a un legado de los enemigos, se estima

¹⁰⁶ Para Clark, “The Digest is an enduring monument to Jus Gentium. [...] Justinian's Digest stands out easily not only as the greatest work on Roman law, but as the world's greatest law book.” CLARK, *op. cit.*, p. 263.

¹⁰⁷ D. 1. 1. 5 (Hermogeniano, *Epítome del Derecho*): “*Ex hoc iure gentium introducta bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emtiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutæ, exceptis quibusdam, quæ a iure civili introductæ sunt.*”

que hizo esto contra el derecho de gentes, porque los legados son considerados santos; y por lo tanto, si hallándose entre nosotros legados de alguna nación se hubiera declarado la guerra contra ellos, se respondió que ellos quedaban libres; porque es conveniente al derecho de gentes que así sea. Y así, Quinto Mucio solió responder, que el que hubiese golpeado a un legado debía ser entregado a los enemigos, de quienes eran los legados (...).¹⁰⁸

El *ius gentium* estableció la obligación de respetar al embajador o legado de un pueblo extranjero, aunque fuese un enemigo (*hostis*). En consecuencia, no se podía afectar su integridad física ni quitarle la vida mientras ejercía esta función. De este modo, se constata la permanencia de una norma de *ius gentium* sobre la inviolabilidad de los embajadores o legados que se encontraba vigente en la República y fue mencionada por Polibio a propósito de la muerte de un embajador romano por orden de la reina Teuta de Iliria (*Polibio, Historias*, II. 3). Según D. 50. 7. 17, todos los pueblos, sus gobernantes y los seres humanos estaban obligados a respetar a los embajadores o legados de otros pueblos. Esta obligación no se limitaba a aquellos que representaban a los pueblos con los que se tenían relaciones pacíficas, también era exigible respecto al representante de un pueblo enemigo (*legatus hostium*) al cual se le hubiese declarado la guerra (*bellum cum iis indictum sit*). De allí que toda agresión física contra un legado de un pueblo, aunque no sea letal, fuera considerada una grave vulneración al *ius gentium* porque este representante era considerado santo (*quia sancti habentur legati*). En caso de que se produjera esta grave ofensa al derecho de gentes, el pueblo estaba obligado a repararla y entregar a quien agredió al *legatus hostium*.

¹⁰⁸ D. 50. 7. 17 (Pomponio, *Comentarios a Quinto Mucio*): “*Si quis legatum hostium pulsasset, contra ius gentium id commissum esse existimatur, quia sancti habentur legati; et ideo, si, quum legati apud nos essent gentis alicuius, bellum cum iis indictum sit, responsum est liberos eos manere; id enim iuri gentium convenit esse. Itaque eum, qui legatum pulsasset, Quintus Mucius dedi hostibus, quorum eran legati, solitus est respondere (...)*”.

Si quien vulneró la inviolabilidad de un embajador o legado era un ciudadano romano, el *populus Romanus* debía entregarlo al pueblo del cual el legado era representante.

Para Bloch, resulta curioso que este fragmento atribuido a Pomponio no haya mencionado los rituales religiosos o que era necesario que el legado llevara hierbas santas (como la *sagmina*) para cumplir sus funciones, y atribuye esta ausencia al requisito de reciprocidad que algunos pueblos exigían para respetar a los legados extranjeros.¹⁰⁹ Sin embargo, se debe tener en cuenta, en primer lugar, que la vigencia y aplicación de una norma de *ius gentium* no dependía de la reciprocidad porque pertenecía al derecho común y era establecida por la razón natural. En segundo lugar, el emperador Justiniano I fue un gobernante cristiano y ello influyó en muchas normas que están en el *Corpus Iuris Civilis*. Por ello, es plausible que no se hubieran mencionado los rituales más antiguos sobre investidura religiosa del legado que fueron utilizados para consagrarlo como santo (*sanctus*).

Respecto a otra institución de *ius gentium* que se mantuvo a lo largo de la historia de Roma fue la esclavitud, tal como se señaló en D. 1. 5. 4. 1: “La esclavitud es una constitución del derecho de gentes por la que alguno está sujeto contra la naturaleza al dominio ajeno”.¹¹⁰ Si bien se afirmó que la esclavitud era contraria a la libertad¹¹¹ del ser humano, se aplicó en todos los pueblos y a todos los seres humanos. Cuando los pueblos estaban en guerra, los enemigos capturados eran hechos prisioneros y convertidos en esclavos (D. 1.

¹⁰⁹ BLOCH, D. (2006). “Res Sanctae in Gaius and the Founding of the City”. En *Roman Legal Tradition*, 3, p. 54.

¹¹⁰ D. 1. 5. 4. 1 (Florentino, *Institutiones*): “*Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur*”.

¹¹¹ D. 1. 5. 4. pr. (Florentino, *Institutiones*): “Libertad es la natural facultad de hacer lo que place a cada cual, salvo si algo se prohíbe por la fuerza o por el derecho: “*Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut iure prohibetur*”.

5. 5. 1).¹¹² Asimismo, si una mujer había sido esclava desde el inicio de la gestación hasta el parto, su hijo o hija nacía esclavo (D. 1. 5. 5. 1)¹¹³ porque la madre le transmitía este estado jurídico según el derecho de gentes.

En cuanto a las relaciones entre los particulares (ciudadanos romanos y *peregrini*), el *ius gentium* dio lugar a la mayoría de obligaciones según D. 1. 1. 5, es decir, nacieron a partir de la *naturalis ratio* (que expresa una conciencia común de los pueblos del mundo) y no del *ius civile*.

Por lo anteriormente mencionado, el *ius gentium* fue el derecho común establecido por la razón natural y aplicado a todos los pueblos y seres humanos del mundo (*orbis terrarum*). Además, se encontraba dentro el sistema jurídico romano. El incumplimiento de las normas de derecho de gentes no pudo ser justificado por la aplicación del *ius civile*.

IV. El derecho internacional a partir de la Paz de Westfalia (1648)

Con la caída de la parte occidental del Imperio romano, los reinos y los pueblos europeos continuaron relacionándose entre sí, celebraron acuerdos, plantearon reclamos y, en muchos casos, llevaron a cabo guerras para solucionar sus disputas. En los siglos XV y siglo XVI se sostuvo que el derecho de gentes se aplicaba a las relaciones entre las comunidades políticas, cuyo antecedente habría sido el *ius gentium* que existió en las fuentes jurídicas romanas.

¹¹² D. 1. 5. 5. 1 (Marciano, *Instituciones*): "(...) por el derecho de gentes son esclavos nuestros, los que son cogidos de los enemigos (...)"

¹¹³ D. 1. 5. 5. 1 (Marciano, *Instituciones*): "(...) por derecho de gentes son esclavos (...) los que nacen de nuestras esclavas". "(...) *iure gentium servi nostri sunt (...)* qui ex ancillis nostris nascuntur".

Para Francisco de Vitoria, el más destacado representante de la Escuela Española de Derecho Internacional, las relaciones de la *societas gentium* compuesta por los Estados¹¹⁴ se encontraban reguladas por el derecho de gentes¹¹⁵ que definió en su *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*: “Se llama derecho de gentes el que la razón natural constituyó entre todas las naciones” (*De Indis, sec. III, pro. 1*).¹¹⁶ Si bien esta definición repitió parcialmente lo señalado en *Gai.* 1. 1, D. 1. 1. 9 e I. 1. 2. 1, tuvo una diferencia importante porque reemplazó el término *homines* de las fuentes romanas por *gentes*, que se refería a los Estados,¹¹⁷ entes políticos soberanos con personalidad jurídica distinta a sus súbditos. De esta manera, el derecho de gentes vitoriano fue el derecho entre los Estados (*ius inter gentes*), no un derecho común a todos los seres humanos (*ius gentium*), lo cual tuvo una influencia en la concepción del derecho internacional como un derecho interestatal.

Se considera que el nacimiento del derecho internacional se dio con la Paz de Westfalia, la cual se logró a partir de los acuerdos de paz de Osnabrück y Münster firmados el 24 de octubre de 1648, los que

¹¹⁴ Para Fernández Ruiz-Gálvez, el orbe vitoriano comprendía distintas comunidades políticas, como las naciones o los Estados, y constituía “una comunidad universal de todos los hombres y de todos los pueblos particulares.” FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. (2017). “El *totus orbis* y el *ius gentium* en Francisco de Vitoria: el equilibrio entre tradición e innovación.” En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 35, p. 24.

¹¹⁵ CASTELLÀ SURRIBAS, S. J. (2016). *¿Hacia un nuevo Derecho de Gentes? El principio de dignidad de la persona como precursor de un Nuevo derecho internacional*. Discurso de ingreso en la Real Academia Europea de Doctores, como Académico de Número, en el acto de su recepción el 30 de junio de 2016, Barcelona, p. 55 s.

¹¹⁶ *De Indis, sec. III, pro. 1*: “*Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium*.” DE VITORIA, F. (1928). *Relecciones sobre los indios y el derecho de Guerra*. Madrid: Espasa Calpe, p. 144 s.

¹¹⁷ GARCÍA VILAR, J. A. (1982). “Comunidad internacional y derecho de gentes en Gabriel Vásquez.” En *Revista de Estudios Internacionales*, 3, 3, p. 781.

fueron celebrados por los Estados católicos y protestantes europeos, y pusieron fin a la guerra de los Treinta Años¹¹⁸ en el Sacro Imperio Romano Germánico y a la guerra de los Ochenta Años entre España y los Países Bajos. A diferencia de los acuerdos celebrados anteriormente, los tratados de la Paz de Westfalia establecieron derechos y obligaciones internacionales para los Estados soberanos europeos cristianos cuyo fundamento era el consentimiento expresado por ellos. De este modo, el derecho internacional fue entendido como el conjunto de normas jurídicas internacionales que regulaban las relaciones entre los Estados, entes soberanos e iguales.¹¹⁹ Al ser un derecho creado y aplicado por los Estados,¹²⁰ Richard Zouche lo llamó *ius inter gentes*.¹²¹ En 1780, la expresión *ius inter gentes* fue reemplazada por el “derecho internacional”, acuñado por Jeremy Bentham para referirse al derecho que regulaba las relaciones entre los Estados;¹²² este tuvo mejor acogida y es utilizado hasta la actualidad.

La centralidad del Estado en el derecho internacional westfaliano hizo que fuera su único sujeto y tuviera una doble función: creador de las

¹¹⁸ LESAFFER, *op. cit.*, p. 34 s.; MARQUARD, B. (2007). “El mito del sistema de Westfalia: una re-evaluación de la cesura de 1648 en la historia del Derecho Internacional Público.” En *Pensamiento Jurídico* (Bogotá), 20, p. 105.

¹¹⁹ CASTELLÀ SURRIBAS, *op. cit.*, p. 42.

¹²⁰ CRAWFORD, J. (2018). “The current political discourse concerning International Law.” En *Modern Law Review*, 81, 1, p. 6 s.; DIEZ DE VELASCO, M. (2013). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 18ª ed. Madrid: Marcial Pons, p. 65.

¹²¹ “(...) *jus inter gentes* – to replace the older, more ambiguous, though universally employed expression, *jus gentium*.” PHILLIPSON, C. (1908). “Richard Zouche.” En *Journal of the Society of Comparative Legislation*, 9, 2, p. 284. En esa misma línea, CLARK, *op. cit.*, p. 347.

¹²² EKELOVE-SLYDAL, G. (2018). “Jeremy Bentham’s Legacy: A Vision of an International Law for the Greatest Happiness of All Nations.” En BERGSMO, M. y BUIS, E. (eds.). *Philosophical Foundations of International Criminal Law: Correlating Thinkers*. Brussels: Torkel Opsahl Academic Epublisher, p. 430.

normas internacionales y su destinatario, si prestaban su consentimiento. Por ello, las fuentes del derecho internacional fueron los tratados y las costumbres internacionales que dependían de la voluntad del Estado. En cuanto a los tratados, se requería que el Estado manifieste su consentimiento (*pacta sunt servanda*) para estar obligado a cumplirlo.¹²³ Respecto a la costumbre internacional general, un Estado que no estaba de acuerdo con ella podía oponerse expresa y públicamente (ser objetor persistente) en la etapa de su formación y, en consecuencia, la norma consuetudinaria no le sería aplicable.¹²⁴ Como la soberanía del Estado impedía que otro le impusiera deberes u obligaciones que no hubiese aceptado libremente, sea de manera expresa o tácita, el derecho internacional fue un ordenamiento jurídico público y voluntario¹²⁵ en el que los seres humanos eran súbditos del Estado y estaban sometidos a su ordenamiento jurídico.

En concordancia con lo anterior, el contenido del derecho internacional westfaliano se refería a las relaciones internacionales de naturaleza interestatal, tales como la adquisición y delimitación de territorios, las reglas aplicables a la guerra, el principio de libertad de los mares, entre otros, lo cual era solamente una parte de las normas del *ius gentium*¹²⁶ de los romanos.

Por ser un *ius inter gentes* (interestatal), el derecho internacional westfaliano fue un conjunto de normas *à la carte* o hecho a la medida de los intereses de cada Estado puesto que elegía cuáles derechos y obligaciones internacionales asumía en ejercicio de su soberanía. En consecuencia, no

¹²³ DIEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 195.

¹²⁴ CÁRDENAS CASTAÑEDA, F. y CASALLAS MÉNDEZ, O. (2015). "Una gran medida de 'opinio juris' y práctica estatal al gusto: ¿la receta de la costumbre internacional contemporánea?" En *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 8, p. 104.

¹²⁵ LESAFFER, *op. cit.*, p. 33; MAQUARD, *op. cit.*, p. 127.

¹²⁶ "Jus Gentium is far more than the law governing international rights. It is the law, both public and private, common to all nations (...)" CLARK, *op. cit.*, p. 347.

fue un derecho común a todos los hombres y a todos los pueblos, como lo era el *ius gentium* en Roma, ni aspiró a la universalidad.

El concepto y el contenido del derecho internacional westfaliano se mantuvieron hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial y, en adelante, se han producido cambios sustanciales que veremos más adelante.

V. Diferencias entre *ius gentium* y el derecho internacional westfaliano

A partir de lo señalado anteriormente, se pueden identificar varias diferencias entre el *ius gentium* de las fuentes romanas y el derecho internacional westfaliano que presentaremos a continuación.

En primer lugar, el *ius gentium* fue el derecho común de los seres humanos y los pueblos, mientras que el derecho internacional westfaliano, entendido como *ius inter gentes*, fue un derecho creado por los Estados y aplicado a éstos, que eran sus sujetos primarios y principales. Pese al carácter “general” del derecho internacional, existían muchas normas internacionales que no eran aplicadas a todos los Estados del mundo porque dependían de su consentimiento.

En segundo lugar, el *ius gentium* era establecido por la razón natural (*naturalis ratio*) y no dependía de la voluntad de los gobernantes de los pueblos ni expresaba intereses de uno o un grupo de pueblos. A diferencia del derecho internacional westfaliano, el *ius gentium* no tuvo origen ni fundamento convencional ni se limitó a lo que había sido pactado entre los pueblos. Por su parte, las principales fuentes del derecho internacional westfaliano fueron los tratados y las costumbres internacionales, los que expresaron la voluntad soberana de los Estados.

En tercer lugar, el *ius gentium* no pudo ser derogado ni modificado por la voluntad de los pueblos, los gobernantes ni de los seres humanos porque estaba basado en la *naturalis ratio*. Por ello, las razones o intereses de un pueblo o de un grupo de individuos no afectaron su

aplicación ni justificaron el incumplimiento las normas de derecho de gentes. Como el derecho internacional westfaliano respondía a los intereses de los Estados soberanos y ellos establecían sus normas, podían derogarlas o, en caso de los tratados multilaterales, retirarse de ellos cumpliendo las disposiciones correspondientes.

En cuarto lugar, como el *ius gentium* era un derecho común a todos los seres humanos, se aplicó tanto en las relaciones entre los pueblos como a los individuos sin necesidad de pasar por un proceso de incorporación en el derecho interno. Por ello, el *praetor peregrinus* aplicó directamente el *ius gentium*, que era parte del sistema jurídico romano, para resolver las controversias que surgían entre ciudadanos romanos y *peregrini* o *peregrini* entre sí en ejercicio de su *iurisdictio* (D. 1. 2. 2. 28). Mientras que el derecho internacional requiere que sus normas sean incorporadas en el derecho interno de los Estados, sea de una manera automática (doctrina monista) o a través de una transformación (doctrina dualista).¹²⁷

Por lo anteriormente mencionado, el *ius gentium*, el derecho común fundado en la *naturalis ratio*, se diferenció del derecho internacional westfaliano (*ius inter gentes*) en su concepto, sujetos, contenido, fuentes y obligatoriedad.

VI. Algunas consideraciones sobre el *ius gentium* en la actualidad

El derecho internacional westfaliano mantuvo su carácter interestatal por casi tres siglos y, a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, se produjeron varios cambios importantes en sus sujetos, fuentes y contenido. Al respecto, se podría reflexionar si hay algo que se asemeje al *ius gentium* en el derecho internacional del siglo XXI.

¹²⁷ DIEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 247 s.

VI. a) Sobre el derecho internacional contemporáneo

En la actualidad, el derecho internacional ha dejado de estar centrado en los derechos y obligaciones de los Estados. En el último siglo han surgido nuevos temas de interés en el ámbito internacional, como la protección de los seres humanos, que han cuestionado la soberanía del Estado y han hecho necesario el establecimiento de un conjunto de normas especializadas que los regulen. Este proceso ha sido llamado la “fragmentación del derecho internacional”, en la que se constata la construcción de varios regímenes especiales (como el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho penal internacional, el derecho del mar, entre otros) sobre la base del derecho internacional general.¹²⁸ Este proceso de fragmentación es normativo e institucional porque, además de las normas especializadas, se han creado nuevas organizaciones internacionales y tribunales internacionales con competencias específicas como la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Corte Penal Internacional.

La fragmentación ha presentado nuevos problemas y retos al derecho internacional contemporáneo. El magistrado de la Corte Internacional de Justicia James Crawford afirmó que el sistema jurídico internacional es una especie de torta de capas (*a sort of layer cake*) que está fortalecido en su núcleo, pero hay algunos estratos más externos que son más débiles y fáciles de erosionar por la acción política de los Estados¹²⁹ como, por ejemplo, las normas internacionales ambientales¹³⁰ o las del

¹²⁸ NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL (2006). Resolución 61/34. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 58° período de sesiones*.

¹²⁹ CRAWFORD, *op. cit.*, p. 2.

¹³⁰ Un ejemplo de la decisión política de un gobierno de un Estado de desvincularse de un tratado multilateral en material ambiental es la del expresidente norteamericano Donald Trump, quien notificó el retiro a Estados Unidos de América del Acuerdo de París sobre Cambio Climático el 4 de noviembre de 2019, aunque este tratado había sido promovido y ratificado

derecho penal internacional,¹³¹ que son regímenes especiales. En esa misma línea, Weiler planteó que el derecho internacional cuenta con capas geológicas superpuestas, donde se aprecia que las más antiguas son más fuertes y las más recientes resultan suaves.¹³² Si bien hay mayor posibilidad de erosión o no cumplimiento de las normas internacionales más recientes por parte de los Estados, el derecho internacional actual no depende exclusivamente de lo que éstos opinen¹³³ porque hay una participación muy activa de actores no estatales como, por ejemplo, las organizaciones no gubernamentales (ONGs) y foros de discusión que hacen propuestas para el desarrollo de las normas internacionales. Es importante destacar la existencia de las normas imperativas internacionales (*ius cogens*) de alcance universal que deben ser cumplidas por todos los sujetos del derecho internacional, incluyendo los Estados,

por su antecesor Barack Obama. No obstante, cuando el presidente Joe Biden asumió la presidencia, dejó sin efecto este retiro y formuló su aceptación el 20 de enero de 2021, por lo que actualmente Estados Unidos de América es parte del Acuerdo de París. Un interesante análisis sobre las consecuencias jurídicas del retiro de Estados Unidos de América del Acuerdo de París se encuentra en CRAWFORD, *op. cit.*, p. 17 ss. Sobre el Acuerdo de París, véase: UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, *Paris Agreement*. Recuperado de: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=_en.

¹³¹ Algunos miembros permanentes del Consejo de Seguridad (China, los Estados Unidos de América y la Federación Rusa) no son parte del Estatuto de Roma, así como otros se han retirado de este tratado como Sudáfrica. Al respecto, véase CRAWFORD, *op. cit.*, p. 12 ss. y UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, *Rome Statute of the International Criminal Court*. Recuperado de: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en#9.

¹³² WEILER, J. (2020). “La Geología del Derecho Internacional. Gobernanza, Democracia y Legitimidad”. En *Revista Derecho del Estado*, 46, p. 6 s.

¹³³ KIM EUN-JUNG K. (2015). “Acceptability, Impartiality, and Peremptory Norms of General International Law”. En *Law and Philosophy*, 34, p. 695; LESAFFER, *op. cit.*, p. 46 s.

aunque ellos no las hayan aceptado.¹³⁴ Además, hay mecanismos para atribuirles la responsabilidad internacional por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Si bien los Estados siguen siendo los sujetos primarios y principales del derecho internacional contemporáneo, no son los únicos. La aceptación de la subjetividad internacional de otros entes tuvo un hito importante en la Opinión Consultiva sobre Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas de 1949 de la Corte Internacional de Justicia, en la que se admitió que había otros sujetos de derecho internacional que no contaban con soberanía.¹³⁵ Actualmente, son sujetos de derecho internacional las organizaciones internacionales y los seres humanos. Las primeras son personas jurídicas de derecho internacional que fueron creadas por los Estados para llevar a cabo diversas funciones que contribuyen a la cooperación internacional, como la Organización de las Naciones Unidas, o a la integración,¹³⁶ como la Comunidad Andina.¹³⁷ En cuanto a los seres humanos, cuentan con derechos fundamentales que son protegidos incluso frente al Estado, del cual el individuo es nacional, lo que tuvo como consecuencia la limitación de la soberanía.¹³⁸ Asimismo, el ser humano puede ser responsable por la comisión de crímenes internacionales. Si bien el primer intento de atribuir responsabilidad penal a un individuo estuvo

¹³⁴ QUISPE REMÓN, F. (2020). “*Ius cogens* en el Sistema Interamericano: su relación con el debido proceso”. En *Revista de Derecho* (Barranquilla), 34, p. 45 s.

¹³⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (1949). *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations. Advisory Opinion of April 11th*. Recuperado de: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>.

¹³⁶ DIEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 358 ss.

¹³⁷ La Comunidad Andina es una organización subregional de integración cuyos Estados miembros son Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Recuperado de: <https://www.comunidadandina.org/>.

¹³⁸ CASTELLÀ SURRIBAS, *op. cit.*, p. 21.

dirigido a juzgar al *káiser* Guillermo II de Alemania al final de la Primera Guerra Mundial por cometer crímenes de guerra e incumplir los tratados, ello no prosperó.¹³⁹

En la última década se ha reconocido la subjetividad internacional a diversos entes que tienen obligaciones o derechos internacionales, como las comunidades indígenas y tribales de conformidad con la Opinión Consultiva 22/16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁴⁰ lo cual les permite contar con una mayor protección de sus derechos colectivos. Además, se presentan argumentos a favor de reconocer cierta subjetividad internacional a los pueblos indígenas¹⁴¹ a nivel universal y a las empresas transnacionales.¹⁴²

De este modo, el derecho internacional contemporáneo se diferencia del westfaliano porque corresponde a una comunidad internacional más compleja en la que el respeto a la persona humana limita la soberanía estatal y se busca custodiar los valores esenciales de toda la humanidad.¹⁴³

¹³⁹ DIEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 76; 413.

¹⁴⁰ “(...) las comunidades indígenas y tribales son titulares de los derechos protegidos en la Convención y, por tanto, pueden acceder ante el sistema interamericano (...)”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-22/16 Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador*, 2016, p. 47. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf.

¹⁴¹ FIGUERA VARGAS, S. (2010). “Los Pueblos Indígenas: Libre Determinación y Subjetividad Internacional”. En *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 22, p. 121.

¹⁴² AIRA GONZÁLEZ, P. (2017). “Reflexiones jurídicas en torno a la consideración de la Empresa Transnacional como Sujeto del Derecho Internacional”. En *Revista de Derecho UNED*, 20, p. 261.

¹⁴³ Para Viola, “la función de este derecho de gentes, ahora como entonces, es defender la universalidad de la regla jurídica, tutelar las] expectativas de todos los hombres sin

Sin embargo, el derecho internacional contemporáneo no podría ser entendido hoy como un derecho común a todos los hombres como lo fue el *ius gentium* para los romanos.

VI. b) *Ius gentium* y la *lex mercatoria*

Tras la caída de la parte occidental del Imperio romano, las autoridades de cada reino o comunidad política en Europa aplicaron distintas normas en su territorio. Ello llevó a que los comerciantes, quienes se desplazaban por varios territorios para comprar y vender, crearan sus propias normas para regular sus actividades y establecer medios para solucionar de manera eficiente y definitiva sus controversias comerciales.

Se llamó *lex mercatoria*¹⁴⁴ al conjunto de normas de derecho privado creado por los comerciantes en la Edad Media para regular sus actividades comerciales,¹⁴⁵ es decir, ellos eran quienes las establecían, no la

discriminación y custodiar bienes y valores esenciales para la humanidad". VIOLA, F. (2004). "Derecho de Gentes antiguo y contemporáneo". En *Persona y Derecho*, 51, p. 176; también CASTELLÀ SURRIBAS, *op. cit.*, p. 66.

¹⁴⁴ En la doctrina anglosajona, se le conoce también como *Law Merchant*. GEMMELL, A. y TALBOTT, A. (2017). "The Lex Mercatoria-Redux". En *Lincoln Law Review*, 44, p. 5.

¹⁴⁵ Sobre el surgimiento de la *lex mercatoria*, Cándano Pérez señaló que "el derecho romano fue deficiente en la unificación del derecho comercial internacional, con el pasar del tiempo comienzan a surgir usos y costumbres concebidos por y para los comerciantes que agrupan una especie de 'derecho consuetudinario y corporativo' creado por los gremios, y es la llamada *lex mercatoria*". CÁNDANO PÉREZ, M. (2018). "La Unificación del Derecho Comercial Internacional: Nueva *Lex Mercatoria* como alternativa al derecho estatal". En *Prolegómenos Derechos y Valores*, 21, 41, p. 150. Si bien Cándano Pérez coincide con el concepto y contenido de la *lex mercatoria* (derecho de los comerciantes) señalado por Gemmell y Talbott, no es exacto afirmar que su existencia fue producto de la deficiencia del derecho romano para

autoridad pública, y su fundamento era la confianza mutua y la equidad.¹⁴⁶ Pero estas normas no tenían una aspiración de universalidad.¹⁴⁷ Como sostienen Gemmell y Talbott, la *lex mercatoria* no era producto del derecho natural porque respondía a las necesidades prácticas de los comerciantes, aquellas que surgían cada día.¹⁴⁸ Sus normas eran no escritas y se les conocía como los usos y costumbres del comercio. Además, solamente se aplicaban a los comerciantes, no a otras personas, ni para actividades que no sean comerciales. Con el correr del tiempo, algunos usos y costumbres del comercio fueron reconocidos o mencionados en las normas del Estado como, por ejemplo, en el artículo 2 del Código de Comercio de Perú de 1902.¹⁴⁹ Sin embargo, no era necesario que la *lex mercatoria* se encuentre recogida en una norma del Estado para estar vigente porque los comerciantes la empleaban en sus relaciones entre sí y para resolver sus controversias.

Con la globalización, se planteó una nueva *lex mercatoria* para las transacciones en el mercado mundial, que contiene el conjunto de principios del comercio internacional, las normas uniformes y no discriminatorias que regulan las transacciones comerciales contemporáneas para hacerlas más competitivas y eficientes.¹⁵⁰ Si bien se discute

unificar el derecho comercial porque sus principios, como la equidad, estarían a la base de ella. GEMMELL y TALBOTT, *op. cit.*, p. 1 ss.

¹⁴⁶ GEMMELL y TALBOTT, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴⁷ GLITZ, F. (2017). "Lex Mercatoria: ¿Orden jurídico autónomo?". En *Revista de La Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 5, 9, p. 205.

¹⁴⁸ GEMMELL y TALBOTT, *op. cit.*, p.1.

¹⁴⁹ Artículo 2 del Código de Comercio de Perú de 1902: "Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza (...)."

¹⁵⁰ CÁNDANO PÉREZ, M., *op. cit.*, p. 204.

si esta nueva *lex mercatoria* es un ordenamiento jurídico autónomo,¹⁵¹ se constata que es espontánea y uniforme, no ha sido creada por el Estado. Además, estaría relacionada al *soft law*¹⁵² que tiene un carácter persuasivo. Algunos ejemplos de la *lex mercatoria* contemporánea son los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 2016¹⁵³ y los *Incoterms (International Commercial Terms)* que son definiciones estándar de la Cámara Internacional de Comercio (CCI), cuya finalidad es facilitar las relaciones comerciales entre compradores y vendedores al establecer sus obligaciones y responsabilidad en la compraventa de bienes y servicios.¹⁵⁴

Por lo anteriormente mencionado, se puede afirmar que la *lex mercatoria* y su desarrollo actual buscan el establecimiento de un derecho de los comerciantes de aplicación internacional, lo cual

¹⁵¹ Sobre la discusión sobre la autonomía de la *lex mercatoria*, véase: CALDERÓN MARENCO, E. (2018). “Los Incoterms como instrumento de Derecho Suave (*Soft Law*)” En *Revista E-Mercatoria*, 17, 1, p. 60 ss.; GLITZ, F., op. cit., p. 198 ss.

¹⁵² CALDERÓN MARENCO, op. cit., p. 63 ss. Sobre el *soft law* del derecho internacional, véase: GUZMÁN, A. y MEYER, T. (2010). “International Soft Law” En *Journal of Legal Analysis*, 2, 1, p. 171 ss.

¹⁵³ *Unidroit Principles 2016*. Recuperado de: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>; Sobre la importancia de los Principios UNIDROIT en el derecho del comercio internacional, véase: CÁNDANO PÉREZ, M., op. cit., p. 153 s.; GLITZ, op. cit., p. 20.

¹⁵⁴ Los *Incoterms* se actualizan periódicamente. Por ejemplo, un *Incoterm* que es utilizado en el comercio internacional es FOB (*Free On Board*) donde el vendedor asume todos los costes y los riesgos hasta que las mercancías se entregan a bordo del barco, se encarga también del despacho para exportación. El comprador asume todas las responsabilidades una vez que las mercancías se encuentran a bordo. Para más información sobre los *Incoterms*, véase: INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Incoterms 2020*. Recupeado de: <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-2020/>.

difiere del *ius gentium*¹⁵⁵ que existió en Roma. El derecho de gentes no se limitó a ser un derecho comercial entre los comerciantes romanos y extranjeros porque se refirió a varias obligaciones entre los particulares, y también contó con normas aplicables a las relaciones entre los pueblos como la inviolabilidad de los embajadores. Como señaló Gayo, el *ius gentium* era entendido como el derecho común a todos los seres humanos que había sido inspirado por la razón natural y aplicado en todos los pueblos. Por ello, no se limitó a los actos de comercio de los comerciantes.

VI. c) *Ius gentium* y las normas imperativas del derecho internacional (*ius cogens*)

En el derecho internacional westfaliano, las fuentes de sus normas eran los tratados y las costumbres por ser expresiones de la voluntad de los Estados soberanos. Además, se admitió que los principios generales del derecho, muchos de ellos provenientes del derecho interno, fueran aplicables como *pacta sunt servanda* o la buena fe.

Después de la Segunda Guerra Mundial, las atrocidades cometidas por los Estados llevaron a plantear esta pregunta: ¿hay normas internacionales que provengan de una fuente que no dependa de la voluntad del Estado, es decir, que no sean convencionales o consuetudinarias? Como respuesta, se reconoció la existencia de normas imperativas del derecho internacional (*ius cogens*) que los Estados debían cumplir, aunque no las hayan aceptado. Al respecto, la Convención de Viena sobre

¹⁵⁵ Al respecto, Adame sostiene que el derecho del comercio internacional se daría en una situación fáctica similar a la que existió al surgir el *ius gentium* en Roma: la intensidad de relaciones comerciales distintas que tenían distintos derechos internos. ADAME GODDARD, J., *op. cit.*, p. 181 s.

el Derecho de los Tratados de 1969¹⁵⁶ mencionó los efectos jurídicos internacionales de celebrar un tratado cuyas disposiciones vayan en contra una norma de *ius cogens* existente en el artículo 53¹⁵⁷ o una de *ius cogens* emergente en el artículo 64.¹⁵⁸ En ambos supuestos, la consecuencia es la nulidad del tratado.¹⁵⁹

Las normas imperativas (*ius cogens*) son la expresión del consenso general de la comunidad internacional sobre la protección de los valores comunes¹⁶⁰ de vital importancia y de la unidad del derecho

¹⁵⁶ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 se aplica a los tratados celebrados por escrito entre los Estados y tiene 116 Estados partes. UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1969. Recuperado de: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en.

¹⁵⁷ Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: "Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("*ius cogens*"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

¹⁵⁸ Artículo 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: "Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general ("*ius cogens*"). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará".

¹⁵⁹ Para Linderfalk, el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 no define qué es el *ius cogens* y se refiere a las consecuencias jurídicas de pactar contra este. LINDERFALK, U. (2012). "What Is So Special About Jus Cogens? On the Difference between the Ordinary and the Peremptory International Law." En *International Community Law Review*, 14, p. 9 ss.

¹⁶⁰ CASTELLÀ SURRIBAS, *op. cit.*, p. 43; KIM EUN-JUNG, *op. cit.*, 666 ss.; QUISPE REMÓN, *op. cit.*, p. 45 s.

internacional.¹⁶¹ Estas normas establecen obligaciones *erga omnes* que son exigibles a todos los sujetos de la comunidad internacional actual sin que se requiera su consentimiento. Además, son inderogables porque no admiten que los Estados,¹⁶² las organizaciones internacionales¹⁶³ u otro sujeto de derecho internacional pacten en contra de ellas.

Un problema es la falta de una lista de cuáles son las normas imperativas del derecho internacional en la actualidad. Algunas normas de *ius cogens* son la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza,¹⁶⁴ la solución pacífica de controversias y el respeto a los derechos humanos.¹⁶⁵ En

¹⁶¹ KOSKENNIEMI, M. (2010). "El Destino del Derecho Internacional Público: Entre la Técnica y la Política." En *Revista de Derecho Público*, 24, p. 20.

¹⁶² KIM EUN-JUNG, *op. cit.*, p. 695 s.

¹⁶³ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, adoptada en 1986, no está aún en vigor. Su artículo 53 sobre los Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y su artículo 64 sobre la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) reproducen el texto de los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, *Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations*, 1986. Recuperado de: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII3&chapter=23&clang=_en.

¹⁶⁴ Este principio fue señalado expresamente en el artículo 2, numeral 4, de la Carta de las Naciones Unidas: "Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: [...] 4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas."

¹⁶⁵ QUISPE REMÓN, F., *op. cit.*, p. 50.

caso de que se produjera la violación de una obligación contenida en una norma de *ius cogens*, la responsabilidad internacional será agravada según el artículo 40 del proyecto de Artículos de Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional.

Para el magistrado de la Corte Internacional de Justicia y ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Antônio Cançado Trindade, la construcción doctrinal y jurisprudencial del *ius cogens* es el pilar fundamental de un nuevo *ius gentium*, que sería el derecho internacional para la humanidad y tendría alcance universal.¹⁶⁶ A diferencia del derecho internacional westfaliano, este nuevo derecho de gentes no tendría al Estado soberano en su centro y respondería a los intereses y aspiraciones de la humanidad en su conjunto, no a un grupo de Estados. Este nuevo *ius gentium* abarcaría lo que hoy regula el derecho internacional y se proyectaría también al derecho interno de cada Estado, invalidando cualquier medida o acto incompatible con él.¹⁶⁷

A nivel americano, una expresión de este nuevo *ius gentium* sería la protección de los derechos de los migrantes indocumentados en la Opinión Consultiva OC-18/03 Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo párrafo 101 señaló: “(...) igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional”.¹⁶⁸ En esa misma línea, Cançado Trindade en su voto concurrente

¹⁶⁶ CANCADO TRINIDADE, A. (2008). “La ampliación del contenido material del *ius cogens*. Comité Jurídico Interamericano”. En XXXIV Curso de Derecho Internacional “Aspectos jurídicos del desarrollo regional”, Washington DC, p. 3.

¹⁶⁷ CANCADO TRINIDADE, op. cit, p. 3 s.

¹⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados: Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003*. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf.

a esta Opinión Consultiva afirmó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos “contribuye para la construcción del nuevo *jus gentium* del siglo XXI (...) sedimentado en el reconocimiento del *jus cogens* (...) y erigido, en última instancia, sobre el pleno respeto y la garantía de los derechos inherentes a la persona humana”.¹⁶⁹ De este modo, las normas de *ius cogens* expresarían que el ser humano y la protección de sus derechos fundamentales son centrales para el derecho internacional, y los Estados están obligados internacionalmente a cumplirlas, aunque éstos no hayan expresado su consentimiento.

Si el *ius cogens* que se está construyendo en el derecho internacional contemporáneo es un derecho común para todos los seres humanos y se aplicará directamente en los territorios de los Estados sin que estos puedan oponerse por defender sus propios intereses, nos estaremos acercando al concepto de *ius gentium* que conocieron los romanos, aunque sus normas no sean necesariamente las mismas porque, por ejemplo, no podríamos admitir ninguna forma de esclavitud en la actualidad, aunque ésta haya sido constituida por el derecho de gentes (D. 1. 5. 4. 1).¹⁷⁰

VII. A modo de conclusión

El *ius gentium*, que definieron los juristas romanos como el derecho común de todos los seres humanos, sirvió de inspiración a Francisco de Vitoria y a otros tratadistas para plantear que las comunidades políticas del siglo XVI estaban reguladas por él. Sin embargo, el derecho

¹⁶⁹ *Ibidem*, *op. cit.*, párrafo 89, p. 35 s.

¹⁷⁰ D. 1. 5. 4. 1: “La esclavitud es una constitución de derecho de gentes, por la que alguno está sujeto contra la naturaleza al dominio ajeno.” “*Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur*”.

internacional que surgió en 1648 fue *ius inter gentes*, es decir, un ordenamiento creado por los Estados y aplicado a ellos. Esta diferencia *ius gentium* – *ius inter gentes* no es solamente terminológica porque el primero se dirigió a los seres humanos mientras que el segundo tuvo como sujeto principal y único a los Estados.

Luego de analizar el concepto, sujetos y fuentes del *ius gentium* en los textos de Cicerón y Gayo, así como en el *Digesto* y las *Instituciones* de Justiniano, se puede concluir que éstos son distintos a los que corresponden al derecho internacional westfaliano. Mientras el *ius gentium* fue un derecho común establecido por la *naturalis ratio* (razón natural) para todos los hombres y pueblos, el derecho internacional westfaliano fue un ordenamiento interestatal (*ius inter gentes*) cuyo fundamento era el consentimiento del Estado. Además, el *ius gentium* fue inderogable, en tanto las normas internacionales podían ser cambiadas o derogadas en atención a la voluntad de los Estados. Estas diferencias hacen que el derecho de gentes no pueda ser considerado como un antecedente del derecho internacional.

En atención a los cambios producidos en el derecho internacional desde 1945 y a la globalización, se podría pensar que su evolución lo llevaría a acercarse al concepto de derecho de gentes. Pero no es así porque el proceso de fragmentación del Derecho Internacional hace que este ordenamiento sea más complejo sin dejar de tener un importante componente interestatal y enfrente retos en la búsqueda de armonizar las normas de los diferentes regímenes especiales y el derecho internacional general.

En cuanto a la *lex mercatoria*, su origen y contenido la diferencia del *ius gentium* porque, en primer lugar, ella ha nacido a partir de la acción de los comerciantes y para los actos comerciales y, de esta manera, resulta temáticamente muy limitada frente a la amplitud de normas e instituciones propias del derecho de gentes. En segundo lugar, la *lex mercatoria* es de derecho privado porque regula las relaciones entre particulares mientras el *ius gentium* se aplicó a los seres humanos y a los pueblos por lo que tuvo normas de derecho público como la inviolabilidad de los embajadores.

El *ius gentium* encuentra mayor sintonía con las normas internacionales imperativas (*ius cogens*), que no dependen del consentimiento del Estado y son inderogables, entre las que se encuentra el respeto a los derechos humanos. No obstante, no hay una lista determinada de cuáles son las normas imperativas en la actualidad, y de las que se reconocen como tales, la mayoría se refieren a los Estados. Si en el futuro se culmina el proceso de construcción de un derecho internacional sobre la base de las normas de *ius cogens* al que se refirió Cançado Trindade,¹⁷¹ tal vez se podrá establecer un nuevo derecho de gentes para toda la humanidad.

¹⁷¹ CANCADO TRINIDADE, *op. cit.*, p. 3.