

IUS NATURALE EN LAS FUENTES JURIDICAS ROMANAS

I. "Ius naturale" en Ulpiano (D. 1, 1, 1, 3) (Inst. 1, 2 pr.) *

POR FERMÍN CAMACHO EVANGELISTA

Profesor Adjunto de Derecho Romano en la Universidad de Granada

Las fuentes jurídicas romanas no mantienen un criterio uniforme sobre el «ius naturale», sino que las definiciones que de él nos dan serán grados evolutivos de su contenido con matices que difieren en razón al momento histórico en que la definición se se diera. A pesar de ello, hay unas constantes en el pensamiento jurídico romano que aquí trataremos de desentrañar.

Las fuentes justinianeas definen el «ius naturale» en tres ocasiones :

ULPIANO (D. 1, 1, 1, 3-4) (Inst. 1, 2 pr.).

«Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit : nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos

* El presente trabajo sobre el «ius naturale» en la definición de Ulpiano es la primera parte de las tres que componen el título «Ius naturales en las fuentes jurídicas romanas». El siguiente trabajo abordará el problema del «ius naturale» en Paulo (D. 1, 1, 11), y el último, la definición contenida en las Instituciones justinianas (1, 2, 11).

matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius peritia censerí. Ius gentium est, quod gentes humanae utuntur, quo a naturali recedere fecila intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se comune sit.»

PAULO (D. I, I, II).

«Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id semper aequum ac bonum est ius dicimur, ut est ius naturale. Altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile.»

Inst. justinianas (I, 2, II).

«Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent.»

En resumen: «Ius naturale» es lo que «natura omnia animalia docuit»; «ius naturale» es lo que «semper aequum ac bonum est»; «ius naturale» es lo que «firmum atque immutabile permanent, divina quadam providentia constitutum»¹.

¹ VOIGT: «Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer». 1856-76. BINI: «Ius naturale» en St. di Diritto, 1889. ARNO: «Ius naturale» en AH. mem. mem. R. A. scienze Modena, 1926, 1. GOUDI: «Trichotomy in Roman Law». Oxford, 1910. BIONDI: «La concezione cristiana del diritto naturale nella Codificazione giustiziana» en Mélanges De Visscher. III, 129. LOMBARDI: «Diritto umano e ius gentium» en SDHI, 16 (1950), 254. WENGER: «Naturrecht und römisches Recht» en Wissenschaft und Weltbild, Viena, 1 (1948), 148. «Sulla diversa fondazione del diritto naturale», en IUS, 2 (1951), 153. «Zur christlichen Begründung des Naturrechts» en ZSS, 69 (1952), 1. GAUDEMONT: «Quelques remarques sur le droit naturel à Rome» en RIDA, 1 (1952), 445. VOGGENSPERGER: «Der Begriff des ius naturale in römischen Recht», 1952. CARTAXO: «Conceito classico e postclassico do ius naturale e do ius gentium», en Rev. Fac. Direito Paraná, 1953, 1. VILLEY: «Deux conceptions du droit naturel dans l'Antiquité», en RHD, 31 (1953), 475. SÁNCHEZ DEL RÍO: «D. I, I, 1, 3. Iniciación al estudio de los elementos nucleares infrahumanos en el ius naturale clásico romano», en Rev. Univ. Zaragoza, 1954, 1. BURDESE: «Il concetto di ius naturale nel pensiero della giurisprudenza classica», en RISG, 7 (1954), 407. LEVY: «Natural Law in Roman thought», en SDHI, 15 (1959), 1.

I. "Ius naturale" en Ulpiano (. I, I, I, 3) (Inst. I, 2 pr.).

De las tres definiciones, en la de Ulpiano se nombra el «ius naturale» como un derecho común a todos los animales, en el sentido de no ser un Derecho privativo del género humano, sino que de él participa el hombre en cuanto a ser que tiene inclinaciones y actividades semejantes a los animales, tales las relaciones entre los sexos, la procreación y la educación de la descendencia².

El concepto dado por Ulpiano ha sido duramente criticado por la moderna romanística, y prescindiendo de la problemática que se suscita sobre si el texto sea clásico o postclásico o bizantino, los autores no han ahorrado las más duras calificaciones a la definición ulpianea del «ius naturale». Así, PEROZZI³ la calificará de «perile ed inutile», ALBERTARIO⁴ lo cita como «parafraſis ſcolastica inſpirata a una iſolata corrente filoſofica greca», y BESELER⁵ la nombra como «unnötig und düfting... gänzlich unecht».

En cambio, por LONGO⁶, se defenderá la sustantividad de la definición de ULPIANO, aclarando que el párrafo «naturali vel gentium» no es sino una «elegante forma ellittica» que no supone, desde luego, la identidad de estas dos fuentes del «ius». MASCHI⁷, dentro de su teoría general de existencia de un «Diritto naturale» como ordenamiento jurídico superior y de su visión naturalística de las instituciones jurídicas, nos aclarará que

² SENN: «De la Justice et du droit. Ap. = De la distinction du ius naturale et du ius gentium». París, 1928-57, 69, n.º 2; 67.

³ PEROZZI: «Istituzioni di diritto romano», 2.ª ed., 91 (92), n.º 2; 103.

⁴ ALBERTARIO: «Concetto classico e definizione postclassiche del ius naturale», en Studi V- 280. Ver también BIDR, 32 (1922), 171.

⁵ BESELER: «Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen» (3, 331, 143). Considera que el hecho de que en la definición ulpianea en D. I, I, I, 3 se repitan «quaequae» y «hiſd-hiſc-hinc» y contengan las expresiones «ius istud, istius iuris peritia, feras etiam, quia-sit...» es propio de la estilística justiniana. ALBERTARIO: Obr. cit., 282.

⁶ LONGO: «Note critiche a proposito della tricotomia ius naturale - gentium - civile», en Rend. del R. Istit. Lomb. di Sc. e Lettere, 49 (1907), 632.

⁷ MASCHI: «La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani». Milán, 1937. «Il Diritto naturale come ordenamento giuridico inferiore?», en «L'Europa e il Diritto romano. St. Onore P. Koschaker», II, 1954, 425.

ULPIANO en su definición no pretendió un enunciado jurídico, sino que lo que trataba de darnos era unos elementos de hecho, de exigencia natural, que el hombre tiene de comunes con los animales.

Realmente, la crítica, en este punto del «*ius naturale*» ulpiniano, vacila y asume las posiciones más extremas, quizá por que se estudió la definición contenida en D. 1, 1, 1, 3, como encuadrada dentro de una doctrina y teoría ya preconcebidas, o ya por que atendieron a facetas particularmente singulares del tema.

CASTELLI⁸, ha intentado demostrar que la idea que palpita en el texto de ULPIANO proviene de la filosofía griega. Efectivamente, estudiando un discurso erróneamente atribuido a DEMOSTENES⁹, cree ver la raigambre helénica del texto ulpiniano «*quod natura omnia animalia docuit*» al compararlo con el primer discurso del orador contra Aristogiton. Para justificar el principio de que los hijos de los condenados a muerte no pueden hablar en la Asamblea, el Pseudo-Demóstenes plantea el siguiente dilema: O el hijo del condenado sigue el instinto de la naturaleza, que lo lleva a amar a su progenitor sobre todas las cosas, y por tanto no podrá dominar su odio contra sus propios conciudadanos que lo condenaron, o por el contrario no siente el amor filial, en cuyo caso el pueblo no podrá tener en él fe alguna.

He aquí la primera parte del dilema: «*εἰ μὲν γὰρ εὐδυνος ἐστὶν καὶ τὸν τῆς φύσεως διασώζει νόμον, ὅς και ἀνθρώποις και θηρίοις εἰς και ὁ αὐτὸς ἀπασιν ὄρασται, στέργειν τοὺς γονεῖς, κακόνους ἐστὶ τοῖς ἐκείνους ἀπολωλεκίσι δῆλον ὅτι και νόμοις και πολιτεία τῇ τούτων*».¹⁰

Comparando este texto del Pseudo-Demóstenes con el del «libro primo institutionum, 2 pr. de Ulpiano» (D. 1, 1, 1, 3) se dan estas importantísimas concomitancias:

⁸ CASTELLI: «In torno a una fonte greca del fr. 1, § 3, D. 1, 1», en *Studi in onore di Silvio Perozzi* y en *Scritti giuridici di Castelli*. Milán, 1923, 200.

⁹ DEMOSTENES: XXV, 65-66.

¹⁰ GLOTZ: «La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce», 469. Estima que el primer discurso contra Aristogiton no puede ser de Demóstenes ni de otro orador contemporáneo suyo, sino de un mediocre posterior.

1.º «Ius naturale» = τὸν τῆς φύσεως νόμον «propio de todos los seres animales, tanto hombres como bestias (quod natura animalia docuit) = ὅς καὶ ἀνθρώποις καὶ θηρίοις εἰς καὶ ὁ αὐτός (ἅπανιν ὄριστα).

2.º Si bien el Pseudo-Demóstenes habla tan sólo de «afecto hacia los progenitores» (στέργειν τοὺς γονέας) y D. 1, 1, 1, 3 habla de la procreación y de la educación de la prole («hinc liberorum procreatio, hind educatio»), sin embargo, es bien claro que el nacimiento y la educación están estrechamente ligados con los afectos paternofiliales. Tal se confirma en un texto de TEÓFILO (Inst. 1, 2 pr.) exponente del pensamiento bizantino¹¹.

Del cotejo de los textos griego y latino, parece constatarse la clara genealogía helena del concepto de «ius naturale» que tuvo su originaria formulación en la filosofía Pitagórica y que sigue Empedocles, en la que se formulaba la existencia de un tal derecho trazado en la presumida creencia de «igualdad esencial entre el alma del hombre y la de los animales»¹². En tal sentido se confirma por un texto de CICERÓN (De repub. 3, 19, 8): «Pythagoras et Empedocles unam omnium animantium conditionem iuris esse denuntiant clamantque inexpiabiles poenas impedere iis, a quibus violatum sit animal». Se estima que fue a través de CICERÓN como el concepto pitagórico de «unidad esencial de almas» pasa a Roma¹³.

II. 1.—Teniendo en cuenta que Ulpiano no era una mente creadora, sino que su labor fue más la de un estudioso recopilador, es posible, y las fuentes vienen en nuestra ayuda, que su pensamiento fuese constante del sentir romano y que con sus palabras no hicieran sino recoger un estado de opinión. Decimos ello con fundamento en las fuentes en que tan abundantemente encontramos referencias a los términos «natura», «naturalis» o «naturaliter»¹⁴.

¹¹ TEÓFILO: Inst., 1, 2 pr.

¹² Ver notas 32 y siguientes.

¹³ LUTZ: «Cicero zum Naturrecht». Schweiz. Jur. zeit., 48, 1952. COSTA: «Cicero-ne giuriconsulto». Parma, 1884. VINOGRADOFF: «Common sense Laco», 1.236, I.

¹⁴ Sobre las voces «natura, naturalis, naturaliter» ver «Vocabularium iurisprudentiae romanae», IV. Berolini, 1915. Coll., 22, s. GAUDEMET: «Quelques remarques sur le droit naturel à Rome», en RIDA, 1 (1952), 454. KASER: «Gaius und die Klassiker», en

La palabra «natura», las fuentes la citan, repitiéndola suficientemente, refiriéndola al hombre, o a los animales o a las cosas y siempre expresando una idea de «normalidad» o «realidad objetiva».

a) «Natura», referida al hombre, será expresando no solamente su normalidad física, sino aun una constante de conciencia y actitud moral que se tiene como comunes y normales al género humano. Las fuentes aluden repetidamente a uno u otro aspecto de la persona humana, como entidad física o como ente moral.

Refiriéndose a «natura hominis» como regla de normalidad física, recogemos los siguientes textos.

Dd. 21, 1, 1, 7. Ulp. : «...sciendum est morbum apud Sabinum sic definitum esse : habitum cuiusque corporis contra naturam, qui usum eius ad id faciat deteriores cuius natura nobis cuius corporis sanitatem dedit».

D. 29, 2, 30, 6. Ulp. : «...cum unum gerit nec per naturam humanae condicionis alium partum formare potest...»

D. 21, 1, 12, 2. Ulp. : «Si quis natura gutturosus sit aut oculos eminentes habeat, sanus videtur».

D. 21, 1, 14, 3. Ulp. : «De sterili Caelius distinguere Trebatium dicit, ut, si natura sterilis sit, sana sit, si vitio corporis, contra».

D. 50, 16, 236. Gayo. : «Qui «venenum» dicit, adicere debet, utrum malum an bonum : nam et medicamenta venena sunt, quia eo nomine omne continetur, quod adhibitum naturam eius, cui adhibitum esset, mutat».

D. 28, 2, 9 pr. Paulo : «Si quis postumos, quos per aetatem aut valetudinem habere forte non potest, heredes instituit superius testamentum rumpitur, quod natura magis in homine generandi et consuetudo spectanda est quam temporale vitium aut veletudo, propter quam abducatur homo a generandi facultate».

Otros textos : D. 21, 1, 14, 3 ; 29, 2, 3, 0, 6 ; 50, 16, 38 ; 49, 16, 4 pr. ; 50, 16, 128 ; 42, 1, 60.

Refiriendo «Natura hominis» a regla de normalidad moral, recogemos los textos siguientes :

ZSS, 70 (1953), 154. VOGGENSPERGER : «Der Begriff de ius naturales in Römischen Recht», 1952, p. 16. (Recens. de GAUREMET, en «Tijdschr. voor Rechtsgesch.», 21 (1953), 345.

D. 14, 16, pr. Ulp. : «Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt : 'Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quias illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret...'

D. 16, 3132. Cels. : Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret : nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit».

(Otros textos : D. 24, 3, 24, 5 ; 24, 1, 33, 1 ; 12, 1, 38. Textos que se refieren a la «natura hominis», conjuntamente, como normalidad física y moral : D. 32, 12 ; 32, 65, 3 ; 12, 1, 38 ; 24, 1, 33, 1 ; 46, 3, 31).

Significará ello, que los romanos, como practicistas natos que eran, no apartarán nunca su vista de la «naturaleza», de la «realidad objetiva», sobre la que hallaran base para una exigencia jurídica ; se acercan a la naturaleza de los seres porque su comprensión será siempre previa a la calificación de sus actos. A los seres se les exigirá en razón a su naturaleza y a partir de ella¹⁵.

b) Se ha criticado la definición de Ulpiano, no porque en ella se cite la serie de funciones físicas del hombre, sino en razón a que en ella se consideraba eran funciones también comunes con los animales, pensándose siempre, que los animales no podrían ser nunca sujetos de Derecho.

Pero «Natura», referida a los animales, «natura animalis» indicando también regla de normalidad, será criterio distintivo para separar especies animales y también muy concretas actuaciones de los mismos que tienen su relevancia en el campo del Derecho.

Así, en razón a la «natura» o normalidad, los animales se distinguirán en de «natura fera» y en de «natura» simplemente. En tal sentido es fundamental un texto de Gayo recogido en D. 41, 1, 5, 2. : «Apium... natura fera est : itaque quae in arbore nostra consederint, antequam a nobis alveo concludantur, non magis nostras esse intelleguntur quam volucres, quae in nos-

¹⁵ LEVY : «Natural Law in Roman thought», en SDHI, 15 (1957), 7.

tra arbore nidum facerit, ideo si alius eas incluserit, eorum dominus erit»).

5 : Pavonum et columbarum fera natura est nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent : nam et apes idem faciunt, quorum constat feram esse naturam : cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas eant et redeant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat.

6 : Gallinarum et anserum non est fera natura...

D. 9, 2, 2 Gayo : «...canis inter pecudes non est. longe magis bastiae in eo numero non sunt, veluti ursi leones pantherae, elefanti autem et cameli quasi mixti sunt (nam et iumentorum operam praestant et natira eorum fera est) et ideo primo capite cintineri eas oportet»).

Estos textos serán previos, aunque no decisivos, para que la «natura» de los animales sea el módulo para la inclusión de sus especies en uno de los dos grandes grupos de «las cosas» en la clasificación romana de : «res Mancipi» y «res nec Mancipi».

Inhibiéndonos de si la división tomaba por criterio distinguir entre cosas más necesarias al grupo familiar primitivo, o tan solo se atendía a concretos bienes imprescindibles a los fines de la agricultura¹⁶, lo cierto es que textos de GAYO, ULPIANO y PAPIANO, incluirán en el grupo de las «res Mancipi» los animales que se nombran como «collo dorsove domari solent», o sea, no precisamente las «feras bestiae».

GAYO. I, 120 : «Eo modo et serviles el liberae personas Mancipantur ; animalia quoque, quae Mancipi sunt, quo in numero habentur boues, equi, muli, asini» ;

2, 15-16 : «Sed quod diximus (ea animalia quae domari solent) Mancipi esse, nostri quidem Praeceptores haec animalia statim ut nata sunt, Mancipi esse putant ; Nerua uero et Proculus et ceteri diuersae scholae auctores non aliter ea Mancipi esse putant quam si domita sunt ; et si propter nimiam feritatem do-

¹⁶ BONFANTE : «Res Mancipi e nec Mancipi». Roma, 1888. «Forme primitive ed evoluzione della proprietà», en Scritti, 2, 14. Corso, I, 180. DE VISCHER : «Mancipium et res Mancipi», en SDHI, 2 (1936), 263. (=Nouvelles Etudes, p. 193). KASER : «Geteiltes Eigentum im älteren röm. Recht», en Fest. Koschaker, 7, 146. HERNÁNDEZ TEJERO : «La propiedad primitiva de las res nec Mancipi». AHDE, 16 (1945). COSSO : «Introducción a la teoría del patrimonio en Roma». «Res Mancipi y nec Mancipi». An. Univ. Valladolid, 20 (1934), 46. GALLO : «Studi sulla distinzione fra "res Mancipio et res nec Mancipi"». (Resc. ZSS, 77 (1960), 447.

mari non possunt, tunc uideri Mancipi esse incipere, cum ad eam aetatem peruenerint, in quia domati solent. At ferae bestiae nec Mancipi sunt, uelutursi, leones, itam ea animalia, quae ferarum bestiarum numero sunt, uelutursi, leones, itam ea animalia, quae ferarum bestiarum numero sunt, uelunt elefanti et cameli, et ideo ad rem non pertinet, quod haec animalia etiam collo dorsoue domari solent; nam ne notitia quidem eorum animalium illo tempore fuit, quo constituebatur quasdam res Mancipi esse, quasdam nec Mancipi»¹⁷.

ULPIANO. Reg. 19, 1: «Mancipi res sunt... quadrupedes, quae dorso collouae domatur, uelunt boues, muli, equi, asini, ceterae res nec Mancipi sunt. elefanti et cameli quamuis collo dorsoue domentur, nec Mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt».

Vat. Frag. 259 PAPIANO 12 resp.: «Mulier sine tutoris auctoritate praedium stipediarium instructum non mortis causa Latino donauerat. Perfectam in praedio ceterisque rebus nec Mancipii donationem esse apparuit seruos autem et pecora, quae collo uel uorso domarentur, usu non capta»¹⁸.

2. Pero estos datos de «normalidad» o naturaleza y anormalidad, no se aprecian como status constantes, sino que en atención a muy concretos comportamientos, mudará el animal de un status al otro, sobre todo, por obra de la incitación externa del hombre. Ello es base para aplicación o no de la «actio de pauperi»¹⁹.

Los principios de la responsabilidad «noxal» eran aplicables a los daños producidos por animales, al estimarse que el derecho de venganza primitiva podría tener también por objeto el actor

¹⁷ Sobre este texto VOIGT: «Ius naturale», IV, 561. BONFANTE: Obr. cit., 110. «Corso», II, 1, 172.

¹⁸ Vat. Frag., 1, 293-313. CICERÓN: «Pro Mur.», 23; pro Fl., 32, 79-80; Top. v. 25.

¹⁹ WINDSCHEID: Diritto delle Paudette (trad. ital.), II, 985. LENEL: El. P., 195. MONOSOHN: «Actio de Pauperie», 1911. BIONDI: «Actiones noxales», 1925, que opina que la «actio de pauperie» no es una acción noxal en el derecho clásico, en contra LENEL: «Die Formeln des "actiones noxales"», en ZSS, 47 (1927), 1. DE VISSCHER: «Les actions noxales et le système de noxalité d'après ses origines historiques et la loi des XII tables», en Revue générale du droit, 41 (1917), 325; 42 (1918), 12, 92, 135, 197, 292. ROBBE: «L'actio de pauperie», en RISG, 7 (1932), 327.

animal²⁰. HAYMAN nos da una serie de datos de derecho comparado acerca del delito animal y de penas y procesos contra animales²¹.

De acuerdo con la responsabilidad «noxal», la «actio de pauperie», acción ya conocida en la Ley de las XII Tablas (en la Tabla VIII, 6, según la palingenesis de DIRKSEN)²², obligaba al propietario del animal causante del daño, a resarcir éste o a entregar noxalmente la bestia («noxae deditio»).

Fundándose la responsabilidad noxal en la propiedad, la acción sólo correspondía contra el que fuese propietario del animal en el momento de ejercitarla, conforme al principio «nox caput sequitur». Sin embargo, y aquí entra en consideración el estado de «natura» del animal, si el daño lo hubiese realizado el animal por instigación directa de una persona libre o de un esclavo ajeno, la «actio de pauperie» cesaba para dejar paso a la «actio legis Aquiliae», como directa contra la persona libre, o noxal contra el dominus» del esclavo: D. 9, 1, 1, 6. «Sed et si istigatu alterius fera damnum dederit, cessabit haec actio».

Como regla general, tampoco podría nunca haber lugar a la «a. de p.» cuando el animal que hubiese causado el daño fuese de los nombrados como de «natura fera»: D. 9, 1, 1, 10 pr. «In bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet»²³. Es más, si un animal fiero, pero amansado, pierde, por evadirse de su dueño, la condición de los «mansuetae» recobrando su primitiva «fera natura», será de aplicar la regla general de D. 9, 1, 1, 6, de que no habrá lugar a la acción «de pauperies», como se confirma en D. 9, 1, 1, 10: «et ideo si ursus fugit et sic nocuit, non potest quodam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit».

El problema que este texto puede plantear es cuando los animales «mansuetae» que huyeron de sus dueños recobrando por tanto su «natura fera», vuelven, a poco, a su antiguo «dominus» («animus» o «consuetudo revertendi»)²⁴; tales los casos del en-

²⁰ DE VISSCHER: «Vindicta el poena, noxa et damnum», en RHD, 1 (1927), 593. «Vindicta e noxa», en Studi onore di P. Bonfante, II, 235. LEVY: «Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im Klass. röm. Recht.», 2 (1922), 1.226.

²¹ HAYMANN: «Texkritische. Zur Haftung für Teirchaden», en ZSS, 42 (1921), 373.

²² GIRARD: «Textes de Droit Romain», 18.

²³ HAYMANN: ZSS, 42 (1921), 373.

²⁴ BONFANTE: «Corso di Diritto Romano», 2. «La Proprietà (1928), 59.

jambre de abejas²⁵, del ciervo que va y viene de la selva, de las palomas y pavos, y aun del mismo oso²⁶. Creemos que en estos casos renacía, nuevamente, la posibilidad de aplicar la «a. de pauperie» por la que el que sufrió el daño se resarciría de las pérdidas causadas por el animal. El problema se refleja en las fuentes, aunque incidental con el tema que tratamos, y es el caso que se planteaba Teófilo cuando, pensando que no podía conocerse el «animus» del animal, era necesario guiarse mediante la «consuetudo» revertendi» o tiempo en que corrientemente, el animal solía retornar²⁷.

De todos modos, como el animal, al salir de la custodia o vista de su dueño durante un tiempo que excediese al normal se convertía en «res nullius» susceptible de apropiación por cualquier persona, la «a. de pauperie» podría tener lugar, en todo caso, contra el nuevo «dominus», si es que era aprehendido por otra persona, conforme al principio «noxa caput sequitur»²⁸.

Conforme a los textos, «a. de pauperie» podía haber lugar, tan sólo, en los casos de daños causados por los animales de «natura non fera». Esto como principio general; pero lo interesante del texto, como antes apuntábamos, es que se considera a la «natura» como nódulo para la aplicación de la acción al caso concreto.

D. 9, 1, 1, 7, 8, 9. Ulp. : Et generaliter haec actio (de pauperie) locum habet, quotiens contra natural fera mota pauperiem dedit : ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem, sed eum, qui equum persusserit aut vulneraverit, in factum magis quam lege Aquilia teneri, utique ideo, quia non ipse suo corpore damnum dedit at si, cum equum permulsisset quis vel palpatus esset, calce eum percusserit erit actioni locu. Et si alia quadrupes aliam concitavit, ut damnum daret, eius quae concitavit nomine agendum erit. Sive autem corpore suo pauperiem quadrupes dedit, sive per aliam rem, quam tetigit quadrupes, haec actio locum habebit : ut puta si plastro bos obtrevit aliquem vel alia re deiecta.

KRÜGER²⁸ ha formulado la hipótesis de que el texto de D. 9,

²⁵ PAULO: D. 41, 2, 3, 16; ULPIANO: D. 9, 2, 27, 12; 10, 2, 8, 1.

²⁶ TEÓFILO: «Parafraſis», 2, 1, 15.

²⁷ GAYO: 2, 67.

²⁸ KRÜGER: Nov. suppl. 1.

I, I, 7 hubiese sufrido sustanciales alteraciones, pero contra tal hipótesis se manifiesta HAYMANN²⁹, BESELER³⁰, LEVY³¹ y PRINGSHEIM³² y se corrobora por las confrontaciones que hace CHIAZZESE³³ de D. 9, I, I, 7 con Inst. 4, 9 pr., sospechándose de alteración en el texto de las Instituciones³⁴ y por tanto entendiéndose las palabras del Digesto como genuinas.

Según el texto, § 7, el propietario del animal responderá, por la «a. de pauperie», de los daños producidos por el animal no fiero que los haya causado, pero sólo en el caso en que este animal hubiese obrado «contra natura», o sea, contra lo que normalmente puede y es costumbre esperar del comportamiento de los animales de su misma especie. Es el caso de un animal que causa un daño, que normalmente, conforme a su «natura», no suele obrar de ese modo. Así, si el daño lo causa movido por «lascivia aut fervore aut feritate» (Inst. 8, 4, 9 pr.) por ser todos estos estados inherentes al animal, aunque no normales, o sea «contra natura», habrá lugar a la acción de «pauperies»; quiere decir ello, que si el animal actúa conforme a lo que su normalidad o «natura» le obligan, no habrá lugar a la acción de «pauperie» sino a la «legis actio Aquiliae», ya que el daño pudo preverse por su guardián, del que será la responsabilidad del daño total causado; pero si por el contrario el animal obra «contra natura», es decir, de manera desacostumbrada en él, la acción de «pauperie» habrá lugar, y como noxal que es, el perjudicado podrá dirigirse contra el cuerpo del animal para cobrarse en él el daño sufrido.

En este título I del libro 9 del Digesto, «Si quadrupes pauperiem fecisse dicantur», vemos la real estimación que los juris-

²⁹ HAYMANN: ZSS, 40 (1919), 200.

(1925), 461.

³⁰ BESELER: «(Et (atque) ideo, et (atque) id circo, ideoque, idcircoque)». ZSS, 45

³¹ LEVY: «Die Konkurrenz der aktionen und Personen im Klass, röm. Recht.», 2, 226, n.º 6.

³² PRINGSHEIM, en Fest. Lenel, 257.

³³ CHIAZZESE: «Confronti textuali contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniana», en Ann. Palemo, 16 (1931), 171.

³⁴ D. 9, I, 7

et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit.

I. 4, 9 pr.

haec autem actio in his, quae contra naturam moventur, locum habet: ceterum, si genitalis sit feritas, cesat.

consultos romanos hacían al concepto de «natura», concepto que es base para un juego de supuestos de hecho que generaran diversas soluciones jurídicas. Como principio, se estima que el animal que obra conforme a su «natura» no será responsable del daño que cause, pues pudo haberse evitado con la guarda cuidadosa de su dueño; en cambio, el animal será de por sí responsable del daño que cause, cuando su acción sea «contra natura», es decir, que en el primitivo concepto de la «vindicta» cabe dirigirse contra el actor animal para cobrarse en él³⁵.

Posteriormente este principio se atempera con la «responsabilidad noxal» de «pauperies» contra el dueño del animal. Ello es consecuente cuando el mismo Ulpiano diga, en D. 9, 1, 1, 3 «pauperies est damnun sine iniuria facientis datum, nec enim potest animalia iniuria fecisse, quod sensu caret» que no viene sino a significar que no se podrá sufrir daño de acción que derive de «natura», o lo que es lo mismo, de un estado de normalidad del animal.

III. La definición de Ulpiano en D. 1, 1, 1, 9, es consecuente, por tanto, con el ordenamiento jurídico romano y con el practicismo de sus juristas, pero por la crítica se estima que el concepto de «natura» que en la definición palpita, tiene sello de origen helénico³⁶.

Efectivamente, como señala ZELLER³⁷, los tres elementos que influyeron en la primera filosofía griega serán la religión, la poesía y la cosmología, pero el factor religioso estará determinado, decisivamente, por la naturaleza³⁸, y precisamente porque la religión está determinada o referida en cierta forma a la misma naturaleza, surge la relación con la cosmología, que adquiere carácter místico³⁹.

³⁵ MASCHI: «La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani». Milán, 1937, 20.

³⁶ FLUEBECKIGER: «Geschichte des Naturrechtes», I. Zurich, 1954, 82. SENN: De la justice et du droit. (Apéndice 57). KAMPHUISSEN: «L'influence de la philosophie sur la conception du Droit naturel chez le jurisconsulte romains. RH, 11 (1932), 389.

³⁷ ZELLER: La Filosofía dei Greci nel suo sviluppo Storico». Trad. ital. 2.ª ed. Florencia, 1943, 39.

³⁸ JAEGER: «Alabanza de la ley. Los orígenes de la Filosofía del Derecho y los griegos». Trad. Truyol. Madrid, 1953, 14, 15, 16.

³⁹ E. WOLF: «Griechisches Rechtsdenken. I. Frankffur. Main, 1950, 54-63. MONDOLFO: «El pensamiento antiguo». Trad. esp. Buenos Aires, 2.ª ed., 1945, 17.

Tanta es la influencia de los elementos naturales en Grecia, que se manifiesta incluso en el modo de concebir la responsabilidad⁴⁰. Así, apunta JAEGER⁴¹, que por la legalidad del mundo externo, el genio griego ha comprendido la legalidad del mundo interno. «Los griegos tienen un sentido innato de lo que significa «naturaleza». El concepto de naturaleza, que elaboraron por primera vez, tiene indudablemente su origen en su constitución espiritual. Mucho antes de que su espíritu perfilara esta idea, consideraron ya las cosas del mundo desde una perspectiva tal que ninguna de ellas les pareció como una parte separada y aislada del resto, sino siempre como un todo ordenado en una conexión viva, en la cual, y por la cual, cada cosa alcanza su posición y su sentido»⁴².

GUERIN⁴³, interpretará que Anaximandro de Mileto juzgaba desde el mismo punto de vista las realidades sociales, la vida social y las realidades físicas, en razón a que el principio metafísico del Derecho es inmanente a la naturaleza, lo que será base para que Empedocles de Agrigento entienda la culpa con referencia a la metempsicosis⁴⁴. SÓCRATES abundará en sus referencias a la unidad superior, unidad integradora y comprensiva, con base en la «naturaleza»⁴⁵.

De todo ello, y así comúnmente aceptado, se entiende la naturaleza como unidad objetiva que muestra la normalidad esencial

⁴⁰ MONDOLFO: Obr. cit., 26.

⁴¹ JAEGER: «Paideia». Trad. Xiran, 2.^a ed. Méjico, 1946, I, 7. Esta tesis la confirma en «Alabanza de la Ley», pág. 40: «El pensamiento griego descansa en el supuesto de que la justicia es la clave que conduce a la naturaleza misma de las cosas. Pero lo es en los dos sentidos, y por eso trataron también los griegos de saber lo que es justo y saludable en el sentido social, partiendo de la salud y la enfermedad, normalidad y la anormalidad en la vida de la naturaleza».

⁴² En el mismo sentido, indicando que en el pensamiento jurídico de Grecia se encuentra le paso de un estado primitivo a otro racional, pero manteniendo como constante la referencia a la naturaleza. Ver GERNET: «Recherches sur le développement de la pensée juridique et moral en Grèce». París, 1917, 16.

⁴³ GUERIN: «L'idée de justice dans la Conception de L'Univers chez les premiers Philosophes Grecs, de Thales à Hérachite». París, 1934, 36.

⁴⁴ MONDOLFO: «El pensamiento antiguo», I, 99. E. WOLFF: Obr. cit., 301-308. DIELS: «Die Fragmente der Vorsokratiker», 5.^a ed., I. Berlín, 1934. (Empedocles), 276, 375.

⁴⁵ ZELLER: «Sócrates y los sofistas». Trad. esp. Rovira. Buenos Aires, 1955, 117. MONDOLFO: «Sócrates». Buenos Aires, 1955, 12.

de los seres en su unidad y comprensión, o como dice JAEGER «norma ideal o condición normal de cada ser»⁴⁶.

Abundando en esta idea, ARISTÓTELES, en sendos pasajes de la «Ética nicomequea»⁴⁷ y en la «Retórica»⁴⁸, se expresa en el sentido de estimar que lo justo vivido por la comunidad política, o lo es por naturaleza (τὸ μὲν φυσικὸν ἐστὶ) o lo es por ley (τὸ δὲ νομικόν), y concluye que lo justo por naturaleza es lo que por doquier tiene la misma fuerza y no depende por ser justo de que la ley lo determine como tal⁴⁹.

Por los autores se señalan las fuertes influencias que ULPIANO recibe de CICERÓN, SÉNECA, CRISIPO y en general de toda la Stoa, pero posiblemente cuando Ulpiano formuló su definición, el concepto de «natura» y el de «unidad esencial» eran ya patrimonio del mundo romano⁵⁰. Textos de PLAUTO (Poenulus. 362; Trinumus, 812), HORACIO (Satiras. I, 3, 13), VIRGILIO (Georgicas, I, 61; 2, 9, 20, 49, 178; 4, 149; Aeneida. IO, 366; Lydia, 37; Ciris, 123; Culex, 121), CÉSAR (B. Gall. 2, 15, 3; 6, 43, 4; 6, 26, 3; 6, 14, 6), nos dan un concepto de «natura» en el mismo sentido en que después nos lo presentará CICERÓN (de leg. 2, 67. pro C. Rabirio, 30, Academica, 2, 30), y SÉNECA (Epist. 30, 6; 31, 9; 57, 4; 78, 7; 90, 18; 95, 52, 54; 41, 8, 9)⁵¹.

La edad cierta de estos trozos literarios parece confirmar la hipótesis de que el sentido de «natura» fuese conocido en Roma desde época bien temprana y consecuente con ese afincarse a la realidad que caracteriza la elaboración jurisprudencial; lo que sí es bien posible ocurriese, es que Ulpiano revistiese su defini-

⁴⁶ JAEGER: «Alabanza de la ley», p. 60.

⁴⁷ Eth. Nic., V, 7, ed. Didot.

⁴⁸ Ret. I, 10 (ed. «Instit. de Estudios Políticos»).

⁴⁹ DE ASÍS: «Manual de Filosofía del Derecho». Derecho Natural, I, 1959, 57.

⁵⁰ RAMÍREZ: «Derecho de gentes». Madrid, 1955, 22. ALBERTARIO: «Concetto classico e definizioni posclassiche del ius naturale», en Studi, V, 283, aunque estime que el texto no sea genuino de Ulpiano.

⁵¹ Dando otra interpretación a los textos ahora y antes citados: BARTOSEK: «Sulla concezione naturalistica e materialistica dei giuristi classici». St. Menoria Albertario, II, 465. «E così risulta chiaro che l'applicazione del metodo del materialismo storico in un settore della scienza romanistica non son aiuta a risolvere nuovamente e meglio i problemi posti. Ma evoca subito e spontaneamente interi complessi di problemi nuovi e mette in nouva luce tutta una serie di problemi vecchi» (512. Conclusiones en pág. 513).

ción del «ius naturale», en su forma, de la autoridad y ropajes de la filosofía griega, y todo sin que ello suponga menoscabo del practicismo romano, como se constata con la aclaración del mismo Ulpiano, en la que no se entrevee interpolación, de que «non potest animalia iniuria fecisse, cum sensu caret» (D. 9, 1, 1, 3) y la constante referencia de «natura» en tan varios institutos jurídicos.

La definición ulpiniana, desde luego, no podremos por más de calificarla de incompleta en cuanto al contenido, pues en ella mostrará el autor, tan sólo, el aspecto material de un concepto más amplio de «ius naturale». La definición la da con referencia a la «natura», a la realidad que es propia de los seres, común a racionales e irracionales, y con unas muy concretas y marcadas consecuencias en cuanto se refiere a la actuación del ser animal en la vida del Derecho.