

GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven
Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)
Francisco Calabuig Alberola, University of Valencia (Website Editor)
Anna Taitlin, Australian National University – University of Canberra
M.C. Mirow, Florida International University
José Miguel Piquer, University of Valencia
Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gután, Lucian Blaga University of Sibiu; Alejandro Guzmán Brito, Pontifical Catholic University of Valparaíso; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma; Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

M^a Lourdes Martínez de Morentin Llamas, “La contribución de la Escuela de Salamanca al desarrollo de la ciencia jurídica. El *dominium* y los actos traslativos de *dominium* en el pensamiento de D. de Soto”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 14 (2017), pp. 398-450 (available at <http://www.glossae.eu>)

La contribución de la Escuela de Salamanca al desarrollo de la ciencia jurídica. El *dominium* y los actos traslativos de *dominium* en el pensamiento de D. de Soto*

The contribution of the Escuela de Salamanca to the development of legal science. The *dominium* and the translative acts of *dominium* in the doctrine of D. de Soto

M^a Lourdes Martínez de Morentin Llamas
Universidad de Zaragoza

Resumen

El presente estudio se refiere a la Escuela de Salamanca como centro neurálgico inspirador para el desarrollo del Derecho, en nuestro Siglo de Oro español. Formaron parte de ella un buen número de teólogos españoles, maestros y discípulos, que contribuyeron, por medio de sus ideas y reflexiones, a ensanchar el horizonte de la ciencia del Derecho; llegaron a un grado tal de perfección en todos los problemas que se plantearon, que su testigo fue recogido por las escuelas posteriores. De entre ellos, nos ha parecido interesante rescatar la figura de D. de Soto. Conscientes de la imposibilidad de abarcar, en un trabajo como éste, la totalidad del pensamiento del autor, hemos querido examinar algunas de sus reflexiones en torno al tema de la propiedad privada y los actos traslativos del dominio contenidas en su obra *De Iustitia et iure*.

Abstract

This investigation highlights the Escuela de Salamanca as an inspiring nucleus for the development of Law in our Spanish Golden Age. A great number of Spanish theologians, teachers and disciples contributed their ideas and reflections to broadening the horizon of the science of law. Their understanding and comprehension of legal affairs were so extensive that that later colleges still reference their analysis. One such example is that of D. de Soto. The breadth and depth of de Soto's legal expertise has rendered it impossible to cover all facets of his efforts in one such volume, as here. However, we have examined some of his reflections on the subject of property and the translative acts of *dominium* contained in his work *De Iustitia et iure*.

Palabras clave

Escuela de Salamanca, neotomismo, Domingo de Soto, *dominium*, *praescriptio*, *emptio-venditio*, *restitutio*

Keywords

Escuela de Salamanca, neotomismo, Domingo de Soto, *dominium*, *praescriptio*, *emptio-venditio*, *restitutio*

Sumario: 1. Introducción. 2. Caracteres de la segunda Escolástica. 3. Domingo de Soto. 3.1. Algunos datos biográficos. 3.2. Obra literaria. 3.3. Pensamiento jurídico. 3.4. *De Iustitia et iure*. 3.4.1. Los derechos individuales del hombre. 3.4.1.1. El derecho de propiedad, 3.4.2. Sobre los contratos. 3.4.2.1. De la usura. 3.4.2.2. De la compraventa. 4. Consideraciones finales. Apéndice de fuentes y bibliográfico

1. Introducción

La Escolástica española, a lo largo de la historia del pensamiento jurídico europeo, ha sido, en general, desconocida o escasamente valorada por algunos. A

* Este trabajo se ha realizado en el marco de las actividades del Grupo consolidado de Investigación *Ius Familiae* de la Universidad de Zaragoza, financiado por el Gobierno de Aragón y los fondos FEDER.

pesar de ello, sigue siendo un rico filón de virtudes insospechadas en relación con la interpretación del Derecho¹.

Formaron parte de ella, figuras como F. de Vitoria, D. de Soto, Medina y Báñez, que ocuparon escalonadamente la primera cátedra del mundo de *Prima de Teología* en Salamanca en el siglo XVI. También otros personajes distantes en el tiempo, se enuncian como pertenecientes; así hemos de considerar que entre las ideas de Vitoria (+ 1546) y de Suárez (+1617), hay casi un siglo de diferencia.

La historia de las ideas esbozadas por esos autores y los que les siguieron, está todavía por escribir, y como dice Venancio D. Carro, “hay que esperar y trabajar en silencio para descubrirla”².

La característica común de esta escuela es que fue desarrollada, casi exclusivamente, por teólogos españoles, que partiendo en lo esencial de la doctrina de Santo Tomás y en contacto con las ideas humanistas, contribuyeron de manera fundamental a la formación de la ciencia jurídica europea³.

Entre el maestro dominico del siglo XIII y los grandes teólogos españoles del renacimiento teológico jurídico español del siglo XVI hay una afinidad innegable, ya que muchos de ellos pertenecieron a la orden dominicana⁴. V. Carro, dominico, que dedicó muchos años al estudio de los teólogos del XVI, consideraba que la ciencia teológica y jurídica quedaron perfiladas y perfectas ya entonces, sin restar méritos a los avances posteriores⁵. En este sentido, D. Mantovani⁶, aunque en otro contexto, subrayaba la importancia de la Segunda Escolástica.

El influjo de la orden dominicana en el siglo XIII, ha sido reconocido por los historiadores⁷. Entre sus numerosos doctores destacaron San Alberto Magno, y su egregio discípulo, Santo Tomás de Aquino. Los autores han ensalzado el papel providencial del renacimiento teológico español del siglo XVI, que hizo de Salamanca, Alcalá y Coimbra, las primeras Universidades de Europa, y el brillante papel desempeñado por sus representantes en las definiciones del Concilio de Trento⁸.

¹ Carro, V., *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*, Madrid, 1943, p. 7.

² Carro, *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*, p. 173.

³ Hinojosa, E. de, *Influencia que tuvieron en el Derecho público de su patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos españoles, anteriores a nuestro siglo*, Madrid, 1890, p. 93 ss.

⁴ Así F. de Vitoria, F. de Soto y su hermano, Cano, Sotomayor, Medina, D. Báñez, etc.

⁵ Carro, *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*, p. 9.

⁶ Mantovani, D., “El Derecho romano después de Europa. La Historia jurídica para la formación del jurista y ciudadano europeo”, *RGDR* 6 (2006), en relación con la enseñanza del Derecho romano en la Universidad en el momento actual señala: “Entiendo que un modo más acorde con las fuentes (según el criterio del kairón), para hacer sentir la relevancia del derecho romano en la elaboración de los derechos fundamentales, es el de reconducir los textos clásicos del iusnaturalismo y del constitucionalismo –desde la Segunda Escolástica española a Grocio, desde los ingleses a los racionalistas de la escuela de Pufendorf– dentro de la tradición de la cual tales textos son el resultado, cuando son esgrimidos, sin embargo, como cesuras. Para hacerlo serían necesarios, no obstante, comentarios adecuados (...)”.

⁷ D' Irsay, S., *Histoire des Universités francaises et étrangères des origines à nos jours* I, Paris, 1935, pp. 166-169.

⁸ D' Irsay, *Histoire des Universités*, pp. 331 ss.

Las razones del florecimiento teológico de la España del siglo XVI, se deberían, aparte de a las causas políticas y religiosas, a que nuestros teólogos supieron volver, dando un salto en el tiempo, a los maestros del XIII, y en especial a Santo Tomás, tomando lo fundamental de sus teorías, pero desarrollándolas hasta llegar a un alto grado de perfección. Los dominicos de Salamanca, Deza, Vitoria, Soto, etc., fueron los responsables de ese retorno a las ideas del doctor angélico⁹; afirmación que se refiere, no solo al campo de la teología, sino también al de las ideas jurídicas. En este sentido el ilustre historiador del derecho E. de Hinojosa¹⁰, refería complacido la confesión de R. v. Ihering sobre T. de Aquino: "No puedo en verdad vindicarme de la nota de ignorancia que aquí resulta contra mí, y que alcanza, en grado incomparablemente mayor, a los filósofos y teólogos protestantes modernos, que no se han cuidado de aprovechar en sus trabajos los grandiosos conceptos de aquel pensador. Discurriendo sobre esto me pregunto con asombro: ¿Cómo es posible que tales verdades hayan pasado inadvertidas por nuestra ciencia protestante? ¿Cuántos extravíos habría evitado asimilándoselas! De mí puedo decir que quizá no habría escrito este libro (El fin del derecho), a saber que las ideas fundamentales sobre las que descansa habían sido ya formuladas en los términos más gráficos y con la mayor claridad por aquel genio poderoso".

En la actualidad el estudio de las Escuelas del Siglo de Oro español está siendo potenciado por grupos de investigación que lo abordan desde distintos puntos de vista¹¹; su trascendencia para el desarrollo del derecho ha sido puesta de manifiesto por numerosos autores¹².

2. Caracteres de la segunda Escolástica

Como señala el maestro A. Fernández de Buján, los siglos XV y XVI fueron los del Renacimiento, el Humanismo jurídico, el *mos Gallicus* y el nacimiento de las

⁹ Así llamado también Santo Tomás; Carro, *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*, p. 8.

¹⁰ Hinojosa, *Influencia*, p. 93 ss. El insigne historiador del derecho, al incorporarse a la Real Academia de la Historia en 1884, disertó sobre Francisco Vitoria como internacionalista, anticipando un conocimiento documentado de la ciencia jurídica española del siglo XVI. Acerca de esta materia, de gran trascendencia en la Historia moderna, realizó un estudio sintético, suscitado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas al patrocinar un concurso sobre el tema "La Influencia que tuvieron en el Derecho Público de su patria y singularmente en el Derecho Penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo". La obra de Hinojosa, que mereció el premio, se publicó en 1890, correspondiéndole a su autor el honor de iniciar un movimiento en torno a la Historia de las ideas jurídicas y políticas y su influencia en las instituciones del Derecho Español. Entre nosotros, con anterioridad, Cánovas del Castillo se había referido a la importancia de la Escuela del Siglo de Oro español en su *Historia de la decadencia de España desde el advenimiento de Felipe III al trono hasta la muerte de Carlos II*, Madrid, 1854, y en su *Bosquejo histórico de la Casa de Austria*, Madrid, 1868. Véase Levene, R., "La concepción de Eduardo de Hinojosa sobre la historia de las ideas políticas y jurídicas en el Derecho español y su proyección en el Derecho indiano", *AHDE* 23 (1953), pp. 259-287, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2051286.pdf>, consulta del 17 de mayo de 2017.

¹¹ Sobre la riqueza filosófica de las Escuelas Españolas del siglo de Oro, y su influencia posterior hasta nuestros días, Cruz Cruz, J., <http://www.leynatural.es/2012/12/18/la-riqueza-especulativa-de-la-escuela-de-salamanca/>, última visita el 27/04/2017; Hamza, G., *Origine e sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici moderni in base alla tradizione del diritto romano*, Santiago de Compostela, 2013, p. 300.

¹² Por todos: A. Fernández de Buján, F. Fernández de Buján, A. Guzmán, G. Hamza, D. Mantovani, G. Wessener, (y yo misma).

naciones europeas, en torno a la fórmula política monárquica¹³. Al mismo tiempo, e influido por todo ello, surgía en nuestro país, de la noche a la mañana, un movimiento neoescolástico que se consolidó rápidamente¹⁴. Es un hecho innegable que las ideas circulaban, como hoy, también en la Europa de entonces¹⁵.

Relegando las enseñanzas basadas en el *Liber Sententiarum* de P. Lombardo (s. XIII), que hasta entonces era el texto usual en todas las Escuelas de teología de Europa, el dominico P. Crokaert en París, y más tarde su aventajado alumno F. de Vitoria, proponía una nueva lectura de las obras de Santo Tomás de Aquino. Al volver a España en 1523, a Vitoria se le confirió, gracias a su gran reputación, la cátedra de prima de Teología en la célebre Universidad de Salamanca, donde enseñó, hasta su muerte en 1546. El magisterio de Vitoria resultó tan afamado que pronto tuvo muchos discípulos.

Entre los numerosos representantes de la Escuela de Salamanca (segunda escolástica, neotomismo o neoescolástica) se encuentra D. de Soto, al que dedicaremos una especial atención en estas páginas.

Como casi todos los autores fueron españoles, puede decirse que fue un movimiento circunscrito a España, si bien con repercusiones europeas y, por tanto, universales¹⁶.

Durante la segunda mitad del siglo XVI y hasta principios del siguiente, en España floreció una literatura teológico-ética-jurídica que tenía como pretexto inicial las breves reflexiones de Tomás de Aquino sobre la ley¹⁷, por un lado, y sobre la justicia y el derecho, por otro¹⁸; también un tipo de literatura monográfica orientada a

¹³ Fernández de Buján, A., *Derecho público romano*, 18 edición, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, p. 355 ss. Para el estudio de los diferentes movimientos que contribuyeron a la creación de la Ciencia jurídica europea, véase, del mismo autor, "Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: *Ius romanum. Ius commune. Common law. Civil law*", *Glossae, European Journal of Legal History* 13 (2016), pp. 275-306.

¹⁴ Guzmán, A., "Introducción" a los Juristas de los siglos XVI y XVII de la monumental obra *Juristas Universales*, vol. II, Madrid, 2004, p. 36: "(...) El Humanismo jurídico, que desde un punto de vista histórico amplio, fue una jurisprudencia romanista influida por el humanismo general, y por lo tanto se originó trabajosamente y hubo de pasar mucho tiempo hasta llegar a su madurez (...)". Las razones del gran auge de la Segunda escolástica, debieron ser variadas, pero sin duda a su florecimiento jurídico contribuyó la propia reforma dominicana, las condiciones histórico políticas de España y su salto como potencia europea y mundial, y el descubrimiento de América y su posterior conquista e incorporación a la corona de Castilla.

¹⁵ Una visión de la Europa del momento en Martínez de Morentin, L., "De nuevo acerca de Europa, Recepción, Historia, Literatura y Arte", *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre 2010, pp. 488-499 (=RGDR 18 (2012)). Véase, Stolleis, M., *La historia del Derecho como obra de arte*, Granada, 2009.

¹⁶ Guzmán, "Introducción", p. 26. Con todo, dice el autor, no dejó de haber cultivadores en otros países, destacando el belga L. Lessius (1554-1623) autor de un comentario *De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus libri quattuor ad secunda, secundae divi Thomae*, en 1605.

¹⁷ Los comentarios referidos a la parte relativa a ley, a la justicia y el derecho de la *Summae Theologiae* siguen el orden de *quaestiones* referido por T. de Aquino. Entre las obras comentarios a sus reflexiones sobre la ley: *Expositio in secundam secundae angelici doctoris divi Thomae Aquinatis* (1577) de Bartolomé de Medina; *Commentariorum theologorum et disputationis in summan divi tomi quattuor* (1592) del jesuita Gregorio de Valencia; *De legibus ac Deo legislatore* (1612) del jesuita F. Suárez.

¹⁸ A este tipo se refieren obras como *De iustitia et iure libri decem* (1553) de D. de Soto, sobre la que trataremos en este trabajo.

temas legales y jurídicos específicos¹⁹. Sin embargo, no siempre es posible catalogar las obras en esta clasificación, al encontrarse mezclados diferentes aspectos dentro de un mismo escrito²⁰.

Para entender los caracteres de esta Escuela habría que referirse previamente a algunas cuestiones, tal y como señala A. Guzmán²¹, al que seguiremos en nuestra exposición.

Toda especulación sobre el derecho natural tiene dos opciones. Una es mantenerse al nivel de los principios, sin descender a sus aplicaciones más particulares, como hizo Aristóteles²² en la Antigüedad; la otra, descender a las aplicaciones más particulares del derecho natural, lo que a su vez ofrece dos posibilidades: resolver algunos casos concretos de acuerdo con los principios y asimismo ilustrar éstos con tales casos (vía que siguieron los escolásticos medievales como Tomás de Aquino)²³; o bien construir un completo sistema de derecho natural en el que la totalidad de la vida de las relaciones humanas, susceptible de ser jurídicamente examinada, encuentre su propia tipología, de manera que resulte paralelo al sistema del derecho civil. Esta fue la senda escogida por los neoescolásticos.

Ahora bien, esta labor constructiva de un completo sistema de figuras, reglas e instituciones del derecho natural no consistió en una simple deducción de los primeros principios del derecho natural, sino más bien en justificar, explicar y depurar las figuras, reglas e instituciones del derecho positivo con los principios del derecho natural. Esta fue la razón por la que los autores de la Escuela fueron capaces de elaborar un sistema de derecho. Les auxilió la convicción, ya existente en el derecho romano antiguo, y renovado por los escolásticos medievales, de que no habría oposición ni paralelismo obligatoriamente, sino en contados casos, entre el derecho natural y el positivo; y de que, al revés, buena parte del derecho positivo era, en realidad, derecho natural.

Esto no significaba que las exposiciones neoescolásticas de derecho natural asumieran fielmente y sin modificaciones el sistema del derecho positivo y la versión histórica de sus figuras e instituciones, sino que ambos eran modificados en manos de

¹⁹ Por ejemplo: el *Comentario resolutorio de cambios* (1556) y el *Comentario resolutorio de usuras* (1557) de Martín de Azpilicueta; *De sacramento matrimonii* (1601) de Tomás Sánchez.

²⁰ A veces los Tratados pueden ser considerados desde la óptica de las monografías, cuando la sistemática del autor lo llevó a escribir extensamente sobre un tema que a su vez contiene otro, de modo que pueden ser considerados monografías independientes. Así por ejemplo, si se toma el tratado *De iustitia et iure* de D. de Soto, podríamos desglosar de él su *pars de contractibus*, en el libro VI, y considerarlo como una monografía sobre el tema; de ahí también podríamos separar sus *quaestiones de usura, de emptio venditio*, y entonces tendríamos una verdadera monografía sobre la usura, la compra venta, etc.

²¹ Guzmán, "Introducción", p. 17.

²² Aristóteles, *Moral a Nicómaco*, lib. 5.

²³ El método empleado por Tomás de Aquino consistía en el planteamiento de un problema por investigar, de una tesis que lo resolvía, de los argumentos que apoyaban y refutaban esa tesis, de una argumentación independiente y de una respuesta a los argumentos en contra. Véase, por ejemplo, Santo Tomás de Aquino, *De Veritate*, q. 11; sobre el método aristotélico-tomista, Obarrio Moreno, J.A.-Piquer Marí, M., *Repensar la Universidad. Reflexión histórica de un problema actual*, Madrid, 2015, pp. 109-116; Obarrio Moreno, J.A., *Iura et humanitas. Diálogos entre el Derecho y la Literatura*, Madrid, 2017, Cap. II.

esos autores, no solo por el talante filosófico que desplegaban en su aproximación a los temas tratados (que los llevaban a prescindir de la parte no fundamental que el sistema y las instituciones de derecho positivo presentaban, consecuencia de las circunstancias históricas u otros motivos externos), sino también porque su visión iusnaturalista conducía casi siempre a la generalización y abstracción de lo que el derecho positivo consideraba más particular y concreto. De esta forma, el derecho natural de la neoescolástica ofreció un sistema expositivo que se apartaba del sistema de derecho positivo y de las soluciones jurídicas de la época. El resultado fue, como señala Guzmán, "un Derecho expresado en un alto nivel de generalidad y abstracción y desprovisto de sus contingencias históricas"²⁴.

En este sentido puede decirse, que mientras que para los escolásticos su derecho positivo fue el derecho romano y el canónico, o sea el *ius commune*, e incluso el derecho castellano (en los que llegaron a ser expertos), el derecho natural de la nueva escolástica fue el derecho común iusnaturalizado.

Los neoescolásticos fueron juristas, aunque no ejercieron profesionalmente por lo general. Basta releer la lista de autores pertenecientes a este movimiento para comprobar que, casi sin excepciones, todos ellos fueron sacerdotes, por lo que "profesionalmente" hubieron de ser, en realidad, teólogos y filósofos. Pero sus trabajos les obligaron a hacerse juristas por sus propios medios.

Debido a la preparación filosófica y teológica que poseían, y a su dominio de la lógica y del método que llamamos "escolástico", unidos en muchos casos, a sus superiores dotes intelectuales, estos autores, forzados a ser juristas, lograron tratar el derecho mejor que los propios juristas prácticos. La claridad y precisión en el planteamiento de los problemas; el rigor; el orden y la profundidad en las argumentaciones; la solidez en las conclusiones; el mismo método eficaz sin rodeos ni circunloquios; la ausencia de pedantería y la sobriedad en el uso del argumento de autoridad (descargando sus escritos de la pesadez de las citas, tan característica de los autores del *ius commune* y del humanismo); todo esto hace, aun hoy, de sus escritos, unas exposiciones jurídicas muy puras, limpias y concluyentes. En este sentido, el historiador moderno de los dogmas jurídicos, encuentra en las obras de estos autores una firme y segura visión de los mismos²⁵.

Con mayor o menor intensidad, el empleo del método escolástico se encuentra en casi todos los autores y proporciona un orden y un sistema a sus exposiciones que no suele encontrarse en los cultivadores de otras disciplinas, incluidos los juristas profesionales. Por otra parte cabe destacar su libertad intelectual y el racionalismo. Ellos aceptaban la Revelación, pero ésta tenía poca influencia en temas que no fueran estrictamente teológicos. Así, para los problemas ético-jurídicos se limitaban a establecer el marco general de la existencia de un Dios creador, el cual era también objeto de demostración filosófica independiente; además afirmaban que el derecho natural existiría aunque Dios no existiese. Dicha afirmación, que hizo célebre a Grocio mucho después, ya se encontraba en Gregorio de Rimini (+1358), de quien pasó a G. Biel (1425-1495), Jacobo Almain (+1515) y Antonio de Córdoba (primera mitad del

²⁴ Guzmán, "Introducción", p. 17.

²⁵ Guzmán, "Introducción", p. 17. Pueden leerse, a título de ejemplo, las explicaciones de D. de Soto, L. de Molina, etc., sobre cualquier aspecto, para verificar lo aquí expuesto.

siglo XVI), de los cuales la tomaron, Vitoria, Soto, Molina, Medina, Vázquez y Suárez. Desde este punto de vista, podría decirse que, los neoescolásticos profesaron un derecho natural de tipo laico²⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, y valorándolo positivamente, se explica la difusión e importancia que tuvieron en la Europa de su tiempo, muchos de los representantes de la Escuela.

Aportación histórica de la segunda Escolástica al Derecho moderno

Cabría destacar, en primer lugar, la reinstauración del derecho natural como idea fundamental. Esta vieja noción, aportación del mundo griego²⁷, nunca dejó de estar presente en el pensamiento europeo bajo distintas denominaciones, pero a finales del medioevo quedó totalmente pervertido su significado por la interpretación voluntarista de Guillermo de Ockam, que terminó por imponerse, según la cual el derecho natural sería la manifestación de la libre voluntad de Dios que conduciría, finalmente, a identificarlo con la Revelación, y por tanto, a hacer desaparecer la noción original, es decir, racionalista, que Tomás de Aquino había intentado mantener. Esa misma senda voluntarista siguieron Martín Lutero y Juan Calvino.

En contraste, con el restablecimiento del tomismo, Vitoria y sus sucesores restituyeron la idea aristotélica del derecho natural, o sea, de las relaciones objetivas entre las cosas descubiertas por medio del razonamiento dialéctico, aunque, en su concepción cristiana, aceptaran que esas relaciones objetivas provenían, a fin de cuentas, de la razón divina, gobernadora del universo. Con ello abrieron las puertas a la autonomía del derecho secular o laico²⁸.

Desde hace tiempo se ha reivindicado para el fundador de la escuela, F. de Vitoria, el título de que alguna vez gozó H. Grocio²⁹, de ser el verdadero fundador del moderno derecho de gentes, después llamado Derecho internacional. Vitoria³⁰ fue quien por primera vez describió la existencia de un orden de convivencia universal, es

²⁶ Guzmán, "Introducción", p. 57.

²⁷ Sobre el comienzo de la cultura en los griegos, en general y con bibliografía, véase Obarrio Moreno-Piquer Marí, *Repensar la Universidad*, pp. 37-57.

²⁸ Guzmán, "Introducción", p. 57.

²⁹ Sobre la originalidad de Grocio (1583-1645), figura clave del periodo iusnaturalista, y la influencia que en él tuvo el pensamiento de F. de Vitoria y F. Suárez, puede verse, Wesenberg, G., Wesener, G., *Historia del Derecho Privado Moderno en Alemania y en Europa*, Valladolid, 1998. En todo caso, partiendo de las ideas de Vitoria, al que se refiere constantemente, es innegable que fue quien familiarizó a un público jurídico más amplio con estas doctrinas: "Representante del Humanismo, abogado y alto funcionario del Estado, además de su actividad jurídica ejerció de poeta latino; uniendo jurisprudencia y filología, intentó explicar el *Corpus Iuris* con los textos de los autores antiguos. A pesar de su admiración por el Derecho romano, tuvo la mirada siempre abierta para la práctica e hizo avanzar el derecho romano en rectitud y equidad. Desligó el Derecho natural de la Teología en contraste con sus precursores españoles al medirlo con el metro de la razón" (Introducción a la ciencia jurídica holandesa, p. 223). Esta última afirmación no puede compartirse del todo ya que la lectura de los teólogos-juristas de nuestro Siglo de Oro, nos hace ver la compenetración existente entre ambas ciencias. Humanistas españoles fueron también, D. Covarrubias y Leiva (1512-1577) obispo de Segovia "el Bartolo español", y Antonio Agustín (1516-1586), arzobispo de Tarragona, alumno de Alciato (sobre ambos autores hay abundante bibliografía); véase Hamza, G., *Origine e sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici moderni in base alla tradizione del diritto romano*, p. 300.

³⁰ Sobre su pensamiento, VVAA, *Francisco de Vitoria, 1546-1946*, Santiago de Compostela, 1947; Hernández, R., *Los derechos humanos. Antología. Francisco de Vitoria*, 2ª ed., Salamanca 2003.

decir, no limitado a pueblos pertenecientes a una determinada comunidad cultural, como la cristiandad, sino extendido a todos los humanos por encima de su raza, religión y grado de civilización, que es precisamente la base del moderno derecho internacional; extensión que se hizo posible desde el momento en que vio que el cimiento de ese orden era el derecho natural, por lo que sus sujetos no serían solo los príncipes y los Estados, sino también los particulares, los individuos aislados³¹.

Como aportación técnica de la Escuela al derecho público cabría señalar la solución satisfactoria dada al viejo problema del origen del poder, tan discutido en épocas anteriores, ya que los autores medievales, apoyándose en los textos bíblicos, fundaron el derecho de los reyes en lo divino y en sentido absolutista, idea que se mantuvo en la edad Moderna (Filmer en Inglaterra, Bossuet en Francia, Lutero en Alemania y Calvino en Suiza).

Para los autores de la Escuela el asunto era más complejo; el poder ciertamente tendría su fuente última en Dios, como todo, pero no llegaría al gobernante directamente de Dios sino por intermediación de la comunidad política, en quien en realidad radicaría. Tal teoría, sin embargo, no estaría relacionada con la democracia, porque legitimaría también una monarquía o un gobierno aristocrático, ya que residiendo en el pueblo el poder de Dios, el pueblo podría determinar la forma concreta de gobierno por el cual querría ser regido. Esta idea serviría de fundamento al moderno Derecho político³².

En relación con el derecho privado, los estudios no han revelado todavía el enorme caudal de ideas escondidas en los escritos de los neoescolásticos. Sin embargo, sí señalan que han tenido influencia en el derecho moderno, y que ese influjo ha sido más importante del que parece a primera vista.

Si bien es cierto que desde mediados del siglo XVII las obras de los autores españoles dejaron de ser leídas o citadas en Europa, debido al auge de las ideas de H. Grocio³³ y sus sucesores de la escuela del Derecho natural moderno, también lo es, que influyeron grandemente en dicho autor, y posiblemente en Pufendorf y otros pensadores. Igualmente, las ideas de F. Suárez, en el ámbito filosófico, penetraron e influyeron en centroeuropa hasta bien avanzado el siglo XVIII.

En todo caso, hay ideas de derecho privado empleadas por la escuela del Derecho natural moderno, que habían sido perfiladas claramente antes por los neoescolásticos. Así, por ejemplo, la noción de *ius* como *facultas* o *potestas* (que desde la segunda mitad del siglo XVIII recibiría el nombre de *ius subjective sumptum* y desde Savigny, derecho subjetivo *-subjektives Recht-*); la división entre *ius in re* y *ius ad rem*, que se transformaría después en *ius reale* y *personale*. Nociones que, aunque se remontan a G. de Ockam, fueron definidas e incluidas en el "sistema" por la

³¹ Si bien no hay que olvidar a F. Suárez (+ 1645), ya en otro siglo, figura destacada en el proceso de formación del moderno Derecho de gentes.

³² Piénsese en la cercanía de esta teoría con la del pacto social de Rousseau (Rousseau J. J., *Del contrato social*, 1776); por el contrario, Cruz Cruz, "Presentación", considera que no habrían sido bien comprendidas las doctrinas de la Escuela si llegáramos a esa conclusión.

³³ Y quizá también debido al poder de los Estados protestantes y su influencia en centroeuropa, téngase en cuenta que Grocio era protestante; la Contrarreforma, para ellos, estaría representada por los autores de la escuela de Salamanca.

escolástica. Lo mismo hay que decir de la *restitutio*, que se encuentra en la base de nuestra teoría del enriquecimiento sin causa; de los primeros intentos de una doctrina general del contrato; de las promesas³⁴; de la nulidad y la anulabilidad en el negocio jurídico; del requisito de la buena fe en la prescripción adquisitiva del dominio, etc.

3. Domingo de Soto

En una época de revisión de valores, como la actual, conviene traer a colación figuras cumbres de la ciencia jurídica que han sido olvidadas, cuando no preteridas, por la inconsciencia o el sectarismo, y dotarlas de la plenitud intelectual que tuvieron por su contribución al desarrollo del Derecho. En este sentido llama la atención Domingo de Soto, teólogo y jurista, sobre el que nos detendremos en las siguientes páginas de este trabajo.

3.1. Algunos datos biográficos

La personalidad teológica y jurídica de Domingo de Soto³⁵, merece destacarse entre los autores; por algo se decía del ilustre segoviano y profesor de Salamanca: *Qui scit Sotum scit totum*³⁶. Si algún autor de nuestro Siglo de Oro debería aparecer al lado de F. de Vitoria, sin duda sería su contemporáneo Domingo de Soto; ambos convivieron y conversaron en el mismo convento dominicano, en San Esteban de Salamanca; los dos se repartieron el favor de los estudiantes, y los dos intervinieron, con sus dictámenes, en asuntos graves de conciencia y de alta política imperial³⁷.

Nacido en Segovia en 1495, cambió su nombre de pila por el de Domingo al ingresar en la Orden de Predicadores en 1524. Conocido, sobre todo, como teólogo, se interesó por los problemas suscitados por el derecho. Su intensa actividad intelectual le llevó a desarrollar proyectos en diversos ámbitos culturales; la magnitud de su obra escrita constata la amplitud de los temas que trató, no limitándose a la esfera académica, llegando a desarrollar y estudiar problemas científicos relacionados con la física o las matemáticas, que lo hacen precursor de algunas teorías desarrolladas por insignes científicos de la época, como Galileo o Newton, como la de la caída de los cuerpos.

Hacia 1512 comenzó sus estudios de Artes en la Universidad de Alcalá de Henares. En 1516 alcanzó el grado de bachiller y marchó a París para ampliar sus estudios; allí consiguió el grado de maestro en Artes y conoció a F. de Vitoria, joven profesor que había innovado los estudios teológicos explicando la Suma Teológica de Santo Tomás en vez de las Sentencias de Pedro Lombardo (manual del siglo XII), como se venía haciendo con anterioridad; cambio metodológico que le influyó

³⁴ Guzmán, "Introducción", pp. 57 ss.

³⁵ Véase Ramos-Lissón, D., "Domingo de Soto", *Juristas universales*, II, pp. 160-164; *in extenso*, Beltrán de Heredia, "Introducción Biográfica", pp.13-60, o el mismo Autor en *Domingo de Soto, Estudio Biográfico documentado*, Salamanca, 1960.

³⁶ Recogida en la inscripción del busto de piedra que corona el modesto monumento dedicado al autor, en Segovia, en 1960, al celebrarse el cuarto centenario de su muerte.

³⁷ Carro, *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*, p. 6. El P. Carro, dominico, es autor de las obras más relevantes sobre D. de Soto.

grandemente. Al volver a Alcalá alcanzó el grado de maestro en Teología en 1524, profesando en el Convento de Burgos. De ahí pasó a Salamanca, en 1525, donde enseñó la *Suma* y la *Sentencias*. Suplió en algunas ocasiones (1531-1532) a Vitoria en su cátedra de *Prima* cuando este sufrió una enfermedad que le impedía la docencia. Ganó la cátedra de *Vísperas* en 1532, convirtiéndose en el mejor colaborador de Vitoria a la hora de sacar adelante la reforma teológica emprendida por éste en Salamanca, superando el nominalismo y redescubriendo a Santo Tomás, para dar a sus teorías un sentido de actualidad que antes no tenían³⁸.

Redactó, por encargo de la Universidad salmantina, textos para la Facultad de Artes, con el fin de evitar las nocivas influencias del nominalismo³⁹. Así reeditó las *Súmulas* (1539) y la *Dialéctica* (1543) y al año siguiente comenzó a redactar la *Física* que tuvo que interrumpir, para asistir al Concilio de Trento, y que concluyó en 1551. También mostró excelentes dotes de gestión en asuntos relacionados colateralmente con el mundo universitario, como su intervención en un problema de abastecimiento de trigo para la manutención de los estudiantes en momentos de gran carestía en el mercado local. Además hay que sumar los cargos desempeñados dentro de la propia Orden y su participación en reuniones y capítulos de la misma, lo que demuestra su prestigio personal. En 1545 llegó a Trento para participar en el Concilio, al ser nombrado por el emperador Carlos V, tras la muerte de Vitoria. Recibió también el encargo de preparar un índice de libros prohibidos lo que, junto a otras circunstancias, le fue creando un ambiente de cierta hostilidad en algunos círculos del Concilio. Sin embargo, su relevancia en los trabajos conciliares, fue indiscutible.

Regresó en 1550 a España recibiendo encargos sobre asuntos públicos relacionados con la Inquisición, como la corrección de todas las ediciones de la Biblia aparecidas en los últimos 25 años.

Participó en la Junta de los Catorce, en Valladolid, surgida a partir de la controversia entre Bartolomé de las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda sobre la conquista de América, donde, examinaría la política indiana que se había replanteado nuevamente con la publicación de las *Nuevas Leyes de Indias* de 1542. Ocupó la cátedra de *Prima*, tras quedar vacante, por renuncia de su titular Melchor Cano al ser nombrado obispo. Hubo de intervenir, a su pesar, en el proceso inquisitorial contra su amigo y compañero en Trento, Bartolomé de Carranza, arzobispo de Toledo y autor de unos *Comentarios* sobre el catecismo cristiano, publicados en Amberes en 1558. El dictamen de Soto, benigno en la forma y en el fondo, no pudo evitar que la animosidad del inquisidor condenase al arzobispo a pasar en las prisiones del santo Oficio el resto de sus días. Al parecer, estos acontecimientos amargaron el último tramo de la vida de Soto y aceleraron su muerte, que se produjo en el Convento de San Esteban en Salamanca, en 1560⁴⁰.

³⁸ La actuación de Soto en la cátedra de vísperas y los principales hechos de su vida correspondientes a ese período pueden verse en Carro, V., "El maestro Domingo de Soto, catedrático de vísperas en la Universidad de Salamanca (1532-1549)", *Ciencia Tomista* 57 (1938), pp. 38-67 y 281-302.

³⁹ El nominalismo es una doctrina filosófica que niega los conceptos generales o abstractos. Se fundamenta en que todo lo que existe es individual, singular. Refuta la existencia de lo colectivo tanto de la manera inherente como intrascendente. El vocablo viene del latín *nomen*, nombre. Los conceptos generales serían algo abstracto, por lo tanto no tendrían realidad. Su representante es G. de Ockham (s. XIV), pero las cuestiones suscitadas por esta corriente fueron ya tratadas por los antiguos.

⁴⁰ Carro, *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*, pp. 43-44.

Tanto Vitoria como Soto, fueron figuras relevantes en relación con la cuestión histórico-jurídica sobre el origen de las *Leyes de Indias*; sin profundizar en ella, pues no es objeto de este estudio, cabe señalar que el origen de las mismas se encuentra, antes que en B. de las Casas, en la voz de los misioneros en defensa de los indios de América. En este sentido es célebre el dominico P. Montesinos que en 1511 lanzó sus censuras, con aprobación de todos los Padres de aquella misión, por los abusos que se cometían contra los nativos. De estas voces se hicieron eco los Montesinos, Vitorias, Sotos, etc., del momento, y se vieron reflejadas en *Reales Cédulas* y en *Leyes*, como las de Burgos de 1512 y las de Indias en 1542.

Por las razones señaladas anteriormente, algunos autores han dicho que la Teología es clave de la Historia de España⁴¹:

"En el proceso de la conquista y civilización de América no hay duda de que una idea teológica y una concepción ética explican lo que hay de valor permanente en ese gran capítulo de la Historia de la Humanidad"⁴². Solo conociendo esta realidad histórica, es posible desprenderse de las confusas, equívocas y, a veces, oscuras ideas sobre las relaciones existentes entre la Iglesia y el Estado con sus derechos respectivos, una vez superada la Edad Media⁴³.

Muchos de esos prejuicios han llegado a nuestros días.

Señala Duvé que "a la historiografía jurídica europea desde el siglo XVIII en adelante, se le ha acusado de haber mostrado un claro resabio a reconocer cualquier paternidad o influencia doctrinal a la contrarreformista segunda Escolástica española

⁴¹ Véase Chacón y Calvo, J. M., *Cedulario cubano: Col. de Doc. Inéditos para la Historia de Hispano-América*, IV, Madrid, 1929. La lucha que entonces se entabla, durará años. Es la lucha del pensamiento cristiano, de la Teología, contra los leguleyos y los intereses materiales del momento.

⁴² Zavala, Silvio A., *Instituciones jurídicas en la conquista de América*, Madrid, 1935 (Nueva edición, México, 2006), p. 4 ss.

⁴³ La controversia a propósito de la Indias Occidentales y las bulas concedidas por el papa Alejandro VI a los Reyes Católicos están reflejadas en Carro, *Domingo de Soto y la doctrina jurídica*, pp. 255-267. Algunas de las razones de las leyendas negras sobre la Historia de España han sido escritas, en nuestra opinión, desde la tradición protestante. Observa Carro, (*La doctrina jurídica de D. de Soto*, p. 214), que "Se acusó y calumnió a la Escolástica sin conocerla (...) Se la acusó y calumnió como defensora del absolutismo, como propugnadora del origen divino del poder de los reyes. ¿Qué queda de todo esto? La ignorancia de sus adversarios al descubierto, que en su mayoría no cogieron nunca una obra de Teología en sus manos, y que no podían leer, pues empezaban por ignorar la lengua latina en que estaban escritas estas obras. Hoy la crítica está haciendo justicia, y las obras de los teólogos están siendo consultadas con avidez digna de elogio (...)"; y a continuación el autor hace referencia a los diversos argumentos que han servido para desmontar los viejos prejuicios basados en la ignorancia. En definitiva, se basan en la lectura directa y pausada de las obras de estos autores, ya que en la actualidad, al menos, existen traducciones al castellano. En este sentido cabe traer a colación, el deseo de Mantovani, D., "El Derecho romano después de Europa. La Historia jurídica para la formación del jurista y ciudadano europeo": "La sociedad italiana de historia del derecho podría promover un programa de traducciones y, sobre todo, de adecuados comentarios -desde la Segunda Escolástica (además de Francisco de Vitoria) con Domingo de Soto y Francisco Suárez, hasta Grocio y Pufendorf, a Leibniz y Barbeyrac- confiados a la supervisión de un romanista y de un historiador del derecho moderno. De este modo se lograría mostrar que la urdimbre de estos tratados, además de la Política de Aristóteles, del estoicismo y del tomismo, se nutre del derecho privado romano, que ha sido vehículo de conceptos y de disposiciones de naturaleza política (en particular, los modos de adquirir la propiedad a título originario y la teoría de los pactos (...)).

respecto a determinadas instituciones jurídicas de la modernidad, para atribuírselas a H. Grocio en tanto que protestante"⁴⁴.

3.2. Obra literaria

La obra literaria de D. de Soto es muy amplia y abarca diversidad de temas, arrancando sus preocupaciones de los problemas de su tiempo. Escribió numerosas obras de teología, derecho, filosofía y lógica, entre las que destacaron *De iustitia et iure* (1557), *Ad Sanctum Concilium Tridentinum de natura et gratia libri tres* (1547), y *De dominio* (1534). También comentó varios libros de física y lógica aristotélica, el más importante fue *Quaestiones super octo libros physicorum Aristotelis* (1551), sobre cinemática y dinámica⁴⁵. Destacó también en otros campos, como la exegética, la

⁴⁴ Duvé, T., "La teoría de la restitución en D. de Soto: Su significación para la Historia del derecho privado moderno", *La ley natural como fundamento moral y jurídico en Domingo de Soto*, Pamplona, 2007, pp. 181-197. Por otra parte, la sobrevaloración de H. Grocio en la creación de conceptos jurídicos, del que es paradigma la expropiación forzosa, coincide con la relevancia que se le ha otorgado no solo en la definición del derecho estatal independiente de otros órdenes, sino en los orígenes de un derecho internacional entre soberanos desvinculado de la religión, que habría tenido su punto de partida en el que la Historiografía más reciente califica como el "mito de Westfalia" (Beaulac, S., *The Power of Language in the Making of International Law. The word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of "Westphalia"*, Leyden, Boston, 2004, pp. 67-97).

⁴⁵ Un elenco de las obras de D. de Soto puede verse en Ramos-Lissón, D., *Juristas universales cit.*, p. 165 y Carro, *Domingo de Soto*, pp. 58-60.

Domingo de Soto está considerado como el promotor de la Física moderna. Su teoría del movimiento uniformemente acelerado y la caída de los graves fue el precedente de la *Ley de la Gravedad* de Newton. Fue el primero en establecer que un cuerpo en caída libre sufre una aceleración uniforme con respecto al tiempo; y su concepción sobre la masa fue extremadamente avanzada para su época. En su libro *Quaestiones super octo libros physicorum Aristotelis*, Salmanticae, 1551, explica la aceleración constante de un cuerpo en caída libre de esta manera: "Este tipo de movimiento propiamente sucede en los graves naturalmente movidos y en los proyectiles. Donde un peso cae desde lo alto por un medio uniforme, se mueve más veloz en el fin que en el principio. Sin embargo el movimiento de los proyectiles es más lento al final que al principio: el primero aumenta de modo uniformemente disforme, y el segundo en cambio disminuye de modo uniformemente disforme." (Véase Pérez Camacho J. J. y Sols Lucía, I., "Domingo de Soto en el origen de la ciencia moderna", *Revista de Filosofía* 7, 12 (1994), pp. 27-49 y la bibliografía expuesta por los autores a lo largo de su estudio).

Soto, en su época, ya relacionaba dos aspectos de la física: el movimiento uniformemente disforme (movimiento uniformemente acelerado) y la caída de graves (resistencia interna). En su teoría combinaba la abstracción matemática con la realidad física, clave para la comprensión de las leyes de la naturaleza. Tenía una claridad rotunda acerca de este hecho y lo expresaba en ejemplos numéricos concretos. Algunos autores anteriores, llegaron a describir el movimiento de un cuerpo en caída con dos variables independientes: el tiempo y el espacio, pero ello no les permitió llegar a la descripción correcta. El español Diego Diest (Diest, D., *Questiones phisicales super Aristotelis textum, sigillatim omnes materias tan-gentes in quibus difficultates que in theologia el aliis scientiis ex phisica pendant discusse sois locis inseruntur*, Zaragoza, 1511), partió de utilizar una sola variable, pero utilizó de forma errónea la espacial. En cambio, Soto, describió el movimiento con una sola variable independiente: el tiempo. Este hecho está comprobado en la obra de Wallace, W., *The Enigma of Domingo de Soto: Uniformiter Disformis and Falling Bodies in Late Medieval Physics*, *Isis* vol. 59, núm. 4, Winter, 1968, pp. 384-401, The University of Chicago Press, The History of Science Society). Fue un descubrimiento clave en física, y base esencial para el posterior estudio de la gravedad realizado por Galileo Galilei e Isaac Newton. Ningún científico de las Universidades de París y de Oxford de aquella época había conseguido describir la relación entre movimiento uniformemente disforme en el tiempo y la caída de los cuerpos, como lo hizo Soto.

Domingo de Soto publicó sus ideas sobre la caída de graves en la obra *Quaestiones super octo libros physicorum Aristotelis*, en 1551 en Salamanca, pero también en varias ciudades italianas, influyendo en personajes como Benedetti o Galileo. Los especialistas han señalado que sus ideas eran

pastoral y la catequética⁴⁶.

3.3. Pensamiento jurídico

Una de las preocupaciones mayores de Soto, al igual que la de sus compañeros de la Escuela de Salamanca, fue la justicia social. Así, en su *Deliberación en la causa de los pobres*⁴⁷, de 1544, escribió:

"So pena de pecado mortal son obligados los ricos a hacer limosna de los que les sobra".
Con excepción de lo que el hombre necesita para su sustento personal y familiar, todo lo demás ha de darlo "al que tiene dello necesidad".

originales y no correspondían a un conocimiento colectivo de la época. Fue un logro tan avanzado, que algunos autores han afirmado la decisiva aportación de D. de Soto a la física moderna (Pérez Camacho y Sols Lucía, "Domingo de Soto en el origen de la ciencia moderna", p. 49, señalan: "Ante el resultado de nuestro análisis de las aportaciones de Domingo de Soto a la física, proponemos esta consideración: es en la década que abraza las obras de Copérnico (1543), Soto (1551) y Benedetti (1554) donde debemos situar la línea divisoria entre la ciencia del Renacimiento y la ciencia moderna. Tras una lenta maduración, al fin sus ideas contaron con un magnífico aliado en Galileo Galilei"). Las aportaciones de Soto a las ciencias fueron puestas de relieve por el historiador francés Duhem, P., "Dominique Soto et la Escolastique parisienne", *Bulletin Hispanique* 12 (1910); 13 (1911); 14 (1912). Del mismo autor, en su obra *Les précurseurs parisiens de Galilée*, Paris, 1913.

Este teorema de caída de los cuerpos, era el principio que Galileo buscaba en 1604 para establecer el fundamento de la cinemática. En sus primeras investigaciones partió de una concepción equivocada porque consideraba que la velocidad aumentaba con respecto al espacio de la caída, en lugar de con el tiempo. Así escribió: "El cuerpo que cae naturalmente va incrementando continuamente su velocidad a medida que la distancia desde el punto de partida aumenta." Con posterioridad, al darse cuenta de su error, formuló matemáticamente el movimiento uniformemente acelerado, pero éste había sido definido 50 años antes, por D. de Soto. Soto no solamente acertó en la cinemática, sino también en la dinámica. Así en su libro *Quaestiones* planteaba la resistencia interna de los cuerpos: "Lo que es movido es una resistencia, que ha de ser superada por la fuerza motriz." Galileo citó a Soto en dos ocasiones, aunque no relacionadas con la caída de los cuerpos (Manuscrito MS72, fol. 91v; *Opere* VIII, p. 281). Sabemos que ese tratado, así como otros escritos por el joven Galileo en Pisa alrededor de 1589-1591, estaría basado en Lecciones impartidas por jóvenes jesuitas, contemporáneos de Galileo, en el Colegio Romano fundado por Ignacio de Loyola en 1551 -actual Universidad Gregoriana-. Las concepciones de Soto le debieron llegar, quizá de manera indirecta, a través de los discípulos de éste. Así, las enseñanzas de los *Calculatores* de Oxford y los Doctores de París recibieron una atención particular en las lecciones del Colegio Romano basadas en autores escolásticos y renacentistas a los que citaban ampliamente. Algunas de estas lecciones, claramente orientadas a la enseñanza, fueron publicadas, pero la mayoría sobrevivió sólo en forma manuscrita. Los *calculatores* fueron un grupo de matemáticos de Oxford, herederos de la tradición de Robert Grosseteste y Roger Bacon, que en el siglo XIV trabajaron sobre la descripción matemática del movimiento y de la definición precisa de los conceptos de velocidad y aceleración en términos abstractos, sin ninguna referencia al mundo físico. Bradwardine empleó un álgebra de palabras en su tratado *De Proportionibus* II. Este método fue seguido por un grupo del *Merton College* durante la década de 1330 a 1340, conocido como los *calculatores*. Estaba formado por William Heytesbury (ca.1313-1372), Richard Swineshead (1344-1354) y John de Dumbleton (ca.1331-1349). Richard Swineshead, autor del *Liber calculationum*, era llamado expresamente "el *calculator*". El pensamiento de los *calculatores* se introdujo en el Colegio Romano a través de dos jesuitas españoles: Francisco de Toledo y Francisco Suárez. Ambos fueron discípulos de Soto en Salamanca.

⁴⁶ Son escritos extraacadémicos. Los principales se refieren a la exposición de la doctrina católica contra los errores luteranos. Así: *De natura et gratia*, entre 1547 y 1589 (dedicado al concilio de Trento); *Apología contra Catarino*; *Comentario a la Ep. a los Romanos* (1548-1550); *Adnotationes in commentarium J. Feri super evangelium Joannis*, Salamanca, 1554; *Abuso de los juramentos* (1551); *Catecismo de la doctrina cristiana*, Salamanca, 1552; y también algunos inéditos.

⁴⁷ Soto, D. de, *In causa pauperum deliberatione*, Madrid, 1965.

En su libro *De dominio*, escrito en Salamanca en 1534⁴⁸, establecía que Dios había creado todos los bienes del mundo en común para el linaje humano, de manera que quien no se atuviese a esta norma de conducta atentaba contra la ley divina y también contra el derecho natural, ya que "por derecho natural todas las cosas son comunes en cuanto al dominio". Según De Soto, "si los bienes materiales han de quedarse divididos y privatizados ha sido como consecuencia del pecado original".

El maestro de Salamanca dio una nueva dimensión a la teoría del Derecho de Gentes, formulada ya antes por Francisco de Vitoria, el gran precursor de los Derechos Humanos y del pensamiento anti-colonialista. Para Soto sería un error considerar que fuera de la cristiandad nadie es señor del mundo, tampoco el emperador ni el papa, así como querer justificar el dominio del mundo en nombre de Cristo, ya que "sería maravilla que viniendo Cristo a predicar la pobreza en el mundo, recibiese el dominio del mundo".

Su respuesta ante la cuestión de si es lícito apoderarse por la fuerza de las ciudades de los infieles y gentiles a causa de su idolatría es rotundamente negativa, ya que "tales guerras las llevamos a cabo contra las leyes divinas, por lo que hemos de atender a los cometidos de la Fe. Matando a los gentiles no sólo saldamos las exigencias de la caridad, sino que también nos hacemos odiosos e infecciosos a ellos y, por ende, ineptos para inducirles a aceptar nuestra fe"⁴⁹.

De esta manera se explica que, contradiciendo a San Agustín, negase que los romanos tuvieran derecho a invadir y conquistar a otros pueblos: "El Derecho natural es igual para todos los hombres, ya que todos son de la misma naturaleza; por consiguiente, nadie es de esta manera señor de los demás".

Continúa enseñando que la misión de los católicos no es la de castigar a los infieles por sus pecados, sino la de perdonarlos: "La predicación de la Fe tiene como finalidad el perdón y remisión de los pecados. Es así que castigar los pecados de los infieles se opone diametralmente a la misma. Luego, la fe católica no nos concede potestad alguna para castigarlos".

3.4. *De Iustitia et Iure*

La contribución de D. de Soto al mundo del derecho se desarrolla, sobre todo, en su monumental *De iustitia et iure* (1554)⁵⁰, obra con la que inauguraba una serie de tratados relacionados con su labor docente, por lo tanto de carácter teológico-moral, que titulaba igual que el título primero del libro primero del Digesto de Justiniano⁵¹. Desde esta óptica se entiende que el fundamento del tratado sea la idea de justicia como presupuesto para el estudio y la realización del derecho⁵². Siguiendo a Vitoria se

⁴⁸ Brufau Prats, J., "Domingo de Soto y su Relección *De Dominio*", *Anuario Asociación Francisco de Vitoria* 16 (1965-1966), pp. 117 ss.

⁴⁹ Para estas cuestiones, véase la relección de D. de Soto, *De dominio* (1554).

⁵⁰ Véase, Domingo de Soto, *De Iustitia et Iure, Libri decem*, Instituto de Estudios Políticos, Vols. I-V, Edición facsimilar de la hecha por D. de Soto en 1556, con su versión castellana correspondiente. Introducción histórica y teológico-jurídica por el Dr. P. Venancio Diego Carro, O.P., versión española del P. Marcelino González Ordóñez, O. P., Madrid, 1968.

⁵¹ D. 1, 1, *De Iustitia et Iure*.

⁵² Ramos-Lissón, *Juristas Universales*, p. 164.

ocupó de estudiar la noción de ley, el contenido del derecho natural y del derecho positivo, el derecho de gentes, el origen de la guerra justa, etc. Muy interesantes son sus apreciaciones sobre la moral económica, que el descubrimiento de América en 1492 había sacado a la luz, especialmente en materia contractual, como los contratos de préstamo, usura, seguros, sociedad, cambio de moneda, etc. Algunos de estos temas merecieron una atención pormenorizada en sus *Relectiones*, como *De dominio* (1534)⁵³, ya mencionada, o la titulada *An liceat civitates infidelium expugnare ob idolatriam* (1554). Las *relectiones* eran una especie de conferencias o lecciones extraordinarias que cada catedrático debía dar, a razón de una por curso, en días festivos. Son clásicas las de F. de Vitoria⁵⁴, pero también han llegado a nosotros, y son de gran interés, las de D. de Soto.

D. de Soto encuadra el Derecho dentro del plan de la *Suma Theologica* de Santo Tomás de Aquino⁵⁵. Considera que el teólogo, al contemplar todo el campo jurídico desde las alturas de la Teología, que tiene por objeto a Dios, está en posición ventajosa para solucionar los problemas jurídicos. Por eso, al intentar exponer las doctrinas jurídicas del autor, hay que tener presente que estamos en presencia de un teólogo y de un profesor de teología que traslada a sus libros el fruto de sus meditaciones dirigidas a su cátedra salmantina. No quiere esto decir que confundiese la Filosofía moral, a la que pertenece el Derecho, con la Teología. Los teólogos en general, y sobre todo los de la categoría de D. de Soto, conocían la cuestión de la especificación de las ciencias, pero igualmente sabían que la Ley y el Derecho, son partes de la Filosofía moral, y por tanto entraban de lleno en el marco de la Teología moral, sobre la que Santo Tomás había dedicado muchas cuestiones y artículos⁵⁶. Tanto el filósofo como el teólogo se ocupan de estas materias, cada uno desde su punto de vista, pero las influencias mutuas son inevitables. Precisamente, se ha dicho, que los teólogos fueron grandes juristas, justamente por ser teólogos⁵⁷; pues acostumbrados a contemplar los problemas desde lo alto, a través de Dios, objeto de la Teología, descubrían con facilidad esa urdimbre de causas y efectos, que constituye la médula de lo que hoy llamamos Derecho.

D. de Soto y los demás teólogos, al tratar las diversas cuestiones, tenían conciencia de que aparentemente penetraban en campo ajeno a la Teología, pero justificaron su proceder y siguieron adelante. Explicando Teología, hacían Jurisprudencia, y la más alta y profunda que pudiera desearse, en palabras de V. Carro⁵⁸. En las *Sentencias* de P. Lombardo, las materias de Teología moral y las referidas al Derecho eran prácticamente inexistentes, de ahí que se sustituyera su estudio por la obra de Tomás de Aquino, que, aunque de manera breve, trataba de esas

⁵³ Brufau Prats, "Domingo de Soto y su Relección *De Dominio*", p. 117; D'Ors, A., "Las *Summulae* de Domingo de Soto. Los límites de la regla *tollendo ponens*", *Anuario Filosófico* 16 (1984), pp. 20 ss.

⁵⁴ Véase Truyol Serra, A., "Francisco de Vitoria", *Juristas Universales*, vol. II, p. 121-127 con bibliografía abundante.

⁵⁵ T. de Aquino, *Summa theologiae*, BAC, 1956.

⁵⁶ Carro, *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*, p. 61 ss.

⁵⁷ Al igual que los juristas romanos, que no fueron filósofos, pero utilizaron la filosofía como herramienta para su labor creadora del *ius*, de ahí el alto nivel de perfección de la *iurisprudencia* romana. Véase, en este sentido, Fernández de Buján, A., "Casuismo y sistemática en la metodología de la jurisprudencia romana: lógica, retórica, tópica y dialéctica", *Derecho Público Romano*, 18ª edición, Navarra, 2015, pp. 202-215, bibliografía allí citada.

⁵⁸ Carro, *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*, p. 62.

cuestiones, y que se emplease su método. Sobre todo ello reflexiona D. de Soto profundamente en su obra de *Iustitia et Iure*.

La Teología, aunque dirigida al estudio de Dios, sin salirse de su objeto, roza muchas materias que pertenecen a otras ciencias. El orden sobrenatural, campo de la Teología, supone el estado natural, donde se desenvuelven las ciencias humanas, y entre ellas la Filosofía moral, con la que tiene puntos de coincidencia. Esta fue una de las grandes aportaciones de Santo Tomás, que encuadrara en la *Summa*⁵⁹ toda la Teología moral, que se reduciría a dos partes: fin y medios. El fin es llegar a Dios. Los medios son los actos humanos para conseguir el fin.

En la segunda parte de la *Summa*, que es la que trata sobre los actos humanos, D. de Soto se refiere extensamente (297 cuestiones están dedicadas a los medios, frente a 5 que se refieren al fin), examinando los actos humanos bajo todos sus aspectos, ya sea de manera general (1ª- 2ª), ya en particular (2ª-2ª). Allí estudia los *actos humanos* y los *actos del hombre*, es decir, los que son exclusivos del hombre como ser racional y libre, y los que tienen algo en común con los de los animales y no están sujetos al libre albedrío; los principios intrínsecos y extrínsecos de estos mismos actos, favorables o adversos a su libertad; y examina la naturaleza de algunos actos que no pertenecen a todos los hombres sino a algunos estados del desarrollo humano.

En las siguientes líneas no se va a seguir detalladamente el plan de Santo Tomás, como hace Soto al tratar cualquier asunto, sino que se van a señalar los principios más útiles, expuestos por el autor, para la comprensión del tema que nos interesa en esta sede: los derechos individuales en la obra de D. de Soto.

Los principio que han de tenerse en cuenta para abordar nuestro trabajo son dos; uno es intrínseco: la justicia, virtud realizadora del derecho⁶⁰, del *ius* objetivo; el otro es extrínseco: la ley, con todas sus especies y divisiones, norma de nuestros actos, y bajo ese aspecto madre del derecho.

A la ley dedica ocho *quaestiones*: en sí misma; eterna, natural y humana; en cambio a la *iustitia et iure* veintidós.

Al hablar de los hábitos buenos que realiza el hombre se detiene en las virtudes cardinales: prudencia, justicia, fortaleza y templanza; por ello, al referirse a la justicia

⁵⁹ Santo Tomás dividió la *Summa* en tres partes y los discípulos subdividieron la parte segunda, por ser muy extensa; es lo que conocemos y citamos con las palabras breves de *Prima secundae* (1ª-2ªe) y *Secunda secundae* (2ª-2ªe). En esta última se contiene la Teología moral (T. de Aquino, *Summa theologiae*).

⁶⁰ Véase la coincidencia de nuevo con la *iurisprudencia romana*: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (D. 1, 1, 10, *Ulp., lib. 1 Reg.*). D. de Soto, al recordar las palabras de Celso recogidas en D. 1, 1, 1 *Ulp. lib. 1, Instit.: Ius est ars boni et aequi*, (el derecho es el arte de lo bueno y de lo justo), señala que el arte no es el objeto de la virtud de la justicia, que tiene su asiento en la voluntad, pues el arte es una virtud intelectual, según Aristóteles, por lo que aclara el sentido de la cita. Así "el derecho es el arte de lo bueno y justo" se entiende no el derecho escrito sino el natural. Arte de lo bueno y de lo justo, significa, arte de velar por el derecho natural cuando el escrito es injusto, y añade que por eso surgió el derecho pretorio (aunque las razones fueron otras, como sabemos por D. 1, 1, *Pap. lib. 2, Definit.: Ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam*, no deja de llamar la atención su interpretación creadora de la regla de Celso).

como virtud cardinal o hábito bueno, deberá de abordar, en primer lugar, el problema de la Justicia en general, por lo que se aproxima al Derecho. Su idea no es tratar del Derecho en todos sus aspectos, sino de la *Iustitia*, y para definirla comienza por exponer qué es *Ius* objetivo, "pues las virtudes se especifican por sus objetos"⁶¹.

Domingo de Soto une en su obra *De iustitia et Iure* los tratados de la Ley y los de la Justicia que Tomás de Aquino había estudiado por separado. Entresaca de la *Summa*, la parte que podríamos llamar jurídica, sin desligarla en su exposición de toda la Teología moral. No es posible explicar aquí sus doctrinas varias, por lo que nos remitimos a los Tratados directamente, ya que solo un estudio pausado de los mismos podría hacernos comprender la totalidad de su pensamiento⁶².

En primer lugar se ocupa de esclarecer la distinción entre *Lex* y *Ius* al observar que la afinidad existente entre ambos términos, ha hecho que se hayan tomado como palabras sinónimas por las personas que no son especialistas en estos conceptos. Esa es la razón por la que titula su obra *De iustitia et iure*, aunque debería llamarse, según él, para responder mejor a su contenido: *De lege, de iure et iustitia*, o *De lege et de iustitia et iure*.

Pero ¿qué es el Derecho para D. de Soto?, para él como para los otros teólogos, el Derecho, el *Ius*, es principalmente el derecho objetivo, pues de él nace el derecho subjetivo. Una explicación de la palabra *Ius*, según Soto, sería la que definía con estas palabras:

Lib. III, q. I, art. 1: *Ius est pro aequitate ipsa quae objectum est Iustitiae.*

Ius o Derecho es lo justo, debido al otro, la equidad misma de las cosas, *Ius est obiectum iustitiae*, o si se quiere, la cualidad inherente a toda cosa justa, debida a otro⁶³. Y continúa:

*Quae facit aequalitatem inter debentem et alterum cui propriam debet. Ius est in rebus; ars vero aequi boni in intellectu docente iustum operari, sicut ars fabrilis. Sed lex regula intellectus practici per prudentiam constituta: atque adeo ratio Iusti, hoc est factiva et constitutive iusti. Iustitia denique virtus voluntatis quae secundam legem Iustum in rebus constituit*⁶⁴. (Más bien lo justo está en las cosas; el arte de lo bueno y de lo justo está en el entendimiento, que es el que enseña a obrar justamente como lo está el arte fabril. Mas la ley es una regla de entendimiento práctico establecida por la prudencia, y por tanto es la razón de lo justo, es decir, la que causa y constituye lo justo; y finalmente la justicia es una virtud con asiento en la voluntad, la cual, guiada por la ley determina lo justo en las cosas.)

Si quisiéramos resumir las fuentes del derecho⁶⁵, remontándonos a la causa primera, diríamos según de Soto, con Santo Tomás y todos los tomistas, que todo

⁶¹ La palabra *ius* viene de *iustitia* (D. 1, 1, 1). Nótese que a partir de este momento utilizamos letras mayúsculas para nombrar los conceptos que hasta ahora aparecían en minúscula. Creemos haber avanzado en el mismo sentido que D. de Soto, pasando en su explicación, del nivel de abstracción general, al de lo concreto.

⁶² Remito para ello a D. de Soto, *De Iustitia et Iure libri decem (De la Justicia y del Derecho)*, I, Madrid, 1967, tomos II-V, Madrid, 1968, Instituto de Estudios políticos y constitucionales, 1968, escritos originales, traducción y comentario de Carro.

⁶³ Carro, *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*, p. 81.

⁶⁴ Soto, D. de, *De Iustitia et Iure*, lib. III, q. I, art. I.

⁶⁵ Carro, *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*, p. 84.

derecho está en función de una ley; surge y nace de una ley. En la base suprema habría que colocar la Ley eterna que funda el orden según la mente divina; el orden funda el Derecho natural y la Ley natural, fruto espontáneo de nuestra inteligencia. La Ley natural funda a su vez el derecho objetivo natural y el derecho subjetivo natural, inseparable de la personalidad humana. Tras él, y a modo de deducciones lógicas y aplicaciones, surge la Ley positiva, el derecho positivo, dentro del cual también se encuentra el derecho de gentes. Es siempre la inteligencia y la razón las que elaboran las leyes y el derecho. Ni la voluntad ni la fuerza tienen nada que ver en el origen del Derecho:

Lib. I, q. 5, art. 2: *Quapropter dum legem naturae imitamur aeternam tenemus.*

3.4.1. Los derechos individuales

Las interesantes y extensas consideraciones que D. de Soto hace sobre los derechos y deberes del hombre dentro del marco de una sociedad organizada de la que forma parte, no van a ser expuestas en este lugar, ya que exceden del objeto de nuestro estudio. En las siguientes páginas nos detendremos en el análisis que realiza sobre los derechos del hombre en cuanto ser individual, desde el punto de vista material; concretamente sobre la propiedad privada o *dominium* sobre las cosas.

Para el Autor, todos los derechos y deberes humanos nacen y se desarrollan en función de la personalidad humana. Los juristas que buscan en el hecho histórico-social o en el Estado, el origen de todos los derechos, irían en contra de la filosofía y en contra de la naturaleza, pues olvidarían que el hombre como ser individual, es anterior y, en algunos aspectos, superior al Estado y a la sociedad. Aunque es un ser esencialmente social, hay en el hombre derechos y deberes inherentes a su personalidad humana, que son inalienables, intransferibles, que ni la sociedad ni el Estado confieren, ni pueden desconocer y derogar, ni el hombre puede renunciar. Son aquellos derechos y deberes naturales que naciendo de la ley natural, reflejo de la eterna, se hallan incrustados en su misma naturaleza y tienen a Dios por su autor⁶⁶:

Lib. IV, q. 2, art. 3: *Homo non est suae vitae dominus. Non solum homo privatim verum nec Respublica, nec Princeps absolutum habet dominium vitae subditorum, sed solus Deus.*

Partiendo de esta base, pontífices como León XIII y teólogos como D. de Soto y demás maestros de la Escuela de Salamanca, consideraron misión primordial del Estado no destruir o anular los derechos individuales, sino ampararlos y protegerlos, pues así se protegería a sí mismo y respetaría el orden natural.

Entre los derechos y deberes del hombre, como ser individual, podrían establecerse dos categorías bien definidas: derechos y deberes espirituales y derechos y deberes materiales. Los primeros afectan al alma (son los que se refieren a su misma existencia, a su inteligencia y conciencia, como la fe; y los que amparan o limitan su libertad física y moral, como la vida o el pensamiento); los segundos al cuerpo (el derecho de propiedad y sus relativos).

⁶⁶ Carro, *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*, p. 177.

Siendo el ser humano un todo, sería conveniente detenernos en el estudio en profundidad de los derechos y deberes según ambos órdenes. Sin embargo, a pesar de su interés, hemos de reducir el ámbito de nuestra consideración a los derechos individuales del hombre referidos a su existencia material.

La regulación de los intereses materiales, en la doctrina jurídica de Soto y los demás teólogos juristas, merece una atención particular frente a otros problemas de su tiempo, pues es una doctrina muy depurada y ha llegado a nuestros días. Hay que tener en cuenta que, por su profesión, estos autores, habían renunciado a toda propiedad o dominio sobre las cosas: eran religiosos que habían hecho voto de pobreza; por su vida en el claustro, normalmente se hallaban distantes de las disputas sobre negocios y cuestiones relacionadas con los bienes materiales. Es quizá por ello, por lo que acertaron al discernir las normas que deberían regular el derecho de propiedad.

3.4.1.1. El derecho de propiedad

D. de Soto trata del derecho de propiedad y las cuestiones derivadas, al principio del libro IV de su obra de *Iustitia et Iure*, y como Introducción previa al capítulo en el que trata de la restitución, pues difícilmente, dice, se podría hablar sobre ella, si antes no se hubiera explicado a qué hace referencia:

"En verdad el dominio de las cosas y su división es la base y el fundamento de todos los contratos, pactos y acuerdos que se celebran mediante la justicia conmutativa. Por consiguiente todos los vicios que se oponen a esta virtud son violaciones y corruptelas del dominio y propiedad de las cosas. Y por tanto estas injusticias y deudas contraídas tienen que ser compensadas por medio de la restitución (...)".

La restitución es su preocupación fundamental en su búsqueda por restablecer el orden y la justicia material.

Las cuestiones acerca del dominio de las cosas, sobre las que trata, son: 1. el dominio en sí. 2. el sujeto del mismo. 3. su objeto. 4. la división del dominio y su legítima traslación. 5. algunos dominios particulares. 6. los cambios de dominio.

a) Definición

La causa originaria en la que fundamentar el derecho de propiedad es lo que denomina *dominium*, que en castellano equivale a dominio. Algunas veces se ha traducido como derecho, poder o facultad de disponer de las cosas y usar de ellas conforme las normas de la ley justa.

Lib. IV, q. 1, art. 1: *De dominio in genere. Utrum dominium idem sit quod Ius et facultas rerum* (Del dominio en general. Si el dominio es lo mismo que el derecho y facultad para disponer de las cosas).

En sentido afirmativo alega que derecho es la facultad de disponer y usar libremente de las cosas; pues esto mismo parece significar dominio. Y continúa diciendo que "en latín, efectivamente, las cosas de que uno es dueño se llaman propiedades, bienes, posesiones. Fueron los juristas romanos los que se sirvieron de esta palabra para significar lo que ellos llamaban a la vez propiedad de las cosas, que se distinguía de su posesión y de su uso y usufructo". Ciertamente, en el Digesto se

encuentran diversos títulos sobre la manera de adquirir el dominio sobre las cosas y la manera de adquirir y perder la posesión⁶⁷.

Señala que no puede traducirse *dominium* por *ius* pues son muchos los derechos que no incluyen el concepto de dominio: "Todo dominio incluye un derecho, pero no a la inversa. Derecho es el objeto de la justicia, o sea la igualdad que la justicia establece entre los hombres; dominio en cambio, es el poder del señor sobre los criados, o sobre las cosas de que se sirve a voluntad y para su provecho". De donde se deduce que derecho no se identifica con dominio sino que es algo superior y más extensivo.

Fit ergo ut Ius non convertatur cum dominio, sed sit illi superius et latius patens (...) Et enim, ut in summa iam dicamus, dominium solum est Ius, quo quis utitur ad suum proprium commodum: Ius autem non hoc solum significat ...Dominium ergo, si secundum artem describas, est propria cuiusque facultas et ius in rem quamlibet quam in suum ipsius commodum usurpare potest quocumque usu lege permisso. ("Si queremos dar una definición conforme a las reglas del arte de definir, diremos que dominio es la facultad y derecho que cada uno tiene sobre una cosa u objeto que pueda utilizar a su gusto, en beneficio suyo y dentro de lo permitido por la ley... Dijimos facultad y no potestad en nuestra definición, porque esta última tiene un sentido más amplio que no se compagina siempre con el verdadero dominio. La *potestas* del ladrón y del tirano para apoderarse de lo ajeno no es precisamente la facultas necesaria en el concepto dominio".)

Traducido todo esto en términos castellanos diríamos que *potestas* suena a fuerza física, poder físico, y *facultas* vale tanto como poder moral, poder jurídico. Estaríamos ante el derecho subjetivo⁶⁸ a utilizar cualquier cosa sobre la que tengamos dominio, como creamos más conveniente para nuestra utilidad y provecho, pero siempre dentro de los cauces de la ley.

El dominio es la propiedad radical, que llega hasta la sustancia de las cosas y no se queda en la apariencia, como el uso y el usufructo, pero no excluye las normas de la recta razón, como no deben excluirse en ningún acto humano:

Dominium enim est facultas in substantiam rei usufructus vero non nisi in eius qualitate et accidentia.

Con esta definición-afirmación, D. de Soto y los demás teólogos, cierran siempre el paso a la arbitrariedad y el capricho, fuente de todas las injusticias: la facultad que entraña el dominio sobre las cosas ha de ser desarrollada dentro de los límites de la recta razón.

b) Sujeto

Pero ¿quiénes son capaces de tener tal dominio?

Lib. IV, q. 1, art. 2: *Solis illis qui intellectu et libero arbitrio vigent, convenit dominandi ratio... Dominus, nisi ineptissime voce abutamur, ille solus in cuius facultate est situm res sic aut aliter in suum commodum uti: hoc autem nisi per intellectum ac voluntatem nemini congruit: solus ego homo in terris dominii ratione fulget. At quo res clarius eluceat, arguitur secudo: Dominium exterarum rerum nemini nisi hac ratione convenit, quo sit ipse suarum actionum dominus: dominium enim quod quisque habet in suos actus*

⁶⁷ Véase D. 41, 1-10.

⁶⁸ Nótese la correspondencia con la definición de Ihering: "derecho subjetivo es todo interés jurídicamente protegido".

causa est et radix eius quod habet in alias res: est autem solus homo suarum actionum dominus, per intellectum et voluntatem: eadem ergo ratione Ius illi soli convenit ut dominus aliarum rerum sit... Etenim qui sui non est dominus, esse nequit aliorum.

La palabra dominio lleva consigo el concepto de poder dominativo; tiene dominio sobre una cosa quien es señor (*dominus*)⁶⁹ de ella. Y solo puede ser señor (*dominus*) de las cosas inferiores, aquel que tiene facultad para usar de ellas en provecho propio de una manera o de otra; esto solo es posible cuando existe entendimiento y voluntad; luego solo el hombre es capaz de dominio en la tierra. Quien no es dueño, señor de sí mismo, de sus actos, mal podrá tener dominio sobre las cosas exteriores. El dominio sobre nuestros actos nace de nuestra inteligencia y voluntad. Por eso puede ordenar sus facultades, dirigirlas a un fin, coordinar las cosas, objeto de su dominio, disponerlas de un modo u otro, usarlas como crea conveniente, según las circunstancias. Por eso, los animales, desposeídos de inteligencia y voluntad, no son capaces de dominio, como tampoco los son de percibir los múltiples usos de las cosas, ni los fines y su relación con los medios.

Por tanto, solo aquellos seres que están dotados de razón y libre albedrío, pueden tener dominio sobre las cosas, pues solo a ellos compete el ser señores⁷⁰.

¿Pero en qué se funda el dominio del hombre sobre los seres inferiores? Aceptando que solo el hombre puede ser propietario de las cosas, la razón de dicho señorío se fundamentaría en que todos los seres inferiores fueron creados para su utilidad (Gen. 1, 26 y 9, 3) y ¿hasta dónde se extiende ese dominio? El dominio del hombre no se extiende a sus semejantes, ya que por naturaleza todos los hombres son iguales, y desde ese punto de vista, a todos compete el mismo derecho al dominio o propiedad de las cosas. El dominio se extiende a los animales, a las plantas, a la tierra, al mar, y al cielo⁷¹.

c) Objeto

⁶⁹ Siendo la propiedad las cosas mismas en cuanto pertenecen a alguien, el contenido de la propiedad dependerá de la modalidad del aprovechamiento de aquellas cosas: la propiedad de una finca, la de una cosecha, la de unas monedas, etc., de ahí que los romanos se abstuvieran de dar una definición de la propiedad (D'Ors, A., *Derecho Privado Romano*, 9ª ed., Navarra, 1997, p. 191). El término más general para designarla es "señorío", *dominium*, y en él se manifiesta que la identidad de la relación dominical no está en el contenido sino en el sujeto, es decir, en el comportamiento de éste como señor (*dominus*). El término *dominium* aparece en la Jurisprudencia de fines de la República, como también otros términos técnicos. Alfeno Varo (cónsul en el 39 a. C) parece conocerlo ya, D. 8, 3, 30; véase Monier, R., "La date d'apparition du *dominium* et la distinction juridique de *res* en corporales et incorporales", *Studi in onori Siro Solazzi* (1948), p.457.

⁷⁰ De donde surge el término "señorío" sobre las cosas. Igualmente se pronuncian D. Báñez, y Cayetano en sus *Coment. a la Summa*. Los comentarios de Báñez pueden ser leídos no sólo como el fruto de un pensamiento propio y personal, sino también como la cristalización académica de la tradición escolástica y humanística de la Escuela de Salamanca; véase García Cuadrado, A., "Hacia una sistematización de la antropología de la Escuela de Salamanca. A propósito de la edición del comentario de D. Báñez al Tratado *de Homine* (1588)", *Scripta Theologica* 37 (2005), pp. 617-642.

⁷¹ Aunque Soto admite la servidumbre natural entre el sabio y el ignorante, no se trata de esclavitud (sin embargo niega que por esa inferior cultura de los naturales de América hubiera algún derecho de conquista sobre ellos). Refiere que la servidumbre del que se vende espontáneamente para librarse de otros males, y la de los prisioneros de guerra, no incluyen verdadero dominio y pertenecen al derecho de gentes; serían usos introducidos y admitidos universalmente. Cfr. Carro, *Domingo Soto*, p. 190.

A la pregunta ¿Cuál es la naturaleza del derecho que funda el dominio del hombre sobre todo lo que le está supeditado? Soto responde distinguiendo tantos tipos de propiedad o dominio según los títulos que puedan alegarse.

Así el problema de la propiedad o el dominio se plantea en base a los casos particulares que configuran la diversa realidad y pueden ser fuente de muchos conflictos; por ello existen aspectos que requieren la atención del filósofo y el teólogo jurista si se quiere llegar a la solución acertada. Así serán muy distintas las facultades del particular sobre su hacienda, y las del Estado sobre todo el territorio nacional, si los títulos en que fundan su derecho de propiedad, en sus diversas manifestaciones, pertenecen al derecho natural, al de gentes o al civil.

D. de Soto resuelve el problema a través de cuatro conclusiones.

Lib. IV, q. 2, art. 1: *de rebus quarum homo est dominus* (De las cosas que son objeto del dominio del hombre)

Prima conclusio: Dominium quadruplex tantum est, scilicet naturale, divinum et humanum: quod dividitur in duo scilicet in illud quod de iure gentium oritur, et alterum quod acquiritur iure civili

Secunda conclusio: Homo dominium habet naturale, non solum in omnes terrae fructus verum etiam quodam pacto in elementa coelestesque orbes, qui velut tectum sunt sui domicilii.

Tertia conclusio: Iure etiam humano, quod superiori libro in ius gentium et civile partitum est, multis abundat homo dominiis. Iure enim gentium, ut paulo post dicemus, propria dominia divisa sunt: ut meum et tunc audiretur in orbe. Iure autem civili, hoc est cuiusque civitatis seu regni proprio, multa quoque mortales possident: ut iure praescriptionis, iure haereditario, iure primogeniturae, etc.

Quarta conclusio: Qui est in gratia Dei nihilo plus habet aut dominiis aut iuris utendi re aliena, quam qui est in peccato, uterque enim extrema necessitate uti potest rebus sibi necessariis, cuiuscumque sint possidentis: neuter tamen citra illam. Cuius porro contrarium et falsum est et assertum periculosum

Primera conclusión. Existen cuatro clases de dominio: natural, divino (y humano), de derecho de gentes y de derecho civil (estos dos últimos nacen del humano).

Segunda conclusión. El hombre tiene dominio, por derecho natural, no solo de todos los frutos de la tierra, sino también de los elementos del cielo, que son como la bóveda de su domicilio.

Tercera conclusión. Por el derecho humano de gentes y civil multiplicó el hombre sus dominios. Por el derecho de gentes se impuso en el mundo la división de la propiedad de tal modo, que se comenzó a oír la palabra tuyo y mío. Por el derecho civil propio de cada ciudad o reino, tienen los hombres como propias muchas cosas y se establecieron los derechos de prescripción, el derecho hereditario, etc.

Cuarta conclusión. Quien está en gracia de Dios no tiene más derechos al dominio que quien se halla en pecado. Uno y otro pueden usar de las cosas del otro en

caso de extrema necesidad y a ninguno le es permitido tal uso fuera de la necesidad extrema.

Así pues, el dominio se funda en algún derecho. No existen más que tres clases de derechos en el orden natural y humano: el derecho natural, el derecho de gentes y el derecho civil. A ello hay que añadir el derecho divino positivo. La última conclusión resuelve el problema sobre el título del dominio, que no lo da la gracia, sino el derecho natural.

Por tanto, el derecho de propiedad o dominio sobre las cosas, es un derecho natural. La división de la propiedad en *general* pertenece al derecho de gentes; al derecho civil pertenece la división del derecho de propiedad en *concreto*.

Que la propiedad o dominio en *general*, es un derecho natural, se prueba con solo recordar que ese dominio es algo debido a la naturaleza. La existencia material del hombre sería imposible si no tuviera derecho a servirse de las plantas, de los animales y, en general, de los productos de la tierra para su sustento. De lo dicho se desprende que el derecho de propiedad o el dominio del hombre sobre las cosas creadas, tiene un doble fundamento: la condición del hombre como ser racional, y la superioridad de su naturaleza. Como esto es común a todos los hombres, sin distinción de razas, ni de culturas, ni de edades, ni de clases sociales, todo hombre, todo ser racional, es igualmente dueño y propietario de todas las cosas. Como derecho inherente a la esencia del hombre, es un derecho natural y por tanto, inmutable, inalienable, superior a todos los derechos humanos.

El derecho natural nos autoriza para usar las cosas inferiores en beneficio propio, pero no señala el modo de hacer efectivo nuestro derecho. Por consiguiente, al hombre le toca pensar cómo hacerlo realidad. D. de Soto considera que la división de la propiedad es el medio elegido por el hombre para hacer efectivo y real ese derecho de propiedad, ese señorío sobre las cosas, y así dominar la naturaleza, hacerla suya.

d) Sobre la división de la propiedad.

Lib. IV, q. 3, art. 1: *De rerum divisione. Utrum humano iure rerum dominia fuerunt olim divisa* (Sobre el reparto de las propiedades. Si la división de las cosas ha sido obra del derecho humano).

Aunque en primer lugar afirma que es determinación del derecho natural que los bienes de este mundo se posean en común, y comenta diferentes textos en los que basa su argumentación⁷², sin embargo, a continuación establece que también parece que sea de derecho natural cierta división del dominio⁷³. Dejando a salvo algunas cosas que por derecho natural siguen siendo comunes, porque su dominio "no pudo repartir el derecho de gentes"⁷⁴, y siguiendo a Santo Tomás, señala que:

⁷² Se trata de Génesis, 1 y 9; Hechos de los Apóst.; Isidoro, lib. 5; Clemente 12, q. 1, can. *dilectissimis*; San Ambrosio, *dist.* 47; Crisóstomo *sobre San Lucas* cap. 6; Platón, *Timeo*, recogiendo las ideas de Sócrates; Platón, *Repúb.*, 5; Aristóteles, *Polít.* 1. Véanse directamente.

⁷³ San Mateo, 22: "Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios".

⁷⁴ "Como la ciudad, los caminos, el aire, el agua, las costas, los puertos, los peces, las fieras, las aves, etc. porque por derecho natural y por permisión del derecho de gentes la pesca y la caza son comunes (...)", véase la referencia a las Instituciones Justinianeas (I.J. 2,1,1).

"La división de la propiedad, es lícita por tres motivos: primero, porque así el hombre será más solícito y diligente en el trabajo; segundo, porque se realizará más ordenadamente, y tercero, porque así será más pacífico y tranquilo el estado del hombre y la convivencia entre todos".

La división es algo humano, de carácter universal y está dispuesta por el derecho de gentes, mientras que el uso, es algo común, pues la división tiene que ser tal que el uso de las cosas pueda ser compartido por todos los hombres. Sin embargo, esa cualidad no hace que el dominio deba ser ejercido conjuntamente, sino de distintas maneras, según las épocas, considerando que verdaderamente solo entre un reducido número de personas (por ejemplo, los que viven encerrados en un convento) se puede vivir pacíficamente teniendo todo en común. Pero no es posible trasladar este régimen a todos los ciudadanos de una República, por la avidez con que se suelen perseguir las riquezas⁷⁵. Siendo así, la propiedad puede ser ejercida de manera individual, aunque sea un derecho natural de todos los hombres. Distingue dos poderes sobre las cosas: la *potestas procurandi et dispensandi* y el *usus ipsarum (rerum)*, es decir, el poder de explotar, labrar, acrecentar y administrar las cosas, y el uso de las mismas.

La doctrina de Soto sobre la justificación de la división de la propiedad en general y particular, es común a los discípulos de Santo Tomás, coincide, por tanto, con F. de Vitoria⁷⁶ y con D. Báñez⁷⁷; son aplicaciones prácticas del derecho de gentes.

Considera Soto que, aparte de con un milagro, solo con la división de la propiedad es posible la existencia de la sociedad. Y escribe Báñez⁷⁸: "Pecaría gravemente contra la prudencia gubernativa quien aboliese la propiedad privada, aunque en absoluto puede hacerse, por ser de derecho de gentes".

Sin embargo, según de V. Carro⁷⁹, hay una pequeña diferencia entre Domingo de Soto y Domingo Báñez, pues el primero insinúa que la abolición general de la división de la propiedad en una nación, por ser algo consustancial con la existencia de la misma, sería inválida, aunque se realizase legalmente, mientras que el segundo, aunque suscribe la idea anterior, la interpreta en el sentido de que dicha opinión sería verdadera si la abolición se hiciera por la autoridad del príncipe solamente; pero no sería exacta si se derogara por común acuerdo entre el príncipe y la nación, ya que

⁷⁵ Soto distingue tres clases de comunismo: 1. Dividida la tierra, hacer comunes los frutos de la misma. 2. Tierra común y frutos divididos. 3. Todo en común. Sin embargo no es posible bajo ninguna de sus formas: "Dejando ya a un lado semejante delirio comunista, volvemos a la demostración de lo conveniente que es a la naturaleza corrompida la división de la propiedad. Ello se deduce de dos de las raíces de la vida humana corrompidas por el pecado, o sea, la negligencia y la ambición". V. Carro considera que de las palabras de D. de Soto no puede forzarse la interpretación en el sentido de aprobación del comunismo, si lo hubiera habido. Véase el razonamiento en pp. 193-195.

⁷⁶ Vitoria, *Commentario in 2^a-2ae*, q. 62, art. I, y q. 66, art. II.

⁷⁷ Báñez, *De Iure et Iustitia*, q. 62. *Preamb.*, q. 3: *Iure positivo humano introducta est iurisdictionum et rerum divisio: Iure gentium quidem in communi: Iure autem civili, in particulari (...) Quia iure gentium introductum est ut iurisdictiones et res non sint communes omnibus (...) Rerum divisio et appropriatio sequitur ex his principiis: Pacem esse retinendam in rebus publicis, agros esse colendos, per consequentiam quamvis non evidentem, usque adeo tamen et probabilem ut nemo sit hominum qui eam negare possit. Ergo pertinet ad ius gentium (...)* La división de la propiedad sigue estos principios: se consigue la paz en las cosas públicas, los campos son cultivados, y en consecuencia probablemente los hombres no pueden negarse. Luego pertenece al derecho de gentes.

⁷⁸ Báñez, *De Iure et Iustitia*, q. 62. *Preamb.*, q. 3.

⁷⁹ Carro, *Domingo Soto*, p. 199.

entonces sería válida aunque todos pecasen gravemente⁸⁰. Pero para saber si una revocación es válida, señala V. Carro, que no bastaría tener en cuenta solamente si es de derecho de gentes o civil, sino examinar si es justa *hic et nunc*, es decir, en el momento actual y habida cuenta de todas las circunstancias, pues la ley injusta no es ley.

La doctrina de Soto sobre la propiedad privada, inspirada en el pensamiento de Santo Tomás, es prácticamente la misma que la actual; se caracteriza por su equilibrio y solidez siendo recogida por los Papas⁸¹ en sus Encíclicas, llegando hasta nuestros días⁸². Podría concretarse en las siguientes afirmaciones:

La división de la propiedad responde a ciertas exigencias del derecho: hacer efectivo el dominio y conservar la paz.

La división de la propiedad en general no es algo inmutable, y es de derecho de gentes, por lo que puede abrogarse, pero iría contra la misma sociedad quien lo intentase. Sería injusta y también inválida la ley que derogase la división de la propiedad entre los individuos de una nación.

La división de la propiedad, en general y en particular, desempeña una función social, responde a una conveniencia social; pero es necesaria, dada la condición del hombre, y se debe a la existencia de la misma sociedad.

La división de la propiedad en particular es de derecho civil y puede plasmarse de diferentes formas, según las circunstancias de tiempo, de lugar, etc.; la división será mejor en cada época si con ella se logran más fácilmente los fines primordiales que justifican la división de la propiedad: la mejor explotación de todo lo que se encuentra sujeto al dominio del hombre y la más pacífica y ordenada convivencia social.

El derecho de propiedad individual, en sentido genérico, es anterior y superior al Estado, es de derecho natural y nadie puede derogarlo. El Estado no es dueño de todos los bienes de la nación, ni de los bienes de los ciudadanos. Estos no reciben la propiedad del Estado; sin embargo, por causas justas y en beneficio del bien común, el Estado puede intervenir en la propiedad privada, hasta llegar a la expropiación, siempre que se resarzan los derechos particulares.

⁸⁰ Véase Báñez, *Commen. in 2^a-2^ae q. 57*, art. 3.

⁸¹ Así por ejemplo la *Rerum Novarum* de León XIII en 1891; Rutten, P., *La doctrine sociale de l'Eglise. Résumé dans les Encycliques Rerum Novarum et Quadragesimo Anno*, Paris, 1932. Rutten, fue senador y gran autoridad en Bélgica, en momentos en que el problema social tomó tintes violentos; a él se debe la potente organización católico-obrera que los españoles P. Gerard y P. Gafo, mártir muerto en nuestra contienda bélica, quisieron trasladar a España, encontrando grandes dificultades; http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html puede verse el compendio sobre la doctrina social de la Iglesia.

⁸² Carro señala que "Puede verse cuan sin fundamento ha sido calumniada la Iglesia católica en general y la Iglesia española en particular. Estos teólogos son de nuestra época imperial, época en la que la Iglesia gozó de muchos privilegios en todos los órdenes. Sin embargo, nuestros teólogos, no se dejaron influir por el ambiente histórico que les tocó vivir, sino que se mantuvieron siempre fieles a los principios eternos de la verdad y de la justicia" (*Domingo Soto*, p. 204).

Todos los hombres tienen los mismos derechos en relación con la propiedad en general, que es de derecho natural, y se regulan por las mismas leyes.

En caso de extrema necesidad, el derecho de propiedad en particular, que es un derecho de gentes o civil, cede ante el derecho natural a la vida, y el acto de apoderarse de lo necesario para no morir, no es un acto de rapiña o latrocinio⁸³.

e) Algunos dominios en particular

Lib. IV, q. 4, art. 1: *De peculiari quorundam dominio. Utrum hominum quis piam totius fit orbis dominus* (De algunos dominios en particular. Si hay algún hombre que sea dueño de todo el mundo).

A pesar de que el Sumo pontífice y el Emperador son los dos grandes poderes terrenales, de ahí no puede seguirse que sean dueños del mundo. Y ello a pesar de los numerosos textos de autores antiguos que parecen confirmarlo, pero que, en su opinión, no han sido bien interpretados. Ni la autoridad del derecho canónico ni la del derecho civil, que sobrepasan cualquier otra autoridad, son las que tienen el dominio sobre el mundo. Sería una arrogancia, si así se considerase, pues eso es solo propio de Dios. Y en este sentido considera ejemplares las palabras de Justiniano en sus constituciones imperiales que iban dirigidas "A todos los pueblos que rige el imperio de nuestra clemencia"⁸⁴.

Sería necesario demostrar primeramente el dominio universal de esas personas sobre el mundo, para inferirse de ello que cuantos de algún modo viven fuera del imperio están exceptuados de pertenecer a él por un derecho particular. Y ello en contra de Bartolo que afirmaba que el Emperador era dueño de todo el mundo, y lo era por determinación del Sumo Pontífice, "cosa que no puede admitirse (ni nunca lo admitió ningún César), ni lo enseña la razón; porque el poder civil procede de la elección de la sociedad civil". Señala que "Bartolo no tuvo en cuenta de qué manera el poder civil viene de Dios mediante el derecho natural a través, por tanto, de la constitución de la sociedad, lo cual fue así antes y después de venir Cristo al mundo"⁸⁵.

f) De la transmisión de la propiedad o los cambios de dominio

Lib. IV, q. 5: *De traslatione dominiorum* (Del cambio de dominio).
art. 1: *Utrum suam quisque voluntate naturali iure valeat rei suae dominium in alterum transferre* (Si cualquiera por su propia voluntad, en virtud del derecho natural, puede traspasar a otro el dominio de una cosa suya).

⁸³ Fundándose en el derecho natural y de gentes defiende el derecho de los pobres a pedir por todos los pueblos y naciones, sin que puedan ser expulsados por el solo delito de su pobreza (D. de Soto, *In Causa Pauperum deliberatione*, cap. III).

⁸⁴ Por ejemplo la constitución introductoria *Deo Auctore*, dirigida a Triboniano, encomendándole la realización de los trabajos compilatorios del Digesto: "*Deo auctore nostrum gubernantes imperium, quod nobis a coelesti maiestate traditum est (...)*" (Gobernando con la protección de Dios creador el imperio que nos fue confiado por la majestad del cielo (...)).

⁸⁵ A continuación refiere que la cuestión que vendría a propósito para ser tratada, sobre el poder de los Reyes Católicos sobre los occidentales descubiertos cincuenta años antes, la deja por ser muy extensa y reflejarla en un opúsculo (*De Ratione promulgandi Evangelium*) que tenía preparado.

Sobre la posibilidad de transmitir los bienes a otro señala Soto que: "Esta cuestión, se acerca ya a la materia de la restitución, porque la obligación de restituir depende de la razón y del modo como haya sido traspasado el dominio".

D. de Soto considera que no hay nada tan conveniente a la justicia natural como ratificar la voluntad del que desea traspasar a otro el dominio de sus bienes. El esclarecimiento de esta cuestión es importante, no solo para la materia de la restitución, sino también para la materia de toda la justicia conmutativa: "El dominio solo puede cambiar de dos maneras: o por la voluntad de su dueño, o mediante la ley". Y dice dos maneras, ya que solo se refiere a la transmisión del dominio, y no a la adquisición del mismo, pues "efectivamente el dominio no solo pasa de uno a otro únicamente por traslación, sino también mediante la división y creación hechas por el derecho de gentes⁸⁶", refiriéndose a la ocupación de las cosas que nos encontramos que no pertenecen a nadie. "Traslación es el traslado que el primer poseedor de una cosa hace a otro, que por esa razón comienza a ser su nuevo dueño. Y esta traslación no puede hacerse más que por voluntad de su legítimo dueño, o mediante una ley superior a él".

Como se ve, recoge la teoría de los modos de adquisición de la propiedad *iuris naturalis* y los modos de adquirir *iuris civilis*, reflejada en las Instituciones de Justiniano (I. 2, 1, 11); y la distinción entre modos originarios y derivativos, terminología, que aunque desconocida para el derecho romano, fue elaborándose, y sería, para la doctrina moderna, más adecuada.

Un análisis de las fuentes demuestra que los juristas romanos de época clásica diferenciaban entre lo que conocemos como modos originarios y las *alienationes* o transmisiones en sentido amplio, donde incluían, además de la usucapión, los modos de transmisión voluntaria de la propiedad, esto es, los que llamamos derivativos⁸⁷.

Para Soto, cualquier persona puede, por derecho natural, donar o enajenar, de cualquier manera que sea, las cosas de que es verdadero y legítimo dueño, ya que el derecho de propiedad se basa en la razón y la libertad humanas. A pesar de este derecho natural, la ley puede estorbar la voluntad del dueño y también, contra su voluntad, privarle de sus bienes. Así por ejemplo, se prohíbe que los menores de edad puedan disponer de sus bienes, de tal manera que su enajenación se considera nula e inválida. Y ello, dice: "porque la autoridad encargada de conservar la sociedad, vigila a sus ciudadanos a fin de que no malgasten sus riquezas antes de que su libertad goce

⁸⁶ D. 41, 1, 1, pr. *Gai.*, lib. 2, *Rerum quotid.*: Adquirimos el dominio de algunas cosas por derecho de gentes, que por la razón natural se observa igualmente entre todos los hombres, y de otras por derecho civil esto es, por el derecho propio de nuestra ciudad; y como el derecho de gentes, más antiguo, nació con el mismo género humano, es necesario que de éste se haga antes referencia.

⁸⁷ Ortega Carrillo de Albornoz, A., *La propiedad y los modos de adquirirla en derecho romano y en el Código civil*, Granada, 1991, p. 89. Modos originarios son aquellos en los que la propiedad se adquiere en base a una relación directa del sujeto que adquiere con la cosa adquirida, sin que medie relación personal alguna con el anterior propietario o cualquier otro sujeto. Se incluyen en este grupo la ocupación, accesión, especificación y adquisición de tesoro. Los modos derivativos son aquellos en que se adquiere el derecho de propiedad en base a una relación con el anterior titular que nos lo transmite. Los modos de transmitir y de adquirir la propiedad eran tres en derecho romano: *mancipatio*, *in iure cessio* y *traditio*. Los dos primeros cayeron en desuso a partir del siglo III dC, permaneciendo únicamente la *traditio* en la compilación justiniana. La usucapión participa de características de los modos originarios y derivativos, no pudiendo, por tanto, encuadrarse en ninguna de esas dos categorías. Véase Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, 9ª ed., Madrid, 2016, pp. 357-385.

del pleno uso de la razón". Añadiendo: "también puede el Estado, como juez y defensor de la justicia, castigar los delitos, pudiendo privar a cualquiera de sus bienes por ese motivo". Estamos sin duda, ante lo que conocemos como limitaciones a la capacidad de obrar de las personas, por razón de edad, y ante las consecuencias de la aplicación de una pena.

Continúa señalando "puede la autoridad pública, en ciertas circunstancias, limitar, mediante ley, esta libre disposición del hombre". Siendo así, no se excluye la posibilidad de llegar a la expropiación forzosa, siempre que el bien público o común lo exija, y ello sin mengua del derecho natural, reconocido al legítimo propietario, para disponer libremente de sus haciendas, siempre dentro de lo permitido por la recta razón.

Propterea quia non solum Imperator, verum Reges et inferiores Principes possunt facere leges de translatione dominiorum, etiam si non sint rerum domini. Ratio ergo est quam art. I declaravimus: nempe quod Reipublicae Princeps tanquam pacis custos, ut potest criminosos suis bonis multare, ita et ab ipsis invitis pro bono pacis suorum dominia in alios traducere, idque lege, ut supra diximus, in foro poli cogente, atque adeo possidentis conscientiam paccante. (...) (La República o el Príncipe no sólo puede llegar a la expropiación de los bienes de los súbditos a causa de un delito cometido por ellos y como pena justa, sino también para conservar la paz y cuando el bien común lo exija, como medio necesario⁸⁸.)

Sobre el juego:

Lib. IV, q. 5, art. 2: *Utrum per ludum dominium transferatur* (Si el juego es origen de dominio).

La postura de D. de Soto sobre si el juego puede ser origen de dominio, resulta muy curiosa. Veamos:

Después de reconocer que el juego, en sí, puede ser una honesta recreación, aunque llena de peligros, y explicar una variada casuística, lo considera medio de trasladar el dominio o propiedad⁸⁹, e incluso lo considera como un cierto contrato innominado del tipo *Do ut des*. Es decir: Yo expongo mi dinero, para que tú, a la vez, expongas el tuyo.

Según el puro derecho natural ni es ilícito el juego, ni éste impone obligación alguna de restituir, pero puede reclamarse por vía judicial dentro del tiempo señalado, que en España era de ocho días, según la "Ley de los juegos de suerte" (*Reales*

⁸⁸ Aunque no es el tema que nos ocupa, cabe observar que la expropiación forzosa aparece ya como un mecanismo con diversidad de funciones. Ciertamente, no es todavía una figura particular del derecho administrativo, tal y como la entendemos hoy. Sin embargo, éste y otros textos confirman que la atribución a H. Grocio de la creación de variados institutos jurídicos, no puede hacerse sin recordar que los fundamentos habían sido puestos ya por nuestros juristas-teólogos de la segunda Escolástica. Para profundizar sobre el tema, García Martín, J., "Auferre rem privatio o título versus potestas. La expropiación en los juristas castellanos del *ius commune*", *Historia de la propiedad. La expropiación*, Salamanca, 2012, pp. 99-194.

⁸⁹ Y la experiencia muestra que ha sido un modo bastante frecuente de transferirse la propiedad en detrimento de muchas familias cuyo padre era asiduo al juego, llegando a la ruina en multitud de ocasiones. Sobre la regulación del juego, véase Zamora Manzano, J. L., *La regulación jurídico-privada del juego en el Derecho romano y su proyección en el Derecho moderno*, Madrid, 2011.

ordenaciones, Título 10) mencionada por el autor. De lo contrario no está el otro obligado a devolverlo. Y también el pródigo transfiere su dominio.

Sobre la nulidad de los cambios:

Otro tema que se plantea, a continuación, es si la autoridad civil puede anular un cambio de dominio ya realizado.

Lib. IV, q. 5, art. 3: *Utrum per contractum qui nullus est iuri civili, transferatur dominium* (Si por un contrato nulo según el derecho civil se transfiere el dominio).

Se pregunta, si por un contrato, que es nulo según el derecho civil, puede enajenarse la propiedad.

Suponiendo la existencia cierta y sin fraude de la voluntad del donante, y del acto externo en que manifestó su propósito firme, incluso por escrito, pero faltaran los requisitos legales que exige el derecho civil ¿qué debería prevalecer entre las partes interesadas? Parecería evidente que ante los Tribunales ganaría el pleito quien tuviera a su favor la ley escrita.

Tal respuesta no resulta convincente para V. Carro⁹⁰, el cual reconoce con D. de Soto que el poder público puede impedir la traslación del dominio o propiedad en ciertos casos, y que puede imponer normas legales en los contratos para evitar engaños. Pero de esto no se puede seguir que todo contrato ilegal, por defecto de forma, sea también nulo en la conciencia de las partes cuando a todos constara, con certeza absoluta, la voluntad del legítimo propietario y la ausencia de toda sombra de engaño.

El caso presentado por de Soto se refiere a un testamento que considera nulo al no estar avalado por el número de testigos que exige la ley civil escrita. Para el comentador de D. de Soto, el P. Carro, si hubiese temor de fraude y no constase con certeza absoluta la voluntad del dueño, se comprendería que la parte interesada pudiera impugnar, valiéndose de la ley; pero no en otro caso, como por ejemplo, cuando apareciese clara la voluntad del testador. Sin embargo de Soto afirma que el contrato que no observa la forma esencial del derecho, aunque no sea simplemente nulo en conciencia *ipso facto*, como lo es el que hiciera un menor de edad, es sin embargo, nulo, por lo que uno puede hacer uso de la ley para invalidarlo:

Contractus cui deest essentialis solemnitas iuris, licet in conscientia non sit ipso facto simpliciter nullus... eatenus tamen est nullus, ut bona conscientia possit quisque legis beneficiis in tali casu uti.

Pensamos que se está refiriendo, en estos casos, a lo que entendemos actualmente por anulabilidad. Basa su respuesta en el propio Justiniano que, a propósito de las instituciones hereditarias, dice que "el testamento imperfecto es sin duda nulo"⁹¹. Sucede lo mismo en las leyes del reino (*Ley 3 de Toro*), donde se

⁹⁰ Carro, *La doctrina jurídica*, p. 207.

⁹¹ I. 2, 10, 3; C. 6, 23, 21, 4. Sin embargo, a nuestro parecer, no tuvo en cuenta la Novela 119, c. 9 en la que Justiniano declara que el testamento es válido, incluso si no contuviese la firma del testador. Más bien nos parece que la actitud de Justiniano era contraria a la nulidad, al dar entrada a formas extraordinarias de testamento llamadas por la doctrina romanística *testamentos extraordinarios*

dispone que "cuando el testamento no cuenta con el suficiente número de testigos, no tenga valor alguno ni en el juicio, ni fuera de él". Por consiguiente cuando la ley (en este caso, el testamento) tiene el mismo valor que sus palabras expresan, se sigue que ha de observarse sin necesidad de más interpretación. A falta de testigos, el testamento es inválido.

Podría sorprender que D. de Soto se ampare con tanto empeño en la ley escrita, pues para un teólogo moralista y en el fuero de la conciencia debería prevalecer, según V. Carro, la voluntad libre del dueño, pues se funda en un derecho natural. Esto parecería más acorde con el espíritu de la verdadera ley civil, aunque en este caso fuera contrario a la ley escrita.

Para que se aclare más este aspecto de la cuestión continúa diciendo: "La ley, según reza un axioma tradicional (...) no prevee los casos inesperados, sino aquellos que suceden con mayor frecuencia". Recuerda que las leyes, como dice Pomponio, "han de darse para aquellos casos que ocurren y que pueden suceder, pero no para aquellos que suceden de un modo inesperado y fuera de sospecha"⁹². De lo que se sigue, después de variados ejemplos, que no puede dudarse de que el contrato ilegítimo puede considerarse en conciencia nulo, aunque no hubiera habido en él engaño, solo por la razón de que pudo haberlo. Pero esos actos no son nulos *ipso facto*, sino que han de ser declarados nulos en el juicio, por lo que la traslación del dominio no es automáticamente nula.

A pesar de lo anteriormente expuesto (*contractus cui deest essentialis solemnitas iuris, licet in conscientia non sit ipso facto simpliciter nullus...*), Soto reconoce que quien heredó sin las formalidades debidas, pero también sin engaño y por libre disposición del testador, puede seguir tranquilo en su posesión de la herencia, y no tiene obligación de revelar ese defecto de forma, si la parte contraria lo ignora. Afirma que el derecho civil solo intenta declararla nula ante el tribunal de Justicia cuando se dan estos defectos de forma, pero no intenta declarar nula, *ipso facto*, dicha traslación de dominio:

Et ratio mea est, quia iura humana nihil aliud volunt, quam quod in iudicio tales contractus habeantur nulli: non autem quod ipso statim facto translatio sit nulla.

Concluye D. de Soto sobre estas cuestiones, sobre las que diserta ampliamente, diciendo que "el fin de las leyes generales que anulan los contratos ilegítimos es velar por el bien común que no tiene nunca fin". Y que "no es ningún inconveniente que a uno sin culpa ni negligencia suya, se le prohíba disponer de sus bienes en un caso fortuito, a fin de asegurar la paz de la nación, puesto que las leyes no pueden precaver todos los casos particulares". Pensamos que esta podría ser la razón por la que habría que admitir el tenor literal de la ley, que considera nulos (o más bien, anulables) los actos realizados con un defecto de forma.

como el del militar, el del ciego, el del analfabeto, el hecho en el campo, en tiempos de peste, a favor de la iglesia y de las *piae causae*, o el *testamentum parentum inter liberos*, aunque respecto a estos últimos, en la Nov. 107 exige que el testador escriba con su puño y letra el nombre de los hijos instituidos herederos y la fecha, y que firme el testamento (cfr. Volterra, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Madrid, 1986, p. 734.

⁹² D. 1, 3, 3 (Pomponio, *lib. 25 ad Sab.*): Conviene que las leyes se establezcan, según dijo Teofrasto, sobre lo que muy frecuentemente sucede, no sobre lo inopinado.

Teniendo en cuenta las ideas anteriores, consideramos que la doctrina expuesta por D. de Soto, está poniendo las bases para una teoría sobre la nulidad y la anulabilidad de los negocios jurídicos, que ha sido desarrollada a lo largo del tiempo, y a la que la dogmática moderna acude con frecuencia a la hora de examinar los casos que se le plantean⁹³.

Sobre la prescripción:

Una vez explicada la posibilidad de intervención de la autoridad pública, en cuanto a prohibir que quien tiene dominio legítimo pueda disponer de sus bienes a su arbitrio, a continuación se pregunta sobre el poder de dicha autoridad para quitar a los ciudadanos estos mismos bienes. Y ello lo trata en particular al referirse a la prescripción.

Lib. IV, q. 5 art. 4: *An praescriptio dominium in possessorem transferat* (Si la prescripción transfiere el dominio al poseedor).

D. de Soto se pregunta si la prescripción despoja al dueño contra su voluntad del dominio de sus bienes y lo traspasa al que los posee. En sentido negativo aduce que:

"Un Estado no puede despojar contra su voluntad a ninguno de sus ciudadanos de sus bienes, más que cuando lo necesite, a no ser en caso de delito. Pues bien, puede suceder que sin culpa alguna, ni abandono de su verdadero dueño, una persona posea una cosa ajena durante treinta o cuarenta años; por consiguiente en este caso no hay motivo para que semejante poseedor adquiere dominio sobre ella. Si fuera tanta la fuerza de la prescripción se seguiría que también el poseedor de mala fe podría conseguir la prescripción. Porque si el fin de la ley es castigar al dueño por su negligencia, no merece menos castigo cuando un poseedor posee una cosa de mala fe, que cuando la posee de buena fe".

"Si la mala fe obliga a restituir dentro del tiempo de la prescripción, igualmente sucedería cuando el poseedor dudara de si una cosa le pertenece o es de otro".

(...) Respecto a la posibilidad de que la autoridad humana (ya sea civil o eclesiástica) pueda en contra de su voluntad, quitar a uno sus bienes, o traspasar su dominio a otro, ya se ha visto que puede tener lugar en caso de ayuda a la nación, como en el caso del cobro los tributos, o en el caso de confiscación a los malhechores por razón de sus delitos, pero esto no tiene nada que ver con la prescripción".

Prescripción, añade, es una palabra jurídica, que significa lo mismo que adquirir el dominio de una cosa por la posesión de la misma durante el tiempo señalado por la ley. En ocasiones, y en el ámbito jurídico, se suele distinguir entre prescripción y usucapión puesto que la prescripción se refiere a los bienes inmuebles y la usucapión a los muebles⁹⁴; otras veces se usa indistintamente.

La palabra *usucapere* significa apropiarse de una cosa con el uso. Se distingue de la prescripción en dos cosas: en la materia y en el tiempo.

⁹³ Véase Álvarez Suárez, U., *El negocio jurídico en Derecho romano*, Madrid, 1954, pp. 39-43.

⁹⁴ D. de Soto refiere la doctrina de la glosa que recogió las ideas justinianas, diferenciando *usucapio* de *praescriptio*; la primera es la adquisición de los bienes muebles por la *possessio*, el trascurso del tiempo, la *bona fides* y la *iusta causa*, y la segunda la de los bienes inmuebles. Un estudio de ambas figuras, así como su evolución en el derecho romano puede verse en D'Ors, *Derecho Privado Romano*, pp. 232-243, y en Fernández de Buján, *Derecho Privado Romano*, pp. 378-385.

La *usucapio* de los bienes muebles ocurre por el transcurso de tres o cuatro años, mientras que la *praescriptio* requiere unas veces más tiempo y otras un larguísimo tiempo⁹⁵:

"Una veces la prescripción de más largo tiempo necesita de diez años entre los presentes y veinte años entre ausentes. La razón exige que se abrevie el tiempo del castigo para los negligentes que viven en la misma provincia o en la misma ciudad, o sea para los presentes más que para los ausentes que tardan más tiempo en tener conocimiento de las cosas. Y la prescripción de tiempo larguísimo necesita treinta años entre los presentes y cuarenta entre los ausentes"⁹⁶.

Hechas las consideraciones anteriores, D. de Soto se pregunta si quien poseyó durante el tiempo requerido una cosa ajena, al saber después que no era suya, podría retenerla. La respuesta que encuentra en los glosadores es afirmativa, pero también halla opiniones contrarias⁹⁷. Después de examinar los argumentos en ambos sentidos, responde a la cuestión con dos conclusiones:

Prima conclusio: Nemo beneficio humanae legis sana conscientia praescribit, nisi toto praescriptionis tempore bona fidei possideat.
Regula Iuris: Possessor mala fidei non praescribit.

"Nadie en virtud de una ley humana puede adquirir por prescripción con sana conciencia una cosa, si no la posee de buena fe todo el tiempo que se señala para la prescripción". De donde se extrae la regla de derecho: "El poseedor de mala fe no adquiere el dominio por prescripción"⁹⁸. Y llama poseedor de mala fe al que sabe, o duda de que la cosa que posee sea suya, entendiendo aquí fe como conciencia⁹⁹.

Posterior conclusio: Possessor bonae fidei elapso legitimo tempore, tuta conscientia rem tanquam propriam possidet: quoniam lex civilis dominium ipsum re vera constituit.

"El poseedor de buena fe una vez pasado el tiempo prescrito, puede poseer ya con segura conciencia la cosa como propia, porque la ley civil le dio tal dominio".

A continuación enumera las condiciones que se requieren para la buena fe: 1. el conocimiento o creencia de que la cosa es de uno; 2. la posesión; 3. el título; 4. que perdure durante todo el tiempo, sin interrupción.

⁹⁵ Recuérdese la *longi temporis praescriptio* justiniana y la *longuissimi temporis praescriptio*, véase Fernández de Buján, *Derecho Privado Romano*, pp. 378-385.

⁹⁶ Aclara D. de Soto, que la *longuissimi temporis praescriptio* es necesaria, sobre todo, en los bienes eclesiásticos; para los bienes de la Iglesia de Roma, se exige la duración de cien años en virtud de la ley *Authent. quas actiones*, aunque el Emperador por la ley *Ut inter* hubiera otorgado ese privilegio a todas las Iglesias.

⁹⁷ Así Rosell, Silvestre y Anton. de But., citados por Soto, afirman que no es posible que las leyes puedan privar de su dominio a los legítimos dueños por negligencia o no ejercicio de su derecho porque iría contra el derecho natural, argumentando que esa es la opinión de los teólogos. Sin embargo, D. de Soto señala que, si hubieran examinado las opiniones de Santo Tomás y Escoto, verían que no es así, ya que estos autores sostienen en sus obras la misma conclusión formulada por él.

⁹⁸ Principio que se opone al derecho romano en el que bastaba la buena fe al inicio de la posesión y ésta se presumía una vez probada la *iusta causa* de la misma. Si bien hay que recordar que el SC *Juvenciano*, D. 5, 3, 25, 5, exigía la buena fe continuada en relación con la *usucapio pro herede*. Véase D'Ors, *Derecho Privado Romano*, p. 320.

⁹⁹ La cita de San Pablo, sobre la que reflexiona, merece ser recordada a propósito de nuestro trabajo: "Lo que no es de fe, esto es conforme con la conciencia, es pecado. Y quien posee una cosa de otro contra la conciencia, persiste en el pecado; y el que duda, tiene la obligación de averiguar la verdad (...) por consiguiente el derecho civil no puede prestar apoyo alguno al poseedor de mala fe".

La afirmación final de la adquisición por parte del poseedor de buena fe, lo prueba no solo con la autoridad de Santo Tomás, de Escoto y de los teólogos, sino también con la de los cánones de Gelasio, del Concilio de Toledo (6, q. 3) y de San Agustín.

Respecto a la cuestión de si el Estado puede fijar las condiciones de la prescripción, es decir, el tiempo o los años que se necesitan para que la prescripción tenga efectos jurídicos y válidos en el fuero interno de las personas, la respuesta es afirmativa. D. de Soto responde que dada la buena fe durante todo el tiempo exigido por la ley civil o eclesiástica para la prescripción, el actual dueño puede estar tranquilo, aunque luego conozca el origen ilegítimo de su propiedad.

La usucapión ha sido introducida por necesidades del bien público (seguridad jurídica, diríamos nosotros), o sea, "para evitar que el dominio de algunas cosas fuera mucho tiempo y, casi siempre, incierto, siendo suficiente el tiempo determinado para que los dueños averiguasen las cosas que fueran suyas". El fin principal de la ley de la prescripción es velar por el bien común, pero añade también que "quien se hace dueño de un bien por la ley de la prescripción puede estar tranquilo, en conciencia, aunque sepa luego que no le pertenecía".

Sin embargo, en opinión de Carro, aunque la autoridad es, ciertamente, veladora de la paz (*Princeps tanquam pacis custos*), y en virtud de este deber se halla investida de muchos derechos, incluso el de fijar normas que regulen la prescripción, de ahí no puede seguirse que los fallos (decisiones) de la justicia civil sean siempre suficientes para tranquilizar una conciencia cristiana que se apoya, ante todo, en la justicia objetiva y verdadera¹⁰⁰. Es fácil ver que la trascendencia de los principios esgrimidos por Soto, y las múltiples aplicaciones de que son susceptibles, podrían llevar a consecuencias indeseables en el gobierno de los pueblos, por lo que se requiere la más ponderada de las prudencias a la hora de su interpretación¹⁰¹.

3.4.2 Sobre los contratos

Ya se ha visto como D. de Soto señalaba (libro IV, q. 5, art. 1) que el dominio solo puede cambiar de dos maneras: o por la voluntad de su dueño o mediante la ley, refiriéndose solo al cambio de dominio y no a la adquisición.

Al tratar de la traslación del dominio por voluntad de su dueño, creemos que se está dando entrada a la configuración de la teoría de la voluntad, clave para la elaboración y comprensión de la doctrina posterior sobre el negocio jurídico, atribuida a la pandectística alemana, y a la de la autonomía de la voluntad del derecho actual.

Si llama traslación al traspaso que el primer poseedor de una cosa hace a otro, que por lo mismo comienza a ser su nuevo dueño, esta traslación solo puede ser realizada o por voluntad de su legítimo dueño o por la ley.

¹⁰⁰ Carro, *La doctrina jurídica*, p. 208.

¹⁰¹ Carro, *La doctrina jurídica*, p. 209.

Detengámonos en el primer supuesto: la voluntad, el cambio de dominio voluntario, ya que su análisis nos llevará al estudio que efectúa el autor sobre la materia contractual y la restitución, objetivo primordial de su obra.

Señala D. de Soto que el cambio de dominio puede ser de dos maneras: 1. el realizado mediante ajuste y contrato, que causa obligación por ambas partes (como la compra-venta)¹⁰²; y 2. el realizado por el simple cambio, que no causa obligación ninguna en una de las partes (como la donación).

El enlace establecido por el autor entre los contratos, como modo de transmitir el dominio sobre las cosas, y la restitución, está referido a lo largo del Libro VI (como iremos viendo al analizar las soluciones prácticas dadas a los problemas que se le plantean, no muy distintos de los actuales), y constituye la finalidad principal de su obra.

Lib. VI. Proemium. Eo denique destinati operis perventum nobis est, cujus praecipue gratia de illo coepimus cogitare. Haec inquam usurarum, contractum, cambiorumque ac simoniarum sylvia in animun potissime nobis induxit, ut tantam operis molem aggredieremur (...). Hemos llegado, por fin, al objeto de la obra, que fue la causa principal que nos hizo pensar en escribirla. La infinidad, digo, de usuras, de contratos, de cambios y de simonías fue la que movió principalmente nuestro ánimo a emprender una obra de tal magnitud.

El autor recuerda en el Prólogo el orden seguido en sus explicaciones a lo largo del Tratado, en concreto en el libro quinto: sobre la injusticia conmutativa; sobre la injusticia que nace de las apropiaciones involuntarias y por la fuerza. Y señala que a continuación se va a referir (libro sexto) a la otra parte de la injusticia: la que se comete por los pactos y convenios que los hombres realizan a su voluntad. No se olvide, que al principio de su obra advierte que todo el Tratado gira alrededor de la restitución. Por eso insiste de nuevo en el tema. Ese es el gran motivo que le impulsa a poner por escrito sus reflexiones:

(...) in capite superiore libri sic tractationem iniustitiae commutativae partitimus (...) in eodem praecedenti libro de iniustitia diceremus, quae ab involuntariis violentisque acceptionibus proficiscitur: in hoc et subsequenti autem subinde alterum iniustitiae membrum explicaremus, quae in his pactis atque conventis versantur quae homines sua sponte faciunt.

Por consiguiente este libro sexto lo va a dedicar particularmente a las usuras y contratos "que ocupan un lugar importante en el título De la Justicia y del Derecho".

D. de Soto señala que sobre este tema Santo Tomás solo examinó dos cuestiones muy importantes: una sobre la compra y otra sobre la usura. Y añade que "ciertamente toda injusticia en cualquier contrato se reduce a uno de estos dos capítulos: porque o se exige sobre una cosa un precio que no es conforme con el precio de la ley civil, y esto en lo temporal se reduce a la usura, y en lo espiritual a la simonía, o se da y se recibe valorada en un precio injusto, ya sea por exceso, ya por defecto, y esto se reduce a la injusticia de compraventa", "y como resolvió tratar solamente de estas dos

¹⁰² Labeón, D. 50, *De verb. signif.*

cuestiones y ello brevisísimamente, prefirió tratar de la compra, seguramente porque le pareció un contrato más digno"¹⁰³.

Así pues, D. de Soto se propone tratar con mayor amplitud y argumentos no solo sobre la compra (se refiere al contrato de compraventa) sino también sobre la naturaleza de todos los demás contratos. Para ello seguirá un orden distinto, más apropiado, que el utilizado por el maestro *Aquinate*.

En primer lugar trata sobre la usura, porque piensa que debe medirse la injusticia de los contratos según la norma de la usura. Además, considera que es donde se produce la injusticia mayor, ya que "es más injusto exigir un precio cuando no hay obligación ninguna de pagarlo, que exigir un precio injusto cuando existe la obligación de pagar al que es debido".

Sobre esta cuestión 1 (*De usura*) del libro sexto, hemos encontrado algunos trabajos actuales que la examinan con detenimiento y acierto, por lo que remitimos a su lectura¹⁰⁴, si bien a continuación transcribiremos un resumen de las opiniones de D. de Soto al respecto.

3.4.2.1. *De la usura*

Lib. VI, q.1 (Santo Tomás, 2, 2, q. 79): *De usura*.

El orden establecido en su exposición es el siguiente: art. I: Si el préstamo usurario es genéricamente pecado mortal; art. II: Si por razón del préstamo se puede exigir alguna utilidad; art. III: Si por razón del daño que se sufre y de la pérdida que se experimenta en el préstamo, le es lícito al prestamista recibir algo más que el capital; art. IV: Si toda ganancia producida por la usura está sujeta a restitución; art. V: Si es lícito recibir préstamo en dinero con usura; art. VI: Si es usurario el Monte de Piedad.

D. de Soto realiza un estudio crítico sobre el contrato de préstamo, el *mutuum* romano o préstamo de cosas fungibles, cuya entrega (*datio rei*) transfiere la propiedad de la cosa¹⁰⁵. Apenas se refiere al comodato o préstamo de uso, esto es, préstamo de cosas no fungibles, ya que éste no transfiere la propiedad del objeto entregado. Tampoco distinguió entre préstamos civiles, mercantiles y administrativos, distinción

¹⁰³ Nótese que cuando los escolásticos nombran la usura, en realidad se están refiriendo al contrato de préstamo con interés.

¹⁰⁴ Véase Garrán Martínez, J. M^a, "El préstamo con interés y la usura en el pensamiento de Domingo de Soto: un ejemplo de confrontación entre la moral y la economía en el siglo XVI", *Revista Semestral de Filosofía Práctica* 27 (2012) pp. 55-59.

¹⁰⁵ Sobre el *mutuum*, G. 3, 90: "Se contrae una obligación por la cosa cuando, por ejemplo, hay una entrega en mutuo. La entrega en mutuo acaece propiamente con aquellas cosas que se calculan por el peso, el número o la medida, como es el dinero, el vino, el aceite, el trigo, el cobre, la plata, el oro; cosas éstas que entregamos o contándolas o midiéndolas o pesándolas para que se hagan de los que las reciban y nos devuelvan después no las mismas cosas, sino otras de la misma naturaleza. Por lo cual es llamado también mutuo, porque lo que así te es dado por mí, de mío <meo> tuyo <tuum> se hace"; cfr. Schulz, F., *Derecho romano clásico*, Oxford, 1951; Barcelona, 1960; Volterra, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, pp. 485- 488; Fernández de Buján, *Derecho Privado Romano*, c pp. 537-542. El mutuo no era esencialmente gratuito, pero el interés no podía ser reclamado *ex contractu mutui*, pues el contrato real, sólo podía crear la obligación de restituir la cosa recibida (en el caso de *mutuum* de cosas de la misma especie). El prestatario podía prometer intereses mediante una estipulación; Salazar Revuelta, M., *La gratuidad del mutuum en Derecho romano*, Jaén 1999.

que fue llevada a cabo por los estudios de derecho posteriores que desgajan del cuerpo único del Derecho, las diferentes ramas. Ni se refirió a normas de la época que regularan la práctica de la usura¹⁰⁶. Lo único que aparece en la obra de D. de Soto son referencias a los textos del Digesto o del Código Justiniano, que tratan de estas cuestiones, pero no al ordenamiento jurídico castellano en vigor, que hubiera podido consultar si ese hubiere sido su deseo.

De todo ello se deduce que la preocupación principal de D. de Soto se centró, más bien, en la cuantía del tipo de interés que se cobraba en los préstamos, puesto que consideró, prácticamente imposible, la erradicación absoluta de esta práctica, así como su prohibición¹⁰⁷.

Tenemos constancia de que el tipo de interés del 12% anual era frecuente ya en las operaciones crediticias romanas¹⁰⁸. Ahora bien, sabemos que ese era el tipo admitido en el derecho romano clásico, mientras que con Justiniano descendió al 6%, o hasta el 4%, pudiendo variar según la persona del mutuante. Además habría que tener en cuenta los diversos tipos de actividad financiados con el préstamo, ya que, por ejemplo, el préstamo marítimo presentó siempre un tipo de interés más elevado debido a los riesgos que conllevaba la actividad para el armador del barco o comerciante. E incluso fue libre la tasa a convenir en la época clásica, y sin embargo alcanzó el 12% en la justiniana¹⁰⁹.

La comparación con los tipos de interés romanos, le llevó a Soto a calificar los de su tiempo como excesivos, pues oscilaban entre el 14% y el 16% anual, cuando no los sobrepasaban. Pero además, lo que incrementaba la cantidad a devolver por el prestatario era la costumbre de cobrar intereses por los intereses (*anatocismo*), de manera que cuando no se pagaban los intereses en el día señalado, producían inmediatamente otros que se iban acumulando a los primeros, y así sucesivamente. De esta forma se generaban deudas imposibles de pagar. Esta práctica fue denunciada por Soto, que se lamentaba del gran auge que estaba adquiriendo en su época, siendo ridiculizados los que, como él, la consideraban ilícita¹¹⁰; y se remitía al ordenamiento

¹⁰⁶ En nuestro derecho, cabe señalar que, el *Fuero Juzgo* y el *Fuero Real*, autorizaron el préstamo a interés, mientras que se prohibió en *Las Partidas*, influidas quizá por el Derecho canónico (Ley 9, título 13, Partida 1ª; Ley 31, título 11, Partida 5ª); el *Ordenamiento de Alcalá* dispuso (Leyes 1 y 2 del título 23), que lo dado o prestado a usura no se pudiera recobrar. En 1405, Enrique III llegó a prohibir todos los contratos entre judíos y cristianos, mandato que fue revocado por Enrique IV. En 1480, los Reyes Católicos confirmaron la disposición recogida en el *Ordenamiento de Alcalá*. Posteriormente, Doña Juana (la loca) y su hijo D. Carlos (I de España y V de Alemania), suavizaron el rigor de estas leyes reconociendo que había contratos de préstamo con interés, permitidos; los intérpretes consideraron que se referían a aquellos en que hubiera lucro cesante, daño emergente y peligro de pérdida (véase Vallés y Pujals, J., *Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*, Barcelona, 1933, pp. 64-65).

¹⁰⁷ Que se permitiría al igual que la prostitución, como un mal menor (lib. VI, q.1).

¹⁰⁸ El límite en Derecho clásico fue la *usura centesima*, esto es 1/100 mensual, el 12 por ciento al año. En el caso del *foenus nautico* no se daba esta limitación. El *foenus nauticum* o *pecunia traiecticia* era un préstamo que se hacía al armador de una nave para que trasportase mercancías destinadas al tráfico marítimo. El prestatario debía restituir en el caso de que la nave llegase salva al puerto de destino. El riesgo asumido en este caso por el prestamista justificaba lo elevado del interés; en este sentido D. 22, 2, 1; D. 6, 1, 62 pr.

¹⁰⁹ Los acuerdos en orden a los intereses fueron objeto de diferentes normas en el curso de la historia de Roma, véase un resumen en Volterra, *Instituciones*, p. 486, nota a pie 80.

¹¹⁰ Para la argumentación contra la usura, véase D. de Soto, *de Iustitia et iure*, lib. 6, q. 1; un resumen en Garrán Martínez, "El préstamo con Interés", pp. 55-59.

romano en el que ya se condenaba¹¹¹. Así refiere la constitución imperial del 529, recogida en C. 4, 32, 28:

El Emperador Justiniano, Augusto a Demóstenes, Prefecto del Pretorio: Ciertamente que también en las antiguas leyes se había establecido que de ningún modo se les exigieran a los deudores intereses de los intereses, pero no se había asegurado muy bien. Porque si se había concedido acumular al capital los intereses, y estipular intereses de la suma total, ¿qué diferencia había para los deudores, a quienes se les exigían intereses de los intereses? Esto, a la verdad, era establecer leyes no para las cosas, sino solamente para las palabras. Por lo cual mandamos en esta clarísima ley, que de ningún modo le sea lícito a nadie acumular al capital los intereses del tiempo pasado o del futuro, y estipular luego intereses de los mismos, sino que, aun cuando esto se hubiere hecho, los intereses permanezcan ciertamente siendo siempre intereses, y no experimenten ningún aumento de otros intereses, sino que el incremento de los intereses corresponda únicamente al antiguo capital.

Y un fragmento del lib. 4 de las *Instituciones* de Marciano en D. 22, 1, 29:

Se determinó, que si alguno hubiere estipulado o intereses sobre la tasa establecida, o intereses de los intereses, se tenga por no expresado lo que ilícitamente se expresó, y que se puedan pedir los lícitos.

A continuación nos referiremos a la doctrina reflejada en la cuestión segunda del mismo libro, que trata de los contratos de compra-venta, artículos I-III. No es posible, por razón de tiempo y espacio, abordar en profundidad en este trabajo otras cuestiones relativas, como las suscitadas a propósito de las injusticias cometidas en relación con este contrato, que vienen explicadas en la cuestión tercera: por ejemplo, si se puede vender una cosa en mayor precio del que tiene (art. I) o si el defecto de una cosa vendida hace de tal manera ilícita la venta, que sea siempre necesario manifestarlo (art. II), que tan solo se mencionarán.

3.4.2.2. *De la compraventa*

Lib. VI, q. 2: *De generali ratione contractus emptionis et venditionis* (De la razón general del contrato de compraventa).

Examina esta cuestión en tres artículos: art. I: Si es necesario a la sociedad el contrato de compra-venta; art. II: Si es lícito el negocio; art. III: Si el precio de las cosas ha de ser tasado al arbitrio de los mercaderes.

Lib. VI, q. 2, art. 1: *An contractus emptionis et venditionis sit reipublicae necessarius* (Si es necesario a la sociedad el contrato de compra y venta).

Señala D. de Soto que el primero de todos los contratos es el de compra venta, por lo que se plantea la cuestión acerca de la razón general de dicho contrato y por lo tanto si es necesario para la sociedad.

¹¹¹ Si bien, ya desde época republicana un SC prohibió el *anatocismo* de manera taxativa, tal y como refiere Cicerón, *ad Att.*, 5, 21, 13. El SC había estado precedido por la prohibición de capitalizar los intereses mes por mes. La prohibición se aplicó con rigor en el siglo III y más estrictamente en el Derecho justinianeo debido a las influencias del cristianismo. Véase D. 12, 6, 26, 1; C. 4, 32, 10; Nov. 121.

Después de remontarse a los orígenes históricos de la invención de la moneda, señala que fue la necesidad de la vida humana la que la inventó, pues antes se cambiaban cosas por cosas.

Para comenzar su explicación cita a Ulpiano, en el título 16 del libro 50 del Digesto (*De verborum significatione*), que a su vez refiere a Labeón:

D. 50, 16, 19 *Ulp. lib. 11 ad Edictum*: Labeón define en el libro primero del pretor urbano, que unas cosas se hacen, otras se gestionan, y otras se contratan. Y ciertamente que la palabra "acto" es general, ya sea que alguna cosa se haga de palabra, ya sea que realmente, como en la estipulación, o en la entrega de cantidad; pero "contrato" significa obligación de una y de otra parte, lo que los griegos llaman *synalagma*, como la compra, venta, locación, conducción y sociedad; "gestionado" significa cosa hecha con palabras¹¹².

El contrato consiste en una obligación por una y otra parte. Los griegos llaman a esto *sympragma* (*¿synalagma?*), esto es, ejecutado. O sea, "cuando yo en provecho tuyo y tú en provecho mío ejecutamos y ratificamos de buena fe lo dado y recibido por ambas partes", "así la proposición: el contrato es una obligación (por decirlo así) no quiere decir identidad sino causalidad (...). Porque como hemos hecho contrato, conviniéndonos en una cantidad determinada, de entregarte yo a ti ciertas mercancías y tú de entregarme a mí lo mismo en dinero, de la venta nace una obligación recíproca". Y continúa: "De ahí se sigue que en rigor, ningún pacto pueda llamarse contrato más que aquel que causa obligación por ambas partes como son: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*". Todo contrato, en efecto, si atiendes a su misma palabra, consiste en un acto de justicia, que obliga a las dos partes. Otros sin embargo, extienden su significado hasta comprender aquellos actos que solo causan obligación por una parte, como la donación y la simple promesa".

Para D. de Soto, el contrato es una acción mancomunada entre dos personas, que genera obligaciones mutuas (*contractus est actio inter duos ex qua utique obligatio nascitur*), por lo que debería desterrarse el uso de esta palabra para reflejar otras situaciones, ya que se emplea de manera inapropiada¹¹³. Así pone el ejemplo de la donación o la promesa, que no pertenecen a la justicia sino que son actos de la liberalidad. Y señala que "Ya Aristóteles en el libro 4 de los Tópicos, decía que la donación es una entrega que no se devuelve". Sin embargo, considera que "el préstamo no se aparta de la razón de ser del contrato, ya porque lo que se entrega ha de devolverse, ya también porque si has dado sinceramente palabra de prestar, tú quedas obligado a dar y el otro a devolver". Pero "impropísimamente ha de ser empleado en el caso de la cesión, por ejemplo, o sea cuando el deudor pregunta al acreedor si da por recibido todo lo que le debe, y él responde que lo da por recibido, ya que en este caso se trataría más bien de disolución o perdón de la deuda nacida del contrato, más que de un contrato". Desde la perspectiva actual, en este último caso ¿estaríamos ante un acto jurídico más que ante un negocio jurídico?

¹¹² Véase la interesante etimología de los términos que expresan distintas realidades: *actus*; *contra actus*: dos actos en sentido contrario; *gestio*: hecho realizado por medio de gestos o palabras (Ernout, A. et Meillet, A., *Dictionnaire Étymologique de la langue latine*, 4^{ème} éd., Paris, 1967).

¹¹³ En este sentido menciona a Baldo, que acerca de la palabra *contractus*, distingue que ha de tomarse en sentido propio cuando la obligación nace de ambas partes, y en el impropio cuando solo nace para una de ellas, e impropísimamente cuando no causa obligación ninguna para ninguna de las partes.

D. de Soto, frente a la excesiva enumeración de los tipos de contratos realizada por los autores, que podrían llevar hasta el infinito (ya que se refieren más bien a las cosas que pueden ser objeto del mismo), cita siete clases de contratos sobre los bienes externos (dejando pues, fuera, el contrato de matrimonio que consiste en la entrega mutua de personas) y reconoce la necesidad del contrato de compraventa para el bien y el desarrollo de los pueblos:

Septem sunt contractus species, scilicet emptio, cambium, mutuatio, emphyteusis, commodatio, permutata commodatio et locatio (Las especies de contrato son siete: la compra, la permuta, el préstamo oneroso, la enfiteusis, el préstamo gratuito, el préstamo recíproco y el alquiler).

Pero en realidad se reducen a tres porque tres son las cosas que han de tenerse en cuenta en estos asuntos: el dominio, el usufructo y el uso. Una clase de contratos es aquella en la que se transfiere el dominio; otra, aquella en que se concede el usufructo; y otra aquella en la que se cede simplemente el uso. Así pues, cuando se transfiere el dominio de una cosa, si se hace sin obligación alguna de devolución, tiene lugar la donación, que por este motivo no se considera contrato. E igualmente sucede con el legado. Pero si dicha transferencia no es gratuita, entonces se producen tres especies de contrato: el cambio, la venta y el préstamo oneroso.

"El cambio consiste en dar una cosa por otra, aunque acerca de los cambios de moneda hay otra razón (a la que dedicará un gran apartado); la compra tiene lugar cuando se transfiere el dominio mediante un precio determinado. Y el préstamo oneroso cuando se transfiere con la condición de que se devuelva lo mismo, u otro tanto; cosa que ocurre en las cosas que se consumen y sobre todo en la moneda"¹¹⁴. "Pero si conservando el dominio se transfiere el usufructo, no gratuitamente sino por un valor convenido, hablaríamos de una tercera clase de contratos: la enfiteusis o cuota censual (y por eso reciben este nombre "mejora", a fin de que las fincas estériles por falta de cultivo de sus dueños, fueran confiadas al cuidado y al cultivo de otros)"¹¹⁵. "Y finalmente cuando se transfiere simplemente el uso, se producen tres especies de contratos; porque si el uso se concede gratuitamente con la condición de que se devuelva la cosa misma, tiene lugar el préstamo gratuito (a diferencia del préstamo oneroso en el que se puede devolver otra cosa equivalente pues este tipo de préstamo transfiere la propiedad). Y si el uso de una cosa no lo concedes gratuitamente sino a cambio del uso de otra cosa, entonces tiene lugar un préstamo recíproco. Y si concedes el uso a cambio de un precio convenido entonces sería un alquiler".

Así pues, D. de Soto resume que habría bastado con señalar cinco especies. Y continua diciendo que ni el depósito ni el *pignus* son contratos puesto que no transfieren el dominio, ni uso alguno; ni la fianza; ni la estipulación. "Estas son las especies de contratos que llaman nominados porque cada uno tiene su nombre (como se ve, siguiendo a Gayo). Pero los innominados aunque son muchos, se reducen a las cuatro especies mencionadas anteriormente: doy para que des, doy para que hagas, etc ..."¹¹⁶.

Continúa diciendo que la venta y la compra¹¹⁷ son contratos sumamente necesarios para la sociedad:

¹¹⁴ El dinero es una cosa fungible y consumible.

¹¹⁵ Berger, A., "Emphyteusis", *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, New York, 1953.

¹¹⁶ *Do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*.

¹¹⁷ Véase que las nombra por separado, aunque observa que no se diferencian en cuanto a la especie, sino que son dos partes correlativas de un mismo contrato.

Emptio et venditio sunt contractus Reipublicae maxime necessarii.

"Efectivamente en los orígenes de la humanidad solo existía el cambio¹¹⁸ de cosas por otras, pero la práctica y la experiencia enseñaron que era casi imposible "vivir de aquel modo¹¹⁹ remediando el uso de la moneda los problemas que se planteaban en los cambios: Pues para este uso se estableció la moneda, para que sirviera como norma para tasar equitativamente las cosas, y como fiador en nombre de la sociedad, para que cuantas veces lo dieras, se den también a ti las cosas de que tienes necesidad".

La venta, por tanto, consiste en la enajenación de una cosa por su precio; y la compra en la apropiación de esa misma cosa por su valor.

"Estas palabras son las que en derecho significan el cambio de dominio de una cosa que no se ha de devolver, pues se consume. Y así con esta palabra se resalta la diferencia entre este contrato y la enfiteusis y el alquiler, porque en éstos no se transfiere el dominio, sino el uso y el usufructo. Y del préstamo usurario, puesto que aunque se transfiere la propiedad del dinero mediante un precio, como tiene que devolverse el mismo dinero, propiamente no se enajena".

Lib. VI, q. 2, art. 2: *Utrum negotiatio fit licita* (Si el comercio es lícito).

Una vez explicada la necesidad del contrato de compraventa para la sociedad, reconoce que el ser humano ha evolucionado pasando de la rudeza e incultura, en la que le bastaban pocas cosas y tenía suficiente con el cambio o trueque, a una vida más culta, civilizada y distinguida en la que tuvo que inventar nuevas formas para conseguir hacer frente a sus nuevas necesidades. De este modo señala que la más digna de alabar es la práctica del comercio. De ahí se sigue que el comercio (*negotiatio*) es necesario, "pues lo que en una parte sobra, en otra falta"; y lícito por su misma naturaleza, "aunque no exento de peligros morales", pues "no hay nada que la avaricia de los hombres deje de pervertir".

D. de Soto se encuentra con los siguientes argumentos que deberá rebatir:

1. El comercio está en contra de la condición de la compra puesto que el comerciante no vende para comprar lo que le falta sino que compra, por el contrario, para vender de nuevo, lo que lo hace ilícito.

¹¹⁸ En este sentido G. 3, 141: "(...) Nuestros maestros estiman que el precio puede consistir también en otra cosa, de donde resulta aquello que se cree vulgarmente de que mediante la permuta de cosas se contrae la compraventa, y que esta especie de compraventa sería la más antigua; y como argumento utilizan al poeta griego Homero, que dice así en algún lugar: Y allí los aqueos de larga cabellera compraron vino, unos por cobre, otros por brillante acero, otros por pieles, otros por los mismos bueyes, otros por esclavos (...)"

¹¹⁹ Son ilustrativos los ejemplos, ya clásicos, que expone: "Porque cuando un zapatero tuviera necesidad de una casa, sería necesario que dispusiera de un montón enormísimo de calzado para cambiarlo por ella; calzado de que tal vez no tuviera necesidad el dueño de la casa, sino de otras cosas de que carecería el zapatero. Y cuando tú tenías abundancia de trigo necesitabas del vino de otro, tal vez este otro no tenía necesidad de trigo. Por eso Aristóteles llama bárbaros aquellos pueblos que hacían uso solamente de los cambios y carecían de moneda (...)"

2. El arte de la banca y del lucro, como lo es el de los negociantes, no tiene señalada ninguna finalidad determinada, sino que consiste en acumular ganancia sobre ganancia por tanto es un arte criminal¹²⁰.

3. El comercio (*negotiatio*) es causa de que aumente el precio de las cosas, ya porque las mercancías están en manos de pocos vendedores, lo cual es motivo de carestía, ya también porque el negociante vende más caro que compra. Y por esto si todos acudieran a los primeros vendedores, comprarían más barato; por consiguiente el arte de negociar debe de estar prohibido como perjudicial a la sociedad.

4. Los actos morales han de juzgarse por lo que más frecuentemente ocurre; y lo que más frecuentemente ocurre es que los negocios están llenos de engaños, de astucias y de fraudes, por lo que deben ser eliminados.

Las afirmaciones anteriores son en cierta manera razonables para D. de Soto, sin embargo, cree necesario hacer diversas consideraciones. Señala que hay que tener en cuenta que negocio¹²¹ es lo contrario de ocio, puesto que es lo mismo que no estar ocioso, por lo que se considera como trabajo u ocupación. Más particularmente:

"Por negociar se entiende ejercer el comercio; por consiguiente el negocio consiste en comprar para vender. Por lo cual se llaman compradores los comerciantes, porque compran en muchos lugares; y mercaderes, porque adquirir mercancías por lo común, no es tanto para comprar simplemente sino que se compra por el lucro que se obtiene al revender"¹²².

De esta manera concluye:

1. El negociar ni es bueno ni es malo, sino indiferente;

2. Si el lucro no es el fin último del negocio, sino que se ordena a otra intención, puede considerarse lícito;

3. El comercio es necesario a la sociedad, pues no toda provincia tiene en abundancia lo que necesita. Y de los necesitados, no todos podrían emprender largos viajes para conseguir las cantidades pequeñas que necesitaran; ni tampoco todos los

¹²⁰ Respecto a la banca, la usura y las diferentes especies de contratos, "en los que la avaricia del hombre introduce tantas formas de acrecentar las riquezas", se observa su lucha contra la injusticia, fiel a los principios eternos del Derecho con mayúscula, y la concepción del dinero. Su actitud contraria a la productividad del dinero aparece en el axioma "*Nummus nummum non parit*". Hoy nadie considera el dinero como algo improductivo; sin embargo, en su época, debió ser común considerarlo, únicamente, como medio para facilitar los cambios. No se podía pagar el uso del dinero prestado, por la sencilla razón de que ese uso consistía casi siempre en su consumo improductivo. A pesar de ello, reconoce la licitud del interés sobre la moneda, siempre que existan razones que lo legitimen, como el trabajo, el peligro y los posibles y ciertos daños. Véase en este sentido, "Las ideas económicas de M. de Azpilcueta", *Comentario resolutorio de cambios*, Madrid, 1965, p. LX.

¹²¹ Utilizado en el sentido expresado en las fuentes literarias y jurídicas. Diferente es el actual en la acepción creada por la Pandectística; véase, Fernández de Buján, *Derecho Privado romano*, pp. 280-281; Álvarez Suárez, *El negocio jurídico en derecho romano*, pp. 39-43.

¹²² D. 50, 16, 185, *Ulp. lib. 28, ad Edictum: Instructam autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus, et hominibus ad negotiationem paratis constat*. Curiosamente señala que Ulpiano los llamó *institores* porque insisten en los negocios, lo que recuerda la figura romana del *institor* puesto al frente del negocio del *pater familias* y la *actio institoria*, sin duda para ejercitarla en reclamaciones de carácter comercial. Cfr. Huvelin, P. *Études d'histoire du droit comercial*, 1929, p. 160.

que tienen cosas que les sobran pueden transportarlos a los lugares en que se necesitan. Por ello, dice:

"Debe haber quienes se cuiden de esto para transportar de un lugar a otro las mercancías abundantes, que puedan vender a los demás al detalle. Además es normal que un tiempo haya abundancia de bienes y en otro escasez; y así si no hubiera quien los comprara para guardarlos para ese tiempo futuro, la sociedad se vería perjudicada al no poder consumirlos".

Se pregunta si no sería prudente que los administradores del Estado se hicieran cargo de estas actividades comerciales y se responde que al no ser posible por este medio atender a tantas mercancías, sería más aconsejable que esta ocupación se permitiera a otras personas, y hasta ayudarlas para su realización:

Negotiatio es simpliciter Reipublicae necessaria ... Sed rogas, Numquid prudentius esset ut Respublica suos ministros conduceret qui hanc provinciam subiret? Re vera non posset commode tam multis mercimonis hac via sufficere. Et ideo consultius ducit artem hanc inter alios permittere, quin etiam fovere.

D. de Soto no está a favor de la intervención excesiva del Estado, metido a comerciante y como único intermediario entre los productores y el consumidor. La razón es obvia: es tan complicada esta labor, que supera las fuerzas del Estado mejor organizado. Es más, puede considerarse como algo contra naturaleza, y, por lo mismo, condenado al fracaso. Sólo las circunstancias anormales y la necesidad del bien público podría justificar el intervencionismo del Estado, hoy tan en boga. No le niega al Estado su papel, ni los recursos necesarios para llevarlo a cabo en el momento preciso, pero siempre que sea para el bien común y dentro de las normas de la justicia eterna.

4. En virtud del negocio ¿es lícito vender las mercancías en mayor precio de aquel en que se han comprado, en atención a los gastos, del trabajo, del lugar y del tiempo? ¿al negociante le es permitido vender más caro que le es a otro en el mismo lugar y tiempo a causa del oficio que tiene? Aunque algunos autores como Escoto, opinan que sí, D. de Soto prefiere mantenerse prudente y ni lo afirma ni lo niega:

Licet negotiationis gratia merces carius vendere, quam emptae sunt, ratione impensarum, laborum, locorum ac temporum: nam iuste rei pretium, vel in melius, vel in locum, vel tempus mutatae, excrescit... Regula autem (contra Scoto) in haec neque contemnenda porro est, neque tamen ad unguem servari potest.

5. El arte de negociar puede ser ilícito por razón de muchas circunstancias (del objeto, de la persona, del tiempo y del lugar). Por el objeto, como cuando compras una cosa que por su naturaleza o por la ley no puede venderse (los sacramentos o el sacerdocio, que habiéndose recibido gratuitamente, gratuitamente deben administrarse); por la persona, cuando es un sacerdote el que realiza la actividad negocial; por el tiempo, cuando se realiza en domingo o día festivo; por el lugar: cuando se hace en el templo o en un lugar sagrado. Pero fuera de estos casos puede negociarse. Otras circunstancias que lo hacen ilícito son la mentira y el engaño que con bastante frecuencia, pueden rodear el comercio "despertando una sed inextinguible de lucro". Así establece una similitud con el juego, pues, en ambos casos, la ambición de lucro absorbe el ánimo, fomenta la mentira y urde engaños. Es esta la razón por la que Santo Tomás consideraba el comercio, una actividad prohibida a los clérigos.

Salvando esas contradicciones, afirma que con la ayuda de los comerciantes, las cosas son llevadas a cada uno de los que tienen necesidad de ellas, aunque señala que:

"el comercio que tuviera como fin exclusivo el lucro, como haría el ánimo insaciable, no solo es innecesario sino pernicioso".

También concede la posibilidad de aumentar el precio de las cosas pues:

"sin embargo más se gastaría cada uno si tuviera que hacer largos viajes para proveerse de lo que necesita y falta en la ciudad que vive".

Y termina diciendo que los vicios del comercio, no son del comercio, sino de los comerciantes (*quod negotiatorum vitia non sunt negotii sed personarum...*), tal y como afirmó San Agustín en *Civ. Dei* y confirma la d. 8 del canon *Quoniam*.

Lib. VI, q. 2, art. 3: *Utrumne rerum pretia arbitrio mercatorum sint taxanda* (Si el precio de las cosas ha de tasarse al arbitrio de los mercaderes).

En sentido afirmativo D. de Soto alega que es un axioma y una regla celebrada entre los juristas que una cosa vale tanto cuanto es el valor en que puede venderse. Y esta regla se señala en las *Leyes de precios* del Reino. Por consiguiente, con tal de que no haya fraude ni engaño, pueden los mercaderes establecer el precio a su arbitrio. Además recuerda que Aristóteles (*Política*, 3), considera que en un oficio cualquiera hay que guiarse por los entendidos en él:

"Pues bien, los maestros en las mercaderías son los mismos mercaderes; por tanto, se debería dejar la tasación de los precios al juicio de ellos".

Por otra parte, si cada uno es dueño de las cosas que posee, goza, por tanto, de libertad sobre ello; pudiendo cada uno pedir y recibir por una cosa suya cuanto pueda obtener. Sin embargo afirma que consta lo contrario en la ley *Falcidia*¹²³ que dice que el valor de las cosas no depende del aprecio, ni de la utilidad de cada uno, sino que se establece en común, esto es, es señalado según la estimación común.

Sin embargo, tras estas afirmaciones añade cuatro conclusiones:

1. El precio de las cosas no ha de calcularse por su naturaleza, sino por la utilidad que prestan a los hombres. Los precios han de medirse según la necesidad. Y cuando dice necesidad incluye también el ornato de la sociedad, con el fin de abarcar todas las cosas que además de la necesidad de la vida pueden servir al hombre para su diversión y adorno.

2. Para averiguar el justo valor de las cosas es necesario atender: a la necesidad de la cosa; a la abundancia y a la escasez de la misma; al trabajo del negocio, a los cuidados, a la industria y a los peligros en el desarrollo del mismo. Además ha de tenerse en cuenta si las mercancías mejoraron o sufrieron deterioro al pasar frecuentemente por manos de vendedores y compradores, o por otras causas.

¹²³ No sabemos a qué ley *Falcidia* se refiere y si se trata de una ley de precios, pues no creemos, por su contenido, que sea la *Lex Falcidia de legatis* del 40 a. C.

3. Siguiendo a Aristóteles¹²⁴, entiende que existen dos precios de las cosas: el legítimo, o señalado por la ley del gobierno, y el natural o arbitrario, que rige cuando no ha sido señalado otro por la ley. En el primer caso no es lícito aumentarlo¹²⁵. En el segundo, debe acomodarse a los límites de la justicia; es la prudencia de los hombres la que lo fija, pero dentro de este justo precio no debe haber engaño.

4. Considera que sería más seguro y prudente, tanto para la conciencia de compradores y negociantes, como para el bien general, que la ley pusiera precio a todas las cosas, si fuera posible:

"Pues los negociantes, como desean ardientemente el lucro, unas veces engañan, otras sufren engaño ellos mismos, y, por esta causa, cuando no está señalado el precio por la ley, no es necesario someterse al arbitrio de cualquier comerciante, sino que es necesario acudir al juicio de los prudentes y de los jueces".

Por tanto, no es el capricho y voluntad interesada del comerciante quien debe fijar los precios¹²⁶.

Para llegar a una determinación justa, señala Soto ciertas normas, que son normas del buen sentido cristiano y filosófico, hoy diríamos, "de sentido común". Así, el valor de las cosas no depende solo de su naturaleza; depende más bien de la utilidad que reporta al hombre. Además de a esto, debe atenderse a la necesidad, abundancia o escasez; al trabajo e industria del comerciante, a los peligros en su elaboración y transporte, a los cambios experimentados en la mercancía y, a la misma ley, si la hubiere.

El valor de las mercancías aumenta con la abundancia de los compradores, pero con la escasez disminuye. Por el contrario, la abundancia de vendedores disminuye su valor y con la escasez aumenta:

"Ciertamente cuando las mercancías abundan, es mayor el número de los que venden, y menor el de los que compran, pero no por eso cambia su valor. Sin embargo, la necesidad del que vende es, a veces, causa de que las mercancías se expongan a la venta en pública subasta; y por haber en este caso pocos compradores, podría seguirse que las cosas pierden valor, pues cuando aparecen muchos compradores aumenta su valor, mientras que al contrario, cuando hay pocos compradores, la cosa pierde valor, y por la misma razón cuando comienza el mercado se vende mucho más caro que cuando termina".

Teniendo en cuenta lo anterior, señala que el acaparamiento lleva consigo el aumento de precios, por lo que califica los monopolios de iniquidad, ya los realice el príncipe o el rey, o cualquier otro, ya que sirven para imponer precios excesivos:

"Ciertamente, cuando uno compra al Jefe del Estado el privilegio de vender él solamente, o cuando dos o tres, se adelantan a los demás mercaderes, comprando toda la mercancía

¹²⁴ Aristóteles, *Ética*, 5, 7.

¹²⁵ Respecto del precio legal, suponiendo que éste sea justo, añade: *Neque unius oboli accessio licita est, sed est peccatum mortale si excessus augeatur, obnoxiumque restitutioni.*

¹²⁶ Soto rechaza la norma "*Tantum valet res, quanto vendi potest*" (una cosa vale tanto, cuanto es el precio en que puede venderse), pues sería lícito vender por encima del precio justo (en el doble o triple), y establece ésta: "*Pretia rerum non secundum ipsarum naturam aestimanda sunt, sed quatenus in usus veniunt humanos*" (una cosa vale tanto, cuanto es el valor en que puede venderse, excluidos la fuerza, el fraude y el engaño).

para que todos se vean obligados a comprarles a ellos, o varios se comprometen a no venderlo si no es a un precio determinado, el precio aumenta"¹²⁷.

Lib. VI, q. 3: *De iniustitia que in emptione et venditione committitur* (de la injusticia que puede cometerse en las compras y en las ventas), Santo Tomás, 2-2, q. 77; art. 1: Si puede uno vender lícitamente una cosa en más valor que el que tiene.

La injusticia en la compra y en la usura es distinta de la rapiña y el hurto, como observó Santo Tomás, puesto que no suceden siempre contra la voluntad del dueño sino conforme a ella, al hacer pasar sus cosas a otro, es decir, por medio de un contrato, lo que no ocurre en el hurto. En las reglas de la compra y venta puede suceder que uno podría vender una cosa en más de lo que vale o comprarla en menos precio del que tiene. Puesto que la ley civil es la que ha establecido la justicia entre los contratantes, podría seguirse que esta misma ley les permitiría engañarse mutuamente, siendo lícito la venta que supera el valor justo, y la compra que no llega a él, pues comprar barato y vender caro sería un deseo común en el hombre. Sin embargo, siguiendo el parecer de Santo Tomás:

1. Servirse de la mentira o el engaño para vender una cosa más cara de lo que es, o para comprarla más barata, es un pecado o una injusticia contra la caridad¹²⁸.

2. Considerando la esencia del contrato de compraventa, no es lícito de ninguna manera vender o comprar una cosa en mayor o menor precio del que justamente tiene. Pues este género de contratos ha sido introducido para el bien común y para provecho recíproco de las partes; por tanto ha de cumplirse por ambas con igualdad de justicia; y la medida y el fiel de la balanza es el precio, para cuyo servicio fue inventada la moneda.

3. Pero es lícito incluir en el valor de una cosa el daño que le ocasiona al vendedor, o el beneficio o utilidad que recibe el comprador; es decir, valorar no solo la cosa en sí, sino en lo que la estima su dueño, pues cada cual no solo vende lo suyo sino también la utilidad que cree que puede proporcionar a otro.

4. La utilidad que tiene para el comprador la cosa, no es necesario incluirla en el precio (aunque sí cabe el agradecimiento), pues no tiene por qué saberla el vendedor, y sabiéndola no debe subir el precio¹²⁹. Sin embargo, la abundancia de vendedores, sí haría rebajar el precio de las cosas.

Hay quienes piensan, dice Soto, que vender en más del precio justo es vender en más del doble. Por ejemplo, una cosa que vale diez, tiene la extensión del precio justo entre nueve y once; pero venderla en dieciséis es venderla en más de la mitad del verdadero precio. De la misma manera, comprar en menos de la mitad es comprar en

¹²⁷ Lo mismo sucedería en el caso contrario, aunque menos frecuente, de los monopolios de los compradores, con el fin de reducir los precios; serían igualmente, injustos. Y cita a Cicerón *De officiis*: "El vendedor no buscará licitador, ni el comprador buscará otro que puje en contra suya. Más cuando los vendedores constituyeron su monopolio, en este caso los compradores, rechazando la fuerza con la fuerza, podrán servirse justamente del acuerdo contrario, por ejemplo, convenirse entre sí para que nadie compre más caro de un precio señalado".

¹²⁸ Primera carta del apóstol S. Pablo a los Tesalonicenses; Cicerón *de Officiis*, 3, 53: "En todos los contrato debe evitarse la mentira".

¹²⁹ Por ejemplo las medicinas de la farmacia que curan al enfermo; el vendedor no tiene que subir el precio aunque conozca el gran interés del enfermo en adquirirlas.

cuatro, puesto que cinco es la mitad. Menor precio parece ser, si no se pagó ni la mitad del verdadero. La cuestión es si la ley puede permitir esto como justo, a lo que responde con las opiniones de Durando, Conrado, Antonino y Gersón, prevaleciendo la de Santo Tomás: "al que consiente a sabiendas no se le hace injuria si conoce el precio justo. Dentro del precio justo no es menester remisión ni donación alguna, a diferencia de los fraudes, en los que no hay donación voluntaria".

Por tanto, ni las leyes civiles ni las canónicas permiten el engaño fuera del precio medio justo. Puesto que el contrato de compra-venta ha sido puesto en práctica para el bien común, ninguna de las dos partes debe ser perjudicada por la otra.

Ninguna ley humana puede derogar los preceptos naturales¹³⁰. Es de ley natural observar la justicia en los cambios, y por tanto también es de ley divina, ya que la ley natural se deriva de la ley eterna. Puesto que el objeto de la justicia es establecer la igualdad entre las cosas, enseña Aristóteles (lib. 5, Éticos) que el oficio de toda la virtud de la justicia conmutativa es establecer la igualdad entre las personas. Por tanto recibir más de lo que comprende el precio justo sería contrario a la justicia.

Cuando hay fraude, es decir, cuando el comprador tiene que dar contra su voluntad más del precio justo o se le oculta su valor real, se comete una especie de hurto. El que comete el engaño estaría obligado a restituir. El mercader engañador engaña de mala fe, por lo que no hay razón para que se beneficie con su iniquidad pues se lo quita a un inocente.

Concluye D. de Soto esta cuestión señalando que por las leyes civiles no se concede derecho a entablar juicio al que ha sido perjudicado en menos de la mitad. Y no se permite anular el contrato. Las razones que aduce son: cuando el engaño es menor de la mitad, no se concede acción al reclamante porque el engaño que se produce por debajo de la mitad del precio justo es siempre difícil y peligroso percibirlo, y de esta manera daría ocasión a muchas maneras de fraude, sin embargo eso no quiere decir que sea impune en el fuero interno.

Lib. VI, q. 3, art. 2: *Utrum vitium rei venditae sic venditionem reddat illicitam, ut necessarium semper sit illud detegere* (Si el vicio de una cosa vendida hace ilícita su venta de tal manera que sea siempre necesario manifestarlo).

Para tratar esta cuestión en primer lugar señala el autor que tres cosas hay en que pueda ser defectuosa una mercancía: la naturaleza, la cantidad y la cualidad.

El defecto de naturaleza, que es el más perjudicial de todos, no siempre hace defectuoso el contrato. Sin embargo, es ilícita una venta a causa de los vicios de la cantidad, o de la cualidad. Pero cuando el comprador no se ve forzado a comprar, de su juicio depende el examen de la cosa, y por tanto a él ha de atribuirse el engaño. Por consiguiente, el vendedor, con tal de que no mienta, no está obligado a enseñar los vicios de la cosa¹³¹.

¹³⁰ El precepto sería: no hagas a otro lo que no quieras que hagan contigo, porque nadie quiere ser engañado maliciosamente.

¹³¹ En este sentido refiere a Cicerón *De Officiis*, 3, 55: ¿Qué cosa más absurda que por encargo del dueño el pregonero anuncie: Vendo una casa insalubre?

La causa que podría obligar a descubrir el defecto sería la de aminorar el precio. Sin embargo, el vendedor no está obligado a manifestar siempre las causas que rebajen el valor de las cosas. Por el contrario, San Ambrosio afirma que "es una regla manifiesta de justicia que al hombre bueno no le conviene apartarse de la verdad, ni hacer injustamente daño a nadie, ni unir nada fraudulentamente a su cosa. Está mandado que se manifiesten en los contratos los defectos de las cosas que se venden; y si el vendedor no los manifestare, aunque pasaren al dominio del comprador, quedan anulados a causa del engaño que encierra".

Para D. de Soto la cuestión debe ser observada desde dos ángulos: si es lícito vender una cosa defectuosa en su valor íntegro, y si es lícito ocultar el defecto, con tal que se venda en un precio que no exceda su valor.

1. Respecto a lo primero (si es lícito vender una cosa defectuosa en su valor íntegro), recuerda lo que antes ha señalado, que para considerar la importancia del defecto han de tenerse en cuenta la esencia, la cantidad y la cualidad de la cosa vendida. Así, el defecto de una mercancía, ya en su naturaleza, ya en su cantidad, ya en su cualidad haría ilícito el contrato si se vendiese en el mismo precio de la cosa cuando es verdadera, íntegra y perfecta, porque en este caso se quebrantaría la justicia¹³².

Le parece obvio que actuaría contra la justicia el vendedor que conociendo el defecto de una cosa se la ocultase al comprador maliciosamente; por otra parte, quien sin conocerlo, hiciere contrato, y luego lo supiera, estaría obligado a considerarlo nulo, de lo contrario quedaría obligado a restituir. Se considera que lo oculta quien se sirviese de la malicia de las palabras para dejar encubierto el defecto¹³³. Y lo mismo sucede con el comprador, pues puede que el vendedor, sin conocer la materia ni la cualidad, ni la cantidad, vendiese una cosa suya a un comprador que las conociera; y por tanto éste iría contra la justicia y quedaría obligado a restituir, si la comprara en menos de lo que valiese.

2. Respecto a lo segundo (si es lícito ocultar el defecto, con tal que se venda en un precio que no exceda su valor), habría que tener en cuenta si el defecto está oculto o está a la vista. Si está oculto, puede ocasionar daño o peligro al comprador, o no ocasionarlo. Si está oculto y puede ocasionar daño o peligro al comprador, no es lícito al vendedor ocultarlo; y si lo calla estaría obligado a restituir. La razón es que el vendedor, por el hecho mismo de poner a la venta una cosa de alguna manera defectuosa, da ocasión de daño y peligro en que puede incurrir el comprador al ignorarlo. Daría ocasión de daño, por ejemplo, si la cosa tiene menos valor a causa del defecto; y de peligro, si a causa del mismo defecto, esta misma cosa fuera inservible, o tal vez nociva¹³⁴ "pues tal ocultación sería un engaño manifiestamente injusto, obligando al que lo realizare a restituir".

¹³² Los ejemplos son ya clásicos. En cuanto a la naturaleza: tu plata se ha convertido en escoria y tu vino se mezcló con el agua; en cuanto a la medida: no tendrás en tu casa una medida mayor y otra menor; en cuanto a la cualidad: si uno vende una bestia enferma como si fuera sana y fuerte.

¹³³ El charlatán, por ejemplo, que al vender un caballo defectuoso, lo presenta como cargado de todo tipo de enfermedades con el fin de ocultar el verdadero defecto.

¹³⁴ Por ejemplo si vendes a un soldado un caballo manco, que después no puede servir para combatir; o si vendieres una casa que amenaza ruina, o un manjar corrompido. El ejemplo del caballo

Pero si el vendedor cuidara de evitar el daño, no vendiendo la cosa más que en el precio que mereciera con el defecto, y no ofreciese peligro a ningún comprador, y le sirviese a éste en el precio, no habría nada que le obligase a manifestar el defecto.

D. de Soto señala que, aunque Santo Tomás no apuntase esta conclusión en la fórmula sobre el defecto oculto, sí puso las bases para llegar a ella. La razón es que el vendedor estaría obligado a advertir al comprador sólo hasta el punto de que no le ocasionase ningún daño, o peligro; por tanto podría hacer la estimación de su cosa, callando el defecto. Porque si el comprador lo supiera, tal vez rehusase dar también el precio justo¹³⁵.

Cuando el defecto está a la vista¹³⁶, no habría necesidad de resaltarlo más, pues el comprador podría él mismo darse cuenta, y si lo comprara se presume que lo habría hecho a sabiendas. Pero si está oculto y es peligroso, por mucho que se rebajase el precio, la venta sería ilícita si no se pusiera al corriente de ello al comprador. Si no fuere peligroso y se ajustase el precio a la calidad del defecto, el vendedor no estaría obligado a descubrirlo.

Reconoce el autor que si el vendedor hubiera conocido que tal cosa era totalmente inútil para el comprador, no podría callar el defecto¹³⁷. Por eso habría puesto las tres condiciones señaladas más arriba: que se evite el daño, o peligro, y que sea útil para el comprador. Y si creyese que el comprador iba a vender la cosa a otro después, y que por ignorar el defecto fuera a pedir lo que valdría sin tal defecto, en este caso, el vendedor primero tendría la obligación de advertírsele al comprador para que no engañase al otro.

¿Qué es lo que sucedería con la ley civil, es decir en la vida ordinaria, en el fuero externo? Para D. de Soto, estaría muy claro: habría que seguir el parecer de los jurisconsultos, a quienes interesa saber cuándo ha de devolverse la mercancía al vendedor y el dinero al comprador a causa del defecto habido en el contrato, por lo que habrán de consultar la ley de las ventas. Pero según el derecho natural, la conclusión de Santo Tomás sería verdadera: en el fuero de la conciencia, cuando el defecto es claro, si el comprador no lo advierte, debe aceptar que es por causa suya el error. Y da por supuesto que no es lícito ocultar el defecto mediante la mentira (*dolo malo*).

Respecto a la actitud del comprador señala que también éste estaría obligado a llamar la atención del vendedor si vendiese la mercancía en menos de su valor, aunque le parece que el comprador no está tan obligado por razón del contrato a dar a conocer esta situación al vendedor como sí lo está, por el contrario, el vendedor respecto del comprador. Porque quien pone a la vista sus mercancías, invitando a que

no parece muy adecuado ya que sería fácilmente visible la falta de una pata; creemos que se refiere más bien a la atrofia de la misma.

¹³⁵ Según Cicerón, *De Off.* lib. 3: "Una cosa es callar y otra ocultar. Ocultas, cuando no descubres lo que estás obligado a manifestar; y callas cuando la ley no te obliga a hablar".

¹³⁶ Un caballo tuerto, o abiertamente cojo, o una casa agrietada, etc.

¹³⁷ Si yo vendiese un caballo defectuoso a un joven noble que lo fuera dedicar a las carreras, aunque lo vendiese en su justo valor, obraría injustamente. Pero si fuera a un médico anciano, que le bastaría con que anduviera lentamente, no le haría injuria alguna.

se las compren, puede hacer que los compradores se equivoquen si él no se lo advierte, mientras que el comprador no ofrece al vendedor ninguna ocasión de equivocarse¹³⁸. Sin embargo, algunas veces, se le obliga al comprador a que dé a conocer al vendedor el valor de la cosa, por ejemplo, si se le pregunta; pero además, en el caso de que una persona no interesada en comprar algo, conociera su valor, aun no siendo preguntado, estaría obligada a llamar la atención del vendedor, pues de otro modo, con su silencio, podría causarle un perjuicio. La razón es que cuando el desconocedor de la cosa la vendiese en un precio menor de lo justo, la estaría vendiendo contra su voluntad en tal precio, por lo que el comprador debería decirle la verdad.

Como se ve, la casuística señalada por D. de Soto es numerosa y diversa.

4. Consideraciones finales

El papel desempeñado en el siglo XVI por la Escuela de Salamanca, también llamada segunda escolástica o neotomismo, fue indiscutible para el desarrollo de la ciencia jurídica. Representada por teólogos españoles, sobre todo de la orden dominicana, los profesores de la Universidad sustituyeron el libro de texto del siglo XIII, las *Sententiae* de P. Lombardo, por la *Summa theologiae* de T. de Aquino, a la que supieron dar su verdadero valor y entender profundamente.

Imbuida por el pensamiento humanista, una de las ideas clave de este renacimiento ideológico fue la distinción entre el orden natural y sobrenatural, lo que les permitió revisar las cuestiones permanentes y afrontar los problemas de su tiempo a la luz de la razón y el derecho natural. Ayudándose de la teología para la comprensión del derecho, estos teólogos-juristas, o juristas con una alta especialización en teología, llevaron el derecho a un grado tal de perfección que no ha podido ser superado.

Una de las grandes figuras de este movimiento iniciado por F. de Vitoria en Salamanca, fue su colaborador y hermano de orden, D. de Soto: teólogo, jurista, científico, escritor, etc., pensador, en definitiva. Autor de obras de temática variada, padre conciliar y consejero del emperador, fue defensor de la justicia y de la causa de los pobres y de los indios, enarbolando la enseña de la dignidad humana, como valor irrenunciable y permanente, poniéndola por encima de todas las cosas.

De su grandísima obra y diversidad de intereses, en este trabajo hemos estudiado la doctrina jurídica reflejada en *De Iustitia et iure. Libri decem* (Salamanca, 1556), *quaestiones prima a quinta* del libro IV y las *quaestiones prima et secunda* del libro VI, intentando resaltar la importancia de su doctrina para el desarrollo posterior del derecho privado. Así podemos decir que apoyándose en los textos antiguos, a la luz del pensamiento de Santo Tomás y de los juristas romanos, contribuyó a sentar las bases para la formación de una teoría general sobre la propiedad privada y la transmisión del dominio; el requisito de la buena fe en la prescripción adquisitiva del dominio; el negocio jurídico basado en la libertad y la voluntad de los intervinientes en

¹³⁸ Un ejemplo, también clásico, es el del vendedor de una piedra preciosa, que cree ser de vidrio, o una joya de menos valor, y viene a caer a manos de un tallador que conoce el valor de la cosa. D. de Soto plantea la pregunta ¿Podrá éste comprarla sin decir nada en tanto cuanto el otro le pida, aunque le pida mucho menos de lo justo?

el mismo; la nulidad y la anulabilidad; la *restitutio*, que se encuentra en la base de nuestra teoría del enriquecimiento sin causa; la doctrina general del contrato; las promesas; las limitaciones a la capacidad de obrar por causa de la edad o por el cumplimiento de una pena; los requisitos de forma en el testamento. Merece la pena destacar las *quaestiones* dedicadas al contrato de compra-venta de las que, además de las cuestiones generales, hemos examinado la doctrina sobre el precio de las cosas o el saneamiento por vicios ocultos, que por su perfección han llegado a nuestros días.

Apéndice de fuentes

Antiguas

Aristóteles, *Ética*.

-Política.

-Topica.

Cicerón, *De officiis*.

Gayo, *Instituciones*.

Corpus Iuris Civilis.

San Agustín, *De civitate dei*.

Escolásticas y neoescolásticas:

T. de Aquino, *Summa Theologiae*.

- *De Veritate*, q. 11.

D. Báñez, *Commen. in 2^a-2^ae*.

-*De Iure et Iustitia*,

L. de Molina, *De iustitia et iure*, tomo II, Edición latina 1609, traducción española de Fraga Iribarne, 1943.

D. de Soto, *De Iustitia et Iure. Libri decem*, Instituto de Estudios Políticos, Vol. I-V, Edición facsimilar de la hecha por D. de Soto en 1556, con su versión castellana correspondiente. Introducción histórica y teológico-jurídica por el Dr. P. Venancio Diego Carro, O.P., versión española del P. Marcelino González Ordóñez, O. P., Madrid, 1968.

-*In causa pauperum deliberatione*, Salamanca, reimp. Madrid, 1965.

- *Quaestiones super octo libros physicorum Aristotelis*, Salmanticae, Andreas a Portonarijs, public. (1551, (1552). (disponible en www.cervantesvirtual.com).

- *Relección de dominio*, Prats, J. B., Universidad de Granada, Granada 1964.

L. Lessius, *De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus libri quattuor ad secunda, secundae divi Thomae*, 1605.

F. de Vitoria, *Commentario in 2^a-2^ae*.

Otras

G. Galilei, Manuscrito MS72, fol. 91v; *Opere VIII*.

Las Partidas: Partida 1^a, Ley 9, título 13; Partida 5^a, Ley 31, título 11.

Ordenamiento de Alcalá, Leyes 1 y 2 del título 23.

Bibliografía

Beaulac, S., *The power of language in the making of International Law. The word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of "Westphalia"*, Leyden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 67-97.

Beltrán de Heredia, V.,

- "Introducción Biográfica", *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*, Madrid, 1943.

- *Domingo de Soto, Estudio Biográfico documentado*, Convento de San Esteban, Salamanca 1960.
- Berger, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, American Philosophical Society, New York, 1953.
- Brufau Prats, J., "Domingo de Soto y su Relección *De Dominio*", *Anuario Asociación Francisco de Vitoria* 16, 1965-1966, pp. 117 ss.
- Cánovas del Castillo,
- *Historia de la decadencia de España desde el advenimiento de Felipe III al trono hasta la muerte de Carlos II*, Madrid, 1854.
- *Bosquejo histórico de la Casa de Austria*, Madrid, 1868.
- Carro, V., *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*, Madrid, 1943.
- "El maestro Domingo de Soto, catedrático de vísperas en la Universidad de Salamanca (1532-1549) 2", *Ciencia Tomista* 57 (1938).
- Chacón y Calvo, J. M., *Cedulario cubano: Col. de Doc. Inéditos para la Historia de Hispano-América*, IV, Madrid, 1929.
- Cruz Cruz, J., <http://www.leynatural.es/2012/12/18/la-riqueza-especulativa-de-la-escuela-de-salamanca/> 18/12/2012, última visita el 27/04/2017.
- D' Irsay, S., *Histoire des Universités francaises et étrangères des origines à nos jours* I, 1935.
- D'Ors, A.,
- "Las *Summulae* de Domingo de Soto. Los límites de la regla *tollendo ponens*", *Anuario Filosófico* 16 (1984), pp. 20 ss.
- *Derecho Privado Romano*, 9ª edición revisada, Navarra, 1997.
- Dies, D., *Questiones phisicales super Aristotelis textum, sigillatim omnes materias tan-gentes in quibus difficultates que in theologia el aliis scientiis ex phisica pendant discusse sois locis inseruntur*, Zaragoza, 1511.
- Duve T., "La teoría de la restitución en D. de Soto: Su significación para la Historia del derecho privado moderno", *La ley natural como fundamento moral y jurídico en Domingo de Soto*, Pamplona, 2007, pp. 181-197.
- Duhem, P.,
- "Dominique Soto et la escolastique parisienne", *Bulletin Hispanique* 12 (1910); 13 (1911); 14 (1912).
- *Les precurseurs parisiens de Galilée*, Paris, 1913.
- Ernout, A. et Meillet, A., *Dictionnaire Étymologique de la langue latine*, 4^{ème} éd., Paris, 1967.
- Fernández de Buján, A.,
- *Derecho Privado Romano*, 9ª ed., Madrid, 2016.
- *Derecho público romano*, 18 ed., Navarra, 2015.
- "Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: *Ius romanum. Ius commune. Common law. Civil law*", *Glossae, European, Journal of Legal History* 13 (2016), pp. 275-306.
- García Martín, J., "*Aufferre rem privatio o título versus potestas*. La expropiación en los juristas castellanos del *ius commune*", *Historia de la propiedad. La expropiación*, Salamanca 2012, pp. 99-194.
- García Cuadrado, "Hacia una sistematización de la antropología de la Escuela de Salamanca. A propósito de la edición del comentario de D. Báñez al Tratado *de Homine* (1588)", *Scripta Theologica* 37 (2005), pp. 617-642.
- García Garrido, M. J., *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano*, Dykinson, Madrid, 2001.
- Garrán Martínez, J. M^a, "El préstamo con interés y la usura en el pensamiento de Domingo de Soto: un ejemplo de confrontación entre la moral y la economía en el siglo XVI", *Revista Semestral de Filosofía Práctica* 27 (2012), pp. 55-59.
- Guzmán A., "Introducción", *Juristas de los siglos XVI y XVII, Juristas universales*, II, Madrid, 2004.
- Hamza, G., *Origine e sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici moderni in base alla tradizione del diritto romano*, Santiago de Compostela, 2013.

- Hernández, R., *Los derechos humanos. Antología*. Francisco de Vitoria, 2ª ed., Salamanca, 2003.
- Hinojosa de, E., *Influencia que tuvieron en el Derecho público de su patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos españoles, anteriores a nuestro siglo*, Madrid, 1890.
- Huvelin, P., *Études d'histoire du droit commercial*, Paris, 1929.
- Levene, R., *La concepción de Eduardo de Hinojosa sobre la historia de las ideas políticas y jurídicas en el Derecho español y su proyección en el Derecho indiano*, Sumario año 1953, y <https://dialnet.unirioja.es>.
- Lissarrague, S., "La titularidad regia y popular del poder en Francisco de Vitoria", VVAA, Francisco de Vitoria, (1566-1966), Santiago de Compostela, 1947.
- Mantovani, D., "El Derecho romano después de Europa. La Historia jurídica para la formación del jurista y ciudadano europeo", *RGDR* 6 (2006).
- Martínez de Morentin, L., "De nuevo acerca de Europa, Recepción, Historia, Literatura y Arte", *Revista Jurídica del Notariado* (octubre-diciembre 2010), pp. 488-499 (= *RGDR*, 18, 2012).
- Monier, R., "La date d'apparition du *dominium* et la distinction juridique de *res* en corporales et incorporales", *Studi Solazzi*, 1948, pp. 457 ss.
- Obarrio Moreno, J.A.-Piquer Marí, J.M., *Repensar la Universidad*, Madrid, 2015.
- Obarrio Moreno, J.A., *Iura et humanitas. Diálogos entre el Derecho y la Literatura*, Madrid, 2017.
- Ortega Carrillo de Albornoz, A., *La propiedad y los modos de adquirirla en derecho romano y en el Código civil*, Granada, 1991.
- Pérez Camacho J. J. y Sols Lucía, I., "Domingo de Soto en el origen de la ciencia moderna", *Revista de Filosofía*, tercera época, vol. 7, 12 (1994), pp. 27-49.
- Ramos-Lissón, D., "Domingo de Soto", *Juristas universales*, vol. II, Madrid, 2004.
- Rutten, P., *La doctrine sociale de l'Eglise. Résumée dans les Encycliques rerum Novarum et Quadragesimo Anno*, Paris, 1932.
- Salazar Revuelta, M., *La gratuidad en el mutuo en Derecho romano*, Jaén, 1999.
- Schulz, F., *Derecho romano clásico* (Traducción de la edición inglesa, Oxford, 1951; Barcelona, 1960).
- Stolleis, M., *La historia del Derecho como obra de arte*, Granada, 2009.
- Truyol Serra, A., "Francisco de Vitoria", *Juristas Universales*, II, Madrid, 2004.
- Ullastres, A., Pérez Prendes J.M., y Pereña, L., "Las ideas económicas de M. de Azpilcueta", *M. de Azpilcueta, Comentario resolutorio de cambios*. Introducción y texto crítico Madrid, 1965.
- Vallés y Pujals, J., *Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*, Barcelona, 1933.
- Volterra, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Madrid, 1986,
- VVAA, *Francisco de Vitoria, 1546-1946*, Santiago de Compostela, 1947.
- Wallace, W., *The Enigma of Domingo de Soto: Uniformiter Disformis and Falling Bodies in Late Medieval Physics*, *Isis* Vol. 59, No. 4 (Winter, 1968), pp. 384-401.
- Wesenberg, G., Wesener, G., *Historia del Derecho Privado Moderno en Alemania y en Europa*, Valladolid, 1998.
- Zamora Manzano, J. L., *La regulación jurídico-administrativa del juego en el derecho romano y su proyección en el derecho moderno*, Madrid, 2011.
- Zavala, Silvio A., *Instituciones jurídicas en la conquista de América*, Editorial Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1935; México, 2006).