

New Perspectives on Francisco de Vitoria

Does International Law lie at the heart
of the origin of the modern world?



José María Beneyto
Carmen Román Vaca (eds.)



CEU | *Ediciones*

New Perspectives on Francisco de Vitoria

Does International Law lie at the heart of the origin of the modern world?

José María Beneyto y Carmen Román Vaca (eds.)



Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

New Perspectives on Francisco de Vitoria. Does International Law lie at the heart of the origin of the modern world?

© 2014 Francisco Gómez Camacho, Franco Todescan, Simona Langella, Heribert Franz Koeck, Herbert Schambeck; Pablo Zapatero Miguel, María Idoia Zorroza, Adolfo Sánchez Hidalgo, León M. Gómez Arribas, Fernando Rovetta Klyver, Francisco Javier Gómez Díez, Álvaro Jarillo Aldeanueva, Patricia Santos Rodríguez, Carmen Sánchez Maíllo, Carlos de Miguel Lorenzo.

© De la edición, 2014, Fundación Universitaria San Pablo CEU

CEU Ediciones
Julián Romea 18, 28003 Madrid
Teléfono: 91 514 05 73 Fax: 91 514 04 30
Correo electrónico: ceuediciones@ceu.es
ISBN: 978-84-15949-63-3

ÍNDICE DE CAPÍTULOS

1. La economía contractual y el probabilismo escolástico. La revolución científica del S. XX (*Francisco Gómez Camacho*)
2. Utrum omnis lex derivetur a lege aeterna. Dogmatica giuridica e suggestioni teologiche nel «sistema delle fonti» di Francisco de Vitoria (*Franco Todescan*)
3. Capax Dei, Capax Domini: La questio de indis en Francisco de Vitoria (*Simona Langella*)
4. The Impact of Francisco de Vitoria's International Legal Doctrine Upon the "Vienna School of International Law and Legal Philosophy" of the Twentieth Century (*Heribert Franz Koeck*)
5. La influencia de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la Constitución austriaca. Un efecto a largo plazo de los principios de Derecho Internacional desarrollados por Francisco de Vitoria (*Herbert Schambeck*)
6. Dreaming up a 'res publica' of all the world (*Pablo Zapatero Miguel*)
7. La aportación del pensamiento de Vitoria ante el fenómeno de la globalización y realidad migratoria actual; (*Cristina Hermida del Llano*)
8. Francisco de Vitoria and the Dignity of Man: Scholastic Anthropology and Humanism (*María Idoya Zorroza*)

9. Francisco de Vitoria: Un orden cosmopolita a realizar (*Adolfo Sánchez Hidalgo*)
10. Presencia de Vitoria en el pensamiento europeo del siglo XVII: Hugo Grotius (Mare Liberum, 1609) (*León M. Gómez Rivas*)
11. Actualidad tácita de Francisco de Vitoria (*Fernando Rovetta Klyver*)
12. Paradojas de la Iglesia americana naciente. El rechazo a las conclusiones de Francisco de Vitoria sobre la salvación de los indígenas y su ordenación sacerdotal (*Francisco Javier Gómez Díez*)
13. La obra de Vitoria y el concepto de soberanía: la igualdad y la libertad como valores del Derecho Internacional (*Álvaro Jarillo Aldeanueva*)
14. Francisco de Vitoria, un Jurista Universal (*Patricia Santos Rodríguez*)
15. Perspectivas vitorianas sobre la existencia de un Derecho Natural Internacional (*Carmen Sánchez Maíllo*)
16. La aportación de Vitoria al Derecho Internacional General: el contexto de la Escuela Humanista Castellana del Renacimiento (*Carlos de Miguel Lorenzo*)

Capítulo 1. La economía contractual y el probabilismo escolástico. La revolución científica del S. XX

Francisco Gómez Camacho S.J.
Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

Si en algo se parece la crisis actual a la de los años 1920 es en la diversidad de opiniones que sobre su origen y solución se han defendido. Podemos decir de ella lo que el hispanista francés Pierre Vilar escribió de la crisis de 1920.

“Si los economistas de los años 1920-1930 vacilaron tanto frente a la interpretación de la inestabilidad monetaria de su tiempo, débese a que pensaron en términos de «siglo XIX». De haberlo hecho en términos del XIV o del XVII habrían comprendido con mayor rapidez. Si el banquero de hoy cree que el Banco de pagos internacionales es un fenómeno enteramente «siglo XX», es que no sabe gran cosa del Consulado de Burgos o de las ferias de Plasencia. La piastra pudo ser el dólar de los Tiempo Modernos. Pero no existe ninguna *economía dominante* que, hasta la fecha, haya conseguido imponer – ahí está el problema- *una moneda mundial* que sea creación, y no mercancía.”[\[1\]](#)

Los juicios que sobre la actual crisis económica se publican en la actualidad muestran la misma diversidad y confusión de opiniones que según Pierre Vilar se publicaron sobre la crisis de 1920: se está confundiendo el dinero *creación* de la autoridad con el dinero que lka sociedad valora como *mercancía*. Esto hace que la competencia en la producción de mercancías se confunda con la competencia legal para crear dinero como valor legal oiminal. La distinción entre dinero *creación* y dinero *mercancía* plantea un problema semejante al que plantea la introducción del dinero en un sistema de trueque o “no monetario:” la relación entre *valor de uso* interno y su *valor de cambio* externo. El valor de cambio externo de dos o más bienes no necesita del dinero, se puede practicar mediante el trueque en el que se intercambian bienes y servicios entre sí, y esto exige que existan al menos dos sujetos, oferente y demandante;

el valor de uso interno, sin embargo, puede existir cuando sólo existe un sujeto que no valora los bienes ni servicios directamente, lo valora cuando lo compara con los bienes y servicios atribuyéndoles un valor de cambio. sino a través del dinero bienes ya producidos con otros sujetos, los consume o ahorra el mismo sujeto, individual, nacional o global. Este valor de uso interno es el que en la *Teoría general* da origen a la que llama Keynes

“... economía Robinson Crusoe de «no intercambio», en la que el ingreso que los sujetos consumen o ahorran como resultado de su actividad productiva es de hecho y exclusivamente el output o producción *in specie* de su actividad económica.”[\[2\]](#)

La economía *in specie* se caracteriza porque la división de la producción entre consumo y ahorro no necesita dinero, pues tampoco se necesita la compra-venta, bastará con que se practique el trueque. En la teoría clásica se define la economía de trueque como aquella en la que el intercambio cumple la “doble coincidencia” entre oferente y demandante, y esto explica que al dedicar todo el trabajo a la producción y distribución de los bienes según las necesidades manifestadas por oferentes y demandantes no exista un valor monetario en el que expresar el valor de los bienes que se producen y distribuyen. En otras palabras, no se necesita un valor de liquidez perfecta durable porque tampoco la información de los sujetos es perfecta cuando se cumple la “doble coincidencia.” Las necesidades que se satisfacen mediante trueque son necesidades finitas, pues están referidas a un momento del tiempo y un lugar del espacio económico, por eso su valor es también finito. Esto lo diferencia del valor del dinero que se crea como valor homogéneo y por eso infinito, es decir, como valor constante en un espacio y tiempo infinito y causalmente neutral. Esta diferencia entre el valor del dinero y el valor de los bienes y servicios no existe en una economía *in specie* o de trueque, pero tampoco existe en una economía relativista en la que el tiempo y el espacio se consideran causalmente beligerantes y, en consecuencia, la liquidez del valor de los bienes y servicios que se intercambian ha de ser imperfecta,

pues también la información de los sujetos se supone imperfecta.

Esta identificación de la economía de trueque con una economía relativista por la falta en ambas de un patrón absoluto de la liquidez del valor es de especial importancia para entender la actualidad del pensamiento de Francisco de Vitoria y de los doctores escolásticos de los siglos XVI y XVII. La falta de una métrica absoluta de la magnitud es uno de los rasgos esenciales que diferencian la revolución científica del siglo XX, la relatividad y la cuántica, de la que se produjo en el siglo XVII con la obra de Newton. Es al interpretar el pensamiento económico de los doctores escolásticos en función de la revolución científica del siglo XX cuando podemos comprobar, por ejemplo, la defensa que hizo Keynes de la doctrina del interés y la usura de estos doctores, así como su visión de la economía como ciencia moral y no natural. La economía moral de Keynes se ha de entender como un ejemplo de la revolución científica del siglo XX, cuyo rasgo esencial fue, en palabras de Serge Moscovici, “el reingreso del hombre en la naturaleza.”[\[3\]](#)

“Ustedes lo saben: este reingreso ha comenzado, tímidamente, con la relatividad. El punto fuerte de ésta ha sido reconocer al observador la cualidad de ser físico, situado en un sitio preciso y perteneciente al mundo que describe. Lo hizo mostrando que las mediciones del tiempo son esencialmente relativas. Dependen del punto de vista del observador. Por consiguiente, son diferentes para dos observadores en movimiento uno en relación con el otro. Para cada uno de ellos, las observaciones no son las mismas según que tengan lugar dentro de su marco de referencia [*valor de uso*] o fuera de él [*valor de cambio*]... En suma, la observación de los fenómenos depende de del marco de referencia en el cual uno se sitúe y no de su ausencia, como se pensaba.”[\[4\]](#)

Podemos decir por eso que en esta economía “no monetaria” o de trueque *en especie* existen sólo dos de las tres unidades que utiliza Keynes en la *Teoría general*, la unidad de trabajo y la unidad de tiempo, falta la unidad de dinero. Debemos preguntarnos por eso por qué falta la unidad de dinero y sin embargo se practica el trueque en el que observa la “doble coincidencia” entre lo que se compra y lo que se vende, además de la producción de bienes y servicios, su consumo y su ahorro.

Cuando en esta economía de trueque o *en especie* se introduce el dinero como patrón absoluto del valor perfectamente líquido, ¿qué necesidad viene a satisfacer? ¿Por qué necesitamos un patrón monetario del valor perfectamente líquido si la visión relativista de la realidad nos ha mostrado que para explicar los fenómenos de la realidad no es necesario dicho patrón? ¿Qué función añade la introducción del dinero exógeno a la economía de trueque o no monetaria? ¿En qué se diferencia el dinero creado como valor exógeno de los bienes endógenos que se producen e intercambian en el sistema económico de la 'caverna' platónica?

Esta es la pregunta que se plantea Keynes en la *Teoría general* y es también la que nos planea la crisis actual. En la *Teoría general* recurre Keynes a la teoría pre-moderna del interés y el dinero y esa teoría pre-moderna es la que descubre en la doctrina escolástica sobre el interés y la usura. El interés se define en ella como valor de uso endógeno y la usura sólo se puede presentar como valor de cambio exógeno; pero esta distinción no se corresponde unívocamente con la de dinero endógeno y dinero exógeno como bienes diferentes, se refiere al mismo bien visto desde dentro del propio sistema de referencia o visto desde fuera del propio sistema. Como en la doctrina escolástica, en la *Teoría general* y en la relatividad,

"... la observación de los fenómenos depende del marco de referencia en el cual uno se sitúe y no de su ausencia, como se pensaba. Y se necesitan por lo menos dos observadores para distinguir entre dos eventos, entre el movimiento y el reposo de un cuerpo [entre el fondo y el flujo].... Solos, no percibimos más que apariencias; varios, aprehendemos la realidad. Toda verdad que valga la pena conocerse supone así una comunicación de información, de un observador a otro. Cada uno, limitado a lo que observa solo, privado de comunicación, confunde realidad e ilusión: la ilusión de la simultaneidad, la ilusión de la instantaneidad y la ilusión de la universalidad de su marco de referencia."[\[5\]](#)

La economía de trueque o *en especie* es por eso una economía relativista, así como es newtoniana la monetaria en la que se introduce el dinero como patrón absoluto del valor y la liquidez perfecta. El análisis de la primera, por ser relativista, se ha de hacer dentro del marco teórico de la revolución científica

del siglo XX, la relatividad y la cuántica, mientras el análisis de la segunda, la monetaria, se ha de hacer dentro de la revolución científica del siglo XVII, la física newtoniana.

Cuando Pierre Vilar escribe que la inestabilidad monetaria del siglo XX se hubiera “comprendido mejor y con mayor rapidez” si se hubiera interpretado en términos de los siglos XIV o XVII está abogando por una interpretación relativista pre-moderna y no por la monetarista del siglo XIX. Esta vuelta a la pre-modernidad relativista para interpretar la inestabilidad monetaria es la que, según A. Fitzgibbons, realizó Keynes en su *Teoría general*, en la que rechaza el *principio de uniformidad* de la naturaleza y el *axioma de libre movilidad* euclidiano. En opinión de Fitzgibbons,

“... la filosofía política y económica de Keynes sólo puede entenderse como una vuelta a la pre-modernidad; Keynes analizó la economía moderna sirviéndose de una filosofía pre-moderna.”[\[6\]](#)

Podemos pensar, por tanto, que la filosofía política y económica de Francisco de Vitoria y de sus compañeros y seguidores de Salamanca nos proporciona un marco teórico que nos puede ayudar a interpretar correctamente, no sólo el pensamiento de Keynes en la *Teoría general* sino, igualmente, la inestabilidad monetaria del siglo XX, la actual crisis económica.

1. No existe patrón absoluto de liquidez: el patrón temporal y local

Debemos recordar que en la economía de trueque o “no monetaria” no existe patrón absoluto de valor, como tampoco existe en la *Teoría general*. Esto implica, en lenguaje de Pierre Vilar, que tampoco existe una economía dominante que consiga imponer una moneda general o mundial que sea creación impuesta y no mercancía negociada. Cuando se introduce el dinero debemos explicar cómo se define al crearlo, si se define como valor de liquidez perfecta o de liquidez imperfecta que distingue el valor nominal de su valor real. Debemos tener presente también que el valor de los bienes no monetarios o en

especie se considera liquidez imperfecta tanto en una economía monetaria como en la de trueque. ¿Cómo se puede introducir un bien cuyo valor se considera liquidez perfecta en un sistema cuyos valores se consideran liquidez imperfecta? La respuesta nos remite al siglo XVII y, más concretamente, a las dos teorías del dinero que distinguía Locke y alaba Keynes en la Teoría general. Nos remite, igualmente, a la pregunta que el 13 de febrero del año 2012 se formulaba Peter Krauth, especialista en recursos globales, en el Money Morning. Se preguntaba si el oro es o no dinero, y contestaba: “Don’t Ask Ben Bernanke, Examine the Federal Reserve.”[\[7\]](#) Peter Krauth se refiere a una pregunta que el congresista de los Estados Unidos, Ron Paul, había formulado al presidente de la Reserva Federal, y a la que éste había contestado negativamente “después de una pausa poco grata.” “No, el oro es sólo un metal precioso” ¿Por qué, entonces, se guarda tanto oro en los Bancos centrales? A lo que Ben Bernanke respondió: “Es una pura tradición.” Una tradición, recuerda Peter Krauth, que tiene más de 2000 años, y que ya Aristóteles justificó al defender que el bien monetario debía ser un bien durable, portable, divisible, consistente y con un valor intrínseco.

No es mera casualidad que a lo largo de la historia humana el oro fuera elegido como base común sobre la que construir la teoría monetaria; sin embargo, ni el oro, ni la plata ni el cobre son los únicos bienes a los que podemos atribuir las cualidades monetarias, muchos otros bienes *en especie* son más o menos durables, más o menos portables y divisibles y presentan un valor intrínseco más o menos consistente y líquido que el de los demás bienes. ¿Por qué, entonces, se eligió el oro y después la plata, el vellón y, finalmente, el papel dinero? ¿Por qué no se mantuvo siempre el mismo bien real como encarnación o actualización del valor monetario del patrón nominal? ¿Una mera tradición? Se podrá decir que el oro y la plata son los que mejor cumplen las cinco cualidades que Aristóteles señalaba, especialmente la primera y la quinta, pues tenían mayor valor intrínseco y mayor duración de ese valor, pero estas cualidades no son fáciles de medir y cuantificar, por lo que no serán las que

connota la teoría cuantitativa del dinero. Para que se puedan cuantificar será necesario compararlas y medirlas con otro patrón, no se pueden comparar y medir consigo mismas, y esta comparación métrica es la que subyace a la operación de trueque en una economía en especie o no monetaria, en la que la distinción entre valor de uso interno y valor de cambio externo es fundamental para explicar la “doble coincidencia” que distingue el trueque de la compraventa. El valor de uso interno no necesita los dos sujetos cuya comunicación se analiza en la relatividad; sin embargo, sí se necesitan los dos sujetos en el valor de cambio. ¿Es posible que al existir dos o más sujetos unos definan el valor como liquidez perfecta, lo que implicaría información perfecta, y otros la definan como imperfecta porque su información es sólo imperfecta? ¿Puede ser el paso del tiempo un factor causalmente beligerante para unos sujetos y neutral o irrelevante para los otros?

En un artículo publicado el año 1935 en el *Quarterly Journal of Economics*, un año antes de publicarse la *Teoría general*, B. W. Dempsey se preguntaba por qué los escolásticos insistían en que el paso del tiempo no puede ser causa de nada, por qué el tiempo se ha de considerar neutral respecto del valor y no beligerante como Aristóteles lo había considerado. De la respuesta dependía la explicación de por qué el cobro de interés por el mero transcurrir del tiempo debía considerarse usura, siendo legítimo, sin embargo, cuando el interés lo originaban factores exógenos al mero paso del tiempo. La respuesta de Dempsey dice así:

“La razón parece estar, no en la rudeza del concepto que los Escolásticos tuvieron del tiempo sino todo lo contrario, en su perfección. Desde los comienzos de la filosofía y la teología, incluso de su teología positiva, el problema de la eternidad o atemporalidad de Dios había obligado a los doctores a ocuparse del problema de la naturaleza del tiempo. Con un concepto tan refinado en su poder, y enfrentándose al problema del intercambio de valores sobre la base de la igualdad, pusieron todo su empeño en subrayar el hecho de que el factor tiempo, *en sí mismo y por sí mismo*, no altera los valores. Co el tiempo pueden presentarse circunstancias cambiantes, especialmente un mayor riesgo, que podrían alterar los valores. Estas circunstancias pueden ofrecer nuevos títulos o invalidar los viejos. Pero el doctor escolástico insistió de forma coherente y característica en que éste era

un problema empírico, una cuestión de hecho que requería investigación y debía probarse en cada caso. La mera alusión indeterminada al transcurrir del tiempo no era suficiente.”[8]

2. El patrón unidad de tiempo y la probabilidad de la teoría del valor

El concepto de tiempo neutral o causalmente irrelevante es el que introdujo Newton en sus *Principia mathematica* para formular la primera ley de la dinámica clásica, la ley de la inercia, equivalente a la ley de los sistemas estacionarios. Este concepto lo formuló sirviéndose del *principio de uniformidad* de la naturaleza que Keynes habría de abandonar, junto con la geometría de Euclides, dos siglos después en su *Tratado sobre la probabilidad* y en la *Teoría general*. Al abandonar este principio y axioma introdujo Keynes la probabilidad y la información imperfecta en la teoría económica del valor, y no puede extrañarnos que en el cap. 26 de su *Tratado sobre la probabilidad* se refiera expresamente al probabilismo de los jesuitas del siglo XVI y escriba lo siguiente:

“El primer contacto de las teorías de la probabilidad con la ética moderna aparece en la doctrina de los jesuitas sobre el probabilismo. Según esta doctrina, uno está justificado para realizar una acción de la que existe *alguna* probabilidad, aunque pequeña, de que sus resultado sean los mejores posibles.... La aplicación correcta de la probabilidad a la conducta se les escapó, naturalmente, a los autores de una ética jurídica, más interesada en fijar la responsabilidad de determinados actos y en los diferentes medios concretos por los que la responsabilidad se puede establecer que en la mayor suma-total posible del bien resultante.”[9]

El probabilismo escolástico planteaba en el terreno económico el “dilema de la liquidez” que describe y plantea Keynes en la *Teoría general* cuando trata de poner en contacto “la teoría agregada de los precios relativos con la teoría del valor;” plantea, además, la “antinomía relativista.” Por eso la teoría de los precios es en la *Teoría general* “subsidiaria” y no determinante del valor, como “subsidiaria” es la teoría del justo precio de la escolástica del siglo XVI. De ahí que, rompiendo con la teoría clásica del equilibrio general y la dicotomía neoclásica, Kenes piense que

“Quizá podremos trazar nuestra línea de división entre la teoría del equilibrio estacionario y la teoría del equilibrio cambiante, significando este último la teoría de un sistema en el que las visiones cambiantes sobre el futuro pueden influir en la situación presente. Pues la importancia del dinero se debe esencialmente a que es un eslabón o nexo entre el presente y el futuro. ... Pero, aunque la teoría del equilibrio cambiante tiene que formularse necesariamente en términos de una economía monetaria, sigue siendo una teoría del valor y la distribución y no una «teoría del dinero» separada [exógena].”[\[10\]](#)

Podemos decir pues, que la *Teoría general* analiza una economía de trueque como intercambio de bienes en especie cuyo valor se mide y determina internamente por los propios sujetos en términos de los mismos bienes, sin que sea necesario un subastador walrasiano externo. En otras palabras, podemos decir que en la *Teoría general*, como en la doctrina escolástica, se utiliza una métrica del valor relativista interna al propio sistema y no exógena o absoluta como la clásica euclidiana. De ahí que, según Keynes,

“No podemos desembarazarnos del dinero [del lenguaje monetario] aun cuando aboliéramos el oro, la plata o los instrumentos legales de pago. Mientras exista algún bien durable [y en la economía de trueque existe] será capaz de poseer los atributos monetarios y, en consecuencia, de plantear los problemas característicos de una economía monetaria.”[\[11\]](#)

Que un bien durable pueda servir de dinero con el que medir el valor supone un “desdoblamiento” conceptual entre su valor “natural” y el valor que se le asigna como “patrón” de valor, el primero es un valor relativo a los demás bienes y el segundo puede ser un valor absoluto, por eso el “desdoblamiento” conceptual plantea el problema de la elección entre la métrica absoluta newtoniana y la relativista riemanniana. La métrica newtoniana o clásica

“... parte de la hipótesis de que hay un super-observador. Si éste advierte un campo de fuerzas, entonces esta fuerza existe. Seres inferiores, como los ocupantes de un proyectil en caída libre, tienen otras ideas, pero son víctimas de una ilusión. A este super-observador es a quien el matemático recurre, cuando establece una investigación dinámica, con las palabras «Tomemos ejes rectangulares sin aceleración Ox , Oy , $Oz...$ » Ejes rectangulares sin aceleración son los instrumentos de medida del super-observador.”[\[12\]](#)

La hipótesis del super-observador newtoniano pasó a la

ciencia económica de la mano del subastador de Walras al que se supone perfectamente informado y localizado fuera del tiempo y el espacio económico, esto es, fuera de la caverna platónica de las sombras. Esta hipótesis expulsó al sujeto agente y finalista fuera del sistema económico para sustituirlo por las leyes científicas de la oferta y la demanda, en las que se veía la garantía de un equilibrio estacionario sostenible en el tiempo. La razón científica de esta expulsión del sujeto la expuso Laplace con toda claridad en su tratado sobre la probabilidad, extremo opuesto al *Tratado sobre la probabilidad* de Kenes, más cercano al probabilismo jesuítico.

“Un entendimiento que en un instante dado conociese todas las fuerzas que actúan en la naturaleza y la posición de todas las cosas de que se compone el mundo –suponiendo que dicho intelecto fuese lo bastante vasto para someter estos datos al análisis - abarcaría en la misma fórmula los movimientos de los cuerpos más grandes del universo y los de los átomos más pequeños; para él no existiría nada incierto, y el futuro, lo mismo que el pasado, sería presente a sus ojos.”[\[13\]](#)”

En la *Teoría general* no existe un entendimiento laplaciano, la información económica se supone imperfecta porque, como también sucede en la teoría de la relatividad, se rechaza el *principio de uniformidad* de la naturaleza y el *axioma de libre movilidad* en el tiempo y el espacio. De la *Teoría general* y del pensamiento escolástico podemos decir lo que dice Eddington en su análisis del espacio, el tiempo y la gravedad:

“Es posible que haya un superobservador cuyos juicios tengan una razón natural para ser considerados como más los más verdaderos o por lo menos, los más sencillos. Una sociedad de peces sabios probablemente convendrían en que la mejor manera de describir los fenómenos era adoptar el punto de vista de un pez en reposo en el océano. Pero la mecánica relativista halla que no es evidente que haya que considerar las opiniones de un observador cualquiera como superiores a otras. Todas son iguales.”[\[14\]](#)”

A Keynes como a los escolásticos los preocupaba el problema de la incertidumbre, y así vemos que, según Luis de Molina,

“La naturaleza no nos enseña las cosas que son de derecho natural de forma tan clara y distinta que no se pueda introducir el error fácilmente de la deducción de alguna consecuencias a partir de los principios, especialmente cuando las conclusiones se siguen de los principios de forma remota y oscura;

lo cual hace que respecto de las cosas que son de derecho natural pueda a veces presentarse el error.”[\[15\]](#)

El dominico Domingo de Soto fue de la misma opinión sobre la ley natural y la incertidumbre que en su conocimiento puede existir, y distinguió la necesidad matemática de la moral, una distinción con la que Keynes se hubiera mostrado de acuerdo:

“Algunas conclusiones vemos que son necesarias como en las matemáticas, pero otras se conocen como opiniones porque no son consecuencias perfectamente obvias, dependiendo de la clase de ciencia... Pero debido a que nuestras acciones se asocian a circunstancias particulares, tenemos que descender de los principios a lo particular, tomando en consideración las diferentes circunstancias de lugar y tiempo. Por eso sus leyes no se deducen de los principios naturales mediante un proceso necesario únicamente, sino que se formulan con la ayuda de otros razonamientos, por lo que se llaman leyes humanas.”[\[16\]](#)

Si ahora volvemos al “desdoblamiento” que en el valor de un bien durable se puede dar al distinguir su valor “natural” relativo del que el super-observador le puede dar como patrón de valor comprenderemos mejor la doctrina sobre el interés y la usura y el probabilismo escolástico en su relación con el keynesiano. Ni en la escolástica ni en la *Teoría general* se supone un hipotético super-observador que defina el patrón absoluto de valor, todo valor es relativo, y quizá sea la Dra. Robinson quien mejor ha sabido ver la conexión entre la incertidumbre y probabilismo keynesiano y el escolástico al formular su famosa “contradicción.”

“Cualquier persona que trate de introducir un flujo de producción a un modelo walrasiano [estacionario], inmediatamente caerá en contradicciones. Bien sea que todo el tiempo futuro se desplome en el presente [instantaneidad atemporal], o que cada individuo tenga una previsión correcta de lo que los demás harán, y éstos a su vez prevean lo que dicho individuo hará, en tal forma que el tema desemboca en el problema del libre albedrío y la predestinación. Esto no pudo ser útil para Keynes. La esencia misma de su problema era la incertidumbre.”[\[17\]](#)

Precisamente porque el problema de Kenes era la incertidumbre pudo comprender mejor el pensamiento de los escolásticos sobre el dinero, el interés y la usura, pues, como acabamos de ver, era la incertidumbre también lo que les

preocupaba a ellos al tratar de la ley natural y el “desdoblamiento” del valor en “natural” relativo y patrón absoluto de medición. No deja de ser históricamente significativo que cuando la incertidumbre se introdujo en la física con la relatividad y la cuántica, lo hiciera, precisamente, reingresando en la naturaleza al sujeto agente de la *Vieja causalidad* que la *Nueva causalidad* de la ciencia moderna había expulsado. La teoría del conocimiento perfecto como previsión necesaria y cierta del futuro que la revolución científica del S. XVII había introducido se sustituyó en el siglo XX por la información imperfecta cuya previsión del futuro sólo puede considerarse incierta y probable porque el futuro, utilizando un término acuñado por P. Fonseca, pasaba a ser futurible, esto es, futuro contingente y condicional. En este cambio de la teoría del conocimiento cierto por la información imperfecta se ha visto por alguno físicos una cierta “contra-revolución copernicana,” y aunque J. Bell considera un “mito” esta interpretación no deja de ser interesante su explicación para comprender mejor el problema que plantea la revolución científica plantea a la economía como a la física, así como su posible vinculación con el pensamiento de la escolástica a través del teorema de Kochen-Specker-Bell.[\[18\]](#) Como escribe el profesor Cassinello,

“Uno de los autores del teorema, Specker, relacionaba este problema con las preocupaciones escolásticas medievales sobre los tipos de conocimiento divino de la realidad. Como la relación no deja de ser curiosa vamos a permitirnos un comentario al respecto. El teorema de KSB está concretamente conectado con los «futurible» o futuros condicionales contingentes del filósofo uy jesuita P. Fonseca (1528-1599), es decir, «aquellos futuros cuya realización depende de una condición que ha de poner la libre voluntad de la creatura». Según el P. Fonseca, Dios sabe lo que sucedería «si pusiera a las voluntades de las creaturas en circunstancias distintas de aquellas en las que las colocó.» A este conocimiento divino llama Fonseca *ciencia media*. Pues bien, el teorema de KSB demuestra que Dios no posee la ciencia media, no puede saber lo que sucedería si se realizase otra posibilidad (es decir, si midiéramos otra magnitud, otro proyector) distinta de la que de hecho se realiza.”[\[19\]](#)

3. Conclusión

Cuando la información se supone imperfecta ($c < \infty$) todo

intercambio de bienes mediante trueque supone una transformación del presente en función del futuro, pero esta transformación es contingente y condicional, no es necesaria, porque dependerá de que los sujetos logren la “doble coincidencia” que la introducción del dinero romperá al separar la compra de la venta. La “doble coincidencia” del trueque relaciona, pues, un valor presente con otro *futurible*, por eso es una relación incierta, sólo probable, pues se necesitaría ciencia media para que fuera una relación cierta y, según el teorema de KSB, ni Dios dispone de *ciencia media*. Los tipos de interés se definen como relación entre una suma de dinero futuro y otra de dinero presente, y esto obliga a preguntarse si se trata de una relación condicional y contingente o necesaria y cierta. En otras palabras, debemos preguntarnos si existe algún sujeto que disponga de ciencia media capaz de convertir los valores futuribles en valores futuros, lo que supondría refutar el teorema de Kochen-Specker-Bell y la teoría cuántica. Sabemos que Einstein no se mostró satisfecho con la visión cuántica de la realidad, por eso postuló la existencia de unas “variables ocultas” que algún día descubriría la ciencia y suprimirían la incertidumbre cuántica. Cuando Lindley nos narra la visita de Heisenberg a Einstein en 1954, el año antes de su muerte, escribe lo siguiente:

“Cuando Heisenberg fue a verle, hablaron educadamente de temas de poca importancia. No hablaron de la guerra y no demasiado sobre mecánica cuántica. «No me gusta su clase de física –comunicó Einstein a su visitante-. Hay una coherencia, pero no me gusta.»[\[20\]](#)

¿Qué más se necesitaba para que la teoría cuántica pudiera gustar a Einstein, si reconocía que era coherente lógicamente? A veces se recuerda la referencia a su «Dios no juega a los dados» como prueba de que era el indeterminismo cuántico lo que Einstein rechazaba, pero J. Bell rechazó esta interpretación del pensamiento de Einstein. En su opinión,

“Difícilmente podría hallarse incompreensión más completa. Einstein no tenía ninguna dificultad en aceptar que asuntos en diferentes lugares pudieran estar correlacionados. Lo que él no podía aceptar era que una intervención en un lugar pudiera, inmediatamente, influir sobre asuntos en el otro.”[\[21\]](#)

Era la acción a distancia, la *actio in distans* lo que Einstein rechazaba, y en este punto su pensamiento era pre-moderno, veía la realidad física *en especie*, no homogénea, y coincidía con la visión de Keynes y de la escolástica. El espacio y el tiempo aristotélico volvió a la física con la relatividad y la *Teoría general* que, al aceptar la Vieja causalidad introducían en la naturaleza al sujeto que la observaba. Se sustituyó así a la Nueva causalidad a distancia que lo había expulsado de ella en la revolución científica newtoniana. Este es el gran dilema que planteaba el pensamiento de los doctores escolásticos y el que plantea la revolución científica del siglo XX.

“Hasta la aparición de la mecánica cuántica [y la relatividad] todas las teorías físicas contenían magnitudes que estaban definidas independientemente de que se midieran o no se midieran: era teorías realistas.

Con la mecánica cuántica aparecen los resultados probabilísticos, y con ellos el gran dilema: ¿mundo realista o mundo indeterminado?”[\[22\]](#)

[\[1\]](#) Vilar, P. (1969) *Oro y moneda en la historia, 1450-1920*, Barcelona, Ariel, p. 6.

[\[2\]](#) *General Theory...*, p. 20.

[\[3\]](#) Moscovici, S. (2000) “La historia humana de la naturaleza,” *Ilya Prigogine. El tiempo y el devenir*. Colección de Cérisy, Barcelona, Ed. Gedisa, pp. 121-154.,

[\[4\]](#) Moscovici, S. (2000) *op. cit.*, p. 126.

[\[5\]](#) Moscovici, S. (2000), *op. cit.*, p. 126.

[\[6\]](#) Fitzgibbons, A. (1988) *Keynes's Vision. A New Political Economy*, London, Clarendon Press, cap. 2.

[\[7\]](#) Peter Krauth, (2012) “Is Gold Money?... Don't Ask Ben Bernanke, Examine the Federal Reserve” *Money Morning* (February 13, 2012).

[\[8\]](#) Dempsey, B.W. (1935) “The Historical Emergence of Quantity Theory,” *Quarterly Journal of Economics* 50 (November): 175-176.

[\[9\]](#) Keynes, J. M. (1988) *A Treatise on Probability*, Macmillan, Cambridge, p. 340

[\[10\]](#) *General Theory...*, p. 293-294.

[\[11\]](#) *Ibidem*.

[\[12\]](#) Eddington, A. S. (1922) *Espacio, tiempo y gravitación*, Madrid, Calpe, p. 101

- [13] Laplace, P. S. (1985) *Ensayo filosófico sobre las probabilidades*, Madrid, ed. de INTMIC, p. 18. (París 1812).
- [14] Eddington, A. S. (1922) *op. cit.*, p. 102.
- [15] Molina, Luis de. (1597) *De iustitia et iure*, Cuenca, t. I, col. 15, C.
- [16] Soto, Domingo de. (1556) *De Iustitia et Iure*, lib. VI, q. V, a. 1); Vitoria, Francisco de. (1932) *Comentarios inéditos a la II-II de Santo Tomás*, (ed. Beltrán de Heredia) Salamanca, pp. 77-78. .
- [17] Robinson, J. (1973) *La segunda crisis del pensamiento económico*, México-España, Ed. Actual, p.66.
- [18] Cassinello, A. (2007) “La indeterminación en Mecánica Cuántica,” *Revista española de física*, vol. 21, nº 4, p. 47. “El teorema de KSB demuestra que hay proyectores, magnitudes cuánticas que no tiene valores definidos antes de medirlas. Si los proyectores, las magnitudes, no pueden estar completamente definidos, habrá que aceptar una imagen de la realidad microscópica en la que las cosas están en situación de indefinición, de cierta ambigüedad No puede mantenerse la imagen de un mundo completamente determinado. No podemos pensar que la realidad existe ahí afuera sin que la observamos.”
- [19] Cassinello, A. (2007) *op. cit.*, pp. 47-48.
- [20] Lindley, D. (2008) *Incertidumbre. Einstein, Heisenberg, Bohr y la lucha por la esencia de la ciencia* Barcelona, Madrid, Ariel, p. 229.
- [21] Bell, J. (1990) *Lo decible y lo indecible...*, p. 203.
- [22] Cassinello, A. (2007) *op. cit.*, p. 42.

Capítulo 2. *Utrum Omnis Lex Derivetur a Lege Aeterna*. Dogmatica giuridica e suggestioni teologiche nel «sistema delle fonti» di Francisco de Vitoria

Franco Todescan
Scuola di Giurisprudenza - Università degli Studi di Padova

1. Introduzione

[Vitoria e Grozio] In questa mia relazione cercherò di tracciare in maniera sintetica i caposaldi del «sistema delle fonti» sottostante all'opera di Francisco de Vitoria, tenendo particolarmente presenti i testi teologici di riferimento. Tale sistema si trova contenuto implicitamente sia nelle *Relectiones*, sia soprattutto nei Commenti alla *Prima Secundae* e alla *Secunda Secundae* di S. Tommaso, dove può, per così dire, essere letto in filigrana. Userò come termine ideale di confronto da un lato il sistema della *Summa theologiae*, sistema formalmente riprodotto da tutti i più significativi trattati della Seconda Scolastica, dall'altro al *De jure praedae* e al *De jure belli ac pacis* di Ugo Grozio, le opere cioè del giurista che molti definirono e considerarono il «padre» del moderno diritto internazionale [1]. Tuttavia ricordiamo che non è mancato chi aveva visto invece nel Vitoria il «fondatore» del medesimo diritto [2]. Essendo personalmente fautore più della tesi della «continuità» che della «discontinuità» nello sviluppo del pensiero giusinternazionalistico, mi auguro che questa relazione possa consentire un più approfondito confronto fra i sistemi del teologo di Salamanca e del giurista di Delft, nel tentativo di rinvenire, fra l'altro, la radice profonda del celebre «etiamsi daremus» del *Prolegomeno* 11.

Non mi occuperò in questa sede specificamente dell'apporto dato da Vitoria, attraverso le sue *Relectiones*, alla fondazione «contenutistica» del diritto internazionale: cercherò piuttosto la trama di quel sistema normativo che il teologo di Salamanca elabora in funzione di un materiale non ancora adeguatamente sviluppato, e purtuttavia bisognoso di essere imbrigliato entro una solida impalcatura di principi generali. Basti pensare alla vastità dei traffici coloniali che nel secolo XVI avevano cominciato ad aprire ai paesi atlantici dell'Europa (e in particolare alla Spagna e al Portogallo) il mondo delle relazioni transoceaniche. Vitoria comincia a costruire la nuova disciplina internazionalistica, mettendo a frutto la sua vasta cultura teologica e filosofica, attraverso un'opera di deduzione che si sviluppa a partire da un sistema di leggi saldamente compaginato [3].

[L'interpretazione «ascendente»] Come ho già detto, farò particolare riferimento ai commenti alla *Summa*. Più tardi, anche nel *De jure praedae*, così come nel *De jure belli ac pacis* groziano, si troveranno numerosissime note di rinvio, oltre che ai Padri della Chiesa e ai teologi della Seconda Scolastica, a San Tommaso, mentre non saranno citati autori come Lutero e Calvino, tendenzialmente ostili a qualsiasi teorizzazione del diritto naturale. Le opere dei teologi cattolici erano divenute oggetto di insegnamento nelle università riformate anche dell'Olanda, come a Leida, dove Grozio aveva compiuto i suoi studi dal 1594 al 1598. La loro appartenenza confessionale concorreva a dimostrare l'esistenza di quel *communis consensus* che Grozio tenacemente perseguiva per far emergere, al di là delle divergenze, un'unica verità sulla base di quell'unità del *background* cristiano di cui egli era irenicamente persuaso.

Seguirò, in questa mia ricostruzione (come già feci per il *De jure belli ac pacis*), la linea «ascendente»: dalla fonte assiologicamente meno elevata a quella più elevata, cioè dalla legge umana alla legge eterna. Tale linea appare infatti più aderente alla sensibilità ermeneutica contemporanea.

2. Il metodo

[La Scuola di Salamanca] È agli inizi del Cinquecento che la *Summa theologiae* di Tommaso d'Aquino tende a sostituire nei Conventi e nelle Università il *Liber Sententiarum* di Pietro Lombardo; è nel Cinquecento che nascono i grandi problemi di diritto internazionale legati alla scoperta dell'America e allo sgretolamento progressivo dell'Impero asburgico. Non è un caso che il domenicano Vitoria, negli anni 1538-1539, a Salamanca, applicando categorie tomistiche, cerchi di risolvere i problemi morali e giuridici *de Indis recenter inventis*, legati alle conquiste, alla colonizzazione, alla cristianizzazione del Nuovo Mondo, ad una guerra che appariva più di offesa che di difesa. La lunga permanenza del Vitoria a Parigi - sulla quale una risalente storiografia ha avuto l'indubbio merito di richiamare l'attenzione [4] - non rappresentava, nella formazione del teologo domenicano, un fatto meramente episodico, ma la condizione prima attraverso cui si operava, a Salamanca, pur nel quadro di un vigoroso ritorno al pensiero tomista, l'innesto di un'esperienza di pensiero dialetticamente più ricca. Presentimento della Riforma e istanze umanistiche si mescolavano nel suo pensiero quali estreme derivazioni del complesso intreccio di idee tomiste e nominaliste formatosi, in lente stratificazioni, nell'ambiente universitario parigino [5]: ed ai volontaristi Vitoria farà spesso riferimento, esteriormente impegnato in una vivace polemica con le loro teorie, ma talora da queste, almeno in parte, condizionato [6].

[Il metodo di Vitoria] Lungo questa linea, il suo magistero teologico segna un momento importante nello sviluppo della cultura moderna; il suo spirito, attento alle esigenze dei nuovi tempi, concede largo spazio alla discussione dei problemi giuridici e politici. Le difficoltà non mancavano: se da un lato v'era il problema di sceverare, nel magma incandescente della storia, un nuovo concetto di Stato che ne riconoscesse, in modo adeguato, l'indipendenza, la sovranità, i

diritti, dall'altro lato, per evitare i pericoli insiti nelle teorie individualistiche e volontaristiche, bisognava porre i fondamenti di uno *jus gentium* che, nel rispetto e nella tutela della dignità umana, riunisse gli Stati sovrani in una comunità non meramente contrattualistica, ma naturale ed organica. È questo, del resto, il merito comunemente attribuito al Vitoria, dichiarato appunto «fondatore» del diritto internazionale; e su questo aspetto della sua opera, senza dubbio il più appariscente, si è soffermata per lo più la storiografia contemporanea.

L'inizio della docenza di Vitoria presso l'*Alma Mater* aveva rappresentato l'introduzione di due novità nell'insegnamento teologico : in primo luogo la sostituzione delle *Sententiae* di Pietro Lombardo con la *Summa theologiae* di S. Tommaso, in secondo luogo l'introduzione del *dictado* durante le lezioni. La scelta della *Summa* come testo-base per le lezioni, avvenuta durante l'insegnamento parigino e consolidata durante il magistero a Valladolid, divenne a partire dal 1526 definitiva e costituì non soltanto la caratteristica peculiare del suo insegnamento, bensì il punto di partenza della sua stessa speculazione.

Questo importante mutamento operato da Vitoria non rimase però l'unico. Ereditandola dai suoi studi parigini, il Maestro domenicano introdusse una seconda importante novità : quella di dettare agli alunni almeno una parte dei commenti alla *Summa* o alle *Sententiae* da lui tenuti durante le lezioni accademiche. L'introduzione di questa novità ha per noi particolare importanza : l'uso del *dictado*, infatti, ha consentito che i commenti del Vitoria giungessero sino a noi.

Vitoria era solito introdurre i suoi alunni allo studio della *Summa* con una breve descrizione delle diverse parti di quest'opera. Il prologo riportato in un manoscritto conservato presso la *Real Biblioteca* di Madrid [7] ce ne offre una preziosa testimonianza. In tale prologo, il teologo domenicano illustra come tutta la realtà tenda a Dio in quanto Egli è l'*alfa* e l'*omega*, il principio e il fine di ogni cosa, di cui è il Creatore. Di

conseguenza la teologia si occupa anzitutto di Dio e poi delle creature a Lui ordinate, in particolare di quelle razionali [8].

[Il metodo di Grozio] Assai diverso appare invece l'approccio metodologico di Grozio. Nel Capitolo I del *De jure praedae* si afferma:

Sed quemadmodum mathematici, priusquam ipsas demonstrationes aggrediantur, communes quasdam solent notiones, de quibus inter omnes facile constat praescribere, ut fixum aliquid sit, in quo retro desinat sequentium probatio, ita nos quo fundamentum positum habeamus, cui tuto superstruantur caetera, *regulas* quasdam et *leges* maxime generales indicabimus, velut anticipationes, quas non tam discere aliquis, quam reminisci debeat. Eam ad rem novitatis mihi, forte etiam prolixitatis venia oranda est [9].

Analogamente nel *Prolegomeno 58* al capolavoro della maturità, il *De jure belli ac pacis*, dichiara:

Injuriam mihi faciet si quis me ad ulla nostri saeculi controversias, aut natas aut quae nasciturae praevideri possunt, respexisse arbitratur. Vere enim profiteor, sicut mathematici figuras a corporibus semotas considerant, ita me in jure tractando ab omni singulari facto abduxisse animum [10].

Grozio in ambedue le opere traccia un parallelismo tra il metodo matematico e il metodo giuridico. Nel *De jure praedae* il riferimento è al procedere deduttivo della matematica; e non a caso il richiamo si colloca all'inizio dell'opera. Per l'Autore olandese questo modo di procedere si deve applicare anche alla scienza giuridica; ed è interessante per un giurista del '600 tracciare questo parallelismo. Nel *De jure belli ac pacis* invece il rinvio è all'uso delle figure geometriche che fanno astrazione dal concreto (procedimento tipico appunto della geometria): e si colloca alla fine dei *Prolegomeni*, facendo intendere che, dopo avere esaminato i singoli casi, Grozio ne analizzerà solo le costanti formali. Osserviamo quindi che il parallelismo non segna una perfetta coincidenza. Nel *De jure praedae* il modello di riferimento prevalente appare la matematica, nel *De jure belli ac pacis* la geometria. Nel primo caso si ha riguardo al procedere deduttivistico dell'argomentazione, nel secondo alla funzione simbolica svolta dalle figure geometriche rispetto alle figure «reali». In ogni caso, comunque, stando agli intenti

programmatici, parrebbe segnato un trionfo della logica matematica; non si può tuttavia non osservare come non tanto nel *De jure praedae*, quanto nel *De jure belli ac pacis*, il giurista di Delft non sempre saprà realizzare il proprio ambizioso disegno, dato che troppo spesso l'accavallarsi delle prove storiche addotte «retoricamente» a sostegno, finisce per soffocare il rigore deduttivo delle argomentazioni [\[11\]](#).

3. La *lex humana* e la sua definizione

[Intellettualismo e volontarismo] Affrontando il problema della legge, Francisco de Vitoria veniva di necessità ad imbattersi in una polemica che aveva travagliato i secoli di un Medioevo ormai declinante, preludio alla nascita dell'era moderna. Nei grandi sistemi in cui s'era articolata, nella sua fase più matura, la Scolastica (quello tomista da un lato, quello scotista e nominalista dall'altro lato), la tensione antinomica di intelletto e volontà nel dinamismo dell'umana esperienza, essenzialmente caratterizzato dalla universale aspirazione alla *beatitudo*, era emersa con singolare nettezza e si era anzi trasformata, per interna dialettica, in aperto contrasto fra una concezione dell'etica prevalentemente intellettualistica ed una prevalentemente volontaristica [\[12\]](#).

Questo medesimo contrasto si era riflesso, in maniera determinante, sul problema della legge, condizionando il successivo sviluppo delle dottrine morali e giuridiche. In particolare, per le generazioni degli scolastici immediatamente successive a Scoto e ad Ockham, l'irruzione di una concezione volontaristica era stata di profondo stimolo a rivedere e ripensare posizioni già largamente acquisite, e in parte cristallizzate [\[13\]](#). L'aspra polemica che, intorno al problema della legge, subito si accese fra tomisti e nominalisti, costringendo le avverse parti su posizioni progressivamente estreme, costituì forse il primo, decisivo passo verso una fondazione autonoma, profana, «laica» del diritto [\[14\]](#).

[Il problema della legge in Vitoria] In una situazione tormentata, di fronte a questi contrasti, apparentemente insanabili, fra «intellettualismo» tomista e «volontarismo»

nominalista, Vitoria e la Scolastica spagnola del sec. XVI si trovarono impegnati ad affrontare, a propria volta, i complessi problemi della legge e del diritto, a partire dalla legge umana. L'importanza, e le difficoltà del tema, già accentuate dalle contingenze storiche, che chiamavano il diritto, soprattutto sotto il profilo internazionalistico, a nuovi, delicatissimi compiti, venivano infatti acuite, e quasi esasperate dai rischi connessi tanto all'acritica accettazione, quanto al non meditato rifiuto sia delle posizioni intellettualistiche, sia di quelle volontaristiche. Da un lato v'era infatti il pericolo, per sfuggire alle secche del volontarismo, di sviluppare in senso razionalistico la dottrina giuridica di S. Tommaso per cui, definita la legge come *ordinatio rationis*, e postulata l'esistenza di una legge naturale fondata essenzialmente, di conseguenza, sulla ragione naturale, poteva sembrare possibile dissociare quest'ultima dall'ordine oggettivo e trascendente, in cui essa s'inquadra, nel pensiero dell'Aquinate, giungendo ad affermare così la possibilità di una costruzione e giustificazione della norma etica indipendentemente da qualunque considerazione teologica ([15]). E all'opposto, per reazione alle deviazioni razionalistiche, v'era il pericolo di porre l'intero valore della norma in un comando, divino o umano, gettando le premesse teoretiche di quel concetto assolutistico della sovranità statale, come fonte del diritto, intrinsecamente superiore al diritto stesso, la cui compiuta elaborazione nella filosofia politica doveva trovare in Bodin e in Hobbes i suoi più illustri esponenti ([16]).

[La definizione di Vitoria: *pertinens ad rationem*] È dunque alla luce del conflitto intellettualismo-volontarismo che il problema della legge in Vitoria deve essere preliminarmente studiato per indagare a quali esiti l'accettazione, o il superamento, del dilemma porti, nell'ambito di concezioni che si pongono alla soglia del pensiero moderno. È un problema questo, tuttavia, che per la sua complessità esige di essere indagato in tutti i suoi molteplici riflessi. Se infatti esso trova la sua prima, e più appariscente, espressione nella definizione della legge che, nella sua cristallina precisione, sembra racchiudere gli

elementi per una risposta esaustiva, è nondimeno necessario, ai fini di un'adeguata comprensione, pur partendo da questa, e dall'analisi dei suoi elementi compositivi, spingere lo sguardo più a fondo, oltre la levigata superficie, per cogliere in radice la «mentalità» che le sorregge.

Il problema si sviluppa a Salamanca, per così dire, lungo un arco assai ampio che, partendo dalle lezioni del Vitoria ([17]), tocca il suo vertice nel *De justitia et jure* di Domingo de Soto (1495-1560), per concludersi nelle posizioni, largamente riassuntive, di Bartolomé de Medina (1527-1580) e di Domingo Báñez (1528-1604). Coerentemente con la propria scelta di rigorosa fedeltà a S. Tommaso, Vitoria accoglie, nella questione della legge, l'indirizzo intellettualista dell'Aquinate, pur con alcune non indifferenti precisazioni che testimoniano, oltre una vigile sensibilità ai problemi storici ([18]), l'indubbio influsso di un rinnovato clima culturale.

Sin dall'inizio della sua opera, Vitoria affronta con impegno il problema di un'esatta definizione della legge, quale cornice entro cui situare l'intera tematica morale e giuridica. Il teologo di Salamanca veniva così di necessità a scontrarsi con le molteplici, contrastanti definizioni elaborate precedentemente, in una lunga tradizione, da filosofi, teologi e giuristi.

Respondet (Thomas) quod lex est aliquid pertinens ad rationem quia ad rationem pertinet imperare; et lex est regula et mensura actuum, et dicitur a ligando quia obligat. Lex clarum est quod est in natura rationali; et non potest esse nisi in sensu vel in intellectu. Non est in sensu. Ergo ... Restat dubium an sit in voluntate, an in intellectu. Gregorius Ariminensis I, dist. Ultima videtur sentire quod lex est in voluntate divina, et per consequens pertinet ad voluntatem ([19]).

È una definizione, come si può facilmente constatare, che riprende quella del *Doctor Angelicus*, ma che pure testimonia una nuova sensibilità e una nuova problematica, maturata nei tre secoli che la separano dall'insegnamento dell'Aquinate. Vitoria infatti, pur senza discostarsi formalmente, nell'ordine espositivo, da S. Tommaso, pone più esplicitamente e quasi avverte più intensamente il significato sotteso, ed i valori impegnati, nella polemica sul concetto di legge ingaggiata con la teologia

francescana ([20]). Sono le istanze del volontarismo che premono sulla coscienza del Maestro domenicano, che egli percepisce con la viva sensibilità di un vero figlio della nuova epoca, teso a delineare una teoria giuridica in sintonia col mutato clima culturale.

Tuttavia alla tesi scotista del primato della *voluntas* egli ancora oppone che molto più tale primato merita la facoltà che governa gli atti umani, illuminandoli e dirigendoli; che la volontà muove, ma non illumina, e quindi, compito fondamentale della legge essendo di guidare gli uomini, che «*lex in intellectu tamquam proprium ejus opus insidet*». E sulla stessa linea di pensiero, si trovano anche Soto e Medina.

[La definizione di Grozio: *voluntas universorum*] Per il Grozio del *De jure praedae* l'essenza della legge, la «*lex proprie dicta*» ha invece un'impronta chiaramente volontaristica:

Voluntas universorum ad universos directa lex dicitur: quae a Deo procedit, unde eujvrhma kai; dw:ron qeou:, inventum ac munus Dei, nuncupatur [...] constat denique singulorum conventionem atque placito, quo respectu koinh; povlews sunqhvkh i.e. communis pactio civitatis Demostheni et Platoni interdum appellatur. Ex prioribus igitur regulis et ista descendit [Regula IV]: Quidquid respublica se velle significavit, id in cives universos jus est ([21]).

Osserviamo tuttavia che il tema dell'essenza della legge non si trova collocato all'inizio, come in Vitoria, ma tra i paragrafi dedicati rispettivamente a «Respublica» e a «Jus civile» e che non v'è richiamo a fonti scolastiche. Non bisogna dimenticare infatti che nel sistema groziano confluiscono, oltre ai riflessi della cultura teologica e scolastica, molteplici elementi: vecchi e nuovi, sacri e profani, ricchi e poveri di vitalità, il più delle volte retaggio della cultura giuridica medioevale. Qui essi si coordinano in un reciproco nesso dando origine al problema delle fonti in Grozio. Problema storico oltre che logico: poiché sotto i *dogmata*, intorno ai quali il giurista di Delft, educato alle categorie logiche del diritto romano e del diritto olandese, si era affaticato prima come studente e poi come *advocatus fisci*, si celava un grave problema storico. Egli non si trovava di fronte soltanto al potenziale dissidio fra diritto

naturale e diritto positivo, ma ad un contrasto di radice più profonda, l'eterna lotta tra il vecchio e il nuovo, tra il medioevale e il moderno ([22]).

[La definizione di Vitoria: *ad bonum commune*] È necessario a questo punto approfondire l'analisi della definizione di legge data dal Vitoria, coinvolgendone il secondo elemento costitutivo, e cioè l'ordinazione al *bene comune* ([23]). Per il Maestro domenicano, infatti, la legge è indubbiamente atto dell'intelletto, più precisamente dell'intelletto pratico, orientato non verso la logica astratta (come l'intelletto speculativo), ma alla complessa trama dell'esperienza umana, e il cui compito principale, secondo l'opinione di S. Tommaso ([24]), consiste nel mantenere l'uomo in una relazione dinamica con il proprio fine. Di conseguenza la legge stessa implica, in quanto *dictamen practicae rationis*, l'ordinazione ad un fine, e la sua razionalità è in funzione di questo, strumento per il suo conseguimento.

Ma qual è questo fine, in che consiste questo *bonum commune* verso il quale, giusta la definizione offerta, tutta la legge è costitutivamente orientata?

Respondet (Thomas) quod ad bonum commune debet omnis lex ordinari. Probat quod finis omnium est beatitudo, et sunt alii fines qui ordinantur ad illum. Quod lex ordinetur ad bonum commune potest dupliciter intelligi. Uno modo de jure, quia ita deberet fieri. Alio modo de facto, non solum quod debeat fieri, sed quod si [nisi] fiat non erit lex, sicut dicitur quod aliqua sunt de necessitate praecepti, alia de necessitate facti ([25]).

La nozione di bene comune espressa nel *De legibus* concorda con tutta la visione antropologica del Vitoria. Come, infatti, il fine dell'uomo si presenta non monolitico, ma articolato in fine naturale e soprannaturale, così parallelamente, il bene comune risulta articolato in bene comune naturale e soprannaturale. È questo un frutto, com'è stato autorevolmente indicato ([26]), dell'infiltrazione, nella tradizione tomista, del pensiero aristotelico. L'idea di un *bonum commune* concepito dialetticamente come bene della collettività in rapporto antinomico con il bene particolare dei singoli cittadini si intreccia così con l'idea, nuova della novità del Cristianesimo,

ma non per questo contraria alla precedente, che scopo della legge è quello di condurre l'uomo al suo fine ultimo. Il bene comune della *polis* è essenzialmente mezzo, poiché è utilità comune; nello stesso tempo è fine, non fine ultimo, ma fine intermedio. È mezzo rispetto al bene finale dell'individuo, al pieno sviluppo della sua personalità morale; è fine in quanto la sua realizzazione precede e condiziona l'acquisizione del bene finale.

[La definizione di Vitoria: *ab eo qui gerit curam communitatis*] L'analisi finora compiuta della definizione di legge offerta da Vitoria, porta dunque al seguente esito: la legge è un comando razionale, ordinato al bene comune. Ma una simile formula è chiaramente incompleta giacché, se ci si fermasse qui, si potrebbe credere che chiunque possa dare una legge, fatto questo contraddetto dalla più comune esperienza. Si pone quindi un terzo problema, quello dell'autore della legge, riguardo al quale Vitoria osserva:

Respondet (Thomas) quod non spectat facere leges ad rationem cuiuscumque, sed solum illius qui gerit curam communitatis, quia talis gerit curam boni communis ad quod ordinatur lex ([27]).

Fonte di una regola ad un fine può essere soltanto chi è titolare di questo fine, e nella fattispecie il titolare del bene comune, cioè la comunità stessa o il suo rappresentante. La legge si inserisce dunque come elemento espressivo di un contesto sociale che la precede e condiziona. L'uomo infatti non può essere concepito come un individuo, astrattamente staccato e giustapposto ad altri individui: egli è profondamente indigente sotto ogni profilo, materiale e spirituale, e su tale indigenza si radica la socialità stessa dell'uomo ([28]). Nell'indigenza l'uomo appare ontologicamente inclinato all'incontro con l'altro: il bisogno dell'altro in lui è radicato, come è radicata la sua aspirazione alla *beatitudo*, il cui insaziabile *appetitus* dell'indigenza è la testimonianza più viva e inquietante. L'esigenza di impegnarsi nel rapporto sociale appare indissolubilmente riconnessa alla universale vocazione a questo fine comune. La socialità esprime dunque una dimensione originaria dell'uomo: ciò che rende possibile e necessario

l'incontro interpersonale precede l'incontro stesso e le sue singole, puntuali manifestazioni ([29]).

4. Lo jus gentium

[La comunità internazionale] Nella concezione di legge offerta dalla *Scuola di Salamanca*, e in particolare da Vitoria, che tende a superare il dilemma *ratio-voluntas* in una visuale comprensiva di entrambi gli aspetti, non si può ancora individuare l'apparire di quel concetto «moderno» di sovranità e di potere che conduce ad un capovolgimento del rapporto tradizionale fra diritto e Stato elaborato dalla cultura medioevale. Nel pensiero del Vitoria persiste, tutto sommato, la concezione, ereditata dal pensiero tomista, della supremazia del diritto sullo Stato ([30]). Il sovrano continua cioè ad essere considerato vincolato, nell'esercizio del potere, al rispetto e all'accettazione della legge; ma col vivace sviluppo della disputa sulla fonte del potere sorgerà, seppure in termini circoscritti, il problema di una sovranità autonoma ([31]). Non v'è da meravigliarsi: la dottrina giuridica di S. Tommaso era sempre più difficilmente traducibile in un mondo, come quello del sec. XVI, profondamente inciso da premesse volontaristiche, e alimentato dalla linfa riformatrice dell'Umanesimo. Rappresentava un discorso non agevolmente comprensibile per coscienze inserite in nuove strutture politico-economiche, aspiranti al riconoscimento di una loro autonomia, sorrette da una concezione individualistica della realtà.

L'organicismo che informa la dottrina vitoriana dello Stato, impronta tuttavia con la stessa forza quella della comunità internazionale. Fondandosi sull'idea di legge come *ordinatio rationis* e su una concezione organica dello Stato, Vitoria assurge ad una visione parimenti organica della stessa comunità internazionale ([32]). Il problema di una società internazionale organicamente intesa, di una «*communitas totius orbis*» come dirà Vitoria ([33]), apre a questo punto inevitabilmente il problema dello *jus gentium*.

[La teoria del Vitoria] La discussione sullo *jus gentium* fu iniziata da Francisco de Vitoria, senza tuttavia che, a causa

della natura composita del suo insegnamento, le incertezze e le ambiguità sparissero completamente. Se infatti, nelle sue *Relectiones* del 1539, sotto il peso delle esigenze storiche, il Maestro domenicano sembra fondare le sue argomentazioni su uno *jus gentium* strettamente legato, e pressoché identificato con lo *jus naturale* ([34]), nei suoi precedenti commentari alla *Summa* del 1535 egli aveva adottato una posizione più sfumata, accostando lo *jus gentium* al diritto positivo ([35]). E sebbene Vitoria non attribuisca al problema soverchia importanza ([36]), l'oscillazione fra le due prospettive nel suo insegnamento (la «*Doppeldeutigkeit des vitorianischen jus gentium*» analizzata da J. Soder) ([37]) solleva il problema, segnalato da M. Villey: «peut-être l'attachement apparent de Vitoria au droit naturel déguise-t-il, au fond de sa pensée, déjà l'inéluctable essor du positivisme. La vraie source du droit n'est plus tant l'ordre de la nature cosmique que la volonté rationnelle des individus» ([38]).

In particolare, nella sua *De indis recenter inventis relectio prior*, Vitoria sostiene che lo *jus gentium* appartiene al diritto naturale: «*vel est jus naturale vel derivatur ex jure naturali*».

Et circa hoc sit prima conclusio: Hispani habent jus peregrinandi in illas provincias et illic degendi, sine aliquo tamen nocumento barbarorum nec possunt ab illis prohiberi. Probatum primo ex jure gentium, quod vel est jus naturale, vel derivatur ex jure naturali. Institut. de jure naturali gentium: «Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur jus gentium». Apud omnes enim nationes habetur inhumanum sine aliqua speciali causa hospites et peregrinos male accipere. E contrario autem humanum et officiosum habere bene erga hospites; quod non esset si peregrini male facerent, accedentes ad alienas nationes ([39]).

Ma in precedenza, nel suo commento alla *Secunda Secundae*, come sottolinea opportunamente S. Langella ([40]), Vitoria rinserrava lo *jus gentium* nel diritto positivo. In quest'opera, infatti, dopo aver affermato che «*omne aliud jus a jure naturali, est positivum. Dicitur enim positivum quia est ex aliquo beneplacito*» ([41]), sosteneva: lo *jus gentium* «*potius debet reponi sub jure positivo quam sub jure naturali*».

Primo dubitatur hic: sub quo jure contineatur jus gentium, an sub jure positivo, vel sub jure naturali. [...] Respondeo ad hoc: et primo dico, quod disputatio est

potius de nomine quam de re, nam parum refert hoc vel illud dicere. [...] Dicimus ergo cum sancto Thoma, quod jus naturale est bonum de se sine ordine ad aliud. Jus vero gentium de se non est bonum, id est jus gentium dicitur quod non habet in se aequitatem ex natura sua, sed ex conducto hominum sancitum est. Et sic ad dubium principale respondeo per hanc conclusionem: quod jus gentium potius debet reponi sub jure positivo quam sub jure naturali ([42]).

Fernando la propria attenzione sulle definizioni di *jus naturale* e di *jus gentium* offerte dai giuristi, Vitoria ne osserva l'eccessiva estensione:

Dico quod jurisconsulti nimis extendunt jus gentium et nimis ample capiunt illud, quia [...] extendunt jus gentium ad omnia illa in quibus non communicant bruta animalia, ita quod extendunt illud ad omnia quae sunt communia solis hominibus. Jus vero naturale vocant solum illa quae ad omnia animantia extenduntur, ita quod jus naturale apud illos est commune omnibus animantibus rationabilibus et irrationabilibus. Et ideo, secundum illos, fornicatio non est prohibita de jure naturali, quia non est aliquid commune omnibus animantibus. Item, colere Deum, honorare parentes, etc., quae non conveniunt brutis, dicitur jus gentium et non naturale. Ex his inferunt quod jus gentium cadit sub jure naturali. Sed hoc, ut dico, est nimis extendere jus gentium, quia multa sunt de jure naturali quae non se extendunt ad omnia animantia. Patet, quia jus naturale est ignem ascendere et comburere; sed hoc non est commune omnibus animantibus, quia non lapidi. Item, reddere depositum est de jure naturali, et colere Deum est de jure naturali, licet haec non sint communia omnibus animantibus nisi solum hominibus, quia de se sunt bona ([43]).

Vitoria vuol evitare una concezione dello *jus gentium* che comprenda dei precetti che, a suo avviso, appartengono al diritto naturale. Lo *jus naturale* è strettamente legato, per il teologo spagnolo, da un lato, alla ragione umana, e dall'altro lato, a ciò che è bene in sé. Per questa ragione afferma:

Dicimus ergo cum sancto Thoma, quod jus naturale est bonum de se sine ordine ad aliud. Jus vero gentium de se non est bonum, id est jus gentium dicitur quod non habet in se aequitatem ex natura sua, sed ex conducto hominum sancitum est ([44]).

È possibile spiegare forse la sua inclinazione iniziale, come commentatore di S. Tommaso, verso una concezione dello *jus gentium* come diritto positivo più come una reazione alla definizione proposta dai giuristi che come una posizione teoreticamente ben ferma che, invece, completerà nella sua *relectio De indis*, sottoponendo lo *jus gentium* allo *jus naturale*.

Infatti, man mano che avanza nella spiegazione di questo articolo, Vitoria sottolinea lo stretto legame fra *jus naturale* e *jus gentium*, affermando che quest'ultimo è necessario per la conservazione del primo:

Sed dubitatur an jus gentium sequatur necessario ex jure naturali, vel an sit ita necessarium ad conservationem juris naturalis ut jus naturale non possit sine illo servari. Respondeo quod jus gentium non necessario sequitur ex jure naturali, nec est necessarium simpliciter ad conservationem juris naturalis, quia si necessario sequeretur ex jure naturali, jam esset jus naturale. Patet, quia si necessario sequatur ex jure naturali per bonam consequentiam, ut heri diximus, sequeretur quod sicut naturale jus est necessarium, ita et jus gentium, et per consequens esset jus naturale. [...] Et non est omnino necessarium, sed pene necessarium, quia male posset conservari jus naturale sine jure gentium ([45]).

E successivamente Vitoria nelle sue *relectiones*, abbiamo detto, più che al diritto naturale, farà spesso riferimento allo *jus gentium*. Per lui lo *jus gentium* rappresenterà una nozione sempre più importante, poiché desiderava costruire un sistema di regole per il nascente diritto internazionale. E poiché queste regole non potevano essere sempre dedotte direttamente dalla natura, che non contiene nessuna regola scritta, ne chiedeva la formulazione allo *jus gentium*. Il criterio fondativo dello *jus gentium* era analogo al criterio generatore del diritto naturale. Esso si manifestava pienamente proprio attraverso ciò che era ad esso più prossimo, il che faceva sì che lo *jus gentium* avesse una natura obbligatoria, con vera forza di legge: «*Quod jus gentium non solum habet vim ex pacto et conducto inter homines, sed etiam habet vim legis*». Tuttavia, bisogna sottolineare che lo *jus gentium*, pur affondando le sue radici nello *jus naturale*, si separava e si distingueva da esso. Per Vitoria, infatti, lo *jus gentium* non era semplicemente un *diritto naturale secondario*; esso, in effetti, «*costituiva un'attesa umana di impegno dinamico e creativo, che non poteva, nei suoi termini complessi e nelle diverse condizioni storiche, essere dedotto necessariamente, poiché esso esigeva la considerazione dell'apporto umano*» ([46]). Sviluppando l'analisi di S. Tommaso, Vitoria supposeva che gli uomini fossero universalmente d'accordo su alcuni principi giuridici, dettati

dalla loro ragione naturale: attraverso questa elaborazione si potevano trarre alcune regole universali che non potevano essere abrogate, poiché dettate dal *consensus totius orbis* ([47]). Allora M. Villey si chiede:

Ce n'est là qu'un détail, direz-vous? Rien n'empêche de faire application de la méthode du droit naturel aristotélicienne thomiste aux rapports internationaux sans en altérer les principes? Je n'en suis pas absolument sûr, et je pense que la construction d'un "droit" international est un signe de la corruption de la théorie authentique du droit naturel; qu'elle suppose de larges différences entre la pensée de Vitoria et celle authentique de saint Thomas. [...] J'observerai d'abord que Vitoria, tout en affectant de travailler sur la base du droit naturel, aboutit à poser des règles de droit international: comme cette règle que les Etats doivent mutuellement respecter leurs souverainetés intérieures, ou que les droits des ambassadeurs doivent toujours être sauvegardés. Ainsi le veut le pragmatisme du maître espagnol; il n'est pas qu'un théoricien; il veut arriver à des règles juridiques expresses; dans ce domaine international où fait défaut le complément d'une législation positive, voilà ce qu'on veut faire produire au droit naturel. Une semblable prétention – nous y avons souvent insisté – faisait défaut dans la doctrine d'Aristote et de saint Thomas, La philosophie authentique classique du droit naturel ne se voulait pas si ambitieuse; elle connaît trop les limites de la raison humaine; et surtout, elle a trop conscience de la mobilité essentielle des situations historiques, auxquelles le droit doit s'adapter ([48]).

Anche se la risposta dell'illustre studioso francese appare troppo netta, è vero tuttavia che l'attenzione dei giuristi comincia lentamente a spostarsi: progressivamente non è più dalla natura che si crede di poter dedurre il diritto, ma dall'iniziativa degli uomini ([49]).

[Grozio: lo *jus gentium secundarium*] Grozio da parte sua sdoppierà lo *jus gentium* in *primarium* e *secundarium*. Consideriamo anzitutto il passo in cui Grozio definisce quest'ultimo: è situato verso la fine del Capitolo II del *De jure praedae*, dove termina e completa il sistema delle fonti esposto in scala discendente. Si tratterebbe, dice Grozio, di un genere misto:

Annectendum nunc illud est, esse quoddam jus mixtum ex jure gentium et civili, sive *jus gentium* quod recte ac proprie *secundarium* dicitur. Ut enim *commune bonum privatorum* ea induxit, quae jam recitavimus, ita cum sit aliquod commune rerumpublicarum inter se bonum, eas inter gentes quae respublicas sibi constituerant de hoc etiam convenit ([50]).

Questo insieme di norme mira ad assicurare il bene comune della società formata dagli Stati, a imitazione del diritto civile che garantisce questo bene ai cittadini dei singoli Stati: di qui discende la *Regula VIII*, ricalcata sulle precedenti, secondo la quale *Quidquid omnes respublicae significarunt se velle, id in omnes jus est*. In via esemplificativa, Grozio cita l'inviolabilità degli ambasciatori e l'obbligo di seppellire i morti. Il fondamento di validità di queste norme è ritenuto essere di ordine positivo, senza che le indicazioni sul punto consentano di precisare come il giurista di Delft concepisca questa positività. Ma l'incertezza scompare grazie alla celebre *Nova declaratio*, inserita nel manoscritto con un foglietto separato. Grozio dissocia qui dallo *jus gentium* in senso proprio quello che ne avrebbe soltanto l'apparenza ([51]).

[Nova declaratio] Sunt autem haec duorum generum. Alia enim pacti vim habent inter respublicas, ut quae modo diximus: alia non habent, quae receptae potius consuetudinis nomine, quam juris appellaverim. Sed tamen et haec juris gentium frequenter dicuntur, ut quae de servitute, de certis contractuum generibus et successionum ordine populi omnes aut plerique, cum seorsim singulis ita expediret, in eandem formam imitatione aut fortuito statuerunt. Quare ab his institutis licet singulis recedere, quia nec communiter sed sigillatim introducta sunt. Nam et simili ratione non quidquid in republica plerisque usitatum est statim jus faciet, sed id demum quod civium inter se communicationem respicit [...] Sed inter leges caeteras ejus gentium juris, quod velut ex contractu populos ligat, praecipua est quae primae legi civili assimilatur: [Lex XII] *Ne respublica neu civis in alteram rempublicam alteriusve civem jus suum nisi iudicio exsequatur* [52].

Grozio (dove non mancano riferimenti, commentando la successiva *Regula IX*, anche ad alcuni esponenti del pensiero tardo-scolastico, come il Gaetano e lo stesso Vitoria) dissocia dallo *jus gentium* in senso proprio quello che ne avrebbe soltanto l'apparenza, poiché una vasta categoria di regole e di istituzioni si ridurrebbe di fatto ad essere solo uno *jus civile* comune a molti Stati. Sia questa una coincidenza fortuita o il frutto di un travaglio consapevole, queste regole continuerebbero a dipendere dallo *jus civile*, di modo che gli Stati sarebbero liberi di rispettarle, modificarle o sopprimerle a loro piacimento, senza essere tenuti alla minima responsabilità verso gli altri Stati (Grozio fa l'esempio dei contratti e delle

successioni).

[Grozio: lo *jus gentium primum*] Da questo diritto civile comune, qualificato come costume piuttosto che diritto («*potius consuetudinis nomine, quam juris appellaverim*»), si distingue l'autentico *jus gentium secundarium*, che obbliga gli Stati come un patto («*quod velut ex contractu populos ligat*»); patto di cui Grozio non precisa le proprietà, ma che gli Stati non sarebbero liberi di modificare a loro piacimento e di cui non potrebbero trascurare l'osservanza. Tale è dunque il vero *jus gentium secundarium*, internazionale e positivo in virtù di un consenso tacito degli Stati ([53]).

Placuit autem plerisque hunc ipsum consensum jus naturae secundarium, seu jus gentium primum appellare: cujus legem Cicero nihil aliud esse ait, nisi rectam et a numine Deorum tractam rationem, qui et alibi: omni in re consensio omnium gentium lex naturae putanda est [...] Maxime autem in eo consentitur, aliena nobis commoda curanda esse, quia id fere homini proprium est ([54])

A questo si connette la *Regula II*:

Et sic regula secunda a priori derivatur: Quod consensus hominum velle cunctos significaverit, id jus est ([55]).

Come ha giustamente osservato uno dei maggiori studiosi del *De jure praedae*, Peter Haggenmacher ([56]), la fonte primaria è la volontà divina da cui trae origine lo *jus naturae*, legge universale comune alla creazione. Per il tramite della volontà collettiva degli uomini presi come creature razionali, ne discende lo *jus naturale secundarium* (o *jus gentium primum*), al quale segue gerarchicamente la sopra menzionata categoria di norme ibride, che appartengono contemporaneamente allo *jus civile* e allo *jus gentium*, lo *jus gentium secundarium*, la cui fonte è la volontà di tutti gli Stati sparsi sulla terra. Da ultimo, per l'ordine gerarchico (che si differenzia qui da quello espositivo), nascono dalla volontà degli individui i contratti e in particolare quel «contratto sociale» che fonda la società civile e lo Stato, creatore, con le magistrature istituite, dello *jus civile*.

5. La legge naturale

[La *lex naturalis* in Vitoria] Anche relativamente al problema della legge naturale il pensiero dell'Aquinate non subisce alterazioni o mutamenti di rilievo nell'opera del teologo salmaticense. Il fatto è che in Vitoria la concezione della natura umana resta in linea di massima fedele all'idea tomista. Per Vitoria l'uomo resta quell'essere paradossale la cui natura appetisce l'Infinito, senza tuttavia avere la possibilità di realizzare da solo questa finalità. E la legge naturale è, per così dire, la norma che sorregge e guida l'uomo nella sua situazione di indigenza: in questa prospettiva antropologica, alla luce di una visione integrale dell'uomo quale emerge dalla riflessione critica illuminata dalla Rivelazione, essa va dunque considerata. Vitoria affronta infatti il tema nel contesto, genuinamente tomista, dell'*exitus-reditus*, dell'uomo creato da Dio e inserito nell'universo, costitutivamente chiamato al ritorno nella Casa del Padre. La riflessione sulla legge naturale è riflessione su questo piano divino, sul senso ultimo dell'essere «uomo», e del ruolo che gli compete nell'universo, misteriosamente governato dalla Provvidenza. In questo piano Dio chiama a sé l'uomo non estrinsecamente, ma imprimendogli una *inclinatio*, una tendenza che l'orienta nella realizzazione di questo disegno, del *reditus* che ha per fine la visione beatifica ([57]). E il legame che Vitoria instaura fra legge naturale e *beatitudo* attesta così l'intima fisionomia, dinamica e tendenziale, dell'uomo e della *mensura* secondo la quale è costituito: la legge naturale va dunque interpretata alla luce di questa *inclinatio* a trovare il cammino del divenire umano, divenire che non significa cieca evoluzione, bensì tendere a realizzare, con l'aiuto di Dio, il piano di Dio.

Conclusio est affirmativa quia licet proprie in Deo sit lex et regula tamquam in regulante, notitia tamen quae derivatur ad nos tamquam effectus regulae divinae vocatur etiam regula et lex. Ex hoc articulo potestis habere quod iudicium quod habemus et notitia qua ego dicto hoc esse faciendum, non obligat de se, nisi in quantum derivatur a lege aeterna. Omnia alia sunt clare ([58]).

Già da queste considerazioni preliminari appare con sufficiente

chiarezza in quale contesto ci si debba situare per comprendere il significato della legge naturale nel sistema di Vitoria. Essa è legge dell'uomo storico, legge per l'uomo nell'attuale economia di salvezza; è guida al fine ultimo nell'uomo concreto, e non in un ipotetico *status naturae purae* storicamente inesistente. È collegata all'ordine voluto dalla divina Provvidenza, e cioè all'inserzione dell'ordine della creazione nell'ordine della grazia. È una realtà complessa, un *unum ex pluribus*, una guida unitaria che risulta di dati diversi, distinti uno dall'altro, ordinati uno all'altro, armonizzati in modo da costituire un orientamento unitario dell'agire. Impressa nell'umana ragione sin dallo stato d'innocenza questa legge, almeno limitatamente ai primi principi, neppure dopo la caduta, quando la mente degli uomini fu offuscata dalle passioni, ebbe bisogno di un'autentica promulgazione o precisazione, tramite la legge scritta. Questa si rese necessaria solo per le conclusioni più remote, che abbisognavano di una più sottile e difficile argomentazione.

[I primi principi della legge naturale] Ora, quali sono questi «primi principi»? Per Vitoria, come già per S. Tommaso, essi sono i principi regolatori e ispiratori dell'uomo considerato nella ricchezza e nella complessità della sua natura ([59]). In quanto è un essere razionale, vale per lui il più generale di tutti i precetti: «*bonum est faciendum, malum vitandum*». È questo il principio fondamentale sul quale si regge l'intero sistema etico.

Ponit distinctionem et iuxta illam unam conclusionem trimembrem. Sicut in speculativis sunt plura prima principia quae sunt per se nota, ita in practicis. Sed ut Aristoteles dicit in libro *Posteriorum* ([60]), non eadem sunt nobis nota et naturae. Sunt enim quaedam per se nota ex natura, sed non sunt nota nobis, ut Deus est. Et ad haec intellectus noster se habet sicut oculus noctuae ad lumen solis, ut ait Aristoteles. Alia sunt taliter in se nota quod etiam sunt nota nobis, ut quodlibet totum est maius sua parte. Et hae propositiones vocantur dignitates, quas quilibet audiens probat. Alia sunt per se nota in se et nota etiam sapientibus solum, non omnibus indifferenter. Ita in practicis sunt principia nota omnibus, ut bonum est faciendum etc.; alia quae non omnibus ([61])

Le ulteriori precisazioni del contenuto della legge

naturale vengono ottenute proseguendo l'indagine sul *bonum* proprio della natura umana. Vitoria vi riconosce implicitamente tre gradi: al primo sta l'aspirazione all'autoconservazione, che l'uomo ha in comune con gli altri esseri, e di conseguenza la legge naturale stabilisce che «*esse proprium cuique conservandum est*». Al secondo gradino v'è l'impulso naturale alla conservazione della specie, che l'uomo ha in comune con gli altri esseri animati, e i relativi precetti della legge naturale concernono la «*coniunctio maris et feminae*». Il terzo gradino abbraccia infine i precetti che riguardano esclusivamente l'uomo, perché corrispondono alla sua natura razionale, e riguardano la «*cognitio Dei*» ed il «*vivere in societate*».

[Le «*conclusiones*»] A questi princìpi deve comunque rifarsi il legislatore, ad essi va costantemente commisurata la legge positiva, per verificarne il grado di validità. V'è un punto tuttavia sul quale merita posare l'attenzione: una volta riconosciuta questa profonda *inclinatio* all'Essere e al Bene, ha poi l'uomo gli strumenti idonei per determinare, con assoluta sicurezza, oltre i generali «*primi princìpi*», le norme da seguire per il raggiungimento del fine? Certamente, per Vitoria, i primi princìpi della legge naturale sono autoevidenti (*per se nota*); ma la legge naturale comprende, per il teologo di Salamanca, oltre a tali princìpi, anche le conclusioni conformi alle inclinazioni.

Est dubium an valeat ista consequentia. Aliqui dicunt quod nihil valet. Sed quaero ab aliquo, ante legem scriptam quomodo probaret quod occidere seipsum est peccatum? Non potest probari alio modo quam hoc. Dico ergo quod est sufficiens illa probatio: est contra inclinationem naturalem; ergo est prohibitum. Est secundum inclinationem naturalem; ergo est praeceptum, quia intellectus meus sine aliquo docente iudicat quod bonum est vivere, quod diligendi sunt parentes, etc., et naturaliter inclinatur voluntas ad illa omnia. Unde ex hoc principio bene infertur quod id ad quod naturaliter homo inclinatur, est bonum, et quod naturaliter abhorret, est malum. Alias si ego decipior, Deus me deceperit, qui dedit mihi istam inclinationem ([1621](#)).

Posta tale distinzione, «*inter naturalia principia atque eorum conclusiones*» la legge naturale, limitatamente ai primi princìpi, è la stessa presso tutti gli uomini (e pure universalmente riconosciuta); quanto alle conclusioni, invece, rimane solo sullo

sfondo il discorso tomista che, sebbene il più delle volte conservino generale applicazione, questa può talora venire meno a causa di particolari impedimenti, o essere obnubilata dalle passioni. Il motivo di tale distinzione veniva fornito, come già sottolineava Guglielmo d'Auxerre ([63]), la distinzione fra *ratio speculativa* e *ratio practica*. I principi della ragion pratica sono, quanto all'autoevidenza, in tutto simili a quelli della ragione teoretica, che si affermano ovunque con inconcussa verità. Ma se simili sono i principi, in quanto godono dell'autoevidenza, diverso è invece il procedimento discorsivo. Infatti la *ratio speculativa*, che tratta *circa necessaria*, scopre indefettibilmente nelle conclusioni la verità che intuiva nei principi; la *ratio practica* invece discende dai principi necessari al piano, estremamente fluido, delle azioni storicamente e culturalmente condizionate. Sostenere l'identità dei due procedimenti discorsivi perché anche le conclusioni nel campo teoretico non sempre sono *omnibus notae*, significherebbe arrestarsi a considerazioni puramente formali: l'ignoranza *circa necessaria* avviene infatti per difetto di dottrina, mentre quella *circa contingentia* è prodotto dei cattivi costumi o delle passioni che ottenebrano la ragione .

La legge naturale, che trova il suo vertice nell'assioma «*bonum est faciendum*», si rivela pertanto il principio che regge tutta l'esperienza etico-giuridica nel suo perenne svolgimento storico, ricevendo le sue puntuali determinazioni dall'uomo, legislatore o suddito, che in concreto la realizza. In quanto tale la *lex naturalis* costituisce il termine critico cui vanno costantemente commisurate tutte le leggi, e gli atti umani ([64]).

Una simile impostazione del problema appare criticamente coerente con la *Weltanschauung* che regge il «sistema delle fonti» di Vitoria. La legge naturale cioè, presa nella sua globalità, va inserita in un più vasto contesto, che ne garantisce la sostanziale unitarietà: per Vitoria, come già per S. Tommaso, tale contesto sarà costituito dall'ordine divino, sancito dalla *lex aeterna* ([65]). Preso nel suo apice, quest'ordine consiste nella relazione fondamentale di dipendenza che congiunge l'universo a Dio, bene assoluto, trascendente ogni realtà: e l'uomo soprattutto, per sua intima struttura, è

costitutivamente aperto alla trascendenza, invitato a realizzare con sempre maggiore pienezza l'immagine divina che egli reca impressa dentro di sé. La legge naturale, che esprime questa finalità profonda dell'essere umano, la sua apertura al *bonum*, si presenta dunque in Vitoria come la condizione primordiale della sua inserzione nell'ordine divino.

[La *lex naturalis* in Grozio: *De jure praedae*] Non meno interessante è lo sviluppo dato dal *De jure praedae* al tema del diritto naturale:

Dei voluntas non oraculis tantum et extraordinariis significationibus, sed vel maxime ex creantis intentione apparet. Inde enim *jus naturae* est [...] Omnis enim natura, ut plurimis locis Cicero inculcat, diligens est sui seque salvam ac *beatam* vult, idque non in hominibus solis videre est sed in bestiis etiam, imo et in rebus inanimis. Hic enim est ille verus et divinus sui amor, omni ex parte laudabilis. Quae enim in vitiis ponitur filautia, hoc est *nimum sui studium*, istius amoris excessus est [...]([\[66\]](#)).

Questa citazione, che parla dell'amore egoisticamente disordinato come radice del peccato, serve a dimostrare a Grozio, con un ragionamento *a contrario*, che l'amore ordinato impone invece di amare se stessi facendo il proprio *vero bene*. Ma un altro tema, altrettanto importante, il tema della *beatitudo* e dell'*appetitus beatitudinis*, appare solo sfiorato da Grozio in questo paragrafo dedicato allo *jus naturale*, mentre in Tommaso rivestiva complessivamente un ruolo centrale.

Nelle parole di Grozio si può notare anzitutto certamente la congruenza con la *Regula I*, perché qui il diritto naturale è legato alla volontà di Dio. Si parla infatti del manifestarsi di questa volontà. Però Grozio non vuole principalmente riferirsi al momento della «promulgazione», momento in cui normalmente la volontà appare, ma piuttosto a qualcosa di più profondo, che è necessario scoprire con un lavoro di scavo: il compito è quello di scoprire nel creato l'intenzione del Creatore, di andare oltre il dato fenomenico, oltre l'apparenza (cui pur allude il termine «apparire»). Questa osservazione permette di cogliere una maggiore pertinenza nella citazione di San Tommaso che faremo a proposito della *lex aeterna*: infatti a Grozio sembra qui interessare quel modello-prototipo secondo cui Dio ha voluto

creare il mondo ([\[671\]](#)). È ancora molto forte l'idea di Dio artefice.

[La *lex naturalis* in Grozio: *De jure belli ac pacis*]

Quello però che ha reso famoso il Grozio come «padre» del diritto naturale moderno è la sua secolarizzazione legata all'*etiamsi daremus*. Secondo l'interpretazione tradizionale, dicevamo sopra, l'autore olandese sarebbe il fondatore del diritto naturale laico perché «*etiamsi daremus non esse Deum*», questo resterebbe immutato. Ora, a mio avviso, tale autonomia del diritto naturale non nasce *ex abrupto*, ma in connessione, ancora una volta, al sistema groziano delle fonti, e quindi non ha senso isolare la celebre frase, ma per spiegarla bisogna capire il sistema nel quale si inserisce. In tale sistema osserviamo che sopra la legge umana stanno la legge divina e la legge naturale. E anche la *legge divina* Grozio interpreta, come la legge umana, in chiave volontaristica. Non è più il precetto che esprime la volontà dell'uomo, è il precetto che esprime la volontà di Dio. Tuttavia proprio parlando della legge divina si ha un distanziamento di Grozio dalla posizione di Lutero e di Calvino, che identificavano poi la legge divina con la legge naturale. Invece il giurista di Delft, che accentua il motivo volontaristico, afferma che la legge divina si differenzia dalla legge naturale perché è quella legge che non comanda o vieta una cosa in quanto buona o cattiva in sé, ma che rende una cosa buona o cattiva in quanto la comanda o la vieta. E inoltre afferma che la legge dell'Antico Testamento almeno in parte valeva solo per gli Ebrei del mondo antico e che la legge del Nuovo Testamento esige una disponibilità d'animo che non si può richiedere a tutti gli uomini, ma solo ai Cristiani.

Quanto poi alla *lex naturalis*, anzitutto Grozio appare voler liberare il diritto naturale dall'alone di sacralità di cui lo aveva rivestito il pensiero teologico medioevale forzando, in qualche misura, la contrapposizione con la *lex divina*. Nel «sistema» dell'autore olandese il diritto naturale abbandona infatti i «residui» volontaristici ancora presenti nei due tipi di legge ora esaminati, onde l'asserzione del suo valere «*etiamsi daremus non esse Deum*».

Et haec quidem quae iam diximus, locum <aliquem> haberent etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari a beo negotia humana ([68]).

È per avere espresso tale asserzione (sebbene in un contesto non particolarmente «laico») che il giurista di Delft è stato proclamato dai più «secolarizzatore» del giusnaturalismo. Più precisamente in Grozio, uomo dell'umanesimo (e della Riforma) la fede non si sovrappone *al*, ma «isola» *il* problema della natura. Infatti le verità della fede vengono separate e confinate in un piano diverso (quello della *lex divina*), di cui la scienza della natura non si occupa. Non sarebbe pertanto esatto affermare che l'autore olandese abbia messo in opposizione il diritto naturale profano al diritto naturale cristiano. Approfondendo taluni aspetti della Riforma, il diritto naturale di Grozio intende acquistare la propria indipendenza per effetto di una netta separazione, non di una contrapposizione. E tale separazione opera lungo due fronti concatenati: è dapprima la secolarizzazione «sacra» che preserva il mondo della *lex divina* (soprattutto del Nuovo Testamento) nella sua purezza, e poi, per una sorta di *rimbalzo dialettico*, si traduce in umanistica secolarizzazione «profana», che garantisce l'assoluta autonomia e conoscibilità della sfera della natura (e della *lex naturalis*).

6. La *lex aeterna*

[Dalla *lex naturalis* alla *lex aeterna*] Il costante sforzo di problematizzazione tanto della struttura, logica e psicologica, della *lex humana* come atto dell'intelletto o della volontà, quanto del significato e della funzione della *lex naturalis* nell'esperienza giuridica, come punto di riferimento critico, non esaurisce tuttavia ancora la possibilità di interrogarsi sul fenomeno giuridico. Questo infatti viene sottoposto ad un'ulteriore domanda, poiché si avverte la necessità, sulla scorta delle indicazioni offerte dalla sistemazione dell'Aquinate, di confrontarlo con quello che veniva definito il fondamento ultimo della legge, «fons et origo omnium legum»: la *lex aeterna* ([69]).

Era questa, si può dire, una delle novità fondamentali aperte dal Cristianesimo in seno alla cultura occidentale. La possibilità di un esame critico del diritto naturale sulla base della *lex aeterna*

(particolarmente intesa, quest'ultima, nella sua dimensione escatologica), che trova la sua prima compiuta espressione nel pensiero di S. Agostino ([70]), apriva la strada ad una problematizzazione radicale del diritto, lungo una linea profondamente diversa rispetto a quella elaborata dalla filosofia «classica». Con l'avvento del messaggio cristiano, e la susseguente interpretazione dell'esistenza alla luce del *finis ultimus*, si era dischiusa una nuova possibilità critica. Il sorgere del problema, che sarà vivacemente dibattuto nel corso della Seconda Scolastica, del rapporto fra natura e soprannatura, fra *historia* e *salus*, aveva sin dall'inizio posto in discussione le radici stesse sulle quali il diritto era stato in precedenza fondato ([71]). Il fatto che, ad esempio, nel sistema tomista, la legge venisse essenzialmente definita come *ordinatio rationis*, non ne significava per ciò stesso affatto la chiusura in un ordine razionale (o naturale) immanente, ma imponeva un'ulteriore domanda sul rapporto di tale ordine con l'orizzonte misterioso del soprannaturale: in tal modo diveniva possibile, e necessario, mettere in questione l'intero fenomeno giuridico *ab imis fundamentis* ([72]).

[La *lex aeterna* nella Scuola di Salamanca]

Affrontando il tema della legge eterna, Vitoria veniva a trovarsi nel solco di una tradizione che affondava le sue radici nell'*humus* del messaggio cristiano: e infatti nella dottrina agostiniana della *lex aeterna* (vera trasfigurazione delle analoghe teorie stoiche e neo-platoniche) e ancor più nella vigorosa sistemazione data dall'Aquinate (che perfezionava i precedenti tentativi di Alessandro di Hales e di Pietro di Tarantasia) ([73]) si possono riscontrare gli stimoli più fecondi del suo pensiero. Il compito che Vitoria si proponeva era quello di enucleare e giustificare l'autonomia concettuale della legge eterna, per evitare ogni indebita confusione rispetto ad altre categorie (in particolare la *lex naturalis*) che di quella dovevano considerarsi semplici riflessi. Richiamandosi ad una *Weltanschauung* fortemente teocentrica e facendo appello alla definizione di legge da lui precedentemente elaborata, con procedimento tipicamente analogico indica senza esitazioni il vertice, e al tempo stesso il fondamento, del suo sistema

giuridico: esso è la legge eterna, cioè l'ordinamento universale, concepito *ab aeterno* nella mente divina, al quale tutte le altre leggi devono conformarsi. Ad esso, infatti, vanno costantemente riferite, in diversa misura, tanto la legge naturale, che esprime l'*inclinatio* profonda dell'uomo verso l'Assoluto, quanto la legge umana, nella quale si manifestano le concrete scelte politiche, secondo le diverse condizioni storico-culturali, e la stessa legge divina, data da Dio per aiutare specificamente l'uomo nel cammino verso il suo fine soprannaturale, l'*eivscaton* di beatitudine.

Respondet (Thomas) quod sic. Et probat quia lex non est aliud quam dictamen aliquod practicum quod Deus habet ab aeterno [...] Sed utrum omnis lex divina sit aeterna. De hoc postea. Pro nunc dicitur quod sic, omnis lex divina est aeterna in Deo, non autem in nobis, etc. ([74]).

Anche nel teologo di Salamanca, come già in S. Tommaso, il sistema delle leggi si presenta dunque come un tutto armonico, nel quale ogni legge rinvia all'altra per completarsi, e dall'altra viene, secondo la diversa dignità assiologica, posta in discussione. E il vertice che garantisce l'unità del sistema, consentendone al tempo stesso l'apertura, è la *lex aeterna*. Vitoria, ne mette in risalto la superiorità ontologica rispetto alle altre leggi: la legge eterna di tutte queste è «*fons et origo*», si pone rispetto ad esse come cominciamento assoluto, legge non impressa, ma che imprime, non partecipata, ma l'unica, vera legge di cui tutte le altre sono partecipazione: tutte, anche la legge divino-positiva che, obbedendo al misterioso piano dell'economia di salvezza, ne segna nel tempo una parziale manifestazione, senza mai esaurirla nella sua totalità.

[La *lex aeterna* nel *De jure praedae*] Sulla base dell'asserito parallelismo con il metodo matematico, anche Grozio nel *De jure praedae* si appresta ad evidenziare le nozioni comuni di partenza. E la nozione primigenia, la *Regula I* cui fa riferimento è quella relativa alla *lex aeterna*. Nella concezione del Vitoria, la legge eterna era la legge che governava tutto l'universo, espressione della *ratio Dei*, dalla quale si irradiava per partecipazione la legge naturale. Nella Scolastica gesuitica

del sec. XVI essa era ancora presente, tanto nella versione intellettualistica di Gabriel Vázquez, come «*ratio in mente Dei rerum faciendarum*» ([75]), quanto in quella volontaristica di Francisco Suárez, come «*decretum liberum voluntatis Dei, statuentis ordinem servandum*» ([76]).

Ora Grozio così si esprime:

Unde nobis principium, nisi ab ipso principio? Prima igitur esto regula, supra quam nihil: *Quod Deus se velle significarit, id jus est*. Haec sententia ipsam juris causam indicat ac merito primi principii loco ponitur videturque jus a Jove dictum, unde et jurare et jusjurandum, Jovisjurandum: aut quia veteres quae nos jura dicimus, *jusa*, hoc est *jussa* dixerunt. Jubere autem potestatis est ([77]).

Tuttavia, com'è stato acutamente osservato ([78]), a margine dell'enunciato della *Regula I* incontriamo un rimando alla *Summa theologiae*, dove l'Aquinate tratta della *lex aeterna*. Tale rimando alla trattazione tomistica sembra effettivamente attenuare il ruolo della *voluntas* attribuito da Grozio a Dio, di cui si esalta la soggettività di Creatore, oltre che di Supremo Legislatore.

Respondeo dicendum quod, sicut in quolibet artifice praeexistit ratio eorum quae constituuntur per artem, ita etiam in quolibet gubernante oportet quod praeexistat ratio ordinis eorum quae agenda sunt per eos qui gubernationi subduntur. [...] Unde sicut ratio divinae sapientiae in quantum per eam cuncta sunt creata, rationem habet artis vel exemplaris vel ideae; ita ratio divinae sapientiae moventis omnia ad debitum finem, obtinet rationem legis. Et secundum hoc, *lex aeterna* nihil aliud est quam ratio divinae sapientiae, secundum quod est directiva omnium actuum et motionum ([79]).

Viene anzitutto da chiedersi perché Grozio citi proprio questo passo di San Tommaso in cui viene posto il problema se la legge eterna sia *summa ratio*, mentre sta sostenendo una tesi volontarista. Grozio non lo cita per smentirlo: ma allora perché? Nei *Prolegomeni* al *De jure belli ac pacis* Grozio non parlerà più della legge eterna. Qui invece vi fa riferimento, ma apparentemente in modo contraddittorio: ne parla, ma appoggiandosi ad un passo di un autore sicuramente non volontarista (e allora perché non citare Duns Scoto, come farà ad altro proposito nel medesimo capitolo II?). Ora le ipotesi sono due: o si tratta di una citazione fatta in fretta ed

approssimativamente; oppure (ed è più probabile) c'è un nesso nascosto che emerge nel prosieguo. Nella *Summa* San Tommaso presenta l'idea del prototipo, per cui «la legge eterna non è altro che il piano della sapienza divina relativo ad ogni azione e ad ogni movimento». Egli ha con tutte le cose di cui è il Creatore «un rapporto simile a quello esistente fra l'artigiano e i suoi manufatti», avendo di tutte le cose presente un modello ideale prototipo. In questa concezione è presente anche un elemento volitivo, in quanto Dio vuole che il prototipo si realizzi. Grozio evidenzia dunque il momento volitivo, che tuttavia non è il più evidente della citazione.

[La scomparsa della *lex aeterna* nel *De jure belli ac pacis*] Ma nel *De jure belli ac pacis*, dicevamo, la legge eterna è scomparsa; Grozio non ne parla. È una mera casualità? Forse no, come sembra potersi cogliere nell'affermazione di uno dei maggiori filosofi del Settecento, il Leibniz: «*Meo judicio recte Grotius doctrinam Scholasticorum de Lege Dei aeterna cum principio socialitatis coniunxit*» ([80]). La legge eterna scompare per un motivo teoretico, perché essendosi infiltrata in Grozio la somma del motivo razionalistico e di quello volontaristico, il sistema è già tutto dato e conoscibile. Tutto è dato e conoscibile come somma, diremmo quasi, algebrica di ciò che la *voluntas* (legge divina) o la *ratio* (legge naturale) stabiliscono. Non c'è più necessità di una legge ulteriore, misteriosa e problematizzante (come nel sistema tomistico), che quindi, in quanto inutile, viene a cadere.

La *lex aeterna* appare invece ancora presente in Vitoria e successivamente in tutti i grandi sistemi della Seconda Scolastica. E tale costante presenza può forse considerarsi indicativa di un comune indirizzo: che una legge è giusta in quanto è ordinata a Dio stesso. Essa viene cioè a trovarsi legittimata nella misura in cui è riconducibile all'ordine provvidenziale, nel quale si trova storicamente inserita ([81]).

Ma proprio su questo punto essenziale la *Scuola del diritto naturale* moderno segnò una decisiva flessione. La progressiva autonomia ch'essa credette di poter riconoscere alla natura e alla legge naturale, svuotò di significato la funzione

critica della legge eterna all'interno del proprio sistema. Nella misura cioè in cui la legge naturale si ergeva a sistema autonomo, razionalmente costruibile con matematica precisione, la legge eterna si riduceva ad essere un'inutile appendice, che nulla più aveva da dire per la concreta vita del diritto. Non v'è dunque alcun motivo di meraviglia se si assiste, fatta eccezione per il chiuso filone della manualistica cattolica, all'eclissi, nel moderno pensiero giusnaturalistico, della nozione che aveva costituito il cardine della filosofia giuridica di S. Agostino e di S. Tommaso: il costituirsi di una metafisica autonoma segna, per la *lex aeterna*, un'irrevocabile condanna, ma apre, al tempo stesso, le porte ad una concezione «chiusa» e dogmatica di tutto il diritto naturale.

[1] H. VREELAND jr., *H. Grotius, the Father of the Modern Science of International Law*, New York, 1917; J. LAREQUI, *Grocio, Fundador del derecho natural*, in «Razon y Fé», LXXXVII (1929), pp. 525-538. Altri hanno pensato, ad es., ad Alberico Gentili: sul tema v. P. HAGGENMACHER, *Grotius and Gentili: A Reassessment of Thomas E. Holland's Inaugural Lecture*, in AA. VV., *Hugo Grotius and International Relations*, a cura di H. BULL, B. KINGSBURY e A. ROBERTS, Oxford, 1990, pp. 133-176. Ho avuto occasione di studiare il «sistema delle fonti» groziano del *De jure praedae* nella mia relazione presentata al Convegno Internazionale organizzato dal Prof. Hans Blom presso il Netherlands Institute for Advanced Study in the Humanities and Social Sciences, sul tema : *Piracy, Property, Punishment. Hugo Grotius and De Jure Praedae* (Wassenaar, 9-11 giugno 2005), e pubblicata in lingua inglese col titolo « *Sequuntur dogmatica de Jure Praedae* ». *Law and Theology in Grotius's use of Sources in «De Jure Praedae»*, in «Grotiana», XXVI-XXVII (2008), pp. 1-29. Avevo invece studiato il sistema delle fonti del *De jure belli ac pacis* ne : *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico, I: Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio*, Milano, 1983, pp. 79-115.

[2] Ad es. C. BARCIA TRELLES, *F. de Vitoria, fundador del derecho internacional moderno*, Valladolid, 1928.

[3] Cfr. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, I: Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982, p. 326.

[4] R. GARCÍA VILLOSLADA, *La Universidad de París durante los estudios de Francisco de Vitoria o. p. (1507-1522)*, Roma, 1938.

[5] V. A. RENAUDET, *Préréforme et Humanisme à Paris pendant les premières guerres d'Italie (1494-1517)*, Paris, 1953², p. 594 ss.

[6] Cfr. P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, nel vol. coll. *La Seconda*

- Scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Atti dell'Incontro di studio di Firenze (16-19 ottobre 1972), a cura di P. GROSSI, Milano, 1973, pp. 121-122.
- [7] Real Biblioteca de Madrid, ms. II/1735, fo. 1.
- [8] Cfr. S. LANGELLA, *Teologia e Legge naturale. Studio sulle lezioni di Francisco de Vitoria*, Genova, 2007, pp. 88-102. V. pure R. GARCÍA VILLOSLADA, *Fray Francisco de Vitoria, reformador de los métodos de la Teología católica*, in *Fray Francisco de Vitoria, Fundador del Derecho internacional moderno (1546-1946)*, Madrid, 1946, pp. 63-88; M. ANDRÉS MARTÍN, *La Enseñanza de la Teología en la Universidad Española hasta el Concilio de Trento*, in *Repertorio de Historia de las Ciencias Eclesiásticas en España*, vol. II, Salamanca, 1971, pp. 125-146.
- [9] *De jure praedae*, cap. I (ed. H. G. HAMAKER, *Hagae Comitum*, 1868, p. 7, corsivo aggiunto).
- [10] *De jure belli ac pacis*, Proleg. 58 (ed. B. J. A. DE KANTER-VAN HETTINGA TROMP, *Lugduni Batavorum*, 1939 [reprint Aalen, 1993], p. 27).
- [11] È una delle tesi di M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1968.
- [12] Cfr. C. Piergiovanni, *La metamorfosi dell'etica medioevale*, Bologna, 1967, p. 21 ss.
- [13] Cfr. H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it., Milano, 1965, p. 133.
- [14] È questa la tesi che sorregge la celebre opera di G. DE LAGARDE, *La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen Age* (nuova ed. in 5 voll.), Louvain - Paris, 1956-70.
- [15] Il pericolo di tali esiti, nella crisi del pensiero medioevale, è stato messo in luce da A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La filosofia politica medioevale*, Torino, 1934, p. 74 ss.
- [16] V. per tutti G. SOLARI, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Torino, 1962², p. 46 ss.
- [17] Particolare importanza, sul problema della legge riveste il commento del Vitoria alla Prima Secundae (qq. 90-108), svolto a Salamanca nell'anno accademico 1533-34, e riprodotto dal Ms. Ottob. Lat. 1000 (cfr. F. EHRLE, *Los manuscritos vaticanos de los teólogos salmantinos del siglo XVI*, Madrid, 1930, p. 131). La pubblicazione integrale di tale manoscritto, col titolo *De lege. Commentarium in Primam Secundae*, qq. 90-108, è dovuta a V. BELTRÁN DE HEREDIA, in appendice a F. DE VITORIA, *Comentarios a la Segunda Secundae de Santo Tomás*, VI, Salamanca, 1952, pp. 411-493. Attualmente disponiamo anche di un'ottima edizione critica (che tiene conto anche di altri manoscritti), con traduzione spagnola e italiana a fronte, curata da J. BARRIENTOS GARCÍA e S. LANGELLA, *F. DE VITORIA, De legibus*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2010.
- [18] Cfr. L. LEGAZ y LACAMBRA, *Lo medieval y lo moderno de Vitoria*, in *Horizontes del pensamiento jurídico*, Barcelona, 1947, p. 195 ss.
- [19] *De legibus*, q. 90, a. 1: *Utrum lex sit aliquid rationis vel in ratione an in voluntate* (ed. J. BARRIENTOS GARCÍA-S. LANGELLA, p. 88).
- [20] «Intellectualismo tomista contra voluntarismo scotista: ha aquí la empreñada lucha que había de decidir - en plano de teorías, ciertamente, más con inmediatas y graves repercusiones prácticas - si los hombres habían de ser gobernados por la razón o por la fuerza»: A. MENDIZÁBAL VILLALBA, *La teoría jurídica de la ley según D. Soto*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, vol. II, Modena, 1931, p. 115.
- [21] *De jure praedae*, cap. II (ed. H. G. HAMAKER, pp. 22-23; corsivo aggiunto); i riferimenti principali sono al *Digesto*, ad Aristotele e a Fernando Vázquez de Menchaca.
- [22] Cfr. su questo, in un certo senso, universale problema del diritto F. CALASSO, *Medio evo del diritto*, I: *Le fonti*, Milano, 1954, pp. 387-388.
- [23] L'importanza centrale di tale problema nella filosofia giuridica della Scolastica spagnola, è stato incisivamente sottolineato da L. SÁNCHEZ AGESTA, *Los principios cristianos del orden político*, Madrid, 1962, p. 170 ss.
- [24] *De Veritate*, q. XXII, a. 13, ad 4.
- [25] *De legibus*, q. 90, a. 2: *Utrum lex ordinetur [semper] ad bonum commune* (ed. J. BARRIENTOS GARCÍA-S. LANGELLA, p. 92).
- [26] Da O. LOTTIN, *Psychologie et morale aux XII^e et XIII^e siècles*, II/1, Louvain-Gembloux,

1948, pp. 34-35.

[27] De legibus, q. 90, a. 3: *Utrum cuiuslibet ratio sit factiva legis.* (ed. J. BARRIENTOS GARCÍA-S. LANGELLA, p. 94).

[28] La fondazione della socialità sull'indigenza dell'uomo traspare, in maniera particolarmente limpida, anche nella *Relectio de potestate civili*, § 4: dopo aver osservato che «*hominem aut una ratione et virtute concessa reliquit (natura) fragilem, imbecillem, inopem et infirmum, omnique auxilio destitutum, undique indigentem et nudum, incrinemque*», il teologo domenicano prosegue: «*ut ergo huiusmodi necessitatibus consulereetur, necessarium porro fuit ut homines non vagi errarent, et palantes instar ferarum in societate viventes, invicem sibi adiumento essent*» (in *Relecciones teológicas*, a cura di T. URDÁNOZ, Madrid, 1960, pp. 154-155). La socialità, che è condizione prima non soltanto della sopravvivenza fisica, ma anche, e soprattutto, delle virtù e delle facoltà più squisitamente umane (Vitoria cita, sotto l'influsso aristotelico, il sermo, la justitia e l'amicitia), ha dunque la sua radice nella natura stessa dell'uomo: «*eum itaque humanae societates propter hunc finem constitutae sint, scilicet ut alter alterius onera portaret, et inter omnes societates societas civilis ea sit in qua commodius homines necessitatibus subveniant, sequitur communitatem esse (ut ita dixerim) naturalissimam communicationem naturae convenientissimam*» (ibidem, p. 156).

[29] Sul problema della socialità, si vedano le profonde osservazioni di F. CAVALLA, «*Scientia*», «*sapientia*» ed esperienza sociale, II: *Le due città di S. Agostino: società, diritto e giustizia*, Padova, 1974, pp. 5-47.

[30] Soprattutto nel pensiero del Vitoria, ove - osserva J. T. DELOS, *La société internationale et les principes du droit public*, Paris, 1929, p. 218 - «*il n'est rien qui oriente vers la Souveraineté externe au sens d'absolue "non-dépendance" à l'égard de tout supérieur ou de toute loi*».

[31] Così, commentando i dibattuti passi sulla regia potestas in Vitoria (*De potestate civili*, § 8 ; ed. T. URDÁNOZ, p. 161 ss.), S. LISSARRAGUE, *La teoría del poder en F. de Vitoria*, Madrid, 1947, p. 72, crede di ravvisarvi «*una posible articulación entre el pensamiento escolástico y la teoría del Estado moderno. El monarca de Vitoria non es ya sólo el titular uno del Gobierno, de Santo Tomás, aun cuando no deja de serlo del todo, sino el monarca señero del Estado moderno, según principios racionales*». V. pure A. SÁNCHEZ AGESTA, *El concepto del Estado en el pensamiento español del siglo XVI*, Madrid, 1959, p. 125 ss.

[32] Cfr. R. HENTSCHEL, *F. de Victoria und seine Stellung im Übergang vom mittelalterlichen zum neuzeitlichen Völkerrecht*, in «*Zeitschrift für öffentliches Recht*», XVII (1937), p. 319 ss

[33] A. MIAJA DE LA MUELA, *El derecho "totius orbis" en el pensamiento de F. de Vitoria*, in «*Revista Española de Derecho Internacional*», XVIII (1965), pp. 341-364.

[34] Cfr. per esempio *De Indis recenter inventis relectio prior, De titulis legitimis*, n. 1: «*probatur primo ex jure gentium quod vel est jus naturale vel derivatum ex jure naturali [...]: quod naturalis ratio inter omnes gentes consituit, vocatur jus gentium*» (ed. T. URDÁNOZ, p. 706).

[35] In *Secundam Secundae*, quaest. 57, art. 3, n. 2: «*jus gentium dicitur quod non habet in se aequitatem ex natura sua, sed ex conducto hominum sancitum est. Et sic ad dubium principale respondeo per hanc conclusionem: quod jus gentium potius debet reperi sub jure positivo quam sub jure naturali*» (*De justitia*, vol. I [2.2. qq. 57-66], ed. V. BELTRÁN DE HEREDIA, Madrid, 1934, p. 14).

[36] In *Secundam Secundae*, quaest. 57, art. 3, n. 2: «*disputatio est potius de nomine quam de re*» (*De justitia*, vol. I [2.2. qq. 57-66], ed. V. BELTRÁN DE HEREDIA, p. 13).

[37] J. SODER, *Die Idee der Völkergemeinschaft. F. de Vitoria und die philosophischen Grundlagen des Völkerrechts*, Frankfurt a. M.-Berlin, 1955, pp. 121-129.

[38] M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1968, p. 363; cfr. il mio *Lex, natura, beatitudo. Il problema della legge nella Scolastica spagnola del sec. XVI*, Padova, 1973, p. 168, nota 21.

[39] *De Indis recenter inventis relectio prior, De titulis legitimis quibus barbari potuerint venire in ditionem Hispanorum*, n. 2 (ed. T. URDÁNOZ, pp. 705-706); cfr. F. BUZZI, *Il tema "de iure belli" nella seconda scolastica*, in *Teologia, politica e diritto tra XVI e XVII secolo*, cit., p. 105 ss. ; v. pure n. 4 (pp. 709-710).

[40] S. LANGELLA, *Teologia e Legge naturale. Studio sulle lezioni di Francisco de Vitoria*, cit., pp. 182-183, nota 151.

[41] In *Secundam Secundae*, quaest. 57, art. 2 (*De justitia*, vol. I [2.2. qq. 57-66], ed. V. BELTRÁN DE

HEREDIA, Madrid, 1934, p. 7).

[42] Ibidem.

[43] Ibidem.

[44] Ibidem.

[45] In *Secundam Secundae*, quaest. 57, art. 3, n. 4 (ed. V. BELTRÁN DE HEREDIA, p. 16).

[46] A. LAMACCHIA citata da S. LANGELLA, *Teologia e Legge naturale*. Studio sulle lezioni di Francisco de Vitoria, cit., p. 187.

[47] Cfr. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., pp. 361-362.

[48] M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., p. 360.

[49] Cfr. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., pp. 362-363.

[50] *De jure praedae*, cap. II (ed. H. G. HAMAKER, p. 26; corsivo aggiunto).

[51] Cfr. P. HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, 1983, p. 359.

[52] *De jure praedae*, cap. II (ed. H. G. HAMAKER, p. 27). Il rinvio è alla Lex IX (di pertinenza dello jus civile): «Ne civis adversus civem jus suum nisi iudicio exsequatur». Segue poi un'altra «Nova declaratio» (pp. 27-30).

[53] Cfr. P. HAGGENMACHER. *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, cit., p. 359; il quale Autore suggerisce di interpretare nel senso della fittizietà l'espressione «velut ex contractu».

[54] *De jure praedae*, cap. II (ed. H. G. HAMAKER, p. 12); il riferimento è a M. TULLIO CICERONE, *Orationes Philippicae*, XI, 12, 28; e *Tusculanae disputationes*, I, 13, 30.

[55] Ibidem.

[56] *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, cit., p. 312.

[57] Sull'importanza, e il significato, di questa inclinatio nel giusnaturalismo tomista, v. D. MONGILLO, *L'elemento primario della legge naturale in S. Tommaso*, nel vol. coll. *La legge naturale*. Storizzazione delle istanze della legge naturale, a cura di L. ROSSI, Bologna, 1970, pp. 103-123.

[58] *De legibus*, q. 91, a. 2: *Utrum lex sit aliqua lex naturalis in nobis* (ed. J. BARRIENTOS GARCÍA-S. LANGELLA, p. 106).

[59] Cfr. U. KÜHN, *Via Caritatis. Theologie des Gesetzes bei Thomas von Aquin*, Göttingen, 1965, p. 152 ss.

[60] *Analitici Secundi*, lib. I, cap. 10.

[61] *De legibus*, q. 94, a. 2: *Utrum praecepta legis naturae sint plura* (ed. J. BARRIENTOS GARCÍA-S. LANGELLA, p. 124).

[62] Ibidem.

[63] *Summa Aurea*, 1. II, tr. 12, q. 1: «Sicut in speculativis sunt quaedam, quae per se sunt nota, quae sunt pura natura speculationis, ita in agendis sunt quaedam principia agendi per se nota, in quibus jus naturae consistit» (cit. da O. LOTTIN, *Le droit naturel chez saint Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*, Bruges, 1931², p. 34, n. 2).

[64] Su tale possibile esito del giusnaturalismo tomista, cfr. S. COTTA, *Il concetto di legge nella «Summa theologiae» di s. Tommaso d'Aquino*, Torino, 1955, pp. 112-113.

[65] Cfr. J. H. WRIGHT, *The Order of the Universe in the Theology of Saint Thomas Aquinas*, Roma, 1957.

[66] *De jure praedae*, cap. II (ed. H. G. HAMAKER, pp. 8-10; corsivo aggiunto).

[67] V. sul punto B. P. VERMEULEN-G. A. VAN DER WAL, *Grotius, Aquinas and Hobbes. Grotian natural law between "lex aeterna" and natural rights*, in «*Grotiana*», n. s., XVI-XVII (1995-96), pp. 69-78.

[68] *De jure belli ac pacis*, Proleg. 11.

[69] Cfr. C. SEYDL, *Das ewige Gesetz in seiner Bedeutung für die physische und sittliche Weltordnung*, Wien, 1902, p. 44 ss.

[70] Fondamentale, in proposito, lo studio di A. SCHUBERT, *Augustins Lex-Aeternalehre nach Inhalt und Quellen*, Münster i. W., 1924.

[71] Cfr. O. SCHILLING, *Naturrecht und Staat nach der Lehre der alten Kirche*, Paderborn, 1914, p. 41 ss.

[72] Cfr. D. MONGILLO, *L'elemento primario della legge naturale in S. Tommaso*, cit., p. 108 ss.

[73] Cfr. O. LOTTIN, *Les premiers exposés scolastiques sur la loi éternelle*, in «*Ephemerides*

Theologicae Lovanienses», 1937, pp. 287-301 (ora col titolo *LA loi éternelle chez saint Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*, in *Psychologie et Morale aux XII^e et XIII^e siècles*, II/l, cit., pp. 51-67).

[74] *De legibus*, q. 91, a. 1: *Utrum sit aliqua lex aeterna* (ed. J. BARRIENTOS GARCÍA-S. LANGELLA, p. 106).

[75] *Commentaria ac disputationes in Primam Secundae sancti Thomae*, q. 91, a. 1, expl. 5 (nell'ed. di Venezia, 1609, t. II, fo. 13 b); cfr. H. VON GARSSSEN, *Die Naturrechtslehre des Gabriel Vázquez*, diss. Göttingen, 1951, p. 41 ss.

[76] *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, Conimbricae, 1612, l. II, c. 3, n. 6 (fo. 109 a); cfr. sul tema J.-F. COURTINE, *Nature et empire de la loi. Etudes suarésiennes*, Paris, 1999, p. 102 ss.

[77] *De jure praedae*, cap. II (ed. H. G. HAMAKER, pp. 7-8).

[78] P. NEGRO, *Intorno alle fonti scolastiche in Hugo Grotius*, nel vol. coll. *Dalla prima alla seconda Scolastica. Paradigmi e percorsi storiografici*, a cura di A. GHISALBERTI, Bologna, 2000, p. 210.

[79] *Summa theologiae*, I^a-II^{ae}, q. 93, a. 1: *Utrum lex aeterna sit summa ratio in Deo existens*.

[80] *Epistolae mutuae G. G. Leibnitii et F. G. Bierlingii, Responsio Leibnitii ad Epistolam V, § XXII* (in *Opera omnia*, a cura di L. DUTENS, t. V, Genevae, 1768, p. 371); sul problema, v. di recente le osservazioni di L. BESSELINK, *The impious Hypothesis revisited*, in «*Grotiana*», n. s., IX (1988), pp. 16-22.

[81] Cfr. J. M. AUBERT, *Legge divina, leggi umane*, trad. it., Roma, 1968, p. 32.

Capítulo 3. Capax Dei, Capax Domini: La *questio de indis* en Francisco de Vitoria

Simona Langella
Universidad de Génova

La discusión en materia De Restitutione, tratada por Santo Tomás en la *quaestio* 62 de la II-IIae de la *Summa Theologiae*, la comentó Vitoria en las clases ordinarias de año académico 1535-1536. El Maestro de la cátedra de Prima theologiae del Alma Mater la aplicó al problema de la Conquista preguntando si era posible justificar el dominio de los españoles sobre los pueblos de Ultramar o si, por el contrario, los españoles tenían que restituir a los indios las tierras conquistadas. De este modo Vitoria introdujo el uso en el alma Mater española de comentar y ampliar la q. 62 de la II-IIae de la *Summa*[\[1\]](#) con un extenso tratado sobre el dominio (De dominio)[\[2\]](#).

Aquí, antes de definir el dominio, volvía de nuevo al concepto general de *ius* dándole una nueva definición, respecto a la ya ofrecida en su comentario a la q. 57, en la cual expresamente había afirmado, en línea con el pensamiento aristotélico-tomístico, que tenía que ser llamado justo lo que corresponde a los demás según una cierta igualdad[\[3\]](#). En efecto, Vitoria, ante todo tenía que explicar qué era el derecho en su aspecto subjetivo, pues el dominio en su significado más amplio coincide con él, mientras que en el más específico es una especie suya[\[4\]](#).

Vitoria exponía, pues, su nuevo punto de vista sobre qué es *ius* con dos argumentos[\[5\]](#).

Ante todo, afirmaba que «*ius etiam idem est, id est quod legibus licet*»[\[6\]](#) y concluía, después, diciendo que el derecho es lo que es lícito según la ley: «*Dicit ergo quod ius est illud quod licitum est per leges*»[\[7\]](#).

Cambiando, con un hábil deslizamiento de significado, la

afirmación de santo Tomás, según la cual la ley es la *ratio* del derecho[8], Vitoria afirmaba: «lex [...] est ratio iuris, id est, est illud ratione cuius aliquid est licitum»[9].

Pasando luego a analizar el uso del lenguaje vulgar del término *ius*, observa exactamente que también se utiliza en el sentido de «non habeo ius faciendi hoc, id est non mihi licet; item, iure meo utor, id est licet»[10].

Pero hay más. El Maestro dominico ampliaba el campo de investigación, pasando a analizar una definición que se encontraba en la obra de Jean Gerson, aunque la citaba en la versión transmitida por el teólogo alemán Conrado Summenhart y, de este modo, reproduciéndola solo *in sensu*, afirmaba: «ius est potestas vel facultas conveniens alicui secundum leges, id est, est facultas data, verbi gratia, mihi a lege ad quamcumque rem opus sit»[11]. Después, comparando esta última definición con la anterior, aclaraba que al *ius* le llama «ius, quia facultas». Finalmente, anotaba que los mismos textos de las Sagradas Escrituras[12] afirmaban que «quicumque ergo habet facultatem secundum leges, habet ius»[13]. En otros términos, *ius* significaba, según esta nueva definición, facultad o poder legítimo.

Así pues, Francisco de Vitoria, al comentar la *quaestio* 62 utiliza una doble definición subjetiva de *ius*, tanto como área de autonomía humana o esfera de conducta lícita, como facultad o poder del individuo.

Después de haber expuesto el nuevo significado de derecho, Vitoria pasaba a analizar la posible identificación de *ius* y dominio. Al hacer la pregunta sobre el significado de la voz latina *dominium*, afirmaba que esa voz se usa frecuentemente con diversos significados. Algunas veces se quiere indicar con este término una cierta eminencia y superioridad que tienen las personas en autoridad con respecto a sus subordinados. Su nombre propio sería "jurisdicción" y, en este sentido, dominio es solo una especie de *ius*. Con mayor precisión, dominio se identificaba con el derecho de propiedad. Ni siquiera con este

significado *dominium* es identificable con *ius*, sino que es solo una especie suya. Finalmente, *dominium* se utiliza también en el sentido amplio de poder o facultad de alguien sobre algo concedido por ley. En este último caso *dominium* y *ius* coinciden[14].

A la luz de estas nuevas adquisiciones conceptuales, el Maestro dominico pasaba a afrontar la cuestión de la naturaleza de la propiedad privada.

Con el apoyo de las Sagradas Escrituras, Vitoria subrayaba cómo Dios había otorgado al género humano un derecho y dominio sobre todas las criaturas[15], poniendo de relieve lo que podía demostrarse también por la razón natural: «Deus [...] dedit omnibus hominibus omnia bona creata et omnes creaturas, id est dedit eis dominium omnium. Patet, quia potuit, cum esset omnium dominus. Et sic *ius* et *dominium* omnium dedit hominibus».

Vitoria, apoyándose en la autoridad de Aristóteles, seguía mostrando cómo todas las cosas existían para un fin, pero el género humano era el fin para el que se habían hecho todas las demás cosas; por tanto, el hombre era señor de todo. Los seres menos perfectos existían para el bien de los más perfectos, pero el hombre era el ser más perfecto entre todas las criaturas y, por eso, tenía derecho y dominio sobre todo[16]. El Maestro subrayaba, además, que era de derecho natural que el hombre debía conservarse con vida, pero esto exigía necesariamente el uso de las otras criaturas; de aquí que el hombre tenía el derecho de usar de ellas[17]. Por otra parte, el dominio sobre las cosas no pertenecía solamente al género humano en cuanto comunidad; más bien, cada individuo era propietario de todo, pues cada uno podía hacer uso a su placer, a condición de que no se causase daño a las otras personas o a sí mismo[18]. Vitoria afirmaba, pues, el destino universal de los bienes de la tierra: ellos estaban ordenados a la satisfacción de las necesidades de todos los hombres. Por eso la subdivisión de los bienes era un fenómeno posterior y encontraba su justificación,

no en la ley natural, sino en un derecho positivo sobreañadido: «Divisio rerum non est facta de iure naturali. Patet, quia ius naturale semper est idem et non variatur: ergo [...]. Divisio et appropriatio rerum facta fuit iure humano. Patet, quia facta est ut videmus; et non iure naturali nec divino, ut dictum est, nec angeli fecerunt eam: ergo iure humano facta est»[\[19\]](#).

Esto suscitaba una objeción, a la que ya anteriormente Escoto había intentado dar una respuesta: si la ley natural hacía propietarios de todas las cosas, y esta ley natural o derecho natural venía de Dios, entonces nadie podía privar a una persona de tal derecho. Escoto había sostenido, comentando el IV libro de la *Sentencias* de Pedro Lombardo[\[20\]](#) que, después del pecado de Adán, Dios había abrogado la ley natural que prescribía la comunión de la propiedad[\[21\]](#); pero para Francisco de Vitoria el derecho natural era inmutable[\[22\]](#). A su parecer, sin embargo, la ley natural que prescribía la comunión de la propiedad dejaba a los hombres libres de elegir[\[23\]](#). La ley natural, en este caso, no era ni preceptiva ni prohibitiva, sino permisiva, en cuanto confería un derecho a obrar. En efecto, como todas las cosas eran de todos, los hombres podían reunirse y decir: tú toma esto y tú aquello[\[24\]](#).

Según el Maestro salmantino, el reparto originario podía tener lugar de tres modos. En primer lugar, encontramos a Adán, que había dividido las cosas en primera persona, por poder paterno y con el consentimiento de los hijos[\[25\]](#); en segundo lugar, a través de la elección de un gobernante, que luego había realizado el reparto [\[26\]](#); en tercer lugar, finalmente, podía efectuarse llegando a un acuerdo entre todos los hombres sobre la subdivisión[\[27\]](#). Esta última solución presentaba una dificultad: qué pasaba si una minoría no estaba de acuerdo con el reparto propuesto. Para el Maestro dominico, que la mayoría tuviese que prevalecer era un principio de derecho natural: «Est de iure naturali quod maior pars semper vincat in consilio»[\[28\]](#).

El reparto originario, según cada uno de estos tres modos,

podía después efectuarse con un reparto de las tierras, o bien decidiendo que la propiedad fuese del primer ocupante. Esta última decisión no debía por fuerza ser explícita o formal; el consenso virtual o la mera aquiescencia hubieran sido suficientes[29].

Una vez cumplido el reparto a través del derecho humano, el *ius naturale* lo garantizaba. En efecto, por derecho natural, la propiedad podía ser transferida de una persona a otra solo por voluntad del propietario o por la autoridad de un gobernante[30]. Francisco de Vitoria concluía su argumentación con un corolario: los cristianos no podían ocupar las tierras de los infieles. Una vez que se había hecho el reparto, las tierras de estos últimos les pertenecían a ellos y solamente a ellos: «Ex quo sequitur corollarium: quod christiani non possunt occupare terras infidelium, si illi infideles sint veri domini illarum, et non sint christianorum»[31].

Para el teólogo español, el hombre era portador de la "capacidad de usar las cosas" no por ley humana, sino por ley natural y divina. Así Vitoria tendía a proponer el *dominium* como derecho natural inalienable[32]; y los *indios*, en cuanto portadores de derechos naturales, también eran ellos *veri domini*. Como fundamento de esta concepción se encontraba la noción bíblico-patristica elaborada por los pensadores medievales de la *imago Dei*, o sea, de la presencia en el hombre de una huella de lo divino y de su ontológica apertura a ello. En otros términos, el hombre, precisamente en cuanto *capax Dei* era, para Vitoria, *capax dominii*.

Pero hay más. Vitoria no se limitaba a poner el fundamento de la propiedad en la base de una concesión antropológica del hombre como imagen de Dios, sino que se apresuraba a afirmar que el *dominium* era un atributo esencial del hombre, expresión de su misma libertad. En el comentario a la I-II^{ae} de la *Summa*, por él explicado en 1533, Vitoria advertía cómo Tomás, en esta parte de su obra, trataba del hombre en cuanto está hecho a imagen y semejanza de Dios y añadía: «Imago consistit in hoc

quod est habere placitum et dominium suorum actuum per libertatem»[33]. Y siempre en este contexto confirmaba que: «est dominus [...] nihil aliud nisi quod habet eas in sua potestate et utitur eis si vult, et non si non vult»[34].

De los pasajes recién referidos se puede advertir cómo la identificación entre dominium y ius, así como entre dominium y potestas y dominium y libertas Vitoria la llevó a cabo ya a partir de 1533, pero será solo con la *Relectio De Indis* de 1539, cuando esos deslizamientos semánticos quedarán afirmados de modo explícito, encontrando una aplicación teórica a la cuestión de la legitimidad de la Conquista.

1.

Esta doctrina del "derecho y dominio" originario de cada individuo sobre todas las cosas del mundo, la utilizó y desarrolló Francisco de Vitoria en la *relectio* de 1539 para la defensa de los derechos de los indios.

Aquí, en primer lugar, afrontaba la cuestión del *dominium rerum*, relativa al fundamento de la posesión de los bienes [35]. En efecto, si los indígenas eran esclavos por naturaleza, no podían tener dominio ni sobre sí ni sobre las cosas [36] y, por tanto, no podían ser los legítimos propietarios de los territorios americanos [37]. Por otra parte, preguntarse si la dominación de los territorios de Ultramar podía justificarse de cualquier modo, implicaba preguntarse necesariamente también en qué estaban los derechos de los pueblos indígenas, es decir, si tenían un derecho natural a la libertad, a la propiedad y al autogobierno [38].

Aunque Francisco de Vitoria ya en sus comentarios a la *Summa Theologiae* recurra a una doctrina de los derechos naturales, su exposición más orgánica se encuentra ciertamente en la primera parte de su *relectio De Indis*. Ante todo, en la *relectio* de 1539, se preguntaba si, antes de la llegada de los españoles, los indios tenían algún dominio real, público o privado. En otras palabras, Vitoria se preguntaba si los indios

tenían gobernantes legítimos y una posesión legítima de la propiedad. Dicha cuestión -precisaba el Maestro de teología- no concernía exclusivamente a los jurisconsultos, porque esos pueblos no estaban sujetos a un derecho positivo y, por tanto, sus cuestiones no debían examinarse sobre la base de leyes humanas, sino sobre las divinas, en las que los juristas no eran suficientemente competentes. En otras palabras, la cuestión debía afrontarse en relación con el derecho divino y, en particular, a la luz del derecho divino natural, que en origen había otorgado al género humano un dominio[39].

Vitoria entraba en lo vivo de la cuestión, examinando ante todo la tesis en favor de la esclavitud natural. Para el derecho civil, un esclavo no podía poseer nada; según Aristóteles, después, los bárbaros eran todos esclavos por naturaleza. Por tanto no podían poseer ninguna cosa y, por eso, no podían tener ningún dominio[40]. Consiguientemente con estas premisas se podía afirmar que, si había hombres de esa naturaleza, eran precisamente los indios, que parecían distanciarse poco de los animales irracionales, por ser del todo incapaces de gobierno[41].

Pero en contra de esta tesis se podía objetar que los indios vivían en posesión pacífica, privada y públicamente, de sus cosas y, por eso, no debían ser privados de ellas[42]. Tenían que ser considerados verdaderos dueños y no podían ser expoliados de su propiedad[43]. En favor de esta última objeción Vitoria se limitaba a apreciar que el *dominium* era un derecho[44], un derecho a poseer y un derecho a gobernar y, para no dejar otras cosas más necesarias, aplazaba la demostración de lo que ya había dicho durante sus lecciones ordinarias, comentando la *Summa Theologiae* y, en particular, la *quaestio* 62 [45].

Todos los pueblos tenían el derecho de poseer propiedades y de instituir gobernantes, a menos que alguna otra carencia se lo impidiese. Ahora bien, solo cuatro razones podían hacer a los indios incapaces de tal *dominium*: a saber, si fueran pecadores o infieles o irracionales o dementes. La atención del Maestro

dominicano se dirigía al análisis de estas "faltas" para analizar si podían llevar a la imposibilidad de ser titulares de derechos.

Recorriendo sumariamente las etapas de un largo debate que había implicado tanto a los teólogos como a los juristas, ya a partir de la mitad del siglo XIII, Francisco de Vitoria recordaba la tesis según la cual el título del dominio exigía necesariamente el estado de gracia [46]. Por tanto, los pecadores -al menos los que estaban en pecado mortal- no podían tener dominio sobre ninguna cosa. Es cierto que todo *dominium* proviene de la autoridad divina, porque Dios es el creador de todas las cosas y nadie puede tener dominio más que sobre lo que Dios mismo le ha dado. Por eso no se concibe que Dios lo conceda a los que le desobedecen y transgreden sus preceptos. En efecto, el Señor había dado a Adán y Eva el *dominium* y, a causa del pecado, les había privado de él [47]. Por eso, los que seguían esta tesis afirmaban que los indios no eran dueños de nada, porque estaban en pecado mortal. Sin embargo, sostener que nadie era dueño civilmente mientras estuviera en pecado mortal, significaba acercarse a la anarquía al no poder saber nadie con certeza si, por ejemplo, un gobernante estaba o no en pecado mortal. Y por otra parte, advertía el Maestro dominicano, esa tesis ya había sido condenada por el Concilio de Constanza [48].

Contra esta doctrina Vitoria formulaba la siguiente tesis: el pecado mortal no impide la propiedad civil, ni el dominio propiamente dicho [49]. Y lo argumentaba así: en primer lugar, un pecador no pierde el dominio natural sobre sus propios actos y sobre sus propios miembros y conserva el derecho a defender la propia vida; en segundo lugar, la Sagrada Escritura con frecuencia llama rey a quienes eran perversos y pecadores y no puede llamarse rey a quien no tiene dominio; en tercer lugar -y este es el argumento decisivo- el dominio se basa en la imagen de Dios; y el hombre es imagen de Dios por su naturaleza, es decir, por las facultades racionales, y estas no desmerecen por el pecado mortal: «*Dominium fundatur in imagine Dei. Sed homo est imago Dei per naturam, scilicet, per potentias racionales. Ergo non perditur per peccatum mortalem*» [50]. Por

otra parte, no se pierde la potestad (*potestas*) espiritual por el pecado mortal; tampoco la civil, porque esta parece ser mucho menos que aquella, fundada en la gracia (por ejemplo: el obispo en pecado puede consagrar a los sacerdotes). Y, del mismo modo, no es verosímil que, siendo un precepto obedecer a los príncipes [51], y habiendo Dios mandado que no se coja lo que es de los otros, sería extraño que Dios luego hubiera querido que fuese muy poco seguro establecer quiénes son los verdaderos príncipes y señores. Finalmente, concluía Vitoria, recordando que, como Dios hace «salir el sol sobre buenos y malos, y llover sobre justos e injustos» [52], así concedió bienes temporales tanto a los buenos como a los malos [53].

Vitoria pasaba luego a analizar si, a causa de la infidelidad, se puede perder el dominio [54]. Después de haber observado que la Sagrada Escritura llama rey a algunos infieles y manda prestar obediencia a los príncipes, se remitía a Tomás de Aquino [55], advirtiendo cómo la infidelidad no es un impedimento para que alguien no sea verdaderamente propietario [56]. En efecto, la distinción entre fieles e infieles se basa en la ley divina; pero la ley divina no anula las leyes humanas, que habían establecido el gobierno y la propiedad, y que a su vez se basan en la razón natural [57]. Por tanto, de esto resulta que no es lícito despojar de sus propios bienes ni a los musulmanes, ni a los judíos, ni a los demás infieles solo a causa del hecho de no ser cristianos. Hacer esto es hurto y rapiña, no menos que si se hiciese a los cristianos [58]. Ni el pecado de infidelidad, ni otras culpas mortales impiden a los indios ser verdaderos señores (*veri domini*) y dueños de sus propios bienes, tanto pública como privadamente y, por eso, los cristianos no pueden apropiarse de sus bienes y de sus territorios: «Quod barbari nec propter peccata alia mortalia, nec propter peccatum infidelitatis impediuntur quin sint veri domini, tam publice quam privatim» [59].

Así pues, el teólogo dominico pasaba a analizar qué consecuencias se podían poner de manifiesto sobre el problema afrontado, en el caso en que los indios se hubieran comportado

como mentalmente deficientes o irracionales [60]. Para hacer eso, necesitaba antes de nada establecer si se le exigía el uso de la razón para que cada uno fuera *capax dominii*. Según Conrado Summenhart, el dominio correspondía también a las criaturas irracionales, tanto sensibles como insensibles, porque, para el teólogo alemán, el dominio no es otra cosa que el derecho de usar algo para su propia utilidad [61].

Francisco de Vitoria rechaza esta posición, argumentando que las criaturas irracionales no pueden tener dominio. En efecto, como ellas no pueden recibir injusticias, están privadas de derechos y, por tanto, no tienen ni siquiera dominio. La prueba de esto está en el hecho de que, así como no cometería injusticia el que impidiese al lobo o al león la presa, así no ofende al sol quien cierra la ventana para que no entre la luz [62].

Por otra parte, si los animales tuvieran dominio, entonces quien privase al ciervo de la hierba, cometería un hurto, porque se apropiaría de algo que pertenece al otro contra la voluntad de su poseedor [63]. Las bestias no tienen dominio sobre sí mismas y, por eso, no lo tienen menos aún sobre las otras cosas: por ese motivo Aristóteles afirma [64] que la caza de las bestias es justa y natural [65]. Además, Tomás sostiene que solo las criaturas racionales tiene el dominio de sus propios actos [66]. Y si los animales no tienen el dominio de sus propios actos, menos aún tendrán el dominio sobre las otras cosas. Es ciertamente impropio -observa Vitoria- atribuir dominio a los seres irracionales: «Non enim dicimus aliquem esse dominum, nisi eius quod situm est in sua facultate. Ita enim loquimur: non est in mea facultate, non est in mea potestate, quando non sum dominus» [67]. Y como los animales no se mueven por sí mismos, sino más bien son movidos -como escribe Tomás- [68], por esta razón no tienen dominio [69]. Además no nos sirve lo que dice Silvestre Prierias, según el cual, dominio no significa un derecho, sino solamente un poder, al igual que el fuego tiene dominio sobre el agua. Si para significar el dominio bastara únicamente esto, afirma Vitoria, entonces el bandido tendría

"*dominium*" para matar a los hombres, y el ladrón para robar el dinero, por el solo hecho de poderlo hacer [70].

Sin embargo, puede surgir la duda de si los niños pueden tener el *dominium* antes del uso de la razón, pues parece que no se diferencian de los seres irracionales. Pero, teniendo en cuenta que los niños pueden sufrir alguna injusticia, tienen derecho sobre las cosas y, por tanto, dominio, que no es otra cosa que un derecho [71].

El fundamento del dominio es el ser imagen de Dios, y esta imagen está presente también en los niños [72]. Además, los niños no existen para el bien de alguna otra persona, como sucede para las criaturas irracionales, sino para sí mismos: «*propter se*» [73]: Vitoria reconoce, pues, a los niños tener una personalidad propia e inalienable.

Por lo que se refiere a los que les falta la razón de modo permanente -*insensati aut amentes*-, y no hay esperanza de que adquieran su uso, Vitoria afirmaba que también estos tienen dominio, pues pueden sufrir injusticias y, por tanto, son sujetos de derecho [74]. Sin embargo, por lo que respecta a la cuestión de si pueden tener o no dominio civil, el Maestro dominico se remite al juicio de los juristas [75].

De esta afirmación resulta evidente que, ni siquiera por el hecho de ser *insensati aut amentes*, los indios están privados de dominio. De todos modos, tienen el uso de la razón y esto es evidente, pues siguen un cierto orden en sus cosas, tienen ciudades organizadas, tienen matrimonios bien definidos, magistrados, señores, leyes, industrias, cambios, cosas todas que exigen el uso de la razón. Además de esto, tienen una forma de religión, y no se equivocan en las cosas que para los demás son claras: y esto es indicio del uso de la razón [76]. La razón es lo principal del hombre, y es inútil la potencia que no se expresa en el acto. Pero Dios y la naturaleza no abandonan lo que es necesario a la especie [77].

Con estas afirmaciones, Vitoria se remitía al libro VII de la

Política[78], en el que Aristóteles registra las actividades en función de las que se organiza un estado [79]. Subrayando que los indios tenían ciudades regidas con un cierto orden, magistrados, leyes, cambios, religión, Vitoria los rescataba de la acusación de ser *amentes aut insensati*: el solo hecho de que vivieran en ciudades organizadas demostraba su *humanitas*, al ser el hombre por naturaleza un animal político[80].

De este modo, Francisco de Vitoria podía afirmar que los indios eran, sin duda alguna, verdaderos dueños pública y privadamente, como los cristianos - «publice et privatim ita veri domini sicut christiani»[81] -; y que, por esa razón, no podían ser privados, tanto en cuanto príncipes como en cuanto personas individuales, de sus bienes[82].

Al detenerse, después, específicamente en la tesis aristotélica de la esclavitud natural, Vitoria observaba que ciertamente el Estagirita no quiso afirmar que los que tienen escaso ingenio son por naturaleza esclavos y no tienen dominio sobre sí mismos y sobre las cosas, porque nadie es siervo por naturaleza [83]. Mucho menos Aristóteles quería decir que los que son por naturaleza de escasa inteligencia puedan ser privados de sus bienes, reducidos a la esclavitud y vendidos como mercancía. Por el contrario, quiere decir que hay en ellos una necesidad natural de ser gobernados por otros, porque es más ventajoso estar sometido a otros, como los hijos necesitan estar sometidos a sus padres y la mujer al marido. Que esto fuera lo que pretendió el Filósofo es claro, pues de igual modo dice que hay algunos que por naturaleza son señores, es decir, que están dotados de una inteligencia vigorosa. Es cierto que Aristóteles no entiende aquí que estas personas puedan con un título arrogarse el mando sobre los otros porque sean más sabios, sino porque han recibido por naturaleza la facultad para regir y gobernar a los demás. De este modo, suponiendo asimismo que estos indígenas son muy ineptos y obtusos, como se suele decir, no por ello se puede afirmar que no tienen un verdadero dominio o que están incluidos en la categoría de los esclavos[84].

Distinguiendo entre la esclavitud civil y legal del derecho romano, y la esclavitud natural de Aristóteles, Vitoria subrayaba cómo, aunque los que habían sido hechos esclavos por ley, no podían poseer nada; a pesar de ello, nadie era esclavo de este tipo por naturaleza[85]. Y si también los indios habían sido, como se decía, estúpidos e idiotas[86], esto no les impedía tener un dominio real, ni justificaba el hecho de que fueran tratados como esclavos según el derecho civil[87].

Vitoria afirmaba, en definitiva, la conclusión cierta de que, antes de la llegada de los españoles, los indios eran verdaderos dueños, pública y privadamente: «Restat ergo conclusio certa quod, antequam hispani ad illos venissent, illi erant veri domini, et publice et privatim»[88].

-

2.

Como hemos visto, al comentar la *quaestio* 62, Vitoria ponía el problema de si *ius* y *dominium* significaban esencialmente lo mismo. Advertía el Maestro dominico que, en sentido estricto, el dominio se refería a una cierta superioridad o eminencia, como cuando se dice que un gobernador tiene el dominio de sus propios súbditos. Este tipo de dominio no era equivalente a *ius*, ya que un inferior podía tener un derecho en las relaciones con un superior, incluso si no tenía dominio sobre él. En otro sentido, *dominium* podía significar propiamente "posesión o propiedad", y de nuevo también este sentido no era equivalente a *ius*, pues un individuo podía tener un derecho a cierta porción de propiedad, como el uso o usufructo, sin ser su propietario efectivo. Finalmente, remitiéndose a Summenhart, reconocía que, en un sentido muy amplio del término, el *dominium* podía ser identificado con el *ius*, pues una persona que hubiese privado a otro individuo de un derecho suyo habría sido culpable de hurto. Vitoria sostenía que esto era un abuso del lenguaje, pero admitía que en teología moral las dos palabras *-ius* y *dominium*- se usaban con frecuencia de modo indiferente[89].

Sin embargo, con todas las reservas del caso, Vitoria

asumía, al igual que Soto, en su *relectio De dominio*, pronunciada entre marzo y junio de 1535, la identificación entre *dominium* et *ius* y la definición de *dominium* como facultad o poder (*facultas* o *potestas*) de usar una cosa según los usos permitidos por la ley. Tal concepción la había asumido Vitoria como una de las columnas fundamentales de la estructura teórica de la *Relectio De indis*, en la que precisamente la identificación entre *dominium* et *ius* se afirmaba explícitamente. Esto dirigía la reflexión de Vitoria hacia la constitución de un derecho natural subjetivo que preanunciaba el derecho moderno.

Dicha afirmación es aún hoy día fuente de discusión entre los estudiosos, para los que conciliar la fidelidad de Vitoria a Tomás con su "modernidad" no resulta ser nada fácil. En otros términos, lo que causa problema es armonizar el sentido objetivo de *ius* definido por la tradición aristotélico-tomística con una doctrina de los derechos naturales subjetivos, ambos presentes en el fundador de la *Escuela de Salamanca*.

También por eso, su pensamiento ha sido interpretado de modo diferente y contradictorio: se ha hecho una lectura suya que lo vincule estrictamente a una visión ético-política de huella todavía medieval y una *sub specie modernitatis*, esto es, una interpretación que sitúe a Vitoria en línea con un proceso evolutivo del pensamiento jurídico occidental, que desemboca en el reconocimiento de derechos naturales subjetivos.

En los años '60 del siglo XX, las lecturas historiográficas sobre Vitoria se contraponían en esa cuestión de hecho en un debate caracterizado por posiciones netas, casi "dualístico".

Michel Villey, por ejemplo, afirmaba que Francisco de Vitoria, bajo el influjo de tendencias nominalistas y voluntarísticas "traicionó" la enseñanza de Tomás, atribuyendo derechos subjetivos a los indios de América [90]. Mientras, Philippe André-Vincent negaba que Vitoria hubiese sostenido una teoría de los derechos individuales, propugnando únicamente el sentido objetivo de *ius* propuesto por Tomás [91].

También Teófilo Urdániz [\[92\]](#) subrayaba la fidelidad de Vitoria a la doctrina de Tomás, dejando, sin embargo, entender que en cierto modo la doctrina de los derechos naturales subjetivos ya estaba *in nuce* en el pensamiento del Aquinate [\[93\]](#).

El funcionamiento "bipolar" del conflicto historiográfico se reflejaba entonces en el fin de los años '80 en la falta de acuerdo entre Richard Tuck y Daniel Deckers. El primero subrayaba que los dominicos españoles ponían el acento en el sentido objetivo de *ius* [\[94\]](#), mientras el segundo criticaba esta tesis, señalando la presencia en la obra del fundador de la *Escuela de Salamanca* de una sólida doctrina de los derechos subjetivos [\[95\]](#).

A finales del siglo XX será cuando los estudiosos pongan de manifiesto cómo en Vitoria coexisten dos diversas concepciones del término *ius* [\[96\]](#).

En efecto, como afirmaba Brian Tierney, en la obra de Vitoria coexisten, sin estar aisladas la una de la otra, dos estructuras semánticas diferentes: una aristotélica-tomística, según la cual *ius* asume el significado de justicia objetiva, desarrollada especialmente por Vitoria al comentar la *quaestio* 57 de la II-II^{ae}, y la otra, subjetiva, heredada de Gerson a través de la obra de Summenhart, en el que el *ius* se entiende como *facultas* [\[97\]](#).

Así pues, Vitoria no hizo uso de un nuevo lenguaje de los derechos; más bien empleó un viejo lenguaje en un nuevo contexto. Lo cual permitió al Maestro dominico elaborar en sus análisis interpretaciones originales de los textos de santo Tomás [\[98\]](#).

En relación con esto, queremos señalar que Francisco de Vitoria en sus comentarios a la *Summa Theologiae* se aprovecha con frecuencia de expresiones que dejan entender claramente cómo fue consciente de ir más allá del texto de Tomás. De hecho, ofrecía una propuesta interpretativa original de la obra del Aquinate a la luz también de las que eran las

preocupaciones de su tiempo. Por eso Vitoria no pretendía llevar a cabo ningún parricidio en las relaciones con Tomás, sino que, a partir de su enseñanza, bajo la urgencia de problemas apremiantes, abrió nuevos espacios de investigación y de reflexión. No se olvide que Vitoria promovió con todas sus fuerzas en el Ateneo salmantino, e contra de las indicaciones de los mismos Estatutos universitarios, el texto de la *Summa Theologiae* en lugar de la *Sententiae* de Pedro Lombardo[99].

La relación con Tomás permitió a Vitoria volver a ver las posiciones de Summenhart especialmente por lo que hacía referencia a posibles titulares de derechos, aportando algunas modificaciones sustanciales. Recurriendo a Tomás, Vitoria rechazó a Gerson y a Summenhart, quienes sostenían que los animales y las criaturas inanimadas poseían una suerte de dominio y, por tanto, derechos conectados a esto[100]. Para el teólogo español, solo los seres humanos podían tener un dominio legítimo, por ser criaturas racionales. Ninguna criatura no humana, animada o inanimada, podía ser titular de derechos porque, para el Maestro dominico, los derechos naturales se fundaban en la misma naturaleza humana[101].

Vitoria hacía así del *dominium*, reflejo en el hombre de la imagen de Dios, supremo *Dominus*, un derecho inalienable del sujeto, expresión de su libertad y dignidad. En otros términos, Vitoria asume una concepción subjetiva de los derechos de los individuos que tiene como centro suyo y fundamento la libertad humana. Para Vitoria el dominio sobre sí mismo, las acciones propias y los bienes propios constituye un derecho subjetivo inalienable, una característica intrínseca de la dignidad de la persona, que no se puede perder ni siquiera a causa del pecado. Sin embargo, Vitoria no olvida la dimensión de que el hombre es criatura: la misma idea de *imago* remite, de hecho, a otro. En este sentido, Vitoria recuerda que Dios siempre tiene mayor dominio sobre el hombre que todo el que pueda tener el hombre sobre sí mismo[102].

La presencia de la imagen de Dios en el hombre está

testimoniada por su intrínseca racionalidad y socialidad que le convierten en un ser, fin por sí mismo (*per se*) y no un medio "por otro". El hombre es dueño de sus actos gracias a la razón que lo caracteriza como tal[103]. Y por esto todo hombre es libre por naturaleza[104]. Tener libre arbitrio significa, en efecto, ser dueño de sus propias operaciones[105].

Pero hay más. Si todo hombre ha sido creado a semejanza de Dios, también los que no manifiestan caracteres de plena racionalidad llevan en sí la imagen del creador. Con este motivo Vitoria asegura que los *amentes*, así como los niños, cuyas facultades racionales aún no estaban desarrolladas, pueden sufrir ofensas (*pati iniurias*). Y si pueden sufrir injusticias eso significa que también participan de la justicia natural que gobierna lo creado.

Poner el acento, por parte de Vitoria, sobre la razón y sobre el dominio de sí mismo, parecía llevar al Maestro dominico a la exclusión de los más débiles por su reflexión, pero Vitoria, con un hábil juego de palabras, que utiliza la asonancia de los términos *ius* e *iniuria*, observaba que si ellos podían sufrir una injusticia, debían tener un derecho. Utilizando en su favor esta argumentación, Vitoria reconocía así a los *amentes et pueri* como sujetos portadores de derechos.

Por otra parte, invirtiendo su razonamiento y objetando a Summenhart, puntualizaba también que las criaturas irracionales no podían sufrir ni infligir injusticia alguna. Los animales no podían, pues, tener ningún *ius*, pues no podían tener experiencia de la injusticia o, en otros términos, no podían tener ningún derecho (*ius*), porque no podían sufrir ninguna negación de un derecho (*iniuria*). Y desde el momento en que no podían tener derechos, las criaturas irracionales no podían tener ni siquiera algún dominio, porque, como el mismo Summenhart había admitido, el dominio era un derecho. Sostener lo contrario llevaba a absurdos. En efecto, si los animales hubieran tenido dominio, entonces el que hubiese privado a un ciervo de la hierba, habría cometido un hurto, pues

se habría apropiado de algo que pertenecía a otro en contra de la voluntad de su poseedor.

Vitoria afirmaba, por tanto, el valor y la unicidad de la persona humana; para él los derechos naturales se fundaban esencialmente sobre la naturaleza racional del hombre. En la base de su especulación, más que las instancias del humanismo de su tiempo, había una antropología teológica que ponía como fin de toda la creación al género humano. A través del ejercicio de las propias facultades superiores el hombre podía dominar lo creado, porque en virtud de ellas, había sido hecho a imagen de Dios y, por eso, estaba dotado de un poder análogo al dominio absoluto de su Creador.

[1] Vitoria comenzó el comentario a la q. 62 entre finales de noviembre y comienzos de diciembre de 1535. Cf. Beltrán de Heredia, *Introducción*, en Francisco de Vitoria, O. P., *Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomás*, Edición preparada por el R. P. Vicente Beltrán de Heredia, Biblioteca de Teólogos Españoles, vol. III, Salamanca 1934, p. X.

[2] Con esto, Vitoria reemprendía la tradición del pensamiento que insistía en el hecho de que el dominio debía ser definido antes de considerar la restitución y que encontraba su origen en el comentario de Escoto al IV libro de las *Sentencias* de Pedro Lombardo. Cf. A. S. Brett, *Liberty, right and nature. Individual rights in later scholastic thought*, Cambridge, Cambridge 1997, p. 127.

[3] «Est ergo notandum quod iustitia dupliciter capitur [...]. Uno modo valde generaliter, id est large ut extendit se ad omnem virtutem, id est pro iustitia quae est omnis virtutis, sicut frequenter in sacra scriptura sumitur, ut est illud: *Iustus ex fide vivit* (Rom 1, 17), ubi non dicitur iustus in ordine ad alium, sed ille qui bene se habet in omni virtute. Itaque ibi iustitia dicit complementum omnium aliarum virtutum [...]. Et isto modo loquitur Paulus quando dicit: *Iusto non est lex posita*, etc. (1 Tim 1, 9); capitur enim pro illo qui bene se habet in omni virtute. Alio modo capitur iustitia particulariter prout dicit restitutionem in ordine ad alterum, prout distinguitur scilicet ab omnibus aliis virtutibus. Et isto modo est nobis loquendum in praesentiarum de iustitia». Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae*, vol. III, pp. 3-4 (q. 57, a. 1). Inmediatamente después Vitoria recuerda la definición de justicia dada por Ulpiano: «Firma et constans voluntas ius suum unicuique tribuens». *Ibid.*, p. 4.

[4] Cf. A. Folgado, *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo. Estudios especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo de El Escorial, San Lorenzo de El Escorial 1960, p. 192.

[5] «Ius ergo, ut ex superioribus constat, nihil aliud est nisi illud quod licet, vel quod lege licet, id est ius est quod est licitum per leges. Patet hoc ex sancto Thoma supra, q. 57, a. 1 ad secundum, ubi dicit quod lex non est proprie ius, sed est ratio iuris, id est, est illud ratione cuius aliquid est licitum. Item, patet in eodem loco in corpore articuli, ubi dicit quod ius et iustum idem sunt, teste Aristotele 5 Ethicorum; et iustum illud idem est quod legibus licet: ergo ius etiam idem est, id est quod legibus licet. Dicit ergo quod ius est illud quod licitum est per leges. Et ita nos utimur illo vocabulo cum loquimur. Dicimus enim: non habeo ius faciendi hoc, id est non mihi licet; item, iure meo utor, id est licet. Sed ista est diffinitio quid nominis tantum illius vocabuli. Et ideo de diffinitione quid rei notandum est quod Conradus, qui fecit tractatum illum nobilem *De contractibus*, q. 1 ponit

late diffinitionem illius nominis “ius”. Et licet ponat duas diffinitiones, nihilominus coincidunt in unam. Dicit ergo quod ius est potestas vel facultas conveniens alicui secundum leges, id est, est facultas data, v. g. mihi a lege ad quamcumque rem opus sit. Hanc diffinitionem accepit Conradus ex Gerson in tractatu *De potestate ecclesiastica*, consideratione 13, et ideo vocatur ius quia facultas». Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae*, vol. III, p. 64 (q. 62, a. 1).

[6] *Ibid.*, p. 64.

[7] *Ibid.*, p. 64.

[8] El texto de santo Tomás, al que Vitoria se refiere, dice así: «Lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris». Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 57, a. 1.

[9] Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae*, vol. III, p. 64 (q. 62, a. 1).

[10] *Ibid.*, p. 64.

[11] *Ibid.*, p. 64. Summenhart, al contrario, escribía así: «Ius est potestas vel facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen primae iustitiae. Et iterum. Ius est potestas vel facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis. Dominium autem est potestas vel facultas propinqua assumendi res alias in sui facultatem, vel usum licitum secundum iura vel leges rationabiliter institutas». C. Summenhart, *De contractibus liciti, atque illicitis*, Apud Bernardum Iuntam, Venetiis 1580, *tractatus* I, q. 1, p. 1.

[12] Francisco de Vitoria refuerza después su conclusión con una serie de textos tomados de las Sagradas Escrituras, donde los términos *facultas* y *potestas* adquieren el significado de *ius*: «In qua significatione saepe reperitur hoc nomen “potestas” sive “facultas” in scriptura sacra, ut patet primae ad Cor 7 (v. 4) ubi dicitur: *Mulier sui corporis potestatem non habet*, id est ius corporis sui non potest alteri communicare, sed vir habet potestatem supra corpus uxoris, et econtra. Et Mat 21 (v. 24) et Luc 20 (v. 2) dicitur: *Dic nobis, in qua potestate haec facis?* Quando eiciebat vendentes et ementes de templo, quaerebant ab eo quo iure illud faceret et unde liceret. Et primae ad Cor 9 (vv. 4-5) dicitur: *Nunquid non habemus potestatem manducandi et ducendi sororem sicut et ceteri apostoli*; id est nunquid non licet mihi, si vellem, vivere ex subsidiis hominum, et possem feminas pias mecum adducere, ut ceteri apostoli fecerunt et ut Christus habuit aliquas, scilicet Martham et Magdalenam, quae parabant ei victum? Et tamen dicit Paulus nolle se uti illo iure ne daret scandalum. Quicumque ergo habet facultatem secundum leges, habet ius. Et ita secundum hoc dicit Terentius: Non est necesse nunc ut meo iure omnia agam. Et nos ita dicimus, utor iure meo, et tu tuo». Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae*, vol. III, pp. 64-65 (q. 62, a. 1).

[13] *Ibid.*, p. 65.

[14] «Hoc supposito, quaerimus nunc an idem sit ius et dominium, quia omnis restitutio fundatur in dominio. Dico quod dominium tripliciter capitur. Uno modo, stricte et peculiariter ut dicit eminentiam quamdam et superioritatem, eo modo quo principes vocantur domini. Et sic alii homines vocantur domini respectu subditorum. [...] Et capiendum dominium hoc modo, non sunt idem ius et dominium, quia ius hoc modo est superius ad dominium, quia dicimus quod uxor habet ius in virum suum, non tamen dominium, quia illa non vocatur domina viri [...]. Secundo modo dominium capitur, latius quidem, sed proprius, ut capitur in *Corpore iuris civilis* et apud iurisconsultos prout tantum valet sicut proprietas, id est secundum quod distinguitur ab usu et usufructu et possessione. [...] Et isto modo non est etiam idem dominium et ius, ut patet ex legibus citatis, quia possessionarius et usuarius habent ius et non dominium [...]. Tertio modo capitur dominium largius prout dicit facultatem quamdam ad utendum re aliqua secundum iura, etc., sicut diffinit Conradus q. 1 *De contractibus* [tr. 1], ubi dicit quod dominium est facultas utendi re secundum iura vel leges rationabiliter institutas. Et isto modo, si sic diffiniatur large capiendum, idem erit ius et dominium». Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae*, vol. III, pp. 65-67 (q. 62, a. 1). Cf. también Folgado, *Evolución histórica*, pp. 192-195.

[15] «Deus benedictus ex sua liberalitate, exceptis angelis, dedit omnibus hominibus omnia bona creata et omnes creaturas, id est dedit eis dominium omnium. Patet, quia potuit, cum esset omnium dominus. Et sic ius et dominium omnium dedit hominibus». Francisco de Vitoria, O. P., *Comentarios a la Secunda Secundae*, vol. III, p. 71 (q. 62, a. 1).

[16] Cf. *ibid.*, pp. 71-72.

[17] Cf. *ibid.*, p. 73.

[18] Cf. *ibid.*, p. 74.

[19] «Divisio rerum non est facta de iure naturali. Patet, quia ius naturale semper est idem et non variatur: ergo [...]. Divisio et appropriatio rerum facta fuit iure humano. Patet, quia facta est ut videmus; et non iure naturali nec divino, ut dictum est, nec angeli fecerunt eam: ergo iure humano facta est». Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae*, vol. III, pp. 74-75 (q. 62, a. 1).

[20] Ioannes Duns Scotus, *Quaestiones quas reportationes vocant in quatuor libros Sententiarum*, en *Opera Omnia*, lib. IV, dist. 15, quaest. 4, Apud Baptistam et Bernardum Sessam, Venetiis 1597, fol. 39v.

[21] Cf. Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae*, vol. III, p. 76 (q. 62, a. 1).

[22] «Ius naturale semper est idem et non variatur: ergo. Item, ius naturale est idem apud nos. Non cognoscit ius naturale differentiam inter homines». *Ibid.*, pp. 74-75. También sobre la inmutabilidad de la *lex naturalis*, cf. Francisco de Vitoria, *De Legibus*, Transcripción y notas por S. Langella y J. Barrientos García, Introducción por S. Langella, Traducción en italiano por S. Langella y Traducción en español por P. García Castillo, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 2010, pp. 194-209 (q. 100, a. 8).

[23] La ley natural en este caso no era ni preceptiva ni prohibitiva, sino permisiva, en cuanto confería un derecho a obrar: «Item, quia lex naturalis nunquam praecepit fieri talem divisionem. Dico praecepit, quia lex potest esse praeceptiva, et alia potest esse consultiva, et alia permissiva. Quia dare liberaliter est de lege naturali, sed non praeceptiva, et tamen est licitum respectu huius, et ita est permissiva. Ergo ad faciendam divisionem rerum non opus erat revocare legem naturalem, quia lex naturalis nunquam praecepit illud, scilicet quod fieret divisio; quia si esset praeceptum, bene verum est quod nullus potuisset reluctare [...]. Ergo non opus fuit abrogatione legis naturalis ad dividendas res». Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae*, vol. III, pp. 76-77 (q. 62, a. 1).

[24] «[...] quia omnia erat communia, ideo de iure naturali potuerunt facere hanc divisionem et appropriationem sibi, quia Deus fecit hominem verum dominum rerum: ergo potuerunt inter se convenire homines taliter quod dicerent: tu cape hoc, et tu hoc, et ego habebō hoc [...]. Et ita si homines erant domini omnium rerum, potuerunt facere quod velint, et dividere, et appropriare. Concedimus ergo quod nullus fuit praeceptum quod omnia essent communia, sed solum fuit concessio. Cum ergo homines habebant potestatem in omnibus de iure naturali, et erant vere domini, sequitur quod de iure naturali potuerunt dividere possessiones et facere ex eis quidquid voluerint». *Ibid.*, p. 77.

[25] Cf. *ibid.*, p. 78.

[26] Cf. *ibid.*

[27] Cf. *ibid.*

[28] Y seguía: «Et illud est necessarium ad pacem, quod ubi agitur de utilitate communi, sententia maioris partis praevaleat et superet. Et hoc est de iure naturali, quod etiamsi nollent alii, quod maior pars dixit, illud teneatur». *Ibid.*, p. 79.

[29] «Non consensu certo et formali, sed quodam consensu interpretativo, ita quod incoeperint aliqui colere certas terras et alius alias; [...] ita quod unus non occupabat terras alterius. Et hoc non aliquo consensu formali, sed virtuali [...]. Et iste consensus sufficit ad ius gentium, quod [quia?] ius gentium certe et plurimum constat solo isto consensu, scilicet virtuali». *Ibid.*, p. 79.

[30] «Primo ergo modo potuit transferri dominium ad nos voluntate prioris domini. Alio modo auctoritate principis. Unde nulla res potest mutare dominum nisi istis duobus modis, quia de rebus aliquando appropriatis non potest aliquo alio modo transferri dominium. Et patet hoc, quia iure naturali [...] non potest fieri aliter divisio vel adquiri dominium nisi istis duobus modis». *Ibid.*, p. 81.

[31] Y proseguía: «Quia si vi acceperunt eas, secus est; tunc enim christiani possunt illas repetere, sicut patet de Africa, quam sarraceni acceperunt a christianis. Et patet corollarium, quia divisione rerum facta, illae terrae exspectabant ad illos infideles; et illi nolunt dare nobis nec princeps aliquis eorum: cum ergo illi sint veri domini, si ipsi nolunt illas nobis dare, sequitur quod non possumus illas retinere et capere. Sicut de istis indis certe nullus posset capere terras ab eis. Item, quia nullus princeps christianus est superior ad illos. Item, nec papa est superior ad illos in temporalibus nec in spiritualibus, si non sunt baptizati, quia papa solum est supra eos qui sunt christiani vel qui fuerunt christiani, ut haeretici. Verum est quod possumus praedicare illis, et si impedirent doctrinam Christi ne illis praedicaremus, iure belli possemus illos opprimere, ut evangelium propagaretur; vel etiam ad securitatem nostram quando imminet aliquod periculum nobis, possemus capere aliqua bona eorum quia ista sunt de iure gentium». *Ibid.*, pp. 81-82.

[32] «Dominium fundatur in imagine Dei. Sed homo est imago Dei per naturam, scilicet, per potentias

racionales. Ergo non perditur per peccatum mortale». Francisco de Vitoria, *De Indis*, en Francisco de Vitoria, *Obras de Francisco de Vitoria: Relecciones Teológicas*, Edición crítica del texto latino, versión española, introducción general e introducciones con el estudio de su doctrina teológico jurídica, por el padre Teófilo Urdániz O. P., Ed. Católica BAC, Madrid 1960, p. 654.

[33] Biblioteca Apóstolica Vaticana (BAV), ms. Vat. lat. 4630, *Prólogo*, f. 2r.

[34] BAV, ms. Ott. Lat. 1000, q. 1, a. 1, f. 2v.

[35] En apoyo del derecho de propiedad privada Tomás aduce tres razones: la primera razón reside en el hecho de que cada uno es más solícito en procurarse cosas que le pertenezcan a él solo, más bien que procurar lo que es común a todos; y como a cada uno le interesa más su propia ventaja, la segunda razón consiste en un mayor orden en las cosas humanas; la tercera emana, finalmente, de la constatación de que entre quienes tienen bienes indivisos surgen con mayor frecuencia las contiendas. La convivencia humana se conserva, pues, más pacífica cuando cada uno queda satisfecho de sí (*Summa Theologiae*, II-II^{ae}, q. 66, a. 2). De todos modos, advierte el Aquinate, la propiedad privada es legítima solo si se consigue de modo honesto: el hurto, la rapiña, la usura, la simonía convierten lo adquirido en deshonesto y, en consecuencia, en ilegítimo (*Summa Theologiae*, II-II^{ae}, q. 66, a. 4).

[36] Según Tomás de Aquino solo las criaturas racionales «habent dominium sui actus, et non solum aguntur, sicut alia sed per se agunt» (*Summa Theologiae*, I, q. 29, a.1. Cf. también: q. 82, a. 1 «quod sumus domini nostrorum actum secundum quod possumus hoc vel illud eligere»; y I-II^{ae}, q. 1, a.1; q. 6, a. 2). Por tanto, afirmar que los indios no tienen semejante control significaba negarles su misma humanidad, en cuanto para Vitoria, las criaturas irracionales no tienen dominio. Cf. Vitoria, *De Indis*, en *Obras*, p. 661.

[37] Cf. *ibid.*, pp. 650-651.

[38] Ya a partir de Inocencio IV (1185-1254) se había discutido si los infieles tenían derechos legítimos; por otra parte, los infieles a los que se referían los canonistas y los teólogos de la mitad del siglo XIII eran principalmente musulmanes, provenientes de una cultura igualmente avanzada y refinada. Cf. B. Tierney, *L'idea dei diritti naturali, Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, trad. it., il Mulino, Bologna 2002, p. 360 (ed. original, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights. Natural Law and Church Law 1150-1625*, Scholars Press for Emory University, Atlanta, Georgia 1997).

[39] Al afirmar que los jurisconsultos no estaban suficientemente preparados por lo que concierne al derecho divino, Vitoria confirmaba el derecho del teólogo a ocuparse de cuestiones que se relacionaban con las leyes, con estas palabras: «Non est novum disputationes theologicas institui de re certa. Nam et disputamus de Incarnatione Domini et aliis articulis fidei. Non enim semper disputationes theologicae sunt in genere deliberativo, sed pleraeque in genere demonstrativo, id est, non ad consultandum, sed ad docendum susceptae». Francisco de Vitoria, *De indis*, en *Obras*, p. 649. Y prosigue -aclarando así el motivo de su empeño e interés por la llamada "cuestión indiana"-: «Secundo dico, quod haec determinatio non spectat ad iurisconsultos vel saltem non ad solos illos. Quia cum illi barbari, ut statim dicam, non essent subiecti iure humano, res illorum non sunt examinandae per leges humanas, sed divinas, quarum iuristae non sunt satis periti ut per se possint huiusmodi quaestiones definire». *Ibid.*

[40] Cf. Aristóteles, *Politica* I, 4, 1254 a 7-17.

[41] Cf. Francisco de Vitoria, *De indis*, en *Obras*, p. 650.

[42] *Ibid.*, p. 651.

[43] *Ibid.*

[44] «Nullum est dominium quod non fundetur in iure». Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomás*, vol. III, p. 64 (q. 62, a. 1).

[45] Cf. Francisco de Vitoria, *De indis*, en *Obras*, p. 651. De Vitoria advertía que había dejado aparte todas las definiciones y distinciones complicadas relativas al *dominium*, propuestas por él y otros teólogos en otra parte, y remitía a su comentario al tratado *De iustitia*, q. 62.

[46] A partir del siglo XII-XIII la *disputa* si pecadores e infieles eran titulares de derechos había implicado a teólogos y juristas. La tesis de que los pecadores y los infieles no podían tener ningún dominio legítimo había encontrado ya defensores como Egidio Romano y Richard Fitz Ralph (Armachanus), mientras entre los canonistas Enrique de Segusio, el Ostiense, había insistido que, después de la venida de Cristo, no podía existir dominio alguno fuera de la Iglesia. Aunque Inocencio IV (1185-1254), ya hacia la mitad del siglo

XIII, había defendido los derechos de los infieles, la cuestión seguía siendo objeto de debate hasta que el concilio de Constanza de 1415 condenó la posición radical sostenida por John Wycliff sobre la doctrina del dominio basado en la gracia. Este último había sostenido que proviniendo todo poder de Dios, cualquiera que estuviese en estado de pecado mortal no podía ejercer legítimamente la autoridad de gobierno o poseer legítimamente una propiedad no beneficiándose, precisamente, de la gracia de Dios. Ahora bien, como no se podía saber si un gobernante o un propietario estaban verdaderamente en estado de gracia, esta tesis podía llevar a la anarquía y, por tal motivo, en la época de Francisco de Vitoria, era universalmente rechazada por los teólogos ortodoxos. Así pues, cuando en 1539 el Maestro dominico sostenía que no se podía afirmar que los indios no tuviesen dominio, estaba siguiendo una línea argumentativa convencional. Cf. Tierney, *L'idea*, pp. 379-380.

[47] Francisco de Vitoria, *De indis*, en *Obras*, pp. 651-653.

[48] Entre los errores de John Wyclif condenados por el concilio de Constanza (1415) se lee: «Nullus est dominus civilis, nullus est praelatus, nullus est episcopus, dum est in peccato mortali». H. Denzinger, *Enchiridion Symbolorum, definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*, ed. bilingüe a cargo de P. Hünermann, EDB, Bologna 1996, n. 1165, p. 558 (el mismo se atribuye a Jan Hus, cfr. n. 1230, p. 570).

[49] Cf. Francisco de Vitoria, *De indis*, en *Obras*, p. 653.

[50] *Ibid.*, p. 654.

[51] Cf. 1 Pe 2, 18-19: «Servi, subditi estote in omni timore dominis, non tantum bonis et modestis, sed etiam dyscolis».

[52] Mt 5, 45. Cf. Francisco de Vitoria, *De indis*, en *Obras*, p. 655.

[53] Cf. *ibid.* Estos eran esencialmente los mismos argumentos que Inocencio IV había presentado hacia la mitad del siglo XIII para argumentar la tesis según la cual también los infieles tenían derechos como el de adquirir propiedades o formar sus gobiernos. Cf. Tierney, *L'idea*, p. 380.

[54] Cf. Francisco de Vitoria, *De indis*, en *Obras*, pp. 655-656.

[55] Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, II-II^{ae}, q. 10, a. 10: «Ubi considerandum est quod dominium et prelatio introducta sunt ex iure humano: distinctio autem fidelium et infidelium est ex iure divino. Ius autem divinum, quod est ex gratia, non tollit ius humanum, quod est ex naturali ratione. Et ideo distinctio fidelium et infidelium, secundum se considerata, non tollit dominium et prelationem infidelium supra fideles».

[56] Cf. Francisco de Vitoria, *De indis*, en *Obras*, p. 656.

[57] «Item ratione S. Thomae, quia fides non tollit nec ius naturale nec humanum; sed dominia sunt vel de iure naturali vel humano; ergo non tolluntur dominia per defectum fidei». *Ibid.*

[58] «Ex quo patet quod nec a saracenis nec a iudaeis, vel aliis infidelibus licet capere res quas possident, per se loquendo, id est, quia infedele sunt. Sed est furtum vel rapina non minus est quam a christianis». *Ibid.* Por otra parte, observaba Vitoria, ni siquiera los herejes perdían el dominio de sus propiedades hasta que no eran condenados formalmente y privados por ley positiva de sus bienes. El hereje tiene dominio en el foro de la conciencia hasta que no tiene lugar la condena. Cf. *Ibid.*, p. 658.

[59] *Ibid.*, p. 660.

[60] Cf. *ibid.*, p. 660.

[61] Cf. Corradus Summenhart, *De contractibus liciti, atque illicitis*, Apud Bernardum Iuntam, Venetiis 1580, *tractatus* I, q. VI, *prima conclusio*, pp. 23-25.

[62] Cf. Francisco de Vitoria, *De indis*, en *Obras*, p. 661

[63] Cf. *ibid.*, pp. 661-662.

[64] Cf. Aristóteles, *Política* I, 8, 1256 b 20-30.

[65] Cf. Francisco de Vitoria, *De indis*, en *Obras*, p. 662.

[66] Cf. véase la nota 36.

[67] Francisco de Vitoria, *De indis*, en *Obras*, p. 662. Francisco de Vitoria reprende en este lugar a Gerson, para quien *potestas* y *facultas* son intercambiables. *Facultas*, para el canciller de la Universidad de París, deriva de *fas* (ley o derecho divino). Cf. Tierney, *L'idea*, p. 106 (*facultas* de *facere*).

[68] «Sola creatura rationalis habet dominium sui actus, libere se agens ad operandum; ceterae vero creaturae ad opera propria magis aguntur quam agant». Tomás de Aquino, *Summa Contra Gentiles*, III, cap. CXI.

[69] Anota Francisco de Vitoria: «Dominium aliquando non dicit ius, sed solam potentiam, et hoc modo

ignis habet dominium in aquam. Si enim hoc satis est ad dominium, ergo latro habet dominium ad interficiendum hominem, quia habet potentiam ad hoc et fur habet potentiam ad capiendum pecuniam». Francisco de Vitoria, *De indis*, en *Obras*, pp. 662-663.

[70] *Ibid.*, p. 663.

[71] «Hoc patet, quia possunt pati iniuriam; ergo habent ius rerum. Ergo et dominium, quod nihil aliud est quam ius». *Ibid.*

[72] Afirma el Maestro dominico: «Fundamentum domini est imago Dei, quae adhuc est in pueris». *Ibid.*

[73] «Nec est idem de creatura irrationali, quia puer non est propter alium sed propter se, sicut est brutum». *Ibid.*

[74] «Videtur adhuc quod possint esse domini quia possunt pati iniuriam. Ergo habet ius». *Ibid.*, p. 664.

[75] Cf. *ibid.* Por eso, por lo que respecta a la *iurisdictio*, se remite a los juristas.

[76] Cf. *ibid.*, pp. 664-665.

[77] «Deus et natura non deficiunt in necessariis pro magna parte speciei. Precipuum autem in homine est ratio, et frustra est potentia, quae non reducitur ad actum». *Ibid.*, p. 664. Tierney pone de manifiesto que Anthony Pagden (cf. *La caduta dell'uomo naturale*, trad. it., Einaudi, Torino 1989, pp. 110-111; ed. original: *The fall of natural man. The American Indian and the origins of comparative ethnology*, Cambridge University Press, Cambridge 1982) ha malentendido este pasaje del Maestro dominico, interpretándolo como si Francisco de Vitoria quisiera decir que la racionalidad de los indios aún estaba en *potentia* y no en acto y que, para el Maestro dominico, esto significaba ciertamente que la mente de los indios estaba "congelada" en su estado inicial. En realidad, manifiesta justamente Tierney, Vitoria quería decir exactamente lo contrario. Los indios no podían ser un pueblo cuyo entendimiento era meramente potencial, antes que actual, pues la existencia de un pueblo de este tipo hubiera significado un fracaso de Dios y de la naturaleza. Cf. Tierney, *L'idea*, pp. 384-385.

[78] Cf. Aristóteles, *Politica* VII, 8, 1328 b 6-23.

[79] Cf. Pagden, *La caduta dell'uomo naturale*, p. 81.

[80] Cf. Aristóteles, *Politica* I, 2, 1253 a 2-5.

[81] «Restat ergo ex omnibus dictis quod sine dubio barbari erant et publice et privatim ita veri domini sicut christiani. Nec hoc titulo potuerunt spoliari aut principes aut privati rebus sui, quod non esset veri domini». Francisco de Vitoria, *De indis*, en *Obras*, p. 665.

[82] Además, que no se podía negar a los indios, que jamás causaron algún daño, lo que se había concedido a los sarracenos y a los judíos, enemigos perpetuos de la religión cristiana, a los que no se negaba verdadero dominio sobre sus cosas, a excepción de las ocupadas por los cristianos. Cf. *ibid.*

[83] «Ad hoc respondeo quod certe Aristoteles non intellexit quod tales, qui parum valent ingenio, sint natura alieni iuris, et non habeant dominium et sui et aliarum rerum. Haec enim est servitus civilis et legitima, quia nullus est servus a natura». *Ibid.*

[84] Cf. *ibid.*, pp. 665-666.

[85] Cf. *ibid.*, p. 665.

[86] El hecho de que los indios les parezcan a los europeos inciviles depende, según Francisco de Vitoria, de su mala educación: «Unde quod videantur tam insensati et hebetes, puto maxima ex parte venire ex mala et barbara educatione, cum etiam apud nos videamus multos rusticorum parum differentes a brutis animantibus». *Ibid.*, pp. 664-665.

[87] «Et sic, dato quod isti barbari sint ita inepti et hebetes, ut dicitur, non ideo negandum est habere verum dominium, nec sunt in numero servorum civilium habendi». *Ibid.*, p. 666.

[88] *Ibid.*

[89] Cf. Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae*, vol. III, pp. 65-67 (q. 62, a. 1).

[90] Michel Villey afirma que Francisco de Vitoria "traicionó" la enseñanza de Tomás, atribuyendo derechos subjetivos a los indios de América. Cf. Villey, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, Paris 1968, pp. 365-366.

[91] El neotomista André-Vincent ha sostenido que Vitoria jamás pensó en el *ius* como un conjunto de poderes individuales o de derechos subjetivos: «Il ne se situe pas sur le plan des droits individuels [...]. Vitoria est prémuni contre cette erreur par sa conception même du droit. En bon thomiste, il ne conçoit pas le droit comme un ensemble de pouvoirs individuels, de droits subjectifs [...]. Mais Vitoria, avec le droit naturel

classique, est trop conscient de l'objectivité du droit pour le définir comme un pouvoir du sujet». Ph. I. André-Vincent, *Droit des Indiens et Développement en Amérique latine*, Inter-nationales, Paris 1971, p. 57.

[92] Para Urdánoz, Vitoria llegó a una teoría de los derechos subjetivos «siguiendo la pauta marcada por Sto. Tomás». Urdánoz, T., *Síntesis teológico-jurídica de la doctrina de Vitoria*, en Francisco de Vitoria, *Relectio De Indis o libertad de los Indios*, edición crítica bilingüe por L. Pereña y J. M. Pérez Prendes, CSIC, Madrid 1967, p. LXVII. También para Iannarone el pensamiento de Vitoria brotó del tronco tomístico, teniendo realmente en sí una individualidad marcadamente personal. Cf. Iannarone, R. A., «La maturazione delle idee coloniali in Francisco de Vitoria», *Angelicum*, 47 (1970), p. 41.

[93] Cf. Tierney, *L'idea*, p. 367.

[94] Cf. R. Tuck, *Natural rights theories. Their origin and development*, Cambridge University Press, Cambridge 1979, pp. 46-50.

[95] Cf. D. Deckers, *Gerechtigkeit und Recht. Eine historisch-Kritische Untersuchung der Gerechtigkeitslehre des Francisco de Vitoria (1483-1546)*, Universitätsverlag Herder, Freiburg Schweiz - Freiburg-Wien 1991, pp. 154 -163.

[96] Según Annabel Brett la tradición tomística heredada por los Maestros de la Segunda Escolástica se basaba más bien en dos nociones de derecho subjetivo: la primera equiparaba el derecho al *dominium* y a la libertad; la segunda, al contrario, ligaba el derecho a la naturaleza, en cuanto justificaba la acción como el resultado de una inclinación natural al propio bien. A su parecer, Vitoria utiliza la primera en sus comentarios a la *Summa Theologiae*, mientras adopta la segunda en su *Relectio de Potestate civili*, evitando con mucho habilidad un enfrentamiento entre estas dos nociones de derecho. Cfr. Brett, *Liberty, right and nature*, p. 138 y también p. 124.

[97] Cf. Tierney, *L'idea*, p. 371. Deckers considera la yuxtaposición de estas dos estructuras semánticas como un paso decisivo en la evolución de las doctrinas modernas de los derechos, estimando que la definición subjetiva de *ius* como *facultas* era síntoma de una reestructuración fundamental del pensamiento jurídico, resultado de las revoluciones económicas, sociales y religiosas ya en acto en el siglo XVI. A pesar de ello, sostiene Deckers que Vitoria había mantenido separadas estas dos estructuras en las propias reflexiones y que no había demostrado conciencia alguna del conflicto latente que existía entre ellas. Cf. Deckers, *Gerechtigkeit und Recht*, pp. 164-165; pp. 188-193.

[98] Cf. Tierney, *L'idea*, p. 373.

[99] La elección por parte de Francisco de Vitoria de la *Summa Theologiae* como texto-base para sus lecciones en lugar de las *Sententiae* de Pedro Lombardo, hecha ya durante su enseñanza en París, consolidada posteriormente durante su magisterio en Valladolid, se convierte desde 1526 en definitiva y constituye la característica fundamental de su enseñanza en la Universidad de Salamanca. Cf. Beltrán de Heredia, *Francisco de Vitoria*, Editorial Labor, Barcelona-Madrid- Buenos Aires-Rio de Janeiro 1939, pp. 43-46. Y también: S. Langella, *Teología y ley natural. Estudio sobre las lecciones de Francisco de Vitoria*, traducción de J. Montero Aparicio, BAC, Madrid 2011, pp. 71-76. En particular, sobre su método teológico, cf.

S. Langella, *La ciencia teológica de Francisco de Vitoria y la Summa theologiae de santo Tomás de Aquino en el siglo XVI*, traducción de Juan Montero Aparicio, SanEsteban Editorial, Salamanca 2013.

[100] Cf. Tierney, *L'idea*, p. 387.

[101] El hombre en virtud del dominio de sí, podía obrar libremente y no por necesidad a diferencia de los otras criaturas animadas e inanimadas. Sin embargo, se debe notar aquí cómo Vitoria, yendo más allá de Tomás, se preguntó específicamente si los animales tenían o no derechos. En relación con esto, Tierney observa que si la doctrina de Summenhart hubiese prevalecido, y los derechos naturales hubiesen sido concebidos como indistintamente distribuidos entre todas las criaturas del universo, el concepto de derecho subjetivo habría podido perder su propia fuerza como elemento clave en la construcción de las teorías políticas posteriores. *Ibid.*

[102] Cf. Francisco de Vitoria, *De matrimonio*, en *Obras*, p. 886.

[103] Cf. Francisco de Vitoria, *De homicidio*, en *Obras*, p. 1097.

[104] «Haec enim est servitus civilis et legitima, quia nullus est servus a natura». Francisco de Vitoria, *De Indis*, en *Obras*, p. 665.

[105] Cf. Francisco de Vitoria, *De eo ad quod tenetur homo cum primum venit ad usum rationis*, en

Obras, p. 1314.

Capítulo 4. The Impact of Francisco de Vitoria's International Legal Doctrine Upon the "Vienna School of International Law and Legal Philosophy" of the Twentieth Century

Heribert Franz Koeck
Dr. iur. (Vienna), M.C.L. (Ann Arbor), Dr. h.c. (Pitești), Dr. h.c. (Alba Iulia)
Emeritus Professor of Law
Special Representative of the Johannes Kepler University for Eastern and South-Eastern Europe
heribert.koeck@gmx.at

1. Introductory remarks

Because of his systematic and comprehensive opus *De iure belli ac pacis*, which appeared in 1625, Hugo Grotius has generally been – and by some still is – considered the father of the doctrine of international law. In fact, however, the School of Salamanca is at the origin of the modern ideas concerning the law of nature and international law, and Francisco de Vitoria must be regarded their inceptor. But the breakup of religious unity in Europe in the sixteenth century^[1] had the side-effect that the protestant doctrine of natural and international law after Johannes Althusius (1557-1638) and Grotius (1583-1645) so effectively blocked out any remembrance of the (catholic) Spanish scholars that Kaltenborn (1817-1866) was able to allege, in the midst of the nineteenth century,^[2] that the doctrine of international law was a protestant doctrine, not only because almost all writers (and all famous ones) were protestant^[3] but also because of the particular nature of international law which presupposes freedom of the state which – together with freedom within the state – had to be constantly safeguarded against the patronizing and dominating influences exercised by the Pope and the catholic hierarchy.^[4] Since the protestant doctrine of natural and international law, especially

in the form propagated by Samuel von Pufendorf (1631-1694), [5] had, in the eighteenth century, a tremendous impact on the theory and practice in catholic countries, too, it is not astonishing that the Spanish origins of the doctrine of international became buried in oblivion.

2. Towards a Vitoria-Renaissance

It was due to the Neo-Scholastic movement of the nineteenth century which went to its own roots that the School of Salamanca was rediscovered.[6] However, its unique contribution to the theory of international law was only recognized in the twentieth century, when catholic scholars, motivated by Pius XI's Encyclical *Studiorum ducem* (1923)[7] which recommended the study of especially those teachings of Thomas Aquinas that dealt with the legitimate authority in society and state, with war and peace, and with natural and international law in general, also started to deal with the related teachings Schools of Salamanca which were the application of the ideas of Augustine and Thomas to the domestic and international situation at the beginning of modern times and which had served as the (though undeclared) basis for the doctrine of natural and international law of the seventeenth and eighteenth century.[8]

Mention must be made here of Alfred Vanderpol,[9] James Brown Scott,[10] Luis Legaz y Lacambra,[11] John Eppstein,[12] Yves de la Brière,[13] Ernst Reibstein[14] and Antonio Truyol y Serra.[15] The most influential of all of them was Alfred Verdross because he gave to Francisco de Vitoria and his concept of international law, which may be truly said to lie at the heart of the origin of the modern world a permanent place in international legal doctrine, a place that is not confined to legal history.

3. Alfred Verdross, renovator of natural law

thinking

Alfred Verdross, born in 1890,[\[16\]](#) entered the field of the doctrine of public international law at a time when that doctrine was completely under the influence of legal positivism. A good example for this situation is the fact that the Consultative Committee set up by the Council of the League of Nations in 1920 for the purpose of working out the Statute of the Permanent Court of International Justice (envisaged in Article 14 of the League of Nations Covenant and the predecessor of the International Court of Justice which is the principal judicial organ of the United Nations founded in 1945) was almost exclusively composed of jurists who had received their legal formation under the impact of legal positivism.

3.1. The unity of the legal cosmos: from a mere logical postulate to a reality based upon the natural unity of men and states

Alfred Verdross, being a disciple of Hans Kelsen whose seminars he had attended during his legal studies at the University of Vienna, was impressed by the latter's theory of law. Kelsen's position was that of radical positivism. However, he wanted his positivism to be distinguished from the (what he called) naïve positivism of those preceding him and claimed to be a critical positivist.[\[17\]](#) In his opinion, the difference between naïve legal positivism and critical legal positivism lay in the fact that naïve positivists took positive law as it was without further examining the reason for its binding force and contented themselves with the fact that positive law was regularly enforced against those who resisted it, while he himself tried to go to the bottom of the question.

Since Hans Kelsen was an agnostic and therefore not able to derive the binding force of law from a command of God, either given expressly (*ius divinum positivum* – positive divine law) or implicitly laid down in creation and therefore to be found in the nature of man and society, and therefore in the principles of what is traditionally called the law of nature (*ius divinum naturale* – natural divine law),[\[18\]](#) and since he thus

refused to take recourse to the law of nature,[\[19\]](#) he had to admit that he was not able to give a real basis for the validity and the binding force of law. Kelsen recognised that enforcement of positive law might be sufficient to constitute positive law as an effective order; but effectivity was a mere fact and could not explain why the individual should have an obligation to conduct himself in a manner in conformity of law, and why (e.g.) state organs should have an obligation to enforce the law against those who refused to conduct themselves in such manner. For him, the fear of sanctions was also only a fact, and he held the opinion that no law could arise out of a mere fact.[\[20\]](#) Consequently, Kelsen was an opponent to natural law thinking[\[21\]](#) and reproached its adherents with an inadmissible mixing up of the to-be and the to-ought.[\[22\]](#)

In his theory of law which he himself called the pure theory of law, Kelsen wanted to avoid any reference to the being. Consequently, he had to look for a basis for the validity and force of law that had no connection to the real world. Of course, Kelsen had to recognise that such a basis could also not have a reality, either, and that the basic norm upon which all his legal order rested was therefore not a real but only a fictitious one.

For his basic norm, Kelsen chose the designation “hypothetical basic norm”. This term is, however, somewhat misleading, because by hypothesis we usually understand something which has not yet be proven but which admits of verification or falsification,[\[23\]](#) and Kelsen’s hypothetical basis norm, being a mere fiction, cannot be verified *a priori*.[\[24\]](#)

Kelsen’s basic norm cannot fulfil the most important function of such a norm, namely to give reality to the obligatory force of the law and of its claim to obedience; nor can it explain why the individual should put up with being exposed to law enforcement. Thus, Kelsen, too, ends up in a practical positivism which is in no way different from that of the naïve positivists he so despised.

Positivism, indifferent to the demands of justice and readily

utilisable by all kinds of regimes, inhuman and totalitarian ones not excluded, could not give an answer to the most fundamental questions of peace, freedom and welfare. That legal positivism had failed was demonstrated by World War I; but it was so deeply rooted in the international legal doctrine of the time that even the Covenant of the League of Nations^[25] and the Statute of the (then) Permanent Court of International Justice^[26] reflected its impact.

If Kelsen's approach is unproductive with regard to the fundamental question of law – the question of justice – the logic of his legal theory is still compelling if exercised within a closed system of positive law. Thus, Kelsen's theory was of no small influence on Verdross, even if the latter was still striving for his own fundamental position in legal philosophy. Verdross applied the method legal theory wherever he could combine it with his own approach which was more and more influenced by considerations of material philosophy.^[27] Thus Verdross followed Kelsen in the rejection of the dualistic theory which was based on an alleged separation of domestic law and international law.

In his Book *The Law of Nations and the Law of States*,^[28] Heinrich Triepel (1868-1946) had contended that public international law and domestic law were two completely separate legal orders. According to Triepel, a conflict between domestic law and international law was not possible, because bodies of rules one of which was enacted by state legislation, was directed to human beings, and regulated internal matters of a state while the other was created by states either through custom or through treaty, was directed to states, and regulated international matters, could not possibly get into conflict.^[29]

However, this assumption which forms the fundamental basis of Triepel's theory is not tenable, as appears in all areas which are regulated, partly at least, by both international law and domestic law. It is easy to demonstrate the existence of such areas; and the most prominent examples are the legal

position of diplomatic (and consular) personnel,[\[30\]](#) and the treatment of aliens.[\[31\]](#)

If it is a fact that the law of nations and the law of the state can be in conflict, it is necessary to look for a solution. The answer given by Kelsen in this regard was an argument of compelling logic. If both legal orders - domestic law and international law - were to be regarded as "law" they had to be part of one and the same legal system.[\[32\]](#) Dualism was thus substituted by monism.[\[33\]](#) Verdross applied the monistic approach to the relationship between international law and domestic law[\[34\]](#) in theory and in practice; and Kelsen agreed with Verdross who argued that in practice only monism with primacy of international law made sense.[\[35\]](#) In doing so, he was influenced by the Dutch scholar Hugo Krabbe (1857-1936) who, going back to ideas of Vitoria and Suárez, regarded international law not a law between states but a *supranational* law anchored in a universal legal conscience.[\[36\]](#)

Since Kelsen was a purist, he advocated a radical form of monism according to which a norm of domestic law that was incompatible with international law was null and void.[\[37\]](#) This seemingly clear-cut approach has, however, some practical difficulties. You cannot expect some inferior state organ to be so well versed in general international law as to be able to decide on the spot whether a particular norm of domestic law has or has not been superseded by a norm of international law and therefore is or is not applicable anymore. So the sensible thing for that state organ is to apply its own domestic law and to leave the resolution of a possible conflict with international law to the international level. It is for this reason that Verdross favoured the latter approach which has come to be known as moderate or structured monism.[\[38\]](#) Since " the conflict is resolved at the level of international law, the validity of domestic law contrary to international law [is] of a provisional nature only, and the conflict will be resolved in favor of the international norm. An unchallenged operation of domestic law will therefore be possible only within the limits set up by international law."[\[39\]](#)

Alfred Verdross, then Professor at the Vienna Consular Academy, in 1923 published the book *The unity of the legal cosmos based on international law as its constitution*.^[40] In this book he propagated the monistic theory with the primacy of international law as the only reasonable approach to the problem of the relationship between the law of the state and the law of nations. Only three years later, in 1926, Verdross who had been appointed Professor at the University of Vienna in 1924 elaborated this view in more detail in another book entitled *The constitution of the community of international law*.^[41]

The first of these two books is still strongly influenced by legal theory and is focused on the question of how to bring international law and domestic law together in a single legal system free from antinomies and corresponding to the classic principle *natura amat simplicitatem* which in this context requires that system to be construed as simply as possible. According to Verdross, this can only be done by regarding the law of nations as the framework which at the same time grants and circumscribes (and thereby limits) the sovereign rights of each state. According to this theory, all states are subject to international law; and no state may consider itself above international law.

The second book, while still interested in the legal theory's requirement of a legal system without inherent contradictions, has another accent. In this book, Verdross describes the constitution of the international community as it presented itself between the two World Wars, in more detail. In a certain sense, the second book is the application of the theoretical approach developed in the first book to the practical aspect of a functioning international community.

However, Alfred Verdross realised that monism with the primacy of international law was not only a question of legal theory or of the most simple manner to construe the single legal system. It also corresponded to the natural demands of men as of states, namely that conflicts should be settled in peace and

on the basis of a law that applied to all of them alike. This requirement might have been fulfilled by Immanuel Kant's (1724-1804) definition of law according to which law has the function to make the freedom of the one compatible with the freedom of the other on the basis of a general law.[\[42\]](#) However, Kant's definition is not sufficient because what man longs for is not equality but justice; and injustice, even if equally meted out to all, is not acceptable. Therefore, Verdross contended that the idea of law was justice; and that therefore both the domestic and the international legal order had to strive for justice.[\[43\]](#)

3.2. From legal theory to substantive legal philosophy

Verdross had not started out as a natural lawyer.[\[44\]](#) But in the early nineteen twenties he detached himself from merely formal legal theory of Hans Kelsen, however, and turned his attention towards substantive issues of legal philosophy where "his philosophical views were formed and changed again in a constant dialogue with some of the leading streams of contemporary philosophy and social theory."[\[45\]](#) Motivated by contemporary axiology (*Wertphilosophie*) of Franz Brentano (1838-1917), Max Scheler (1874-1928) and Nicolai Hartmann (1882-1950) and inspired by the ideas developed by Spanish school of international law in the fifteenth and sixteenth century, "Verdross soon took the decisive step towards natural law which informed his further theoretical and philosophical work."[\[46\]](#)

Verdross joined, and soon became the spokesman, at least in the German-speaking part of Europe, of those scholars who worked on the renaissance of natural law thinking in the international field.[\[47\]](#) In his legal philosophy, Verdross revived the ideas of Thomas Aquinas, Francisco de Vitoria and Francisco Suárez, on the common good[\[48\]](#) - peace and security, freedom, and welfare - and its effects on the international community. In doing so he found these ideas best applied to modern problems in the social teaching of the Catholic Church[\[49\]](#) which from thereon were of great influence on his thinking.[\[50\]](#)

Having thus turned to substantive legal philosophy,[51] Verdross looked for a system that was able to formulate justice in a way satisfactory for man because elaborated from the nature of man and society, of state and international community. He found this system in the tradition of what Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716) has called the *philosophia perennis*,[52] the everlasting philosophy, going back to famous ancient thinkers[53] like Plato[54] and Aristotle,[55] introduced to the Latin world by Cicero[56] and elaborated by Christian theologians like Augustine (354-430)[57] and Thomas Aquinas (1225-1274). [58] This system, which had been at the basis of natural law doctrine of modern times, was first applied by the representatives of the School of Salamanca[59] to the relationship between Christian and non-Christian people and later on adopted, on the basis of the latter's writing,[60] by Hugo Grotius,[61] Samuel Pufendorf,[62] and Christian Wolff[63] (only to name the most important scholars of the seventeenth and eighteenth century). It had only been in the course of the nineteenth century that natural law thinking had to give way, first to the historic school of law and thereafter to positivism.

3.3. Francisco de Vitoria and the new *ius inter gentes*

As early as 1923, in his book *The unity of the legal cosmos based on international law as its constitution*,[64] Verdross referred to Francisco de Vitoria as the "father" of the Spanish scholastic who has laid the basis of modern international law by pointing out that the international community is composed of sovereign states which are not - in temporal affairs - subject either to the pope or to the emperor.[65]

In his book "*The Constitution of the Community of States*", [66] published 1926, he extensively discussed the matter of the relationship between natural legal principles governing a community of states and positive international law. In this context, he also relied on Francisco Suárez, stating that we owe to the latter as well as to Hugo Grotius the insight that the

autonomy of positive law is not an absolute but only a relative one, because it takes its binding force from its being based on “the objective cosmos of values”.[\[67\]](#)

Some years later, in an essay on “The Moral Fundamentals of Modern International Law”,[\[68\]](#) he dealt with the School of Salamanca as the paver of the way towards the new law of nations and with the Francisco de Vitoria (1483-1546) as the layer of the cornerstone of modern international legal doctrine.

Here, he starts out by stating that the ancient world did not have a generally accepted idea of the unity of mankind or of the states forming a community; rather foreigners and foreign states were regarded as actual or potential enemies which should be subjugated if possible. Indeed, all the powerful empires which succeeded each other, from that of the Akkadians through that of the Old Babylonians, of the Old Assyrians, of the New Babylonians, of the New Assyrians, of the Medes, of the Persians, up to the empire of Alexander the Great and the Roman Empire: they all regarded themselves as the (though always unfinished) world empire with the claim to incorporate as many territories and peoples as possible.

This did not change with the Christianization of the Roman Empire; and if Augustine ventured that a plurality of states was better suited to guarantee the liberty of the individual than a single world state,[\[69\]](#) he might have made the best of the pillaging of Rome and the devastation of the Empire’s Western part by the Germanic invaders that took place during his lifetime.[\[70\]](#) There can be no doubt that the renovation of the Western Empire with Charlemagne[\[71\]](#) promoted the idea of a Christian universalism and was strongly influenced by the passage in John 10, 16 that “there shall be one flock and one shepherd”. This postulate was extended from the Church to the State, because then Christianity was considered to be one social body comprising both the religious and the political aspect and combining the spiritual and the temporal power represented in its two heads: then Pope and the Emperor. This identity of

Church and State *ratione personarum* made it easy to interpret Jesus' prayer to the Father for the unity of his disciples in John 17, 21 - "that all of them may be one" - in such a way as to make it a command applying not only to the spiritual but also to the temporal sphere.

This approach completely ignored the fact that even in the Old World as it was then known, stretching from the Pillars of Hercules in the West to the Indies and the Mongolian Empire in the East, and from the foggy regions of the North to the deserts of the South of which not much was known,^[72] so far not everyone had had the chance to be preached the gospel.^[73] Rather, according to this approach, the whole world was Christian *de facto* or at least *de iure*, and those people and peoples who had not yet accepted the Christian faith were - apart from the fact that they were subjectively sinning - objectively contravening the obligation to do so.

Because of their sinful and illegal conduct, these people and peoples had to accept negative consequences. In the legal area, they were denied the most important rights - personal liberties, the right to acquire property and the capacity to set up states. Of course, the degree to which this theory could be implemented in practice depended on the existing circumstances. Thus the crusades offer an example for the serious attempt to politically implement this theory by military measures, and their failure demonstrated the practical limits to its realization. It was not possible to subject all non-Christians to the status of servitude and to incorporate all non-Christian states into a single Christian empire.

Apart from the difficulties of putting this theory into practice, the theory itself suffered from an inherent flaw. It disregarded the fact that all men are endowed by their Creator with reason and free will and that by this very fact they have the dignity of man as the image of God. This dignity is the source of the basic rights and duties of man, and this dignity is a quality that is inherent in man and thus logically precedes all his

conduct, right or wrong, just or unjust. Therefore, man's dignity cannot depend on this conduct, including his profession of a particular faith and his adherence to a particular religion; and the basic rights and obligations of man, inseparably connected with man's dignity, therefore are inalienably and undetachably. And the forming of communities of men for the common satisfaction of man's needs - from the most basic unit of wedlock and family up to the political organization of society in the form of states and inter-state communities - is one of these fundamental rights of man directly deriving from his dignity.

The discovery of the New World towards the end of the fifteenth century brought to the fore that the traditional approach based on the theory of a *de facto* or *de iure* identity of mankind and Christianity was no longer tenable. The fiction that everyone - all people and all peoples - had had the chance to acquaint themselves with the Christian religion, and that therefore everyone was obliged to adhere to it and to join the common Christian empire could not be upheld in the face of the fact that there existed people and peoples who had never heard of the gospel but this notwithstanding were organized in the political form of a state.

Of course, old habits die hard; and the traditional theory of the reduced legal status of non-Christians came well at hand in dealing with the people in the New World. It was therefore defended by the Spanish crown jurists, in particular by Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573).^[74] Therefore, when Francisco de Vitoria opposed it in his (what Verdross calls) masterly lectures on moral theology at the University of Salamanca, his ideas were not only revolutionary in doctrine but also a challenge to the State's official policy. Yet, a noted scholar, he was publicly consulted by [Charles V, King of Spain and Holy Roman Emperor](#). His works are known only from his lecture notes, he himself having published nothing in his lifetime.^[75] Nevertheless, his influence such as on the Dutch legal philosopher [Hugo Grotius](#) was significant.^[76]

Verdross' treatise on legal philosophy^[77] contains a section on the "Renewal and application of the Augustinian-Thomsonian legal philosophy to domestic and international matters".^[78] According to Verdross, the first renaissance of the philosophy of Augustine (354-430) and Thomas Aquinas (1225-1274) was due to Thomas de Vio Cajetanus (1468-1543) and Franciscus de Silvestris Ferrara (1468-1528) who started with commentaries on the works of Thomas Aquinas. It was from Paris that the renaissance of Thomas' ideas^[79] swept, *inter alia*, to Salamanca.^[80] A deepening and expansion of Thomas' legal philosophy, however, was brought about only in the sixteenth and seventeenth century by the Spanish scholars of moral theology and by Robertus Bellarminus (1542-1621) who for the first time applied his teachings to the great political problems at the beginning of modern times. In this way there developed, within the framework of moral theology *lato sensu*, moral theology *stricto sensu*, on the one hand (which is concerned with man's duties towards God and towards himself, which is sometimes also called ethics) and legal philosophy, on the other (which is concerned with man's duties towards his neighbor: *iustitia est ad alterum*^[81]).

The founder of Spanish legal philosophy was Francisco de Vitoria (1480-1546), member of the Dominican Order,^[82] Professor of Moral Philosophy in Salamanca, who also was, together with Erasmus of Rotterdam (1466-1536),^[83] the founder of Christian humanism because he was of the opinion that - in contrast to the bleak views of man had by Hobbes,^[84] Martin Luther (1483-1546) and Jean Calvin - human reason, though weakened, is in principle capable of recognizing reality and thus to distinguish truth and error, good and evil, right and wrong.^[85]

Vitoria studied in Paris under Pierre Crockaert (1465-1514), a Flemish scholar^[86] who had substituted for Petrus Lombardus' *Sententiae*, which had served as a treatise at universities for centuries, the *Summa theologiae* of Thomas Aquinas, a fact that contributed decisively to the revival of

Thomas' philosophy.

According to Verdross, the keynote of all works of Vitoria can be seen in the famous *dictum* by Thomas Aquinas that *gratia ordinem naturae non mutat sed perficit* (grace does not change nature but brings it to its perfection).^[87] In consequence, nothing that is permitted by nature can be prohibited in the gospel,^[88] or, in other words, the *ius divinum positivium* does not, and cannot, abrogate the *ius divinum naturale*.

This insight, if taken seriously, has a tremendous impact in two regards, namely first, for the recognition of human rights as a barrier not only against encroachments by state law but also against encroachments by canon law, and second, for the recognition of natural philosophy as a barrier against theology, because nothing that can be perceived by the *lumen naturale* (by natural reason) can be rejected from the point of revelation (*lumen supranaturale sive fidei*). The knowledge derived from revelation can be above human understanding, but it cannot be in conflict with human understanding. As natural law serves as a check on alleged supernatural law, natural reason, natural philosophy and thus natural theology serves as a check on theological doctrines which claim to be based on revelation. Supernatural truths are a perfection, not a correction of natural truths; theology is a complement, not a substitute for philosophy.

For Vitoria, problems of law and morality are to be solved by recourse to reason (*recta ratio*). Reason is not, however, restricted to dealing with that aspect of nature that is examined by natural sciences but has also to deal with the nature as expounded by philosophy and has therefore to take into account the aspects of meaningfulness and of finality.^[89]

It is the main merit of Vitoria to have taken seriously the idea, already propagated by the Stoa, of the moral and legal unity of the world. For Vitoria, the whole world (*totus orbis*) constitutes a comprehensive legal community which, however,

he does not regard (as did the Stoa) as a mere idea but as a concrete community bound together by natural law. This law which governs the relations among all nations is called, for the first time by Vitoria, *ius inter gentes*.[\[90\]](#)

Against the position taken by the Spanish crown jurist Sepúlveda, sc. that all peoples are legally subject to the universal Christian empire and that therefore the peoples of the New World may also be annexed to the empire, even by force, Vitoria, in his *Relectio de Indis*,[\[91\]](#) defended the thesis that even pagan peoples were independent subjects of law which had to be respected as such also by Christian peoples. His extensively reasoned thesis is based on the following ideas:[\[92\]](#)

The state as the politically organized community of human beings is not based on religious faith but on natural law, because all men have, independent from their religion, a social nature. The setting up of concrete authorities depends on the members of the community.[\[93\]](#)

The states which are based on natural law are related to each other by the same natural law because nature has instituted a relationship (kinship) between all men.[\[94\]](#)

Consequently, there exists a legal order not only within the state but also between the states which is based on natural law and can be further developed and shaped through custom and treaties.[\[95\]](#) Therefore, international law is not based on treaties; rather, the natural law on which it is based has the force of law from which both treaties and customs derive their binding force.[\[96\]](#)

Neither Pope nor Emperor has a claim to world supremacy because neither God nor the peoples have granted them such a right.[\[97\]](#)

The community of states forms a natural community for the free movement of persons and goods. It is therefore contrary to natural international law to exclude foreigners from commerce or to bar them from entering a State without justifying reasons.

[98]

Under natural law, certain goods are common to all men, as the sea, the rivers and the ports.[99]

Under natural law, war is permissible for the defense of an unjust aggression or for the purpose of redressing an injustice[100] that cannot be redressed by peaceful means.[101] Propagation of religion is as such no legitimate cause of war.[102] According to Verdross, Vitoria thus completes the doctrine of *bellum iustum* as elaborated by Augustine and Thomas Aquinas.

Because of the solidarity of all men under natural law states are entitled to intervene in a state that violates human rights.[103] Examples given by Vitoria are the killing of innocent persons[104] and denial of religious freedom. Even in the latter case, the basis for intervention is not religion but natural solidarity.[105] Because of the rights and obligations of states deriving from the principle of solidarity, for Vitoria international law not only, according to Verdross, a law for the states (*ius inter gentes*) but (at least indirectly) also a law for mankind (*ius humanitatis*).

Vitoria has thus elaborated, on the basis of the doctrine of Aristotle, Augustine and Thomas Aquinas, the outline of a universal doctrine of international law based on natural law. This was of highest importance at a time when – because of the discoveries of the fifteenth and sixteenth century on the one hand, and the braking up of religious unity in “Latin” Europe on the other – the attempt to set up the unity of the world in the form of a universal empire with a monarchical top had finally failed. By drawing, from the traditional natural law thinking, those conclusions that were necessary in order to make it suitable for being applied it to the new situation of a plurality of sovereign states Vitoria has demonstrated the fertility and the dynamic of the traditional natural law doctrine.[106]

3.4. The further elaboration of Vitoria’s concept by

Francisco Suárez

The doctrine of international law as conceived by Vitoria was further developed by the Spanish Jesuit Francisco Suárez (1548-1617),[\[107\]](#) in the end Professor in Coimbra, in his opus *De legibus ac Deo legislatore*.[\[108\]](#) According to Suárez, mankind – though forming different peoples and states – is yet not only a physical but also a moral and a political unity. While the state is a *societas perfecta*, i.e. a community that disposes of the necessary means to realize the *bonum commune* of its people, and has the tendency to permanence, each state is also a member of the all-comprising human community. For these reason, states also need a legal order that govern their relations and the communication among each other. The basic rules of this order can be ascertained, to a decisive part, by natural reason. Since, however, the basic rules are not sufficient, additional rulers have been formed through the customary conduct of the states.[\[109\]](#) Suárez considers only the positive rules governing the relations among all peoples as the international law *stricto sensu*, i.e. *ius quod omnes populi et gentes inter se servare debent*. Suárez thus distinguishes between natural law that forms the basis for international law, and international law itself. Since, however, these rules of customary international law have not been decreed by a central legislative authority above the state but have gradually emerged from the conduct of the states, Suárez considers them to have been created *instingante naturae*, under the impetus of nature.[\[110\]](#)

For Suárez, the key idea of international law is the *bonum commune omnium nationum* which he also calls *bonum commune generis humanae*.[\[111\]](#) Consequently, the state may pursue its own common good – i.e. the common good of its own people – only within the framework of the common good of mankind. Suárez also refers to the ability, and sometimes obligation of the states to organize their international community, e.g. for the purpose of avoiding wars, by the setting up of an arbitrary institution with the power to enforce its awards.[\[112\]](#) Suárez expresses the opinion that it cannot be

assumed that it was the intention of the creator of nature to leave human affairs in so imperfect a state that it should not be possible to settle disputes among sovereign powers in another way than by war, because war is contrary to reason, to the common good of mankind and therefore also to justice.

Suárez thus also distinguishes, within morals *largo sensu*, between morals *stricto sensu* and law, and within the law again between natural law and positive (i.e. man-made) law. The same distinction is used by Robertus Bellarminus (1542-1621). According to him, law governs the conduct of man in his relation to others (*actus externos*) and serves peace and the preservation of the community, while morals and religion concern the internal acts under precepts of love or charity (*caritas*).[\[113\]](#)

3.5. Vitoria's universalistic concept and its influence on international legal doctrine and practice in the seventeenth and eighteenth century

Vitoria's new notion of an international law binding upon all states irrespective of the religious affiliation was soon taken up and further developed by other writers, besides Francisco Suárez especially by Hugo Grotius (1583-1645) on his opus *De iure belli ac pacis* of 1625.[\[114\]](#) The universalistic community-oriented doctrine was also followed by Christian Wolff (1679-1754) who conceived the international community as a *civitas maxima*.[\[115\]](#)

The universalistic ideas of these writers were by and by accepted in international practice. As a first step, it was possible to set up, after the turmoil of the religious wars of the sixteenth and early seventeenth century, by the Peace of Westphalia of 1648, a new order for Europe that was based on an international law that applied to both catholic and protestant states. The extension of this new international law to non-Christian states took some more time; and it is significant that, especially with

regard to the Turkish and other Muslim states, the times between wars were considered periods of armistice rather than of peace. As late as in the first half of the nineteenth century, the European Concert and its ideological corollary, the Holy Alliance, dating back to the Treaty of Chaumont 1814[116] and the Congress of Vienna 1814/15,[117] were considered a brotherhood of Christian princes and states. It was only by the Paris Peace Treaty of 1856 which ended the Crimean War that the Ottoman Empire was officially received into the international community as a member with full rights and obligations.[118]

3.6. The rise and fall of the individualistic concept of law

This goes back to the individualistic legal philosophy that was introduced by writers of the fifteenth and sixteenth century. It is rooted in the conviction that law may be established only by an authority above and superior to its subjects.[119] Since, however, states are not subject to any supranational authority, the only rule that can prevail between them is the law of nature. [120] Thus, for Thomas Hobbes (1588-1679), who starts from the premise that both men and states enjoy a “right of nature”, that is, the freedom to use their strength at discretion in order to preserve their own existence,[121] there exists a “natural” situation of *bellum omnium contra omnes* between men as well as between states which can be removed only by founding of, and subjecting to, a form of organization which is able to set up a legal order and to enforce it.

For men, this organization is the state which is consequently based on the consent of its citizens originally freely given (contractual theory of the state). They are induced to do so by the rational insight into what is necessary for the preservation of the human species. However, since there does not exist an analogous form of organization for states, because the international community lacks a central legislative, a central judicative, and a central executive power and is thus unable to

enforce peace and security, their relations are not governed by law but by force and “[p]ersons of Sovereign authority [...] are in continual jealousies, having their weapons pointing, and their eyes fixed on one another [...] which is a posture of war.”[\[122\]](#) Their attempts to keep up peace and security, including the submission to peaceful means of settlement of international disputes, e.g. by concluding arbitration treaties, are a sign of weakness, because for the stronger among them war might be more profitable than peace. In order to accumulate strength, states tend to conclude treaties of alliance²⁸, but they never can be completely sure whether the other parties to these treaties will fulfill their obligations when they believe to have a more promising alternative, or whether they will fall back on their natural freedom invoking their “natural” right to be led by nothing else than by considerations of their own advantage.

For Baruch Spinoza (1632-1677), rights can only exist on a basis of power; indeed right and power coincide.[\[123\]](#) Yet, in contrast to Thomas Hobbes and other followers of the contractual theory of the state, including Jean Jacques Rousseau (1712-1778), and even more to John Locke (1632-1704) and those who have defended human rights against encroachment by the state, the eccentric theories of Spinoza, who denied the difference between matter and mind, declared the notion of man’s free will to be a delusion and negated the difference between good and evil, had little effect on legal theory and none on legal practice.

Spinoza’s monistic approach appealed to [Georg Wilhelm Friedrich Hegel](#) (1770-1831) who said of all contemporary philosophers: “You are either a Spinozist or not a philosopher at all.”[\[124\]](#) However, Hegel avoided many pitfalls of Spinoza’s philosophy because his monism is idealistic and not materialistic and reality is the emanation of God or the “World Mind (World Spirit)”, in which the “subjective mind (subjective spirit)” of man takes a part.[\[125\]](#) For Hegel, too, law is founded on a will which is superior to that of its subjects. But since the World Spirit does not reveal itself as such but only in the

“objective mind (objective spirit)” of the state, the international community has no reality and is thus not superior to the state. Consequently, international law is not based on a will superior to that of the individual states but only on different sovereign wills; it therefore is not more than a sum of the “external state law” of the various states, which might or might not coincide and which has no binding force upon the state because the latter may change its “external law” as freely as it does with its “internal law”. For this reason, absolute power on earth rests does not rest in the international community as the community of all peoples but with the people organized in a state and existing in sovereign autonomy *vis-a-vis* other states.[\[126\]](#)

“Hegel's individualistic conception of international law as each sovereign state's 'external state law', based upon its self-commitment and nothing more,”[\[127\]](#) would not have been able to exert such “a powerful influence on nineteenth century legal positivism”,[\[128\]](#) had it not coincided with the rise of nationalism and the propagation of the nation as the true subject of international law,[\[129\]](#) which then won the day by the unification of Italy (1859-1870) and of Germany (1866-1871). It was particularly popular in Germany where it also served to justify the ruthless foreign policy of Prussia from the times of Frederick II to Otto von Bismarck and William I (German Emperor from 1871) in retrospective and perspective, because for Hegel the history of the world which is the world's court of judgment.[\[130\]](#) “Thus, one of the leading public international lawyers of that epoch, Georg Jellinek [1851-1911], vigorously defended the view that the basis of obligation of international law was provided by such self-commitment (*Selbstverpflichtung*). Taken to its logical conclusion, this theory must necessarily lead to the doctrine of superiority, or primacy, of national law over international law; a view dissolving the unity of international law into a variety of 'externally-orientated imperatives' (*hinausgerichtete Imperative*)”.[\[131\]](#) Jellinek's main opus, the *General Theory of the State*,[\[132\]](#) was of great (and still is of some) influence on the German doctrine of state

and law, because, unlike Hans Kelsen (1881-1973), he tried to combine facticity and normativity in a more comprehensive view of legal phenomena.[\[133\]](#) While Jellinek was a positivist himself, he did not live up to Kelsen's purist standards set in his *Main Problems in the Theory of Public Law*, which appeared in 1911 (the year of death of Jellinek) and later in his *General Theory of the State*[\[134\]](#) and his *Pure Theory of Law*[\[135\]](#), a fact that did not impair his popularity.

The individualist approach to international relations and the strong positivist influence upon law in general and on international law in particular during the second part of the nineteenth and the first part of the twentieth century were considerable obstacles to the development of an international community based on ideas as they had first been elaborated by Francisco de Vitoria. One might even say that this period was a time of regress rather than of progress.

3.7. Verdross' contribution to the break-through of Vitoria's universalistic concept in international legal theory and practice after World War II

As a scholar who propagated natural law thinking of a Christian sort, Verdross originally was a dark horse in the academic world of the nineteen-twenties and -thirties dominated by positivists. But he became, "[w]ithin the legal philosophy and the theory of international law of the first half of the twentieth century, [...] one of the leading combatants in what probably was the last great battle between natural law and legal positivism."[\[136\]](#) His universalistic approach based on Vitoria's vision of mankind as a natural legal unity was in open contradiction to the naturalistic concept of National Socialism of superiority and inferiority of races and of the Germans as purest part of an, Aryan master race entitled to world domination. Consequently, when Nazi Germany occupied Austria in 1938, Verdross was first suspended and, having been reinstated to teach again in the spring of 1939, forbidden to give lectures in legal philosophy.[\[137\]](#)

It was only after World War II that natural law thinking became again the basis of international law, if not consciously than in practice. Experiences with the total war waged by Nazi Germany and Japan, and with the abuse of the notion of law for totalitarian ends in total disregard for human dignity, brought a return of politics to traditional values of justice.

Thus, Verdross' monism with the primacy of international law and his concept of justice as the idea behind law found reflection in the Charter of the United Nations. In the Charter's preamble, "the peoples of the United Nations" declare their determination "to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind, and to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small, to promote social progress and better standards of life in larger freedom"[\[138\]](#) and, to this end, "to establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law can be maintained".[\[139\]](#)

Verdross, who was a member of the Institut de droit international, also became a member of the International Law Commission (1957-1966) and a judge at the European Court of Human Rights (1958-1977).[\[140\]](#) He was President of the United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities in 1961 which adopted the Vienna Convention on Diplomatic Relations.[\[141\]](#) In Austria, his teachings were dominant, and he is regarded the founder and head of the Viennese School of international law and legal philosophy based on natural law thinking.[\[142\]](#)

Even after he had to retire from his chair when reaching the age limit, as an *emeritus* he continued to be prolific in his writing based on a sound philosophical basis[\[143\]](#) and on a stupendous knowledge of state practice.[\[144\]](#) One of the most

important ideas then presented by him was the extension of the notion of the *bonum commune*, the common good of men, traditionally regarded the *raison d'être* of the state and its law to the notion of *bonum commune humanitatis*, the common good of mankind, to be regarded the *raison d'être* of the international community and its law, the law of nations.[\[145\]](#)

In the twentieth century, after World War II, the universalistic approach to international law has experienced a revival, both in doctrine and in practice. Verdross points to the fact that the idea of the League of Nations mandate system goes back to Vitoria who already raised the question of the guardianship of Christian States in favor of under-developed nations.[\[146\]](#) The same is true for the institute of humanitarian intervention in a country with a tyrannical regime in favor of the suppressed population.[\[147\]](#) Moreover, the doctrine of the invalidity of treaties concluded under coercion, which today is a firm part of international law and expressly recognized in Article 52 of the Vienna Convention on the Law of Nations,[\[148\]](#) as well as the principle of free movement of persons and goods then contained in Article 23 of the Covenant of the League of Nations[\[149\]](#) and today a principle of the European Union and an objective of the World Trade Organization, go back to Francisco de Vitoria.

3.8. Verdross' application of Vitoria's universalistic concept of law to a realistic international legal system

For the longer part of his academic activities, and for the overwhelming part of his doctrinal writings,[\[150\]](#) Alfred Verdross has been convinced that legal theory is valuable but not sufficient for answering the really important questions of law, state, and the international community. In the course of one of the numerous talks it was my privilege to have with him during the last years of his life (he died in 1980), he once stated: "It is a fact that only substantive legal philosophy is really worthwhile, isn't it?"

Verdross' doctrinal strength and the compelling force of his

writings have two grounds. First, his approach to law in general and to international law in particular was based on a comprehensive philosophy of life (*Weltanschauung*) and avoided the essential flaw of all positivist doctrine, whether naïve or critical,[\[151\]](#) namely to either ignore the question of justice or to declare it unanswerable. Verdross does not regard the concept of law an isolated idea but as an inherent part of an over-all view of reality, a reality that is not reduced to the limited concept of the natural sciences. Second, Verdross' concept of law is fully in line with the *philosophia perennis*[\[152\]](#) and more especially with the concept of law as expounded by the scholars of the School of Salamanca and applied to international law by Vitoria and Suárez; and the *philosophia perennis* is a philosophy of common sense. Therefore, Verdross had no need to engage in the building up of a complicated [construct of ideas](#) difficult to look through, as is more often than not used to conceal that the construct is only an empty shell. The manner of Verdross' writing corresponds to the advice given in Goethe's *Faust*, namely that there is no need to "be an empty tinkling fool":

Understanding, and true clarity,

Express themselves without art's rule!

And if you mean what you say,

Why hunt for words, anyway?[\[153\]](#)

Verdross' writings are of a brilliant clarity and are cherished by scholars and students alike. His initial training in Kelsen's legal theory may also have been helpful. "What he retained from the Viennese School of legal formalism was undoubtedly its chief merit, namely the highly developed analytical framework for dealing with problems of positive law."[\[154\]](#)

Still, Verdross' influence might have remained limited, had he contented himself with legal philosophy. But for him philosophy was just the basis on which he built his comprehensive international legal doctrine - though a necessary basis: "If I had to find a formula encapsulating the

characteristics of Alfred Verdross' contribution to legal science and philosophy, I would call him a master of *synthesis*: of law and philosophy, of natural law and positivism/empiricism. In fact, those of Verdross' ideas which turned out to have the greatest impact on the doctrine of international law are all thoroughly predicated on legal philosophy: the meaning and origin of general principles of law, the establishment of *ius cogens*, and his monist construction of the relationship between international law and municipal law. I submit that this is precisely what distinguished Verdross most from the other leading public international lawyers of his epoch. Such a permanent grounding of legal thought in philosophy and social theory has almost disappeared nowadays, overtaken by more or less highly specialized legal argumentation which sidesteps the need for such a philosophical basis. [...]. Verdross (would have) followed such approaches with interest and his characteristic tolerance but he would soon have inquired about the relevance of all this for the vital issues of substance. For himself, he never accepted that such questions were beyond reach. [...] In this vein, Verdross was more strongly interested in the philosophical than in the political foundations of international law.”[\[155\]](#)

Verdross' monist construction of a legal cosmos comprising both domestic and international law and his early reference, in this connection, to Francisco de Vitoria has already been dealt with.[\[156\]](#) As regards the general principles of law, it has been said that “the central tenets of Verdross' natural law philosophical basis come to the fore more clearly here than they do in his writings on legal philosophy proper.”[\[157\]](#) Though I believe that Verdross' entire system is permeated by his universalistic view of law derived from the the principles formulated by Vitoria and elaborated by Suárez, I agree that “Verdross' work on general principles deserves a special place” for “the sheer quantity of his writings on the subject. Aside from the substantial chapters in his treatises on this subject, Verdross produced a stream of about 30 contributions throughout his life in which he continually engaged in the testing, revision and

development of his views against a background of intervening practical developments and differing doctrinal voices.”[\[158\]](#)

Against the positivist mainstream of the early twentieth century which regarded Article 38(1)(c) of the Statute of the then Permanent Court of International Justice (now International Court of Justice) according to which the Court shall - in the absence of international treaties and international customary law - apply “the general principles of law recognized by civilized nations”, a mere reference of positive international law to positive domestic law.[\[159\]](#) As against this position, “Verdross endeavors to prove that the positivist assumption of all international law emanating from the consent of States is not based on experience but on a sort of metaphysics. He does so by demonstrating that in the practice of international arbitral tribunals general principles of law had been applied as crystallizations of international justice for several centuries [...] Thus, in international state and arbitral practice, positive international law never figured as a closed consent-based system but from the very outset drew from and referred to principles whose legal validity was not established but presupposed by positive law. [...] These principles derive from the shared legal conscience (*Rechtsbewusstsein*) of the peoples of the world, which Verdross regards as anchored in natural law. These principles derive from the shared legal conscience (*Rechtsbewusstsein*) of the peoples of the world, which Verdross regards as anchored in natural law.”[\[160\]](#)

Yet, the “general principles of law recognized by civilized nations”, as referred to in Article 38(1)(c) of the World Court’s Statute, are only a subsidiary source of international law intended to provide the Court with a basis for deciding cases where no pertinent rule of treaty or customary law[\[161\]](#) can be found and therefore a lacuna has to be filled.[\[162\]](#) By definition - being a subsidiary source - the general principles of law cannot be held against treaty or customary law and thus are not suited to serve as a corrective. Only the principles underlying international law itself - as first formulated by Francisco de

Vitoria - offer such a corrective. It was in this context that Verdross made another important contribution to international legal doctrine by elaborating the notion of *ius cogens*.

For Verdross to do so was only consequent. "For natural law adherents, the claim that in international law, too, there exist certain norms that cannot be derogated from by the will or consent of States *inter se*, will meet with no objections. In fact, even an observer sceptical *vis-a-vis* the possibility of natural law constituting anything like an operative, directly applicable system of rules, might concede that, if natural law considerations were to have any place in legal discourse, it might be that of setting limits to the validity of certain norms of positive law, of depriving them of their claim to authority, whenever they evidently and grossly contradict the postulates of justice."[\[163\]](#) If one can speak of "the recent breakthrough of the idea of *ius cogens*,"[\[164\]](#) the pertinent writings of Verdross before and after World War II[\[165\]](#) certainly have decisively contributed to the creation of doctrinal consciousness of the issue, to an extent that the inclusion of the concept of peremptory norms of international law in connection with invalidity[\[166\]](#) and termination[\[167\]](#) of treaties into the Draft articles of the International Law Commission of 1966[\[168\]](#) appeared to be only logic and its adoption by the United Nations Conference on the Law of Treaties of 1969 did not meet with serious objections.[\[169\]](#) The fact that the concept was strongly supported by developing countries indicates that they considered it a means for the creation of just and equitable international relations by, e.g., the elimination of unequal treaties.[\[170\]](#)

Reception of the concept of *ius cogens* by the Vienna Convention on the Law of Treaties[\[171\]](#) and later codification enterprises was facilitated by the fact that the notion of the peremptory norm of international law as defined in Article 53 gives it a consensual character,[\[172\]](#) because it is based on the recognition "by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted" and

because it may be modified in it the same way. But another fact, namely that the International Law Commission refrained from giving a list of *normae iuris cogentis* (and would not have been able to give an exhaustive one), makes it possible in practice to go back, for the establishment of a peremptory norm of international law, to that source that is also underlying the general principles of law, i.e. the shared legal conscience (*Rechtsbewusstsein*) of the peoples of the world. And this legal conscience – as Verdross has pointed out – is anchored in natural law.[\[173\]](#) Thus, the principles of international law as expounded by Vitoria and elaborated by Suárez, certainly form part of *ius cogens*; and the same applies to their subsequent unfolding in the area of human rights and the peaceful settlement of international disputes[\[174\]](#) to the exclusion of war.[\[175\]](#) Other areas, as, e.g., that of ecology (including the use of dangerous technologies for the generation of energy) and of sustainable development have already followed up or will do so soon; and the principle of “common heritage of mankind” will not be limited to “the seabed and ocean floor and subsoil thereof, beyond the limits of national jurisdiction”[\[176\]](#) but will sooner or later extend to all natural resources worldwide. The fact that some parts of *ius cogens* have been, and still are, recognized only gradually does not question their character, because we have to distinguish between the existence of a principle or rule and its unfolding; the latter depends on objective and subjective circumstances.[\[177\]](#)

Verdross’ view of international law, both as regards the natural principles at its basis and the positive rules complementing them, was laid down in systematic form in his *International law (Völkerrecht)*. The first edition appeared before,[\[178\]](#) the others after World War II.[\[179\]](#) When Antonio Truyol y Serra (1913-2003) translated the *Völkerrecht* into the Spanish language,[\[180\]](#) the application of the ideas of Francisco de Vitoria to contemporary international law by Alfred Verdross was made accessible to, and disseminated in, the Spanish speaking part of the world.

The universalistic approach of Alfred Verdross is also demonstrated in his last great opus, *Universal International Law*, [181] which was published in 1976 and of which Bruno Simma is the co-author who, after Verdross' demise, took care of the second and third edition.[182] In contrast to the traditional system used in treatises of international law, which in a certain way still reflect the systems of the *Institutiones* of Gaius - a manual of Roman law written around 161 AD - and of Grotius' *De iure belli ac pacis*, the *Universal International Law* is divided into three parts, the First Part dealing with the notion, the development and the peculiarities of international law, the Second Part with the constitutional principles of the international community and the Third Part with the reception of the classic principles of international law by the UN Charter and their further development. Three sections of the book[183] deal with the influence of the School of Salamanca, in general, and of Francisco de Vitoria, in particular, on the modern concept of international law.

Since, according to Verdross, the international legal doctrine of Vitoria was based on Christian ideas of solidarity, its renaissance indicated the moving away from the individualistic ideas prevalent in the nineteenth century which had its focus on the sovereignty of the individual state.[184]

Verdross lived to see that considerations of natural justice played an ever greater role in international relations. This is no wonder, given the fact that since the nineteen-sixties of the twentieth century the international community had to come to grips with the process of decolonisation[185] and the problems of the developing countries,[186] two challenges which could not have met by just referring to traditional legal concepts and by making feats within a closed system of legal theory, however brilliant.[187] The adoption of the New International Economic Order by the General Assembly in 1974,[188] together with a Plan of Action and a Charter of Economic Rights and Duties of States,[189] bears witness to this paradigmatic change in international law,[190] as does the fact that the Security Council

has come to regard serious and persistent violation of human rights as much a ground for sanctions against a state as the threat or use of force.[\[191\]](#)

4. Alfred Verdross and the Verdross School

Alfred Verdross is regarded the founder of the Vienna School of International law and Legal Philosophy based on the principles of natural law first applied to international relations by Francisco de Vitoria. So compelling was Verdross' system, free from inherent contradictions and rounded off by arguments from theory and practice alike, that "distance' vis-à-vis Verdross' ideas was not easily to be accomplished in the world of Austrian international legal thinking in which [...] everybody was exposed to and, to a greater or lesser degree, influenced by the teachings of the Viennese master."[\[192\]](#) It is not possible here to give a comprehensive overview of their reflection in the writings of Austrian scholars before and after Verdross' death in 1980. Rather, I shall restrict myself to those who were his close disciples and/or collaborators during his lifetime.

Stephan Verosta (1909-1998) was already Verdross' assistant in the nineteen-thirties. Since the position of assistant then was without remuneration, Verosta at the same time worked in the Department of International Law of the Austrian Foreign Office. He was immediately suspended after the *Anschluss*[\[193\]](#) and not taken over into the German Foreign Office because of "political unreliability". During World War II, Verosta served as a judge. After Austria's re-establishment as a separate state in 1945, Verosta played an important role in the reconstruction of the Austrian diplomatic service. 1951-1953 he was head of the Austrian Mission (Legation) in Budapest. 1953 he was appointed head of the Foreign Office's International Law Department. In this function, he was a close adviser to Foreign Minister Leopold Figl; his idea of Austria accepting a permanent neutrality on the Swiss model, spontaneously developed during the crucial talk between an Austrian governmental delegation and the Soviet government in Moscow in February of 1955,

paved the way for the Austrian State Treaty of 15 May 1955 and Austria's final independence.[\[194\]](#) From 1956 to 1961, Verosta was Austrian ambassador in Warsaw.

Verosta had been habilitated (granted the *venia legendi* as a *Dozent*) at the University of Vienna in 1946. From 1962 up to his retirement in 1980, he held a chair of International Law and Legal Philosophy at the Law Faculty of the University of Vienna as the successor to Alfred Verdross, and also worked as a legal adviser to the Austrian Foreign Office.[\[195\]](#) Verosta, who was author of that part of the 5th edition of Verdross' International Law[\[196\]](#) which dealt with the history of international law,[\[197\]](#) and who had written a book on Iohannes Chrysostomos (344-407), one of the Greek Fathers of the Church[\[198\]](#) - *Johannes Chrysostomos, Philosopher of State and Theologian of History*[\[199\]](#) -, shared with Verdross the catholic background but was less rooted in that part of Old Austrian society that comprised the upper-class bourgeoisie and the lower nobility (Verdross' father was a general of the famous *Kaiserjäger* Regiment,[\[200\]](#) while Verosta's father was director of a *Realschule*, a high-school with main focus on mathematics and descriptive geometry) and, in the retrospective, was critical of the domestic and foreign policy of the Hapsburg monarchy. This is appears from his opus on *Theory and Reality of Alliances*.[\[201\]](#)

Verdross and Verosta differed in their approach to international law insofar as the former looked at state practice through the glass of legal principles while the latter was more ready to take into account political considerations. Many publications of Verosta bear witness to this, especially his collection of the state practice of Austria(-Hungary) between 1859 and 1918,[\[202\]](#) and his writings on the origins and the legal nature of Austria's permanent neutrality.[\[203\]](#) Whether this justifies classifying the first as an international idealist and the latter as an international realist, is doubtful, because Verdross had a stupendous knowledge of positive law both in theory and in practice[\[204\]](#) and was far from being aloof from the

challenges posed by *Realpolitik* (political realism).

Verosta dealt in a number of his writings^[205] with the relevance of natural law for the international community and for the individual on the line of Francisco de Vitoria and the School of Salamanca, either directly as in his article on *Western European international law and the Spanish theologians Vitoria and Suárez*^[206] or indirectly in his publications on the history of international law,^[207] on human rights,^[208] on the teachings of the Catholic Church on international relations and its contribution to world peace,^[209] and, of course, in his various presentations of the life and work of Alfred Verdross.^[210]

Verosta was a member of the International Law Commission 1977-1981 and of the Institut de Droit International. In 1963, he was President of the United Nations Conference on Consular Relations which adopted the Vienna Convention on Consular Relations.^[211]

Ignaz Seidl-Hohenveldern (1918-2001) was an assistant of Alfred Verdross immediately after the Second World War. Like earlier Stephan Verosta, he worked at the same time in the Austrian Foreign Office, in the end as deputy head of the International Law Department. Habilitated (granted *venia legendi*) in 1951, he went to Germany in 1954; first associated, 1958 full professor at the University of the Saarland, he afterwards held a chair of international and public law at the University of Cologne from 1968 to 1981. He used the opportunity of early retirement in order to return to Austria and take up a chair of international law at the University of Vienna which he held from 1981 to 1988.

Seidl-Hohenveldern, who was a Member of the Institut de Droit International and President of the United Nations Conference on the Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts in 1983,^[212] was the author of two renowned textbooks, one on international law^[213] and the other on international organizations,^[214] both of which saw

many editions. Here as in his numerous other writings[215] he equaled Alfred Verdross in his comprehensive knowledge of the doctrine and practice of international law, but was less concerned with general legal philosophy.

Seidl-Hohenveldern emphasized nevertheless the role of both Francisco de Vitoria and Francisco Suárez in the development of theory and practice of public international law. He paid tribute to the former who, for the first time in legal teaching, had made use of the term "*ius inter gentes*" in his famous "*Relectiones de Indis*"[216]. Seidl-Hohenveldern also discussed Vitoria's courageous theory that overseas native rulers have the same legal status as Christian kings. Such teachings made it more difficult for the Spanish Crown and its conquistadores to justify their brutal actions against the indigenous peoples in Central and South America[217]. Furthermore, according to Seidl-Hohenveldern, Francisco Suárez has further developed Vitoria's natural law doctrine to the extent that he postulated the existence of certain "unremovable" (*unverrückbare*) principles in his primary natural law concept in contrast to his secondary natural law concept which allowed some deviations according to the changing requirements in State practice.

Karl Zemanek (born 1929) was the third close collaborator of Alfred Verdross, with an interlude as an assistant at the University of the Saarland from 1954 to 1956. After his return to Austria, he was habilitated (granted the *venia legendi* as a *Dozent*) at the University of Vienna in 1957. There, he was made Associate Professor in 1958, and from 1964 until his retirement 1998 held a chair of international law and international organizations.

As from 1958, Zemanek also worked with the Austrian Foreign Office and was made one of its permanent advisers on questions of international law in 1967. Thus, he was constantly involved in all legal aspects of Austrian foreign relations and confronted with the most recent issues of the law of the

international community, both in the traditional fields and in the area of international organizations. Karl Zemanek is a Member of the Institut de Droit International and was President of two United Nations Conferences for the codification of certain aspects of international law, namely the Conference on the Succession of States in Respect to Treaties (1977/78)[\[218\]](#) and the Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (1986).[\[219\]](#)

Zemanek's extraordinary knowledge of state practice is reflected in his writings which are mostly devoted to the solution of difficult questions of positive international law.[\[220\]](#) However, he followed the line of Verdross with regard to important issues of the theory of international law, as reflected in his essay *On dualistic thinking in international legal doctrine*,[\[221\]](#) in his description of the life and work of Hugo Grotius,[\[222\]](#) and on *General principles of international law*.[\[223\]](#) Zemanek contributed to the 4th and 5th edition of Verdross' *Völkerrecht*, dealing with international administration by supranational and international organizations.[\[224\]](#)

Herbert Schambeck (born 1934) was a disciple of Adolf Merkl (1890-1970), but after the latter's retirement served for a short period, on a recommendation of Alfred Verdross, as assistant to Stephan Verosta in the field of legal philosophy. Following the habilitation (*venia legendi* as a *Dozent*) at the Faculty of Law of the *University of Vienna* in 1964, he joined the Scientific Department of the Austrian Federal Chamber of Commerce in 1965 as a legal consultant. In 1966 he was appointed Associate Professor for Political Science and Austrian Constitutional and Administrative Law at the University of Innsbruck, and from 1967 until retirement in 2002 he was Full Professor of Public Law, Political Science and Legal Philosophy at the University of Linz.

At the same time, Schambeck was Member of the Austrian Federal Council (Second Chamber of Parliament) for Lower

Austria, one of the nine component states of Austria, from 1969 to 1997. He served as a Member of the Presidency of the Austrian Federal Council (alternatively in the functions of President or Vice-President) from 1975 to 1997 and was Chairman of the Fourteenth Federal Assembly 1992. From 1993 to 2009 Schambeck was a *consultor* to the Pontificium Consilium pro Familia and has been a Member of the Pontificia Academia Scientiarum Socialium since the latter's foundation in 1994.[\[225\]](#)

A great number of Schambeck's publications deal with questions of state and law and of European integration from the point of view of legal philosophy and, more particularly, from the natural law perspective, from his first book on *The nature of things*[\[226\]](#) through his numerous writings on the social and legal doctrine of the Catholic Church and its relevance for the doctrine of the various forms of political organization of society both on the national and international level[\[227\]](#) to his lecture on *The School of Salamanca and its significance today* given in the Real Academia de Ciencias Morales y Politicas in Madrid in 1990.[\[228\]](#) Schambeck's affinity to Alfred Verdross and his work is demonstrated in his essay on *Alfred Verdross as legal philosopher and the Viennese School of legal theory*.[\[229\]](#)

Assistants to Stephan Verosta from 1963 and 1965, respectively, but in constant contact with Alfred Verdross were Peter Fischer (born 1939) and the author of the present paper (born 1941), who both worked in the fields of international law and legal philosophy and were among the first in Austria to lecture on the institutions of European integration. Peter Fischer was habilitated (granted the *venia legendi* as a *Dozent*) at the University of Vienna with a study about *International Concessions*[\[230\]](#) in 1973, and the author of this paper in the course of 1974/75 with a book on *The International legal position of the Holy See*.[\[231\]](#) While the latter deals *in extenso* within the bilateral and multilateral relations between the Catholic Church and other members of the international community on the basis of natural and positive international law

and contains many references to the doctrines of Vitoria and Suárez, especially in the context of the need for replacing war, within the international community, by peaceful means for the settlement of international disputes, the former analyses a problem that once had been taken up by Alfred Verdross^[232] but had otherwise been ignored by international legal doctrine, namely the problem of quasi-international agreements.

The problem comes down to this: May a State that has entered into an agreement with a subject of private law – for example by granting a concession for the exploration and the exploitation of natural resources to a foreign company – unilaterally terminate that agreement or alter its conditions? Positivist doctrine of the late nineteenth and early twentieth century would have answered in the affirmative, because it did not regard natural and legal persons as equal to the state and therefore subject to the latter's unfettered exercise of its sovereign rights, including the right to make, change and repeal laws and any other of its legal acts; and granting a concession, whether made in answer to an application or on the basis of a (so-called) agreement, was regarded a mere administrative act. But was it really tenable, in the twentieth century, to take the position that states could ignore vested rights of private law persons and could deal with them as if they were outside the sphere of justice and equity? This question did not only border fundamental rights but went straight to their core; because if states were free to ignore their obligations under such an agreement, what value was still to be attributed to principles of international law like the invalidity of expropriation of foreign nationals unless it is accompanied by prompt, adequate and effective compensation?

Peter Fischer demonstrated that it did not follow from the separate treatment of international law as a *ius inter gentes*, introduced by Francisco de Vitoria in the sixteenth century, that states were permitted to ignore those obligations towards private law persons which existed under the general principles of law recognized by civilized nations.^[233] This was best

secured by recognizing the individual as a subject of international with respect to all rights and obligations which it acquired by an agreements with a foreign state. In the meantime, a duty of the state to respect such rights has been confirmed by international arbitration practice[234] and the concept of the “partial” or “restricted” international legal personality of individuals has become a firm part of the doctrine[235] and practice[236] of international law.

Fischer was appointed associate professor at the Vienna Law Faculty in 1976, and in 1989 attained the status of a full professor. He retired in 2004.

The author of the present study was given the title of Associate Professor in 1979 but left his Viennese position in 1981 when he was made full professor of international law at the Johannes Kepler University of Linz. Still, he continued to teach at the University of Vienna. This was not in the last due to the close cooperation he and Fischer had already entered into in the nineteen-sixties and which found its expression, *inter alia*, in a common series of manuals on *International Law*,[237] *International Organizations*[238] and *European Law*[239] all of which saw various editions.[240] This cooperation continues to this day also at the Danube University of Krems where they have given courses on international law and European integration since these programs were set up there, even before the transformation of the then Scientific Academy of Lower Austria into a University. Fischer also has been teaching at the Comenius University in Bratislava, Webster University in Vienna, and is still teaching at the newly established Paneuropean University in Bratislava. The author of the present paper retired from his chair at the University of Linz in 2009, but continues to teach there both in the Law School’s regular program and in its multi-media program for distance studies and serves as the University’s Permanent Representative for Eastern and South-Eastern Europe.

The author of this study has been adviser to the Permanent

Mission of the Holy See to the United Nations and other international organizations in Vienna since 1971, and Peter Fischer since 1979. From 1981 onwards, both have also been members of this Mission. In this capacity, they represented the Holy See in many international conferences and meetings of organs of international organizations.

Apart from their numerous respective publications dealing with the common good as the *raison d'être* of both the state and the international community and their legal orders,[\[241\]](#) with the sources[\[242\]](#) and the subjects[\[243\]](#) of international law, with international economic law[\[244\]](#) and its historic aspects,[\[245\]](#) with responsibility of states for internationally wrongful acts,[\[246\]](#) with peaceful settlement of international disputes[\[247\]](#) and with the principle of collective security,[\[248\]](#) all of which require confronting basic problems of the international community, Fischer and the author of the present study have endeavored, in the said manuals, to lead the readers to the natural legal principles that are at the basis of the international community and to the origins of international law in the doctrines of Francisco de Vitoria and Francisco Suárez[\[249\]](#) and their development by the doctrine of the Catholic Church in the late nineteenth and the twentieth century.[\[250\]](#) Their various contributions on the life and work of Alfred Verdross also necessarily reflect the importance of the principles elaborated by Francisco de Vitoria at the dawn of modern international law.[\[251\]](#) The monograph of the author of the present paper dealing with the influence of the School of Salamanca on the development of the doctrine of fundamental rights[\[252\]](#) was recognized by the editor of collected Spanish Studies on Legal Theory and Philosophy of Law as an encouraging contribution to the better understanding of the merits of the legal writings of the said school and its representatives, especially those of Francisco Suárez.[\[253\]](#)

When the author of the present paper, then still a law student preparing for the Third State Examination that covered the whole range of public law, from international law through

constitutional law and to administrative law, together with the history and the basic theories of macro-economics, got hold of the fourth edition of Verdross' treatise on international law, he was so fascinated by the view offered there of a legal cosmos that harmoniously fitted into an overall philosophy of the world (*Weltanschauung*) that he decided then and there that he would go for an academic career if possible. During the obligatory practice at the courts and the short time he attended the course organized by the Austrian Federal Chamber of Commerce for those who wanted to prepare for service in one of its permanent representations abroad, he regularly took part in the seminars of Stephan Verosta on international law and on legal philosophy. The papers presented there by him were probably not that bad, because Verosta rang him up one night and offered him the assistantship until then held by Herbert Schambeck[254]. The author regards it an underserved privilege that he was invited by Alfred Verdross towards the end of the latter's life to become co-author of a summary of ideas which had occupied the latter during the by far greater part of his academic life and which have been, and still are, fascinating to the former. The contribution on *Natural Law: The Tradition of Universal Reason and Authority* was unfinished when Verdross died in the spring of 1980; it was completed and sent to the editors by the author of this paper.[255] He bluntly rejected the idea, ventured by the editors that the name of the two co-authors should appear in alphabetical sequence; to have his name written ahead of that of the grand master would have appeared to him something like a sacrilege.

I now turn to Bruno Simma. If he is the last to be dealt with here then because I consider him the most important one. Though born 1941 in Germany, he was brought up in Austria and studied law at the University of Innsbruck where he was, for a short time, junior assistant to Herbert Schambeck and thereafter assistant to Heinrich Kipp (1910-1993). He was habilitated (granted the *venia legendi* as a *Dozent*) in 1971. In 1973 he returned to Germany where he held the chair of

international law at the University of Munich until his retirement in 2006. Simma was also involved in the training of German diplomats and for many years has been, *inter alia*, affiliated as faculty member to the University of Michigan Law School. At the [Hague Academy of International Law](#), he was Director of Studies in 1976 and 1982. From 1987 to 1996, he served as a Member of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights. He was member of the International Law Commission from 1996 to 2003 and judge of the International Court of Justice from 2003-2012. He was member of the arbitral tribunal for the settlement of the border dispute between Croatia and Slovenia in 2012 and presently (2013) serves as chairman of an arbitral tribunal within the system of the International Tribunal for the Law of the Sea in a dispute between Argentina and Ghana.

Simma met Verdross for the first time in 1967 over a disaccord on certain questions of the relationship between municipal and international law, and - notwithstanding the difference in age - they soon developed a closer personal and professional relationship. In Simma's own words, "Verdross turned out to be an extremely liberal 'educator'. He must soon have realized that I had neither a predilection nor the mind to accompany him to the lofty grounds of legal philosophy. And so he chose me as a junior partner for his last great - and decidedly empirical, practice-oriented - literary venture into international law, the *Universelles Völkerrecht*. In this book Verdross deliberately kept the philosophical underpinnings of positive law - his particular concern and strength - to a minimum because, as he told me, he was quite aware that providing *Universelles Völkerrecht* with an explicit and elaborate natural law foundation could have affected the reception of our book by all those who were opposed to the idea of natural law or simply did not care about it."[\[256\]](#) Simma was a congenial companion in this venture who later also edited a renowned Commentary on the Charter of the United Nations.[\[257\]](#)

Simma never became a natural lawyer himself. He

considers himself “an outsider to the philosophy of law, including the tradition of natural law. My position towards the great schools of legal philosophy is rather eclectic: I consider that none of them can give an all-embracing, definite explanation of, or justification for, the phenomenon of law, but I am also convinced that they do not exclude each other, that, on the contrary, each of them can unveil and illuminate aspects of international law which remain inaccessible or off-limits to the other(s).”[\[258\]](#) But this reservation against adopting, in theory, natural law thinking (or any other particular philosophic approach) as the exclusive basis for the doctrine of international law makes Simma an even more credible advocate of the application, in practice, of natural law principles to the problems of today’s international community. For Simma, “natural law arguments fulfill the task of setting limits to the validity of legal norms, of depriving them of their claim to authority, whenever they evidently and grossly contradict the postulates of justice. [... T]o me it does not matter whether, ultimately, such limits are conceived in legal or moral terms; I consider the 'conscience of mankind'[\[259\]](#) or 'elementary considerations of humanity'[\[260\]](#) imperative for international law, irrespective of whether these phenomena are cast in the language of natural law or not.”[\[261\]](#)

Simma deplores that “within international law [...] the little theoretical-philosophical attention the discipline can muster is focused on other issues of a merely formal-analytical nature.” But this will not be the end of the matter: “[U]ltimately, there is no escape from the issue of natural justice. The universalistic philosophy of international law ranging from the Spanish authors of the Golden Age to the works of Alfred Verdross is in need, therefore, of being introduced into the debate on the current political movement from individualism towards the recognition of a true international community.”[\[262\]](#)

Simma’s positive attitude towards the postulates deriving from natural law for the international community and its legal

order has not only permeated his doctrinal writings but is also reflected in his work in important functions within the United Nations system, especially as a member of the International Law Commission, the body set up by the General Assembly for preparing the codification of international law, and as a judge of the World Court. Simma's Declaration to the Court's Advisory Opinion concerning *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*[\[263\]](#) is but a recent example. There, he reproaches the Court for sticking to the obsolete concept of the consensual nature of international law[\[264\]](#) instead of analyzing the substantive side of the problem from the point of view of public law ideas more adequate for the contemporary international community.[\[265\]](#)

Simma's acceptance, if not in theory then in practice, of the principles formulated by the doctrine of natural and international law that goes back to Francisco de Vitoria, rests upon the conviction, confirmed by experience, that men from all peoples and regions have in common the desire to live in peace and security, in freedom, and in welfare. Even in the pluralistic society of today, characteristic for the most highly developed nations, where the authority of the state, of the international community and of their legal orders cannot be based on any particular philosophy or ideology - this is the approach of totalitarian regimes which ignore or combat pluralism - but only on the recognition of a sufficient number of men or states, respectively, experience tells us that this recognition will be granted or withheld depending on whether or not the particular community is able to secure peace and security, freedom and welfare. The common good of the pluralistic society is thus no other than the common good conceived by the classic natural law doctrine.[\[266\]](#)

5. Concluding remarks

Natural law has been stated to be the reflection of universal reason[\[267\]](#) as it appears *semper et ubique*. It finds its

expression in the common sense of men. As long as men will exist, common sense will also exist. And common sense will demand observance of the basic principles of natural law both within the state and within the community of states. Francisco de Vitoria's principles were not only at the origin of modern international law, their impact on the international legal order can still be felt; it is a permanent impact, as these principles will never become outdated.

6. Bibliographie

Ludwig Adamovic, Alfred Verdross - ein Lebensbild, in: Herbert Miehsler/Erhard Mock/Bruno Simma/Ilmar Tammelo (eds.), *Festschrift für Alfred Verdross*, 1980, pp. 3 et seqs.

Rainer Arnold, Aliens, in: Rudolf Bernhardt (ed.) *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. II, Amsterdam etc. 1995, 102 et seqs.

Albert Bleckmann, Decolonisation, in: Rudolf Bernhardt (ed.) *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I, Amsterdam etc. 1992, 972 et seqs.

Yves de la Brière, *Vitoria et Suárez*, Paris 1939

Norbert Brieskorn/Gideon Stiening (eds.), Francisco de Vitorias ›De Indis‹ in interdisziplinärer Perspektive. Interdisciplinary Views on Francisco de Vitoria's ›De Indis‹. *Politische Philosophie und Rechtstheorie des Mittelalters und der Neuzeit*, Abteilung II (Untersuchungen)/3, Hamburg 2011

Eduard Bristler, *Die Völkerrechtslehre des Nationalsozialismus*, Zurich 1938

Kirstin Bunge/Anselm Spindler/Andreas Wagner (eds.), Die Normativität des Rechts bei Francisco de Vitoria. The Normativity of Law According to Francisco de Vitoria. *Politische Philosophie und Rechtstheorie des Mittelalters und der Neuzeit*, Abteilung II (Untersuchungen)/2, Hamburg 2011

Kirstin Bunge/Stefan Schweighöfer/Anselm

Spindler/Andreas Wagner (eds.), Kontroversen um das Recht. Contending for Law. Beiträge zur Rechtsbegründung von Vitoria bis Suárez. Arguments about the Foundation of Law from Vitoria to Suárez. *Politische Philosophie und Rechtstheorie des Mittelalters und der Neuzeit*. Abteilung II (Untersuchungen)/4, Hamburg 2012

Anthony Carty, Alfred Verdross and Othmar Spann: German Romantic Nationalism, National Socialism and International Law, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 78 et seqs.

[Felix Czeike](#) (Hrsg.): *Historisches Lexikon Wien*. Band 6: *Ergänzungsband*, Vienna 2004

Christopher Dawson, *The Making of Europe*, 1st ed. New York 1923

E. Denza, Diplomatic Agents and Missions, Privileges and Immunities, in: Rudolf Bernhardt (ed.) *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I, Amsterdam etc. 1992, pp. 1040 et seqs.

Ernst Engelberg, Les bases ideologiques de la nouvelle conception de droit international de M. Alfred von Verdross, *RGDIP* 46, 1939, pp. 37 et seqs.

John Eppstein, *The Catholic Tradition of the Law of Nations*, London 1935

A. A. Fatouros, Developing States, in: Rudolf Bernhardt (ed.) *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I, Amsterdam etc. 1992, 1017 et seqs.

Peter Fischer, Das internationale Wirtschaftsrecht. Versuch einer Systematik, in: *German Yearbook of International Law*, 1976, pp. 143 et seqs.

Peter Fischer, Die Heiligkeit der Verträge im Zeitalter Machiavellis, in: Alexander Böhm/Klaus Lüderssen/Karl-Heinz Ziegler (eds.), *Idee und Realität des Rechts in der Entwicklung internationale Beziehungen*. Festgabe für Georg Preiser, Berlin

1983, p. 45 *et seqs.*

Peter Fischer, *Die internationale Konzession*, Vienna 1973

Peter Fischer, Die neuen Staaten in Übersee und die obligatorische Streiterledigung, in: *Verfassung und Recht in Übersee*, 1970, pp.7 *et seqs.*

Peter Fischer, Gestaltwandel im Internationalen Wirtschaftsrecht, in: Waldemar Hummer (ed.), *Paradigmenwechsel im Völkerrecht zur Jahrtausendwende*, Vienna 2002, pp. 209 *et seqs.*

Peter Fischer, LIAMCO-Libya, Petroleum Concessions Arbitration (1977), in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. III, Amsterdam-New York-Oxford 1997, p. 208 *et seqs.*

Peter Fischer, Rechtliche Aspekte der Deutschen Einigung, in: *Economy. Das Fachmagazin*, 2 1990, pp. 16 *et seqs.*

Peter Fischer/Heribert Franz Koeck , Das Recht der völkerrechtlichen Verträge nach der zweiten Session der Wiener Vertragsrechtskonferenz der Vereinten Nationen, in: *Österreichische Zeitschrift für Außenpolitik*, 9, 1969, pp. 275 *et seqs.*

Peter Fischer/Heribert Franz Koeck, Das völkerrechtliche Vertragsrecht im Lichte der Ergebnisse der ersten Session der Wiener Vertragsrechtskonferenz der Vereinten Nationen, in: *Österreichische Juristen-Zeitung*, 23, 1968, pp. 505 *et seqs.*

Peter Fischer/Heribert Franz Koeck, *Völkerrecht*, 6th ed. Vienna 2004

Peter Fischer/Heribert Franz Koeck/Margit Maria Karollus, *Europarecht*, 4th ed. Vienna 2002

Peter Fischer/Heribert Franz Koeck/Alfred Verdross (eds.), *Völkerrecht und Rechtsphilosophie. Internationale Festschrift für Stephan Verosta*, Berlin 1980

Johannes Fried, *Das Mittelalter. Geschichte und Kultur*, Munich 2008

Ernesto Garzón Valdez (ed.) *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*, Berlin 1990

Otto von Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorie*, Breslau 1880

Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis*, 1625

Gerhard Hafner/Gerhard Loibl/Alfred Rest/Lilly Sucharipa-Behrmann/Karl Zemanek (eds.) *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honor of his 80th birthday*, The Hague 1998

Johannes Hengstschläger. Heribert Franz Köck/Karl Korinek/Klaus Stern/Antonio Truyol y Serra (eds.), *Für Staat und Recht. Festschrift für Herbert Schambeck*, Berlin 1994

Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1st ed. Berlin 1900

Carl Baron Kaltenborn von Stachau, *Die Vorläufer des Grotius auf dem Gebiete des ius naturae et gentium*, Leipzig 1848

Carl Baron Kaltenborn von Stachau, *Kritik des Völkerrechts nach dem jetzigen Standpunkte der Wissenschaft*, Leipzig 1847

Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten. Rechtslehre. Einführung in die Rechtslehre*, Werke, Vol. VII der „Akademieausgabe“ der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1900 et seqs.

Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925

Hans Kelsen, *Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht*, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 19, 1958, pp. 234 et seqs.

Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1st ed. Leipzig 1934, 2nd ed. Vienna 1960

Hans R. Klecatsky/René Marcic/Herbert Schambeck (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2 vols., 2nd ed. Vienna 2010, Vol. 2, pp. 1984 et seqs.

Heribert Franz Koeck, Alfred Verdross – A Visionary of Contemporary Doctrine and Practice of International Law, in: *Studia Iuridica Torunensia*, 8/2011, pp. 7 et seqs.

Heribert Franz Koeck, *Alfred Verdross – Ein österreichischer Rechtsgelehrter von internationaler Bedeutung*. Schriftenreihe der Niederösterreichischen Juristischen Gesellschaft, Vol. 56, Vienna 1991

Heribert Franz Koeck, Altes und Neues zur clausula rebus sic stantibus, in: Peter Fischer/Heribert Franz Koeck/Alfred Verdross (eds.), *Völkerrecht und Rechtsphilosophie. Internationale Festschrift für Stephan Verosta*, Berlin 1980, pp. 79 et seqs.

Heribert Franz Koeck, Das Selbstbestimmungsrecht der Völker, in: Herbert Schambeck/Rudolf Weiler (eds.), *Der Mensch ist der Weg der Kirche. Festschrift für Johannes Schasching*, Berlin 1992, 305 et seqs.

Heribert Franz Koeck, *Der Beitrag der Schule von Salamanca zur Entwicklung der Lehre von den Grundrechten*, Berlin 1985

Heribert Franz Koeck, Der Beitritt zu völkerrechtlichen Verträgen, in: 20 (NF) *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1970, pp. 217 et seqs.

Heribert Franz Koeck, Der erste Staatszweck in einer pluralistischen Gesellschaft, in: Herbert Miehsler/Erhard Mock/Bruno Simma/Ilmar Tammelo (eds.), *Ius humanitatis. Festschrift für Alfred Verdross zum 90. Geburtstag*, Berlin 1980, pp. 98 et seqs.

Heribert Franz Koeck, Der Souveräne Malteser-Ritter-Orden als Völkerrechtssubjekt, in: Christian Steeb/Birgit Strimitzer

(eds.), *Der Souveräne Malteser-Ritter-Orden in Österreich*, Graz 1999, pp. 282 *et seqs.*

Heribert Franz Koeck, Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts in Art. 9 B-VG, in: Herbert Schambeck (ed.), *Das Bundesverfassungsgesetz und seine Entwicklung*, Berlin 1980, pp. 739 *et seqs.*

Heribert Franz Koeck, Die Beendigung einseitiger Rechtsgeschäfte, in: Bruno Simma/Constanze Schulte (eds.), *Völker- und Europarecht in der aktuellen Diskussion. Akten des 23. Österreichischen Völkerrechtstages*, Vienna 1999, pp. 89 *et seqs.*

Heribert Franz Koeck, Die humanitäre Intervention, in: Gustav Gustenau (ed.), *Humanitäre militärische Intervention zwischen Legalität und Legitimität*, Tagungsband des Instituts für Internationale Friedenssicherung, Vienna 2000, pp. 25 *et seqs.*

Heribert Franz Koeck, *Die völkerrechtliche Stellung des Heiligen Stuhls. Dargestellt an seinen Beziehungen zu Staaten und internationalen Organisationen*, Berlin 1975

Heribert Franz Koeck, Holy See, in: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. II, 1995, 866 *et seqs.*

Heribert Franz Koeck, Leben und Werk des österreichischen Rechtsgelehrten Alfred Verdross, in: 42 *Zeitschrift für öffentliches Recht* 1991, pp. 31 *et seqs.*

Heribert Franz Koeck, Legalität und Legitimität der Anwendung militärischer Gewalt. Betrachtungen zum Gewaltmonopol der Vereinten Nationen und seinen Grenzen, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 54, 1999, pp. 133 *et seqs.*

Heribert Franz Koeck, Questions Related to the Recognition of the European Communities, in: *Austrian Review of International and European Law*, 2, 1997, pp. 49 *et seqs.*

Heribert Franz Koeck, *Recht in der pluralistischen Gesellschaft. Grundkurs über zentrale Fragen von Recht und Staat*, Vienna 1998

Heribert Franz Koeck, Sonstige Völkerrechtssubjekte, in: Hanspeter Neuhold/Waldemar Hummer/Christoph Schreuer (eds.), *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*, vol. 1, 4th ed. Vienna 2004, pp. 228 et seqs.

Heribert Franz Koeck, Staatenverantwortlichkeit und Staatenhaftung im Völkerrecht, in: Heribert Franz Koeck/ Alina Lengauer/Georg Ress (eds.): *Europarecht im Zeitalter der Globalisierung. Festschrift für Peter Fischer*, Vienna 2004, pp. 191 et seqs.

Heribert Franz Koeck, The "Changed Circumstances Clause" After the United Nations Conference on the Law of Treaties (1968/69), in: *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 4, 1974, pp. 93 et seqs.,

Heribert Franz Koeck, *Vertragsinterpretation und Vertragsrechtskonvention. Zur Bedeutung der Artikel 31 und 32 der Wiener Vertragsrechtskonvention 1969*, Berlin 1976

Heribert Franz Koeck, Vita ed opera del giurista austriaco Alfred Verdross, in: Otto Kresten/Adam Wandruszka (eds.), 34/35 *Römische Historische Mitteilungen* 1992/93, pp. 299 et seqs.

Heribert Franz Koeck, Vitoria, in: *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft*, vol. V, 7th ed. Freiburg-Basel-Vienna 1989, pp. 764 et seq.

Heribert Franz Koeck, Zur Interpretation völkerrechtlicher Verträge, in: 53 *Zeitschrift für öffentliches Recht* 1998, pp. 217 et seqs.

Heribert Franz Koeck/Peter Fischer, *Das Recht der Internationalen Organisationen*, 3rd ed Vienna 1997

Heribert Franz Koeck/Cristina Hermida del Llano, La contribución al desarrollo de la Filosofía del Derecho por parte

de la Primera Escuela de Salamanca, in: Cirilo Flórez Miguel/Maximiliano Henrnández Marcos/Roberto Albares Albares (eds.), *La Primera Escuela de Salamanca (1406-1516)*, Salamanca 2012, pp. 223 et seqs.

Heribert Franz Koeck/ Daniela Horn/Franz Leidenmühler, *From Protectorate to Statehood. Self-Determination v. Territorial Integrity in the Case of Kosovo. And the Position of the European Union*, Vienna-Graz 2009

Heribert Franz Koeck/Margit Hintersteininger, Einseitige Rechtsgeschäfte des Völkerrechts – ihr Zustandekommen, ihre Wirkung und ihre Bedeutung, in: Wolfgang Benedek/Hubert Isak/Renate Kicker (Hrsg.), *Development and Developing International and European Law. Festschrift für Konrad Ginther*, Frankfurt/Main–Berlin–Bern–Brussels–New York–Vienna 1999, pp. 85 et seqs.

Luis Legaz y Lacambra, Die Rechtsphilosophie des Francisco Suárez, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 14, 1934, pp. 273 et seqs

Pasquale Stanislao Mancini, *Della nazionalità come fondamento del dritto delle genti*, Torino 1851

Johannes Messner, *Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatesethik und Wirtschaftsethik*, 7th ed. Berlin 1984

Werner Morvay, Unequal Treaties, in: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, 2000, pp. 1008 et seqs.

José Ricardo Pierpauli, Ordo naturae et ordo politicus unter ontotheologischer Perspektive bei Albert dem Großen, in: [Albertus Magnus zum Gedenken nach 800 Jahren : neue Zugänge](#), *Aspekte und Perspektiven*, Berlin 2001, pp. 327 et seqs.

Otto Hermann Pesch, *Thomas von Aquin. Grenze und Größe mittelalterlicher Theologie*, 3rd ed. Mainz 1995

Ernst-Ulrich Petersmann, Charter of Economic Rights and Duties of States, in: Rudolf Bernhardt (ed.) *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I, Amsterdam etc. 1992, 561 et seqs.

Samuel von Pufendorf, *De iure naturae et gentium libri octo*, 1672. German edition: *Acht Bücher vom Natur- und Völker-Rechte*, Frankfurt/Main 1711

Ernst Reibstein, *Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca. Untersuchungen zur Ideengeschichte des Rechtsstaates und zur altprotestantischen Naturrechtslehre*, Karlsruhe 1955

Ernst Reibstein, *Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts: Studien zu den "Controversiae illustres" des Fernandus Vasquius (1559)*, Bern 1949

Nicolas Rescher, Hypothese. III., in: Joachim Ritter (ed.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, vol. 3, Darmstadt 1974, p. 1266

Robert Rie, Europäisches Konzert, in: Karl Strupp/Hans-Jürgen Schlochauer (eds.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, vol. I, Berlin 1960, pp. 491 et seqs.

Walter Rudolf, *Völkerrecht und deutsches Recht*, Tübingen 1967

Georges Scelle (1878-1961), *Manuel élémentaire de droit international public*, Paris 1943

Herbert Schambeck, Alfred Verdross als Rechtsphilosoph und die Wiener Rechtstheoretische Schule, in: Peter Fischer/Margit Maria Karollus/Sigmar Stadlmeier (eds.), *Die Welt im Spannungsfeld zwischen Regionalisierung und Globalisierung. Festschrift für Heribert Franz Koeck*, Vienna 2009, 527 et seqs.

Herbert Schambeck, *Die Natur der Sache. Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung*, Vienna 1964

Herbert Schambeck, *Kirche, Staat und Demokratie. Ein Grundthema der katholischen Soziallehre*, Berlin 1992

Herbert Schambeck, *La dignité de l'homme dans l'enseignement de l'Église catholique*, Strasbourg 2010

Herbert Schambeck, La escuela de Salamanca y su significación hoy, in: *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Año XLII, No. 67, Madrid 1990, pp. 85 et seqs.

Herbert Schambeck, *Recht - Glaube - Staat*. Collected Essays, *Festgabe for Herbert Schambeck*, ed. by Hans Walther Kaluza/Johann Penz/Martin Strimitzer/Jürgen Weiss), 4th ed. Vienna 1997

Herbert Schambeck/ Cristina Hermida del Llano, La recepción del iusnaturalismo tomista en la primera Escuela de Salamanca, in: Andrés Ollero/Cristina Hermida del Llano (coords.), *La Libertad Religiosa en España y en el derecho comparado*, Madrid 2012, pp. 147 et seqs.

Lilly Sucharipa-Behrmann et al. (eds.), *Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Realität*, *Festschrift für Karl Zemanek*, Berlin 1994

Theodor Schieder, Paris Peace Treaty (1856), in: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, 1998, pp. 890 et seqs.

James Brown Scott, *The Catholic conception of international law: Francisco de Vitoria, founder of the modern law of nations; Francisco Suárez, founder of the modern philosophy of law in general and in particular of the law of nations; a critical examination and a justified appreciation*, Georgetown 1934

Roger Scruton, *Spinoza: A Very Short Introduction*, 1986, 2nd ed. 2002 Oxford 2002

Ignaz Seidl-Hohenveldern, Alfred Verdross (1890-1980). Biographical Note with Bibliography, in: *European Journal of*

International Law 6, 1995, pp. 103 et seqs.

Ignaz Seidl-Hohenveldern, *Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der supranationalen Gemeinschaften*, 5th ed. Cologne-Berlin-Bonn-Munich 1992 (with Gerhard Loibl)

Ignaz Seidl-Hohenveldern, *Völkerrecht*, 8th ed., Cologne-Berlin-Bonn-Munich 1994

Bruno Simma (ed.), *Charta der Vereinten Nationen. Kommentar*, Munich 1991

Bruno Simma et al. (eds.) *Commentary on the Charter of the United Nations*, 3rd. ed. Oxford 2012

Bruno Simma, The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 33 et seqs.

Christian Tomuschat, New International Economic Order, in: Rudolf Bernhardt (ed.) *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. III, Amsterdam etc. 1997, pp. 578 et seqs.

Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899

Antonio Truyol y Serra, *Die Grundsätze des Völkerrechts bei Francisco de Vitoria*, 1947

Antonio Truyol y Serra, La conception de la paix chez Vitoria, in : *Recueil de la Société Jean Bodin*, Vol. 15, 1961, pp. 241 et seqs.

Antonio Truyol y Serra & P. Foriers, *La conception de la paix chez Vitoria. L'organisation de la paix chez Grotius*, Paris 1987

Alfred Vanderpol, *La doctrine scolastique du droit de guerre*, Paris 1919

Alfred Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie*, 2nd ed. Vienna 1963

Alfred Verdross, *Derecho internacional público*, traducción

castellana/directa, con notas y bibliografía adicionales por Antonio Truyol y Serra, Madrid , 3rd. ed. 1955, 4th ed. 1963, 5th ed. 1967.

Alfred Verdross, Der klassische Begriff des *bonum commune* und seine Entfaltung zum *bonum commune humanitatis*, 28 *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1977), pp. 143 et seqs.

Alfred Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf der Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tübingen 1923

Alfred Verdross, *Die Entstehung der christlichen Völkerrechtslehre und ihre Entfaltung durch die Päpste sowie durch das Zweite Vatikanische Konzil*, „Ruf und Antwort“, Schriftenreihe des Cartellverbandes der katholischen österreichischen Studentenverbindungen, des Cartellverbandes der Katholischen deutschen Studentenverbindungen und des Schweizerischen Studentenvereins, Heft 8, Vienna 1969

Alfred Verdross, *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, Freiburg/Br. 1973

Alfred Verdross, Die sittlichen Grundlagen des modernen Völkerrechts, in: *Das neue Reich. Wochenschrift für Kultur, Politik und Volkswirtschaft*, Vol. 13/I, 1930/31, 225 et seqs.

Alfred Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Vienna-Berlin 1926.

Alfred Verdross, Erneuerung und Entfaltung der klassischen Völkerrechtslehre durch Pius XII., in: Herbert Schambeck (ed.), *Pius XII. zum Gedächtnis*, Berlin 1977, pp. 703 et seqs.

Alfred Verdross, Forbidden Treaties in International Law, *American Journal of International Law*, 31, 1937, pp. 571 et seqs.

Alfred Verdross, Quasi-International Agreements and International Economic Transactions, in: *Yearbook of World Affairs*, 18, 1964, pp. 230 et seqs.

Alfred Verdross, Gibt es Verträge, die weder dem innerstaatlichen noch dem Völkerrecht unterliegen? in: *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1966, pp. 301 et seqs.

Alfred Verdross, Grundlagen und Grundsätze des Völkerrechts in christlicher Schau, in: *Schönere Zukunft*, Vol. XIII, No. 16, 1938, pp. 385 et seqs.

Alfred Verdross, *Grundlinien der antiken Rechtsphilosophie*, 2nd ed. Vienna 1948

Alfred Verdross, Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law, *American Journal of International Law*, 60, 1966, pp. 55 et seqs.

Alfred Verdross, Quasi-International Agreements and International Economic Transactions, in: *Yearbook of World Affairs*, 18, 1964, pp. 230 et seqs.

Alfred Verdross, *Statisches und dynamisches Naturrecht*, Freiburg/Br. 1971

Alfred Verdross, *Völkerrecht*, 5th Vienna 1964

Alfred Verdross, Völkerrecht und einheitliches Rechtssystem. Kritische Studie zu den Völkerrechtstheorien von Max Wenzel, Hans Kelsen und Fritz Sanders, *Zeitschrift für Völkerrecht*, 12, 1923, pp. 405 et seqs.

Alfred Verdross/Heribert Franz Koeck, *Natural Law: The Tradition of Universal Reason and Authority*, in: R. St. J. Macdonald/Douglas M. Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law: Modern Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, Den Haag-Boston-Lancaster 1983, pp. 17 et seqs.

Alfred Verdross/Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 1st ed. Berlin 1976

Stephan Verosta, Alfred Verdross – Leben und Werk, in: Friedrich August Freiherr von der Heydte/Ignaz Seidl-

Hohenveldern/Stephan Verosta/Karl Zemanek (eds.), *Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross*, Vienna 1960, pp. 1 et seqs.

Stephan Verosta, Alfred Verdross - Vita e Opere, in: *Annuario di diritto internazionale*, 1965, pp. 563 et seqs.

Stephan Verosta, Das Völkerrecht des Abendlandes und die spanischen Theologen Vitoria und Suárez, in: *Schönere Zukunft*, 11, 1936, pp. 1163 et seq. and pp. 1200 et seq.

Stephan Verosta, Das Völkerrecht und die Vereinten Nationen in der Enzyklika *Pacem in Terris*, in: Rudolf Weiler/Jakob Weinbacher (eds.), *Die Friedensencyklika Johannes XXIII. Pacem in Terris*, Vienna 1974, pp. 72 et seqs.

Stephan Verosta, Der Heilige Stuhl, die Internationalen Organisationen und der Friede, in: Donato Squicciarini (ed.), *Die Weltfriedensbotschaften Papst Pauls VI.*, Berlin 1979, pp. 255 et seqs.

Stephan Verosta, *Die dauernde Neutralität. Ein Grundriss*, Vienna 1967

Stephan Verosta, Holy Alliance, in: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, 1995, pp. 861 et seqs.

Stephan Verosta, *Johannes Chrysostomos - Staatsphilosoph und Geschichtstheologe*, Graz-Vienna-Cologne 1960

Stephan Verosta, Naturrecht und Menschenrechte, in: *Akten des XIV. Internationalen Kongresses für Philosophie (1969)*, vol. 5, Vienna 1970, pp. 255 et seqs.

Stephan Verosta, Regionen und Perioden der Geschichte des Völkerrechts, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 30, 1979, pp. 1 et seqs.

Stephan Verosta, [Theorie und Realität von Bündnissen : Heinrich Lammasch, Karl Renner und der Zweibund \(1897-](#)

[1914](#)), Vienna 1971

Stephan Verosta/Ignaz Seidl-Hohenveldern, *Die völkerrechtliche Praxis der Donaumonarchie von 1859 bis 1918: Eine Auswahl von Dokumenten*, 2 vols., Vienna 1996

Francisco de Vitoria, *Relectiones XII Theologicae in duo libros distinctae*, Antwerp 1604

Carl Werner, *Franz Suárez und die Scholastik der letzten Jahrhunderte*, 2 vols., Regensburg 1889

Merolf Westphal, Hegel between Spinoza and Derrida, in: David A. Duquette (ed.), *History of Philosophy - New Interpretations*, Albany (N.Y.) 2003, pp. 143 et seqs

Christian Wolff, *Jus naturae and Jus Gentium*, 1740–1749

Christian Wolff *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractum*, 1749

Karl Zemanek, Allgemeine Rechtsgrundsätze, in: *Staatslexikon*, 6th ed., vol. 1, Freiburg-Basel-Vienna 1957, pp. 255 et seqs.

Karl Zemanek, Grotius, in: *Die Großen der Weltgeschichte*, vol. 5, Zurich 1974, pp. 645 et seqs.

Karl Zemanek, Über das dualistische Denken in der Völkerrechtswissenschaft, in: Friedrich August Freiherr von der Heydte/Ignaz Seidl-Hohenveldern/Stephan Verosta/Karl Zemanek (eds.), *Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross*, Vienna 1960, pp. 321 et seqs.

[1] While In the course of history, the unity of the Church has suffered from a long line of schisms of which that of 1054 between the Latin and the Greek Church had been the most important one before the Reformation and the emergence of separate churches in the protestant states and territories.

[2] Kaltenborn, Kritik des Völkerrechts nach dem jetzigen Standpunkte der Wissenschaft, 1847, p. 24.

- [3] This is all the more surprising as Kaltenborn, in his later publication *Die Vorläufer des Grotius auf dem Gebiete des ius naturae et gentium*, 1848, had to concede that the ideas of the representatives of the School of Salamanca were at the origin of the modern system of international law.
- [4] Kaltenborn, *Kritik des Völkerrechts*, 1847, p. 24.
- [5] Cf., in particular, his *De iure naturae et gentium libri octo*, 1672. German edition: *Acht Bücher vom Natur- und Völker-Rechte*, 1711.
- [6] Cf., e.g., Werner, *Franz Suárez und die Scholastik der letzten Jahrhunderte*, 2 vols., 1889.
- [7] AAS XV, 1923, pp. 309 *et seqs.*
- [8] Cf. Reibstein, *Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca. Untersuchungen zur Ideengeschichte des Rechtsstaates und zur altprotestantischen Naturrechtslehre*, 1955, p. 25. This view was already propounded by von Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorie*, 1880.
- [9] *LA doctrine scolastique du droit de guerre*, 1919.
- [10] The Catholic conception of international law: Francisco de Vitoria, founder of the modern law of nations; Francisco Suárez, founder of the modern philosophy of law in general and in particular of the law of nations; a critical examination and a justified appreciation, 1934.
- [11] Die Rechtsphilosophie des Francisco Suárez, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 14, 1934, pp. 273 *et seqs.*
- [12] *The Catholic Tradition of the Law of Nations*, 1935.
- [13] *Vitoria et Suárez*, 1939.
- [14] *Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts: Studien zu den "Controversiae illustres" des Fernandus Vásquius (1559)*, 1949.
- [15] *Die Grundsätze des Völkerrechts bei Francisco de Vitoria*, 1947; id., La conception de la paix chez Vitoria, in: *Recueil de la Société Jean Bodin*, Vol. 15, 1961, pp. 241 *et seqs.*; Truyol y Serra & Foriers, *La conception de la paix chez Vitoria. L'organisation de la paix chez Grotius*, 1987.
- [16] For more recent publications on the life and work of Alfred Verdross, cf. Adamovic, Alfred Verdross – ein Lebensbild, in: Miehsler/Mock/Simma/Tammelo (eds.), *Festschrift für Alfred Verdross*, 1980, pp. 3 *et seqs.*; Koeck, Leben und Werk des österreichischen Rechtsgelehrten Alfred Verdross, in: *42 Zeitschrift für öffentliches Recht* 1991, pp. 31 *et seqs.*; id., *Alfred Verdross – Ein österreichischer Rechtsgelehrter von internationaler Bedeutung*. Schriftenreihe der Niederösterreichischen Juristischen Gesellschaft, Vol. 56, 1991; id., Vita ed opera del giurista austriaco Alfred Verdross, in: Kresten/ Wandruszka (eds.), *34/35 Römische Historische Mitteilungen* 1992/93, pp. 299 *et seqs.*; Simma, The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 33 *et seqs.*; Seidl-Hohenveldern, Alfred Verdross (1890-1980). Biographical Note with Bibliography, in: *European Journal of International Law* 6, 1995, pp. 103 *et seqs.* See also, especially in connection with the topic dealt with in this paper, Schambeck, Alfred Verdross als Rechtsphilosoph und die Wiener Rechtstheoretische Schule, in: Fischer/Karollus/Stadlmeier (eds.), *Die Welt im Spannungsfeld zwischen Regionalisierung und Globalisierung. Festschrift für Heribert Franz Koeck*, 2009, 527 *et seqs.*; Koeck, Alfred Verdross – A Visionary of Contemporary Doctrine and Practice of International Law, in: *Studia Iuridica Torunensia*, 8/2011, pp. 7 *et seqs.*
- [17] Cf. *Reine Rechtslehre*, 2nd ed. Vienna 1960, in particular pp. 223 *et seqs.*

[18] *Ibid.*, in particular pp. 389 et seqs.

[19] *Ibid.*, in particular pp. 435 et seqs. and *passim*.

[20] The only exception Kelsen would have permitted was a command of God; but since he declared himself unable to recognise the existence of God, for him this possibility did not exist.

[21] Cf. Schambeck, Alfred Verdross als Rechtsphilosoph und die Wiener Rechtstheoretische Schule, in: Fischer/ Karollus/Stadlmeier (eds.), *Die Welt im Spannungsfeld zwischen Regionalisierung und Globalisierung. Festschrift für Heribert Franz Koeck*, 2009, 527 et seqs., at 537 et seq.

[22] Cf. *Reine Rechtslehre*, in particular pp. 5 et seqs., pp. 215 et seqs., and pp. 429 et seqs.

[23] A hypothesis (classic Greek: *ὑπόθεσις*, *hypóthesis* = ‚supposition‘, ‚pre-condition‘, ‚basis‘) is a statement which may be valid but so far has not yet been verified or falsified. As a rule, a hypothesis is considered an assumption that can either be proved by logical reasoning or at least can be supported by empirical experience, or which can be refuted by the same means. Cf. Rescher, Hypothese. III., in: Ritter (ed.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, vol. 3, 1974, p. 1266.

[24] Kelsen probably did not like to call his basic norm a fictitious norm, perhaps because doing so would have constantly reminded of the fact that his theory of law had no foundation in reality. However, by speaking of a hypothetical instead of a fictitious basic norm the impression could be created that Kelsen's basic norm might still have some reality and might therefore be able to give a real basis to the law although, of course, this was not the case. It would go too far to say that Kelsen directly intended such impression for those who would not be ready to engage in legal theory, but he put up with it.

[25] By incorporating, instead of the doctrine of just and unjust war (*bellum iustum et iniustum*), positive prohibitions of war, which were easily circumvented. Cf. Koeck/Fischer, *Das Recht der Internationalen Organisationen*, 3rd ed. 1997, pp. 169 et seqs.

[26] Cf. Fischer/Koeck, *Völkerrecht*, 6th ed. 2004, p. 69; the „general principles of law“ as listed as a subsidiary source of international law in Article 38, No. 1, lit. c, of the Statute, were but an attempt to avoid any reference to natural law or justice.

[27] Cf. *infra*, at fns. 43 et seqs.

[28] *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899.

[29] Cf. Fischer/Koeck, *Völkerrecht*, 6th ed. 2004, p. 42.

[30] Cf. Fischer/Koeck, *Völkerrecht*, 6th ed. 2004, pp. 271 et seqs.; Denza, Diplomatic Agents and Missions, Privileges and Immunities, in: Bernhardt (ed.) *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I, 1992, pp. 1040 et seqs.

[31] Cf. *ibid.*, *Völkerrecht*, 6th ed. 2004, pp. 150 et seqs.; Arnold, Aliens, in: Bernhardt (ed.) *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. II, 1995, 102 et seqs.

[32] For Kelsen, this issue was so important that he kept coming back to it. See Kelsen, Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 19, 1958, pp. 234 et seqs. This contribution to the renowned Journal of the Max Planck Institute for Foreign Public Law and Public International Law did not prevent Rudolf, *Völkerrecht und deutsches Recht*, 1967, from adopting a neo-dualistic approach to the relationship between international law and German law.

[33] To avoid any misunderstanding, it should be noted that the terms monism and dualism, as used in international legal doctrine, have nothing to do with the notions behind the terms as used in philosophy and theology where they indicate systems based on only one principle (either the mind [spirit] or the matter) or on

two principles (mind [spirit] and matter).

[34] Cf. Verdross, *Völkerrecht und einheitliches Rechtssystem. Kritische Studie zu den Völkerrechtstheorien von Max Wenzel, Hans Kelsen und Fritz Sanders*, *Zeitschrift für Völkerrecht*, 12, 1923, pp. 405 *et seqs.*; *id.*, *Völkerrechtsgemeinschaft und Bundesstaat. Ein Beitrag zur Gliederung des einheitlichen Rechtssystems*, *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* 2, 1927/28, pp. 15 *et seqs.*

[35] According to Simma, *The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law*, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 33 *et seqs.*, at pp. 44 *et seqs.*, “the monism represented by Verdross rests upon [...] a specific adoption of the universalistic conception of international law [...]. On this basis, it advocates the unity of international and domestic law, with international law enjoying primacy. The roots of this theory emerged almost simultaneously in The Netherlands, France and Austria.”

[36] *Ibid.*, at p. 45.

[37] In this regard, he followed Duguit (1859-1928), whose most renowned student, Scelle (1878-1961), reached the conclusion that international law overrides any municipal law conflicting with it; *Manuel élémentaire de droit international public*, 1943, p. 21: “Le droit international prime le droit étatique”.

[38] Cf. Verdross, *Völkerrecht*, 5th Vienna 1964, pp. 111 *et seqs.*

[39] Simma, *The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law*, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 33 *et seqs.*, at p. 46.

[40] *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf der Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, 1923.

[41] *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926.

[42] „Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des Einen mit der Willkür des Anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“ Kant, *Metaphysik der Sitten. Rechtslehre. Einführung in die Rechtslehre*, Werke, 1900 *et seqs.*, vol. VII, p. 337.

[43] Cf. Verdross, *Völkerrecht*, 5th ed. 1964, pp. 13 *et seqs.* (“Die Rechtsidee”).

[44] Rather, in his early years, he had been fascinated by neo-Kantian philosophy as applied to the world of law by Kelsen.

[45] Simma, *The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law*, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 33 *et seqs.*, at p. 35.

[46] *Ibid.*, at p. 37.

[47] Cf. Schambeck, *Alfred Verdross als Rechtsphilosoph und die Wiener Rechtstheoretische Schule*, in: Fischer/ Karollus/Stadlmeier (eds.), *Die Welt im Spannungsfeld zwischen Regionalisierung und Globalisierung. Festschrift für Heribert Franz Koeck*, 2009, 527 *et seqs.*, at 540 *et seq.*

[48] Cf. Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie*, 2nd ed. 1963, pp. 78 *et seqs.*

[49] “To dwell on the topic of the ideas and forces which had an influence on Verdross's thinking, [...] Catholicism [...] provided a fitting, if not essential, foundation for his natural law philosophy as well as for his universalistic view of international law.” Simma, *The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law*, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 33 *et seqs.*, at p. 37. However, Verdross remained reserved vis-à-vis what has been described by Carty “[t]he reactionary quality of political Christianity [...] central to the Austrian regime of 1934-38, similar to the authoritarian regimes in Portugal and Spain. The Vatican, the Episcopate and Clergy of Austria stood relatively firmly behind the regime.⁸⁸ It wished to put the socio-economic clock back to an ideal medieval *Stände* society where each knew his place. The social basis of this political Catholicism was among farmers, small business people and particularly, the

dominant civil service.” Carty, Alfred Verdross and Othmar Spann: German Romantic Nationalism, National Socialism and International Law, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 78 et seqs., at pp. 93 et seq. It is therefore completely unfounded that Carty call this “very much Verdross' world”. *Ibid.*, p. 94.

[50] Cf., e.g., Verdross, Grundlagen und Grundsätze des Völkerrechts in christlicher Schau, in: *Schönere Zukunft*, Vol. XIII, No. 16, 1938, pp. 385 et seqs.; id., *Die Entstehung der christlichen Völkerrechtslehre und ihre Entfaltung durch die Päpste sowie durch das Zweite Vatikanische Konzil*, „Ruf und Antwort“, Schriftenreihe des Cartellverbandes der katholischen österreichischen Studentenverbindungen, des Cartellverbandes der Katholischen deutschen Studentenverbindungen und des Schweizerischen Studentenvereins, Heft 8, Vienna 1969; and id., Erneuerung und Entfaltung der klassischen Völkerrechtslehre durch Pius XII., in: Schambeck (ed.), *Pius XII. zum Gedächtnis*, 1977, pp. 703 et seqs.

[51] Cf. Schambeck, Alfred Verdross als Rechtsphilosoph und die Wiener Rechtstheoretische Schule, in: Fischer/ Karollus/Stadlmeier (eds.), *Die Welt im Spannungsfeld zwischen Regionalisierung und Globalisierung. Festschrift für Heribert Franz Koeck*, 2009, 527 et seqs., at p. 532 et seqs.

[52] Leibniz, *Letter to Remond*, 26 August 1714; cf. Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie*, 2nd ed. 1963, p. 137.

[53] Cf. Verdross, *Grundlinien der antiken Rechtsphilosophie*, 2nd ed. 1948, pp. 60 et seqs.

[54] Cf. *ibid.*, pp. 69 et seqs.

[55] Cf. *ibid.*, pp. 126 et seqs.

[56] Cf. Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie*, 2nd ed. 1963, pp. 48 et seqs.

[57] Cf. *ibid.*, pp. 62 et seqs.

[58] Cf. *ibid.*, pp. 71 et seqs.

[59] Cf. *ibid.*, pp. 92 et seqs.

[60] Cf. Reibstein, *Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts. Studien zu den „Controversiae illustres“ des Fernandus Vasquius (1559)*, 1949, Chapter II: Die Spanische Schule und Grotius., pp. 9 et seqs. Cf. also Koeck, *Der Beitrag der Schule von Salamanca zur Entwicklung der Lehre von den Grundrechten*, 1985, pp. 23 et seqs.

[61] Cf. Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie*, 2nd ed. 1963, pp. 112 et seqs.

[62] Cf. *ibid.*, pp. 128 et seqs.

[63] Cf. *ibid.*, pp. 138 et seqs.

[64] *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf der Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, 1923.

[65] *Ibid.*, pp. 19 et seq.

[66] *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926

[67] *Ibid.*, p. 24.

[68] Verdross, Die sittlichen Grundlagen des modernen Völkerrechts, in: *Das neue Reich. Wochenschrift für Kultur, Politik und Volkswirtschaft*, Vol. 13/1, 1930/31, 225 et seqs.

[69] Augustinus, *De civitate Dei*, IV, c. 15.

[70] The [Visigoths](#) invaded Italy and [sacked Rome](#) in 410; and the Vandals who had crossed over to Africa in 429 conquered the Western part of North Africa. Augustine died 430 during the siege of Hippo Regius, his

episcopal see.

[71] Charlemagne had stamped on all Carolingian coins "renovatio imperii romani". Cf. Dawson, *The Making of Europe*, 1st ed. 1923, Chapter XII: The Restoration of the Western Empire and Carolingian Renaissance, pp. 214 *et seqs.*; Fried, *Das Mittelalter. Geschichte und Kultur*, 2008, Chapter III: Karl der Große und die erste „Renovatio imperii Romanorum“, pp. 58 *et seqs.*

[72] This is shown by the famous "hic sunt leones" remark on the maps of the time.

[73] Since during the middle ages it was the prevalent theological opinion that no one could be saved without having been baptized, and since no one could ask for baptism who had not heard of Jesus and his teachings, it was assumed that everyone was granted the opportunity to be informed about the gospel, and be it by some supernatural vision or apparition (*e.g.*, the visitation by an angel). Cf. Pesch, *Thomas von Aquin. Grenze und Größe mittelalterlicher Theologie*, 3rd ed. 1995, Chapter III: Der Waldmensch oder: Die Welt des Thomas von Aquin, pp. 52 *et seqs.*

[74] This Spanish [humanist](#), [historian](#) and translator, a Dominican like Vitoria, defended, in his *Democrates alter*, the right of Spain to wage war against the Indios and to enslave them on the ground that the natives lacked reason and were thus an inferior human race. Sepúlveda took the same position in a debate with [Bartolomé de Las Casas](#) on the future treatment of the Indios, the famous *Junta de Valladolid* of 1550/51.

[75] They appeared only posthumously, the *Relectiones XII Theologicae in duo libros distinctae* in Antwerp 1604.

[76] Cf. *supra*, at fns. 1 *et seqs.*

[77] *Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau*, 2nd ed. Vienna 1963.

[78] *Ibid.*, pp. 93 *et seqs.*

[79] Cf. Schambeck/ Hermida del Llano, La recepción del iusnaturalismo tomista en la primera Escuela de Salamanca, in: Ollero/ Hermida del Llano (coords.), *La Libertad Religiosa en España y en el derecho comparado*, 2012, pp. 147 *et seqs.*

[80] Cf. Koeck/Hermida del Llano, La contribución al desarrollo de la Filosofía del Derecho por parte de la Primera Escuela de Salamanca, in: Flórez Miguel/ Henrnández Marcos/ Albares Albares (eds.), *La Primera Escuela de Salamanca (1406-1516)*, 2012, pp. 223 *et seqs.*

[81] Albertus Magnus, *De bono*, tr. 5, qu. 3, a. 1. Cf. Pierpauli, Ordo naturae et ordo politicus unter ontotheologischer Perspektive bei Albert dem Großen, in: [Albertus Magnus zum Gedenken nach 800 Jahren: neue Zugänge](#), *Aspekte und Perspektiven*, Berlin 2001, pp. 327 *et seqs.*

[82] Cf. Koeck, Vitoria, in: *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft*, 7th ed., vol. V, 1989, pp. 764 *et seq.*

[83] Erasmus himself was no follower of scholastic theology; he pleaded for the *pholosophia Christi* which is accessible to all.

[84] See *infra*, at fns. 120 *et seqs.*

[85] Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie*, p. 92.

[86] He is also referred to as Peter of Brussels. A disciple of [John Mair](#) (1467–1550), he originally adhered to nominalism (*via moderna*), as initiated by [William of Ockham](#) (1288-1347). Later he joined the [Dominican Order](#) and turned back to moderate realism (*via antiqua*) on the line of orthodox [Thomism](#).

[87] *Sent.* III, dist. 29, art. 7

- [88] Vitoria, *De potestate civile*, 8.
- [89] Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie*, p. 93.
- [90] *Relectio de Indis*, tit. leg. 2: “Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit vocatur ius gentium.” This *ius gentium* differs from the *ius gentium* of the Ancient Romans as defined by Gaius, *Institutiones* 1,1: “Every people (*populus*) that is governed by statutes and customs (*leges et mores*) observes partly its own peculiar law and partly the common law of all mankind. That law which a people established for itself is peculiar to it and is called *ius civile* (civil law) as being the special law of that *civitas* (state), while the law that natural reason establishes among all mankind is followed by all peoples alike, and is called *ius gentium* (law of nations, or law of the world) as being the law observed by all mankind. Thus the Roman people observes partly its own peculiar law and partly the common law of all mankind.” The term *ius inter gentes* has been received into the international legal terminology of most languages; cf., e.g., international law, *droit international*, *derecho internacional*, *diritto internazionale*. Unfortunately, German terminology still uses the term *Völkerrecht* which is not misleading for the only reason that most people are not aware of the original meaning of *ius genium*.
- [91] See Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie*, p. 93, fn. 4. See also Brieskorn/ Stiening (eds.), Francisco de Vitorias ›De Indis‹ in interdisziplinärer Perspektive. Interdisciplinary Views on Francisco de Vitoria's ›De Indis‹. *Politische Philosophie und Rechtslehre des Mittelalters und der Neuzeit*, Abteilung II (Untersuchungen)/3, 2011.
- [92] Summed up by Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie*, pp. 93 et seqs. See the following.
- [93] Vitoria, *De potestate civili*, 5: “finis et origo civitatum [...] a natura profectum ».
- [94] Vitoria, *De Indis* III, tit. leg. 3: “Inter homines omnes cognationum quandam natura constituit.”
- [95] *Ibid.*, III, 4; also Vitoria, *De iure belli* 9. See Bunge/ Spindler/ Wagner (eds.), Die Normativität des Rechts bei Francisco de Vitoria. The Normativity of Law According to Francisco de Vitoria. *Politische Philosophie und Rechtslehre des Mittelalters und der Neuzeit*, Abteilung II (Untersuchungen)/2, 2011.
- [96] *De potestate civili* 21.
- [97] *De Indis* II, 1 and 2.
- [98] In *De Indis* III, 1-2, Vitoria speaks of a *titulus naturalis societatis et communicationis*.
- [99] *Ibid.*
- [100] *Ibid.*, III 6.
- [101] *Ibid.*
- [102] Vitoria, *De iure belli* 13: “Unica et sola causa inferrendi bellum, iniuria accepta.”
- [103] *De Indis*, III, 12
- [104] *Ibid.*, III, 15.
- [105] *Ibid.*, III, 13: “non solum titulus religionis, sed amicitiae et societatis humanis.”
- [106] Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie*, p. 95.
- [107] See Bunge/ Schweighöfer/ Spindler/ Wagner (eds.), Kontroversen um das Recht. Contending for Law. Beiträge zur Rechtsbegründung von Vitoria bis Suárez. Arguments about the Foundation of Law from Vitoria to Suárez. *Politische Philosophie und Rechtslehre des Mittelalters und der Neuzeit*. Abteilung II

(Untersuchungen)/4, 2012.

[108] 1612.

[109] Suárez, *De legibus ac Deo legislatore*, II, c. 19, no. 9: “ideoque aliqua specialia iura potuerunt usu earundum gentium introduci.”

[110] Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie*, p. 98.

[111] *De legibus ac Deo legislatore*, II, c. 20, no. 8.

[112] *De bello*, sect. 6, no. 5

[113] In [Thomas Aquinas](#)' [theology](#) charity (*caritas*), is understood as "the friendship of man for God", which "unites us to God". He holds it as "the most excellent of the [virtues](#)", *Summa theologiae*, II/2, qu. 23, Articles 1 and 3. Further, Aquinas holds that "the habit of charity extends not only to the love of God, but also to the love of our neighbor". *Summa theologiae*, II/2, qu. 25, Article 1.

[114] In fact, his influence, such as on the Dutch legal philosopher, [Hugo Grotius](#), was significant.

[115] Cf. his *Jus naturae and Jus Gentium* (The Law of Nature and the Law of Nations), 1740–1749, and *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractum* (The Law of Nations According to the Scientific Method), 1749.

[116] Cf. Rie, *Europäisches Konzert*, in: Strupp/Schlochauer (eds.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, vol. I, 1960, pp. 491 *et seqs.*

[117] Cf. Verosta, *Holy Alliance*, in: Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, 1995, pp. 861 *et seqs.*

[118] Cf. Schieder, *Paris Peace Treaty (1856)*, in: Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol.III, 1998, pp. 890 *et seqs.*

[119] Simma, *The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law*, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 33 *et seqs.*, at pp. 39 *et seq.*

[120] *Ibid.*, pp. 33 *et seqs.*, at pp. 38 *et seq.*

[121] Cf. Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie*, pp.113 *et seqs.*

[122] Hobbes, *Leviathan or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, 1651, ch. 13 and 21.

[123] The fascination which Spinoza's philosophy still exercises and which it shares with that of Friedrich Nietzsche (1844-1900) is due to its pantheistic-materialistic, deterministic and amoral approach: "Spinoza wrote the last indisputable Latin masterpiece, and one in which the refined conceptions of medieval philosophy are finally turned against themselves and destroyed entirely." Scruton, *Spinoza: A Very Short Introduction*, 1986, 2nd ed. 2002, p. 32. Some scholars who would strongly disclaim adherence to a social-Darwinist or inhuman approach enjoy reveling in such weird ideas like some children in stories of cannibalism or certain spinsters in frivolous novels.

[124] Westphal, *Hegel between Spinoza and Derrida*, in: Duquette (ed.), *History of Philosophy – New Interpretations*, 2003, pp. 143 *et seqs.*, at p. 144.

[125] “[W]orld history is not the verdict of mere might, i.e. the abstract and non-rational inevitability of a blind destiny. On the contrary, since mind is implicitly and actually reason, and reason is explicit to itself in mind as knowledge, world history is the necessary development, out of the concept of mind's freedom alone, of the moments of reason and so of the self-consciousness and freedom of mind. This development is the

interpretation and actualisation of the universal mind.” Hegel, [Philosophy of Right](#) [Law] (1821), § 342.

[126] *Ibid.*, § 258.

[127] Simma, The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 33 *et seqs.*, at pp. 40.

[128] *Ibid.*

[129] A leading figure of this movement was Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888) who laid down the principles of this concept in his *Prelezione al corso di dritto internazionale e marittimo* entitled *Della nazionalità come fondamento del dritto delle genti*, Turino 1851. The well-understood core of ideas can be found today in the in the right of all peoples to self-determination, as contained in the United Nations Charter and other international instruments like the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, which are considered to collectively constitute an International Bill of Human Rights.

[130] “The Mind of the world exercises its right in the history of the world which is the world's court of judgement.” Hegel, [Philosophy of Right](#) [Law] (1821), § 341.

[131] Simma, The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 33 *et seqs.*, at pp. 39 *et seq.*

[132] Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1st ed. 1900.

[133] Cf. Kersten, Georg Jellinek, in: *Enzyklopädie der Rechtspilosophie*, http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/Joomla/components/com_joomlawiki/index.php?title=Jellinek,_Georg

[134] Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925.

[135] Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1st ed. 1934.

[136] SIMMA, The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 33 *et seqs.*, at p. 38.

[137] It is therefore difficult to understand how some authors then and afterwards could allege an affinity of Verdross’ writings to the National Socialist concept of international law. Cf., in this regard, Carty, Alfred Verdross and Othmar Spann: German Romantic Nationalism, National Socialism and International Law, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 78 *et seqs.*, who relies on Engelberg, Les bases ideologiques de la nouvelle conception de droit international de M. Alfred von Verdross, *RGDIP* 46, 1939, pp. 37 *et seqs.*, and also refers to Bristler, *Die Völkerrechtslehre des Nationalsozialismus*, Zurich 1938. Indeed, Carty had to concede, at p. 94 of the same article, that Verdross tried “from the very outset to reactivate the cultural power of a 16th century Spanish catholic intellectual tradition which he sees threatened by modernist, Enlightenment individualism. He states explicitly the need to bridge the cultural void [...] from the 16th century to the [twentieth century]. The whole structure of the *Verfassung* is built around this theme from pages 12 to 42. A criticism of 19th century positivism is followed by a return to a review of classical international law with Suarez and Grotius. The key argument after page 28 is about the renaissance of classical international law, after its having been shaken by positivism.” And, again, at p. 95:” How remote the world of [...] Verdross was from the ethos of the survival of the fittest (social Darwinism) of National Socialism is stressed by numerous authors [...]” Rather, Verdross had the “desire to replace a social Darwinist struggle for life with a supposedly natural, harmonious society.”

[138] Cf. Charter of the United Nations, Preamble, paragraphs 1, 2 and 4.

[139] Cf. Charter of the United Nations, Preamble, paragraph 3.

[140] “Through his long-standing membership of the International Law Commission, Verdross found

himself in a position where he could contribute many of his ideas to the international codification process even more directly than through the influence of his scholarly writing. As a judge of the European Court of Human Rights in Strasbourg, he participated in the formative phase of the most advanced system for the protection of human rights worldwide. Within the German-speaking countries, Alfred Verdross shaped international legal thinking in a way unparalleled in the past and, almost certainly, also in the future. As such his work forms an influential part of the history of European legal and social thought of this [the twentieth] century.” Simma, The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 33 *et seqs.*, at p. 54.

[141] United Nations, *Treaty Series*, vol. 500, p. 95.

[142] The other Austrian scholar who contributed to the renaissance of natural law thinking, not so much in the area of international law, but in the area of domestic law, was not primarily a jurist but a theologian, namely Johannes Messner. Cf. his *opus magnum Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatesethik und Wirtschaftsethik*, 7th ed. 1984.

[143] In addition to his *Abendländische Rechtsphilosophie* (Occidental Legal Philosophy) which has repeatedly been quoted, cf. Verdross, *Statisches und dynamisches Naturrecht*, 1971, showing that natural law is not static but dynamic and therefore suited to correspond to the need of a developing society.

[144] Apart from his main opus, *Völkerrecht* (International Law), the first edition of which was published before World War II, and four further editions after the war, cf. Verdross, *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, 1973 (a system of the sources of international law).

[145] Cf. Verdross, Der klassische Begriff des *bonum commune* und seine Entfaltung zum *bonum commune humanitatis*, 28 *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1977), pp. 143 *et seqs.*

[146] Cf. Grundlagen und Grundsätze des Völkerrechts in christlicher Schau', XIII *Schönere Zukunft*, No. 16 (1938), p. 385

[147] In this context, Verdross refers to the Declaration on the international rights of men adopted by the Institut der Droit International in New York in 1929. Text in: *Friedenswarte*, vol. XXIX, 1929, pp. 354 *et seq.*

[148] Article 52 (*Coercion of a State by the threat or use of force*): “A treaty is void if its conclusion has been procured by the threat or use of force in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations.”

[149] Article 23: “Subject to and in accordance with the provisions of international conventions existing or hereafter to be agreed upon, the Members of the League: [...] (e) will make provision to secure and maintain freedom of communications and of transit and equitable treatment for the commerce of all Members of the League [...]”

[150] For a comprehensive list of Verdross’ publications, see Klecatsky/ Marcic/ Schambeck (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2 vols., 2nd ed. 2010, Vol. 2, pp. 1984 *et seqs.*

[151] Cf. *supra*, at fn. 17.

[152] Cf. *supra*, at fn. 52.

[153] Kline (tr.), Johann Wolfgang Von Goethe, *Faust Parts I & II, A complete translation, with line numbers, and full stage directions*, 2003, Verses 549 *et seqs.*, <http://www.poetryintranslation.com/PITBR/German/FaustI/ScenesItoIII.htm>

[154] Simma, The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 33 *et seqs.*, at p. 37.

[155] *Ibid.*, at p. 35.

[156] Cf. *supra*, at fn. 64.

[157] Simma, The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 33 *et seqs.*, at pp. 47 *et seqs.*

[158] *Ib id.*

[159] Positivists refused to construe the provision in any different manner, because otherwise for them the positivization of general principles as a (though subsidiary) source of international law would have been an intolerable revolutionary innovation.

[160] Simma, The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 33 *et seqs.*, at pp. 47 *et seqs.*

[161] Since the general principles of law are regarded a subsidiary source, treaties and customary law are also referred to as primary sources of international law. In contrast to the general principles which are derived from the internal legal orders of the civilized nations by means of comparative law, the so-called secondary sources of international law – decisions of organs of international organizations, judgment of courts and awards of arbitral tribunals – derive from the primary sources, namely the constituent treaties of international organizations and the treaties setting up an international court or tribunal.

[162] Cf. Fischer/ Koeck, *Völkerrecht*, 6th ed. 2004, p. 77.

[163] Simma, The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 33 *et seqs.*, at p. 50.

[164] *Ibid.*

[165] Cf. Verdross, Forbidden Treaties in International Law, *American Journal of International Law*, 31, 1937, pp. 571 *et seqs.*; Id., Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law, *American Journal of International Law*, 60, 1966, pp. 55 *et seqs.*

[166] Article 53 (*Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (“jus cogens”*): “A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. [...] For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.”

[167] Article 64 (*Emergence of a new peremptory norm of general international law [“jus cogens”*): “If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.”

[168] *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II.

[169] There were very few states that expressed their reservation and even less that voted against the concept of *ius cogens*.

[170] As to the latter, cf. Morvay, Unequal Treaties, in: Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, 2000, pp. 1008 *et seqs.*

[171] United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, pp. 331 *et seqs.*

[172] “[A] substantive definition of *ius cogens* would have been too closely connected to natural law philosophy to be universally acceptable.” Simma, The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of

International Law, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 33 *et seqs.*, at p. 50.

[173] Cf. *supra*, at fn. 60.

[174] Cf. Article 2(4) UN Charter: “All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”

[175] Cf. Article 2(3) UN Charter: “All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered.”

[176] Article 136 of the [United Nations](#) Convention on the [Law of the Sea of](#) 1982. UNTS 1833, pp. 397 *et seqs.*

[177] Thus, the principle of common heritage of mankind is applied to natural resources only when their scarcity becomes noticeable. And slavery came generally to be regarded as incompatible with human rights only when and where the cultural, educational and economic conditions of society had developed to such a level that slavery could not be justified any longer by some plausible arguments. Thus, in the Western world slavery remained a legal institution in the United States until 1865 and in Brazil until 1888 and was only gradually abolished by European colonial powers in their oversea possessions between 1863 and 1936. In most Arab countries not subject to the mandate regime of the League of Nations or otherwise under the control of European powers, slavery was formally abolished only in the nineteen-sixties. In Europe, serfdom was abolished in the Austria Empire in 1781, in many countries only following the French revolution, and in Russia in 1861. “As a legally permitted labor system, traditional slavery has been abolished everywhere, but it has not been completely stamped out.” United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights, *Special Rapporteur on Contemporary forms of slavery*, <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Slavery/SRSlavery/Pages/SRSlaveryIndex.aspx>

[178] Berlin 1937.

[179] The last one was the 5th edition, Vienna 1964.

[180] Verdross, *Derecho internacional publico*, traduccion castellana/directa, con notas y bibliografia adicionales por Truyol y Serra, Madrid , 3rd. ed. 1955, 4th ed. 1963, 5th ed. 1967.

[181] *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis* (in collaboration with Simma), 1st ed., 1976.

[182] 2nd ed. 1981; 3rd ed. 1984.

[183] § 10, § 32 and § 1350.

[184] Verdross, 227 [1744].

[185] Cf. Bleckmann, Decolonisation, in: Bernhardt (ed.) *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I, Amsterdam etc. 1992, 972 *et seqs.*

[186] Cf. Fatouros, Developing States, in: *ibid.*, pp. 1017 *et seqs.*

[187] According to Verdross, only international law based on considerations of justice could fulfil this task. Cf. Verdross/Koeck, Natural Law: The Tradition of Universal Reason and Authority', in: MacDonald/ Johnston (eds), *The Structure and Process of International Law* (1983), pp. 17 *et seqs.*

[188] Cf. Tomuschat, New International Economic Order, in: Bernhardt (ed.) *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. III, pp. 578 *et seqs.*

[189] Cf. Petersmann, Charter of Economic Rights and Duties of States, in: Bernhardt (ed.) *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I, 1992, 561 *et seqs.*

- [190] Cf. Fischer, *Gestaltwandel im Internationalen Wirtschaftsrecht*, in: Hummer (ed.), *Paradigmenwechsel im Völkerrecht zur Jahrtausendwende*, 2002, pp. 209 *et seqs.*
- [191] Cf. Koeck, *Legalität und Legitimität der Anwendung militärischer Gewalt. Betrachtungen zum Gewaltmonopol der Vereinten Nationen und seinen Grenzen*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 54, 1999, pp. 133 *et seqs.*
- [192] Simma, *The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law*, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 33 *et seqs.*, at p. 34.
- [193] The annexation of Austria by Nazi Germany in 1938, later interpreted as a mere occupation in order to be able to maintain the claim to legal continuity between the First Republic (1918-1938) and the Second Republic (from 1945 onwards).
- [194] Between 1945 and 1955, Austria was occupied by the armies of France, the Soviet Union, the United Kingdom and the USA; and the supreme authority was the Allied Council composed of the representatives of the four occupying powers; its right to veto was, however, restricted to constitutional laws, and its exercise required a majority in the Council.
- [195] Czeike (Hrsg.): *Historisches Lexikon Wien*. Band 6: *Ergänzungsband*, Vienna 2004, pp. 235 *et seqs.*
- [196] *Völkerrecht*, 5th ed. Vienna 1964
- [197] Pp. 31 *et seqs.*
- [198] Early and often influential [theologians](#) of the Church who were attributed this epitheton.
- [199] Verosta, *Iohannes Chrysostomos – Staatsphilosoph und Geschichtstheologe*, 1960.
- [200] He attained the nobility rank of Edler von Drossberg. For this reason, some publications of Alfred Verdross appeared under the name of Verdross-Drossberg.
- [201] Verosta, [Theorie und Realität von Bündnissen : Heinrich Lammasch, Karl Renner und der Zweibund \(1897-1914\)](#), 1971, which – notwithstanding the limitation to the period of 1897to1914 made in the title – examines the Austro(-Hungarian) domestic and foreign policy since the middle of the nineteenth century.
- [202] *Die völkerrechtliche Praxis der Donaumonarchie von 1859 bis 1918: Eine Auswahl von Dokumenten*, 2 vols., Vienna 1996 (with Ignaz Seidl-Hohenveldern).
- [203] Cf., in particular, *Die dauernde Neutralität. Ein Grundriss*, 1967.
- [204] Verdross worked first in the Austria-Hungarian Ministry for Foreign Affairs (1916-1918) and thereafter in the Austrian Foreign Office from 1918-1924, in the end as Deputy Director of the Department of International Law (*Völkerrechtsbüro*). When he finished his career as civil servant, he had been judge, August Freiherr von der Heydte/Seidl-Hohenveldern/Verosta/Zemanek (eds.), *Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross*, 1960, pp. 1 *et seqs.*, at p. 2.
- [205] For a list of Verosta's publications, see Fischer/ Koeck/Alfred Verdross (eds.), *Völkerrecht und Rechtsphilosophie. Internationale Festschrift für Stephan Verosta*, 1980, pp. 511 *et seqs.*
- [206] *Das Völkerrecht des Abendlandes und die spanischen Theologen Vitoria und Suárez*, in: *Schönere Zukunft*, 11, 1936, pp. 1163 *et seq.* and pp. 1200 *et seq.*
- [207] Apart from his *History of International Law*, mentioned *supra*, (cf. fn. 197), see his *Regionen und Perioden der Geschichte des Völkerrechts*, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 30, 19079,

pp. 1 *et seqs.*

[208] Cf. Verosta, Naturrecht und Menschenrechte, in: *Akten des XIV. Internationalen Kongresses für Philosophie (1969)*, vol. 5, 1970, pp. 255 *et seqs.*

[209] See, e.g., Verosta, Das Völkerrecht und die Vereinten Nationen in der Enzyklika *Pacem in Terris*, in: Weiler/ Weinbacher (eds.), *Die Friedenszyklika Johannes XXIII. Pacem in Terris*, 1974, pp. 72 *et seqs.*; id., Der Heilige Stuhl, die Internationalen Organisationen und der Friede, in: Squicciarini (ed.), *Die Weltfriedensbotschaften Papst Pauls VI.*, 1979, pp. 255 *et seqs.*

[210] Cf., *inter alia*, Verosta, Alfred Verdross – Vita e Opere, in: *Annuario di diritto internazionale*, 1965, pp. 563 *et seqs.*

[211] United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, pp. 261 *et seqs.*

[212] It adopted the Vienna Convention on Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts of 1978, *Official Records of the United Nations Conference on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts*, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.94.V.6).

[213] *Völkerrecht*, 8th ed., Cologne-Berlin-Bonn-Munich 1994.

[214] Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der supranationalen Gemeinschaften, 5th ed. Cologne-Berlin-Bonn-Munich 1992 (with Gerhard Loibl).

[215] For a list of Seidl-Hohenveldern's publications see Hafner *et al.*, (eds.) *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honor of his 80th birthday*, 1998, p. 863 *et seqs.*

[216] *Völkerrecht*, p.26.

[217] *Ibid.*, p. 28.

[218] It adopted the Vienna Convention on the Succession of States in Respect to Treaties, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 3.

[219] It adopted the Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations*, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.94.V.5).

[220] For a list of Zemanek's publications see Sucharipa-Behrmann *et al.* (eds.), *Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Realität, Festschrift für Karl Zemanek*, Berlin 1994, p. 523.

[221] Zemanek, Über das dualistische Denken in der Völkerrechtswissenschaft, in: Freiherr von der Heydte/Seidl-Hohenveldern/Verosta/Zemanek (eds.), *Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für Alfred Verdross*, Vienna 1960, pp. 321 *et seqs.*

[222] Grotius, in: *Die Großen der Weltgeschichte*, vol. 5, Zurich 1974, pp. 645 *et seqs.*

[223] Allgemeine Rechtsgrundsätze, in: *Staatslexikon der Görresgesellschaft*, 6th ed., vol. 1, 1957, pp. 255 *et seqs.*

[224] See, in the 5th ed., pp. 594 *et seqs.*

[225] See Hengstschläger/ Köck/ Korinek/ Stern/ Truyol y Serra (eds.), Für Staat und Recht. *Festschrift für Herbert Schambeck*, 1994.

[226] Schambeck, Die Natur der Sache. *Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung*, 1964.

- [227] Cf., *inter alia*, Schambeck, *Kirche, Staat und Demokratie. Ein Grundthema der katholischen Soziallehre*, Berlin 1992; *Recht – Glaube – Staat. Festgabe for Herbert Schambeck* (collected essays of Herbert Schambeck, ed. by Kaluza/JPenz/Strimitzer/Weiss), 4th ed. 1997; Schambeck, *La dignité de l'homme dans l'enseignement de l'Eglise catholique*, 2010.
- [228] La escuela de Salamanca y su significación hoy, in: *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Politicas*, Año XLII, No. 67, Madrid 1990, pp. 85 *et seqs.*
- [229] Alfred Verdross als Rechtsphilosoph und die Wiener Rechtstheoretische Schule, in: Fischer/Karollus/Stadlmeier (eds.), *Die Welt im Spannungsfeld zwischen Regionalisierung und Globalisierung. Festschrift für Heribert Franz Koeck*, 2009, 527 *et seqs.*
- [230] Fischer, *Die internationale Konzession*, Vienna 1973.
- [231] Koeck, Die völkerrechtliche Stellung des Heiligen Stuhls. Dargestellt an seinen Beziehungen zu Staaten und internationalen Organisationen, 1975.
- [232] Cf. Verdross, Quasi-International Agreements and International Economic Transactions, in: *Yearbook of World Affairs*, 18, 1964, pp. 230 *et seqs.*; also *id.*, Gibt es Verträge, die weder dem innerstaatlichen noch dem Völkerrecht unterliegen? in: *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1966, pp. 301 *et seqs.*
- [233] And which form what Gaius had called the *ius gentium*. Cf. *supra*, fn. 90.
- [234] See the Libyan arbitration cases in the late seventies of the last century. Fischer, LIAMCO-Libya, Petroleum Concessions Arbitration (1977), in: Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. III, 1997, p. 208 *et seqs.*. See also the case *Texaco/Calasiatic v Libyan Arab Republic*, in: *International Legal Materials XVII* (1978), pp. 1321 *et seqs.*
- [235]
- [236] See the extensive case law (at present 169 pending and 251 concluded cases) as developed by the numerous arbitral tribunals under the system of the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID), where private foreign investors and host States are litigating on an equal, namely *international* footing. As to more details see <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListCases>
- [237] Fischer/ Koeck, *Allgemeines Völkerrecht. Ein Grundriss*, 1st ed., Eisenstadt 1980.
- [238] Koeck/ Fischer, *Grundzüge des Rechtes der Internationalen Organisationen*, 1st ed., Eisenstadt 198.
- [239] Fischer/ Koeck, *Europarecht einschließlich des Rechts supranationaler Organisationen*, 1st ed., Eisenstadt 1986.
- [239] *Europarecht*, 1st ed. Eisenstadt 1986.
- [240] *Völkerrecht*, 6th ed. Vienna 2004; *Internationale Organisationen*, 3rd ed. Vienna 1997; *Europarecht*, 4th ed. Vienna 2002.
- [241] Cf., *e.g.*, Koeck, Der erste Staatszweck in einer pluralistischen Gesellschaft, in: Miehsler/Erhard Mock/ Simma/ Tammelo (eds.), *Ius humanitatis. Festschrift für Alfred Verdross zum 90. Geburtstag*, Berlin 1980, pp. 98 *et seqs.*
- [242] Cf., apart from Part III of the *Völkerrecht: Die Quellen des Völkerrechts*, pp. 69 *et seqs.*, Fischer/ Koeck, Das völkerrechtliche Vertragsrecht im Lichte der Ergebnisse der ersten Session der Wiener Vertragsrechtskonferenz der Vereinten Nationen, in: *Österreichische Juristen-Zeitung*, 23, 1968, pp. 505 *et seqs.*; *iid.*, Das Recht der völkerrechtlichen Verträge nach der zweiten Session der Wiener Vertragsrechtskonferenz der Vereinten Nationen, in: *Österreichische Zeitschrift für Außenpolitik*, 9, 1969,

pp. 275 et seqs.; Koeck, Der Beitritt zu völkerrechtlichen Verträgen, in: 20 (NF) *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1970, pp. 217 et seqs.; id., The "Changed Circumstances Clause" After the United Nations Conference on the Law of Treaties (1968/69), in: *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 4, 1974, pp. 93 et seqs.; id., *Vertragsinterpretation und Vertragsrechtskonvention. Zur Bedeutung der Artikel 31 und 32 der Wiener Vertragsrechtskonvention 1969*, 1976; id., Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts in Art. 9 B-VG, in: Schambeck (ed.), *Das Bundesverfassungsgesetz und seine Entwicklung*, 1980, pp. 739 et seqs.; id., Altes und Neues zur clausula rebus sic stantibus, in: Fischer/Koeck/Verdross (eds.), *Völkerrecht und Rechtsphilosophie. Internationale Festschrift für Stephan Verosta*, 1980, pp. 79 et seqs.; id., Zur Interpretation völkerrechtlicher Verträge, in: 53 *Zeitschrift für öffentliches Recht* 1998, pp. 217 et seqs.; id., Die Beendigung einseitiger Rechtsgeschäfte, in: Simma/ Schulte (eds.), *Völker- und Europarecht in der aktuellen Diskussion. Akten des 23. Österreichischen Völkerrechtstages*, 1999, pp. 89 et seqs.; Koeck/ Hintersteiner, Einseitige Rechtsgeschäfte des Völkerrechts – ihr Zustandekommen, ihre Wirkung und ihre Bedeutung, in: Benedek/ Isak/ Kicker (Hrsg.), *Development and Developing International and European Law. Festschrift für Konrad Ginther*, 1999, pp. 85 et seqs.

[243] Cf. Koeck, *Die völkerrechtliche Stellung des Heiligen Stuhls. Dargestellt an seinen Beziehungen zu Staaten und internationalen Organisationen*, 1975; Fischer, Rechtliche Aspekte der Deutschen Einigung, in: *Economy. Das Fachmagazin*, 2 1990, pp. 16 et seqs.; Koeck, Holy See, in: Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. II, 1995, 866 et seqs.; id., Das Selbstbestimmungsrecht der Völker, in: Herbert Schambeck/Rudolf Weiler (eds.), *Der Mensch ist der Weg der Kirche. Festschrift für Johannes Schasching*, Berlin 1992, 305 et seqs.; id., Questions Related to the Recognition of the European Communities, in: *Austrian Review of International and European Law*, 2, 1997, pp. 49 et seqs.; id., Der Souveräne Malteser-Ritter-Orden als Völkerrechtssubjekt, in: Steeb/ Strimitzer (eds.), *Der Souveräne Malteser-Ritter-Orden in Österreich*, 1999, pp. 282 et seqs.; id., Sonstige Völkerrechtssubjekte, in: Neuhold/ Hummer/ Schreuer (eds.), *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*, vol. 1, 4th ed. 2004, pp. 228 et seqs.; Koeck/Horn/Leidenmühler, *From Protectorate to Statehood. Self-Determination v. Territorial Integrity in the Case of Kosovo. And the Position of the European Union*, 2009.

[244] Fischer, Das internationale Wirtschaftsrecht. Versuch einer Systematik, in: *German Yearbook of International Law*, 1976, pp. 143 et seqs.

[245] Fischer, Die Heiligkeit der Verträge im Zeitalter Machiavellis, in: Böhm/ Lüderssen/ Ziegler (eds.), *Idee und Realität des Rechts in der Entwicklung internationale Beziehungen. Festgabe für Georg Preiser*, 1983, p. 45 et seqs.

[246] See Koeck, Staatenverantwortlichkeit und Staatenhaftung im Völkerrecht, in: Koeck/Lengauer/Ress (eds.): *Europarecht im Zeitalter der Globalisierung. Festschrift für Peter Fischer*, 2004, pp. 191 et seqs.

[247] Fischer, Die neuen Staaten in Übersee und die obligatorische Streiterledigung, in: *Verfassung und Recht in Übersee*, 1970, pp.7 et seqs.

[248] See Koeck, Legalität und Legitimität der Anwendung militärischer Gewalt. Betrachtungen zum Gewaltmonopol der Vereinten Nationen und seinen Grenzen, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 54, 1999, pp. 133 et seqs.; id., Die humanitäre Intervention, in: Gustenau (ed.), *Humanitäre militärische Intervention zwischen Legalität und Legitimität*, Tagungsband des Instituts für Internationale Friedenssicherung, 2000, pp. 25 et seqs.

[249] Cf., e.g., the section of the emergence of modern international law in: *Völkerrecht. Das Recht der universellen Staatengemeinschaft*, 6th ed. 2004, pp. 52 et seqs.; and the Section on the idea of an organized international community and the School of Salamanca in: *Das Recht der Internationalen Organisationen*, 3rd ed. 1997, pp. 73 et seqs., particularly pp. 76 et seq.

[250] Cf the Section on the teachings of the popes from Leo XIII, Benedict XV and Pius XII to John

XXIII, Paul VI and John Paul II and of the Second Vatican Council, in: *Das Recht der Internationalen Organisationen*, 3rd ed. 1997, pp. 83 *et seqs.*

[251] See the publications of Koeck on Alfred Verdross, *supra*, fn. 15.

[252] Koeck, *Der Beitrag der Schule von Salamanca zur Entwicklung der Lehre von den Grundrechten*, 1985.

[253] Garzón Valdez (ed.) *Spanische Studien zur Rechtslehre und Rechtsphilosophie*, 1990, Einführung, pp. 7 *et seqs.*, at p. 14.

[254] Cf. *supra*, before fn. 225.

[255] It appeared in: Macdonald/Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law: Modern Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, 1983, pp. 17 *et seqs.*

[256] Simma, The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 33 *et seqs.*, at pp. 33 *et seq.*

[257] Simma (ed.), *Charta der Vereinten Nationen. Kommentar*, 1991; Simma et al. (eds.) *Commentary on the Charter of the United Nations*, 3rd ed. 2012.

[258] Simma, The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law, in: *European Journal of International Law*, 6, 1995, pp. 33 *et seqs.*, at p. 34.

[259] *Ibid.*, with reference to the Advisory Opinion of the International Court of Justice on *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, *ICJ Reports* 1951, p. 23.

[260] *Ibid.*, with reference to the Judgment of the International Court of Justice in the *Corfu Channel* case, *ICJ Reports* 1949, p. 22.

[261] *Ibid.*

[262] *Ibid.*, at p. 38.

[263] *ICJ Reports* 2010, p. 403, at pp. 478 *et seqs.*

[264] “The underlying rationale of the Court’s approach reflects an old, tired view of international law, which takes the adage, famously expressed in the ‘*Lotus*’ Judgment, according to which restrictions on the independence of States cannot be presumed because of the consensual nature of the international legal order (‘*Lotus*’, *Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 18). As the Permanent Court did in that case (*ibid.*, pp. 19-21), the Court has concluded in the present Opinion that, in relation to a specific act, it is not necessary to demonstrate a permissive rule so long as there is no prohibition. In this respect, in a contemporary international legal order which is strongly influenced by ideas of public law, the Court’s reasoning on this point is obsolete. [...B]y upholding the *Lotus* principle, the Court fails to seize a chance to move beyond this anachronistic, extremely consensualist vision of international law. The Court could have considered the scope of the question from an approach which does not, in a formalistic fashion, equate the absence of a prohibition with the existence of a permissive rule [...]” *Ibid.*, at pp. 478 *et seq.*

[265] “In this light, I believe that the General Assembly’s request deserves a more comprehensive answer, assessing both permissive and prohibitive rules of international law. This would have included a deeper analysis of whether the principle of self-determination or any other rule (perhaps expressly mentioning remedial secession) permit or even warrant independence (via secession) of certain peoples/territories. Having said this, I do not consider it an appropriate exercise of my judicial role to examine these arguments *in extenso*; therefore, on this point, I shall content myself simply with declaring that the Court could have delivered a more intellectually satisfying Opinion, and one with greater relevance as regards the international legal order as it has evolved into its present form, had it not interpreted the scope of the question so restrictively. To treat these

questions more extensively would have demonstrated the Court's awareness of the present architecture of international law." *Ibid.*, at p. 480.

[266] Cf. Koeck, *Recht in der pluralistischen Gesellschaft. Grundkurs über zentrale Fragen von Recht und Staat*, 1998, pp. 160 *et seqs.*

[267] Cf. again Verdross/ Koeck, Natural Law: The Tradition of Universal Reason and Authority, in: MacDonald/ Johnston (eds), *The Structure and Process of International Law*, 1983, pp. 17 *et seqs.*

Capítulo 5. La influencia de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la Constitución austriaca - Un efecto a largo plazo de los principios de Derecho internacional desarrollados por Francisco de Vitoria

HERBERT SCHAMBECK

Prof. emérito de Derecho público, Ciencias políticas y Filosofía jurídica de la Universidad de Linz

La doctrina del Estado y la doctrina jurídico-internacional de la Edad Moderna se caracterizan por el enfrentamiento que tiene lugar entre los conceptos universalistas e individualistas. El universalismo se basa en la Humanidad como comunidad jurídica natural, aunque esté dividida en varios Estados, los cuales forman juntos la comunidad internacional. Los fundamentos de este concepto lo constituyen aquellos principios que se formularon en el siglo XVI y a principios del siglo XVII, partiendo de la Escuela de Salamanca y su creador, FRANCISCO DE VITORIA y después FRANCISCO SUAREZ, en el marco de la escolástica de la Edad Moderna.

El individualismo parte del individuo, el cual renuncia a su libertad absoluta inicial mediante contratos con otros, para crear un Estado que al menos procura paz y seguridad. Fue THOMAS HOBBS el que fundó esta interpretación de la denominada doctrina naturalista del derecho natural en el siglo XVII.

Los fundamentos del Derecho natural de la comunidad internacional se manifestaron en la conciencia del hombre en el siglo XX, como resultado de las dos guerras mundiales. Después de la Primera Guerra Mundial, fue sobre todo ALFRED VERDROSS, quien se hizo eco de las doctrinas de FRANCISCO

DE VITORIA y FRANCISCO SUAREZ en sus libros: “Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf der Grundlage der Völkerrechtsverfassung” (1923) y “Die Verfassung der Staatengemeinschaft” (1926). Sin embargo, solamente después de la Segunda Guerra Mundial y los regímenes totalitarios del siglo XX, se llegó a una orientación concreta del Derecho internacional y del Estado hacia los principios naturales. La Carta de las Naciones Unidas de 1945, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y los Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del año 1966 por un lado, así como el Grundgesetz (Ley Fundamental) de la República Federal de Alemania de 1949 y la creación de las Comunidades Europeas en 1951 y 1957 y de la Unión Europea en 1992 por otro, fueron determinantes en este contexto. Esta última evolucionó, partiendo de una comunidad económica hacia una comunidad de valores y de derecho.

La protección de los derechos fundamentales en Austria, la cual se especificará más adelante, abordando también el desarrollo de la misma, estaba y está integrada en este proceso, y algún que otro avance en la jurisprudencia en cuanto a los Derechos fundamentales en Austria después de la Segunda Guerra Mundial nos muestra la evolución (obviamente paulatina) desde un análisis jurídico formal según la “teoría pura del Derecho” (en alemán: *Reine Rechtslehre*) de HANS KELSEN, hacia una reflexión más centrada en el contenido, hacia una comprensión material de la constitución, donde en ningún caso se podrá hacer caso omiso de aquellos principios formulados por la Escuela de Salamanca.

Evidentemente, dichos principios han de defenderse constantemente contra las posiciones individualistas basadas en una actitud no compatible con una solidaridad más allá de las fronteras del propio Estado, la cual reivindica el universalismo. La resistencia a una integración europea que funciona, la cual no deberíamos rechazar debido a la globalización y para la que los instrumentos intergubernamentales creados en el siglo XIX ya no bastan en el siglo XXI, constituye un gran desafío, y

debemos recordar en este contexto el *ius commune humanitatis*, cuya base fue sentada por FRANCISCO DE VITORIA, elaborada y desarrollada en nuestros tiempos por ALFRED VERDROSS. Los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales se orientan también hacia este objetivo del *ius commune humanitatis* y su reconocimiento en el derecho constitucional y aplicación en la legislación austriaca se expondrán a continuación.

1.

La *Constitución como estructura fundamental y normativa del Estado*[\[1\]](#) se caracteriza, aparte de la organización del Estado, por los Derechos fundamentales[\[2\]](#) que corresponden al individuo como persona física o jurídica frente al Estado. Con el desarrollo del constitucionalismo, se presentaron a principios del siglo XX los objetivos y fines del Estado, así como, en su mayoría, el rango jerárquico de los mismos como tercera característica.

En la medida en la que iba reforzándose el *vínculo entre la constitucionalidad y la Humanidad*, iba también aumentando la importancia y el significado del orden jurídico en materia de Derechos fundamentales de un Estado.

El orden jurídico de Derechos fundamentales caracteriza claramente la relación entre *la imagen del hombre y la forma política del Estado*[\[3\]](#), marcando el orden jurídico del Estado y por tanto la función de respuesta de la constitución.

Cada *orden constitucional* expresa - con más o menos claridad - esta *función de respuesta*[\[4\]](#) y con esta relación también la conciencia de la Historia, la responsabilidad del presente y la expectación de futuro. Está también presente en el orden jurídico del Estado en Austria y sobre todo en el Bundes-Verfassungsgesetz 1920[\[5\]](#) (Ley constitucional federal de 1920; B-VG).

A diferencia de otros tipos de ordenes jurídicos estatales,

como por ejemplo el Grundgesetz (Ley Fundamental) de la República Federal de Alemania[6], el *derecho constitucional austriaco* está incluido en una ley constitucional siguiendo el principio de la incorporación obligada[7], sino que se incluye más bien en varias disposiciones constitucionales, es decir en leyes constitucionales de la Federación y de los Länder, leyes constitucionales y leyes ordinarias y - hasta la Ley de revisión de la Constitución Federal (Bundes-Verfassungsgesetznovelle) BGBl. I 2008/2 - también en Tratados internacionales que llevaron a modificaciones en la constitución. La fuente más relevante respecto al derecho constitucional austriaco es el Bundes-Verfassungsgesetz 1920[8], la Ley Constitucional Federal de 1920 (en lo siguiente: B-VG). Mientras que las constituciones de otros países por lo general tienen incorporadas al principio o al final de su texto legal constitucional un catálogo de Derechos fundamentales en forma de declaración, no es el caso en Austria.

2.

El B-VG (Ley Constitucional Federal de 1920), como fuente más importante del Derecho del Estado austriaco, no contiene ningún catálogo de Derechos fundamentales, sino solamente algunas disposiciones constitucionales individuales aisladas, que incluyen Derechos fundamentales, como el principio de igualdad (Art. 7 (1,2) B-VG), el derecho de sufragio al Consejo nacional (parlamento austriaco; Nationalrat) (Art. 26 (1) B-VG), a los gobiernos regionales de los Länder (Landtage) (Art. 95 (1) B-VG), y a los consejos municipales (Gemeinderat) (Art. 117 (2) B-VG), así como las disposiciones sobre la jurisdicción, respecto al derecho a un juez previamente determinado (Art. 83 (2) B-VG) y a la celebración de juicios orales y públicos en asuntos civiles o penales ante el tribunal sentenciador (Art. 90 (1) B-VG), la prohibición de autoincriminación (Art. 90 (2) B-VG) y la prohibición de la pena de muerte (Art. 85 B-VG).

En el B-VG (Ley Constitucional Federal de 1920), tampoco

se utiliza el término de Derecho fundamental o el de Derechos Humanos, sino que se integra sin distinción en el concepto del derecho garantizado por la constitución. En caso de violación por una decisión de las autoridades administrativas, incluidos los Senados administrativos independientes (*Unabhängige Verwaltungssenate*)[\[9\]](#), se presenta una demanda ante el Tribunal constitucional conforme al Art. 144 (1) B-VG en el marco de la jurisdicción contencioso-administrativa extraordinaria.

Aparte de estas disposiciones constitucionales con carácter de Derecho fundamental, el B-VG incluye en sus disposiciones finales del Art. 149 (1) la *Rezeption des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867, RGBI. N° 142* (la Recepción de la Ley federal constitucional del 21 de diciembre de 1867) sobre los derechos generales de los ciudadanos para los reinos y Länder con representación en el Parlamento (*Reichsrat*), así como leyes para la protección de la libertad personal 1862 y para la protección del derecho doméstico, 1862, RGBI. N° 88, así como la decisión de la asamblea nacional provisional (provisorische Nationalversammlung) de 1919 para la libertad de prensa y la prohibición de censura. De esta manera, hay Derechos fundamentales del último tercio del siglo XIX, de la época de la monarquía, la cual terminó con la derrota en la Primera Guerra Mundial en 1918, los que se incluyeron al Derecho constitucional de la democrática República de Austria y los cuales siguen teniendo validez en nuestro país en la segunda década del siglo XXI.

*El hecho de que el término “Derecho fundamental” no esté presente en la Ley Constitucional Federal de 1920, también es debido a que el legislador de leyes constitucionales, tras la proclamación de la República en 1918, sobre todo en 1920 en el B-VG solamente usó *expressis verbis* aquellos términos o conceptos que se incluyeron por primera vez en el Derecho constitucional austriaco, como la forma política de República en el Art. 1 de la Ley Constitucional Federal, ya que antes Austria*

era una monarquía, así como la estructura de Estado federal (Art. 2 B-VG), ya que hasta 1918 Austria era un Estado unitario descentralizado, cuyos Estados federados, los denominados *Länder*, fueron los sucesores de los anteriores *Kronländer* de la monarquía[10] (*Länder* de la Corona del Imperio).

Gracias a su nueva forma de Estado democrático y republicano, Austria abrió el camino a un sistema democrático pluralista. El legista vienés HANS KELSEN[11] le ahorró al país largos debates ideológicos y de partidismo político gracias a *haber evitado declaraciones de valor* cuando presentaba el borrador del B-VG para todos los grupos parlamentarios de la asamblea nacional provisional[12], concentrándose en primer lugar en el borrador de Derecho constitucional que se refería a la organización del Estado. Así, Austria obtuvo una *Rechtswegeverfassung*, es decir una constitución definida por los procedimientos legislativos, que caracteriza esta República democrática hasta el día de hoy. También es característico de la actitud jurídico-política que los partidos políticos austriacos, los cuales participaron tras la Segunda Guerra Mundial en 1945 en la reconstrucción y en el restablecimiento de Austria, no tuvieron su propia ley sobre los partidos políticos hasta el año 1975, con motivo de la regulación de la financiación de partidos.

Por tanto, la reglamentación de los partidos políticos no está integrada en el corpus principal del Derecho del Estado austriaco, es decir en el B-VG, sino que se incluye en una ley adicional, es decir una ley federal ordinaria[13], cuyo Art. 1 contiene una disposición de derecho constitucional.

3.

Tal y como la temática de los partidos políticos no se encuentra *expressis verbis* en el B-VG, tampoco se incluyen en ello los objetivos y fines del Estado. Estos se desprenden de los *Kompetenztatbestände* (supuestos de competencias) de los Art.

10 y ss del B-VG, ya que Austria es un Estado federal. Estos son como *cartas blancas* del legislador de la constitución federal a los legisladores ordinarios de la Federación y de los Länder y se refieren tanto a los fines de derecho y poder, como al fin primario del Estado, así como a los fines culturales y de bienestar. Lo dicho queda demostrado, debido a que la legislación austriaca aspira tanto al establecimiento de la tranquilidad, del orden y de la seguridad, como al avance cultural, al crecimiento económico y a la seguridad social. Gracias a la formulación y aprobación de leyes en el sentido formal y material, Austria se hizo, según la obligación del Art. 18 (1) B-VG un Estado de derecho democrático, es decir un Estado de ley, un Estado cultural, económico y social. Esto se muestra claramente en el presupuesto [\[14\]](#) de la Federación, de los Länder y también de los municipios, es decir en los tres niveles conformes al principio de Estado federal. Las posibilidades presupuestarias se aprovechan de forma continua y confirman que la República de Austria con su principio federal es una *democracia dinámica*, también en el contexto cultural, económico y social.

Las posibilidades de estas “estatalidades” se determinan en Austria por las condiciones financieras y los principios del Estado legista y están limitadas por los Derechos fundamentales [\[15\]](#). Estos tienen su origen, como ya había sido mencionado anteriormente, en la recepción del Art. 149 B-VG de la Constitución de 1867 del Emperador Francisco José I (“Dezemberverfassung”); Fueron en aquel entonces –cuando todavía no había ninguna representación democrática del pueblo – los liberales, los que consiguieron la aprobación de los Derechos fundamentales por parte del monarca, cuyo pensamiento era todavía absolutista [\[16\]](#)

Con razón ha de ponerse énfasis en esta circunstancia, ya que demuestra que *los Derechos fundamentales de Austria son más antiguos que la formación de una voluntad estatal democrática*. Solamente en 1873, el sufragio austriaco [\[17\]](#) se

convirtió en un sufragio directo, en 1896 en uno igualitario y en 1907 en sufragio universal, con validez únicamente para los hombres. Las mujeres no obtuvieron el sufragio hasta 1918, como si se tratase de un regalo de tornaboda, una *Morgengabede* de la República, basándose en el reglamento electoral de la asamblea nacional constituyente.

4.

Si se estudia más de cerca esta ley fundamental constitucional sobre los derechos generales de los ciudadanos, llama la atención que algunos Derechos fundamentales se enumeran uno tras otro, sin que se pueda presenciar en ello ningún sistema, ni cierta imagen del ser humano reconocida y expresada o formulada. Se enumeran por un lado los Derechos fundamentales que se garantizan a todas las personas, y por otro lado aquellos que solamente valen para los ciudadanos del país, al igual que se mencionan los Derechos fundamentales válidos para personas físicas y jurídicas, al lado de aquellos que solamente son vigentes o bien para las personas físicas o bien para las personas jurídicas. Se trata de Derechos fundamentales, en su mayor parte liberales, destinados a la garantía y al aseguramiento de una esfera sin injerencia estatal y por tanto Derechos de libertad, como por ejemplo: La libertad personal, la libertad de la propiedad, la libertad religiosa, la libertad de conciencia, la libertad de circulación, la libertad de la actividad lucrativa. Algunos de dichos Derechos fundamentales tienen carácter democrático, ya que se centran en la organización o representación de los intereses del pueblo, como en el caso de la libertad de asociación, la libertad de reunión y el derecho de petición; en otros confluyen un carácter tanto liberal como democrático, como por ejemplo en el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. En este sentido, los Derechos fundamentales resultan ser una secularización de un antiguo pensamiento cristiano, el cual experimentó su positivización gracias a la iniciativa de los liberales y de los demócratas en el

siglo XIX.

En el curso de esta positivización de los Derechos fundamentales, los liberales y los demócratas también tuvieron que admitir que las garantías de estos no tienen una validez absoluta. Esto queda reflejado en el derecho del legislador ordinario de concretizar y establecer excepciones de algunos Derechos fundamentales individuales en forma de reservas legales. El ejemplo más conocido es seguramente el principio de la libertad de la propiedad o del dominio, proclamado en el Art. 5: “La propiedad es inviolable”. A esta primera frase se añade: “Eine Enteignung gegen den Willen des Eigentümers kann nur in den Fällen und in der Art eintreten, welche das Gesetz bestimmt.” (*Una expropiación en contra de la voluntad del propietario sólo puede producirse en aquellos casos y de aquella manera que dicta la ley.*) Esta reserva legal formal permite al legislador ordinario casi vaciar de su contenido - y siempre basándose en la constitución - un Derecho fundamental al que se aplica dicha reserva.

La razón para una reserva legal formal puede fundarse tal vez en que en 1867 el legislador quiso dejar abiertas las posibilidades de desarrollo social y económico, sin impedir dichos procesos de desarrollo por haber reconocido cierta imagen humana concreta. En los Derechos fundamentales liberales se garantizaba la libertad de injerencias del Estado y en los Derechos fundamentales democráticos se garantizó la libertad dentro del Estado, sin preguntar la finalidad con la que el individuo utilizaría esa libertad. Al Estado se le obligó a abstenerse de actuar. La garantía de la libertad era en este contexto la única evaluación.

En Austria, los *Derechos fundamentales se integraron por tanto completamente en el remolino de los Derechos constitucionales*, sin diferencia, experimentando gracias a la jurisdicción constitucional austriaca desde 1869 - a través del tribunal *Reichsgericht*- una *creación* y en algunos casos incluso una *transformación* [\[18\]](#). La libertad de la propiedad y la posibilidad de expropiación sirven de ejemplo,

apareciéndole al Tribunal constitucional incluso un derecho a adoptar medidas de socialización sin indemnización (VfSlg. 2572/52), cuando hoy intenta realizar un cierto cambio de dirección, deduciendo del concepto de igualdad una obligación de indemnización (VfSlg. 6884/72, 7234/72). O bien si se reflexiona sobre el derecho a un juez legal, considerado por el Tribunal constitucional como protección ante cualquier actuación estatal incompetente (véase por ejemplo: VfSlg. 3875/61). Existen más ejemplos al respecto.

5.

Aparte de la jurisdicción del Tribunal constitucional, los Derechos fundamentales en Austria han experimentado una evolución más allá del ámbito nacional a través de la evolución jurídica a nivel internacional[19]. A saber, mediante todos aquellos tratados que se adoptaron en el marco de las Naciones Unidas, del Consejo de Europa y de la Unión Europea, donde los esfuerzos se centraron en la nueva formulación o evolución de los Derechos fundamentales.

De los pactos del Estado que tienen rango constitucional a nivel nacional y efecto inmediato, se deben mencionar los siguientes: El Convenio Europeo de Derechos Humanos (BGBl. 210/1958 y 59/1964), así como los protocolos adicionales 1 a 5 (BGBl. 210/1958, 329 y 330/1970, 434/1969 y 84/1972). La Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (BGBl. 377/1972, con la Ley de ejecución BVG, BGBl. 390/1973), así como la Convención sobre los derechos políticos de la mujer (BGBl. 256/1965) y la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (BGBl. 443/1982) también tienen rango constitucional.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (BGBl. 591/1978) no fue ratificado como si se tratase de un cambio constitucional, sino que su cumplimiento queda reservado por la aplicación de las leyes vigentes.

Tampoco suponen una modificación constitucional los siguientes Tratados internacionales, ratificados con reservas: La Carta Social Europea (BGBl. 460/1969)[\[20\]](#), así como el Pacto Internacional de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (BGBl. 590/1978), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (BGBl. 591/1978) anteriormente mencionado. Los Derechos sociales se desprenden de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, jurídicamente vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 (BGBl. III 132/2009). Asimismo, las constituciones de los Estados federados del Burgenland (Art. 12) y del Tirol (Art. 13) contienen planteamientos acerca del Estado social.

Los Art. 42 - 69 del Tratado de Saint Germain de 1919 (StGBL. 303/1920) y los Art. 6 y 7 del Tratado de Estado austriaco de Viena-Belvedere de 1955 (BGBl. 152/1955) contienen disposiciones respecto a la protección de minorías y de Derechos fundamentales.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, con el rango de ley constitucional, que incluye derechos garantizados con efecto inmediato por la Constitución, tiene especial relevancia en el orden legal de los Derechos fundamentales en Austria. Así, mientras que la Carta Social Europea con sus Derechos fundamentales solamente incluye una recomendación de estructuración u organización social, el Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene el mismo rango que las disposiciones correspondientes de la Constitución federal austriaca. En caso de colisión, según el Art. 60 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se aplica la normativa con mayor alcance respecto a los Derechos fundamentales.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos contiene aportaciones nuevas significativas, aparte de una serie de Derechos fundamentales del individuo y que corresponden a las garantías ya existentes a nivel de los Derechos fundamentales

en Austria, así como la concesión de un sistema de protección jurisdiccional supranacional.

Gracias al Convenio Europeo de Derechos Humanos, se introdujeron en el orden jurídico austriaco ciertas garantías de Derechos fundamentales que hasta ahora no existían o no estaban expresamente incluidas en el StGG de 1867, tales como: el derecho a la vida (Art. 2), el respeto de la vida privada y familiar (Art. 8), a contraer matrimonio y fundar una familia (Art. 12), así como la prohibición de aplicar leyes penales de forma retroactiva (Art. 7). En algunos casos, el ámbito de protección ofrecido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos es más amplio que el establecido en el StGG 1867. Las libertades de reunión y de asociación (Art. 11 del Convenio) constituyen por ejemplo Derechos fundamentales según el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y no únicamente libertades civiles. La libertad de asociación se refiere a asociaciones en general y sirve además de base legal constitucional para asociaciones económicas.

Por último, es especialmente relevante el tipo de reservas legales introducido como novedad a través del Convenio Europeo de Derechos Humanos – por ejemplo en sus artículos 8, 9, 10 y 11 – el cual determina de forma expresa en su contenido al legislador ordinario que pone límites al Derecho fundamental, restringiéndole mucho más que las reservas legales formales de los Derechos garantizados en el StGG 1867. Las reservas jurídico-materiales del Convenio Europeo de Derechos Humanos contienen una doble barrera: Por un lado se enumeran los bienes jurídicos – por ejemplo según el Art. 8 del Convenio (Respeto a la vida privada y familiar): Seguridad nacional, orden y tranquilidad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás – donde el legislador ordinario tiene permiso para injerirse en la libertad garantizada por los Derechos fundamentales, con el objetivo de protegerlos. Por otro lado se limitan la forma y la dimensión de la injerencia en la

medida de lo necesario en una sociedad democrática. De esta manera, se introducen estos principios a través del Convenio Europeo de Derechos Humanos al ordenamiento jurídico en materia de Derechos fundamentales en Austria.

Cuando hablamos de los Derechos fundamentales y su evolución, cabe destacar la posibilidad de protección del individuo, amparada en el Estado constitucional austriaco.

Según la Constitución de diciembre de 1867, el individuo solamente tenía la posibilidad de dirigirse al tribunal *Reichsgerichten* caso de haber injerencias en Derechos fundamentales por parte de la administración pública, siendo este el juzgado competente para decidir en casos de demandas de ciudadanos por violación de sus derechos políticos garantizados en la Constitución, una vez agotada la vía administrativa. En el año 1920, esta posibilidad fue transferida al Tribunal constitucional austriaco (*Verfassungsgerichtshof*), en el marco de su jurisdicción administrativa extraordinaria, desarrollando adicionalmente una protección indirecta de los Derechos fundamentales para cada persona individual, a través de sus competencias a nivel constitucional para la revisión legal, pudiendo el Tribunal constitucional provocar esta protección ante los órganos supremos, titulares de recursos de apelación.

Desde la modificación del B-VG en 1975, el individuo dispone ahora también de una protección jurídica directa frente al legislador, ya que cada individuo puede ahora recurrir una ley por sospecha de inconstitucionalidad ante el Tribunal constitucional, cuando esta - sin necesidad de un auto o de una sentencia - viola sus derechos (Art. 140 (1) B-VG). Por tanto, los Derechos fundamentales sirven de criterio para un examen de leyes que el individuo puede iniciar.

Si se examinan más a fondo los Derechos fundamentales del orden jurídico austriaco que emanan de distintas fuentes legales y disponen de distintas vigencias normativas, tenemos ante nosotros cierta estructura: *Derechos fundamentales que se refieren al individuo, a la vida en la*

comunidad, a la religión, a la educación y a la vida económica.

6.

Si vemos más detalladamente los mencionados derechos garantizados en la Constitución austriaca en su ámbito de validez, comprobamos una tendencia a eliminar el trato diferente de ciudadanos del país y extranjeros, lo cual queda patente con suma claridad a través del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos adicionales.

Más allá de la organización de los Derechos fundamentales, existente en el Derecho constitucional austriaco no en un contexto sistémico, sino solamente de forma fragmentaria, regulando la posición del individuo en el Estado, *los Derechos fundamentales tienen un significado para todo el ordenamiento estatal y social.*

Los Derechos fundamentales sirven al legislador para indicarle la dimensión, la orientación y el límite de sus actividades. El área protegida por los Derechos fundamentales ya no está a disposición del legislador ordinario, existen límites incluso cuando se trata de Derechos fundamentales con reservas legales. A pesar de no contener el Derecho constitucional austriaco ninguna garantía expresa sobre el contenido y carácter esencial, en comparación con la República Federal de Alemania, el Tribunal constitucional austriaco sí que declaró en varias sentencias la intangibilidad del núcleo esencial de los Derechos fundamentales. Según esta jurisdicción, las leyes “contradicen” un Derecho fundamental con reservas legales cuando infrinjan la esencia de los Derechos fundamentales, en particular cuando su aplicación conduce efectivamente a una suspensión de un Derecho fundamental.

Estas indicaciones deberían mostrar que los Derechos fundamentales austriacos se encuentran en un estado de evolución continua. La participación de Austria en la integración europea y el hecho de convertirse en miembro de la Unión Europea[21] contribuyeron de manera relevante a esta

evolución. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 (BGBl. III 132/2009), la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea pasó a ser jurídicamente vinculante. Esta Carta contiene 50 Derechos fundamentales, a saber: La protección de la dignidad humana (Capítulo I), los derechos a la libertad (capítulo II), los derechos de igualdad ante la ley (capítulo III), los derechos que emanan de la ciudadanía (capítulo V), los derechos a la tutela judicial (capítulo VI), y los derechos sociales (capítulo IV, solidaridad).

Como *miembro de la Unión Europea*, Austria tiene por tanto *acceso a tres ordenamientos jurídicos en materia de Derechos fundamentales*, mencionados en el Art. 6 del Tratado de la Unión Europea (EUV, ABI N° C 290/1 del 30 de noviembre de 2009): La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los principios generales del Derecho de la Unión que se desprenden de las tradiciones constitucionales generales de los Estados miembros.

7.

Esta evolución que experimenta la protección de los Derechos fundamentales en Austria, sobre todo debido al ingreso en la UE y la ratificación del Tratado de Lisboa y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, queda particularmente bien reflejada en *la influencia de los instrumentos de Derechos Humanos internacionales sobre el ordenamiento jurídico constitucional austriaco y dirige nuestra mirada a la teoría de Derecho internacional de FRANCISCO DE VITORIA* [\[22\]](#); Es justamente su teoría acerca de la unidad moral y jurídica del universo la que se ve confirmada, más allá de las fronteras, por la evolución de la protección de los Derechos Humanos, así como la participación austriaca en ella.

La participación de Austria en el ordenamiento y protección internacional de los Derechos Humanos y su protección, garantizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

en Luxemburgo, identifican a esta *unión de Estados como comunidad jurídica internacional*, la cual reconoce la *dignidad humana*, propia de todos los hombres y que se basa, según la doctrina cristiana[23], en el concepto de la semejanza a Dios, es decir la *Imago Dei* de todos los hombres, a través de los Derechos Humanos como Derechos fundamentales. Para ALFRED VERDROSS[24], quien estudió muy de cerca las teorías de la *Escuela de Salamanca*[25], el “Völkerrecht VITORIAS ... (ist) daher nicht nur zwischenstaatliches Recht, sondern zugleich Menschheitsrecht (jus humanitatis)”[26] (*Según VITORIA, el derecho internacional es derecho entre los Estados, pero, al mismo tiempo, derecho de la humanidad (ius humanitatis).*

El objetivo de Austria fue participar en el ordenamiento internacional, sobre todo a nivel europeo, en materia de Derechos Humanos y la protección de los mismos, ya que nuestro país aspira - con la evolución de su ordenamiento jurídico de Derechos fundamentales y el orden legal constitucional - a aportar su contribución con el fin de que la integración europea se traduzca también en una *comunidad de derecho y de valores*. En relación con la teoría de VITORIA sobre la comunidad de Estados como comunidad de transporte y comunidad comercial, es importante señalar que la Unión Europea aplica su derecho en servicio de los valores europeos, empleando ambos, tanto derechos como valores, con el fin de establecer una *comunidad económica y monetaria*.

La participación de Austria en la comunidad internacional como comunidad de derecho se consignó en 1920 con la adopción del B-VG 1920, precisamente de su Art. 9, según el cual las normativas generalmente reconocidas del derecho internacional forman parte del derecho federal[27]. Se entienden como normativas generalmente reconocidas de derecho internacional el derecho consuetudinario, inclusive los principios generales de derecho (Art. 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia). En la estructura escalonada del ordenamiento jurídico, estas normativas generalmente

reconocidas del derecho internacional adquieren un rango entre el derecho constitucional federal y el derecho de leyes federales ordinarias. Son una prueba más que palpable del vínculo entre el orden jurídico del Estado austriaco y la comunidad internacional y el Bonum commune humanitatis, uno de los principales objetivos de VITORIA y de la Escuela de Salamanca y que sigue teniendo gran actualidad en el siglo XXI, con toda la pluralidad existente en la comunidad internacional.

Traducción: Lic. Kathrin Suntinger, Embajada de Austria en Madrid

-
- [1] Véase Werner Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht, Zürich 1945, Neudruck Darmstadt 1971 y Herbert Schambeck, Der Staat und seine Ordnung, ausgewählte Beiträge zur Staatslehre und zum Staatsrecht, edición: Johannes Hengstschläger, Viena 2002.
- [2] Véase Johannes Hengstschläger y David Leeb, Grundrechte, Viena 2012.
- [3] Véase Herbert Schambeck, Menschenbild und Menschenrechte im österreichischen Verfassungsrecht, en: Menschenrecht und Menschenbild in den Verfassungen Schwedens, Deutschlands und Österreichs, ethische Grundlagen und praktische Folgerungen, Rechtsstaat in der Bewahrung, Tomo 13, Heidelberg 1983, pág. 57 ss.
- [4] Véase Herbert Schambeck, Der Verfassungsbegriff und seine Entwicklung: Der Staat und seine Ordnung, pág. 45 ss.
- [5] Véase: Das österreichische Bundesverfassungsrecht, Comentario de Heinz Mayer, 4a edición, Viena, 2007
- [6] Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland del 23 de mayo de 1949, BGBl. pág. 1 ss., ver: Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tomo I-V, 2a edición, Múnich 1984 – 2000.
- [7] Art. 79 (1) GG.
- [8] B-VG 1920 en su versión de 1929, BGBl. N° 1/1930
- [9] Los Unabhängige Verwaltungsenate (Senados administrativos independientes) se convertirán en Landesverwaltungsgerichte (Tribunales de administración de los Länder) el 1 de enero de 2014.
- [10] Véase Herbert Schambeck, Möglichkeiten und Grenzen der Verfassungsinterpretation in Österreich: Der Staat und seine Ordnung, pág. 73 ss.
- [11] Véase Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit; Serie de escritos del Hans Kelsen-Institut, Tomo 32,

editado por Robert Walter, Werner Ogris, Thomas Olechowski, Viena 2009.

[12] Véase Georg Schmitz, Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung; Serie de escritos del Hans Kelsen-Institut, Tomo 6, Viena 1981.

[13] BGBl. N° 404/1975, véase Herbert Schambeck, Die Stellung der politischen Parteien nach Österreichischem Verfassungsrecht, en: Herbert Schambeck, Politik in Theorie und Praxis, editado por Helmut Widder, Vienna-Graz 2004, pág. 309 ss.

[14] Véase Johannes Hengstschläger, Das Budgetrecht des Bundes, Berlin 1977.

[15] Véase Felix Ermacora, Grundriß der Menschenrechte in Österreich, Viena 1988.

[16] Véase Ernst C. Hellbling, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, 2a edición, Viena-Nueva York 1974, pág. 374 ss.

[17] Herbert Schambeck, Die Entwicklung des österreichischen Wahlrechts, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Nueva Serie/Tomo 21, editado por Gerhard Leibholz, Tübingen 1972, pág. 247 ss.

[18] Véase Karl Korinek, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, Viena-Nueva York 2000.

[19] Véase Hengstschläger/Leeb, a.a.O., pág. 9 ss.

[20] Véase Herbert Schambeck, Grundrechte und Sozialordnung, Gedanken zur Europäischen Sozialcharta, Schriften zum öffentlichen Recht, Tomo 88, Berlin 1969.

[21] Véase Theo Öhlinger/Harald Eberhard, Verfassungsrecht, 9a edición, Viena 2012, pág. 93 ss.

[22] Véase Francisco de Vitoria, De Indis, De iure belli, De potestate civile y De potestate papae et concilii.

[23] Véase Genesis, 1, 26 ss., Salmo 8,6, Libro de la Sabiduría 2,23, Segunda Carta a los Corintios 4,4 y Karl Korinek: Die Gottesebenbildlichkeit des Menschen als Grundlage moderner Grundrechtskataloge: Diplomatie im Dienste der Seelsorge, Festschrift für Donato Squicciarini, edición: Egon Kapellari y Herbert Schambeck, Graz- Viena-Colonia 2002, pág. 76 ss y Herbert Schambeck, Die Menschenrechte in der Lehre der katholischen Kirche: Catholic Social doctrine and human rights, The Pontifical Academy of Social Sciences Acta 15, Vatican City, 2010, pág. 83 ss.

[24] Alfred Verdross, Abendländische Rechtsphilosophie, ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau, 2a edición, Viena 1963, pág. 92 ss.

[25] Véase Heribert Franz Köck, Der Beitrag der Schule von Salamanca zur Entwicklung der Lehre von den Grundrechten, Schriften zur Rechtsgeschichte, Número 39, Berlin 1987 y Herbert Schambeck, La Escuela de Salamanca y su Significación hoy, Anales de la Real Academia de Ciencias y Políticas, Año XVII, No. 67, Madrid 1990, pág. 85 ss.

[26] Verdross, véase arriba, pág. 94 sig.

[27] Véase Heribert Franz Köck, Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts en Art. 9 B-VG: Herbert Schambeck (edición), Das Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, Berlin 1980, pág. 739 ss.

Capítulo 6. Dreaming up a ‘*res publica*’ of all the world

Pablo Zapatero Miguel
Professor of public international law, Carlos III University of Madrid

1. A scholar

These pages explore some of the legal ideas on world sociability and communication of a 16th-century intellectual figure: Francisco de Vitoria (1483-1546), a scholar often portrayed as one of the ‘founders’ of the law of peoples, along with thinkers such as Alberico Gentili (1552-1608) and Hugo Grotius (1583-1645), among others^[1].

Interestingly, this theologian is also among those thinkers who began dreaming up the idea of a world community and, in doing so, argued for a ‘right’ to social and natural communication among peoples (*ius communicationis*).

The ideas of Vitoria were developed in an age of uncertainty and profound social change; an age that gave birth to the modern states that, with their centralized power, signalled the demise of medieval pluralism, the dismemberment of christendom, and the erosion of imperial and papal aspirations to universal power. Medieval Europe, before then, had defined itself as a cultural, political and religious unity: the *res publica christiana*.

The first half of the 16th century witnessed the final breakdown of that order, the emergence of the modern sovereign state and the subsequent development of the European state system. It was also in this age that a singular event transformed conventional conceptions of the world,

consolidating anthropocentrism: the discovery of America.

A 'stellar moment' of literature and philosophical thought took place in the Iberian Peninsula: the so-called "golden age". One of the innovative intellectual movements of that period, the School of Salamanca, was formed under that aegis[2]. This doctrinal movement sparked a profound renewal of Spanish scholastic thought[3].

The theologian was a central intellectual figure of this school of thought that influenced disciplines such as theology, law, political theory, philosophy as well as policy-making. 24 of Vitoria's disciples held chairs at Salamanca and around 5000 students passed through the lecture-rooms.[4] From the second quarter to almost the end of that century, their students, pupils, colleagues and successors disseminated common ideas that influenced public decision-making both in Spain and the Indies[5].

However, as the Spanish Second Republic's Minister of Education Fernando de los Rios pointed out in 1927, the battle between Catholicism and Protestantism (and its concomitant religious wars) impinged on the writing of European history[6]. In fact, Francisco de Vitoria almost vanishes from the history of ideas for three centuries due to the distorting effect in academia of the wars of religion, the practice of Empire and the resulting black legend about Spain.

As a result, when modern academic literature began to pay attention to the doctrines of the law of peoples, the new studies focused solely on the ideas of Grotius, although he himself used the words of the black friar extensively to develop his famous legal brief for the Dutch East India Company, and these ideas would later figure in his anonymously published *Mare Liberum*.

In consequence, at the beginning of 19th century, the studies on Vitoria only focused on his participation in the renewal of Scholasticism. Academic interest reawakened with Mackintosh's "rediscovery" of the universalist aspect of his work

in 1816. Later, the issue was addressed in the seminal works of scholars such as Alvarez de los Corrales (1859), Ernest Nys (1894), Barthelemy (1904) and Brown Scott (1928)[7]. But the scholar who had the greatest influence in this regard was the later[8].

Probably, Vitoria's major contribution to political and legal thought is his conception of *ius gentium*. Thus, let's refer briefly to the basic elements of that thought before exploring how this theologian framed and formalized such idea.

In essence, Vitoria's intellectual creations were directly linked to his teaching activities, and are found in the texts prepared for his classes (*Lectios*) and in the traditional end-of-term special lectures (*Relectios*) presented to the whole university community at Salamanca. Fortunately, these reflections have been preserved in his manuscripts and some through verbatim notes taken in class by his students.

The *Lectios* and the *Relectios*, together with his Commentary on the *Summa Theologiae* of Thomas Aquinas, give an accurate portrait of the scholar; but the most distilled expression of his intellectual activity is found in the *Relectios*. Of these, three are particularly relevant: *De potestate civili* (On Civil Power, 1528), *De Indis recenter investis* (On the Indians Recently Discovered, 1539) and *De Indis sive de Iure Belli hispanorum in Barbaros* (On the Indians, or on the Law of War made by Spanish on the Barbarians, 1539). These conferences constitute a particularly far-reaching position for his age concerning the relations amongst peoples.[9]

Several basic dimensions are interrelated in the work of Vitoria: theology, political power, and the law of peoples. To summarize, he adopted a stance typical of classical natural law theorists,[10] addressing the major issues of his time by reconciling philosophy and theology on the basis of natural law.

Vitoria maintained that there was no contention, issue or dispute that did not fall within the bounds of theology.[11] This

broad conception of theology rooted in thomist and nominalist doctrines allowed him to examine a wide range of social issues, which he approached with independent criteria and a significantly critical sense for his time.

His main ideas about political power are found in *De potestate civili*. This *relectio* could somehow be considered, with due historical caution, as an embryonic theory of the state[12]. For the dominican, all human groups need an authority responsible for pursuing the common good. To that end, god has conferred political power to the *res publica* (political community) that results from man's social nature.[13] Therefore, that power ultimately resides in the political community:

Since by natural and divine law is granted the power to govern the *res publica* and, apart from positive and human law, there is no special reason why that power should reside more in one than in the other, it is necessary for the community itself to suffice and to have the power to govern itself[14].

Nonetheless, for the theologian, the power of the monarch and that of the political community are not exclusive: political power resides in the state while its exercise is vested in the monarch; the administration of power, or government, is conferred upon the ruler by the *res publica*.

Thus the dominican ascribed a popular foundation for the monarch's power and likewise maintained that such power is limited by the mandates of divine, natural and positive law. Concerning the last, he made this observation: "civil laws are binding on legislators and principally on kings", so that "a legislator who does not obey his own laws wrongs the *res publica* and all other citizens". In short, "although the laws be issued by the king, they are equally binding upon the king himself"[15].

In this regard, Vitoria's theses differ from the principle *princeps a legibus solutus est* in Hobbes' *Leviathan* (1651),

which the emerging states of the era sought to elevate. Whereas the friar maintained, like Hobbes, that it was the political community that should decide its government, he expressed a preference for, among the various forms of government, non-absolutist monarchy; an inclination that did not, however, prevent him from reserving certain decisions for the political community as a whole. Thus he made references to the majority principle for the appointment of rulers:

A political community can appoint any one it will to be its lord, and therefore the consent of all is not necessary, but the consent of the majority suffices. For... in matters concerning the good of the *res publica* the decisions of the majority are binding even when the rest are of a contrary mind.[\[16\]](#)

Vitoria also reflected on the advisability in such cases of following the majority principle: if unanimity were to be required, the political community would not be adequately served, “since it is rare and almost impossible to achieve, given the numbers of people involved”; thus it suffices for the majority to decide on something for it to be carried out lawfully.[\[17\]](#) It may therefore be deduced that the political community is entitled to select its own government, with the injunction that, once this initial choice has been made, that government must be obeyed. As a result, the thesis offers new justifications for obedience to the law: power has its natural basis (albeit indirectly) in the *res publica* itself[\[18\]](#).

In short, the black friar addressed challenging issues for his time. However, it is probably his idea of transcending the *res publica* to encompass the whole world (the *res publica* of all the world), and the concomitant idea of the law of peoples what is more relevant for the history of modern ideas. Notwithstanding that the “battle over the founders of international law” is still being fought today in many forms and for many reasons[\[19\]](#), the old friar critically contributed to develop the idea of the law of peoples.

2. The Orb

The theologian's thought on the political community was framed beyond local terms. His ideas integrate the *res publica* within a wider community of independent entities that together make up the entire world, and are subject to the rights and obligations deriving from the law of peoples. By virtue of this external dimension in his concept of political power, he could assert that the different political communities of the *orb* constitute a single entity. This thesis diverges from the idea of a world political community ruled by emperors or popes, and leans instead towards an order of communities as subjects who relate to each other horizontally, not on the basis of hierarchy.

Although the theologian did not propose a particular mode of institutionalization for these ideas, there is nonetheless a strong connection between his conceptions of the *orb* and the *res publica*: "*totus orbis, qui aliquo modo est una res publica*"^[20]. His *totus orbis* is conceived as a universal community of all peoples, extending to non-christian political communities and reaching beyond the closed context of medieval christendom and its idea of a community of European christian kingdoms^[21].

In facing the issue of the Spanish conquest of the Indies, Vitoria maintained that no legitimacy could be derived from divine, natural or even positive law that would allow the emperor Charles V to extend his sovereignty to other peoples. As the Indians were the original and true legitimate owners and lords of their land before the arrival of the Spanish, in his opinion, legal claims of title to their lands in favour of the Spanish monarchy had "no more value than any title that they [the Indians] might have claimed had it been they who had discovered us [the Spanish]"^[22].

The scholar held a similar position with regard to the pope, who had no rightful power, beyond that of a strictly spiritual nature, over the *orb* or any of its states. Thus he rejected the ideas of hierarchy and submission to the great powers pervasive

in the *res publica* at the close of the middle ages. In sum, no power - be it papal or imperial - could claim universal authority.

Once questioning the *statu quo*, he went further and outlined an alternative: a community of peoples encompassing the whole world. The line of argument for this seminal vision is simple: 1) the people who make up any community need to be governed by a set of rules; 2) the multiple peoples of the world also make up a community; 3) consequently, these are also meant to interact through a set of rules. That imagined (world) political community (predating the *Civitas Gentium* proposed by Kant) constitutes one of the first conceptualizations of a “world community” to build upon communication and socialization.

Thus, from the jumble of natural law thought, the dominican formulated quite a revolutionary idea. The closest precursor in the Western world is the *Civitas Dei* of Augustine of Hippo (345-430), that proposed, as an alternative to the roman empire, a plurality of peoples that coexist in peace within their natural borders, “as there are very many houses of citizens in a city”.[\[23\]](#)

But it was in Vitoria’s age that the idea of a world community began to be depicted, in sharp contrast to previous ideas of communities that relate to others on the base of hierarchical (or non-egalitarian) criteria. As Truyol explains, it is the spread of this type of ideas, in time, what allowed the incorporation of non-christian states into the international community, giving international law a universal vocation[\[24\]](#)

By reengineering the doctrine of the *ius gentium*, rules for the world as a community were envisioned. To this end, the theologian modified the concept of *ius gentium* into something new and *instrumental* to that (world) community. Starting with the definition by Gaius (160 AD) of the law of people (“the law that natural reason has established among all men”), the theologian replaced the words “people/men” with the words “peoples/nations” and thus introduced a second sense to the classical concept of law of peoples.

Thus, in contrast to the Roman sense, Vitoria conceived the *ius gentium* as *ius inter gentes* (“law among peoples”): *quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium* (“what natural reason has established among all peoples is called *ius gentium*”). This change in the Gaian definition of *ius gentium* (“inter omnes gentes” instead of “inter omnes homines”) helped to develop the first notions of international law.

3. *Ius inter gentes*

Rules between societies obviously predate scholars. Their genesis are to be found in those political communities (/tribes) that forged agreements among themselves, since the dawn of civilization^[25]. In this regard, the friar is not responsible for the development of those norms that political communities produce to govern their mutual relations.

In addition, he had no intention of nurturing a general discourse on the foundations of a new world order. In fact, Vitoria grounded his *ius gentium* on a diffuse plurality of sources without a clear relationship among them: 1) natural law, 2) custom, 3) ‘original’ social consent, 4) the consent of all peoples and 5) collective decision making (i.e: majority decision), etc.

For Brian Tierney, those categories were cited on a random basis. In his opinion, the friar displayed a “considerable versatility” in deploying legal norms or “even in *inventing* such norms on occasion”^[26].

However, it is precisely this inventiveness that was his genius. The theologian reengineered several traditions to produce something new: *ius gentium* as *ius inter gentes*. That product of his political and legal imagination would pave the way to Grotius’s “conviction” regarding the law of nations (*De Jure Belli*, 1625): “fully convinced...that there is a common law among nations, which is valid alike for war and in war”. In conclusion, the theologian gave birth to a promising idea that

many others, since then, have developed as an academic discipline to help manage the world through rules.

Not surprisingly, the relevance of the theologian in the formation of this idea has been challenged in contemporary literature. A conventional academic authority in this regard is the German-born American jurist Arthur Nussbaum (1877-1964) [27]. Essentially, Nussbaum argued in *A Concise History of the Law of Nations* that the substitution of “men” by “peoples” in the definition of *ius gentium* in the *De Indis* may well have been a faulty transcription, perhaps “a momentary flash of Vitoria’s mind” or even a “a slip of memory” [28]. However, it is easy to see that the *Relectio* contains references to the expression *apud omnes nationes* (“among all nations”): *Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium*.

The words of Vitoria in his Commentary on the *Summa Theologiae* of Thomas Aquinas, referring to the inviolability of ambassadors, are also clear: *et isto modo legati admissi sunt de iure gentium, et apud omnes nationes sunt inviolabiles*. In addition, the following line in the Commentary makes the issue conclusive: *Ita de iure gentium dicimus quod quoddam factum est ex communi consensu gentium et nationum* [29].

In sum, the scholar transformed the traditional meaning of *ius gentium*. Nonetheless, determining what was the first intellectual formulation of such a far-reaching idea is undoubtedly still today a sensitive cultural issue. Rossi’s book on Brown Scott’s “self-imposed mission” to trace the origins of the modern law of peoples to Vitoria is an interesting example [30]. This persistent cultural issue is illustrated in the following crude and provocative conclusion of Topulos, interpreting the mentioned work: “To a certain degree, Scott had a bias in favour of the catholic view of the world, and therefore may have overemphasized the catholic origins of international law. Vitoria was catholic; Grotius was protestant” [31].

Certainly, there are more promising approaches to Francisco de Vitoria and Hugo Grotius once the “who was first”

question is left aside. For example, *De Indis* did not result from any consultation requested by Charles V but was aimed to provide with theological guidance on the Indies while Grotius's *Mare Liberum* (1609) resulted from a legal brief, *De Jure Praede* (On the Law of Spoils)[\[32\]](#), originally written on behalf of the Dutch East India Company. In fact, the plea for the freedom of the seas followed a request by the executives of this early 'globalised company' for which he acted as a lobbyist[\[33\]](#).

Interestingly, two of the first key documents of the history of the law of peoples were written under the shadow of great global players of that age: an emperor and an early globalised corporation.

Another interesting approach is that Vitoria's document was a university conference written in the tradition of theological thought while Grotius's initial document (*De Jure Praede*) was a legal brief, originally written by commission. Thus the orientation of *Mare Liberum* and *De Indis* is naturally different.

Grotius himself illustrated this point. In 1613, on a Dutch diplomatic mission to resolve matters of monopoly and other commercial activities in the East Indies, he was challenged by the English with a quote from his own anonymously published *Mare Liberum*. Grotius responded by stating that contracts with natives have precedence over the law of peoples, adding that the anonymous author would most certainly agree with him[\[34\]](#).

In short, there are much more interesting issues to address on Vitoria and Grotius than the merely foundational question. In any case, that particular question is precisely framed by Verhoeven: "We should not ask of Vitoria more than he can give. The law of peoples is still there in his utterings. The essential thing is nonetheless in place." For Verhoeven, the theologian basically "sets the stage" in such a way that the central theme would become what we call nowadays "international law", but

what he wrote was the “prologue”[35].

Thus, the ideas of Vitoria on a world community opened the way for a new discipline: the study of the rules governing such a community. In opening this path, the so-called ‘invisible college of international lawyers’ was inaugurated[36].

In any case, the discipline is obviously, in the words of Haggemacher, a “collective creation”[37]. Every new idea is the fruit of a collective intellectual quest that allows the contemporary man to build upon the past[38]. Thus, the law of peoples was born of an aggregate of influences; but for this, the theologian did his part by opening new paths to others.

By reengineering Aristotelian-Thomist philosophy, roman law and the *ius commune*, the friar suggested the idea of the law of peoples as a potential new discipline. The first systematized of such discipline is certainly Hugo Grotius. Brown Scott’s definition of the latter thinker is certainly accurate: a “master compiler and expounder”[39]. In essence, the Dutch attorney “worked out” the ideas of Vitoria and others in writing the first widely recognized “product” of the new legal discipline: the *Mare Liberum*.

The ideas were certainly quite inspiring. According to the theologian, the *orb* “has the right to make laws that are just and appropriate for all, such as the law of peoples... and no kingdom may lawfully exclude itself from the law of peoples *because it is ordained by the authority of the orb as a whole.*”[40]

For Vitoria, *ius gentium* is a set of universal norms that regulate the relations among peoples. Its foundations sometimes stem from natural law, and at other times, from positive law.[41] Thus, in certain passages *ius gentium* arises as positive law from the “mutual consent of peoples and nations” (“*ex communi consensu omnium gentium et nationum*”) while in others, it is based on natural law[42]. The consensus-based approach was later developed by authors such as Suarez and Grotius who separated the *ius gentium* from natural law by

maintaining that the latter is a law comprising the unwritten customs among nations.

The *ius inter gentes* and the *res publica* of the whole world (*totus orbis*) are intellectual constructs that may be understood as by-products resulting from the encounter between the old and new world. The age saw a flourishing of utopian thinking with social rules and consequently law as a central part of those new social visions and conceptions[\[43\]](#).

Friars were no strangers to those currents of creative thought that produced masterpieces like the *Civitas solis, poetica idea Reipublicae philosophicae* (1623) of the dominican Tomasso Campanella (1568-1639). That fictional account of a sailor landing on the island of Taprobana is obviously a blend of sociological creativity with the chronicles of the men that reached the new world.

Furthermore, a significant portion of those reaching the new world were also motivated by utopian thinking. That was the case of many members of religious orders (i.e: the New Jerusalem, etc). A vivid example of the power of that motivation was the fascinating diary of the voyage of a group of 16 dominicans to Chiapas that left San Esteban (Salamanca) on January 12, 1544[\[44\]](#).

Utopian thinking also directly influenced the higher ranks of the church in the Indies. In fact, the first bishop of México himself, fray Juan de Zumárraga, possessed a heavily annotated copy of Thomas More's rationalist fantasy, *Utopia* (1516)[\[45\]](#). Interestingly, Zumárraga was the man who advised the emperor Charles V to consult Francisco de Vitoria on some theological issues concerning the Indies[\[46\]](#).

In sum, the need to formulate responses to the new challenges posed by the encounter of the new world led Vitoria, like others, to stretch imagination. It is through this voyage to the unknown that he arrived at notions instrumental to the construction of the secular law of nations.

4. *Naturalis societas et communicationis*

The theologian made some remarkable contributions in relation to the law of nations. His natural law conception of *ius gentium* allowed him to devise the idea of *ius communicationis*: a defense of the natural right to free communication among peoples and nations. This idea, connecting to the *ius humanae societatis* of Giovanni d'Andrea (1275-1348), allowed for a new approach to the relations among peoples[47].

Vitoria initiates the *ius communicationis* argument with the following statement: “the first proof comes from the law of nations which either is natural law or derives from natural law... Among all nations it is considered inhumane to treat guests and travellers badly without special cause”. This is where the dominican suggests the possibility of just titles. The matter is summed up in this statement: “the Spanish have a right to travel into the lands in question and to sojourn there, provided they do no harm to the natives, and the natives may not prevent them.”[48] He likewise proceeded to enumerate a series of specific universal rights derived from the *ius communicationis*:

All persons have the right to migrate to any nation, to live there for the duration they so desire, and not to be expelled there from in times of peace without just cause; they have the right to trade freely with other nations and to participate in property held in common.

Furthermore, the friar proclaimed that certain things are not subject to appropriation: if there are among the Indians any things which are treated as common to both citizens and strangers, “the Indians may not prevent the Spanish from communication and participation in them.”[49] He likewise suggested and defended the freedom of navigation and commerce, freedoms intimately linked to human communication and cooperation:

By natural law water and the sea are common to all, so are rivers and harbours, and by the law of nations ships from all parts may be moored there; and on the same principle they are public things. Therefore it is not lawful to keep anyone from them.[50]

In addition, the theologian defended that trade between the Spanish and the Amerindians could not be hindered neither by the native princes nor by the princes of Spain[51].

For Vitoria, the *ius communicationis* implied the right to travel (*ius perigrinandi*), to trade as well as (not surprisingly being a black friar) the right to preach (*ius praedicandi*). Such 'basket of rights', woven from the natural right of communication, was of universal projection. As a result, these rights were a cornerstone of his thinking concerning relations among peoples and, as such, the just title for the presence of the Spanish in America.

As Anthony Pagden points out, this "right to natural society and communication" (*naturalis societas et communicationis*) has received less attention than others, although it certainly appears to be a "title" of his own invention[52]. In his opinion, Europe turned a deaf ear to the idea of this right despite its power and originality. For Pagden, the reason is simple: the possibility that a vaguely defined notion of "human communication", or the mere principle of hospitality, could become a principle of law might threaten the whole system of sovereignty emerging at the end of the 16th century; a system in which the rights of sovereignty, according to Thomas Hobbes, were "indivisible and *incommunicable*"[53]. In essence, if the new emerging nation-states were to protect their borders, limitations to the free movement of persons could not be questioned[54].

Following Pagden's argument, although the theologian failed to convince others of the existence of this right, he developed a language of great potential.[55] More than two

hundred years later, the *ius cosmopolitanum* of the *Perpetual Peace* (1795) focuses on the “conditions of universal hospitality”, and confers a precise meaning to “hospitality”, obviously without having read Vitoria. For Padgen, Kant’s “hospitality” is the old friar’s right of all persons to freely move about in the world[56].

For the theologian, the right to travel peacefully and to “enjoy hospitality” was part of the law that has survived from the dawn of society. In this regard, the *ius communicationis* is a powerful and inspiring concept that builds upon human interaction among peoples at global scale.

Interestingly, however, the title of *ius communicationis* has also been interpreted in a different sense to that suggested by Padgen. As Tierney recalls, Vitoria claimed that the *ius communicationis* conferred rights upon the Spanish “even without consent” (of the Indians) and granted them the right to use force if these were rights violated[57]. And here, Tierney recalls the statement of Vitoria’s favourite disciple, Melchor Cano, who observed that the Spanish did not enter the Indian lands merely as travellers, “unless we call Alexander [the great] a traveller”[58].

However, Vitoria was precisely among those first Europeans who publicly disseminated serious concerns (on pure humanitarian grounds) on the events involving the peoples of the Amerindies upon the arrival of the Spanish.

Prompted by the news of the fate of the Indians in the Yucatan, the theologian also reflected upon the need to defend innocent people (*nocentes*) from the “tyranny and oppression” of their lords (i.e: human sacrifices and cannibalism)[59]. In such cases, he maintained that it was lawful for other peoples to intervene (go to war) in order to prevent those practices, since these were violations of natural law and the law of peoples.[60]

Thus the theologian speculated that the *ius gentium* might permit peoples in one part of the world to intervene in the

affairs of peoples in another on strictly humanitarian grounds. Under this conception of *ius gentium*, the power of princes is transformed into an instrument for the *common good of the whole world*:

Since the *res publica* is part of the whole world and a christian province principally part of all of the *res publica*, if war is of use to a province or even more to a political community, but injures the world or christendom, I think for that reason it would be unjust.[\[61\]](#)

In sum, moving beyond the intellectual frontier of the old world, the modes of conventional thinking had to be abandoned.

The encounter made possible to dream up the challenging ideas of the *res publica* of the whole world (as an overarching community called to bring together all peoples) and *ius inter gentes* (as a set of shared rules governing that community).

The nurturing of those ideas was a by-product of the theologian's confidence (perhaps also 'belief') on the merits of socialization among peoples: *naturalis societas et communicationis*. It is reasonable to infer such a conclusion if we take into proper account that the man even devised a "right to natural society and communication" of his own invention: *ius communicationis*.

In conclusion, by stretching his imagination to this first contact and interaction between the European and the American Indians, the scholar from the 16th century first sketched the idea of the world as a rule-based community. This seminal vision, based on socialization and communication among all peoples (*naturalis societas et communicationis*), contributed to the advent of the modern mind and world.

-
- [1] A. Truyol y Serra, “Grotius dans ses rapports avec les classiques espagnols du droit des gens”, 182 *Recueil des Cours* (1984): 431-51.
- [2] For the manuscripts of 21 theologians from this group see F. Ehrle, *Los manuscritos vaticanos de los teólogos salmantinos del Siglo XVI* (Madrid: Biblioteca de Estudios Eclesiásticos, 1930).
- [3] A. Truyol y Serra. “Vitoria et la tradition scolastique”, in *Aspects de la pensée médiévale dans la philosophie politique moderne*, ed Y.Ch.Zarka (Paris: Presses universitaires de France, 1999), 70-82.
- [4] B. Hamilton, *Political Thought in Sixteenth-Century Spain: A Study of the Political Ideas of Vitoria, De Soto, Suárez, and Molina* (Oxford: Clarendon Press, 1963), 175.
- [5] For a detailed list of professors and students from Salamanca in the Indies (1534-1585) see L. Pereña, *La Escuela de Salamanca. Proceso a la Conquista de America* (Salamanca: Caja de Ahorros y Monte de Piedad, 1986), 216-255.
- [6] F. de los Rios, “Religión y Estado en la España del Siglo XVI (1926)”, *Obras Completas* (Madrid: Anthropos, 1997), 2: 485.
- [7] For a fine study on this process see P. Haggemacher. “La place de Francisco de Vitoria parmi les fondateurs du droit International”, *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria : travaux de la journée d'études organisée à Louvain-la-Neuve par le Centre Charles de Visscher pour le droit international le 5 décembre 1986* (Bruxelles: Bruylant, 1988): 27-36.
- [8] J. Brown Scott, *The Spanish origins of international law: Francisco de Vitoria and his Law of Nations* (London: Humphrey Milford, 1934), 68.
- [9] A. Truyol y Serra, “Razón de Estado y derecho de gentes en tiempo de Carlos V”, *Karl V. Der Kaiser und seine Zeit* (Musterschmidt: Böhlaw Verlag, 1960), 205.
- [10] A. Pérez Luño, *La polémica...op.cit.*
- [11] F. de Vitoria, “De potestate civili”, *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones Teológicas*, ed. Teófilo Urdanoz (Madrid: BAC, 1960), 150. See Silvina Langella Sichenz. “Apuntes sobre el concepto de teología en Francisco de Vitoria”, 30 *Cuadernos salmantinos de filosofía* (2003): 277-290.
- [12] See A. Gómez Robledo. *Fundadores del Derecho Internacional* (Vitoria, Gentili, Groccio) (México: Universidad Autónoma de México, 1989), 30 and Antonio Truyol y Serra, “Razón de Estado...”, 205.
- [13] See B. Hamilton, *Political Thought ...op.cit.*, 30-58.
- [14] F. de Vitoria, “De potestate civili, proposition 7”, in *Obras... op.cit.*
- [15] F. de Vitoria, “De potestate civili, proposition 21”, in *Obras.... op.cit.*
- [16] F. de Vitoria, “De Indis recenter inventis, de tit leg, proposition 16”, in *Obras... op.cit.*
- [17] F. de Vitoria, F. “De potestate civili, proposition 14”, in *Obras...*
- [18] For a commentary on Vitoria and Machiavelli’s different approaches to the political community see

A. Truyol y Serra, "Razón...op.cit.

[19] P. Haggemacher, "La place de Francisco de Vitoria...op.cit, 35.

[20] On the parallelism see J. Barthelemy, "Francois de Vitoria", *Les fondateurs du Droit international*, ed A. Pillet (Paris: Giard & E. Brière, 1904), 7 and A. Truyol y Serra, "El Derecho de Gentes como orden universal", in *La Escuela de Salamanca...* op.cit, 24.

[21] On the issue of international subjectivity, commenting the relevance of Wolff and Vattel in this regard, see P. Haggemacher, "L'État souverain comme sujet de droit international, de Vitoria à Vattel", 16 *Droits* 11 (1992): 20.

[22] F. de Vitoria, "De Indis, de tit non leg, proposition 7", in *Obras...* op.cit.

[23] Augustine of Hippo, *City of God*, IV, 15.

[24] A. Truyol y Serra, "Prémises philosophiques du 'totus orbis' de Vitoria", 7 *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria* (1946-1947): 179.

[25] See in particular D. J. Bederman, *International law in Antiquity*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2002).

[26] B. Tierney, "Vitoria and Suarez on *ius gentium*, natural law, and custom", *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, eds A. Perreau-Saussine and J. Bernard Murphy (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 101.

[27] See E. E. Cheatham, Wolfgang G. Friedmann, Walter Gellhorn, Philip C. Jessup, Willis L.M. Reese, and Schuyler C. Wallace, "Arthur Nussbaum: A Tribute", 57 *Columbia Law Review* 1 (1957): 1-7.

[28] See A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations* (New York: Mcmillan, 1947, 1st Ed), 58-59 and confront it with Arthur Nussbaum, *A Concise Histoty...* op.cit (New York: Mcmillan, 1954, 2nd Ed), 80-81.

[29] See F. de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomas*, ed. Vicente Beltrán de Heredia, De Justitia, quaestio 57 (Salamanca: Ed Lit, 1934): 3.

[30] See Ch. R. Rossi, *Broken Chain of Being: James Brown Scott and the Origins of Modern international law* (The Hague: Kluwer Law International, 1998), 7.

[31] K. Topulos, "Book Review", 28 *International Journal of Legal Information* (2000):150.

[32] See R. Prakash Anand, *Origin and Development of the Law of the Sea* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1983), 10-123.

[33] See M. J. Van Ittersum, *Profit and Principle: Hugo Grotius, Natural rights theories and the Rise of the Dutch power in the East Indies 1595-1615* (Leiden-Boston: Brill Academic publishing, 2005), XIX-LXX.

[34] See H. Hendrik Willem Verzijl, *International law in Historical Perspective*, vol.I, 35 (Leyden: Sijhoff, 1971) and R. Prakash, *Origin and development...*op.cit, 96-97.

[35] J. Verhoeven, "Vitoria ou la matrice du droit international", *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, (Bruxelles : Bruylant, 1998), 97-128.

[36] On the idea of the invisible college see O. Gingerich, *The Book Nobody Read: Chasing the Revolutions of Nicolaus Copernicus* (New York: Walker & company, 2004), chapter 11.

[37] P. Haggemacher, "La place de Francisco de Vitoria...op.cit, 36.

- [38] See R. Mondolfo, *Figuras e Ideas en la Filosofía del Renacimiento* (Buenos Aires: Losada, 1954).
- [39] J. Brown Scott, *The Spanish origins...*op.cit, 521-522.
- [40] F. de Vitoria, "De potestate civili, Proposition 21", in *Obras...* op.cit.
- [41] Vitoria makes a distinction between three categories of law: divine law, human law and natural law. See A. P. Rubin, "International law in the age of Columbus", 39 *Netherland International Law Review* (1992): 5-35.
- [42] See F. de Vitoria, *Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomas*, ed. Vicente Beltrán de Heredia, De Justitia, quaestio 57, articulus 3.3 (Salamanca, Ed Lit, 1934), 3:15.
- [43] See M. Angel Ramiro, *Utopía y Derecho: el sistema jurídico en las sociedades ideales* (Madrid: Marcial Pons, 2002).
- [44] See T. de la Torre and F. Ximénez, *Diario de Viaje: De Salamanca a Ciudad Real de Chiapa 1544-1545*, ed. Cándido Aniz (Burgos: OPE, 1985).
- [45] A. Pagden, *Political imagination ...*op.cit, 25.
- [46] For these consultation by the Emperor to Vitoria see *Real cédula del emperador Carlos V en que consulta al maestro fray Francisco de Vitoria sobre asuntos de Indias (Toledo, 31 de enero de 1539)* in E. Esperabé de Arteaga, *Historia pragmática e interna de la Universidad de Salamanca*, (Salamanca: Nuñez Izquierdo Editorial, 1917), 2: 427 and *Real cédula de Carlos V al maestro fray Francisco de Vitoria, en que le ruega escoja de entre sus discípulos doce sacerdotes de buena vida y doctrina para enviarlos a Nueva España (Toledo, 18 de abril de 1539)*, in V. Beltrán de Heredia, *Los manuscritos del Maestro Fray Francisco de Vitoria* (Madrid: O.P, 1928), 163. On this issue see also Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne* (Paris : Éditions Montchretien, 1968), 357.
- [47] A. Truyol y Serra, "Vitoria et la tradition scolastique" ...op.cit, 81
- [48] F.de Vitoria, "De Indis, de tit leg, Proposition 2", in *Obras...*op.cit.
- [49] F. de Vitoria, "De Indis, de tit leg, proposition 4", in *Obras...*op.cit.
- [50] F. de Vitoria, "De Indis, de tit leg, proposition 2", in *Obras....*op.cit.
- [51] F. de Vitoria, "De Indis, de tit leg, proposition 3", in *Obras....*op.cit.
- [52] A. Pagden, *La ilustración y sus enemigos* (Madrid: Península, 2002), 102.
- [53] See T. Hobbes, *Leviathan*, Part II, chapter XVIII.
- [54] A. Pagden, *La ilustración ...* op.cit,102.
- [55] A. Pagden, "El ideal cosmopolita, la aristocracia y el triste sino del universalismo europeo", 15 *Revista internacional de Filosofía Política* (2000): 21-41.
- [56] A. Pagden, *La ilustración ...* op.cit,108.
- [57] B. Tierney, "Vitoria and Suarez on *ius gentium*, natural law, and custom", *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, eds. A. Perreau-Saussine and J. Bernard Murphy (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 109.
- [58] M. Cano, "Dominio Indorum", *De bello contra insulanos: Corpus Hipanorum de Pace* (Madrid: CSIC, 1982), 9: 579.

[\[59\]](#) Francisco de Vitoria, "De Indis recenter inventis, proposition 15", *Obras...* op.cit.

[\[60\]](#) Francisco de Vitoria, "De Indis recenter inventis, proposition 15" and "De Temperantia", proposition 7", *Obras...* op.cit.

[\[61\]](#) Francisco de Vitoria, "De potestate civili, proposición 13", in *Obras....*op.cit.

Capítulo 7. La aportación del pensamiento de Vitoria ante el fenómeno de la globalización y realidad migratoria actual^[1]

*Cristina Herminda del Llano
Universidad Rey Juan Carlos I*

1. Introducción

Si toda concepción jurídica descansa, directa o indirectamente, en una suerte de antropología, cabría sostener que esta correlación entre antropología y derecho se constata de un modo incuestionable en la persona de Francisco de Vitoria^[2]. Es cierto que transitó por diversos ámbitos del conocimiento sin perder nunca su condición de teólogo -en contra del “biblicismo” absoluto, por una parte, y en contra del racionalismo teológico, por otra^[3]- pero siempre consciente de las consecuencias que se podían extraer de ello en el ámbito jurídico-político^[4]. De hecho, Vitoria en su reelección, De la potestad civil (1528), dedicada, entre otras cuestiones, a la doctrina jurídica, otorga a la disciplina de la teología un carácter sumamente práctico, lo que no era tan habitual hasta esa fecha: “el oficio del teólogo es tan vasto, que ningún argumento, ninguna disputa, ninguna materia, parecen ajenos a su profesión”^[5]. Cuestiones tales como los problemas surgidos de la colonización española en las Américas, la autoridad del Papa en el ámbito terreno o aspectos diversos de índole moral, político, o teológico, encontraron cabida en su cátedra de Prima de Teología^[6].

En la primera Escuela de Salamanca se había vislumbrado ya un humanismo fundamentado en el plano sobrenatural^[7], al

que Vitoria prestará especial atención alejándose “de una concepción del hombre de carácter inmanentista, inscrita en un sistema axiológico que enclaustra a lo humano en sus dimensiones terrenas, cortando toda apertura al plano superior que constituye el orden sobrenatural”[\[8\]](#).

La herencia medieval escolástica de corte tomista no sólo está vivamente presente en el pensamiento de Vitoria sino también en sus predecesores, al destacar todos ellos la importancia de la dimensión teológica sobre el ámbito humano. Gracias a esta conexión entre teología y antropología sostendrán tesis como la de que “el hombre tiene un fin proporcionado a su naturaleza; fin que puede alcanzar con sus fuerzas naturales y que naturalmente apetece; con lo cual puede obrar naturalmente bien y puede tener dominio sobre las cosas y ser titular de derechos”[\[9\]](#).

Vitoria, al igual que lo hicieron los representantes de la primera Escuela de Salamanca[\[10\]](#), beberá de la tradición aristotélico-tomista concibiendo al hombre como un ser no acabado, no cerrado sobre sí mismo, no perfecto, sino perfectible en sociedad. La autoridad social que necesariamente ordena vida social “encuentra su justificación en el ser del hombre y, en definitiva, en el ser fundante de éste: Dios”[\[11\]](#).

Si se considera a Francisco de Vitoria como el fundador y el representante principal de la más tarde denominada Escuela de Salamanca[\[12\]](#), que aglutinaba tanto a profesores universitarios eclesiásticos como seculares[\[13\]](#), ello se debe no tanto a que se benefició de la estela de sus predecesores sino más bien a que se adentró en ámbitos nuevos cuyo cultivo no permitía que los planteamientos de las directrices filosófico- jurídicas del siglo XV, y de los dos o tres siglos anteriores, se pudieran observar con pasividad académica o indiferencia científica. En este sentido, se puede decir que Vitoria fue innovador pero sin ignorar una “herencia que venera y en la que hunde las raíces de su pensamiento”[\[14\]](#), haciendo así gala de un talante verdaderamente receptivo y permeable.

Tengamos en cuenta que en las aulas salmantinas ya habían llegado con anterioridad a Vitoria las nuevas corrientes que postulaban una vuelta a las fuentes de la antigüedad greco-latina. El cultivo de las letras clásicas se hizo así patente en Salamanca antes de que finalizase el siglo XV. Como precisa Brufau: “Hernán Núñez, el Pinciano, redactor del texto más antiguo que se conoce de los Estatutos de la Universidad de Salamanca, maestro admirado y venerado, y Antonio de Nebrija que, después de largos años de docencia salmantina, por el voto adverso de los estudiantes tuvo que buscar cobijo en Alcalá al amparo del cardenal Cisneros, son dos nombres que serían suficientes para mostrar el impacto de las nuevas corrientes que proclamaban nuevas formas literarias superadoras de los latines medievales”[\[15\]](#).

El posicionamiento de Vitoria en la línea aristotélico-tomista se entiende mejor si se tiene en cuenta que antes que él habían llegado a Salamanca las versiones renacentistas del Aretino, que se hicieron a partir de los textos griegos de Aristóteles, sobre las que habían trabajado, con anterioridad, maestros salmantinos como Pedro Martínez de Osma, fundamentalmente centrado en la Ética aristotélica, y Fernando de Roa, por otro lado, interesado en el ámbito político. Resulta de gran interés la defensa de Vitoria de la noción de derecho como facultad o potestad, que halló en los escritos de Gerson y Summenhart[\[16\]](#).

A ello se suma que la formación científica de Francisco de Vitoria[\[17\]](#) no la recibió en la Universidad de Salamanca. Tras estudiar en Burgos, donde ingresó en el Convento de Dominicos San Pablo, se trasladó a París en cuya universidad continuó sus estudios[\[18\]](#). Estuvo quince años en París; seis como estudiante y nueve como profesor de la Facultad de la Universidad de Santiago de París. No se puede despreciar la influencia de dos de sus maestros en París: Juan de Celaya y Pedro Crockaert[\[19\]](#). Durante su estancia parisina[\[20\]](#) Vitoria pudo conocer la problemática resultante de la ocupación española de las indias, de la mano de Juan Mair, profesor nominalista que fue el

primero en preguntarse por la legitimidad de la ocupación de América por España[21].

El camino que une la ciudad de París del s. XIII a la de Salamanca del s. XVI pasa por Enrique de Gante, Gil de Roma, Escoto, Capreolo, Ockham, Gregorio de Rimini, Pablo Barbo “Soncinas”, Silvestre de Ferrara y Cayetano, por nombrar sólo algunos personajes centrales[22]. Ahora bien, Vitoria representa “el gran restaurador del tomismo en España” y “el actor principal de la renovación profunda en la vida y en la actividad científica que la Universidad (de Salamanca) va a experimentar en el campo de la Teología en el siglo XVI”[23]. Ese cambio se produjo en el estudio general introduciendo en la Facultad de Teología, donde ejerció como catedrático de Prima, dos prácticas, heredadas de su etapa estudiantil parisina, que pronto serían asumidas por todos los profesores y por todas las facultades, como metodología escolar[24]: “la sustitución de las sentencias de Pedro Lombardo por la Suma Teológica de Santo Tomás como libro de texto de las explicaciones de profesor, y la implantación del dictado de las lecciones en clase”[25]. Finalmente, enseñó desde 15[26] hasta 1526 en el Colegio San Gregorio de Valladolid[27], año en el que fue llamado a ocupar – contra no pocas dificultades – la cátedra de Prima de Teología de la Universidad de Salamanca.

Su amplia y rica formación le permitieron poder enfrentarse a los retos de su tiempo de una forma verdaderamente original desde el punto de vista filosófico- jurídico[28], hasta el punto de que, a mi modo de ver, muchas de sus tesis filosófico- políticas son trasladables a problemas presentes en el S. XXI, entre otros, el de la globalización y el fenómeno de los incesantes flujos migratorios. Y es que no se puede decir que Vitoria continuara de una forma ortodoxa y lineal la tradición de los filósofos de Salamanca en el ámbito de la filosofía del derecho; más bien, por el contra rio, se ocupó de abrir nuevas brechas y dar nuevos impulsos a las concepciones filosófico- jurídicas existentes hasta entonces, a partir de los nuevos retos que marcarán su trayectoria vital y humanista.

Característico del pensamiento de Vitoria y ejemplo de su talante innovador y valiente es “una constante moderación y una incesante preocupación por convencer a los gobernantes de que solamente son permisibles las acciones fundadas en ley – una ley que debe conciliar lo divino y lo natural y no debe jamás anegarse en la mera arbitrariedad”^[29]. En este sentido, me parece oportuno recordar aquí la definición funcional que ofrece del príncipe o legislador, como criterio moral que sería, a mi modo de ver, perfectamente aplicable a nuestros gobernantes en la actualidad. Comienza Vitoria con una distinción dirigida al posicionamiento del entendimiento ante la ley, entre ordenación al fin (bien público) de la ley “de derecho” u ordenación a él “de hecho”: “Bajo el primer aspecto, el ordenamiento y las acciones que el gobernante ejecuta se ordenan al bien de la sociedad porque así debe hacerlo. Bajo el segundo aspecto, en su calidad de servidor o “ministro de la república”, no sólo realiza en esa dirección pública su servicio a la comunidad porque deba, sino por si no se atiende a lo debido su gobierno no alcanza siquiera el carácter de ejercicio legítimo”^[30]. El gobernante por definición, ha de destinar su autoridad al desarrollo de disposiciones legítimas, es decir, racionales-legales y ordenadas al bien público, tanto de derecho (ajustadas a la letra de la ley), como de hecho (ajustadas a su espíritu), la razón de la mayoría constituyente. De esto último podríamos deducir un criterio de valoración para la gestión pública: en tanto que sólo la ley dictada para procurar un bien a la sociedad tiene fuerza de ley, - de lo contrario, no sólo será injusta, sino “tiránica”- y el gobernante es una “persona pública”, uno más de la mayoría, sus acciones directivas de hecho pueden y deben “de derecho” ser juzgadas de acuerdo a su distancia respecto a la ley^[31]. Es más, para Vitoria, a los ciudadanos siempre les queda el recurso de la desobediencia ante aquellas leyes que incumplen su finalidad, es decir, que no apunten al interés de la mayoría^[32]. Tengamos en cuenta que para nuestro pensador incluso el rey “debe soportar las cargas” ya que recibe parte de las ventajas, es decir, que “debe asumir su parte en condiciones de igualdad”^[33]. Por consiguiente, se convierte en parte inherente

a la función pública el hecho de adoptar cuantas responsabilidades se deriven de su ejercicio y someterse al ordenamiento jurídico como representante y como ciudadano de la república[34].

Bastan estas pequeñas pinceladas expuestas para apoyar la apreciación de que “Francisco de Vitoria es uno de esos hombres geniales que aparecen de tarde en tarde en el horizonte de la historia. Siempre es oportuna su aparición; pero lo es sobre todo en momentos de crisis como enviados providenciales para dar solución a la serie de problemas creados por las injusticias y ambiciones humanas que rompen el equilibrio del orden natural, con la consiguiente cadena de atropellos a los débiles y desvalidos. Si a esto se añade que, conscientes de su alta misión, se esfuerzan por corresponder a ella, su paso por el mundo deja una estela de gratitud y recuerdo que, lejos de extinguirse, crece con los años hasta rayar en la inmortalidad”[35].

Pero vayamos un poco más lejos e intentemos concretar, aunque sea someramente, qué es lo que aporta el legado de Vitoria ante el fenómeno de la globalización y la realidad migratoria actual.

2. Una apuesta por la igualdad natural (la condición de los indios como hombres libres)

El debate y reflexión sobre la condición y status jurídico-político de los indios se encuentra, desde los inicios del siglo XVI, en muchos pensadores españoles[36]. Vitoria reconocería la humanidad de todo ser humano y, en definitiva, la unidad del género humano[37]. Desde su punto de vista, “todos los hombres poseen una naturaleza común, de tal modo que, por encima de las manifiestas diferencias entre peninsulares e indios americanos, entre musulmanes o cristianos, se debe reconocer una unidad inescindible entre toda la humanidad. Las diferencias constatables no son, por ello, naturales, sino accidentales, originadas por el nivel de educación o desarrollo: no existe diversidad de naturalezas, sino diferencia de

culturas”[\[38\]](#).

En todo caso, para Vitoria, ni los indígenas americanos, ni los turcos, son individuos inferiores o radicalmente distintos. Bien es verdad que no fue el primero en defender esta igualdad natural. De hecho, sabemos que la *humanitas* o conciencia de la igual dignidad de los hombres, y la necesidad de un idéntico respeto a todos ellos, tiene su germen en el estoicismo y, más en concreto, en la obra de Panecio de Rodas[\[39\]](#) o Antifonte de Atenas, ambos del siglo V antes de Cristo. Posteriormente, encontramos, en distintos autores, la referencia a la existencia de una cierta igualdad natural esencial entre todos los seres humanos. Así, por ejemplo, Cicerón (106-43 a. C.) observa: “Nada hay tan semejante a otra cosa como un hombre a otro. Cualquier definición del hombre vale para otro. Ello sólo resulta oscurecido en la medida en que el hombre se deja llevar por la corrupción de costumbres y por la variabilidad del ánimo”[\[40\]](#).

La *humanitas* en Vitoria remite a la conciencia de la existencia de un patrimonio común de la humanidad. De lo que deriva que “el bien global de las personas debe primar sobre el puro economicismo o afán de dominio. Esto conduce a que nuestro autor reconozca el derecho de todo ser humano a la movilidad, con la finalidad de disfrutar de los recursos comunes de la humanidad. No se trata, como algunos han señalado, de un mero *ius commercii*, sino, propiamente, de un *ius peregrinandi*, de un derecho a emigrar para poder proveerse de lo necesario para la subsistencia. Estos presupuestos le permitirán, en definitiva, sentar las bases de una teoría integral y universal de la comunidad internacional, sin ignorar, por otro lado, la diversidad humana”[\[41\]](#).

De acuerdo con ello, se puede afirmar que Vitoria, y con él los escolásticos españoles, no encubrieron al otro, sino que lo descubrieron: “Al presuponer la alteridad, supieron valorar qué acciones eran injustas, al implicar un agravio o violentar los derechos del otro, como persona. Iniciaron así una amplia tradición en la concepción del Derecho internacional y de los

derechos humanos” [\[42\]](#)

En la colonización española de América la violación de los derechos del otro se produjo a menudo a través una clara relación entre la violencia política y económica. Pensemos en la multitud de injusticias cometidas contra los indígenas como, por ejemplo, la práctica de los encomenderos que consistía en privar de la propiedad de la tierra a quienes, desde antiguo, la cultivaban, y el sometimiento de los indios a un régimen de servidumbre e, incluso, de esclavitud.

3. Hacia la búsqueda del derecho cosmopolita

Vitoria defiende la sociabilidad natural del hombre desde la que cabe construir una “comunidad” del género humano unida por lazos fraternales. Es más, la amistad entre los hombres se considera parte del ordenamiento jurídico natural hasta el punto de que oponerse a su ejercicio implica una transgresión del Derecho Natural y, en consecuencia, situarse al margen de la comunidad de los pueblos. Como alguno se ha preguntado con razón, “¿no se deduce claramente del Derecho natural de emigración, como derivación lógica, el principio de igualdad de las razas?” [\[43\]](#).

Resulta interesante examinar la notable influencia que tuvo Vitoria sobre Kant, especialmente, en lo que se refiere a la noción de comunidad internacional, la concepción del *ius communicationis* y el fundamento del derecho cosmopolita. Ahora bien, mientras que Vitoria encuentra el fundamento y el origen de la comunidad internacional en la natural sociabilidad humana, lo que responde en buena parte a su herencia tomista, por su parte, Kant funda la comunidad internacional en la idea de un “contrato originario”. Es la voluntad de los hombres la que constituye la sociedad internacional: Mientras que Kant apuesta por el paradigma legalista, al entender que sólo a través del cumplimiento de unos mínimos normativos podemos lograr una sociedad internacional ideal en la que ya no existan guerras, por su parte, Vitoria aspira a la constitución de una *ecúmene* mundial, basada en el *ius communicationis*, confiado de que

gracias a la comunicación humana, y, en definitiva, de la interrelación entre las personas, resulta viable la creación de lazos políticos que terminen creando una sociedad internacional. Esta tesis influirá notablemente en la concepción de autores tan significativos de la época actual como como Habermas o Apel[44].

De hecho, se ha puesto de manifiesto que el uso monológico de la razón práctica kantiana fue sustituido en la ética del discurso de Habermas y Apel por un uso dialógico de esa facultad. Mientras el imperativo categórico kantiano representa un punto de vista impersonal que puede y debe ser asumido por cualquier persona a título individual, la ética del discurso sostiene que la razón humana es constitutivamente dialógica, interpersonal. La comunicación humana presupone una “situación ideal de habla” (Habermas)[45] o “comunidad ideal de comunicación” (Apel)[46] en la que el consenso finalmente alcanzado por los interlocutores tras un diálogo abierto, desarrollado sin presión de tiempo y en condiciones de simetría, obedece únicamente a la fuerza de los argumentos aducidos. A este tipo de diálogo orientado al logro de un consenso enteramente racional se le dará el nombre técnico de “discurso”. En todo caso, en todos estos pensadores clásicos se vislumbra la huella de Vitoria al haber reivindicado con fuerza éste el *ius communicationis*.

4. El *ius gentium*

La posición que mantiene Vitoria en torno al debate nominalista sobre el derecho de gentes es similar a la que adopta Tomás de Aquino en cuestión 95 de la I-II, pero aún más precisa y menos ambigua. Aquello que contiene la propia causa de la equidad es derecho natural y responde al binomio "igualdad-justicia" mientras que aquello que no posee la causa de la igualdad por sí misma sino conferido “por un estatuto humano fijado racionalmente” (pacto privado -acuerdo- o público -ley-) es el derecho de gentes que se ordena a satisfacer el binomio "paz-concordia"[47]. De lo cual se deduce que el derecho natural es un bien en sí mismo considerado mientras

que el derecho de gentes no es un bien en sí (no posee la equidad como naturaleza propia), sino que “está sancionado por un consenso de los hombres”[\[48\]](#).

El derecho de gentes no sólo responde a un pacto voluntario en el pensamiento de Vitoria sino que, por su estrecha relación con el derecho natural, conlleva una cierta objetividad y universalidad[\[49\]](#). En consecuencia, genera verdadera obligatoriedad, fundamentado en el mismo derecho natural. Con palabras suyas: "el derecho de gentes no sólo tiene fuerza por el pacto y convenio de los hombres sino que tiene verdadera fuerza de ley"[\[50\]](#). De ahí que, "obrar contra el derecho de gentes y violarlo es ilícito, porque de suyo lleva consigo una injusticia que se infiere, y cierta desigualdad" [\[51\]](#). Cabría afirmar por ello que la obligatoriedad del derecho de gentes deriva de su justificación por la idea de consenso y la justicia implícita en él, al tener que estar -no lo olvidemos- estrechamente conectado con el derecho natural[\[52\]](#).

A diferencia del Derecho internacional moderno, el derecho de gentes clásico resalta la centralidad de los seres humanos en cuanto tales[\[53\]](#). Tengamos en cuenta que la función del *ius gentium*, tanto en el pasado como en la actualidad, se dirige a defender la universalidad y la racionalidad de las reglas jurídicas, tutelando las legítimas expectativas de los seres humanos sin discriminación, y custodiando, al mismo tiempo bienes y valores fundamentales para toda la humanidad[\[54\]](#). En palabras de Viola: “Al ser la función histórica del derecho de gentes la de proteger lo humano en cuanto tal en su diversidad histórica y cultural, no podrá jamás ser absorbido por el derecho interno y por el derecho internacional. Los sistemas jurídicos, instados por el valor de la seguridad y de la soberanía, tienden a restringir tanto en su extensión como en el plano cualitativo, el ámbito de lo humano que ha de tomarse en consideración”[\[55\]](#).

El punto de arranque de la doctrina internacionalista vitoriana es una concepción universalista del ser humano[\[56\]](#), en la que ocupa un lugar fundamental la sociabilidad natural de los

hombres en cuanto tales, sean o no cristianos[57]. El derecho de gentes aparece, en este contexto, como un derecho común al género humano en su conjunto, fundamentado en la idea de la unidad moral y jurídica del totus orbis[58]. Como precisa Vitoria: “Y es que todo el orbe, que en cierta manera forma una república, tiene poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes... Y ninguna nación puede darse por no obligada ante el derecho de gentes, porque está dado por la autoridad de todo el orbe”[59]. De ahí su apuesta por un derecho universal del género humano (ius inter homines).

Con la llegada de la modernidad se produce un notable cambio y la idea de pertenencia a un orbe común se va perdiendo y en su lugar se coloca la tesis de pertenencia a un Estado[60], anteponiéndose la condición de ciudadano, incluso, a la de ser humano. Buena muestra de esta forma de pensar es la obra *Emile ou de l'éducation* de Rousseau donde el filósofo ginebrino explica: “Preciso es optar entre hacer un hombre o un ciudadano; pues no se puede hacer a la vez el uno y el otro... Toda sociedad parcial cuando está compacta y muy unida se enajena de la mayor. Todo patriota es duro con los extranjeros. Estos no son sino hombres, nada antes sus ojos. Este inconveniente es inevitable, pero débil. Lo esencial es ser buenos con las gentes con las que se vive”[61].

Esta exaltación de la diferencia entre extranjeros y ciudadanos vivió un momento especialmente intenso en la obra de Hegel, al llegar incluso a defender éste la guerra como elemento que permite dar consistencia y solidaridad interna al grupo político “a costa de los extranjeros”. No olvidemos que para el filósofo alemán la ley no vincula universalmente a todos los hombres, sino que “es el signo de reconocimiento por el que se distinguen los falsos hermanos y amigos del pueblo”[62]. De tal manera que la ley no es universal, ya que aquélla se fundamenta en la condición de citoyen (ciudadano), que en definitiva es algo particular[63].

El planteamiento de Vitoria asentado sobre la idea de fraternidad e interdependencia universal rechazaría las tesis hegelianas en este tema y, siguiendo a Aparisi, podría sostenerse que sienta “las bases de una concepción de los derechos humanos no individualista, ni encerrada en los estrechos límites del Estado-nación, sino comunitaria y universal”[\[64\]](#). Esta visión jugó gracias a la influencia de Vitoria y de Bartolomé de las Casas un papel decisivo en algunos textos jurídicos y Declaraciones de derechos de Latinoamérica. De este modo se ha destacado que las que fueron colonias españolas en América, al alcanzar su independencia, plasmaron en sus Constituciones un principio, a mi modo de ver, clave: “Nadie es extranjero en la América española”. Se trata de “una clara consagración del “jus communicationis”... América, tres siglos después lleva a sus leyes fundamentales la tesis de Francisco de Vitoria; al proceder así, el Nuevo Mundo continúa una arraigada tradición española, tradición de clara tolerancia con el extranjero”[\[65\]](#). Se podría sostener que Vitoria llegó incluso a anticipar como rasgos propios de los derechos humanos los de la universalidad e inalienabilidad[\[66\]](#)⁷. Y es que para él la cuestión de los derechos del hombre excede el ámbito de la soberanía nacional y se erige en un problema de derecho universal[\[67\]](#). Se construye la categoría de los derechos humanos en virtud de la “defensa de la persona y sus prerrogativas inviolables”, situándose, incluso, por encima del mismo poder estatal[\[68\]](#).

Y es que no olvidemos que los derechos humanos nos transportan al mundo de una ética que es común a todos los seres humanos, en nuestra calidad de agentes morales. Somos así titulares de los derechos humanos en nuestra condición de hombres y no de ciudadanos adscritos a un determinado ordenamiento jurídico, puesto que esto último equivaldría a decir que es el legislador quien los crea, decide sobre su contenido, y reconoce al plasmarlos en un texto legal. Además, en tal caso, sería imposible predicar de ellos el rasgo de la universalidad, al quedar reducidos a pura “fuerza convencionalmente organizada”[\[69\]](#). Precisamente, ello, a mi

modo de ver, es lo que permite distinguir conceptualmente entre la categoría de derechos humanos y de derechos fundamentales[70], y si resulta importante la diferenciación entre ambos es porque desde ella se hace posible valorar si un determinado sistema jurídico está traicionando esas exigencias morales básicas a las que denominamos derechos humanos y, en tal caso, está justificada una posible represalia en forma de castigo o sanción[71]. De este modo, los derechos humanos constituirían “el marco dentro del cual es posible la crítica de las leyes o instituciones del Derecho positivo”[72]. Verdross[73], admirador del pensamiento vitoriano, dedicó uno de sus últimos trabajos monográficos al tema del derecho natural, titulándolo “El derecho natural estático y dinámico”[74]. De hecho, Vitoria habría suscrito las palabras del jurista austriaco cuando señaló que los derechos humanos se encuadran dentro de ese derecho natural estático nutrido de principios “que preceden al derecho positivo y que pueden deducirse a partir de la luz natural de la razón”[75]. Estos principios fundamentales son constantes[76] y por eso funcionan como la “conciencia del derecho positivo”[77], al destacar la dignidad del ser humano como fundamento de los fines humanos[78]. A mi modo de ver, esta “moralidad crítica”, como la denominó Hart, funcionan no meramente desde pautas positivas sino como principios críticos que controlan moralmente al derecho[79], y contribuyen a que el derecho tenga razón[80]. Y es que la moralidad crítica tiene el deber determinar los límites de lo que la propia soberanía democrática legitimada puede hacer[81].

En nuestro tiempo, desde Mill hasta Dworkin[82], cuando proclama que los derechos son triunfos frente a la mayoría, pasando por Hart, encontramos la idea de que existen límites morales que las leyes no pueden traspasar, aun cuando éstas vengan respaldadas por la mayoría de la sociedad. Y es que el mero hecho de que una norma jurídica sea aprobada por la mayoría no justifica en términos morales su contenido y alcance: “El poder jurídico no sólo se legitima por su origen “consentido” sino por no violar los límites de un ámbito dibujado

por líneas o criterios morales”[83]. Como ha resaltado Schambeck, ferviente admirador de Francisco de Vitoria, la violación de los derechos humanos se produce no sólo por el entendimiento equivocado de los derechos básicos sino por decisiones políticas mal tomadas en la vida social y económica[84].

5. El respeto a las minorías

Vitoria fue un impulsor de la idea de no dejar de ser generosos en el reconocimiento de la diversidad y de los particularismos culturales. Lo que estaría detrás de esta tesis es la lucha por alcanzar el objetivo de la igualdad moral, política y jurídica en el disfrute de los derechos humanos, sin distinción entre mayorías y minorías, a sabiendas de que para ello resulta imprescindible el reconocimiento más general y previo del derecho a ser minoría. O más propiamente reivindicar el denominado “derecho a las diferencias en conjugación con el de la igualdad”, siguiendo la terminología de De Lucas, que en modo alguno habría de confundirse con el igualitarismo. Recordemos que para Vitoria lo justo no es lo bueno sin más, sino “lo debido”, es decir, el bien en relación a otro[85] y en el derecho de gentes se integran los siguientes actos: acoger a los extranjeros y darles un trato humano y justo, la posibilidad que poseen los extranjeros a comunicarse con los lugareños, a transitar libremente todas las tierras y aguas, a ser miembro de una ciudad o a domiciliarse en otra distinta a la de origen. Estas acciones para Vitoria son consideradas de derecho natural, en concreto, derivadas del amor que siente “todo animal” hacia sus iguales[86]. De ahí que todo acto que impida la reunión de los semejantes sea considerada contraria al derecho natural. A su vez, de estos principios naturales se deducen las siguientes instituciones de derecho de gentes: “derecho de acogida, hospedaje y residencia; derecho de comunicación, circulación, tránsito y comercio; derechos civiles y ciudadanía”[87]. A mi modo de ver, los mecanismos políticos y jurídicos necesarios para una efectiva protección de las minorías podrían reconducirse, fundamentalmente, a tres puntos, conforme al

pensamiento vitoriano:

1) El reconocimiento jurídico real de un marco de autonomía moral y de libertad personal solamente limitado por la exigencia de compatibilidad con la autonomía y la libertad de los demás

Vitoria pone en evidencia algo importantísimo para la época actual: que existe una ineludible interconexión entre la libertad y la igualdad. Los obstáculos a la igualdad son también obstáculos a la libertad y viceversa. Dentro de un sistema político que se toma en serio la libertad individual es una exigencia de primer orden tener en cuenta el criterio de las minorías tanto por razones morales como políticas. Tengamos en cuenta que Vitoria, siguiendo la explicación de Aristóteles del Libro III de la Ética señala que el hombre no sólo debe ser dueño de los propios actos -que es lo que viene a significar estar en posesión de la razón, libertad o libre albedrío- sino conducirse conforme a los dictados dados por la razón práctica, es decir, moralmente^[88]. Coincidiría con Sartori en señalar: “A decir verdad el gobierno de la mayoría es sólo una fórmula abreviada del gobierno de la mayoría limitada, que respeta los derechos de las minorías.... La democracia concebida como el gobierno mayoritario limitado por los derechos de la minoría se corresponde con todo el pueblo, es decir, con la suma total de la mayoría y la minoría. Debido precisamente a que el gobierno de la mayoría está limitado, todo el pueblo (todos los que tienen derecho al voto) está siempre incluido en el demos... En resumen, los derechos de las minorías son la condición necesaria del proceso democrático mismo”^[89].

2) El respeto y garantía de los derechos humanos

Hoy los derechos humanos representan un código ético, político y jurídico con vocación de universalidad, conforme al pensamiento de Vitoria. Se trata de la realización y la positivación de una serie de valores fundamentales en la idea de dignidad humana y realizadores de ella, como la autonomía, la seguridad, la libertad o la igualdad. Lo que, a mi modo de ver,

representa una amenaza para los derechos en la época actual, lo que ya apuntó Vitoria en su momento, es la exaltación de un individualismo radical mal entendido que salpica a la misma comprensión de los nuevos derechos que, fundamentados en la idea de privacidad, pierden de vista que los derechos no pueden ser entendidos en abstracto individualmente. Más bien, al contrario, los derechos interactúan unos con otros, lo que impide hablar de derechos ilimitados puesto que éstos se limitan mutuamente en aras de servir a la realización del bien común[90].

3) La institucionalización de la tolerancia positiva

Otra de las aportaciones de Vitoria para nuestra realidad migratoria actual constituye, desde mi punto de vista, su apuesta por el sentido positivo o versión fuerte de un valor, hoy en día un tanto denostado: la tolerancia. Me refiero a ésta no sólo como actitud o virtud cívica privada, sino también como virtud cívica de carácter público, es decir, como virtud estimulada y apoyada por las instituciones jurídico-políticas. Es obvio que la tolerancia se encuentra vinculada a la existencia del fenómeno del pluralismo y es la actitud más acorde con la aceptación de ese fenómeno social. El pluralismo constata la coexistencia de variedad de opciones religiosas, valorativas, políticas y de intereses, de concepciones filosóficas y científicas y de planes de vida dentro de una misma sociedad. En realidad, expresa la complejidad y riqueza de la condición humana y el desarrollo de la autonomía y la libertad de los seres humanos. Si valoramos positivamente el pluralismo, que debe diferenciarse claramente de otras posturas nada deseables como el relativismo moral, ello nos conduce a la justificación de la tolerancia como actitud, ya que mientras que el pluralismo subraya la variedad de grupos libres con igualdad de derechos, la tolerancia enfatiza la vigencia y la garantía de la libertad de los demás; mejor aún: el respeto de las concepciones y formas de comportamiento de los demás en su libre diferenciación. Ser tolerante implica respetar las creencias y opiniones de los otros y el reconocimiento de la diferencia y la diversidad de formas de

vida. Ahora bien, la tolerancia no es lo mismo que indiferencia, ya que “sobre todo somos tolerantes cuando esas diferencias nos importan”[\[91\]](#). Más bien, la tolerancia significa que no nos sentimos portadores de la verdad absoluta, que dudamos y revisamos críticamente nuestras convicciones, que tenemos necesidad de contrastar nuestras concepciones con las de los otros y de dialogar con ellos.

Sin embargo, la tolerancia como virtud privada y pública y como principio político y jurídico, que no distingue entre mayorías y minorías porque todas las opiniones y conductas son igualmente dignas de respeto, debe establecer también sus límites. No puede haber tolerancia para los que atentan con la dignidad humana, esto es, no se puede ser tolerante con los intolerantes. No olvidemos, como ya recordó Höffe que “la tolerancia surge del reconocimiento del otro como una persona libre e igual que, en virtud de su inviolable dignidad humana, tiene derecho a formarse sus propias convicciones y a vivir con ellas solo o con quienes las comparten, siempre que no se menoscabe este mismo derecho en todos los demás. -Y continúa- Como la tolerancia no es un fin en sí mismo, sino condición y expresión de la libertad y dignidad del hombre, termina allí donde se lesiona la libertad y la dignidad”[\[92\]](#).

Los fines que se quieren obtener con la tolerancia son diversos, al igual que las razones de la tolerancia. Creo que se pueden reducir a dos, según se piense que la tolerancia nos aporta algo nuevo y que puede llegar a ser fundamental para nuestra vida (para nuestras opiniones, convicciones, concepciones del mundo, conducta, cultura, etc.) o si la tolerancia deja las cosas como están (es decir, no nos aporta nada de interés e, incluso, puede resultarnos molesta). Al primer caso se le podría denominar “tolerancia positiva”; al segundo, “tolerancia negativa”. En el caso de la tolerancia negativa el fin que se persigue puede ser de dos clases. Somos tolerantes para lograr así: a) la necesaria convivencia entre posturas diversas, ya que resulta más útil y cómodo para nosotros y para los otros y es la mejor manera de asegurarnos el orden y la paz necesarios

para el desarrollo de nuestra vida; b) porque así posibilitamos que también los otros, como nosotros, tengan derecho, en situación igual a la nuestra, a ejercer la libertad de opiniones, conducta y cultura, por muy absurdas y sin sentido que nos parezcan. En cambio, la tolerancia positiva va detrás de otros logros, que fueron los que persiguió Francisco de Vitoria, al partir de la idea de que la tolerancia permite el contraste con otros pensamientos, otras maneras de ser y actuar y otras culturas distintas a las nuestras, lo que puede enriquecer nuestras propias concepciones del mundo. De esta forma, el pensamiento, conducta o cultura que se tolera, aunque diferentes, pueden ayudarnos a descubrir y eliminar los “prejuicios culturales” y las ideas erróneas y servir de complemento y mejora de nuestra postura o punto de vista. Se trata, por tanto, de una actitud más abierta, crítica y escéptica que la de la tolerancia negativa, aunque también es más compleja y difícil. Creo que se puede aceptar que las ventajas de la tolerancia positiva, por la que sin duda abogó Francisco de Vitoria, son mucho mayores que las de la tolerancia negativa para el desarrollo del conocimiento y para una vida y cultura más libres e iguales[93].

Pero, de nuevo, una cuestión: ¿Cómo podemos contribuir mejor a formar la autonomía y la libertad de pensamiento dentro del respeto a los derechos, siguiendo la estela del pensamiento de Vitoria? Si queremos construir una sociedad cimentada sobre el principio de tolerancia fuerte, en mi opinión, necesitamos precisamente que el ciudadano reconozca que no es malo que se produzcan conflictos o dilemas morales en él (lo perjudicial sería que ni se los planteara por la dictadura de un relativismo heterónomo y autoritario), pues gracias a ese cuestionamiento podrá decidir por sí mismo, haciendo uso de la libertad individual, si es preferible decantarse por una versión fuerte en vez de por una versión débil de tolerancia.

Recordemos que la Reforma Protestante introdujo el factor de la división religiosa en un mundo en el que la unidad de credo continuaba siendo fundamento incuestionable del Estado,

y fue ese pluralismo lo que ayudó a colocar en un primer plano la cuestión de la tolerancia[94]. Si no aprendemos a tolerar positivamente en el contexto europeo difícilmente podremos hablar con propiedad de una Unión Europea que como decía el lema de la Convención Europea “debía estar unida en la diversidad”. Tolerar positivamente implicar no dejar reducida la tolerancia a mera “estrategia política”[95], como ocurrió en la época en la que se apoyaba aquélla por las consecuencias desastrosas que acarrearían las persecuciones religiosas para el desenvolvimiento del comercio (Grocio).

La cuestión central no es tanto el fin a conseguir, que es importante, como los medios de los que nos sirvamos en el ámbito participativo, para no caer en un puro maquiavelismo antiético. En mi opinión, un buen instrumento de apoyo podría ser la construcción de una comunidad de diálogo al estilo habermasiano, fundamentada en este concepto de tolerancia en sentido fuerte, ya que desde ella sí que es posible la construcción de un espacio democrático coherente y verdadero, algo que habría subrayado con entusiasmo Francisco de Vitoria.

Ello obliga a que los sujetos que intervengan en esa comunidad dialógica demuestren un compromiso explícito de participación en la esfera pública, de inspiración lockiana, como actores políticos y ciudadanos con una actitud positiva y receptiva, vinculada con la posibilidad de escuchar al otro, de entender sus necesidades y de ser capaces de ponerse en el lugar del otro[97], para desde ahí construir un consenso valorativo que trata de servir al bien común.

Es nuestra responsabilidad luchar en el contexto de la Europa democrática actual para que se toleren, respeten y se reconozcan plenamente todas las particularidades sociales, sexuales, culturales, nacionales, religiosas, políticas, etc., que expresan la diversidad de los seres humanos libres y que no atentan profundamente a los valores y normas que constituyen la base de su identidad y de una concepción, como hubiera dicho Francisco de Vitoria, “de la justicia común”.

BIBLIOGRAFÍA

ADOMEIT, K. - HERMIDA DEL LLANO, C.: Filosofía del Derecho y del Estado. De Sócrates a Séneca, Trotta, Madrid, 1999.

APEL, K.-O.: Estudios Éticos, Barcelona, Alfa Iberia, 1986.

APEL, K.-O.: “El desafío de la crítica total a la razón y el programa de una teoría filosófica de los tipos de racionalidad”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 29 1989, pp. 63-95.

APEL, K.-O.: Diskurs und Verantwortung. Das Problem des Übergang zur postkonventionelle Moral, Frankfurt a. M., Suhrkamp.

APEL, K.-O.: Teoría de la verdad y ética del discurso, Barcelona, Paidós, 1991.

APEL, K.-O.: “Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik: Können die Rationalitätsdifferenzen zwischen Moralität, Recht und Politik selbst noch durch die Diskursethik normativ-rational gerechtfertigt werden?”, en K.-O. Apel y M. Kettner (eds.), Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft, Frankfurt a. M., Suhrkamp, pp. 29-62.

APARISI MILLARES, A. Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria, Comares, Granada, 2007.

BALLESTEROS, J.: “El primado de la idea de humanitas en Vitoria como fundamento de los derechos humanos”, Anuario mexicano de Historia del Derecho, 6, 1994.

BALLESTEROS, J.: Sobre el sentido del derecho, Tecnos, Madrid, 2002.

BALLESTEROS, J.: Repensar la paz, Eunsa, Navarra, 2006.

BANASZAK/JABLONSKI: “Das Naturrecht in der Polnischen

Verfassung vom 2. April 1997”, en Die Wiederkehr des Naturrechts und die Neuevangelisierung Europas, edit. Rudolf Weiler, Viena, 2005.

BARCIA TRELLES, C. Francisco de Vitoria. Fundador del derecho internacional moderno, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1928.

BELTRÁN DE HEREDIA, V.: “Personalidad del maestro Francisco de Vitoria y trascendencia de su obra doctrinal”, en la edición crítica bilingüe de la Relectio de Indis o libertad de los indios elaborada por L. Pereña Vicente y J.M. Pérez Prendes, Volumen V., Centro Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1967.

BARRIENTOS GARCÍA, J.: Lucha por el Poder y por la Libertad de Enseñanza en Salamanca -El Estatuto y Juramento de la Universidad. (1627), Salamanca, Ediciones de la Diputación de Salamanca, 1990.

BRUFAU PRATS, J.: La escuela de Salamanca ante el descubrimiento del nuevo Mundo, Editorial San Esteban, Salamanca, 1989.

BULYGIN, E.: “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº4, Centro de Estudios Constitucionales y seminario de filosofía del derecho de la universidad de Alicante, Alicante, 1987, pp. 79-84.

CALSAMIGLIA, A.: “Ensayo sobre Dworkin”, introducción a R. Dworkin, Los Derechos en serio, trad. de Guastavino, Barcelona, Ariel, 1985.

CAMPS, V.: Virtudes públicas, Espasa-Calpe, Madrid, 1990.

CICERÓN, M. T.: La República. Las Leyes, Ed. Núñez González, Juan María, Akal, Madrid, 1989.

CRUZ PRADOS, A.: “Para un concepto de “guerra” de una filosofía de “paz”. Actualidad del pensamiento de Vitoria”,

Anuario de Filosofía del Derecho, T. VIII, 1991.

FERRATER MORA, J.: Diccionario de Filosofía, Vol. 4, Círculo de Lectores, Barcelona, 1991.

GUZMÁN GRITO, A.: El derecho como facultad en la Neoescolástica española del siglo XVI, Iustel, Madrid, 2009.

HABERMAS, J.: Teoría de la acción comunicativa. Cátedra, Madrid, 1981.

HABERMAS, J.: Conocimiento e interés, Taurus, Madrid 1982.

HABERMAS, J.: Ciencia y técnica como "ideología", Tecnos, Madrid, 1984.

HABERMAS, J.: Conciencia moral y acción comunicativa, Península, Barcelona, 1985.

HABERMAS, J.: Teoría y acción comunicativa: complementos y estudios previos, Cátedra, Madrid, 1989.

HABERMAS, J.: Facticidad y validez, Trotta, Madrid, 1998.
HABERMAS, J.: La inclusión del otro, Paidós, Barcelona, 1999.

HABERMAS, J.: Aclaraciones sobre la ética del discurso, Trotta, Madrid, 2000.

HEGEL, G. W. F.: "Introducción" en Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado. Traducción del alemán a cargo de Eduardo Vásquez. Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.

HERMIDA DEL LLANO, CRISTINA: Los derechos fundamentales en la Unión Europea, Anthropos, Barcelona, 2005.

HERNÁNDEZ MARTÍN, R.: Francisco de Vitoria: vida y pensamiento internacionalista, B.A.C., Madrid, 1999.

HÖFFE, O.: Derecho intercultural. Colección de Estudios Alemanes. Traducción de Rafael Sevilla. Gedisa, Barcelona,

2000.

KOECK, H. F.: "Vitoria", en Staatslexikon, 7ª ed., Vol. 5, Freiburg-Basel-Wien, 1989.

KOECK, H. F.- HERMIDA DEL LLANO, C.: "La contribución al desarrollo de la Filosofía del Derecho por parte de la Primera Escuela de Salamanca" en La Primera Escuela de Salamanca (1406-1516), Cirilo Flórez Miguel / Maximiliano Hernández Marcos / Roberto Albares Albares (Eds.), Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012, pp. 223-237.

LAPORTA, F.: Entre el Derecho y la Moral, Fontamara, México D.F., primera ed. 1993, segunda ed. 1995.

MANTOVANI, M.: An Deus Sit (Summa Theologiae I, q. 2). Los comentarios de la "primera Escuela" de Salamanca, Editorial San Esteban, Salamanca, 2007.

MENÉNDEZ REIGADA, I.G.: "El Derecho de Gentes según el P. Vitoria", Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria, Vol. IV (1931-1932).

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, L.: Fuentes para la historia del método teológico en la Escuela de Salamanca, Tomo II, Facultad de Teología, Granada, 1973. NYS, E. : Le droit des Gens et les anciens jurisconsultes esoagnoles, Bruselas, 1914.

NUSSBAUM, M.: La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y en la filosofía griega, Madrid, 1995.

NUSSBAUM, M.: Cultivating Humanity: A Clasical Defense of Reform in Liberal Education, Cambridge 1997.

OLLERO, A.: ¿Tiene razón el derecho?, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.

ORREGO SÁNCHEZ, S.: La Actualidad del ser en la "Primera Escuela" de Salamanca. Con lecciones inéditas de Vitoria, Soto y Cano, Eunsa, Pamplona, 2004.

ORTEGA Y GASSET, J.: "Verdad y perspectiva" en El

Espectador I, Obras Completas II, Alianza, Madrid, 1983.

ORTEGA Y GASSET, J.: “La doctrina del punto de vista”, en El tema de nuestro tiempo, O. C., III, Alianza, Madrid, 1983.

PONCELA GONZÁLEZ, Á.: Las raíces filosóficas y positivas de la doctrina del derecho de gentes de la Escuela de Salamanca, Celarayn, León, 2010.

ROUSSEAU, J.J.: “Emile ou de l’éducation”, en Ouvres complètes, Gallimard, Paris, 1969. Traducción al castellano por Mauro Armino de Emilio, o De la educación, Alianza, Editorial Madrid, 1998.

SANDEL, MICHAEL J.: Public Philosophy. Essays on Morality in Politics, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 2006.

SANDEL, MICHAEL J.: Justice. What is the right thing to do?, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2009.

SARTORI, GIOVANNI: The Theory of Democracy Revisited. Part one: The contemporary Debate. Citado por la traducción castellana de Santiago Sánchez González, Alianza Editorial, Madrid, 1988, tomo 1.

SCHAMBECK, H.: “Derecho Natural en la era de la responsabilidad”. Traducción a cargo de Cristina Hermida del Llano, en Revista Persona y Derecho nº 62, Navarra, 2010.

SCHAMBECK, H. - HERMIDA DEL LLANO, C.: “La recepción del iusnaturalismo tomista en la Primera Escuela de Salamanca”, en La libertad religiosa en España y en el Derecho Comparado, Coordinadores Andrés Ollero y Cristina Hermida del Llano, Iustel, Madrid, 2012, pp. 147-164. Texto también publicado en la obra colectiva La Primera Escuela de Salamanca (1406-1516), Cirilo Flórez Miguel / Maximiliano Hernández Marcos / Roberto Albares Albares (Eds.), Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012, pp. 211-222.

SOLAR CAYÓN, J. I.: La teoría de la tolerancia en John Locke,

Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1996.

TRUYOL Y SERRA, A.: Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, Revista de Occidente, Vol. II, Madrid, 1976.

TRUYOL Y SERRA, A.: La Sociedad internacional, Alianza, Madrid, 1977.

TRUYOL Y SERRA, A.: Fundamentos de derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, 4ª ed. 1977.

VERDROSS, A.: Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers, Juristische Blätter, 45 Jg., 1916, pp. 471 y ss. Y pp. 483 y ss., nueva impresión en: Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Volumen 2, pp. 1545 y ss.; también Primäres Naturrecht, sekundäres Naturrecht und positives Recht in der christlichen Rechtsphilosophie, en: Ius et lex, Festschrift für Max Gutzwiller, Basel, 1959, pp. 447 y ss., nueva impresión, Volumen 1, pp. 787 y ss. Y también Dynamisches Naturrecht, Forum XII/137, Mayo 1965, pp. 223 y ss., nueva impresión, Volumen 1, pp. 933 y ss.

VERDROSS, A.: Statisches und dynamisches Naturrecht, Friburgo, 1971.

VIOLA, F.: "Derecho de gentes antiguo y contemporáneo", Revista Persona y Derecho, nº 51, Navarra, 2004.

VITORIA, F. DE: De Justitia. Beltrán de Heredia, Vicente. Vol. 1. Publicaciones de la Asociación Francisco de Vitoria, Madrid, 1934.

VITORIA, F. DE: La justicia. Traducción y estudio preliminar de Frayle Delgado, L. Tecnos, Madrid, 2001.

VITORIA, F. DE: Relectio de iure belli o paz dinámica, ed. Pereña, L..., Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1981.

VITORIA, F. DE: Relecciones sobre los indios y el derecho de la guerra, ed. Marqués de Olivart, Espasa-Calpe, Madrid,

MCMXXVII.

VITORIA, F. DE: Relecciones sobre los indios y el derecho de la guerra, Espasa-Calpe, Madrid, 1976, 3ª ed.

VITORIA, F. DE: Relectio de Indis, en Corpus Hispanorum de Pace, ed. Crítica bilingüe de Pereña L. y Pérez Prendes. J. M., vol. V., Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1967.

VITORIA, F. DE: Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás, ed. V. Beltrán de Heredia, a. 1, nº 7, vol. III, Biblioteca de Teólogos españoles, Salamanca, 1952.

VITORIA, F. DE: La Ley. Traducción de Frayle Delgado, Luis. Tecnos, Madrid, 1995.

VITORIA, F. DE: “De la potestad civil”, nº 21, en Urdánoz, Teófilo, Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas, Biblioteca de Autores Cristianos, nº 198, sección II, Teología y Canones. La Editorial Católica S.A., Madrid, 1960.

[1] Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “Principio de no discriminación y nuevos derechos” (DER2011-26903).

[2] Vid. KOECK, H. F.- HERMIDA DEL LLANO, C.: “La contribución al desarrollo de la Filosofía del Derecho por parte de la Primera Escuela de Salamanca” en La Primera Escuela de Salamanca (1406- 1516), Cirilo Flórez Miguel / Maximiliano Hernández Marcos / Roberto Albares Albares (Eds.), Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012, pp. 223-237.

[3] MANTOVANI, M.: An Deus Sit (Summa Theologiae I, q. 2). Los comentarios de la “primera Escuela” de Salamanca, Editorial San Esteban, Salamanca, 2007. p. 360. Son llamativas las alusiones a Pedro de Alvarado por considerarle partidario de una postura de fe muy peligrosa al negar la posibilidad de demostrar por medio de la razón la existencia de Dios.

- [4] BRUFAU PRATS, J.: La escuela de Salamanca ante el descubrimiento del nuevo Mundo, Editorial San Esteban, Salamanca, 1989, p. 4.
- [5] VITORIA, F. DE: “De la potestad civil”, nº 21, en URDÁNOZ, T., Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas, Biblioteca de Autores Cristianos, nº 198, sección II, Teología y Canones. La Editorial Católica S.A., Madrid, 1960, p. 150.
- [6] PONCELA GONZÁLEZ, Á.: Las raíces filosóficas y positivas de la doctrina del derecho de gentes de la Escuela de Salamanca, Celarayn, León, 2010, p. 156.
- [7] Vid. KOECK, H. F.- HERMIDA DEL LLANO, C.: “La contribución al desarrollo de la Filosofía del Derecho por parte de la Primera Escuela de Salamanca” en La Primera Escuela de Salamanca (1406- 1516), op. cit., pp. 223-237. SCHAMBECK, H. - HERMIDA DEL LLANO, C.: “La recepción del iusnaturalismo tomista en la Primera Escuela de Salamanca”, en La libertad religiosa en España y en el Derecho Comparado, Coordinadores Andrés Ollero y Cristina Hermida del Llano, Iustel, Madrid, 2012, pp. 147-164. Texto también publicado en La Primera Escuela de Salamanca (1406-1516), op. cit., pp. 211-222.
- [8] BRUFAU PRATS, J.: La Escuela de Salamanca ante el descubrimiento del Nuevo Mundo, op. cit., p. 51.
- [9] Vid. Ibídem, p. 52.
- [10] Me gustaría destacar que el humanismo de la primera Escuela de Salamanca no se contradice con ciertas visiones del hombre en el mundo renacentista. Se contempla al hombre con una misión concreta que cumplir en el mundo, siendo imprescindible como condición primera la conquista de la libertad interior.
- [11] Vid. Ibídem, p. 54.
- [12] MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, L.: Fuentes para la historia del método teológico en la Escuela de Salamanca, Tomo II, Facultad de Teología, Granada, 1973.
- [13] TRUYOL Y SERRA, A.: Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, Revista de Occidente, Vol. II, Madrid, 1976, p. 50.
- [14] Vid. BRUFAU PRATS, J.: La escuela de Salamanca ante el descubrimiento del nuevo Mundo, op. cit., p. 50.
- [15] Vid. Ibídem, p. 50.
- [16] GUZMÁN GRITO, A.: El derecho como facultad en la Neoescolástica española del siglo XVI, Iustel, Madrid, 2009.
- [17] Cfr. KOECK, H. F.: “Vitoria”, en Staatslexikon, 7ª ed., Vol. 5, Freiburg-Basel-Wien, 1989, pp. 764 y ss. Asimismo, Vid. KOECK, H. F.- HERMIDA DEL LLANO, C.: “La contribución al desarrollo de la Filosofía del Derecho por parte de la Primera Escuela de Salamanca” en La Primera Escuela de Salamanca (1406-1516), op. cit., pp. 223-237. SCHAMBECK, H. - HERMIDA DEL LLANO, C.: “La recepción del iusnaturalismo tomista en la Primera Escuela de Salamanca”, en La libertad religiosa en España y en el Derecho Comparado, op. cit., pp. 147-164. Texto también publicado en La Primera Escuela de Salamanca (1406-1516), op. cit., pp. 211-222.
- [18] Cfr. BARCIA TRELLES, C.: Francisco de Vitoria. Fundador del derecho internacional moderno, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1928, p. 16.
- [19] Como explica ORREGO SÁNCHEZ, S. en La Actualidad del ser en la “Primera Escuela” de Salamanca. Con lecciones inéditas de Vitoria, Soto y Cano, Eunsa, Pamplona, 2004: “El primero se había educado en la escuela de Juan Mair, nominalista ecléctico y moderado en relación a las posturas extremas de Ockham. Mair gozó de gran prestigio en la Universidad de París, donde enseñó en el Colegio de Montaigu. Se

gloriaba de estar abierto a la verdad, viniese de quien viniese, siguiendo el precepto de no mirar quis hoc dixerit, sed quid dicatur. Este nominalismo mitigado pasaba por ser, frente a las corrientes tomista y escotista, propias de determinadas órdenes, la schola non affectata, libre de opciones previas. También Pedro Crockaert había estudiado con Mair y puede decirse que mantuvo su espíritu ecléctico y abierto después de su “conversión” al tomismo y de su traslado al colegio de Saint Jacques”, p. 69.

[20] Desde 1508-1513 y profesor desde 1514-1521. HERNÁNDEZ MARTÍN, R.: Francisco de Vitoria: vida y pensamiento internacionalista, B.A.C., Madrid, 1999, pp. 34-35.

[21] Lo hace concretamente en el Comentario al Segundo Libro de las Sentencias de Pedro Lombardo, distinción 44, cuestión 3, editado en París en 1510, esto es, veintiocho antes de que Vitoria pronunciara su primera reelección “De los indios”.

[22] ORREGO SÁNCHEZ, S.: La actualidad del ser en la “Primera Escuela” de Salamanca con lecciones inéditas de Vitoria, Soto y Cano, op. cit., p. 115.

[23] BARRIENTOS GARCÍA, J.: Lucha por el Poder y por la Libertad de Enseñanza en Salamanca –El Estatuto y Juramento de la Universidad. (1627), Ediciones de la Diputación de Salamanca, Salamanca, 1990, p. 61.

[24] PONCELA GONZÁLEZ, Á.: Las raíces filosóficas y positivas de la doctrina del derecho de gentes de la Escuela de Salamanca, op. cit., p. 154.

[25] BARRIENTOS GARCÍA, J.: Lucha por el Poder y por la Libertad de Enseñanza en Salamanca –El Estatuto y Juramento de la Universidad. (1627), op. cit., p. III – 62.

[26] Vid. *Ibidem*, p. 61.

[27] Vid. NYS, E. : Le droit des Gens et les anciens jurisconsultes espagnols, Bruselas, 1914. Citado por BARCIA TRELLES, C. : Francisco de Vitoria. Fundador del derecho internacional moderno, op. cit., p. 17.

[28] FERRATER MORA, J.: Diccionario de Filosofía, Vol. 4, Círculo de Lectores, Barcelona, 1991, p. 3447.

[29] PONCELA GONZÁLEZ, Á.: Las raíces filosóficas y positivas de la doctrina del derecho de gentes de la Escuela de Salamanca, op. cit., pp. 159-160.

[30] Vitoria diferencia el doble carácter del político, como persona pública y como persona privada cuando afirma: “Le es lícito al príncipe mirar por su propio bien privado, pero no por medio de la ley”, esto es, en virtud de ser servidor de la república. La Ley, c. 90, a. 2. O. c., p. 6.

[31] “Es imposible que se dé una ley que no atienda al bien común, porque tal ley no sería ley, y si constara que de ninguna manera mira al bien común, no habría que obedecerle”. La Ley, c. 90, a. 2. O.c., p. 7.

[32] La ley, c. C. 96, a. 5; O.c., pp. 47-51.

[33] PONCELA GONZÁLEZ, Á.: Las raíces filosóficas y positivas de la doctrina del derecho de gentes de la Escuela de Salamanca, op. cit., p. 161.

[34] BELTRÁN DE HEREDIA, V.: “Personalidad del maestro Francisco de Vitoria y trascendencia de su obra doctrinal”, en la edición crítica bilingüe de la *Relectio de Indis o libertad de los indios* elaborada por L. Pereña Vicente y J.M. Pérez Prendes, Volumen V., Centro Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1967, p. XIII.

[35] APARISI MILLARES, Á.: Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria, Comares, Granada, 2007, p. 17-19.

- [36] TRUYOL Y SERRA, A.: La Sociedad internacional, Alianza, Madrid, 1977, p. 71.
- [37] APARISI MILLARES, Á.: Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria, op. cit., pp. 41-42.
- [38] Vid. Ibídem, p. 39.
- [39] Así, por ejemplo, mientras que el derecho de gentes permitía esclavizar al vencido en las guerras contra los turcos, esta exigencia estaba prohibida entre los cristianos. Vid. Ibídem, p. 44.
- [40] BALLESTEROS, J.: Sobre el sentido del derecho, Tecnos, Madrid, 2002, p. 112.
- [41] CICERÓN: De legibus, I, 10, op cit. en BALLESTEROS, J.: Sobre el sentido del derecho, ibídem, p. 112. También en este mismo sentido, SÉNECA (IV a C. – 65 d. C.) sostenía: “el alma recta, buena, grande, que es Dios mismo hospedado en un cuerpo humano, puede encontrarse tanto en un caballero romano como en un liberto, como en un esclavo”. Vid. ADOMEIT, K. - HERMIDA DEL LLANO, C.: Filosofía del Derecho y del Estado. De Sócrates a Séneca, Trotta, Madrid, 1999.
- [42] APARISI MILLARES, Á.: Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria, op. cit., pp. 44-45.
- [43] Vid. Ibídem, p. 19.
- [44] BARCIA TRELLES, C.: Francisco de Vitoria, fundador del Derecho Internacional moderno, op. cit., p. 91.
- [45] APARISI MILLARES, Á.: Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria, op. cit., pp. 28-29.
- [46] HABERMAS, J.: Teoría de la acción comunicativa. Cátedra, Madrid, 1981; Conocimiento e interés, Madrid, Taurus, 1982; Ciencia y técnica como “ideología”, Tecnos, Madrid, 1984; Conciencia moral y acción comunicativa, Península, Barcelona, 1985; Teoría y acción comunicativa: complementos y estudios previos, Cátedra, Madrid, 1989; Aclaraciones sobre la ética del discurso, Trotta, Madrid, 2000; Facticidad y validez, Trotta, Madrid, 1998; La inclusión del otro, Paidós, Barcelona, 1999.
- [47] APEL, K.-O.: Estudios Éticos, Barcelona, Alfa Iberia, 1986; “El desafío de la crítica total a la razón y el programa de una teoría filosófica de los tipos de racionalidad”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 29, 1989, pp. 63-95; Diskurs und Verantwortung. Das Problem des Übergang zur postkonventionelle Moral, Frankfurt a. M., Suhrkamp.; Teoría de la verdad y ética del discurso, Barcelona, Paidós; “Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik: Können die Rationalitätsdifferenzen zwischen Moralität, Recht und Politik selbst noch durch die Diskursethik normativ-rational gerechtfertigt werden?”, en K.-O. Apel y M. Kettner (eds.), Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft, Frankfurt a. M., Suhrkamp, pp. 29-62.
- [48] Justicia, c. 57, a. 3., O.c., pp. 24-27.
- [49] PONCELA GONZÁLEZ, Á.: Las raíces filosóficas y positivas de la doctrina del derecho de gentes de la Escuela de Salamanca, op. cit., p. 173. Vid. Justicia c. 57, a. 3., O. c., p. 26.
- [50] MENÉNDEZ REIGADA, I.G.: “El Derecho de Gentes según el P. Vitoria”, Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria, Vol. IV (1931-1932), pp. 45, 49 y ss. Tengamos presente que para Vitoria el derecho natural es el derecho necesario, es decir, no dependiente de voluntad alguna, a diferencia del derecho positivo que exige ésta. Vid. Justicia, c. 57, a.2., O.c., pp-16-20. A propósito de ello, explica PONCELA GONZÁLEZ, Á. en Las raíces filosóficas y positivas de la doctrina del derecho de gentes de la Escuela de Salamanca, op. cit.: “Este derecho necesario es conocido por el hombre a partir de la aplicación del entendimiento recibido como don sobre la naturaleza igualmente donada. Sobre las mismas extrae tres tipos de “juicios naturales”,

dispuestos en función de su mayor o menor grado de necesidad: primero, los primeros principios rectos y evidentes para todos, por ejemplo, no matar. En segundo lugar, las conclusiones deducidas de principios evidentes, por ejemplo, la ley mosaica que se deduce de uno general, “no hagas a otro lo que no quieras para ti”. En último término, lo percibido por el sentido moral como algo dañino, no deducido de principios ni de conclusiones, pero lo suficientemente claros. De aquí se concluye que sólo pertenece al derecho natural aquellos principios, conclusiones y consecuencias “que puede el hombre conocer naturalmente”, esto es, por medio del entendimiento”, p. 172.

[51] VITORIA, F. DE: “De la potestad civil”, nº 21, en URDÁNOZ, T., Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas, op. cit., p. 191.

[52] VITORIA, F. DE: La Justicia, traducción y estudio preliminar de Frayle Delgado, L. Tecnos, Madrid, 2001, p. 28.

[53] PONCELA GONZÁLEZ, Á.: Las raíces filosóficas y positivas de la doctrina del derecho de gentes de la Escuela de Salamanca, op. cit., p. 174.

[54] APARISI MILLARES, Á.: Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria, op. cit., p. 33.

[55] VIOLA, F.: “Derecho de gentes antiguo y contemporáneo”, Revista Persona y Derecho, nº 51, 2004, pp. 178 y 187.

[56] Vid. Ibídem, p. 34.

[57] MENÉNDEZ REIGADA, I.G.: “El Derecho de Gentes según el P. Vitoria”, Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria, Vol. IV (1931-1932), pp. 47 y ss.

[58] TRUYOL Y SERRA, A.: La Sociedad internacional, Alianza, Madrid, 1977, p. 71.

[59] TRUYOL Y SERRA, A.: Fundamentos de derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, 4ª ed. 1977, p. 182.

[60] VITORIA, F.: “De la potestad civil”, nº 21, op. cit., pp. 191-192.

[61] CRUZ PRADOS A.: “Para un concepto de “guerra” de una filosofía de “paz”. Actualidad del pensamiento de Vitoria”, Anuario de Filosofía del Derecho, T. VIII, 1991, pp. 111 y 122.

[62] ROUSSEAU, J.J.: “Emile ou de l’education”, en Ouvres complètes, Gallimard, Paris, 1969, p. 248. Vid. Traducción al castellano por Mauro Armino de Emilio, o De la educación, Alianza, Editorial Madrid, 1998.

[63] HEGEL, G. W. F.: “Introducción” en Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado. Traducción del alemán a cargo de Eduardo Vásquez. Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.

[64] BALLESTEROS, J.: Sobre el sentido del Derecho, op. cit., p. 37.

[65] APARISI MILLARES, Á.: Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria, op. cit., p. 49.

[66] BARCIA TRELLES, C.: Francisco de Vitoria, fundador del Derecho Internacional moderno, op. cit., p. 91.

[67] BALLESTEROS, J.: “El primado de la idea de humanitas en Vitoria como fundamento de los derechos humanos”, Anuario mexicano de Historia del Derecho, 6, 1994, p. 26.

[68] BARCIA TRELLES, C.: Francisco de Vitoria, fundador del Derecho Internacional moderno, op. cit., pp. 115-116.

- [69] BALLESTEROS, J.: Repensar la paz, Eunsa, Navarra, 2006, pp.114-115.
- [70] OLLERO, TASSARA, A.: ¿Tiene razón el derecho?, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 390.
- [71] Los derechos humanos o derechos morales son más bien “el título”, “el justificante”, “la razón”, de que se pongan en funcionamiento y se activen mecanismos de protección normativa, en aras de que un determinado derecho humano se convierta en derecho fundamental.
- [72] HERMIDA DEL LLANO, C.: Los derechos fundamentales en la Unión Europea, Anthropos, Barcelona, 2005.
- [73] BULYGIN, E.: “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº4, Centro de Estudios Constitucionales y seminario de filosofía del derecho de la universidad de Alicante, Alicante, 1987, p.79.
- [74] Vid. VERDROSS, A.: Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers, Juristische Blätter, 45 Jg., 1916, pp. 471 y ss. Y pp. 483 y ss., nueva impresión en: Die Wiener Rechthstheoretische Schule, Volumen 2, pp. 1545 y ss.; también Primäres Naturrecht, sekundäres Naturrecht und positives Recht in der christlichen Rechtsphilosophie, en: Ius et lex, Festschrift für Max Gutzwiller, Basel, 1959, pp. 447 y ss., nueva impresión, Volumen 1, pp. 787 y ss. Y también Dynamisches Naturrecht, Forum XII/137, Mayo 1965, pp. 223 y ss., nueva impresión, Volumen 1, pp. 933 y ss.
- [75] VERDROSS, A.: Statisches und dynamisches Naturrecht, Friburgo, 1971.
- [76] Vid. *Ibidem*, p. 9.
- [77] C. Vid. *Ibidem*, p. 116.
- [78] Vid. *Ibidem*, p. 114.
- [79] Vid. *Ibidem*, p. 117.
- [80] LAPORTA, F.: Entre el Derecho y la Moral, Fontamara, México D.F., primera ed. 1993, segunda ed. 1995, pp. 52-53.
- [81] OLLERO TASSARA, A.: ¿Tiene razón el derecho?, op. cit.
- [82] BANASZAK/JABLONSKI: “Das Naturrecht in der Polnischen Verfassung vom 2. April 1997”, en Die Wiederkehr des Naturrechts und die Neuevangalisierung Europas, edit. Rudolf Weiler, Viena, 2005, p. 220.
- [83] Vid. CALSAMIGLIA, A.: “Ensayo sobre Dworkin”, introducción a R. Dworkin, Los Derechos en serio, trad. de Guastavino, Barcelona, Ariel, 1985, p. 17.
- [84] Vid. *Ibidem*, p. 51.
- [85] SCHAMBECK, H.: “Derecho Natural en la era de la responsabilidad”. Traducción a cargo de Cristina Hermida del Llano, en Revista Persona y Derecho nº 62, Navarra, 2010, pp. 153-179.
- [86] Justicia c. 57. a.1., O.c., p.11. Asimismo, vid. PONCELA GONZÁLEZ, Á.: Las raíces filosóficas y positivas de la doctrina del derecho de gentes de la Escuela de Salamanca, op. cit., p. 171.
- [87] Vitoria en Relecc. O.c., p. 708, sostiene que el postulado es el principio del amor formulado para la iglesia cristiana por San Agustín “cuando se dice amaré a tu prójimo es manifiesto que todo hombre es prójimo”, con independencia de su nacionalidad y creencias. Como explica PONCELA GONZÁLEZ, Á.: Las raíces filosóficas y positivas de la doctrina del derecho de gentes de la Escuela de Salamanca, op. cit., cita 500: “Vemos, por esta vía, distinta a la racionalista del humanismo cristiano, la voluntarista, que vemos florecer

tenuamente ya en Vitoria, un cambio en la concepción antropológica negativa de aquella tradición. Del postulado del amor se sigue que “es contra el derecho natural que el hombre se aparte del hombre sin causa alguna. Pues no es lobo el hombre para otro hombre, como dice Ovidio sino hombre”, p. 184.

[88] Vid. *Ibíd.*, p. 184.

[89] Vid. *Ibíd.*, p. 189.

[90] SARTORI, G.: *The Theory of Democracy Revisited. Part one: The contemporary Debate*. Citado por la traducción castellana de Santiago Sánchez González, Alianza Editorial, Madrid, 1988, tomo 1, pp. 55, 57 y 58.

[91] SANDEL, M. J.: *Public Philosophy. Essays on Morality in Politics*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 2006; *Justice. What is the right thing to do?*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2009.

[92] CAMPS, V.: *Virtudes públicas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1990.

[93] HÖFFE, O.: *Derecho intercultural. Colección de Estudios Alemanes*. Traducción de Rafael Sevilla. Gedisa, Barcelona, 2000.

[94] Me serviré para ejemplificarlo de la filosofía de uno de los pensadores españoles más notables y atractivos del siglo XX: José Ortega y Gasset. De toda su extensa obra, únicamente me voy a referir a dos trabajos suyos sobre el perspectivismo, conectado con su idea de la razón vital como razón circunstancial e histórica, de gran interés para el tema que nos ocupa. En el primero de ellos, “Verdad y perspectiva” (1916), en *El Espectador I, O. C. II*, Madrid, Alianza, 1983, Ortega y Gasset escribe: “La realidad, precisamente por serlo y hallarse fuera de nuestras mentes individuales, sólo puede llegar a éstas multiplicándose en mil caras o haces ... la realidad no puede ser mirada sino desde el punto de vista que cada cual ocupa, fatalmente en el universo ... La realidad, pues, se ofrece en perspectivas individuales ... En vez de disputar, integremos nuestras visiones en generosa colaboración espiritual, y como las riberas independientes se aúnan en la gruesa vera del río, compongamos el torrente de lo real”, p. 19. Y, pocos años después, en *El tema de nuestro tiempo* (1923) publica “La doctrina del punto de vista”, O. C., III, Alianza, Madrid, 1983, donde señala: “Desde distintos puntos de vista, dos hombres miran el mismo paisaje. Sin embargo, no ven lo mismo. La distinta situación hace que el paisaje se organice ante ambos de distinta manera... La perspectiva es uno de los componentes de la realidad ... Ahora vemos que la divergencia entre dos mundos de dos sujetos no implica la falsedad de uno de ellos. Al contrario, precisamente porque lo que cada cual ve es una realidad y no una ficción, tiene que ser su aspecto distinto del que otro percibe. Esa divergencia no es una contradicción, sino complemento.... Cada vida es un punto de vista sobre el universo... La verdad integral sólo se obtiene articulando lo que el prójimo ve con lo que yo veo, y así sucesivamente”. Creo que de la lectura de ambos pasajes se puede concluir la oportunidad de conectar el hecho de la diferencia de los puntos de vista o perspectivas vitales con la necesidad de la integración, para posibilitar así una concepción más verdadera. Porque la integración incluye las formas de pensamiento y cultura mayoritarias y minoritarias, convirtiéndose así en un acto paradigmático de lo que aquí he denominado como “tolerancia positiva”.

[95] Vid. SOLAR CAYÓN, J. I.: *La teoría de la tolerancia en John Locke*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1996, p. 39.

[96] Vid. *Ibíd.*, p. 39.

[97] CRUZ PRADOS A.: “Para un concepto de “guerra” de una filosofía de “paz”. Actualidad del pensamiento de Vitoria”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. VIII, 1991, pp. 111 y 122.

Capítulo 8. Francisco de Vitoria and the Dignity of Man: Scholastic Anthropology and Humanism

*María Idoya Zorroza
Universidad de Navarra*

1.

Francisco de Vitoria, professor of the University of Salamanca, and founder of the School of thought that shares its name, was a protagonist in the sixteenth century renewal of thought that gave place to the reconsideration of the most pressing issues of his day. The most significant of those issues includes the understanding of the social, economic, and cultural changes that marked the discovery of America. In discovering new territory, the known world faced a completely unknown one, oblivious to its history and culture. Here the intellectual became tasked with understanding the other, leading him, in sixteenth century debates, first to apply legislation and mental structures inherited from the Middle Ages and, secondly, to seek to resolve the problems original to medieval legislation and, in the juridical field, to attest to the limits of current legislation and seek to resolve its problems by appealing to the foundation of all law. The answer was sought in the field of natural law as the foundation and reference point for all human law, including both the rights of people and positive law.

2.

Vitoria's work goes beyond the appeal for more benign laws concerning the treatment of the Indians. Certainly the work of the Dominicans, and even those who graduated from Salamanca, was of vital importance in protesting the abuses discovered in the newly incorporated territories. Shortly after his installation in Santo Domingo, the first voices began calling for a more benign treatment of indigenous peoples. Indeed, it is a

monk of the Dominican order who stands out for his reaction and protest to Spanish actions in America. Fray Antonio Montesinos delivered a sermon on December 21, 1511 denouncing “the sterility of the desert that is the Spanish conscience towards this island and the blindness in which they lived. They walked there in danger of damnation, not warning against the grave sins in which, with much sensitivity, they were continually involved.” The controversy was furthermore triggered by words from the island of Hispaniola (now the Dominican Republic and Haiti) to the royal court in Spain: “Why do you keep them so oppressed and exhausted, without giving them enough to eat or curing them for the sicknesses they incur because of the excessive work you give them and they die, or rather you kill them in order to extract and acquire gold every day? [...] Are they not men? Do they not have rational souls? Are you not obliged to love them as yourself? Do you not understand this? Do you not feel this?” This controversy, which is at the root of the Laws of the Indies, was somewhat known to Vitoria, then at Valladolid, through the periodic news he received.

Vitoria, however, took a different route by seeking the foundations of a new legal framework that respected the basic needs of every human being. When the civil laws of the time did not know how to face a new reality, and existing international law contained limited solutions at best, then “the matter of the barbarians, we see that it is not in itself so evidently unjust that no question about its justice can arise, nor again so evidently just that not doubt is possible about its injustice.” Vitoria’s (and his School’s) work included pointing out the limitations of the law of their time and examining it in the light of precedence. As Professor Justenhoven has noted, the Salamanca theologians contributed to this question by bringing the debate to the plane of natural law.

Concerning this contribution, Vitoria himself claimed, “I assert that it is not for jurists to settle this question or at any rate nor for jurists only, for since the barbarians in question, as I shall forthwith show, were not in subjection by human law, it is

not by human, but by divine law, that questions concerning the are to be determined.” Simona Langella’s assertion is noteworthy in claiming Vitoria’s importance in starting, “in his extraordinary public lectures, a theological reflection on the conditions of the Spanish conquest in the Americas where it became necessary to clarify that the conditions under which conquered peoples lived should manifest themselves in light of a correct theory of natural law.” His appeal to divine law, by means of natural law, and its relation to human law is, strictly speaking, Vitoria’s main contribution to philosophical and legal thought.

3.

In this sense, in going beyond known cultures, it became necessary to question what all human beings share, what humanity means, the unity of human nature (which Vitoria highlights with three dimensions: natural, social and theological unity), what constitutes the possessions and goods that human beings cannot renounce.

Vitoria’s position is based on a rich understanding of human nature, in which the three sources of his thought come together:

a) The presence of humanism and the defense of human dignity: In his lessons and writings, Vitoria made a defense of human dignity considered for itself, beyond its recognition. In this defense, he shared a common intention with other Renaissance humanist authors, such as Erasmus of Rotterdam, Petrarch or Fernan (Hernan) Pérez de Oliva (versus the negative and defective vision of man and his dignity posed by Luther and other Protestant authors). Vitoria’s relationship with Erasmo and Vives is well known.

b) The influence of the Parisian nominalism in which Vitoria was educated: This influence includes a strong commitment to a practical and moral orientation (without failing to be theological and scientific). Thus, practical and moral issues have a special

significance, including problems in a very definite historical and cultural context (e.g. justice in the new socio-economic structures and forms or the relationship between faith and culture), always seen in the light of theology.

c) A renewed vision of Thomism: Thomism and its anthropological and metaphysical conception underlies and structures Vitoria's thought and obviously so given that the Dominican articulated his thoughts in comments on the work of Aquinas. In his teaching, Vitoria had to explain and comment Aquinas's *Summa Theologiae* in its entirety (although most of his writings are situated within the *Secunda secundae*), a context in which Francisco de Vitoria's contributions on human nature should be understood.

4.

In this sense, we can say that Vitoria, his students and the sixteenth century Spanish scholastic authors can be understood to make up a distinct form of humanism: Scholastic humanism.

Indeed, the passage of the fourteenth and fifteenth centuries marks a cultural renaissance known as Humanism, achieved in reaction to the decadent scholasticism prevailing in Europe, which followed the achievements of the thirteenth century, where, for example, three prominent names in the history of thought dedicated to speculative knowledge coincided in Paris: Albert the Great, Thomas Aquinas, Bonaventure.

Humanism was characterized by a rediscovery of the treasures of Greco-Roman antiquity -in particular the idea of *Humanitas*, a comprehensive education that includes the liberal arts, the *studia humanitatis*- and the renewal of the expression of knowledge and of its subjects. Indeed, in addition to the cultivation of the arts, rhetoric, grammar (*literae huaniores*), the development of moral and political science is noteworthy, especially with the recovery of more trustworthy Greek philosophical sources in comparison with the European reception of the twelfth and thirteenth centuries. These fields

mainly addressed that which is human (anthropocentrism) and its attending problems, education and the development of human virtues.

Thus three distinct forms of humanism came into existence: (a) the humanism of authors like Erasmus, Machiavelli and the Italian literati, which is also the most recognized, (b) Reformation humanism and (c) scholastic humanism, which contains its own distinct character.

5.

Indeed, as one Vitorian scholar, García-Villoslada –the author of the famous book *The University of Paris in the times of Father Francisco de Vitoria*– asserts, one can speak of a renewed and differentiated form of humanism. Below are some quotes from García Villoslada that summarize his claims:

a) “Humanizing theology at its root and in its form: Vitoria abandoned tangled dialectics and idle, extravagant, ridiculous questions that other decadent scholastics too often addressed and instead addressed topical issues of universal interest. He also advocated for a return to the purest sources of dogma: The Bible, the Fathers of the Church, and Councils– and, in so doing, presented doctrine in an elegant simple, concise, clear and evident style.”

b) “Legal and moral orientation: Vitoria cultivated practical theology (moral and law), but did so with a universal and humane character that, without losing touch with the reality of facts, posed and solved problems, not in accordance with canons and decrees of circumstantial value, nor with arbitrary decretists opinions, but rather consistent with and deriving from the eternal and immutable principles of reason and dogma. [...] Of the great Spanish moralists, Vitoria was the first practical theologian and philosopher. He did not despise speculation, but rather rebuilt it based on specific, historical facts without constructing a priori theories.”

In addition to this, one could include the educational and pedagogical reforms that he incorporated in Valladolid and Salamanca and the careful expression of his thought and writings.

Instead of rejecting scholasticism, Spanish humanism developed by renewing it from within, relying on the defense and study of human beings without losing the valuable theological speculation crystallized most notably in the twelfth and thirteenth centuries. Thomistic anthropology, enriched with reflections from recent authors that Vitoria knew personally, is characterized by its effort to understand humanity in a more complete and radical way, not only as part of Greco-Roman tradition, which, after all, is the ultimate source of European thought, but also because they needed to recognize the humanity of the people and the settlements in newly discovered territories that contained cultural and social customs entirely independent from that which until then had been seen. In this sense, it can be said, that Vitoria's (and his School's) humanist defense is not so much theoretical as it is practical. As Hernandez contends, in studying and teaching Aquinas's thesis and texts, in the "most theoretical parts of theology and in the parts least preferred for their strong anthropological and humanistic inclinations" Aquinas found "a basis for practical projection." Certainly, the understanding of knowledge that inspired the work of theologians of the time (for whom theology assumes the top spot in a hierarchical conception of an ordered knowledge that is not isolated into independent and autonomous disciplines) moved them to treat human problems, including problems of the origin, purpose and meaning of human action, as well as the justice of productive and economic activities, the moral obligations of leaders and citizens, the responsibility and moral consideration of judicial officers, etc. Through this formation, they were able to respond to both theological issues, as well as to queries from kings, to matters concerning commercial traders or to the formation of confessors.

6.

Looking closer at the defense that humanism makes for human beings' excellence and dignity, it should be noted that "a humanistic conception emerges from the doctrine of dignitas, where man appears in the center of the natural world as a preeminent value." Indeed, as García Cuadrado summarizes: "Works and specific treatises on human dignity began to appear in Italy, partly as a response to the negative and pessimistic view of the human condition that late medieval culture passed down." In addition, Marsilio Ficino (1433-1499), in his *Theologia platonica* (Platonic Theology on the Immortality of Souls, 1482; a synthesis of Platonism and Christianity), strongly emphasizes excellence and dignity of man (he is also the author of the well known *Oratio de hominis dignitate* -Oration on the Dignity of Man-). Is not the only: Bartolomeo Facio (ca.1400-1457) left us an unfinished treatise entitled *De excellentia ac praestantia hominis*; Giannozzo Manetti (1396-1459) wrote the *De dignitate et excellentia hominis libri IV* (1452/53); and Pico della Mirandola (1463-1494) entitled *De dignitate hominis* : "an extensive treatise on the dignity and excellence of man;" a treatise on the same subject and in the same tone has been written by another Salamanca's teacher, by Hernán Pérez de Oliva (1494-1531), entitled *A dialogue on the dignity of man*.

In the treatise written by the Italian Pico della Mirandola, dignity and human excellence is rooted in the freedom: "Neither a fixed abode nor a form that is thine alone nor any function peculiar to thyself have we given thee, Adam, to the end that according to thy longing and according to thy judgment thou mayest have and possess what abode, what form, and what functions thou thyself shalt desire. The nature of all other beings is limited and constrained within the bounds of laws prescribed by Us. Thou, constrained by no limits, in accordance with thine own free will, in whose hand We have placed thee, shalt ordain for thyself the limits of thy nature. We have set thee at the world's center that thou mayest from thence more easily observe whatever is in the world. We have made thee neither of heaven nor of earth, neither mortal nor immortal, so that with

freedom of choice and with honour, as though the maker and molder of thyself, thou mayest fashion thyself in whatever shape thou shalt prefer. Thou shalt have the power to degenerate into the lower forms of life, which are brutish. Thou shalt have the power, out of thy soul's judgment, to be reborn into the higher forms, which are divine."

Pérez de Oliva, a contemporary of Vitoria, expressed in the same terms: "Just as man naturally possess all things, so too he has the freedom to be whatever he wishes. When at rest, he is like a plant or a stone and if he gives into bodily delight he becomes a brute animal, and he can be an angel if he wishes, made to contemplate the face of the Father. In his hands he possess the ability to become so excellent that he might be numbered among those whom God said, 'you are gods' (Psalm 82 [81], 6), so that God put man here on earth so that he first manifests what he wants to be. If he likes vile and earthly things, he will remain with them forever, lost and helpless, but if it reason exalts him to divine things or to desire them, and to attempt to enjoy them, to him are reserved those parts of heaven." Freedom puts man in an elevated position above his world and all other creatures, which constitutes both man's dignity and misery, making him an angel or a beast.

What element fills human beings with said dignity? For renaissance humanism, liberty is at the root of this dignity, in human beings' capacity to determine their life. Pérez de la Oliva continues the scholastic tradition by rooting man's dignity in the freedom found in man by virtue of his status as *imago Dei*: "human dignity comes from the divine image imprinted in human nature. This divine image is found nascent in every human being, and may bring him to complete fulfillment."

The most radical change supposed looking for human dignity not "in what he is (essence), but in the ability to make himself, in the possibility that man has to become whatever he wants."

7.

In this context, is particularly interesting to show the notion of the person from which one can understand Vitoria's responses to the American problem and in which he roots his conception of dignity.

Vitoria's anthropological theses, as well as Renaissance humanism, respond to the same problem, highlighting the uniqueness and dignity of human beings, and in the same context of practical problems that needed addressing, including giving ethical-legal responses. Thus, on the question of the Indies and its inhabitants the proposals –especially in the *Relectiones*– offered by Vitoria, do not offer hasty or ad casum solutions precisely because they are grounded in an anthropology that is consistent with a fundamental metaphysical theory that is developed in ethics and politics and that continues the scholastic tradition, not revising its principles, but rather updating the tradition in light of the given situation.

In the remaining part of this article, we will review Vitoria's response to these two questions: What is human dignity rooted in? And what is its ultimate foundation?

Vitoria uses arguments that are very similar to those found in the humanistic tradition dating back to Greco-Latin sources. For example in *De potestate civili*, presenting arguments given against natural human dignity, Vitoria claims “In the first place, in order to ensure the safety and defence of animals, Mother Nature endowed them all from the very beginning with coats to fend off the frost and the weather; next, she provided each species with its own defence against attack, giving stronger creatures weapons to fight off the attacker, weaker ones the ability to escape danger by fleetness of foot, [and those lacking both strength and speed] the ability to protect themselves with cunning or by taking cover in a burrow; so some animals have wings to fly, or hooves to run, or horns, others have teeth or claws for fighting, and none lacks defences for its own protection.”

What then is the natural endowment proper to human beings? Human beings seem helpless and lacking any natural endowment, “But to mankind Nature [...] leaving him otherwise frail, weak, helpless, and vulnerable, destitute of all defence and lacking in all things, and brought him forth naked and unarmed like a castaway from a shipwreck into the midst of miseries of this life, unable to do anything but bewail and lament his frailty with endless forebodings as ‘one whose future life will bring so many ills’, as the poet said; for in the words of Scripture, ‘man that is born of a woman is of few days, and full of trouble’ (Job, 14, 1).”

All of the above happens to the man and only “to mankind,” but he prefaces this with a brief statement: “to Mankind Nature gave ‘only reason and virtue’.” Therein lies the dignity of human nature: its rational character. Vitoria makes this defense in an indirect way: through a practical application of the defense of dignity and humanity in the way that the newly discovered territory and its people should be ruled and governed. The relectiones entitled *De Indis* should be interpreted in this light.

8.

Francisco de Vitoria uses an argument standard to the scholastic, Christian tradition: the ultimate foundation of human dignity is grounded in the fact that human beings have been created in the image and likeness of God. Thus begins the Preface to the *Summa Theologica* I-II (a text that Vitoria commented on repeatedly in his teaching and which he knew well): “Since, [...] man is said to be made to God’s image, in so far as the image implies an intelligent being endowed with free-will and self-movement [...], man, inasmuch as he too is the principle of his actions, as having free-will and control of his actions.” To the extent to which virtue configures a second nature (here we see the influence of Aristotelian theory), a person’s action and the real figure achieved is determined not

by that which springs from the substance, but from that which a person makes his own and appropriates for himself (habit); man's dominion over his actions radically determines the real figure that identifies him. This real figure is truly particular and individual; for this reason this kind of dominion about our own acts means that we are an especial individuality called person: "Further still, in a more special and perfect way, the particular and the individual are found in the rational substances which have dominion over their own actions; and which are not only made to act, like others; but which can act of themselves; for actions belong to singulars. Therefore also the individuals of the rational nature have a special name even among other substances; and this name is 'person'."

There are various ways in which this issue can be analyzed and in which human dignity can be defended with Vitoria's arguments: First, man's particular linking and his way of achieving an end, in which determination is articulated with an eye toward an end (the end is both of actions and habits that spring from the human nature, and these that flow back into human nature in an appropriate, and not simply exercised, way). Another way involves specifying what Vitoria understood specifically by liberty. A third way, and the one herein followed, involves analyzing Vitoria's conception of dominion and the anthropological roots of it.

Vitoria wholly follows Aquinas's thesis in which he maintains that man is the beginning of his own actions because of the freedom and dominion he exercises over his actions. In addition, Vitoria uses this argument in attributing humanity to the people and nations of the newly discovered lands and, with it, the defense of their inalienable dignity.

For the particular interest of this article, it is worth asking if Vitoria's clarification of dominion and where he locates human dignity -in the image because of reason, free will and dominion- reduces human dignity to an exercise, operational mode, or recognition (this would consist in reducing dominion to law, one of the three meanings that Vitoria accepts, but not the only

one).

In what follows, I will examine the main steps of his argument.

9.

For Vitoria, said dominion (which is external) is based on an internal domain: dominium sui: “the rational creature alone is master of his actions. Because as he himself teaches (I, q. 82, a. 1, ad3), one is master of his actions when he can choose this or that other thing.” In particular dominium sui consists in “dominion over their own actions and their own members.”

Does the fact that human beings are masters make them capable in virtue of their actions or because said actions are specifically human? For Vitoria, does the root of human dignity consist in free will or in something prior that gives rise to uncertainty about action and the figure that with those actions human beings come to vitally exist?

In Vitoria’s work, discussing dominion and free will does not mean giving up a notion of nature that manifests itself operationally in said dominion and freedom. As Vitoria asserts, “man is God’s image by nature.”

Vitoria defends the claim man is the image of God by nature and beyond the exercise of action in a relectio where he asks whether children can truly possess themselves, as a civil and natural matter. For Vitoria, civilly they can, and also naturally (based on an argument for authority of a theological character) because “Dominion is founded on the image of God” and that image is also in children and in unsound mind. For the Dominican Vitoria, demonstrating the possibility that every human being is or may be the subject of rights and duties, i.e. legal subjects, is parallel to demonstrating that children or the insane possess themselves: they do not exist “for the sake of another, as does a brute, but for his own sake,” they are rather a propter being with an inalienable personality all their own.

The root of dominion is not therefore in the exercise of action or powers, but rather at the root of said action and powers, under the generic “use of reason” that sustains the exercise of action beyond educational level or even the subject’s current intellectual capacity (a wise man and a civil servant both need to be governed). All possible law is anthropologically sustained in the rational and free nature of the subject, for he alone is the subject of law.

In *De potestate civili*, Vitoria warns against a way of arguing for causes that reduces them to their material cause (from which, *ex quo*); instead, the necessity of a matter should be tested by way of its finality or end, and coincides with “as Aristotle says, ‘men do not think they know a thing till they have grasped the why or primary cause of it’, I shall consider my brief fulfilled if I first investigate the causes of civil and lay power [...], not merely in the physical sciences but in all human sciences as well: that necessary causes, the first and most potent of all causes, must be considered as functions of purpose.”

Vitoria describes freedom, looking to the human operativity (and with it to the opening and necessary determination that man should fulfill), defining it from the expression of being *causa sui* with which Aristotle defined a free man in comparison with a slave by. But this operation refers to the finality that is fulfilled with action; to be *causa sui* as a cause for itself, given that action’s meaning is more likely to be found in its end than in its origin. Certainly, human beings possess dominion because man is master of his actions. The idea of *causa sui* is behind the definition of dominion that the authors of the sixteenth century Salamanca School used, supported by the anthropological thesis that man is the cause and master of his own action: to be *causa sui* means being, as Vitoria, following St. Thomas, notes, *causa sui motus in finem* since the efficiency and formality of action are not its most important element, but rather action’s teleological determination: to work towards end (*propter finem*).

Also, within the order of finality, Vitoria, following Thomas

Aquinas, defends the idea of a natural order in the world in which human reason participates (through knowledge), in addition to defending the idea that man is the apex (the top) of the reality (following the classical Aristotelian thesis): “man excels the other animals by his possession of reason, wisdom, and speech.” Within creation, man is reality per excellence.

Herein lies, for Vitoria, the most characteristic aspect of life according to reason –the metaphysical point, we could say, at which the special dignity and reality that characterizes human beings is found– in which the most intimate human inclinations are addressed (hence this is where Vitoria ultimately roots and fundamentals natural law).

Certainly, Vitoria says, in comparing the natural resources granted to humans and to the other animals to meet their needs, the situation appears to be backwards: human beings appear to be the least provided. But by considering man’s openness to reason and his naturally social nature, things seem to change because, through reason, man exercises dominion over his own actions and over reality to the extent that they are ordered with a view towards an end that necessarily has to be apprehended and opted (that is, action is not carried out virtually or mechanically). This dominion (horizontal, we might say) always has another vertex that we might call vertical dominion in which the subject increasingly has control over himself: this is the dominion that corresponds to man himself (self-possession is a kind of mastering of oneself). And the latter conditions the possibility of the former.

But to attain this self-possession, to exercise dominion, it is not enough to fully be a reality; it is necessary for man to be endowed, in a way, with excellence, and to be in reality not only exercising his nature, but also controlling the way in which he possess it. Contemporary anthropology has taken up this notion in full, but we can see it dimly developed in the analysis of Vitoria: it is not directly stated, but implicitly raised in his defense of the basis of dominion. Surely a human being is able

to have dominion over things because he is capable of self-possession: as a rational and free being, he has dominion over his own actions and, consequently, as reality in fieri, over the direction his actions take, thus he is responsible for achieving an end to the extent that he has the ability to choose the means to achieve it, means with which he develops his own life. As Vitoria notes: "for every man (if he does not impede) is given power, from the source of high power, to reach eternal life." Whereupon the question turns to what does man do or what can he do to achieve it and how does this achievement depend on his own end, on his doing and on his acting. One could speak, then, of a transcendental dominion and a categorical dominion that man morally possess over the things around you, including over his own body and his own moral habits. This has a radically free meaning to the extent that it is informed by transcendental dominion.

This transcendental dominion is nothing other than the idea of freedom as a reality of the person beyond free will, beyond reason understood as intellect, and beyond the will understood as free will (at the operational or faculty level). If the understanding of these faculties were limited to intellect and free will, it would be possible to question the humanity of persons with limited faculties who are unable to perform, temporarily or permanently, said acts.

In conclusion: In his lessons and writings, Vitoria made a defense of human dignity considered for itself, beyond its recognition. This vindication shared a common intention with other Renaissance humanist authors, such as Erasmus of Rotterdam, Pico della Mirandola or Fernan (Hernan) Pérez de Oliva. But in this Master of the University of Salamanca, this apology is in an indirect way: through a practical application of the defense of dignity and humanity in the way that the newly discovered territory and its people should be ruled and governed. However, his proposal is metaphysical and anthropologically justified. The analysis of the different notions in Vitoria's works (as dominion, person, human dignity,

ownership, etc.) can show the depth of its humanist proposal. In this sense (in questions of subjects, nor methods) we are able to defend that there is no total opposition between humanism and scholasticism; Vitoria and other sixteenth-century writers can be part of a renewed and differentiated form of Humanism.

10. Bibliography

Atkinson, W.: "Fernán Pérez de Oliva: A Biographical and Critical Study", *Revue hispanique*, 1927 (71), pp. 309-482.

Beltrán de Heredia, V.: "Colección de dictámenes inéditos del maestro fray Francisco de Vitoria", *La ciencia tomista*, 1931 (43), pp. 169-171.

- "Ideas del maestro fray Francisco de Vitoria anteriores a las Relecciones De Indis acerca de la colonización de América, según documentos inéditos", *La ciencia tomista*, 1930 (41), pp. 145-165.

- "Introduction", Francisco de Vitoria, *Relectio de indis o Libertad de los indios*, bilingual critical edition by L. Pereña / J. M. Pérez Prendes, CSIC, Madrid, 1967.

- Francisco de Vitoria, Labor, Barcelona, 1939.

Beuchot, M.: *Humanismo novohispano*, Cuadernos de Pensamiento español, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2003.

Brown Scott, J.: *The Spanish origin of international law: Francisco de Vitoria and his law of nations*, Lawbook Exchange, Union, N.J., 2000.

Brufau, J.: "Perspectivas humanistas en la concepción jurídica vitoriana", in *La Escuela de Salamanca ante el descubrimiento del Nuevo Mundo*, San Esteban, Salamanca, 1989.

Carro, V. D.: *La teología y los teólogos-juristas españoles*

ante la conquista de América, Escuela de Estudios Hispano-Americanos de la Universidad de Sevilla, Madrid, 1944.

Carta Magna de los indios. Fuentes constitucionales (1534-1609), CSIC, Madrid, 1938.

Corso de Estrada, L.: "Francisco de Vitoria y el papel de la naturaleza en el conocimiento del bien moral", in J. Cruz Cruz (ed.), *Ley y dominio en Francisco de Vitoria*, Eunsa, Pamplona, 2008.

Cruz Cruz, J.: "Can man be an instrument?": "¿Puede el hombre ser un instrumento? Acerca del estilo intelectual de Vitoria", *Tópicos. Revista de Filosofía*, 2008 (34), pp. 25-53.

-Creación, signo y verdad. Inves-tigaciones ontológicas sobre la relación, Eunsa, Pamplona, 2006.

Doyle, J. P.: "Hispanic scholastic philosophy", in J. Hankins (ed.), *The Cambridge Companion to Renaissance Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 250-269.

Elliot van Liere, K.: "Humanism and Scholasticism in Sixteenth-Century Academe: Five Student Orations from the University of Salamanca", *Renaissance Quarterly*, 2000 (53, no. 1), pp. 57-107.

Etchebehere, P. R.: "Uso de razón y libre albedrío", in J. Cruz Cruz (ed.), *Ley y dominio en Francisco de Vitoria*, Eunsa, Pamplona, 2008, pp. 197-202.

Fazio, M.: *Francisco de Vitoria: cristianismo y modernidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

Flórez Miguel, C. / Hernández Marcos, M. / Albares Albares, R. (eds.), *La primera Escuela de Salamanca (1406-1516)*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012.

García Cuadrado, J. A.: "Introducción", in D. Báñez, *La imagen de Dios en el hombre (1588): Comentario a la Suma Teológica*, I, q93, Cuadernos de Pensamiento español, Servicio

de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2003.

-Una lectura del diálogo sobre la dignidad del hombre de Pérez de Oliva, Cuadernos de Pensamiento español, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2007.

García-Villoslada, R.: La Universidad de París durante los estudios de Francisco de Vitoria O.P. (1507-1522), Universitatis Gregoriana, Romae, 1938.

Getino, L. G. A.: El maestro Fr. Francisco de Vitoria y el renacimiento filosófico teológico del siglo XVI, Tip. de la Rev. de Arch., Bibl. y Museos, Madrid, 1914.

Goñi Zubieta, C.: "Sobre el «De Hominis Dignitate» de Pico della Mirandola", in Dignidad personal, Comunidad humana y orden jurídico. Actas de las Jornadas de la Sociedad Internacional Tomás de Aquino (SITA), Instituto Filosófico de Balmesiana, Barcelona, 1993, (vol. II).

González, A. L.: El absoluto como 'causa sui' en Spinoza, Cuadernos de Anuario Filosófico, Serie Universitaria, nº 2, 32000.

Hamilton, B.: "Their natural-law theory and its implications", in Political thought in Sixteenth-century Spain. A study of the political ideas of Vitoria, De Soto, Suárez and Molina, Clarendon Press, Oxford, 1963, pp. 11-29.

Hankins, J. (ed.), The Cambridge Companion to Renaissance Philosophy, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

Hernández, R.: Los derechos humanos. Francisco de Vitoria, edition and introduction, San Esteban, Salamanca, 2003.

Justenhoven, H. G.: "Las raíces teológicas del derecho internacional según Francisco de Vitoria", in J. Cruz Cruz, Razón práctica y derecho. Cuestiones filosófico-jurídicas en el Siglo de Oro español, Eunsa, Pamplona, 2011.

Langella, S.: Teología y ley natural: estudio sobre las lecciones de Francisco de Vitoria, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2011.

Las Casas, Bartolomé de: Historia de las Indias, in Obras completas, vol. 3-5 (Historia de las Indias, tomo I-III), Alianza, D.L., Madrid, 1990-1994.

-Witness: writings of Bartolome de Las Casas, ed. and trans. by G. Sanderlin, Maryknoll, Orbis Book, 1993.

Levi, A.: "Ficino, Augustine and the pagans", in M. J. B. Allen / V. Rees / M. Davies, Marsilio Ficino: His Theology, His Philosophy, His Legacy, Brill Academic Publishers, Leiden, 2002.

Miranda, J.: Vitoria y los intereses de la conquista de América, El Colegio de México, México, 1947.

Nauert, Ch. G.: "Humanism as Method: Roots of Conflict with the Scholastics", The Sixteenth Century Journal, 1998 (29, n. 2), pp. 427-438.

Ocaña García, M.: El hombre y sus derechos en Francisco de Vitoria, Ediciones Pedagógicas, Madrid, 1996.

Pacheco, J. / Cárdenas, F. de / Torres de Mendoza, L. (eds.): Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento y conquista y organización de las antiguas posesiones españolas de América y Oceanía, Manuel G. Hernández, Madrid, 1874 (reprinting: Kraus, Nendeln, 1964-1966).

Pérez de Oliva, Hernán o Fernan: Las ob[r]as del Maestro Fernan Pérez de Oliva: con otras cosas que van añadidas, Córdoba, 1585.

Pico della Mirandola, De la dignidad del hombre, traducción de L. Martínez Gómez, Editora Nacional, Madrid, 1984; English transl. from: E. Cassirer / P. O. Kristeller / J. H. Randall (eds.), The Renaissance Philosophy of Man, University of Chicago Press, Chicago, 1948.

Ramos-Lissón, D.: “El respeto a la libertad personal de los indios en los iniciadores de la Escuela de Salamanca, Vitoria y Soto”, in VV.AA., *Ética y Teología ante la crisis contemporánea*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1980.

-La ley según Domingo de Soto, Eunsa, Pamplona, 1976.

Rodríguez-Penelas, H.: “Francisco de Vitoria: la cuestión del dominio en la primera relección De indis”, in J. Cruz Cruz (ed.), *Ley y dominio en Francisco de Vitoria*, Eunsa, Pamplona, 2008, pp. 165-173.

Southern, R. W.: *Medieval humanism and other studies*, Basil Blackwell, Oxford, 1984. *Scholastic humanism and the unification of Europe*, Blackwell, Oxford, v. I: 1995; v. II: 2001.

Spiering, J. A.: “Liber est causa sui: Thomas Aquinas and the maxim ‘the free is the cause of itself’”, *The Review of Metaphysics*, 2011 (dic., 1).

Thomas Aquinas, *Scriptum super libros sententiarum magistri Petri Lombardi Episcopi Parisienses*, Sumptibus P. Lethielleux, Parisiis, 1929-1947; 4 vols., R. P. Mandonnet (vols. 1 y 2); Maria Fabianus Moos (vols. 3 y 4).

Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, in *Sancti Thomae Aquinatis... Opera omnia: iussu impensaue Leonis XIII P.M. edita*, Ex Typographia Polyglotta S.C. de Propaganda Fide, Romae, 1899-1906; English translation: *The Summa Theologica of St. Thomas Aquinas*, English Dominican Province, Second and Revised Edition, 1920, Online Edition: 2008 by K. Knight.

Valdivia Giménez, R.: *Llamado a la misión pacífica. La dimensión religiosa de la libertad en Bartolomé de las Casas*, CSIC, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2010.

Vitoria, Francisco de: *Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomás*, edition by V. Beltrán de Heredia, Biblioteca de Teólogos Españoles, Salamanca, 1952.

-Obras de Francisco de Vitoria, Relecciones teológicas, T. Urdániz (ed.), BAC, Madrid, 1960.

-De beatitudine (Sobre la felicidad). In *Primam Secundae Summae Theologiae*, de Tomás de Aquino, qq. 1-5, Introduction, edition and translation by the *Manuscriptos Ottoboniano Latino 1000* (fols. 1v-19v) and *Vaticano Latino 4630* (fols. 2r-49v) by Augusto Sarmiento, Eunsa, Pamplona, 2012.

-De actibus humanis / Sobre los actos humanos (In *Primam Secundae Summae Theologiae*, de Santo Tomás, qq. 6-23), (forthcoming).

-De dominio (Sobre el dominio, Comentarios a la *Summa Theologiae*, II-II, q. 62 y 66), Preliminary study and translation done by M. I. Zorroza, pro manuscripto.

-Reflections in Moral Theology of the Very Celebrated Spanish Theologian, Franciscus de Victoria, E. Nys (ed.), J. P. Bate (trans.), The Carnegie Institution of Washington, Washington, 1917.

-Political Writings, A. Padgen / J. Lawrance (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 1991.

Watner, C.: “‘All Mankind is One’: The Libertarian Tradition In Sixteenth Century Spain”, *The Journal of Libertarian Studies*, 1987 (8, 2), p. 294.

Zabala, S.: *La filosofía política en la conquista de América*, F.C.E., México, 1947. *La defensa de los derechos del hombre en América latina (siglos XVI-XVIII)*, Unesco - UNAM, México, 1982, pp. 12-13. *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, Porrúa, México, 1971.

Zorroza, M. I.: “Acción humana y caridad en Francisco de Vitoria”, in J. Cruz Cruz (ed.), *Ley y dominio en Francisco de Vitoria*, Eunsa, Pamplona, 2008, pp. 131-147.

Capítulo 9. Francisco de Vitoria: un orden cosmopolita a realizar

Adolfo Sánchez Hidalgo
Universidad de Córdoba

La nomenclatura “escuela española de derecho natural” es objeto de discusión. Llamada así en función de la procedencia de sus teóricos y no por la uniformidad de sus doctrinas[1], esta razón ha llevado a algunos autores a preferir la denominación de “escuelas de derecho natural hispánico[2]” para constatar las diferentes posiciones doctrinales de sus miembros situados entre el voluntarismo de Occam y el intelectualismo tomista; hay, también, quienes prefieren entender “escuela” en un sentido de complejo generacional[3]; y, finalmente, quienes creen hacer justicia a estos autores llamándoles “clásicos españoles del derecho natural” o “*magni hispani*[4]”.

Que sea cualesquiera de estas denominaciones, lo cierto es que la figura intelectual que emerge inmediatamente cuando nos referimos al cuerpo de doctrina teológica, moral y jurídica que nace en la Universidad de Salamanca es la del padre Vitoria, formado en el Colegio de Saint Jacques en París en el trienio 1512- 1515 hasta alcanzar la cátedra de teología en éste colegio en 1516, donde impartió sus lecciones magistrales hasta 1523 fecha en la que retorna a España como catedrático de la Universidad de Valladolid; tres años después (1526) consigue por oposición la cátedra *primade* teología en la Universidad de Salamanca, donde inspiró con sus enseñanzas la etapa más fecunda del ius-naturalismo hispánico.

Vitoria aún ocupando merecidamente el patronazgo de este grupo de juristas y teólogos hispánicos, es mundialmente

reconocido como el “verdadero fundador de la Escuela moderna del Derecho internacional[5]” desde que el internacionalista americano Brown Scott así lo reivindicase frente a las tesis que otorgaban este papel a Grocio. No obstante, como acertadamente expresa Urdanoz tal paternidad sólo es justificable si puede “hablar al mundo de hoy con un mensaje válido para nuestro tiempo[6]”. Siendo así, como bien previene Pérez Luño, sería un anacronismo metodológico trasladar íntegramente la doctrina de Vitoria a juristas contemporáneos, pero no lo sería menos trasladar la posición kelseniana acerca de la “moral” y el “derecho” al pensamiento de nuestro autor[7].

Para evitar ambos errores, creo necesario situar adecuadamente las ideas principales de Vitoria dentro de su contexto histórico-filosófico, para proceder a su correcta comprensión y sólo ulteriormente ver hasta qué punto las tesis de Vitoria continúan siendo actuales, esto es, son objeto de discusión racional entre los internacionalistas de nuestro tiempo.

Son tres las ideas que creo necesario precisar antes de juzgar la actualidad de Vitoria: el *ius communicationis*, la idea de orbe y la *Respublica* universal. Como acabo de decir, analizaremos estas ideas de acuerdo con su tiempo y posteriormente observaremos si es posible trasladarlas al pensamiento internacional contemporáneo. Este último lo he delimitado, tomando como base las obras de Held, Fukuyama, Negri, Huntington y Zolo.

1. *Ius communicationis* derecho a la comunicación entre los hombres y pueblos.

Este derecho es uno de los principales títulos jurídicos en los que se fundamentó Vitoria para justificar el nuevo orden

internacional, el *ius communicationis* o derecho a la libre comunicación de los hombres por los diferentes países del mundo, con la única limitación de no dañar a los nativos[8], derecho amplio y complejo que comprende otras ideas como son la libertad de comercio, la libre circulación, la emigración, la cultura, la libre explotación de la tierra, la libertad de los mares, etc[9]. Derecho que se fundamenta en una tradición histórica que se remonta al origen del mundo y que no se ha visto perjudicada por la creación de las naciones[10]. Un derecho que mana del orden natural y existente desde siempre.

Tiene razón Aparisi Miralles al afirmar que la comunicación e interrelación entre los seres humanos constituyen en Vitoria el pilar central de su teoría[11], no en vano, el *Ius Gentium* será la forma concreta de ordenar estas relaciones entre extraños[12], como derivación necesaria del derecho natural a la libre comunicación de los hombres. Pues, de acuerdo con los postulados escolásticos, la libertad del hombre, no se encuentra vacía de contenido, sino orientada criteriológicamente por el orden natural creado y a cuya realización el hombre en tanto ser racional se dirige. El *ius peregrinandi*, la libre explotación, el libre comercio, etc, son concreciones necesarias del más amplio derecho natural[13]. Concluye Urdanoz: “*Es, pues, indudable que Vitoria presenta esta natural sociabilidad y comunicación a escala mundial no sólo como un hecho, sino como una ley y raíz de derechos y deberes, o de las relaciones jurídicas del derecho internacional[14]*”.

Como afirma Negro Pavón en la Edad Media el *logos* humano se convierte en principio de ordenación según el *logos* divino, de modo que el *logos* de lo político medieval será la preservación del orden natural mediante el ejercicio de la justicia; a esta misión se encamina toda acción humana y, especialmente, el príncipe o monarca cuya “*suprema auctoritas*” se encuentra delimitada por la necesidad de obedecer y proteger el derecho natural. El objeto de la política será restaurar el orden esencial y conservarlo puesto que se funda en relaciones inmutables establecidas por el Creador[15]. De modo

que calificar de natural el “*ius communicationis*” supone establecer límites estrictos al poderoso, a cuya obediencia, respeto y cuidado está obligado. Negar la realización de este orden natural de justicia supone negar el mismo fundamento de su autoridad[16].

Además, como muestra Bull, la primacía que otorgan estos primeros internacionalistas al derecho natural sobre el derecho internacional positivo, no sólo refleja sus profundas convicciones teológicas, sino también la necesidad de liberar al derecho de los pueblos de las limitadas normas heredadas de la cristiandad occidental desarrollando unas normas que se ajusten a la nueva situación[17]. No es extraño que Urdanoz haya afirmado que las tesis de Vitoria sientan los principios explícitos del neo-liberalismo económico y del mercado libre mundial[18].

2. La idea de orbe en Vitoria.

El orbe en Vitoria constituye una de sus reflexiones más geniales y logradas, nuestro autor va más allá de las voces estoicas que recuerdan la unidad moral del género humano, es decir, la *humanitas*; el orbe en Vitoria es una realidad física, geográficamente delimitada gracias a los descubrimientos, jurídica en la medida que es objeto del derecho natural; y humana, pues se comprende en un estadio prístino de hermandad y comunidad de todos los hombres, anterior a la división en naciones, que es causa agente del derecho de gentes[19]. El cosmopolitismo en Vitoria no parece ser tan sólo una convicción moral, como en el caso estoico, sino una inclinación natural del género humano llamada a realizarse en el tiempo, con la orientación del derecho natural[20].

Como recoge Aparisi Miralles lo que Vitoria propone es una comunidad universal, basada en el reconocimiento de una igualdad esencial entre todos los seres humanos y en el necesario respeto a su dignidad[21]. Así, también lo reflejan las

palabras de Urdanoz: el *totus orbis* es “una comunidad ecuménica, universal, pensada como un nuevo orden internacional formado por Estados cristianos y no cristianos, como los recién descubiertos que eran considerados independientes[22]”.

En la medida que la idea de orbe refleja una unidad no sólo moral (*humanitas*) sino también física o geográfica, es posible la afirmación de un derecho propio que sería el *Ius Gentium*[23]. En consecuencia, siguiendo las reflexiones de Schmitt, el derecho de gentes se convierte en el *nomos* del nuevo orden internacional[24].

La idea de orbe adquiere en Vitoria una doble dimensión: por un lado supone la comunidad del género humano (*humanitas*) que por común consentimiento expreso o tácito (en sus costumbres) ha fijado las instituciones del derecho de gentes[25]; por otro lado significa también un patrimonio común[26] a todos los hombres, lo que exige su protección frente a las guerras que puedan amenazarlo. Por esta razón Vitoria desarrolla su teoría de la guerra justa, para limitar los efectos devastadores que pueden tener las guerras y, principalmente, excluir la conquista y la diferencia de religión como justa causa. Por ello, considero que en un contexto contemporáneo la doctrina de la justa causa de la guerra no puede alcanzar todo su sentido, pues, la potencia destructiva de las armas convencionales, no digamos las nucleares, supondría un grave daño para la integridad del conjunto del orbe[27]. Ante esta realidad, resulta obvio que no se pueden emplear todos los medios al servicio de la guerra por justa que sea la causa. En consecuencia, la doctrina de la guerra justa de Vitoria, a mi juicio, debe interpretarse extensivamente en cuanto a la restricción de la guerra se refiere y muy restrictivamente cuando afirma la justicia de la misma.

3. La Republica universal o “civitas maxima”.

Afirmada la existencia natural de unas relaciones de

convivencia, comunicación e interdependencia entre las gentes, inclinación connatural al ser humano, consecuencia de la cual es posible -de acuerdo con la filosofía aristotélica-tomista - inferir la existencia de una comunidad (originaria) de las naciones; queda aún por determinar cuál es la forma política de esta comunidad humana.

Es en este punto donde el cosmopolitismo de Vitoria se torna más meditado y prudente, pues, es consciente de las dificultades de semejante empresa, ya que la comunidad ecuménica de las naciones se encuentra aún en un estado rudimentario e imperfecto y sólo alcanzamos a comprender parte de su naturaleza mediante las normas del derecho de gentes derivadas del orden natural o heredadas en nuestras costumbres y tradiciones[28]. Sin embargo, Vitoria es consciente de la necesidad de construir una unidad política universal para el mejor vivir del hombre y las gentes, para la mejor realización de su naturaleza. Por lo que esta nueva autoridad sobre los hombres y pueblos no es una realidad artificial y mecánica impuesta al existir humano, sino un derivado de la propia naturaleza y, por ende, del Creador[29].

El razonamiento de Vitoria es similar al que Aristóteles emplea cuando afirma que el origen histórico de las ciudades, no elimina el carácter natural de las mismas, pues la “polis” realiza mejor el carácter político del hombre que la “familia” o la “tribu” y siendo la *“naturaleza de las cosas esa misma cosa una vez alcanzada su perfección[30]”*, debemos concluir que la ciudad posee una existencia natural[31]. Del mismo modo, debemos entender en Vitoria que la construcción de esta *“civitas maxima”* o unidad política universal aún no existiendo históricamente, es una exigencia del orden natural, pues realiza, aún mejor que las ciudades y reinos, la natural comunicación e interdependencia entre los hombres[32]. El estado actual de la comunidad internacional, dividida en naciones, es un escalón intermedio e imperfecto en el *iter* natural hacia la realización humana.

Toda vez que Vitoria establece la necesidad natural de

constituir esta autoridad de todo el orbe, cabe preguntarse de qué modo se constituye y cómo se ejerce el poder jurisdiccional - *logos* de lo político inherente al espíritu medieval - entre los pueblos. La generación de esta comunidad de las naciones, comprende Vitoria, sólo es posible mediante el consentimiento de todo el orbe, su constitución en forma de una autoridad supranacional y su funcionamiento será regido por el principio de mayoría. Generalmente se concluye que en este punto Vitoria consolida el origen democrático del orden internacional[33] (no dudo que efectivamente así ocurre en cuanto corresponde a la toma de decisiones de esta "*civitas maxima*", pero albergo dudas respecto a la afirmación de esta idea en la generación de la comunidad internacional).

Vitoria utiliza para explicar la naturaleza política de esta autoridad del orbe la doctrina pactista clásica (medieval) que distingue entre *pactum asociationis* (origen de la comunidad) y *pactum societatis* (constitución del poder) que ya encontrábamos explicados en la obra de Francesc Eiximenis, *Dotze del Crestià*. El primer pacto versa sobre la necesidad de *ayuntarse* para mejor vivir, el segundo sobre la necesidad de someterse a un poder común[34].

El *pactum asociationis* en Vitoria ha sido ya realizado en la historia, en una comunidad primigenia del ser humano de donde surgieron las naciones y los pueblos, cuya existencia revela la propia existencia de usos, tradiciones y costumbres - que forman el derecho de gentes - que han llegado a nuestros días y cuya fuerza radica en ser postulados de la voluntad del orbe[35]. Por lo tanto, la constitución de esta comunidad (*pactum asociationis*) es una realidad dada de antemano, según el pensamiento de Vitoria. Si bien, como decíamos antes, no se ha perfeccionado, pues, aún no se ha producido la traslación del poder (*pactum subiectionis*) a una autoridad común que garantice la preservación del orden natural.

Creo que la aceptación tácita y callada de los pueblos sobre las normas que rigen las relaciones entre ellos, no puede ser

igualada a la voluntad democrática explícita. Vitoria concibe un orden cosmopolita, pero no un pueblo cosmopolita organizado en instituciones democráticas. Es decir, Vitoria asume la idea de democracia presente en los planteamientos helénicos clásicos de la existencia de un orden dado, manifestado en los usos y tradición[36], del que es consecuencia la “*polis*” – *politeiase* identifica con la constitución u orden de la ciudad[37] – pero, no concibe – como ocurre en la modernidad – que el pueblo sea actual y actuante en la constitución de este orden.

Ahora bien, en cuanto a la traslación del poder a una autoridad común y el ejercicio de su jurisdicción Vitoria adopta el principio de la mayoría, es decir, la voluntad mayoritaria de las naciones, debidamente expresada[38]. Lo cual sí constituye, a mi parecer la afirmación de un cierto principio democrático. Este principio de mayoría debe entenderse, a su vez, conforme al derecho natural[39].

La finalidad esencial de esta “*civitas maxima*” o *Respublicab* universal[40], sería garantizar el respeto y obediencia internacional de unas normas aceptadas por todo el orbe. Sería una autoridad supranacional, donde se integran en un régimen de igualdad todos los pueblos en un sistema interdependiente, por ello el derecho internacional surge, por primera vez en Vitoria, como un sistema jurídico fundado en la pluralidad e igualdad entre los Estados[41]. Como concluye Aparisi Miralles “*Vitoria intentó articular las bases de una sociedad internacional en la que la fuerza estuviera al servicio del derecho*[42]”.

4. Panorámica general de la doctrina internacional.

La finalidad de este estudio no es analizar en profundidad las obras de los autores referidos anteriormente, más bien, será reseñar las líneas básicas de sus modelos seguidos de la opinión crítica que me sugieren.

4.1. El cosmopolitismo de David Held.

La obra de David Held paradigma de su modelo teórico es *La Democracia y el orden global*. Tras su lectura, es posible esquematizar sus análisis y propuestas para una nueva construcción política de Naciones Unidas del siguiente modo[43]:

a) Aumentar las fronteras territoriales de “*accountability*” (transparencia) con la finalidad de controlar los flujos financieros globales, así como armonizar las medidas medioambientales, seguridad y defensa y nuevas formas de comunicación. Objetivo que exige el aumento proporcional del poder de control de Naciones Unidas.

b) Reformular el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio, para que realicen su función dentro del marco de garantías y objetivos de la ONU.

c) Dar entrada política en Naciones Unidas a las Organizaciones internacionales no políticas, y diferentes actores internacionales no reconocidos como sujetos de derecho internacional.

d) Eliminar el veto de las grandes potencias, fortalecer la unanimidad, establecer nuevos instrumentos de control de la Carta de Naciones Unidas y fortalecer la fiscalidad de la Corte Internacional de Justicia.

Las propuestas de Held están dirigidas a fortalecer la democracia internacional y establecer un sistema de resolución de conflictos fundado en el arbitraje que venza la resistencia de los Estados a formar una verdadera comunidad internacional[44], no obstante pronto nos damos cuenta que el medio empleado para ello no es el más apropiado.

De inicio, ya comienza por el prejuicio kantiano de que la comunidad internacional puede ser observada desde las mismas categorías con las que se teoriza el Estado. Lo que se comprueba, toda vez, que parte de la reconstrucción de la ONU con un carácter decididamente supraestatal, que sintetice los intereses estratégicos de los Estados mediante una voluntad superior. Lo que sólo es posible aumentando el centralismo político de Naciones Unidas, así como mediante la creación de un cuerpo militar propio para esta democracia cosmopolita[45].

Igualmente, podemos objetar que la “transparencia” no es la democracia, ni constituye presupuesto necesario de la representación. Muy al contrario, la representación nos lleva directamente a la idea de responsabilidad política, no ocurre así con la idea de transparencia. Si preguntamos a este modelo cosmopolita ¿responsables ante quién? Nos damos cuenta que no propone un sistema de responsabilidad de instituciones globales ante un pueblo global, ni acaso de representatividad. El pueblo es sencillamente olvidado[46]. Parece más dirigido a garantizar cierta estabilidad política y eficiencia económica, que a constituir un auténtico sistema democrático e internacional.

4.2. El neoliberalismo de Francis Fukuyama.

El modelo “*neocon*”[47] o, si se prefiere, constructivo económico lo hallamos en la obra de Fukuyama *La Construcción de Estados. Hacia un nuevo orden mundial del siglo XXI*.

En un primer momento, Fukuyama se caracterizó por un optimismo histórico en el que pregonaba el fin de la historia, al entender que ya no se iban a producir más conflictos bélicos y políticos tras el triunfo del modelo liberal en la Guerra Fría[48]. Lógicamente, la fuerza de los acontecimientos y el curso de la historia corrigieron su miopía histórica.

Poco después surge su obra *La construcción del Estado*, en la que se puede apreciar el desengaño y despecho del autor por el devenir histórico. Siendo así, si el modelo liberal no se ha impuesto automáticamente por el transcurso temporal, será

nuestro deber imponerlo pese a la historia.

Con este objetivo, Fukuyama distingue entre Estados débiles y Estados fuertes desde una perspectiva institucional y política. Desde el prisma institucional un Estado Fuerte es aquel que está en perfectas condiciones para asegurar la prestación de servicios básicos, ya sea mediante la estatalización o mediante el libre juego de la iniciativa privada, y Estado débil será aquel que no puede prestar estos servicios o es previsible que no los pueda prestar en el futuro[49]. Desde el prisma político un Estado fuerte es aquel que tiene la autonomía para decidir y hacer cumplir sus leyes, es decir, conserva su soberanía; y Estado débil es aquel que debe aceptar la injerencia de otro país o países para realizar las funciones que le son propias, o aquel que no es autónomo para decidir por encontrarse sometido a las mafias o grupos terroristas locales[50].

El discurso es claro, es deber de los Estados fuertes proteger y desarrollar a los débiles, para mantener su propia seguridad (por ejemplo, el autor cita los atentados del 11-S), o asegurar la estabilidad económica y financiera en las décadas futuras. Resulta evidente encontrar ciertas similitudes con la política internacional norteamericana en esta doctrina. Pero más peligroso es, encontrar cierto aire a darwinismo político que exige de los Estados más desarrollados la labor de hacer desarrollar a los países débiles. ¿Qué ocurrirá con aquellos que no quieran este deseado progreso?

4.3. El imperio en Toni Negri.

El modelo neomarxista de Negri lo encontramos en su obra *Imperio*, aunque también es posible extraer las líneas maestras de esta obra, en su compendio *Cinco Lecciones acerca de Imperio*.

Negri parte de una dialéctica política, tal como Marx partía de la dialéctica de clases entre propietarios de los medios de

producción y no propietarios. Esta dialéctica política de Negri se mueve entre dos entes enfrentados:

De un lado, se encuentra el Imperio como aparato - modelo o entidad difusa, que aglutina las tres formas clásicas de gobierno: Monarquía (BM, FMI, OMC), Aristocracia (sería determinados actores de élite como EEUU y otras potencias) y Democracia (Asamblea General de Naciones Unidas)[51]. Se caracteriza por una soberanía ilimitada, es decir, que domina el proceso decisorio global sobre los asuntos más relevantes - economía, ejército y territorio - . Carece de fronteras, es decir, domina la totalidad del planeta, pues su poder se manifiesta en la totalidad planetaria[52].

De otro lado, se encuentra la “multitud”, que es un sujeto político ambiguo contrapuesto al concepto de masa, como conjunto de singularidades aisladas y heterogéneas[53]. En la medida que este conglomerado no encuentre el elemento común que una estas singularidades, su destino será como el del héroe trágico, ser absorbido por el poder del Imperio. De encontrar ese elemento de unión superará el desenlace trágico y configurará el “Contrapoder”[54], es decir, movimiento subversivo capaz de romper los cimientos del Imperio. La expresión de este movimiento sólo será inicialmente violenta, por cuanto su misión es la de configurar un nuevo orden político[55] que prescindiera de las cadenas económicas y capitalistas del Imperio.

Cabe objetarle a esta doctrina, al igual que a otras tantas de tinte revolucionario, que entre que llega esa nueva ordenación ideal del planeta, la promesa de su llegada justificará cualquier acto de vehemencia violenta de la “multitud”. En este sentido, también se le puede objetar que su modelo no observa la realidad y trata de adecuarse a ella en busca de una sociedad internacional más justa, sino que construye su modelo partiendo de la necesidad de transformar la realidad bajo la premisa de un ideal, cuya bondad se puede poner en entredicho.

4.4. La lucha de civilizaciones en Samuel Huntington.

El cuarto modelo es el “civilizatorio” de Samuel Huntington, recogido en su obra *El Choque de Civilizaciones*. Huntington considera que vivimos una época similar a la Guerra Fría, aunque diferente. Entonces se trataba de un conflicto político – modelo liberal y modelo comunista – que se movía sobre unas categorías políticas comunes, al contrario, en nuestros días se trata de un conflicto cultural entre civilizaciones lo que perjudica el diálogo intercultural[56].

DEBIDO AL CARÁCTER LIMITADO DE ESTE ANÁLISIS NO PUEDO TRATAR EL GRUESO DE SU DOCTRINA, QUE HA SIDO OBJETO DE NUMEROSOS ESTUDIOS. LAS PROPUESTAS DE HUNTINGTON PARA LA CIVILIZACIÓN OCCIDENTAL SE RESUMEN EN TRES LÍNEAS ESTRATÉGICAS Y BÁSICAS DE ACTUACIÓN PARA LA POLÍTICA INTERNACIONAL: A) MANTENER LOS MEDIOS DE CONTROL Y NO PROLIFERACIÓN ARMAMENTÍSTICA, ESPECIALMENTE, EN EL ACCESO A TECNOLOGÍA BÉLICA NUCLEAR; B) LA NO INJERENCIA EN LOS ASUNTOS DE OTRAS CIVILIZACIONES, PARA EVITAR POSIBLES CONFLICTOS; C) HALLAR UN MÍNIMO COMÚN QUE NOS PERMITA MANTENER EL CONTACTO INTERNACIONAL CON OTRAS CIVILIZACIONES SIN PRODUCIR CONFLICTOS CON SUS CULTURAS[57].

El orden internacional propuesto por Huntington es un orden fundado en las civilizaciones[58], la proximidad cultural como criterio definitorio de unos nuevos bloques o unidades políticas superadoras del Estado nación, ante la imposibilidad de que surja una comunidad universal[59].

Sin embargo, creo que, en cierta medida, Huntington se excede en el pesimismo al observar el panorama internacional en una situación de inminente conflicto mundial surgido del expansionismo islámico[60]. Aunque comparto con este autor la idea de que las relaciones comerciales únicamente ponen en contacto a las personas, pero no de acuerdo como piensan

algunos economicistas. Además, estoy de acuerdo con Huntington, es cierto que el conflicto de la hora presente es de culturas no de ideologías.

4.5. El realismo crítico de Danilo Zolo.

Recientemente he tenido la ocasión de analizar tres trabajos del profesor Danilo Zolo titulados *Cosmópolis*, *La Justicia de los Vencedores* y *Los señores de la Paz* en los que he descubierto un nuevo modelo. Este modelo es calificado de “realismo crítico”, porque no trata de fortalecer el poder de las organizaciones internacionales, es decir, no trata de aumentar su centralización y capacidad fiscalizadora[61], sino que busca su atenuación mediante un derecho supranacional mínimo[62], la entrada en escena de nuevos sujetos internacionales y nuevos procedimientos de control de las actuaciones de las organizaciones internacionales[63].

ENTRE LOS NUEVOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LAS ACTIVIDADES DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES SEÑALA COMO FUNDAMENTAL LA NECESIDAD DE REFORMULAR EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA, DE MANERA QUE, DESARROLLE SU ACTIVIDAD CON ARREGLO A LAS GARANTÍAS PENALES AMPLIAMENTE ACEPTADAS EN OCCIDENTE. DICHO DE OTRO MODO, QUE DEJE DE FUNCIONAR COMO TRIBUNAL “AD HOC”, RESPETE EL PRINCIPIO DE QUE NO HAY PENA SIN LEY Y LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL. EN SUMA, QUE DEJE DE SER UN TRIBUNAL JUSTICIERO QUE SÓLO SE PONE EN MARCHA FRENTE A QUIENES HAN PERDIDO LAS GUERRAS Y COMIENZE A SER UN AUTÉNTICO TRIBUNAL DE JUSTICIA QUE JUZGUE A VENCEDORES Y VENCIDOS[64].

Más específicamente, Zolo desde su realismo crítico concibe una sociedad jurídica llamada a coordinar a los sujetos de la política internacional según una lógica de subsidiariedad normativa respecto a los ordenamientos estatales, con una función de coerción acorde con una política de intervención mínima, autorizada caso a caso, por la comunidad internacional respetando la igual soberanía de sus miembros[65]. Como

rápidamente se vislumbra Zolo asume las tesis grocianas de solidarismo y comunicación entre los Estados, pero no de los individuos que escapan del ámbito del derecho internacional[66]. Zolo lo justifica, utilizando las reflexiones de Bull[67], en el hecho de que es preferible un orden imperfecto, aún dentro de cierta inestabilidad, a un orden perfecto inalcanzable[68].

5. Conclusiones.

Llega el momento de poner fin al estudio y responder al objetivo del mismo, esto es, observar si las reflexiones del maestro salmantino pueden servir de utilidad para los internacionalistas contemporáneos, dadas las particularidades de un nuevo contexto global de interrelación e interdependencia de los Estados. Sin perjuicio de que el presente análisis está llamado a adquirir una mayor extensión, he decidido limitarlo a una cuestión fundamental: el cosmopolitismo de Vitoria en el marco del tránsito entre el democratismo internacional post-bélico y el orden imperial del nuevo milenio.

5.1. El cosmopolitismo de Francisco de Vitoria.

Acerca del cosmopolitismo en Vitoria creo importante señalar algunas precisiones:

EN PRIMER LUGAR, ES CIERTO QUE LAS OBRAS DE VITORIA NO OBEDECEN AL RIGOR LÓGICO- FORMAL DE LAS MODERNAS CORRIENTES COSMOPOLITAS, PERO NO ES MENOS CIERTO QUE AL IGUAL QUE ÉSTAS VITORIA UTILIZA UN MÉTODO DE *DOMESTIC ANALOGY*, ES DECIR, TRASLADA LA TEORÍA ACERCA DEL ORIGEN DEL PODER EN EL ÁMBITO NACIONAL AL ÁMBITO INTERNACIONAL. SI BIEN, LA DOCTRINA CLÁSICA MEDIEVAL ACERCA DEL ORIGEN DEL PODER DIFIERE NOTABLEMENTE DE LA MODERNA, PUES PARTE DE LA EXISTENCIA DE UN ORDEN NATURAL QUE LA RAZÓN NATURAL DEL HOMBRE DESCUBRE, Y PARA LA MODERNIDAD EL ORDEN DERIVA DE LA RAZÓN O DE LA NATURALEZA DEL HOMBRE, ES OBRA DEL MISMO.

En segundo lugar, es cierto que Vitoria no establece firmemente quiénes son los sujetos del derecho internacional (comunidades, pueblos, naciones, príncipes, etc) y que los principales actores internacionales del medievo (Emperador y Papa) se encuentran en decadencia, al tiempo en que escribe sus obras, así como la misma *Respublica Christianorum*. Del mismo modo, podemos considerar que en la actualidad el sujeto internacional por excelencia el Estado nación se encuentra en decadencia y tampoco parece que los actores internacionales estén muy bien delimitados en las obras de los cosmopolitas contemporáneos, siendo una de sus exigencias la apertura del orden internacional a nuevos sujetos. Además, debemos tener en consideración que Vitoria es el primero en integrar dentro del orden jurídico internacional no sólo a los Estados, sino a los sujetos individuales[69] y es ésta una similitud más con las tesis cosmopolitas que reclaman la apertura del orden internacional a los individuos, organizaciones no gubernamentales y empresas transnacionales.

En tercer y último lugar, la visión cosmopolita actual tiende a considerar la necesidad de un super Estado que ponga fin al desorden internacional mediante el establecimiento de un poder común, con funciones legislativas, judiciales y ejecutivas al igual que los Estados nacionales[70]. No creo que ésta sea la visión que tiene Vitoria, porque, en otro orden de cosas, el Estado aún no ha nacido plenamente como categoría política cuando Vitoria sienta las bases de su teoría internacional. En Vitoria se establece la necesidad de una autoridad mundial que ejerza de árbitro de los conflictos internacionales, es decir una "*suprema auctoritas*" con una función jurisdiccional y en "*última ratio*" ejecutiva por medio del ejercicio de la guerra, pero no legislativa. En el pensamiento de Vitoria encuentra acomodo la idea medieval de que el derecho no nace de decretos legislativos, sino que surge calladamente, espontáneamente, mediante usos y costumbres. El derecho de gentes para Vitoria tiene una naturaleza consuetudinaria, se funda en los usos, costumbres, tradiciones y pactos entre los

pueblos, no en una voluntad legislativa soberana. El derecho de gentes, como el más amplio derecho natural, no se crea sino que se descubre.

Hechas las precisiones de rigor - debo señalar que son muchos los elementos para afirmar el cosmopolitismo del pensamiento vitoriano - los argumentos principales los he glosado al inicio de este estudio: la afirmación de la igual dignidad del género humano, la exaltación de la *humanitas* entendida como la fraternidad del género humano en el origen de los tiempos, la libre comunicación y comercio entre los hombres como manifestación de los lazos de hermandad y solidaridad del género humano, la idea de orbe como patrimonio común de la humanidad que necesita limitar la violencia que lo amenaza y, finalmente, la afirmación del principio de necesidad que ordena la subordinación de las jerarquías nacionales a una autoridad común sobre los hombres que instaure la paz mediante la acción de la justicia.

Las ideas cosmopolitas que encontramos en la obra de Vitoria constituyen aún hoy las raíces de la comunidad internacional, si bien el transcurrir de los siglos y la victoria de nuevas filosofías han producido su redefinición de acuerdo a categorías modernas. Siendo así, la fraternidad originaria del género humano es sustituida por la igual vulnerabilidad de los hombres, los lazos de solidaridad por cadenas de mando - obediencia, la dignidad del hombre no radica ya en su participación divina sino en ser postulado de la razón humana; de modo que de la necesidad racional y solidaria pasamos a una necesidad fámeica de orden para un planeta díscolo, que se resiste a la acción homogeneizadora de la razón.

La fuente de esta divergencia es el tránsito, como diría Scheler, de un modelo de vida comunitario, fundado sobre la base de la solidaridad y confianza mutua, a un modelo de vida societario fundado en el egoísmo y la desconfianza[71]. El tránsito de la visión orgánica medieval a la visión mecánica de la modernidad. No obstante, hoy asistimos a una nueva

transición entre modelos, no ideales como los de Scheler, sino políticos: el tránsito del democratismo internacional al imperio. Quizá en este último tránsito el pensamiento de Vitoria puede adoptar renovada actualidad.

5.2. El tránsito del democratismo internacional al orden imperial.

Tras la Segunda Guerra Mundial las naciones sintieron la necesidad de limitar el potencial destructivo y caminar juntos hacia un futuro prometedor. Es posible afirmar que de la desolación postbélica nació un optimismo universalista. Fruto de este afán se creó Naciones Unidas con el objetivo de dirimir las disputas internacionales, a las que se quiso dar respuesta mediante el diálogo en la Asamblea y las decisiones del Consejo de Seguridad. La ONU desde su nacimiento se encuentra ante la disyuntiva de una apuesta democrática universal y el poder de los cinco miembros permanentes[72].

La democracia cosmopolita, surgida de este optimismo universalista, ha tenido más suerte como proclama, que como realidad política. La ONU ha sido incapaz de conciliar las expectativas democráticas de un nuevo orden internacional con la realidad fáctica de la desigualdad de las naciones[73]. La democracia exige igualdad entre las naciones y en este sentido la Sociedad de Naciones era más perfecta, porque no instituía el derecho de veto de las grandes potencias[74]; pero en otro sentido era incapaz de garantizar un orden. La ONU sacrificó la igualdad de las naciones para otorgar a las grandes potencias el deber de preservar el orden internacional. Ellas por su superioridad militar están en condiciones de hacer efectivo este orden y mantener el equilibrio de poder[75]. Las grandes potencias eran de acuerdo con el esquema de la ONU las responsables últimas de la democracia internacional. Con el paso del tiempo, el desencanto democrático se ha instalado en el seno de la ONU, no sólo por los conflictos surgidos entre las grandes potencias (Guerra Fría) a los que la organización no ha

podido dar respuesta, sino también porque las grandes potencias han escamoteado la responsabilidad que Naciones Unidas les otorgó, como prueba la invasión de Irak de USA.

Pero si la democracia cosmopolita no tuvo suerte en un contexto mundial, tampoco la ha tenido en ámbitos más reducidos, en procesos de integración regional de Estados como el caso de la UE. Aunque se parte de la igualdad formal de los Estados miembros, la realidad muestra que existen desigualdades notables entre los mismos en orden al acceso a la toma de decisiones. Más hoy, cuando la crisis económica azota el mercado europeo es evidente que hay Estados que ordenan y Estados que obedecen. El proceso de integración ha sido muy desigual, mientras algunos Estados han cedido su soberanía de modo efectivo, otros la conservan monopolizando la toma de decisiones; pero, aún si hubiera triunfado la integración regional, eso no significaría el triunfo del cosmopolitismo sino el surgimiento de un nuevo Estado nación[76].

Conforme el desencanto democrático se iba extendiendo, comenzaban a aparecer las primeras señales de la aparición de una óptica imperial de las relaciones internacionales: Bull observaba el imperio como una posibilidad de sucesión al sistema de Estados soberanos[77], Fukuyama apostaba por el fin de las disputas ideológicas y la instauración de una única forma política el neoliberalismo[78], Negri sitúa al imperio como la superación de la categoría Estado nación y, en este sentido, es bienvenido[79]. Es decir, frente a las tesis cosmopolitas que veían la necesidad de una "*civitas maxima*" cuyo origen fuese el consentimiento de los Estados, comienzan a ganar terreno las tesis imperiales de un poder universal (global) fundado en la capacidad para mantener la "*pax imperialis*".

También, han surgido voces que ven el fenómeno de la globalización como un proceso de medievalización de las relaciones internacionales[80] en el que las lealtades se solapan entre lo local, lo nacional y lo global, donde los Estados se encaminan a una dinámica de soberanía compartida del tipo de

la *Respublica* cristiana, de modo que ningún Estado conserva plena soberanía sobre su territorio sino que la comparte con sus vasallos, el Papado y el Emperador[81]. La integración regional de los Estados, la desintegración de los Estados, la restauración de la violencia privada internacional, la aparición de organizaciones transnacionales y la unificación tecnológica del mundo son hechos que pueden ser observados como síntomas de un nuevo medievalismo[82].

Me resulta difícil determinar hasta qué punto el medievalismo es un fenómeno propio y singular o el resultado del triunfo de una nueva óptica imperial de las relaciones internacionales. En mi opinión, el nuevo orden internacional que está surgiendo se mueve entre dos polos: la república cosmopolita y el imperio.

No parece que la república cosmopolita nacida del común consentimiento de los Estados sea una realidad, aunque deseable, factible. Encuentra en los propios Estados el principal obstáculo a su consolidación, pues éstos continúan aferrándose a su soberanía y a sus intereses particulares. Que la república cosmopolita sea una necesidad racional, no supone que vaya a realizarse, más aún, en un contexto de sociedad de Estados.

En cambio, más allá de lo deseable, es posible observar categorías imperiales en la política internacional. No en el sentido de Negri, donde el imperio parece ser una nueva categoría del espíritu de dimensiones planetarias, donde nada escapa del mismo, porque si todo es imperio nada es imperio - como se ha criticado[83] -. Pero, si analizamos la política internacional que lleva a cabo Estados Unidos, comprenderemos que gran parte de sus acciones tienen una lógica imperial.

En primer lugar, Estados Unidos se presenta como "*caput mundi*" o *America's global leadership role*, es decir, como sujeto capaz de determinar la política global, imponer su propia visión del mundo y establecer las reglas para realizarla[84]. En este sentido, la obra de Fukuyama revela que los valores a realizar

por Estados Unidos (el destino manifiesto) son de naturaleza global y que, en gran medida, el orden internacional depende del triunfo de las políticas norteamericanas[85]. Destacando así la carga de compromisos y responsabilidad que, en su hegemonía global, asume: la paz, la estabilidad, la democratización y el aprovisionamiento de petróleo en el mundo[86].

En segundo lugar, Estados Unidos es un poder imperial en el sentido de que ignora sistemáticamente los principios y reglas del derecho internacional. Esta actitud manifiesta la supremacía de la condición americana frente a los demás Estados que integran la sociedad internacional. La intervención de Irak, las violaciones de la Convención de Ginebra de 1949, su oposición a la “Convención sobre Armas Inhumanas” y su rechazo al Tratado de Kyoto son prueba de esta actitud de supremacía imperial, fuera y por encima del derecho internacional. En este sentido, afirma Zolo, Estados Unidos es fuente de un nuevo “*nomos*” de la tierra, en el que la amenaza terrorista puede ser causa de un estado de excepción global para administrar una justicia global[87].

En tercer lugar, la recuperación norteamericana de la doctrina del “*bellum iustum*” también puede ser concebida como un síntoma de óptica imperial, pues, la guerra se justifica para defender unos valores compartidos por toda la humanidad y supone la afirmación de su autoridad por encima de los demás Estados[88].

5.3. Actualidad del pensamiento de Vitoria.

En este contexto debemos preguntarnos qué mensaje ofrece el pensamiento de Vitoria, dicho de otro modo, cuál sería la posición de Vitoria en la actualidad. Soy consciente de la dificultad de trasladar un mensaje medieval al mundo contemporáneo, asumiendo este riesgo, creo que sería posible extraer unas enseñanzas válidas para nuestro tiempo.

En mi opinión, Vitoria no puede encuadrarse entre los teóricos del imperio, porque su apuesta por una república cosmopolita nacida del consentimiento democrático de las naciones no admite ambigüedades y dobles mensajes. Es cierto que Vitoria en sus primeros escritos llama a la unidad de los líderes cristianos, una alianza consagrada en la figura de un monarca cristiano[89], para frenar los avances del imperio otomano y acabar con las guerras que ponen en peligro la unidad cristiana de Europa[90]. Este llamamiento debe ser situado en una situación histórica de decadencia del Emperador y el Papado[91] y es lógico pensar que estas situaciones de tensión bélica y expansionismo otomano fuesen vistas por Vitoria como un peligro para la pervivencia de la *Respublica* cristiana[92].

En estas reflexiones, podríamos apreciar no sólo el intento de mantener la continuidad del orden de la *Respublica* cristiana, sino también un interés geopolítico que sería mantener la integridad territorial de Europa y un interés civilizatorio consistente en mantener la integridad del espíritu cristiano frente a la amenaza islámica. En la medida que estas reflexiones tratan de proteger la identidad cultural de una Europa cristiana, creo podrían verse similitudes con el pensamiento de Huntington, más aún, cuando Vitoria concibe la realidad geográfica de Europa desde la óptica de un modelo civilizatorio propio: el cristianismo.

Es necesario precisar que esta alianza cristiana de orden práctico contradice los principios teóricos de Vitoria acerca de una república democrática de las naciones. Lo que, como observó Albert Márquez, también ocurre con el derecho natural a la libertad de los mares y el libre comercio[93], ya que las soluciones prácticas de Vitoria resultan favorables al interés del Emperador y el Papado, pues reserva las ganancias obtenidas al Emperador y salvaguarda su monopolio sobre las indias y del mismo modo ataca los fundamentos de las Bulas, pero no su contenido[94].

No obstante, tanto la idea de una alianza cristiana como el monopolio comercial español de las indias, se tratan de soluciones fundadas en el pragmatismo y tan sólo para un momento histórico determinado, de modo que no pueden ser interpretadas como una defensa teórica del modelo imperial ni una afirmación de la supremacía de la civilización cristiana frente al resto de naciones y gentes. Así pues, Vitoria tiene una óptica muy alejada de las tesis del dominio imperial y de las tesis favorables al dominio temporal del Papado, es una óptica intermedia - que podemos ver en el conjunto de su *Relectio de Indis*- afirmando la defensa de la libertad e igual dignidad de los indios, la libre opción religiosa y el auténtico dominio natural de los indios sobre sus tierras.

Al contrario la convicción cosmopolita de Vitoria favorable a la instauración de una república democrática de las naciones, es una solución meditada y madura en el pensamiento de nuestro autor. No es una solución pragmática e incidental como aquella monarquía de las naciones cristianas.

La opción de un imperio levantado sobre la fuerza de las armas o la conquista no tiene cabida en la obra de Vitoria, porque la superioridad militar para Vitoria no es fundamento del poder sobre las naciones. La única razón que justifica semejante poder o autoridad sólo puede venir del común consentimiento de las naciones. Partiendo de esta premisa Vitoria no podría justificar un imperio que desobedece el derecho internacional que las naciones libremente se han dado para regir sus relaciones. Como tampoco aprobaría unas reglas de "*iusta causa belli*" unilaterales, impuestas por la superioridad de las armas[95]. En este último supuesto, toda la doctrina de la guerra justa se envilece o degenera en la justicia del más fuerte[96], cuando la doctrina de Vitoria en este punto intenta conseguir que la fuerza acompañe a la justicia. Ni la justicia del fuerte, ni el imperio de las armas tienen cabida en sus tesis, si no es para su rechazo sistemático.

Finalmente, de estas palabras creo posible extraer la

enseñanza de Vitoria para el mundo actual: la necesaria auto-limitación del imperio y su reordenación al cumplimiento de las reglas del derecho internacional libremente acordadas entre las naciones, como paso necesario en el *iternatural* hacia la consecución de una república cosmopolita. Es decir, EEUU no debe obrar como poder imperial, debe sujetarse al derecho internacional que rige las relaciones entre los pueblos; es más, dada su situación de potencia global, debe asumir el compromiso no sólo de respetarlo sino de defenderlo poniendo su fuerza al servicio de la justicia que aquel derecho contiene. La hegemonía norteamericana, sólo tiene sentido en un contexto cosmopolita, en la medida que sepa limitar su poder mediante el respeto al derecho internacional y sepa ejercerlo para su defensa en interés del orbe entero. En definitiva, la misión que Naciones Unidas puso bajo su responsabilidad, allá en su fundación, y que tan humanamente defendió Kennedy en su discurso de investidura[97]. Por estas razones considero no sólo actual, sino muy útil, la lectura de las obras del maestro Vitoria. Más aún en un contexto de decadencia del orden internacional basado en la primacía norteamericana, ante la irrupción de nuevas potencias económicas como China e India, que hacen previsible la sustitución de la óptica imperial estadounidense por un nuevo orden multipolar.

6. Bibliografía

ALBERT MÁRQUEZ. M., “El principio de la libertad de los mares en la Relectio de Indis. ¿Se enfrentó Francisco de Vitoria a los intereses españoles?”, recogido en Derecho y Opinión, num. 6, edit. Universidad de Córdoba, Córdoba, 1998.

ALBERT MÁRQUEZ. M., Derecho y valor. Una filosofía jurídica fenomenológica, edit. Universidad de Córdoba y Ediciones Encuentro, Madrid, 2004.

APARISI MIRALLES. A., Derecho a la paz y derecho a la guerra en la obra de Francisco de Vitoria, edit. Comares, Granada, 2007.

ARISTOTELES, Política, Libro I, Cap. 1, 1252 b), trad. MARÍAS J., y ARAUJO M., edit. Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Madrid, 1970.

BROWN SCOTT J., El origen español del derecho internacional moderno, edit. Cuesta, Madrid, 1928.

BULL. H., La sociedad anárquica, trad. MARTÍN CORTÉS I., edit. Catarata. Madrid, 2005.

CARRILLO SALCEDO. J. A., El Derecho Internacional en Perspectiva Histórica, edit. Tecnos, Madrid, 1991.

CARPINTERO BENITEZ. F., El desarrollo de la idea de libertad personal en el pensamiento medieval, edit. Porrúa y Universidad de Salamanca, Mexico, 2006.

CORTES PACHECO. C., Poder y pacto en el pensamiento político de Francesc Eiximenis, Tesis doctoral presentada el 1 de febrero de 2008 en la Universidad CEU San Pablo de Madrid.

DELOS. P., La société internationale et los principes du droit public, edit. Pérdoue, Paris, 1929.

EIXIMENIS. F., Dotze del Crestià, recogido en Lo Crestià, Fondo Bibliográfico Facultad de Filosofía y Letras de Córdoba.

ELÍAS DE TEJADA. F., Tratado de Filosofía del Derecho, Vol. II, edit. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1977.

FUKUYAMA. F., El fin de la historia y el último hombre, trad. ELÍAS. P., edit. Planeta, Barcelona, 1992.

FUKUYAMA. F., La construcción del Estado, hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI, trad. ALONSO M., edit. sine qua

non, Barcelona, 2004.

HAYEK. F., Camino de servidumbre, trad. VERGARA DONCEL. J., edit. Alianza Editorial, Madrid, 1978.

HELD. D., La democracia y el orden global, trad. MAZZUCA. S., edit. Paidós, Barcelona, 1997.

HOFFMANN. S., Teorías Contemporáneas sobre las relaciones Internacionales, trad. LOPEZ MARTINEZ. M. D., edit. Tecnos, Madrid, 1979.

HUNTINGTON S., El choque de civilizaciones, y la reconfiguración del orden mundial, trad. TOSAUS ABADIA. J., edit. Paidós, Barcelona, 2001.

IGNATIEFF. M., "The Burden", recogido en New York Times Magazine, 5 de enero de 2003.

KENNEDY. J. F., Discurso de toma de posesión como 35º presidente de los Estados Unidos. Pronunciado en Washington el 20 de enero de 1961.

MEDINA MORALES. D., Razón iusfilosófica y razón histórica. Exigencia ética, necesidad jurídica y razón histórica de la empresa de reconquista de España, edit. B.L.N., Granada, 1989.

MEDINA MORALES. D., "El pensamiento ordinalista de Schmitt y el origen de la propiedad", recogido en Estudios sobre Carl Schmitt, edit. Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1996.

MEDINA MORALES. D., "Los nuevos espacios y el derecho a la comunicación", Derecho y Opinión, num. 8, edit. Universidad de Córdoba, Córdoba, 2000.

MEDINA MORALES. D., "¿Paz perpetua? La complejidad kantiana en nuestro tiempo", recogido en La actualidad de I. Kant, edit. Seminario de Filosofía del Derecho, Córdoba, 2008.

NEGRI. A., Cinco Lecciones acerca de Imperio, trad. RIUS. R. y SALVAT. P., edit. Paidós, Barcelona, 2004.

NEGRO PAVÓN. D., “Las siete metamorfosis del logos político”, recogido en Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor Antonio Truyol Serra, edit. Centro de Estudios Constitucionales Universidad Complutense, Madrid, 1986.

PEREZ LUÑO. A. E., La polémica sobre el Nuevo Mundo, edit. Trotta, Madrid, 1992. SANMARTIN BARROS. I., “¿Quién es Francis Fukuyama?”, recogido en Cuadernos de Estudios Gallegos, T. 46, num. 111, 1999.

SCHMITT. C., “Apropiación, partición y apecentamiento”, recogido en Boletín del seminario de Derecho político, num. 2, Madrid, 1955.

SCHMITT. C., El nomos de la Tierra en el derecho de gentes del Jius Publicum Europaeum, trad. SCHILLING THON. D., edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

TRUYOL Y SERRA. A., La Sociedad Internacional, edit. Alianza Editorial, Madrid, 1977.

URDANOZ. T., “Síntesis teológico-jurídica de la doctrina de Vitoria”, recogido en VITORIA F., Relectio de Indis, edit. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1967.

VALLET DE GOYTISOLO. J. B., Metodología de la determinación del derecho, Vol. I, edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

VALLET DE GOYTISOLO. J. B., Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho, Tomo II, Volumen II, Elaboración sistemática, edit. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2003.

VITORIA. F., De Indis, edit. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1960.

VITORIA. F., *Relectio De Indis*, edit. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1967.

VITORIA. F., *Sobre el poder civil. Sobre los Indios. Sobre el derecho de la guerra*, edit. Tecnos, Madrid, 2007.

ZOLO. D., *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, trad. GRASA HERNÁNDEZ. R., edit. Paidós, Barcelona, 2000.

ZOLO. D., *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, trad. CAMPIONE. R., edit. Dykinson, Madrid, 2006.

ZOLO. D., *La justicia de los vencedores*, trad. BOSSI. E., edit. Trotta, Madrid, 2007.

[1] PEREZ LUÑO. A. E., *La polémica sobre el Nuevo Mundo*, edit. Trotta, Madrid, 1992, p. 33.

[2] ELÍAS DE TEJADA. F., *Tratado de Filosofía del Derecho*, Vol. II, edit. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1977, p. 470.

[3] PEREZ LUÑO. A. E., *La polémica...*, *op. cit.*, p. 43.

[4] *Ibidem*, p. 44.

[5] Estas palabras están grabadas en un muro de la Universidad de Salamanca, así como en el monumento levantado en honor a Vitoria. *Vid.*, BROWN SCOTT J., *El origen español del derecho internacional moderno*, edit. Cuesta, Madrid, 1928.

[6] URDANOZ. T., “*Síntesis teológico-jurídica de la doctrina de Vitoria*”, recogido en DE VITORIA F., *Relectio de Indis*, edit. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1967, p. LVIII.

[7] PEREZ LUÑO. A. E., *La polémica...*, *op. cit.*, p. 39.

[8] VITORIA. F., *Relectio De Indis*, edit. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1967, p. 79. “*Luego parece que la amistad entre los hombres es de derecho natural y que es contra la naturaleza estorbar el comercio y la comunicación entre los hombres que no causan ningún daño*”.

[9] MEDINA MORALES. D., “*Los nuevos espacios y el derecho a la comunicación*”, *Derecho y Opinión*, num. 8, edit. Universidad de Córdoba, Córdoba, 2000, pp. 408-409. *Vid.*, VITORIA. F., *Relectio*

De Indis, op. cit., p. 79.

[10] VITORIA. F., *De Indis*, edit. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1960, p. 710.

[11] APARISI MIRALLES. A., *Derecho a la paz y derecho a la guerra en la obra de Francisco de Vitoria*, edit. Comares, Granada, 2007, p. 90.

[12] *Ibidem*, p. 52.

[13] URDANOZ. T., “*Síntesis teológico-jurídica...*”, op. cit., p. CXXIX.

[14] *Ibidem*, op. cit., p. CV.

[15] NEGRO PAVÓN. D., “*Las siete metamorfosis del logos político*”, recogido en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor Antonio Truyol Serra*, edit. Centro de Estudios Constitucionales Universidad Complutense, Madrid, 1986, p. 892.

[16] MEDINA MORALES. D., *Razón iusfilosófica y razón histórica. Exigencia ética, necesidad jurídica y razón histórica de la empresa de reconquista de España*, edit. B.L.N., Granada, 1989, p. 48. “*Todo poder surge de una cierta situación histórica y con un fin determinado, saberse condicionado y sujeto a él es lo que le va a dotar de sentido. Así pues el Estado como <<poder>> sólo tendrá sentido cuando obre con arreglo a sus fines, y por tanto bajo los límites por ellos señalados*”.

[17] BULL. H., *La sociedad anárquica*, trad. MARTÍN CORTÉS I., edit. Catarata. Madrid, 2005, p. 81.

[18] URDANOZ. T., “*Síntesis teológico-jurídica...*”, op. cit., p. CXL.

[19] VITORIA. F., *Sobre el poder civil. Sobre los Indios. Sobre el derecho de la guerra*, edit. Tecnos, Madrid, 2007, p. 51. “*En efecto, el orbe entero, que en cierto modo es una república, tiene potestad de dar leyes justas y convenientes para todos, como son las del derecho de gentes*”.

[20] VALLET DE GOYTISOLO. J. B., *Metodología de la determinación del derecho*, Vol. I, edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 388. “*Fundamentalmente el derecho natural es un orden jurídico de todo el orbe y de una comunidad natural de los Estados para las comunicaciones y el comercio - <<naturalis societatis et communicationem>> - de los pueblos*”.

[21] APARISI MIRALLES. A., *Derecho a la paz y...*, p. 91.

[22] URDANOZ. T., “*Síntesis teológico-jurídica...*”, op. cit., p. CIX.

[23] APARISI MIRALLES. A., *Derecho a la paz y...*, p. 57.

[24] SCHMITT. C., “*Apropiación, partición y apecentamiento*”, recogido en *Boletín del seminario de Derecho político*, num. 2, Madrid, 1955, p. 7. “*La toma de una tierra es siempre el título jurídico último de toda ulterior participación y reparto, y por ende de toda ulterior producción*”. Vid. MEDINA MORALES. D., “*El pensamiento ordinalista de Schmitt y el origen de la propiedad*”, recogido en *Estudios sobre Carl Schmitt*, edit. Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1996, pp. 333-336. “*... la propiedad y el derecho en general son consecuencia de la repartición de la tierra, así pues el derecho proviene de un originario acto de posesión (nemein), de repartición (teilen) y explotación (weiden)*”.

[25] URDANOZ. T., “*Síntesis teológico-jurídica...*”, op. cit., p. CXXXIV.

[26] APARISI MIRALLES. A., *Derecho a la paz y...*, p. 45.

[27] *Ibidem*, p. 79.

[28] VITORIA. F., *Relectio De Indis*, op. cit., p. 82. “*Si, pues, desde los primeros tiempos de la creación del mundo y después de reparado tras el diluvio, la mayoría de los hombres estableció que los embajadores en todas partes fueran inviolables, que los mares fueran comunes, que los prisioneros de guerra fueran esclavos, y que convenía que los extranjeros no fueran expulsados, ciertamente esto tendría fuerza de ley, aunque algunos otros se opusieran*”.

[29] URDANOZ. T., “*Síntesis teológico-jurídica...*”, op. cit., p. CXX. “*Esta sociedad mundial ha recibido como don natural y divino, inmanente a ella, el imperativo de organizarse y, formando unidad orgánica, una cierta potestad supranacional sobre todos sus miembros*”.

- [30] ARISTOTELES, *Política*, Libro I, Cap. 1, 1252 b), trad. MARÍAS J., y ARAUJO M., edit. Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Madrid, 1970, p. 3.
- [31] *Ibidem*, Libro I, Cap. 1, 1253 a), p. 5.
- [32] URDANOZ. T., “*Síntesis teológico-jurídica...*”, *op. cit.*, p. CXXI. “*El además enunció el principio dialéctico de la necesidad, que hará urgente imperativo, en otras etapas históricas, la institución de organizaciones supranacionales y de la comunidad universal para mantener el orden y la paz en el mundo*”.
- [33] *Ibidem*, p. CXIX.
- [34] EIXIMENIS. F., *Dotze del Crestià*, recogido en *Lo Crestià*, Fondo Bibliográfico Facultad de Filosofía y Letras de Córdoba, pp. 268-269 y pp. 270-271. *Vid.*, CORTES PACHECO. C., *Poder y pacto en el pensamiento político de Francesc Eiximenis*, Tesis doctoral presentada el 1 de febrero de 2008 en la Universidad CEU San Pablo de Madrid.
- [35] La existencia del derecho de gentes es la prueba, para Vitoria, de que esta comunidad universal existe ya, aunque no se haya realizado en su plenitud. *Vid.*, VITORIA. F., *Relectio De Indis*, *op. cit.*, p. 82.
- [36] ARISTOTELES, *Política*, Libro III, Cap. 16, 1278b), *op. cit.*, pp. 104-105. “*Además las leyes consuetudinarias son más importantes y versan sobre cosas más importantes que las escritas, de modo que aún cuando el hombre que gobierna sea más seguro que las leyes escritas, no lo es más que las consuetudinarias*”.
- [37] *Ibidem*, p. 167.
- [38] VITORIA. F., *Relectio De Indis*, *op. cit.*, p. 95. “*La razón está en que cada república tiene derecho a elegir a sus propios gobernantes, sin que para ello sea indispensable el consentimiento de todos, sino que parece ser suficiente el de la mayor parte... De lo contrario nada podría hacerse en utilidad de la república, ya que es tan difícil que todos coincidan en un mismo parecer*”.
- [39] CARPINTERO BENITEZ. F., *El desarrollo de la idea de libertad personal en el pensamiento medieval*, edit. Porrúa y Universidad de Salamanca, Mexico, 2006, p. 183. “*No le plantea problemas afirmar que la decisión de la mayoría genera un verdadero deber para todos, porque él entiende que, por derecho natural, debe ser obedecida la decisión mayoritaria. Pues corresponde al derecho natural que la mayor parte venza en la reunión; y debe ser obedecida su decisión cuando se trata de la utilidad común, porque esta obediencia es necesaria para que haya paz; y por ello es de derecho natural que la decisión de la mayoría sea obedecida, aunque no todos consientan con ella*”.
- [40] DELOS. P., *La société internationale et los principes du droit public*, edit. Pérdoue, Paris, 1929. Como este autor creo que la naturaleza de esta autoridad supranacional en Vitoria se descubre por medio de la analogía con la naturaleza de la república, lo que se denomina comúnmente como “*domestic analogy*”.
- [41] APARISI MIRALLES. A., *Derecho a la paz y...*, p. 89.
- [42] *Ibidem*, p. 95.
- [43] HELD. D., *La democracia y el orden global*, trad. MAZZUCA. S., edit. Paidós, Barcelona, 1997, pp. 317-319.
- [44] *Ibidem*, p. 327.
- [45] ZOLO. D., *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, trad. CAMPIONE. R., edit. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 31-39. Entiendo que las objeciones que propone el autor a la tesis kelseniana son extensibles al pensamiento de Held.
- [46] NEGRI. A., *Cinco Lecciones acerca de Imperio*, trad. RIUS. R. y SALVAT. P., edit. Paidós, Barcelona, 2004, p. 99 “*Según parece, el mayor obstáculo conceptual que impide a estos teóricos imaginar un esquema representativo global es precisamente la noción misma de pueblo. ¿Quién es el pueblo global? En nuestros días resulta imposible entender el pueblo como sujeto político, y, aún más, representarlo institucionalmente*”

- [47] SANMARTIN BARROS. I., “¿Quién es Francis Fukuyama?” , recogido en *Cuadernos de Estudios Gallegos*, T. 46, num. 111, 1999, pp. 193-206.
- [48] FUKUYAMA. F., *El fin de la historia y el último hombre*, trad. ELÍAS. P., edit. Planeta, Barcelona, 1992.
- [49] FUKUYAMA. F., *La construcción del Estado, hacia un nuevo orden mundial en el s XXI*, trad. ALONSO M., edit. sine qua non, Barcelona, 2004, pp. 39-41.
- [50] *Ibidem*, p. 144 “La gobernanza débil socava el principio de soberanía sobre el que se ha construido el orden mundial postwestfaliano. Lo hace porque los problemas que se generan los Estados débiles a sí mismos y a los demás incrementan enormemente las probabilidades de que alguien del sistema internacional intente, contra la voluntad de estos Estados, intervenir en sus asuntos y solucionar el problema por la fuerza. Débil hace referencia a la fuerza estatal no al alcance, y equivale a la falta de capacidad institucional para poner en marcha y aplicar políticas que, con frecuencia, deriva de una falta subyacente de legitimidad de todo el sistema político”.
- [51] NEGRI A., *Cinco Lecciones...*, op. cit., p. 99.
- [52] *Ibidem*, p. 93. “El Imperio se refiere en particular a la nueva forma de soberanía que sucedió a la soberanía del Estado-nación, una forma ilimitada de soberanía que no conoce confines o, más bien, sólo conoce fronteras flexibles y móviles”.
- [53] *Ibidem*, p. 119.
- [54] *Ibidem*, p. 103.
- [55] *Ibidem*, p. 123. “La multitud es límite de la soberanía y del Estado, la soberanía es un obstáculo de la multitud”.
- [56] HUNTINGTON S., *El choque de civilizaciones, y la reconfiguración del orden mundial*, trad. TOSAUS ABADIA. J., edit. Paidós, Barcelona, 2001, p. 367. “Los principios políticos son una base poco firme para construir una comunidad duradera. En un mundo de múltiples civilizaciones, donde la cultura cuenta, Occidente podrá ser la última y anómala reliquia de una civilización en vías de desaparición, donde la ideología contaba”.
- [57] *Ibidem*, pp. 380-384.
- [58] *Ibidem*, p. 386. “Los choques de civilizaciones son la mayor amenaza para la paz mundial, y un orden internacional basado en las civilizaciones es la protección más segura contra la guerra mundial”.
- [59] *Ibidem*, p. 186. “En el mundo que está surgiendo, una potencia global es algo obsoleto, y una colectividad universal un sueño lejano”
- [60] APARISI MIRALLES. A., *Derecho a la paz y...*, p. 98.
- [61] ZOLO. D., *Los señores...*, op. cit., p. 125. “En situaciones de elevada complejidad y de turbulencia de las variables ambientales es más prudente convivir con un grado incluso muy alto de desorden, que intentar imponer un orden perfecto”.
- [62] *Ibidem*, p. 133. “el <<orden político mínimo>> debería basarse en una especie de <<regionalización policéntrica>> del derecho internacional, en vez de una estructura jerárquica que correría el riesgo de provocar, cuando menos, la revuelta de las <<periferias>>”.
- [63] ZOLO. D., *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, trad. GRASA HERNÁNDEZ. R., edit. Paidós, Barcelona, 2000, p. 207.
- [64] ZOLO. D., *La justicia de los vencedores*, trad. BOSSI. E., edit. Trotta, Madrid, 2007, pp. 158-164.
- [65] ZOLO. D., *Los señores...*, op. cit., p. 132.
- [66] *Ibidem*, p. 34.

[67] BULL. H., *La sociedad...*, op. cit., p. 129. “La sociedad o comunidad mundial, cuyo bien común se aspira a definir, no existe salvo como idea o mito que quizá algún día llegue a tener fuerza pero que todavía no ha llegado a adquirirla”. En igual sentido, Vid., *Ibidem*, p. 140. “Pero perseguir la idea de una justicia mundial o cosmopolita en el contexto del sistema y de la sociedad de estados implica entrar en conflicto con los mecanismos a través de los cuales se mantiene el orden en la actualidad”.

[68] ZOLO. D., *Los señores...*, op. cit., p. 125.

[69] ALBERT MÁRQUEZ. M., “El principio de la libertad de los mares en la Relectio de Indis. ¿Se enfrentó Francisco de Vitoria a los intereses españoles?”, recogido en *Derecho y Opinión*, num. 6, edit. Universidad de Córdoba, Córdoba, 1998, p. 184.

[70] HAYEK. F., *Camino de servidumbre*, trad. VERGARA DONCEL. J., edit. Alianza Editorial, Madrid, 1978, p. 277. “no puede haber un Derecho internacional sin la existencia de un poder que obligue a su cumplimiento. El obstáculo para la creación de este poder internacional fue, en gran parte, la idea de que necesitaba reunir todas las facultades, prácticamente ilimitadas, que posee el Estado moderno. Pero con la división de poderes en el sistema federal esto no es necesario en modo alguno”. Como vemos en este fragmento, Hayek muestra su desconfianza en un super Estado con las mismas atribuciones del Estado moderno.

[71] ALBERT MÁRQUEZ. M., *Derecho y valor. Una filosofía jurídica fenomenológica*, edit. Universidad de Córdoba y Ediciones Encuentro, Madrid, 2004, pp. 123-132.

[72] HELD. D., *La democracia...*, op. cit., pp. 110-117.

[73] ZOLO. D., *La justicia...*, op. cit., p. 29-31.

[74] ZOLO. D., *Los señores...*, op. cit., p. 127.

[75] BULL. H., *La sociedad...*, op. cit., p. 255.

[76] *Ibidem*, p. 316.

[77] *Ibidem*, p. 304.

[78] FUKUYAMA. F., *El fin de la historia y el último hombre*, trad. ELÍAS. P., edit. Planeta, Barcelona, 1992.

[79] NEGRI A. y ZOLO. D., “Diálogo sobre Imperio”, recogido en *Cinco Lecciones...*, op. cit., p. 28.

[80] MEDINA MORALES. D., “¿Paz perpetua? La complejidad kantiana en nuestro tiempo”, recogido en *La actualidad de I. Kant*, edit. Seminario de Filosofía del Derecho, Córdoba, 2008, p. 45. “Quizá el corporativismo medieval, o el ejemplo de la estructura político-administrativa del Imperio español pudieran ofrecernos alguna luz y ser un referente útil en este empeño”.

[81] BULL. H., *La sociedad...*, op. cit., pp. 304-306.

[82] *Ibidem*, pp. 315-326.

[83] NEGRI A. y ZOLO. D., “Diálogo sobre Imperio”, recogido en *Cinco Lecciones...*, op. cit., p. 26. “En vuestras páginas, el Imperio parece desvanecerse en una suerte de << categoría del espíritu >>: está, como Dios, presente en todas partes, porque coincide con la nueva dimensión de la globalidad. Pero se podría objetar que si todo es imperial, nada es imperial”.

[84] ZOLO. D., *La justicia...*, op. cit., p. 142.

[85] FUKUYAMA. F., *La construcción...*, op. cit., pp. 144. “Estados Unidos, por tanto, retorna precisamente al mismo tipo de cuestiones que se plantean los organismos de desarrollo internacional, es decir, a la pregunta de cómo estimular desde el exterior la construcción del Estado en países con graves disfunciones internas”.

[86] IGNATIEFF. M., “The Burden”, recogido en *New York Times Magazine*, 5 de enero de 2003.

[87] ZOLO. D., *La justicia...*, op. cit., p. 143.

[88] *Idem.*

[89] VITORIA. F., *Sobre el poder...*, op. cit., p. 39. “... la mayor parte de los cristianos podría nombrar un monarca. Se prueba porque toda la Iglesia es, en cierto modo, una república y un cuerpo según las palabras del apóstol: <<Todos formamos un solo cuerpo>>. Luego tiene la potestad de conservarse y guardarse y de constituir la organización que le parezca mejor para defenderse de los enemigos”.

[90] *Ibidem*, p. 24. “Más aún, siendo una república parte de todo el orbe, y sobre todo una provincia cristiana parte de toda la república, aunque la guerra fuese útil para una provincia o república pero nociva para el orbe o la cristiandad, pienso que por esto mismo la guerra es injusta”.

[91] BULL. H., *La sociedad...*, op. cit., p. 83.

[92] APARISI MIRALLES. A., *Derecho a la paz y...*, p. 94. “Su objetivo fundamental sería el conseguir una sólida unidad que redundara en una mayor fuerza de los Estados cristianos para frenar los avances del imperio otomano”.

[93] ALBERT MÁRQUEZ. M., “El principio de la libertad de los mares...”, op. cit., p. 184.

[94] VITORIA. F., *Relectio De Indis*, op. cit., p. 88. “9. SEGUNDA CONCLUSIÓN: Aunque esto es de derecho común y está permitido a todos, pudo, sin embargo, el Papa encomendar esta misión a los españoles y prohibírsela a los demás... Y como especialmente corresponde al Papa procurar la promoción del Evangelio en todo el mundo, si para la predicación del Evangelio en aquellos territorios tienen más facilidades los príncipes de España, puede encargársela a ellos y prohibirla a todos los demás. Y no sólo puede prohibir a estos últimos la predicación, sino también el comercio, si así fuera conveniente a la propagación de la religión cristiana”. Como se ve esta excepción práctica contradice sus principios teóricos y mantiene la validez de las Bulas papales, así como el monopolio comercial español.

[95] VITORIA. F., *Sobre el poder...*, op. cit., p. 51. “Que el derecho de gentes tiene fuerza no sólo por el pacto y consenso entre los hombres, sino también tiene fuerza de ley... De aquí se sigue claramente que pecan mortalmente los que violan el derecho de gentes, tanto en la paz como en la guerra... tampoco es lícito a un reino no atenerse al derecho de gentes, puesto que ha sido dado con la autoridad de todo el orbe”.

[96] APARISI MIRALLES. A., *Derecho a la paz y...*, op. cit., p. 77. “... una situación en que no es la fuerza quien está al servicio del derecho, sino éste el que acaba estando al servicio de la fuerza”.

[97] KENNEDY. J. F., Discurso de toma de posesión como 35º presidente de los Estados Unidos. Pronunciado en Washington el 20 de enero de 1961. Traducción de NAPOLES. F. “... no un nuevo equilibrio de poder, sino un nuevo mundo bajo el imperio de la ley, en el que los fuertes sean justos, los débiles se sientan seguros y se preserve la paz... No es una llamada a empuñar las armas, aunque armas necesitemos; no es una llamada al combate, aunque combate entablemos, sino una llamada a sobrellevar la carga de una larga lucha año tras año, <<gozosos en la esperanza, pacientes en la tribulación>>; una lucha contra los enemigos comunes del hombre: la tiranía, la pobreza, la enfermedad y la guerra misma”.

Capítulo 10. Presencia de Vitoria en el pensamiento europeo del siglo XVII: Hugo Grotius (*Mare Liberum*, 1609)

León M. Gómez Rivas
Universidad Europea de Madrid
leon.gomez@uem.es

1. Sumario del trabajo

Son muchas las aportaciones intelectuales de la llamada *Escuela de Salamanca* (siglos XVI y XVII) al acervo cultural europeo. Junto a la más conocida renovación teológica y filosófica, se han acreditado muy interesantes reflexiones en el campo de la economía, la política o el derecho. En esta última disciplina, ya a comienzos del siglo XX se puso de manifiesto el influjo de Francisco de Vitoria y sus discípulos en los orígenes del moderno Derecho Internacional, precisamente a raíz de sus citas en los tratados del jurista holandés Hugo Grotius (1583-1645).

Recordemos que, a punto de firmarse la Tregua de los Doce Años entre España y las Provincias Unidas del Norte de los Países Bajos, se publicaba en Amsterdam un pequeño panfleto (*Mare liberum*, 1609) en favor de la libertad de los barcos holandeses para comerciar en los territorios asiáticos que controlaba Portugal (y que en este momento se encontraban bajo la Corona de Felipe III de España). También planteaba un debate más profundo sobre los derechos de propiedad y de ocupación colonial.

Grocio, que había extraído este capítulo del *De Iure Praedae* (un libro inédito hasta el siglo XIX), es famoso por su otra obra

De Iure Belli ac Pacis (1625) un texto fundamental en la historia del pensamiento moderno en Europa. Se considera la base del Derecho Internacional. Fue muy conocido entre los juristas centroeuropeos del derecho natural, como Samuel Pufendorf, y citado por ejemplo por Francis Hutcheson y Adam Smith con grandes elogios.

El Mare Liberum es una obra seminal en una interesantísima controversia sobre la libertad de los mares, en la que participaría entre otros el escritor inglés John Selden (Mare Clausum, 1618) o el jurista Serafín de Freitas, de la Universidad de Coimbra (De iusto imperio Lusitanorum asiático, 1625). Como señala el profesor García Arias, “el Mare Liberum fue escrito contra Portugal, publicado contra España y utilizado contra la Gran Bretaña”[\[1\]](#), con la peculiarísima circunstancia de referir abundantemente, en sus argumentaciones, a los doctores españoles de Salamanca.

Pues bien, en el texto que viene a continuación me propongo analizar las referencias a Francisco de Vitoria que cita Grotius en defensa de sus tesis sobre el libre comercio.

2. Presentación

Pero antes de abordar este objetivo, quería comenzar mi trabajo señalando que mi acercamiento a Vitoria se inició desde una perspectiva económica. Aunque todavía no sé con seguridad si acabaré encuadrado en el área temática de la Economía o bien la del Derecho Internacional-Comercio (lo cual tampoco es tan grave), sí me parece relevante indicar cómo he venido a conocer la obra del insigne maestro dominico. Una ruta que tiene, digamos, dos vertientes: la que describió hace ya más de sesenta años Marjorie Grice-Hutchinson en su *The School of Salamanca*[\[2\]](#), presentando al doctor salmantino como un precursor en la concepción de la ciencia económica moderna, en sus diversas facetas (la formación de los precios, el valor de los bienes, los mecanismos del mercado y del comercio, los fundamentos de la teoría monetaria, etc.), y que desarrollarían

con mayor precisión otros discípulos de esta Escuela. Por otro lado, una investigación personal que me llevó a defender una Tesis Doctoral sobre la importantísima repercusión de tal pensamiento en la cultura europea del siglo XVII, particularmente a través del jurista holandés Hugo Grocio.[\[3\]](#)

Pero este énfasis en lo económico no me ha llevado a descuidar una perspectiva más amplia en el estudio de Vitoria y de su Escuela. Me refiero a que siempre he procurado entender la Economía desde la faceta de ciencia moral (al menos, así lo ratifica su adscripción a la Academia de Ciencias Morales y Políticas). Quiero decir, que entiendo el saber económico desde una interpretación completa del hombre y del mundo; la economía no es una mera ciencia técnica, un saber “neutralmente científico”. Puesto que su actor es el ser humano, requiere de una reflexión previa sobre qué sea el hombre, sus capacidades materiales y espirituales, su orientación social o su fin teleológico. Por eso creo que no se puede entender la economía sin conocer de antropología, filosofía y aún de teología: cosa que me parece tuvieron muy clara nuestros doctores de Salamanca, con Francisco de Vitoria a su cabeza.

Estas consideraciones me parece que pueden ser de utilidad para comprender mejor la crisis económica (y política, dicho sea de paso) que observamos a nuestro alrededor. Sostengo que ya no se trata de meros ajustes técnicos, de recortes o de parches fiscales. El problema es de mayor calado; nuestra sociedad precisa urgentemente de una re-fundamentación moral si quiere salir de este atolladero. Y pienso que el estudio del pensamiento escolástico español puede aportar muchas luces en ese sentido; porque ellos comprendieron bien cómo la actividad económica (si nos centramos en este campo) no puede desarrollarse ajena a un compromiso de exigencias éticas. Claro, para ellos estaba todo más fácilmente planteado desde la perspectiva de su fe cristiana. Hoy puede resultar más complejo hablar de razones últimas, en una civilización que ha perdido el sentido de la trascendencia. Sin embargo, y sin hacer más valoraciones al

respecto[4], considero que la estructura argumental o la exigencia moral que hay detrás de la propuesta escolástica no precisa necesariamente de creencias religiosas (éstas ayudan, no cabe duda), sino que se adaptan a lo que podríamos llamar las condiciones de la naturaleza humana.

3. Estado de la cuestión

Dicho lo cual, pensaba continuar mi acercamiento al título de la ponencia con una breve descripción de las investigaciones recientes en torno a Francisco de Vitoria (aprovecho aquí para felicitar al Instituto Universitario de Estudios Europeos del CEU por la excelente iniciativa de convocar este Congreso Internacional: quiero pensar que algunas de las razones pueden tener que ver con lo que acabo de escribirles). Y es que, además de la importancia del tema, ocurre que Francisco de Vitoria resulta de actualidad y atracción para los estudiosos de nuestro tiempo. Sin olvidar, por ejemplo, ilustres antecedentes como fueron los trabajos del padre Beltrán de Heredia hace ya casi cien años, hoy no resulta extraño encontrarse con reediciones de Vitoria o nuevas interpretaciones de su obra.

Desde luego, no pretendo ahora ofrecer una completa revisión historiográfica sobre esta materia, que es bien abundante, sino destacar algunas obras que me han parecido de mayor interés, en el sentido que vengo señalando. Por ejemplo, y con este motivo, preparé la recensión de unos capítulos del *De Iustitia* (es decir, los comentarios de Vitoria a la *Summa Theologica*, y en concreto a las cuestiones 77 y 78 sobre la usura y la compraventa) que editó en 2006 la Colección de Pensamiento Clásico Español de la Universidad de Navarra[5]. Ese mismo año escribía otra actualización bibliográfica, hablando de una edición en Tecnos de *La justicia* de Vitoria[6], a la que sumo ahora las reediciones en la misma editorial de *La ley* (2009) y *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra* (2007). También es de 2009 un librito de Mario Hernández Sánchez-Barba sobre Francisco de Vitoria[7]; y añado las obras de nuestra compañera de Congreso, la profesora

Simona Langella, quien tuvo la osadía de ofrecer una versión trilingüe (español, italiano y latín) de los comentarios de Vitoria a las cuestiones sobre la Ley en la *Summa* (números 90-108)[8] y poco después nos ha vuelto a sorprender con un estudio sobre la teología, la ley y el derecho en el maestro dominico[9]. Terminó este recorrido con un clásico, el *Corpus Hispanorum de Pace* del CSIC (no puedo dejar de recordar aquí al profesor Luciano Pereña y su enorme trabajo en esta editorial), que en su segunda serie ha publicado un importante análisis de Jesús Cordero Pando sobre la filosofía política de Vitoria en su *Relección sobre el Poder civil* y en otros textos de nuestro autor. [10]

4. Hugo Grocio (1583-1645)

Pero abordemos ya la cuestión a estudiar, comenzando por presentar al autor del *Mare Liberum*: Hugo Grocio[11]. Ya hemos visto que esta obra apareció justo al inicio de la Tregua de los Doce Años entre España y Holanda (que hace muy poco conmemoraba su cuarto centenario), publicada por el joven abogado de Rotterdam Huig de Groot (más conocido por la versión latinizada de su apellido, Grotius). Nació en Delft en 1583 y participó activamente en la vida intelectual y política de las Provincias Unidas del Norte (todavía no se puede hablar del estado holandés) hasta 1618, cuando fue detenido y encarcelado junto al Consejero Pensionado Jan Oldenbarneveldt.

Sin embargo, Grocio logró escapar de la prisión en 1621 gracias al ingenio de su esposa[12], y se refugió en Francia, donde fue bien recibido en los círculos políticos y académicos. Luis XIII le pagaba una reducida pensión, que le permitió residir durante diez años en París con ciertas estrecheces económicas: no podía enseñar en la Universidad por su credo protestante, y solamente se ganaba la vida como escritor (publica *De iure belli ac pacis* en 1625) y con algunas ayudas de amigos y admiradores; además del dinero que su familia continuaba enviándole. Grocio esperaba ser rehabilitado en su país, por lo que regresó a Holanda en 1631 con la fallida intención de

establecerse allí. Estuvo tres meses trabajando como abogado en Amsterdam; pero la Asamblea vetaría su entrada, a pesar de la opinión del Príncipe Federico Enrique de Orange. Grocio pasaría el resto de su vida en el exilio; puesto que tuvo que huir nuevamente de Holanda, y se refugió en Hamburgo, donde conocería al canciller sueco Oxenstiern, quien le recomendó ante la Reina Cristina para la embajada de Suecia en París. Tras una estancia en Estocolmo, regresa en 1635 a la corte francesa. Fueron unos años de mayor estabilidad económica, aunque de bastante tensión entre los países de una Europa beligerantemente dividida por las disputas religiosas y políticas de la Guerra de los Treinta Años (1618-1648).

En 1644 fue invitado a la corte sueca por la Reina, y allí viajó -vía Rotterdam y Amsterdam- con la decisión de presentar su dimisión y regresar por fin a su tierra natal. Aunque Cristina le ofrecería un puesto en su Consejo de Estado, Grocio rehusó también a vivir en Suecia. Deseando encontrarse pronto con su familia, en el viaje de regreso su barco se desvió de ruta y el 26 de agosto de 1645 naufragó en la costa de Pomerania. Dos días después Grocio murió, agotado, en Rostock camino de Lübeck. Su cuerpo finalmente pudo ser trasladado a Delft, y reposa junto a los restos de Guillermo de Orange en la *Nieuwe Kerk*.

5. La libertad de los mares (1609)

Como hemos señalado más arriba, la redacción y publicación del *Mare Liberum* vino marcada por factores jurídicos, comerciales y económicos, además de la circunstancia diplomática de la Tregua. En la Introducción a la edición española de Luis García Arias podemos encontrar un resumen de esta historia, que también se puede completar con la más reciente publicación inglesa del mismo [\[13\]](#). En palabras del editor español, *Mare Liberum* dio lugar a una “gran batalla libresca” en torno al principio de la libertad o del monopolio marítimo, en la cual tomaron parte gran número de autores de varios países sosteniendo una u otra postura.

En síntesis, la obra de Grocio se escribió hacia 1604-1605 por encargo de la Compañía de las Indias Orientales (generalmente conocida por las siglas neerlandesas VOC: *Vereenigde Oostindische Compagnie*), tras el apresamiento del buque carguero portugués "Catalina" en 1602 por el almirante holandés Jacob Heemskerck. Se trataba de un botín adquirido en las aguas del estrecho de Sumatra, junto a la colonia portuguesa de Malaca, pero en un territorio marítimo de autoridad confusa.

Los holandeses consiguieron un fabuloso botín, que tras muchas peripecias llegó a las costas europeas en 1604. Después de repartir valiosas porcelanas y sedas entre los monarcas de Francia e Inglaterra, la carga se subastó con un beneficio de trece toneladas de oro, que suponían un 200% de dividendos sobre la inversión comercial.

Sin embargo, cuando el apresamiento del "Catalina", algunos accionistas holandeses de religión *mennonita* (opuestos a toda violencia) se negaron a aceptar las ganancias obtenidas y amenazaron con abandonar la VOC. Por otra parte, existía una duda jurídica sobre si parte o todo el importe del botín debía entregarse al Fisco de los Estados Generales de Holanda. De manera que la Compañía instó un procedimiento ante el Consejo del Almirantazgo para reclamar su propiedad. La sentencia, de 9 de septiembre de 1604, se pronunció a favor de la legalidad de la captura del navío portugués como "buena presa". Inmediatamente después del auto, la VOC encargó al jovencísimo abogado en Amsterdam, Hugo Grocio, la redacción de un extenso tratado sobre el derecho de presa (*De Iure Praedae commentarius*; aunque parece que Grocio lo prefería llamar *De Indiis*), en el que se quiso demostrar que la guerra no estaba en contradicción con el cristianismo; que era permitido a los cristianos hacer guerra justa y, por otra parte, que una compañía privada podía hacer una guerra privada para defenderse, antes de que se convirtiera en guerra pública.

La sentencia, y el libro inmediatamente posterior, demostraban las posibilidades de beneficio que ofrecía el

comercio en las Indias Orientales, animando por ello a los holandeses a un desarrollo enérgico del comercio en Asia. También confirmaba oficialmente la legalidad de un apresamiento militar; aunque abría las puertas a un conflicto con España, bajo cuya Corona se acababan de incorporar las posesiones portuguesas, con las que anteriormente Holanda había mantenido unas relaciones razonablemente pacíficas.

Pero lo curioso de todo ello es que, habiendo terminado su obra *De Iure Praedae* en 1605, Grocio no la publicó. ¿Por qué? [14]. García Arias señala varias conjeturas al respecto: tal vez porque los anabaptistas más radicales ya se habían separado de la VOC y, además, no pudieron fundar una Compañía rival; o porque los negocios iban bien y el carácter discreto de los holandeses les llevó a guardar silencio sobre sus asuntos comerciales.

Por su parte, sabemos que Grocio había considerado su publicación en 1612, después de incorporar algunas notas técnicas. Tras su huida a París en 1621, volvió entonces sobre este escrito, pero modificándolo de tal manera que vino a convertirse en el *De Iure Belli ac Pacis* de 1625 (recordemos también que el manuscrito *De Iure Praedae* no fue descubierto hasta 1864, cuando el librero holandés Martin Nijhoff lo encontró entre los papeles de un descendiente de Grocio, siendo publicado en La Haya en 1868).

Sin embargo, en 1608 la VOC juzgó oportuno imprimir separadamente el Capítulo XII sobre *La libertad de los mares*, para hacer fuerza en las negociaciones de la Tregua sostenidas entonces con España, en lo referente al comercio marítimo con Asia. Bajo el título de *Mare Liberum, sive de iure quod Batavis competit ad Indicana commercia dissertatio*, fue editado dicho Capítulo XII como un opúsculo anónimo, en la ciudad de Leiden (en cuya Universidad precisamente había estudiado nuestro joven abogado), el mes de marzo de 1609. Hasta la segunda edición del *Mare Liberum* en 1618 no aparecería el nombre de Grocio como su autor, y aún en 1625 ó 1629 los juristas Serafín

de Freitas y Solórzano Pereira se refieren a él como “desconocido” (*incogniti*).

Justo al mes siguiente, en abril de 1609, se firmaba en Amberes la Tregua de los Doce Años, por la que los holandeses vieron asegurada la libertad de navegación. Un tiempo más tarde, el mismo Grocio manifestaba que había publicado esa obra para infundir “coraje” a sus compatriotas durante las negociaciones.

En lo que nos afecta en cuanto al contenido del *Mare Liberum*, hay que destacar algunos elementos muy interesantes: como las ideas sobre los títulos de propiedad, absolutamente fieles a la teoría salmantina de Vitoria. Por ley natural los bienes son de dominio común para todos los hombres, siendo la posesión privada un acuerdo sostenido por el derecho de gentes. Con este argumento buscaba Grocio desarbolar el monopolio portugués sobre las Indias Orientales, que paradójicamente defenderán los holandeses muy pocos años después. Es igualmente vitoriana la argumentación sobre la libertad de comercio, basada en el *ius communicationis*. Esta doctrina tuvo una cierta difusión en Gran Bretaña, especialmente después de las controversias con Selden, durante la segunda mitad del siglo XVII.

6. Vitoria y la Escuela de Salamanca en la obra de Grocio

Acabamos de proponer, entonces, la tesis principal de este trabajo: la influencia de Vitoria en el *Mare liberum*. No es ninguna novedad señalar la huella de los maestros de Salamanca en el pensamiento europeo moderno^[15]: si nos desplazamos al campo de la ciencia jurídica veremos que esta hipótesis sobre la importante influencia doctrinal de la Segunda Escolástica está suficientemente validada desde los inicios del siglo XX. Muy particularmente, después de la terrible Primera Guerra Mundial hubo un especial interés por cimentar el Derecho Internacional en una base de principios universales

sobre la paz y los conflictos bélicos; nos referimos al proyecto de la Sociedad de Naciones. Allí se redescubrió el papel fundacional de Francisco de Vitoria en ese campo del derecho[16]; así como se aceptó la filiación vitoriana en el pensamiento jurídico de Hugo Grocio. Circunstancia que coincidía con el tercer centenario de la edición de su *De iure belli ac pacis* (1625).

Para comprobarlo, podemos recordar los textos de algunos viejos autores extranjeros, que todavía aparecen citados en los manuales que hoy sirven para estudiar el Derecho Internacional: desde los trabajos de Ernest Nys, *Le Droit de la guerre et les prèdècesseurs de Grotius* (1882) o *Le Droit des Gens et les anciens jurisconsultes espagnols* (1919); de Jules Basdevant, *Les fondateurs du droit international* (1904), y de Willem Van der Vlugt “L’Ouevre de Grotius et son influence sur le Droit International” (1925); hasta la decisiva aportación en ese terreno del profesor norteamericano James Brown Scott, autor de esta contundente frase: “La posición de Francisco de Vitoria como fundador de la escuela moderna de Derecho Internacional, de la cual Grotius estaba destinado a ser el miembro más ilustre, parece clara”. [17]

Esta tesis, como era lógico de esperar, tuvo una fuerte repercusión en nuestro país[18]. El padre Larequi añadió desde la esfera intelectual jesuita una buena serie de artículos a finales de los años veinte[19]. Lo que se consolida con la publicación de una tesis doctoral de Federico Puig Peña, *La influencia de Francisco de Vitoria en la obra de Hugo Grocio* (Madrid, 1934), que abre paso a una verdadera pasión por el estudio del pensamiento vitoriano, encuadrado en lo que pronto se comenzó a llamar Escuela de Salamanca. Hay que señalar, además, la circunstancia particular de nuestra Guerra Civil y posterior régimen franquista para comprender mejor esa efervescencia de los estudios sobre las justas causas de la guerra[20]. A ello se destinó un importante Instituto dentro de aquel CSIC de reciente creación, llamado precisamente “Francisco de Vitoria”, que daría lugar a interesantes publicaciones sobre el pensamiento internacionalista de origen

español. Y en el que destaco el trabajo realizado por el prof. Luciano Pereña, tanto en sus monografías sobre Suárez, Molina o Covarrubias, como en su extraordinario proyecto editorial del *Corpus Hispanorum de Pace*. A él se debe en gran medida, también, la consolidación del concepto de Escuela de Salamanca.[\[21\]](#)

Poco después de los jesuitas, serán sus propios correligionarios dominicos quienes insistirán en adjudicar al P. Vitoria “la gloria de haber sido el creador de una ciencia nueva, la del Derecho Internacional... Hugo Grocio reconoce haberse inspirado en él...”. Esta influencia de Vitoria es particularmente resaltada por el padre Alonso Getino, editor de las *Relecciones Teológicas del Maestro Fray Francisco de Vitoria* (Madrid, 1935). El tercer tomo lo introduce con el siguiente epígrafe: “Cien textos internacionalistas de Grocio y Gentili calcados en otros tantos de Vitoria”. Más cercanamente, el P. Hernández Martín sintetiza esta cuestión en el capítulo “Vitoria y Grocio” de su biografía *Francisco de Vitoria. Vida y pensamiento internacionalista* (Madrid, 1995): recuerda las 10 citas nominales de Vitoria[\[22\]](#) en el *Mare liberum* grociano; que alcanzan a 68 en *De iure praedae*, y 58 en *De iure belli ac pacis*. Para concluir, copio la referencia a este libro en la colección *Economía y economistas españoles* de Fuentes Quintana (t. I, Madrid, 1999): “Hernández Martín, en un trabajo sobre la vida de Francisco de Vitoria y su pensamiento internacionalista, aparecido en 1995 y que está en la misma línea de investigación de Pereña, señala la influencia del maestro salmantino en Hugo Grocio, Alberico Gentili y John Locke, entre otros”.[\[23\]](#)

Pues bien, después de este largo análisis introductorio, mi objetivo será verificar y analizar las citas concretas de Vitoria en el *Mare liberum* grociano, completando un poco mejor los textos que publicaba (en latín, por cierto) en 1935 el P. Getino.

7. Comentario a las citas de Francisco de Vitoria

en el *Mare Liberum*

A continuación presento un pormenorizado detalle de las citas de Vitoria en la obra de Grotius, con las siguientes aclaraciones: sigo el orden de los capítulos del *Mare Liberum*, numerando después las citas (recojo hasta doce) del teólogo español. Para ello, voy refiriendo las páginas de la edición inglesa de David Armitage[24] ya que presenta un mejor aparato crítico; a pesar de que transcribo el texto en español de la versión de García Arias[25]. En cuanto a los textos de Vitoria (*De potestate civili* y *De Indis*), utilizo las versiones de Jesús Cordero Pando[26] y Luciano Pereña[27] (en el *Corpus Hispanorum de Pace*).

CAPÍTULO I

“Por derecho de gentes es libre la navegación para todos y hacia todos”

CITA 1

El comienzo del *Mare liberum* presenta una llamativa evocación vitoriana, cuando Grocio señala que “Fundamentaré mi argumentación en el derecho de gentes que llaman primario, como regla certísima, y cuya clara e inmutable razón es la siguiente: que todas las gentes pueden relacionarse y negociar entre sí” (p.10). Resulta casi imposible una mención más clara al *ius communicandi* de Vitoria... Pues bien, en seguida se refiere al dominico por su nombre cuando señala que “también para los castellanos pudieron ser justas estas causas [para la guerra] contra los americanos, y Vitoria las juzga como más probables si prohibían a los extranjeros que viajaban hacia ellos; si les prohibían lo que por derecho de gentes y de costumbres es común a todos; o si no eran admitidos al comercio” (p. 12). Y cita para ello la *Relección De Indis*, III, 1-2.

Se trata de la sección tercera del primer libro: “De los títulos legítimos por los cuales pudieron venir los bárbaros a poder de los españoles”. Conocemos bien esta sorprendente propuesta vitoriana sobre los Justos Títulos de posesión de las Indias. Después de oponerse a las Bulas y donaciones papales, al

poder del Emperador o al simple descubrimiento, radicaré su argumentación en el citado *ius communicandi*, comprendido también como un *ius negotiandi*.

La cita de Grocio se refiere al primer título legítimo: "*Primus titulus potest vocari naturalis societatis et communicationis*". Con una primera conclusión: "Los españoles tienen derecho a recorrer aquellos territorios y a permanecer allí mientras no causen daños a los bárbaros y estos no pueden prohibírsele". En seguida, Vitoria confirma esta idea con catorce pruebas basadas en el Derecho Civil, en la Historia y en la Escritura.

La segunda conclusión, que también cita Grocio respecto a este primer título, sostiene que "Es lícito a los españoles comerciar con los bárbaros". Vemos que se trata exactamente de la exigencia holandesa (en esas negociaciones antes de la Tregua de los Doce Años) respecto a las Indias Orientales portuguesas: que sus barcos deben poder navegar y comerciar en aquellas tierras por derecho natural.

Pero el enunciado vitoriano es más extenso, y conviene destacar varias cosas interesantes. Primero lo copio íntegro: "Es lícito a los españoles comerciar con los bárbaros, sin perjuicio de su patria, ya importando mercancías de las que ellos carecen, ya exportando oro, plata y otras cosas en las que ellos abunda; ni los príncipes indios pueden impedir a sus súbditos que comercien con los españoles ni, por el contrario, a los españoles comerciar con los indios".

Me parece fascinante una afirmación tan clara sobre la libertad de comercio, escrita casi doscientos cincuenta años antes de *La riqueza de las naciones*. Pero todavía es mejor la argumentación que sigue: "En suma, es cierto que los bárbaros no pueden excluir de su comercio a los españoles, por la misma razón y del mismo modo que los cristianos no pueden tampoco impedirlo a otros cristianos. Porque es claro que si los españoles prohibieran a los franceses comerciar con España, no por el bien de ésta sino con el fin de que los franceses logran beneficios,

esta ley sería inicua y contra la caridad”. Entiendo que el holandés Hugo Grocio esgrimiera argumentos tan claros contra el monopolio hispano-portugués (aunque, vuelvo a señalarlo, ellos mismos no respetarán este principio en las factorías controladas por su Compañía de las Indias Orientales...).

Termino este largo comentario a la primera cita de Vitoria en el *Mare Liberum* con la última *prueba* del Maestro salmantino: “Y como se dice en la ley del Digesto, *la naturaleza ha establecido cierto parentesco entre los hombres*. Por donde va contra el derecho natural que un hombre aborrezca sin razón a otro hombre. Pues no es *un lobo para el hombre*, como dice Plauto, sino hombre”. Interesante referencia pre-hobbesiana, que seguramente conocería el autor más famoso por el *homo homini lupus*...

CAPÍTULO II

“Los portugueses no tienen derecho de dominio por título de descubrimiento a las Indias Orientales hacia las cuales navegan los holandeses”

CITAS 2 y 3

Al final de este capítulo, en el que se está refutando el supuesto derecho de propiedad de los portugueses sobre las Indias, Grotius se refiere a que es ilícito obligar por la fuerza a los pueblos bárbaros (gentiles) a que asuman costumbres “más civilizadas, pretexto que en otro tiempo utilizaron los griegos y Alejandro”. Tampoco a su conversión religiosa; ni era la religión (o la ausencia de ella) una causa de indefensión jurídica y política: “Pero los hindúes, cuando llegaron a este país los portugueses, aunque parte de ellos eran idólatras y parte mahometanos, y envueltos en graves pecados, sin embargo tenían dominio público y privado de sus cosas y territorios, lo cual sin justa causa no se les podía quitar. Así, siguiendo las certísimas razones de otros autores de gran autoridad, concluye el español Vitoria: No pueden -dice- los cristianos seculares ni los

eclesiásticos privar a los infieles del poder civil ni de la soberanía solamente porque son infieles, y sin que hayan recibido de ellos otra injuria” (p. 14).

En este caso Grocio se refiere a la *Relección De potestate civili* I, 6 (en la edición de Armitage que venimos siguiendo). Sin embargo, hay que señalar que se trata de un error, porque el texto corresponde al párrafo I, 9 (como bien aparece en la versión española de García Arias). La traducción en nuestras ediciones castellanas (sigo con la de Luciano Pereña) es exactamente la misma que el texto del *Mare Liberum*: “Ni los príncipes cristianos ni la Iglesia entera podrían privar del principado o poder a los infieles por la razón de que sean infieles, mientras que no sea inferida por aquellos otra injusticia”. En cuanto a las “certísimas razones” que aludía, encontramos en este párrafo de Vitoria cuatro referencias a la Escritura y una al Derecho.

Y para rematar su argumento, en seguida Grocio vuelve a escribir: “Por consiguiente, con razón concluye Vitoria que por esta causa no tienen los españoles mayor derecho sobre los indios” (p. 15). Aquí la cita refiere al *De Indis*, I, 4-6: el dominico se había preguntado en el capítulo I “¿Esos bárbaros antes de la llegada de los españoles eran verdaderos dueños?” Y precisa en el punto 1: “¿Eran dueños legítimos de sus bienes y propiedades particulares?” A lo que responde (siguiendo el modelo escolástico) con tres proposiciones que corresponden a los puntos 4, 5 y 6 que utiliza Grocio: “La infidelidad no es impedimento para ser verdadero propietario”; “Según el derecho divino, el hereje no pierde el dominio de sus bienes”; ni tampoco se pierde “por derecho humano”, aunque en este punto Vitoria matiza su argumento con nuevas proposiciones (8, 9 y 10) que no viene al caso analizar ahora, sobre las sentencias civiles contra los herejes. Para lo que nos importa en este debate, la conclusión del dominico es contundente: “De todo lo dicho, resulta que los bárbaros eran, sin duda alguna, verdaderos dueños pública y privadamente, de igual modo que los cristianos, y que tampoco por este título ni los particulares ni

sus príncipes pudieron ser despojados de sus posesiones, como si no fueran verdaderos dueños” (corresponde al punto 16, que sin embargo no aparece en la edición del *Mare Liberum* de Armitage).

CAPÍTULO III

“Los portugueses no tienen derecho de dominio sobre las Indias por título de donación pontificia”

CITAS 4, 5, 6 y 7

Como hemos recordado sumariamente a propósito de la primera cita, en los comienzos del descubrimiento y conquista de América, españoles y portugueses recurrieron a la autoridad papal para justificar sus derechos. Argumento que pronto discutirían Vitoria y sus discípulos de la Escuela de Salamanca (y sobre lo que tampoco trataremos ahora). Grotius sostiene en este capítulo que, a pesar del respeto que tienen algunos “hombres eruditísimos, sobre todo españoles” a la autoridad del Sumo Pontífice, sin embargo “intrépidamente afirman (emplearé sus mismas palabras) que el Papa no es señor civil o temporal de todo el orbe” (p. 16).

Esas “intrépidas” palabras se encuentran en el Capítulo 21 de las *Controversiarum Illustrum* de Fernando Vázquez de Menchaca^[28], números 1 al 3. Pero sabemos que ya antes Vitoria había justificado este mismo argumento en su *Relectio De Indis*, al que Grocio se remite en dos ocasiones unas pocas líneas más arriba: en la edición de Armitage aparece la referencia II, 2; que inicialmente parece estar equivocada porque corresponde al siguiente epígrafe: “El emperador no es señor del orbe”. Por otra parte, García Arias anota la cita con los números 16 y 27, pero sin asignarles ningún capítulo: he revisado el texto de Vitoria y no encuentro tampoco ninguna coincidencia en esa numeración. En mi opinión, aceptaría la referencia de Armitage (II, 2) ya que se trata de una extensa (y complicada) argumentación de Vitoria en torno a las relaciones del poder imperial con el señorío temporal de Cristo. Lo que por

otra parte, puede tener que ver con una digresión del jurista holandés sobre que “Nuestro Señor Jesucristo desechó todo el imperio terrenal y no tuvo, en cuanto hombre, el dominio de todo el mundo; y aunque lo hubiese tenido, con ningún argumento se puede demostrar que transmitió el derecho a ese dominio a Pedro o a la Iglesia Romana por derecho de vicaría” (p. 16).

Considero que esta interpretación puede avalarse con una tercera y cuarta cita de Vitoria al final de este mismo capítulo, en el que Grocio escribe: “De donde se sigue, según el parecer de Cayetano y de Vitoria, y según la mejor parte tanto de teólogos como de canonistas, que no es idóneo el título sobre los indios, bien se fundamente en que el Papa haya concedido de una manera absoluta el dominio sobre aquellas provincias, bien porque sus habitantes no reconocen el dominio del Papa” (p. 17); aquí vuelve a remitirnos a este *De Indis* II, 2.

CAPÍTULO IV

“Los portugueses no tienen sobre las Indias Orientales ningún derecho de dominio por título de guerra”

CITAS 8, 9 y 10

Grotius parece demostrar en este capítulo un buen conocimiento de la doctrina escolástica sobre el “Derecho de guerra”, ya que tiene cuidado en reconocer los títulos para justificar la guerra que los españoles aceptaban^[29], principalmente el *ius communicandi* que había señalado Vitoria, y con el que abre este nuevo apartado: “Quitadas estas dificultades, ya que es manifiesto lo que también escribe Vitoria, que los españoles que navegaban a aquellas tierras tan distantes no tenían ningún derecho de ocupar aquellas provincias, solamente queda el título de guerra, el cual, aunque fuera justo, no puede servir para el dominio, sino como derecho de botín, esto es, después de la ocupación” (p. 17).

Siguiendo con su argumento sobre que los portugueses no podrían haber ocupado las Indias por donación papal, Grocio añade en seguida que tampoco como derecho de presa a consecuencia de una guerra. Y la razón estriba precisamente en que los portugueses no pudieron guerrear legítimamente contra los indios ya que estos no les habían impedido el comercio: “pues los que suelen atacar en guerra a los bárbaros, como los españoles a los americanos, suelen proponer dos pretextos: que les nieguen el comercio o que no quieran conocer la doctrina de la verdadera religión. Realmente los portugueses consiguieron de las Indias Orientales el derecho a comerciar, de suerte que en esto no tienen nada de qué quejarse” (p. 18).

En la primera cita de Vitoria, la edición de Armitage vuelve a remitirnos al conocido *De Indis* II, 2; mientras que García Arias se refiere al I, 31 (que no existe en ninguna de las ediciones que he consultado). Podemos considerar esta cita como una corroboración de lo que se acababa de exponer en el capítulo tercero.

Y en la siguiente cita de nuevo nos sumimos en la perplejidad, porque la edición inglesa anota el número II, 4 (en el capítulo sobre los títulos ilegítimos), a saber: “El segundo título que se alega, y con arrogancia por cierto [en latín Vitoria escribe *quidem vehementer*], para justificar la posesión de aquellos territorios es la autoridad del Sumo Pontífice”. Mientras que la española refiere a II, 10 (en el mismo capítulo): “El derecho del descubrimiento. Al principio no se alegaba otro, y con solo este primer título se hizo a la mar Colón el genovés”.

Lo mismo nos ocurre con una tercera cita, que aparece al final del capítulo (también referida a *De Indis* II, 4) como justificación del siguiente párrafo: “Por lo cual, al faltar no solo la posesión, sino el título de la misma, ni las cosas y poderes de la India no deben tenerse como si antes hubiesen sido *res nullius*, y ni siendo de ellos han podido ser rectamente adquiridas, y de esto se sigue que los pueblos de la India oriental, de los cuales hablamos, no son propios de los portugueses, sino que son libres

y *sui iuris*, acerca de lo cual los mismos doctores españoles no dudan” (p. 20).

Sin embargo, la referencia a Vitoria en los tres casos poco tiene que ver con el enunciado del capítulo de *Mare Liberum*: que la posesión de las Indias no proviene del derecho de guerra. Pienso que podemos encontrarnos ante un error de Grocio, de sus traductores, o de todos...

Al menos para consuelo de los lectores, quiero destacar aquí que en la segunda cita viene se acompaña con una mención al jurista Vázquez de Menchaca en el Capítulo 24 de las *Controversiarum* (números 1 al 5)[\[30\]](#), en la que sí se analizan las posibles causas para justificar una guerra. Dejando aparte la licitud de pelear en caso de interrupción del comercio, lo que trata el jurista español en este apartado es la ilicitud de la guerra contra los infieles, por la simple causa de sus malas costumbres o de no reconocer la autoridad del Papa y del Emperador.

CAPÍTULOS V y VI

“Ni el mar de las Indias Orientales ni el derecho a navegar por él son propios de los portugueses por título de ocupación”

“El mar o el derecho de navegar no son propios de los portugueses por título de donación pontificia”

CITA 11

Vistos en los capítulos precedentes los posibles (o no) derechos de ocupación de Portugal sobre las Indias, Grocio pasa a continuación a reflexionar sobre el derecho a navegar por aquellos mares, a lo largo de un extenso capítulo (en el que no hay ninguna cita de Vitoria) y un capítulo VI mucho más breve. Lo que le lleva a una importantísima disquisición sobre los conceptos de dominio y propiedad. Pues bien, recurriendo a los argumentos de los salmantinos, el holandés concluye que no puede aplicarse ningún derecho de propiedad a la navegación

marítima, ya que resulta imposible una ocupación privada de los mares; ni tampoco por donación papal.

El párrafo que nos interesa aquí es el siguiente: “Aparte de esto, siguiendo la opinión de los varones de sano juicio, el Pontífice no es señor temporal de todo el orbe y, por lo mismo, no podía ser señor del mar; más aún, admitiendo de momento que en realidad le perteneciese esa soberanía, no estaba en manos del Pontífice el traspasar ninguna parte de su derecho, totalmente inherente a su pontificado, a un príncipe o a un pueblo cualquiera, como no está en las atribuciones de un emperador el convertir para su uso personal o enajenar provincias de su imperio” (p. 38).

El texto termina con una cita del *De Indis* II, 2 (que ya conocemos: “El Emperador no es señor de todo el orbe”; aunque la versión española vuelve a diferir con el número I, 26). Lo que resulta extraño una vez más, ya que el argumento grociano se centraba en la posible donación papal... Tal vez la referencia a Vitoria se ciña a ese otro “subargumento” de Grocio, que plantea lo que no puede hacer el Papa como tampoco podría hacer el Emperador: donar parte de sus territorios.

CAPÍTULO XII

“En ninguna equidad se apoyan los portugueses para prohibir el comercio”

CITA 12

La última referencia al maestro salmantino, después de varios capítulos sin mencionarle, se encuentra en este apartado sobre la libertad de comercio, donde Grocio escribe que “De lo dicho se ve con claridad la ciega avaricia de aquellos que no quieren que los lucros producidos por el comercio sean repartidos entre sus semejantes, y se afanan en calmar sus conciencias con aquellas razones que los mismos maestros españoles, que se encuentran en el mismo caso, refutan como manifiestamente vanas” (p. 54).

Detrás de una llamada a las *Controversiarum* de Vázquez de Menchaca (Capítulo 10, nº 10), aparece la cita de la *Relectio De Indis* I, 3: “El pecado mortal no impide ni la propiedad civil ni el verdadero dominio”. En mi opinión, estas últimas referencias a Vitoria parecen haberse forzado un tanto artificialmente, ya que los argumentos del dominico no coinciden con la explicación de Grocio en su *Mare Liberum*. Este último caso, por ejemplo, la protesta de los holandeses iría en la línea de defender que todos pueden aprovecharse del comercio para su beneficio; mientras que el texto del *De Indis* lo que justificaría es que los indios eran verdaderos dueños de sus bienes.

Visto lo cual, me atrevo a conjeturar que en algunos párrafos del *Mare liberum* (sobre todo, al final de su obra), Grocio no empleó adecuadamente las citas a favor de su tesis; o bien han podido ser copiadas equívocamente en las diversas traducciones que venimos consultando: en este caso, cabría hacer una pesquisa sobre las ediciones originales. Lo que me parece excede los objetivos de este trabajo, que pretendía incidir en la importante figura de Francisco de Vitoria, reconociendo las abundantes citas suyas que recogió otro ilustre pensador, el jurista holandés Hugo Grotius.

[1] En Hugo Grocio, *De la libertad de los mares*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 14.

[2] Oxford, 1952. Existe una edición española reciente, preparada por Luis Perdices, *La Escuela de Salamanca*, Salamanca, 2005.

[3] *La Escuela de Salamanca, Hugo Grocio y el liberalismo económico en Gran Bretaña*, Universidad Complutense de Madrid, 2004.

[4] Aquí me remitiría, por ejemplo, a la inspiración que está detrás de una iniciativa de la Universidad que nos acoge; me refiero a los congresos “Católicos y vida pública”.

- [5] “Francisco de Vitoria, *Contratos y usura*. Introducción, traducción, verificación de fuentes y notas: M^a Idoya Zorroza”. En *Investigaciones de Historia Económica* 10 (2008), pp. 168-170.
- [6] “Las aportaciones de la Escuela de Salamanca para un economista de hoy” en *Libros de Economía y Empresa* 3 (2008), pp. 40-43.
- [7] Editado por la Universidad Francisco de Vitoria, 2009.
- [8] *De legibus*, Universidad de Salamanca, 2010.
- [9] *Teología y ley natural*, BAC, Madrid, 2011.
- [10] *Francisco de Vitoria. Relectio de Potestate Civili*, CSIC, Madrid, 2008.
- [11] Sigo aquí mi artículo “Economía y guerra. El pensamiento económico y jurídico desde Vitoria a Grocio (y después)”, en *Studia Historica* 27 (2005), pp. 135-159.
- [12] Escondido en una cesta de libros que habitualmente le traían y llevaban.
- [13] Martine Julia van Ittersum, “Introduction” a Hugo Grotius, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, Indianapolis, 2006.
- [14] He procurado buscar algunas respuestas a esta pregunta en mi artículo, del que he entresacado aquí varios párrafos: “Comercio y Diplomacia: la Tregua de los Doce Años en el marco de las disputas sobre la libertad de los mares”, en J. Martínez Millán (ed.): *La Dinastía de los Austria. Las relaciones entre la Monarquía Católica y el Imperio*, vol. II, Madrid, Ediciones Polifemo, 2011, págs. 1245-1262.
- [15] Sigo aquí mi trabajo citado en la Nota 11: *Studia Historica* 27 (2005).
- [16] El punto de arranque es la argumentación de Vitoria sobre los Justos Títulos para la dominación española en América, así como su defensa -mayor que la de Las Casas- de los derechos de los naturales. Todo ello sustentado en una innovadora teoría sobre el contenido universal de los Derechos Humanos y las restricciones democráticas al poder político. Pero ésta es una larguísima cuestión en la que no podemos entrar con más detenimiento. También quiero recordar que la imagen de Francisco de Vitoria ha quedado plasmada en los murales del Palacio de las Naciones Unidas de Ginebra (obra del español José M^a Sert).
- [17] En *El origen español del Derecho Internacional moderno*, Valladolid, 1928, p. 238. Ver también sus otras obras como *The classics of International Law*, Baltimore, 1911 o *Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford, 1934; así como los contenidos de una interesante *Revista Americana de Derecho Internacional*, auspiciada por su iniciativa.
- [18] Lo vemos en los trabajos de E. Hinojosa (“Los precursores de Grocio”, 1929), R. Riaza (“La escuela española de Derecho Natural”, *Universidad de Zaragoza* II (1925), pp. 317-330, o Camilo Barcia Trelles, *Francisco de Vitoria, fundador del derecho internacional*, Valladolid, 1928.
- [19] Como “El P. Suárez, creador del concepto de derecho internacional”, *Razón y Fe* 83 (1928), pp. 225-240 o “¿Grocio, fundador del derecho natural?”, *Razón y Fe* 87 (1929), pp. 525-538.
- [20] No es anecdótico recordar libros como *Luis de Molina, y el derecho de la guerra*, Madrid, 1947, que fue la Tesis Doctoral de Manuel Fraga en 1941. Autor muy poco después de la traducción del *De iure et officiis bellicis* (Madrid, 1948) de Baltasar de Ayala [1597]. Y algo posterior es el trabajo de Luciano Pereña, *Teoría de la guerra en Francisco Suárez*, Madrid, 1954.
- [21] Ver por ejemplo su reciente síntesis: “La escuela de Salamanca, notas de identidad” en F. Gómez Camacho, *La Escuela de Salamanca*, 1998.
- [22] Un estudio pormenorizado de estas citas nos permite señalar lo siguiente: en cuanto al *Mare liberum*, el nombre más repetido es el del jurista vallisoletano Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569), con casi una veintena de citas. Grocius se refiere a tres obras suyas: *Controversiarum illustrium* (1563), *De successionum progressu* (1564) y *De successionum creatione* (1559). Entre los autores escolásticos, Vázquez ha pasado bastante desapercibido. Sin embargo, el aprecio que le tenía Grocius es bien patente: “... esa gloria de España en quien nunca se echa de menos la sutileza al investigar el Derecho, ni la libertad al enseñar” (cap. 7. Cito la edición de García Arias, p. 127). Reconocimiento que no le impide a Grocius, en palabras del editor, copiar literalmente párrafos del jurista español en su tratado (ver págs. 129 y ss.). El segundo autor más citado es Francisco de Vitoria (1483-1546), con diez referencias de sus obras más famosas, las relecturas *De Indis* y

De potestate civili, editadas en unas *Relectiones Theologicae* (1557). A continuación viene Diego de Covarrubias (1512-1577), presidente del Consejo de Castilla y catedrático de Cánones en Salamanca. Las seis citas de Grotius se refieren a sus obras *Relectio regulae peccatum e In I Corintios*, publicadas en un volumen de *Opera omnia* (1577). Otro autor interesante para tener en cuenta es Baltasar de Ayala (1548-1584), un funcionario de los Países Bajos españoles al servicio de Alejandro Farnesio. Su libro *De Iure et officis bellicis* (1597) aparece citado en tres ocasiones. Para terminar con *Mare liberum*, recogemos a dos autores menos conocidos: Rodrigo Suárez, autor de *Excellentissimae allegationes* (1555) y el penalista Alfonso de Castro (1495-1558) con *De potestate legis poenalis*. Sus nombres aparecen citados apenas un par de veces.

2">En cuanto a los otros dos libros: "En la obra *De iure praedae* cita de modo explícito a Vitoria 68 veces, y cuatro más a Vázquez de Menchaca, y a Covarrubias 34, que son los autores españoles más socorridos por el pensador holandés. La obra cumbre de Hugo Grocio y que inmortalizó su nombre en la historia de la filosofía del Derecho es la *De iure belli ac pacis*, que publicó en París en 1625. Es su obra de madurez; la escribió cuando tenía cuarenta y dos años, y es la que mejor define su pensamiento, sus definitivas dependencias y su método o sistema de trabajo. Las veces que cita en esta obra a Vitoria son 58; el segundo lugar lo ocupa aquí entre los autores hispanos Diego de Covarrubias, al que menciona de forma explícita en 52 ocasiones, mientras que a Vázquez de Menchaca, que ocupa el tercer lugar, lo nombra expresamente 31 veces. Menos veces aparecen Domingo de Soto y otros teólogos juristas de la escuela española o de Salamanca (Francisco Suárez, Luis de Molina, Baltasar de Ayala, Domingo Báñez). Todo manifiesta el gran impacto de nuestra escuela en Hugo Grocio". R. Hernández Martín, *Francisco de Vitoria*, Madrid, 1995, p. 214.

[23] El texto es de P. Tedde y L. Perdices, "La Escuela de Salamanca en el siglo XVI español", p. 109.

[24] H. Grotius, *The Free Sea*, Indianapolis, Liberty Fund, 2004.

[25] H. Grocio, (1956), op. cit.

[26] Francisco de Vitoria (2008), op. cit.

[27] Francisco de Vitoria, *Relectio de Indis*, Madrid, CSIC, 1967.

[28] Edición bilingüe de Fidel Rodríguez Alcalde, Valladolid, 1931.

[29] Aprovecho para recordar que Grotius en su *Mare Liberum* también cita el *De iure et officiis belicis* de Baltasar de Ayala (1582), uno de los muchos tratados españoles sobre el Derecho de la Guerra. Lo que estudio en mi artículo "Los tratados *De iure belli* y el origen del Derecho Internacional. Una aproximación historiográfica a los estudios sobre el *Derecho de la guerra* durante el primer franquismo", en *Hispania Sacra* LXII - 125, (2010), pp. 311-327.

[30] Vázquez de Menchaca (1931), op. cit.

Capítulo 11. Actualidad tácita de Francisco de Vitoria

Fernando Rovetta Klyver
Universidad de Castilla-La Mancha

1. Introducción: Vitoria entre los clásicos y frente a los poderes

Si el pensamiento clásico se caracteriza por su permanente actualidad, podemos calificar como clásico al discurso de Francisco de Vitoria. Desde el primer tercio del s.XVI se muestra idóneo para aclarar cuestiones de derecho internacional público, que él mismo creó, pero también de otras áreas del derecho y de las ciencias sociales.

Las doctrinas filosóficas que mayor incidencia tuvieron en la historia del pensamiento se gestaron en ciudades relevantes para los imperios: en su emergencia, apogeo o decadencia. Si Whitehead afirmó que *toda la historia de filosofía puede entenderse como notas a pie de página de las obras de Platón*, y Platón planteó el ideal del Rey filósofo,[\[1\]](#) todos los filósofos tuvieron que adoptar cierta posición respecto al poder. Hobbes, Maquiavelo o Hegel muestran los diferentes grados de aproximación de la filosofía al poder.

No obstante, Kant se posiciona en las antípodas de Platón: “Que el rey filosofe o que los filósofos lleguen a ser reyes, no es probable, ni halagüeño, ya que la posesión de la fuerza inevitablemente desconcierta el libre juicio de la razón. Es, sin embargo, indispensable para esclarecer mejor sus intereses, que el rey y los pueblos soberanos, que se gobiernan por leyes de igualdad, no hagan desaparecer o enmudecer la clase de

filósofos, dejándolos libremente expresarse, porque incapaces de promover turbulencias y tramar conciliábulos, no pueden ser sospechosos ni ser acusados de *hacer propaganda*.”[2] A esta clase de filósofos críticos pertenece Vitoria, aunque sea poco reconocido por algunos filósofos contemporáneos, quizá porque haya por lo menos dos grandes tradiciones de pensamiento jurídico-político y las turbulencias de la política también afecten a ciertas producciones filosóficas. El *desideratum* formalista kantiano de una *razón pura*, condujo a Kelsen a plantear una *teoría pura del derecho*, que no pudo sostener como tal. Concebir filosofías puras es, en el mejor de los casos, una ingenuidad; del mismo modo que pensar quienes detentan los poderes están totalmente desconcertados, aunque haya algunos que parecen haberlo logrado.

Desde su cátedra salmantina en la metrópolis del primer imperio global, aquél *en el que no se ocultaba el sol*, Vitoria negó que el emperador Carlos V pudiera esgrimir títulos legítimos para conquistar a los habitantes del Nuevo Mundo porque *“estaban ellos, pública y privadamente, en pacífica posesión de sus bienes”*[3]. Tampoco admitió argumentos regalistas que pretendían reforzar el poder imperial en las Bulas del Papa Alejandro VI. En pleno escenario inquisitorial, el maestro salmantino sólo llegó a admitir un “poder temporal indirecto” que suponía atender a la demanda de los propios habitantes de las Indias que hubieran sido cristianizados no forzosa, sino persuasivamente.[4] Tampoco consideró legítimo el afán de lucro ilimitado de los colonizadores.[5] En síntesis, el discurso crítico de Vitoria puso límites al poder del Emperador y del mercado, sino también al poder temporal del Papa en función de un oportuno secularismo. Esto mismo es lo que muestra simultáneamente la conveniencia de volver sobre sus textos, realizando una lectura a contrapelo de una historia del pensamiento político que en muchos casos contribuyó a generar -o se retroalimentó de- los actuales poderes globales.

R.Morse ha propuesto una sucesión entre los dos grandes modelos jurídico-políticos de Occidente: el angloamericano

inspirado en Hobbes y Locke y su *individualismo posesivo* (MacPherson) y el Iberoamericano fundado en Vitoria y Suárez, y en lo que llamamos su *personalismo comunicativo*. Éste sólo tuvo vigencia en el Siglo de Oro español, pero luego habría sido reemplazado por aquél, que desde el s.XVII se ha desarrollado hasta plantear aporías actuales.[\[6\]](#) Esto ratificaría que la filosofía jurídico-política que se desarrolle está directamente vinculada al poder político militar hegemónico del momento.

Sin embargo, en otros trabajos estimo haber probado que el modelo jurídico-político iberoamericano ha logrado sobrevivir en el pensamiento y la acción de quienes promovieron la emancipación latinoamericana, como S.Bolívar, J.Martí, J.C.Mariátegui y J.B.Alberdi.[\[7\]](#) Pero pese a que no es común que se estudie discursos emergentes desde espacios no hegemónicos de poder, sigue siendo oportuna la invitación de Morse, para que desde el modelo angloamericano se busque en el iberoamericano algunas alternativas para salir de la crisis global que aquél contribuyó a generar.

Entre los antecedentes de Hobbes, Locke y el empirismo británico, encontramos a Francis Bacon (1561-1626), quien con su lema: “*saber es poder*”, proponía desplazar la epistemología aristotélica en cuya cima la metafísica se mostraba como “una inutilidad indispensable”. Para Bacon la ciencia puede ser útil, práctica, poderosa, a precio de dejar de indagar sobre los trascendentales: verdad, bien, unidad o belleza. Luego, este empirismo de corte positivista, por su propia dinámica radicalizó tal aforismo en un: *scientia et potestas convertuntur*, que legitimara la inversión: *poder es saber*.

Se incurrió así en dos falacias *ad baculum* y *ad crumenam*, según se trate del poder político o del económico, falazmente se presume que una afirmación es verdadera cuanto mayor poder político o económico-financiero ostente quien afirma. Ejemplo de ello lo tenemos con las Agencias de Calificación (*Standard & Poors* y *Moodys*) que pese a haber dado muestras de escaso rigor científico o técnico al calificar con la triple A los fondos de

inversión que resultaron fraudulentos, continúan siendo reconocidas como idóneas para señalar las “prima de riesgo” de los países de mundo, por unos gobernantes –investidos de poder político carente de legitimidad democrático-constitucional- que, sumisos, las acatan.

Por ello pretendemos en este trabajo mostrar la actualidad tácita del discurso de Vitoria en dos cuestiones de máxima relevancia económica y política. Y decimos que es tácita tal actualidad porque sus argumentos se emplean para resolver cuestiones relativas a la propiedad privada en un caso y a la guerra en el otro, pero en vez de atribuírselo a Vitoria, se lo atribuyen a Locke y Grocio respectivamente. Para el segundo caso nos valdremos de un texto de Ferrajoli relativo a la soberanía, donde explícita y excepcionalmente muestra la actualidad de Vitoria, que luego él mismo explícitamente fundamenta.

Cabe considerar que Vitoria no sólo en su discurso teórico puso límites a los poderes de su época, sino que incluso en su praxis desistió de ser nombrado Arzobispo de Toledo, cargo no exento de poder temporal, para poder escribir su crítica al magnicidio de Atahualpa por obra de Francisco Pizarro. Pertenece, además, a una de las órdenes mendicantes que durante el Medioevo –distanciadas del poder económico y no a su servicio- dieron origen a las universidades europeas.

2.

Robert Nozick atribuye a Locke una estipulación que podría legitimar la propiedad privada, según la cual: “Un proceso que normalmente da origen a un derecho de propiedad permanente y legable sobre un objeto previamente no poseído, no llevará a un resultado si la posesión de otros que ya no están en libertad de utilizar el objeto empeora, como consecuencia del mencionado proceso”. Esta estipulación presuntamente lockeana le habría permitido encontrar una verdadera justificación de la idea de apropiación.[\[8\]](#)

La citada estipulación se inferiría de la doctrina sobre la propiedad inserta en el cap.V del *II Ensayo sobre gobierno civil*, cuyo contenido es tributario del discurso de Vitoria, quien a su vez profundizó en esta temática comentando la Suma Teológica de Tomás de Aquino, donde las citas a Aristóteles y a la Patrística no son escasas. De tal modo, la primera tesis de Locke: *el trabajo es el fundamento de la propiedad*, ya está presente en la Patrística. La segunda, *las necesidades de la vida legitiman la propiedad*, está presente en la Suma teológica[9]; por último, las referencias a la caza, la pesca y a recoger leña, como modos primarios de apropiación, están en los Comentarios de Vitoria[10]. En todo caso, la originalidad de Locke se reduce a simplificar las doctrinas de las que se nutre -sin citarlas- para llegar a una conclusión contraria a la estipulación distributiva que se le atribuye.

Comienza Locke su tratado, como lo hicieran también los escolásticos, haciendo referencias a la Biblia, pero si aquéllos parten de que inicialmente todo lo creado pertenecía al Creador, Locke parte de la donación: “Dios otorgó el mundo a Adán y a Noé y a sus hijos... la tierra y todo lo que ella contiene”, como también “le dio la razón para que se sirva de ella de la manera más ventajosa para la vida”. Y entiende Locke que tal manera es la propiedad privada (aunque no emplee este calificativo). Para llegar a ello, señala tres momentos: en un estadio nómada primario el hombre pudo apropiarse de todos los frutos de la tierra y de los animales, “Por, ejemplo, el producto de la caza que sirve de sustento a los indios...” (25).

En un segundo momento, en un estadio más sedentario y agricultor se planteará que el fundamento antropológico de la propiedad es el trabajo. Parte de afirmar que “cada hombre tiene la propiedad de su propia persona” hecho que da por evidente y no demuestra,[11] y que “el esfuerzo de su cuerpo y la obra de sus manos son también auténticamente suyos” (26). “El Trabajo agregó a esos productos algo más de lo que había

puesto la Naturaleza, madre común de todos...” (27) y concluye:

“Por esta razón, la hierba que mi caballo ha pastado, el forraje que mi criado cortó, el mineral que yo he excavado en algún terreno que yo tengo en común con otros, se convierte en propiedad mía sin el señalamiento ni la conformidad de nadie. El trabajo que me pertenecía... dejó marcado en ellos mi propiedad.” (27)[12]

En función de ello, cabe preguntarse: si el trabajo genera derechos de propiedad ¿por qué el trabajo del criado no le convierte en propietario?, se podrá aducir: porque lo realizó en propiedad ajena. Pero esta respuesta lleva a otra cuestión: ¿en qué se basa la propiedad de tal *terreno que tiene en común con otros*? Además, si cada cual puede apropiarse del fruto de su trabajo ¿no habría sido oportuno reconocer que todo lo creado – también los seres humanos- pertenecen al Creador?, no resulta casual que en esta secuencia argumentativa aluda a la *Naturaleza, como madre común de todos*, concepción que remite a la cosmovisión precolombina.

Otra razón por la que el siervo no se convierte en propietario la encontramos en la biografía de Locke quien, según Hinkelamert, tenía invertida toda su fortuna en el comercio de esclavos a las colonias de América del Norte. Para Locke la esclavitud es “la prolongación de un estado de guerra entre un vencedor legítimo y un cautivo” (c. IV, 23). Situación que habrá de aplicarse a “quien ha perdido por su propia culpa y mediante algún acto merecedor de la pena de muerte, el derecho a su propia vida, (pero que se encuentra) con que aquel que puede disponer de esa vida retrase, por algún tiempo, el quitársela cuando ya lo tiene en poder suyo, sirviéndose de él para su propia convivencia; y con ello no le causa perjuicio alguno.”(22)[13]

A continuación, parece introducir Locke un primer límite a la capacidad de apropiarse de lo común, conforme a la estipulación que se le atribuye y que coincide con el que

propusiera Vitoria: “El hombre puede apropiarse de las cosas por su trabajo en la medida exacta en que le es posible utilizarlas con provecho antes de que se echen a perder” (30) llegando a calificar de “estupidez” y “falta de probidad” acaparar lo que exceda la capacidad de consumo, aunque no necesariamente la propia, porque admite el *trueque de ciruelas por nueces*, que duran más. Pero aquí abandona lo normativo y comienza una descripción que le permitirá sortear tal límite: “Tampoco atropellaba el derecho de nadie si entregaba nueces a cambio de un trozo de metal, movido de la belleza de su color....” (46) Para terminar entregándose a la facticidad admitiendo: “Así fue como se introdujo el dinero, es decir, de algunas cosas duraderas que los hombres pudiesen conservar sin que se echase a perder...” (47) Y “el descubrimiento del dinero dio a los hombres ocasión de seguir adquiriendo y aumentando sus adquisiciones.” (48)

Esa conclusión lockeana -en la que lo fáctico se impone a lo normativo- es funcional a la economía de mercado y deja atrás el doble límite propuesto por Vitoria a la apropiación: que sea de lo que se necesite y pueda consumirse antes que se eche a perder, y que no sea para la venta. En sus palabras: “respecto a los bienes comunes... nadie *se tiene por ladrón* inter illos, *ni pueden tomalle la leña aunque la vean en su casa, y supuesto que no la hurtan para vender (en español en el original)*, quia nulla fit injuria. Quilibet enim habet ibi partem (*no cometen injuria alguna porque todos tienen allí su parte*)”. [14] No negará Vitoria el derecho al comercio, pero cuando se trata de legitimar la apropiación por recolección, es preciso fijar el límite en la necesidad de cada cual, y sólo si se respeta tal límite será posible la estipulación que Locke toma de Vitoria aunque no lo cite: *dejar para los otros tanto y tan bueno*. Efectivamente, Locke la sugiere, pero inmediatamente da razones para no tomarla en cuenta.

El modo de argumentar de Locke incurre en lo que Ferrajoli

denomina *la falacia realista*, que es la opuesta a la *naturalista*, que denunciara Hume. Para el empirista inglés todas las éticas tradicionales comenzaban hablando del *ser*, de lo que ocurría, para concluir haciendo proposiciones del *deber ser*, y es falaz poner en la conclusión un término que no está presente en las premisas. En el ensayo de Locke, esta estructura se invierte: se comienza planteando los límites *que debieran ser* respetados, para luego decir que de hecho *no lo son* y darlo por bueno.

En un tercer momento, superada la fase nómada recolectora y afianzando la importancia del trabajo sedentario, que multiplica por diez o por cien el valor de la tierra, aborda la cuestión de la apropiación de la tierra misma, ya no de sus frutos o de los animales que la pueblen: “yo creo evidente que también en este aspecto se adquiere la propiedad de igual manera que en el anterior. La extensión de la tierra que un hombre labra, planta, mejora, cultiva y cuyos productos es capaz de utilizar, constituye la medida de su propiedad. (31)

En este punto, la diferencia con Vitoria se hace más notoria. Vitoria, como jurista apela al *Corpus iuris civili* para distinguir entre uso, usufructo y propiedad. “Porque se dice *usus*, cuando alguien tiene una cosa (...) usu(s)fructus a cierto dominio que compete a alguien” que disfruta de un bien aunque no sea su propietario, como una viuda que continúa viviendo en la casa que heredaron sus hijos, y “*possessio* es tener la propiedad de una cosa” [15] “El hombre es dueño del cielo... en el sentido que puede usar la luz del sol, de la luna y de las demás estrellas” (p.73) Pero “Nadie es de tal modo propietario de las cosas que no deba algunas veces compartirlas con otros, por ello el hombre no debe tener las cosas exteriores como propias, sino como comunes, de modo que las comunique fácilmente a los demás en sus necesidades.” (323-4) Vitoria profundiza ampliando los derechos de quienes están en extrema necesidad, pero esta consideración está totalmente ausente en el empirista inglés.[16]

Para Locke: “todo aquel que obedeciendo el mandato divino se adueñaba de la tierra, la labraba y sembraba una parcela de la misma, le agregaba algo que era de su propiedad, algo sobre lo que nadie más tenía ningún título” (31). Por el contrario, para Vitoria, la distribución de la tierra no se hizo por derecho divino positivo, ni por derecho natural, sino por derecho de gentes o consenso entre los habitantes de un territorio. Además, aunque considera mejor la propiedad comunitaria de la tierra, como la tenían las órdenes religiosas (o algunas poblaciones originarias de América, añadiría Las Casas), admite la propiedad privada remitiendo a los tres argumentos que expone Tomás de Aquino: “Primero, porque cada uno es más solícito en aquello que con exclusividad le pertenece que en lo que es común a todos o a muchos... segundo, porque se administran más ordenadamente las cosas humanas cuando a cada uno incumbe el cuidado de sus propios intereses... Tercero, porque el estado de paz entre los hombres se conserva mejor si cada uno está contento con lo suyo...”[17]

Finalmente, con respecto a las tierras de las que uno pueda apropiarse, sigue tres momentos: a) comienza también marcando un límite razonable: “...el apropiarse de una parcela de tierra no disminuía en realidad la cantidad de la que los demás podían disponer. Quien deja a otro la cantidad de que éste sea capaz de servirse, no le quita nada. Quien tiene a disposición suya el caudal completo de un río no se considerará en modo alguno perjudicado porque otro hombre beba de ese caudal...” (32) Para luego, b) sortear tal límite por la misma falacia realista que usó para aumentar la adquisición de los frutos de la tierra, impone lo fáctico sobre lo normativo: “(por) el uso y el valor del dinero...veremos que el hombre... se lanza inmediatamente a ensanchar sus propiedades.” (49) Pero aquí da un paso más, c) al reforzar esa constatación fáctica pretendiendo dotarle de un carácter normativo: “Por un acuerdo común, los hombres encontraron y aprobaron una manera de poder legítimamente y sin daño para nadie mayores extensiones de tierras de las que cada cual puede servirse para sí, mediante

el arbitrio de recibir oro y plata, metales que pueden permanecer largo tiempo...sin que se echen a perder...” (50) Ese *acuerdo común*, base del derecho de gentes al que apela Vitoria para legitimar la propiedad, supone una consulta a todos. Pero no nos consta que en la distribución de tierras en América del Norte sus habitantes originarios hubieran sido consultados, o que *aprobaran* o *legitimaran* tal modo de apropiación, o que pudieran suscribir que se hizo *sin daño para nadie*.

Por lo anterior, cabe afirmar que la estipulación “dejar tanto y tan bueno para los otros” no es de Locke, sino de Vitoria. Y, el hecho que autores como Nozick, Kymlicka o Gargarella encuentren persuasiva y razonable tal estipulación -aunque desconozcan a su fuente- nos permite confirmar la actualidad del pensamiento de Vitoria, aunque sea de modo tácito. Porque, con independencia de quién la haya formulado, la estipulación es válida. Y tal validez, como plantearía Habermas, no puede quedar sometida a la facticidad.[\[18\]](#)

Cabe admitir que Locke toma muy en cuenta la relevancia del trabajo, frente a los escolásticos que sólo lo abordan tangencialmente, y éste es el talón de Aquiles del modelo Iberoamericano de derechos humanos, como lo señalara oportunamente Mariátegui, desde el marxismo. No obstante, desarrolla la temática laboral para legitimar el derecho a la propiedad de tierras y fortunas, mientras que en Vitoria estos temas se abordan a propósito del deber de restituir y la crítica al hurto.

Resulta oportuno reproducir la evaluación que de su doctrina realiza MacPherson también desde el marxismo y no exento de ironía: “Locke hizo lo que tenía que hacer. Partiendo del supuesto tradicional de que la tierra y sus frutos habían sido entregados originalmente a la humanidad para su uso común, dio la vuelta a cuantos (*como Vitoria*, añadimos) derivaban de este supuesto teorías restrictivas de la apropiación capitalista.

Minó la descalificación moral con que hasta entonces se había visto lastrada la apropiación capitalista ilimitada. Aunque sólo hubiera hecho esto, su hazaña tendría que calificarse de considerable, pero hizo más todavía. Justificó también, como natural, una diferencia de clases en derecho y racionalidad, y al hacerlo proporcionó una base moral positiva a la sociedad capitalista. (...) La grandeza del liberalismo del s.XVII reside en su afirmación del individuo racional y libre como criterio del bien social; su tragedia consiste en que esa misma afirmación era necesariamente una negación de la individualidad para la mitad de la nación (y *más de la mitad del orbe*)".[\[19\]](#)

Continuando con los méritos de Locke, cabe destacar que propuso como paradigma de los modelos de derechos humanos inglés, norteamericano y francés (de éste en menor medida) a la propiedad privada, tipo de relación que se puede tener con las cosas (la tierra, sus frutos o el dinero) pero que si se aplicara a un ser humano se lo denigraría a la esclavitud; mientras que para la doctrina de Vitoria el principal derecho sería el *ius communicationis*, siendo la comunicación un tipo de relación que se establece entre personas libres y que, si se aplicara a las cosas, no sería para denigrarlas sino para dotarles de mayor rango ontológico, dignificarlas.

3.

Martha Nussbaum en una oportuna y sugerente crítica a los contractualismos modernos y contemporáneos que excluyeron a los discapacitados, las mujeres y los animales, ve conveniente remontarse a Hugo Grocio. Para ella, este jurista holandés “ofrece una exposición de los principios básicos de las relaciones internacionales que remite a los griegos y a los estoicos romanos (principalmente a Séneca y Cicerón)” quienes desarrollan “principios básicos de la sociabilidad, benevolencia y dignidad humana”.[\[20\]](#) Esta afirmación es parcialmente verdadera. En su obra de juventud, *Mare liberum* (1609) Grocio

adopta como núcleo de su obra una tesis de Vitoria a quien cita: “ya que el mar o el derecho de navegar por él no puede constituir propiedad de uno solo, se infiere que ni podría ser dado por el Papa ni aceptado por los portugueses.”[\[21\]](#) De hecho esta obra puede entenderse como una adaptación de la *Relectio De Indis I* (enero 1539) al nuevo escenario, sería propia de la etapa vitoriana de Grocio y hace que la afirmación de Nussbaum sea verdadera. Pero, sería falsa si consideramos *De iure belli ad pacis* (1623), en la que Grocio -cuando ha madurado un discurso propio- parece polemizar con la obra homóloga de Vitoria *De indis II* o *De iure belli* (junio 1539). Aquí los principios de benevolencia, sociabilidad y dignidad humana son eclipsados por la *falacia realista* que inauguran a un tiempo Grocio y el jurista italiano Alberico Gentili.

Para constatar la ausencia de tales principios en la doctrina de Grocio sobre el derecho a la guerra, resulta oportuno confrontar sus tesis con las de Vitoria, teniendo presente la valoración que de ellos hace Ferrajoli.[\[22\]](#) Sería previsible que en un contexto de guerra -incluso en una teorización sobre ella- no cupieran tales principios; sin embargo, tal escenario se presenta como un *experimentum crucis* de ambas doctrinas, y la de Vitoria los sostendrá no sólo respecto a la propia tropa. Para ello, propone tres límites jurídicos a modos de garantías que convierten a un conflicto bélico en una *guerra justa*: autoridad legítima, causa justa y recta intención. Estos habrán de conjugarse en tres tiempos: antes, durante y después del conflicto.

Resulta extemporáneo volver sobre la cuestión de la *guerra justa*, después que el art.1 de la Carta de Naciones Unidas (1945) prohibiera todas las guerras. Ya en el s.XVI, Lutero y Erasmo anticipaban esta prohibición basándose en textos bíblicos para adoptar un *irenismo* radical que luego debieron revisar ante la amenaza otomana. Vitoria, no obstante, inspirado en San Agustín, adopta como criterio el principio de la *legítima defensa*, y destaca que Juan el Bautista a los soldados no les prohibió que matasen, pero sí que maltratasen o cometieran

injurias.[23] Luego sólo puede ser justa una guerra defensiva: ya sea que se haya podido repeler la agresión inmediatamente, ya sea que se haya tenido que retrasar tal respuesta (en este caso Vitoria la califica de guerra *ofensiva*, lo que induce a equívoco).

La *autoridad legítima* para el primer caso, reside en la soberanía popular: “cualquiera, aunque sea un simple particular, puede emprender y hacer la guerra defensiva (... pues) tiene el derecho de defenderse a sí y a sus cosas... pero no lo tiene para vengar la injuria y aún ni para reclamar lo robado después de cierto tiempo... es lo que los juristas denominan *in continenti*”. Para el segundo caso, reside en la república y su representante: “la república tiene autoridad no sólo para defenderse, sino también para vengar a sí y a los suyos, y para exigir reparación de las injurias (pasadas... mas como) el príncipe recibe sus poderes por elección de la república; luego hace sus veces y posee su autoridad...”[24] Sin embargo, reconocida tal autoridad, será conveniente “examinar con gran diligencia la injusticia y causas de ella y escuchar asimismo las razones de los adversarios, si acaso quisieren discutir según razón y justicia.”[25]

Para Grocio la autoridad legítima reside sólo y para ambos casos en el príncipe: “La doctrina internacionalista y la filosofía política del s.XVII disuelven toda la ambigüedad que estaba presente en la construcción de Vitoria para adaptarla, de forma realista, a la fragmentación de Europa en nuevos Estados soberanos, tal como había quedado reconocida en la paz de Westfalia 1648.”[26]

Para Vitoria “no es causa de guerra justa el deseo de ensanchar el propio territorio” (11) o la búsqueda “de la gloria y el provecho particular del príncipe” (12) “La única y sola causa de hacer la guerra es la injuria recibida” (13) pero, “no basta una injuria cualquiera para declarar la guerra”. La agresión que la provoque habrá de ser *gravísima* “porque la dureza de la pena debe ser proporcional al delito (y) todas las cosas que en la guerra se hacen son graves y atroces.”

“Según Grocio, el *ius ad bellum* deja de estar rígidamente subordinado a la ofensa recibida, concurriendo también frente a quien haya violado el derecho natural o haya ofendido a la divinidad.” De tal modo, respecto a estos límites ético-jurídicos, postula atenuarlos “tanto, hasta llegar a hacer(los) desaparecer (y, con ellos, también a) la dimensión normativa y axiológica presente en el pensamiento internacionalista de Vitoria.” Afirma Ferrajoli, que aún antes que a Gentilli, podemos atribuir a “Hugo Grocio la primera formulación del ‘principio de efectividad’ que habrá de convertirse en el postulado teórico y metodológico de la ciencia internacionalista y que, en la práctica, habría de implicar la falacia naturalista (sic) de reducción del derecho al hecho.” [27]

Vitoria estipula que durante una guerra: “es lícito hacer todo lo que sea necesario para la defensa del bien público (15): recobrar todas las cosas perdidas y sus intereses (16), resarcirse con los bienes del enemigo de los gastos de guerra y todos los daños causados por él injustamente (17) y (terminado el conflicto) hacer todo cuanto sea necesario para asegurar la paz y la seguridad, por ejemplo destruir sus fortalezas.” (18) Pero añade un catálogo de lo que considera prohibitivo ética y jurídicamente: “ni aún en la guerra contra los turcos es lícito matar a los niños... que son inocentes... tampoco a las mujeres (que) se presume que son inocentes, a menos que conste la culpabilidad de alguna” (36). Y respecto a los “inocentes, de quienes pueden amenazar un peligro futuro... en ninguna manera es lícito matarlos. Porque no se puede hacer males para evitar otros males mayores.” (38)[28]

Para Grocio, por el contrario, el *ius in bello* “pierde todo límite, siendo lícito para los beligerantes matar a todas aquellas personas que se encuentren en territorio enemigo, incluso a las mujeres y los niños, y hasta los prisioneros.”[29] En resumen, por el *principio de efectividad*, en la guerra todo está permitido -incluso los actualmente llamados “efectos colaterales”- porque lo que prima es el interés por la victoria.

La *recta intención* si bien se anticipa en los medios, se manifiesta una vez finalizado el conflicto, y para Vitoria no es otra que la paz y la seguridad ecuaníme y moderada. Porque: “no siempre es lícito dar muerte a todos los culpables para vengar simplemente una injuria”, habría que limitarse, conforme “dice Cicerón, (con) `escarmentar a los que nos han causado algún daño, en cuanto la humanidad y la justicia lo permitan´” (47), por cuanto prescribe que “no se dé muerte a los prisioneros (a no ser que sean prófugos) pues debe guardarse el derecho de gentes como se acostumbra entre gentes buenas.(49) ... pero esto debe hacerse con moderación y no todo cuanto pueda conquistarse por la fuerza y poder de las armas (...) reteniendo solamente lo que sea justo para compensar los daños... porque la pena debe ser proporcionada a la culpa.”(56)[30] En estos textos, incluso por la cita, se prueba que la doctrina de Vitoria está más próxima a los estoicos romanos que la del jurista holandés.

En síntesis, según Ferrajoli, Grocio “logra que el derecho de gentes llegue a ser autónomo tanto del derecho natural, como de la moral y de la teología, al definirlo como `id quod Gentium omnium aut multarum voluntate vim obligandi accepit´, es decir, como aquello que adquiere fuerza vinculante por el consenso de todos o de la mayor parte de los Estados... *moratiores*, o sea, más civilizados”. [31] Consagra así, a nuestro criterio, no sólo el absolutismo y el secularismo sino también un eurocentrismo excluyente, que podría ser pasible de la crítica –y no del elogio– de Nussbaum. Vitoria, por su parte, también habría apostado por el secularismo aún más radical que el de Grocio, que según vimos admitía como causa de guerra justa “las ofensas a la divinidad”. Sostiene Vitoria, además, una concepción de la soberanía popular que le reconoce titularidad incluso para una defensa armada, luego no es absolutista; y una concepción del orbe en la que cabe el respeto a los pueblos originarios de América superando así el eurocentrismo.

El concepto de derecho de gentes, habría experimentado tres momentos: el clásico del jurista romano Gayo que lo

concebía como lo consensuado *inter omnes homines*, era un derecho individual al que sólo otorgaba eficacia el poder imperial; para Vitoria, en cambio, llamamos derecho de gente a lo que constituye la razón natural entre todas las naciones o pueblos, fundando así el derecho internacional público.^[32] En un tercer momento, Grocio habría constreñido la definición vitoriana para proponer un *ius gentium* funcional a las potencias colonizadoras.

Por último, encontramos una razón más para sugerir a Nussbaum una rectificación respecto al autor de referencia para superar los contractualismos excluyentes: Vitoria, afirma: “que el derecho de gentes no sólo tiene fuerza por el pacto y convenio de los hombres, sino que tiene verdadera fuerza de ley. Y es que el orbe todo, que en cierta manera forma una república, tiene el poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes. (...) Y ninguna nación puede darse por no obligada ante el derecho de gentes, porque está dado por la autoridad de todo el orbe.”^[33] Ciertamente no alude a los derechos de las personas que padecen alguna discapacidad, ni admite los derechos de los animales, pero su deferencia por los niños, las mujeres y los heridos en combate, da unos primeros pasos en tal sentido.

4.

Luigi Ferrajoli planteó explícitamente la actualidad de Vitoria, en el mismo capítulo en que comentó la obra de Grocio que glosamos. Analizó allí “el origen iusnaturalista de la idea de soberanía” mostrando dos momentos: el vitoriano, en el que la soberanía es compatible con el derecho de gentes, y el inaugurado por Bodin y Hobbes cuando se concibe como “*potestas soluta*”, es decir, como un poder que no admite límite superior alguno. En este segundo momento, que coincide con el que denominamos con Morse *angloamericano*, “la soberanía se ha revelado como un pseudo-concepto o, peor aún, como una categoría anti-jurídica”,^[34] porque lo propio del derecho, como

de la ética y de otros ordenamientos normativos, es poner límites.

Siguiendo a Kelsen, distingue Ferrajoli entre la soberanía interna, que se ejerce desde el príncipe hacia sus súbditos, y la externa, que alude a la relación con otros Estados. A partir de ella, plantea la divergencia entre los itinerarios de una y otra. La soberanía interna habría comenzado a ejercerse a partir del contrato social por el que el príncipe presenta unas leyes a sus súbditos exigiéndoles obediencia a cambio de garantizarles ciertos derechos. Tal pacto llega a plasmarse en un documento escrito (salvo en Inglaterra) y vinculante, la constitución, que puede llegar a constreñir el poder del monarca. La soberanía externa, por el contrario, habría roto inicialmente con toda sumisión al Imperio y al mismo Papa, para monopolizar absolutamente el uso legítimo de las fuerzas dentro de su territorio y desde él hacia todo otro espacio que el príncipe desee anexar a sus dominios.

Esta forma de ejercicio de la soberanía inaugurado en el s.XVII, conseguiría proyectar al plano internacional el *estado de naturaleza* hobbesiano, de *lucha de todos contra todos*, como consecuencia de haber pacificado la población en el propio territorio a través del contrato plasmado en el texto constitucional. Tal concepción de la soberanía externa habría servido para legitimar el afán colonizador de las potencias europeas; pero, simultáneamente también la Guerra de 30 años entre ellas, que terminó con la Paz de Westfalia en 1648. No obstante, en dicho acuerdo se resolvieron fronteras y cuestiones prácticas de no agresión, pero la concepción teórica de soberanía de Bodin y Hobbes permaneció intacta. Por esta razón en el siglo XX se reprodujo tal escenario bélico, con una nueva Guerra de 30 años, entre 1914 y 1945, incluyendo la Guerra Civil española antesala de la II Guerra mundial, que concluyó con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, precedida de la Carta de Naciones Unidas de 1945. Estos documentos serían el preámbulo de una constitución global, concluye Ferrajoli:

“En esta perspectiva, por una ironía de la historia, adquieren una actualidad singular muchas tesis de Francisco de Vitoria que he indicado... (la *communitas orbis* y la igual soberanía entre los estados) que hoy pueden ser descargadas de su dimensión utópica, así como de su originario carácter asimétrico, y que pueden quedar conectadas con garantías efectivas en el derecho positivo.”[\[35\]](#)

Porque, si al interior de cada territorio estatal se habría logrado poner límites al ejercicio del poder del soberano con un catálogo de derechos del ciudadano ¿por qué no intentar que una Constitución de alcance global ponga límite a los poderes de las soberanías estatales (y económicas), dotándola de mecanismos que garanticen unos derechos universales?

Es aquí donde Ferrajoli hace una apuesta por la fuerza normativa del derecho que pretende regular el ejercicio de los poderes soberanos, de modo que se eviten delitos contra la paz, los derechos humanos o el ecosistema. Se sitúa así en las antípodas de Grocio, Gentili y su *principio de efectividad*, que les hizo incurrir en la *falacia realista* de considerar que son las costumbres, aunque no respeten *la ley del más débil*, las que deben regular la política y la guerra, (o la economía, añadiría Locke). Por ello denuncia: “una crisis de legitimidad del sistema de soberanías desiguales y de relaciones cada vez más asimétricas entre países ricos y países pobres en que ha caído la comunidad internacional (...) crisis que afecta hoy a los fundamentos de lo que en la historia moderna ha sido el núcleo de la política y, a la vez, el principal obstáculo para la hipótesis esbozada primero por Francisco de Vitoria, luego por Immanuel Kant y finalmente por Hans Kelsen, de una comunidad internacional sometida al derecho...”[\[36\]](#) He aquí un *philum* intelectual del intelectualismo garantista: Vitoria-Kant-Kelsen, al que sin mayor dificultad podemos sumar al propio Ferrajoli.

Habría sí, cierta disonancia respecto a la doctrina de Vitoria, que hereda Ferrajoli del formalismo kantiano y kelseniano, a propósito del tema de la propiedad privada, con el que comenzamos esta ponencia. Para el jurista italiano “los derechos patrimoniales no son derechos fundamentales.” Con

esta tesis parece suscribir la denuncia de J.J.Rousseau contra toda propiedad privada, o la de Marx y Engels contra la propiedad privada de los medios de producción. Sin embargo, en su caso, formula tal tesis considerando “La diferencia de estructura de los derechos fundamentales y los patrimoniales, concernientes los primeros a clases enteras de sujetos, mientras los segundos a cada uno de sus titulares con exclusión de los demás.”[\[37\]](#)

Es esa la primera tesis inferida de su *definición, teórica, formal o estructural de los derechos fundamentales*, pero aquí, pese a que entendemos que pretende garantizar una mayor igualdad, criticando la asimetría creciente ya aludida, incurre en la falacia realista que él mismo critica a Grocio. No porque unos pocos tengan mucho y muchos no tengan lo indispensable debemos concluir condenando toda propiedad privada a permanecer fuera del *coto vedado* de los derechos humanos. La fuente del doble error es propio del formalismo de Kant y Kelsen: considerar sólo al sujeto y no al objeto, en este caso de la relación de apropiación, y quedarse sólo con la estructura formal y no considerar la materia de la misma.

Vitoria, por sus raíces aristotélicas, supera el formalismo a través del *hylemorfismo*, es decir, por la consideración simultánea de la materia y la forma, del sujeto titular del derecho y del bien jurídico a proteger. A partir de ello, plantea una distinción capital: no es lo mismo apropiarse de lo necesario para una vida digna, que tener propiedad sobre algo superfluo. Para el primer caso, se trataría de un derecho fundamental, para el segundo no. Luego el tratamiento impositivo habría de ser radicalmente diferente: respecto a una primera vivienda, el Estado debería garantizarla evitando cargas impositivas, condiciones hipotecarias o intereses excesivos y desahucios; por el contrario, respecto a una segunda vivienda, los impuestos habrán de ser lo suficientemente relevantes como para poder garantizar, por justicia distributiva, el derecho de todos a una vivienda digna. Otro tanto puede decirse de la sanidad, la educación y lo que en Brasil se denominó la “soberanía

alimentaria”.[\[38\]](#)

Finalmente, a modo de corolario de todo lo expuesto, analizaremos el caso del *ius migrandi*, en el que se resumen a la vez la estipulación de “dejar tanto y tan bueno para los otros” atribuida a Locke, y la conveniencia del cultivar la “sociabilidad, benevolencia y la dignidad humana” atribuida a Grocio, en una interpretación garantista de Ferrajoli respecto a la doctrina de Vitoria.

Si de alguna manera ya están planteadas las premisas jurídicas, conviene profundizar en la antropología filosófica del maestro salmantino, que por momentos parece adoptar cierto lenguaje existencialista. A partir de considerar que la madre Naturaleza (*natura mater*) dotó a los animales “de sus cubiertas y vestidos con los cuales pudiesen fácilmente sufrir la fuerza de las lluvias y de los fríos (...) bien con armas naturales para atacar los más fieros, o con la facilidad de huir los que son más débiles, o protegiéndose con el pico y el hocico o con la manera esconderse y disimularse”.(3) Pasa a considerar la condición humana:

“Sólo al hombre, concediéndole la razón y la virtud, dejó frágil, débil, pobre, enfermo, destituido de todos los auxilios, indigente, desnudo, implume, como arrojado a un naufragio (...) puesto que desde el momento de su nacimiento nada más puede que llorar (...) Para subvenir, pues, a estas necesidades fue necesario que los hombre no anduviesen vagos, errantes y asustados, a manera de fieras, en las selvas, sino que viviesen en sociedad y se ayudasen mutuamente. (...) Además la palabra es nuncio del entendimiento y para eso sólo fue dada, como Aristóteles dice, con la cual se eleva el hombre sobre los animales; mas la palabra, si estuviera en soledad, la tendría inútilmente (...) Nada en la naturaleza ama lo solitario, y todos somos arrastrados por la naturaleza a la comunicación, como Aristóteles observa. Y si alguno, dice Cicerón, si subiese a los cielos y estudiase la naturaleza del mundo y la hermosura de los astros, no le sería dulce la contemplación sin un amigo. (...) Por eso San Agustín escribe en el libro *De amicitia*: *Yo más bien que hombres llamaría bestias a los que dicen que se ha de vivir de tal suerte que no se sirva a nadie de consuelo ni tampoco de carga ni de dolor; que no se reciba deleite del bien del otro ni pesadumbre de su mal, que debe procurarse no amar a nadie ni ser de nadie amado*”.(4)[\[39\]](#)

He aquí una descripción de la natural sociabilidad humana,

de corte aristotélico, estoico y agustiniano, con una radical crítica anticipada al individualismo de Hobbes y su *homo homini lupus*, que se desarrolla en la apropiación y la belicosidad ilimitadas de Locke y Grocio, y que resultan tan funcionales al neoliberalismo contemporáneo. La condición humana originaria, concluye Kropotkin en su ensayo de etología, que a partir de insectos y orangutanes pasa revista a la prehistoria e historia humana, está más próxima al *apoyo mutuo* que a una *lucha de todos contra todos*.[\[40\]](#)

A partir de esa concepción del ser humano, Vitoria reinterpreta el derecho de gentes romano, según ya vimos, como un *ius communicationis* que puede poner límites y armonizar el ejercicio de las soberanías de las repúblicas del orbe. Esta doctrina irá a contra pelo simultáneamente del fundamento de la soberanía ilimitada de los Estados que nacerán de la Paz de Westfalia, y de su concepto de ciudadanía. Por tal razón Ferrajoli, que considera que el *derecho a migrar* se infiere directamente del vitoriano *derecho a la comunicación*,[\[41\]](#) plantea la necesidad de cuestionar la ciudadanía como un privilegio que excluye de derechos a otros habitantes de un territorio.

“(En) referencia a los derechos de los pueblos que Vitoria atribuyó a los conquistadores y que hoy Occidente -después de haberlos utilizado contra tantos pueblos inermes inválidos y saqueados- tendría el deber de reconocer, casi en concepto de indemnización, a todos los pueblos del mundo: el *ius societatis et communicationis*, el *ius peregrinandi* a nuestras provincias et *illic degendi*, el *ius migrandi* a nuestros países ricos y derecho de adquirir ciudadanía en virtud del sencillo título proclamado por Vitoria de que todos somos personas, *`ergo videtur quod amicitia inter homines sit de iure naturali, et contra naturam est vitare consortium hominum innoxiorum’*”[\[42\]](#) Es decir: parece, en consecuencia, que la amistad entre los seres humanos es de derecho natural, y contra natura es evitar el consorcio o la compañía de seres humanos que no hacen daño.

En síntesis, en las obras de Vitoria encontramos argumentos para que cada ser humano pueda apropiarse de lo que necesita para vivir dignamente, siempre que sea capaz de consumirlo antes que se eche a perder y que deje tanto y tan bueno a los otros, de modo que tal derecho de gentes pueda universalizarse. Esto se funda en los principios de benevolencia, sociabilidad y dignidad humanas que pueden constituir el preámbulo de una Constitución de derecho internacional que garantice todos los derechos para cada persona y cada pueblo.

[1] Platón: La república, VI, 15, 503: “Osemos ahora decir, que se debe poner a los filósofos como los más seguros guardianes del estado.”

[2] Kant, I.: Por la paz perpetua, Ministerio de justicia e interior, Madrid, 1994 (prólogo J.A.Belloch Julve) p. 70.

[3] Vitoria, F.: “De los Indios. Relección primera”, en Obras, Relecciones teológicas, BAC, Madrid, 1960. (ed. bilingüe T.Urdanoz), # 5. (p.65).

[4] Vitoria, F.: ib. P.716 y 680: “aunque el Papa no sea señor temporal, como arriba queda dicho (también en la Relección De la potestad eclesial I), tiene no obstante, potestad sobre las cosas temporales en orden a las espirituales” Porque...”el fin de la potestad espiritual es la felicidad final y, en cambio, el fin de la potestad civil es la felicidad social ...”

[5]^[5] Vitoria, F.: ib. La cita primera concluye: “luego absolutamente (si no consta lo contrario) deben ser tenidos por verdaderos señores, y no se les puede despojar de su posesión en tales circunstancias.” (p.65).

[6] Morse, R.: El espejo de prospero: Un estudio de la dialéctica del Nuevo Mundo, Siglo XXI, Bs.As., 1982, (trad.S.Mastrángelo).

[7] Trabajo presentado en el I encuentro internacional de historia, sociología y filosofía del derecho realizado en homenaje al jurista Julio Fernández Moltó, en la Universidad de La Habana, 22-24/feb/2010 y publicado como “Bicentenario de la emancipación latinoamericana y de su modelos de derechos humanos” en: Revista CIJUS VOX Año I, nº 2, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UMSNH, México, 2011. En versión virtual:

<http://www.themis.umich.mx/derecho/media/cijus/CIJUSVOX2011-I-2>.

[8] Nozick, R: Anachy, State and utopia, Basic Books, New York, 1974, p.178, fragmento citado y comentado por Kymlicka, W.: Filosofía política contemporánea. Una Introducción, Ariel Ciencia Política, Barcelona, 1995, (Traducido por Roberto Gargarella) pp.126-127. Destacado también en: Gargarella, R.: “La estipulación de Locke y la modificación propuesta por Nozick” en Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política, Paidós, Barcelona, 1999, pp.61-2. En versión resumida: “toda adquisición para ser válida debía dejar tanto y tan bueno del objeto adquirido para los demás”. Nozick (1938-2002) fue profesor de la universidad de Harvard.

[9] Aquino, T.: Suma Teológica, “Si es natural al hombre la posesión de los bienes exteriores”, (II II, 66, a.1 c) “...tiene el hombre el dominio natural de las cosas exteriores, ya que como hechas para él, puede usar de ellas mediante su razón y voluntad en propia utilidad, porque siempre los seres más imperfectos existen para los más perfectos... y con este argumento prueba Aristóteles (I Pol. C.3, n6) que la posesión de las cosas exteriores es natural al hombre-“ “si el hombre utiliza de las plantas en provecho de los animales y usa los animales en su

propia utilidad no realiza nada ilícito” (II 64, 1, c) (pp.431 y 493)

[10] Vitoria, F.: De Iustitia, Comentarios a la Suma Teológica, II, 62, a.3: “De aliis legibus, scilicet de venatione, de piscatione et lignatione est dubium. Et primo dubitatur de istis qui cogen leña en los montes, an colligentes lignum ultra statutum, peccent; et sic an teneantur ad restitutionem, “ (p.154)

[11] Respecto a la propiedad de sí mismo, Vitoria la cuestiona en su alegato contra el homicidio: “el que mata su caballo o quema su propia casa a nadie ofende. Pero sobre su cuerpo o sobre su vida no tiene él propio dominio. Solo el Señor es dueño de la vida y de la muerte... Cicerón pone en boca de Pitágoras estas palabras: ‘Está prohibido a los mortales escaparse del alcázar y mansión de la vida sin mandato del emperador o del señor’” (23, o.c., p. 1118). Que cada cual “tenga la propiedad de su persona” es, en el mejor de los casos, una metáfora. La propiedad es un tipo de relación entre un sujeto y un objeto, en este caso: se podría plantear que el sujeto es la intimidad personal pero el cuerpo no es propiamente un objeto, sino algo que al mismo tiempo se lo tiene (y puede disponerse de él) y se es. Cada uno es y tiene su cuerpo, pero no así su persona.

[12] Locke, J.: “De la propiedad” en Segundo tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil. Ed. De P. López Álvarez, Clásicos del Pensamiento, Biblioteca Nueva, Madrid, 1990. Cap. V (pp.61-75) Epígrafe 27, p.63, los demás serán citados entre paréntesis.

[13] Locke, J.: “De la esclavitud” en Segundo tratado, o.c., Cap. IV Epígrafes 23 y 22. Respecto a la afirmación “sin perjuicio alguno” cabe considerar el caso presentado en el película “El secreto de sus ojos” de J.J. Campanella, Argentina-España 2009, donde la cadena perpetua se presenta como algo peor que la pena de muerte.

[14] Vitoria, F.: Comentarios a II II 57, 3, p.154.

[15] Vitoria, F.: Comm. II II 57, a,1, p.66

[16] El criterio de necesidad es clave, permite distinguir entre una apropiación legítima y otra que, en el mejor de los casos, es sólo legal. La ausencia de esta distinción torna irresoluble para Nozick (1974: 160-2) la justicia distributiva a partir del famoso caso de Wilt Chamberlain, jugador de baloncesto. Para Vitoria, donde debe garantizarse la distribución equitativa es en los bienes necesarios, que son innegociables; por el contrario, si alguien quiere invertir una fortuna en una cuestión superflua, es cosa suya. Tampoco consideran esta distinción Kymlicka, (1995:13-8), ni Gargarella (1999: 53-6).

[17] Aquino, T.: S.T. II II, 66, 2, T. VIII, c, p.495. En su comentario, Vitoria adopta como “Primera conclusión... que es legítimo, sin ninguna duda, que el hombre pueda poseer aquello que necesita por las tres razones que Santo Tomás expresó literalmente. Luego responde a una cuestión: “3. Pero surge una duda, por lo menos entre los cristianos, de si es mejor que todas las cosas sean comunes: (...) absolutamente hablando es mejor (ergo simpliciter esset melius).” Toma como referencia a la Iglesia de los Apóstoles, pero advierte Vitoria que para que funcione tal comunidad de bienes, se requiere: modestia, concordia, obediencia y justa distribución que no son frecuentes en las comunidades. (p.323-5). Acaso por esta última referencia, Hobbes denosta como “estado de naturaleza (a aquel) en el que todo es de todos y no hay lugar para ese mío y tuyo que se llama dominio y propiedad”, (T.Hobbes: El ciudadano, Clásicos del pensamiento, CSIC, Madrid, 1993, p.56

[18] Habermas, J.: Facticidad y validez, Trotta, Madrid, 1998, p.90: “En el modo de validez del derecho la facticidad de la imposición del derecho por parte del Estado se entrelaza con la fuerza fundadora de legitimidad que caracteriza a un procedimiento de producción del derecho, que por su propia pretensión había de considerarse racional por ser garantizador de la libertad.”

[19] Mac Pherson, A.: La teoría política del individualismo posesivo, Fontanella, Barcelona, 1979, (trad.de J.R. Capella) pp 191 y 223.

[20] Nussbaum, M.C.: Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión, Paidós, Barcelona, 2006, p. 53, 57. Nussbaum (1947) graduada en Harvard, fue galardonada con el premio Príncipe de Asturias a las Ciencias Sociales en 2012. Sobre este erróneo atribuir a Grocio afirmaciones de Vitoria ver: Rovetta, F.: El descubrimiento de los derechos humanos, Iepala, Madrid, 2009, pp.131 y 441.

[21] Grocio, H.: De la libertad de los mares, c.6, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979 (prol. L. García Arias, Trad. V. Blanco García y L. García Arias), Madrid, 1979, p.116; en la obra se cita, a Séneca 7 a Cicerón 6 y a Vitoria 7 veces (De indis I: pp., 72, 72, 76, 117 y 152; De indis II: 65 y 83).

[22] Ferrajoli, L.: “El perfeccionamiento de la idea de soberanía en la era del absolutismo. Grocio, Hobbes y Locke” en cap.5 de Derechos y garantías. La ley del más débil, Trotta, Madrid, 1999, (traduc. Cap.1-3 P.A.

Ibáñez; 4-5 Andreas Greppi) p. 131-4. Cabría plantear que más que “perfeccionamiento” se trata de una “radicalización” o “absolutización”, porque más adelante el mismo Ferrajoli planteará que este modo de entender la soberanía lo convierte en un concepto antijurídico.

[23] Vitoria, F.: “De los indios, Relección segunda (o De iure belli)”, en Obras, o.c. 1. pp. 815-6. Inicialmente, “Lutero... niega que sea lícito a los cristianos tomar las armas contra los turcos”. De su referencia a Juan el Bautista (Lc.3, 14) y Agustín (Contra Faustum) podría desarrollarse un código deontológico para los ejércitos en línea con los Convenios de Ginebra (1949). Luego, adopta la definición agustiniana: “Las guerras justas son aquéllas en que se toma satisfacción de las injurias, si ha de castigarse a una ciudad o nación que no se cuida de reparar el daño causado por sus súbditos ni de devolver lo que ha quitado injustamente”. (p.817)

[24] Vitoria, F.: ib, pp.820-21: en esta última alude a la Política de Aristóteles libro 3. Al referirse a un “príncipe” electo, podría estar anticipando la figura de un presidente de la república. Al no tomar en cuenta distinción entre guerras defensivas y “ofensivas” y reconocimiento del derecho de los particulares, Ferrajoli comete un error al sostener que según Vitoria: “la guerra sólo puede declarada lícitamente por Estados y nunca por particulares” (o.c. pp.: 130-1) En la nota remite al epígrafe 5 del De Iure belli, sin considerar lo afirmado en el 3.

[25] Vitoria, ib. Epígrafe 21, p. 830.

[26] Ferrajoli, L.: ib., p.132. Al referirse a la “ambigüedad” de Vitoria parece referirse a la distinción negada. Sin embargo, concluyendo el capítulo propondrá como un avance del Derecho internacional: “3) el reconocimiento de la legitimación ante la Corte (Internacional de Justicia), hoy limitada exclusivamente a los Estados, también a los particulares...” (p.153).

[27] Ferrajoli, L.: ib. P. 131. Entendemos que se trata de falacia realista, conforme a la distinción dada.

[28] Vitoria, ib.: epígrafes entre paréntesis, pp.824-7 y 841-3. Este último ofrece una razón más por la que se prueba la injusticia de la guerra emprendida por Franco, porque además de la muerte de inocentes, niños de republicanos fueron dados “en adopción” a padres nacionales. Nos limitamos a exponer las tesis de Vitoria que luego desarrolla argumentativamente y con ejemplos tomados de la historia.

[29] Ferrajoli, L.: p. 133-4. Remite a Grocio, De iure belli ac pacis, cap. XLIV, par. IX y X. pp. 515-6. En otro lugar de la misma obra, cap. XX, párr. XL, pp.395-6, Grocio explícitamente dice oponerse a la doctrina de Vitoria, Vázquez, Azorius y Molina en lo referente a la guerra. Durante las muertes durante las guerras en el s.xx asciende a 260 millones de civiles, frente a 45 millones de militares.

[30] Vitoria, F.: ib. pp. 848-54.

[31] Ferrajoli, L.: ib., p. 133.

[32] Ferrajoli, L.: ib. p.129: “Parafraseando las Instituciones de Gayo (1, 2, 1), y sustituyendo homines por gentes, Vitoria propone la siguiente definición de derecho internacional: quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium”. Véase también: Martínez Morán, N.: Utopía y realidad de los derechos humanos en el 50 aniversario de su declaración, UNED; Madrid, 1991, pp. 398-9: “Profundizando aún más , E.Nys (1882:11) asentó la afirmación de que en el mencionado pasaje Vitoria tuvo, por primera vez, la percepción exacta del Derecho Internacional, al concebir el antiguo Jus gentium como un Jus inter gentes, esencialmente dirigido a regular las relaciones jurídicas de los pueblos entre sí. Esta concepción de Nys... es asumida y desarrollada por Brown Scott en varias de sus obras.”

[33] Vitoria, F.: De la potestad civil, ep.21, Obras, o.c., pp. 191-2.

[34] Ferrajoli, L.: “III. La crisis actual de la soberanía” en Derechos... o.c., p.147.

[35] Ferrajoli, L.: “8. Por un constitucionalismo de derecho internacional”, o.c., p.152.

[36] Ferrajoli, L.: “7. El derecho internacional tomado en serio y la crisis del Estado nacional”, o.c., p.149.

[37] Ferrajoli, L.: Fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, Madrid, 2000. Pese al formalismo de esta definición, Ferrajoli en esta misma obra, al plantear el concepto de validez sustancial de la norma jurídica, supera el formalismo de Kelsen. Para éste era suficiente la validez formal, que atendía sólo a quien había creado la norma y su conformidad con el procedimiento, sin considerar su contenido o materia. Para Ferrajoli, además de esos requisitos es necesario que el contenido de la norma no contravenga lo dispuesto en la Constitución. Por lo que Prieto Sanchís califica como rematerialización de la validez.

[38] Respecto a la propiedad de la vivienda, se puede admitir como alternativa que no necesariamente deba ser una propiedad privada. Sin embargo, la experiencia de Cuba parece legitimar los tres argumentos ya expuestos, cita 16.

[39] Vitoria, F.: De la potestad civil, Obras, o.c. pp.154-6.

[40] Kropotkin: El apoyo mutuo, ed. Madre tierra, Móstoles, 1979, Introd. Ángel J.Capelletti, p.109: “Se desprende de tal modo, aun del breve esbozo precedente, que al final de cuenta, nuestros conocimientos del hombre primitivo de ningún modo son tan pobres, y en todo caso refutan más que confirman las hipótesis de Hobbes y de sus continuadores contemporáneos.”

[41] “La soberanía en el mundo moderno” en Derechos... o.c., pp.129-30. “El primer derecho natural formulado por Vitoria es el *ius communicationis* (... del que) hace derivar una larga serie de derechos de gentes cuya aparente universalidad se verá desmentida por su carácter ostensiblemente asimétrico: ante todo, el *ius peregrinandi et degendi*, por tanto, el derecho de tránsito y la libertad de los mares, que sería elaborados de forma mucho más explícita y detallada por Alberico Gentili y Hugo Grocio; en segundo lugar, el *ius commercii*, y, por consiguiente, la consagración jurídica de un mercado mundial unificado; en tercer lugar, el *ius occupationis* sobre las tierras baldías y sobre aquellas cosas que los indios no recogen, incluyendo el oro y la plata; en cuarto lugar, el *ius migrandi*, es decir, el derecho a desplazarse hacia el nuevo mundo y alcanzar allí la ciudadanía.”

[42] Ferrajoli, L.: “Por un constitucionalismo de derecho internacional”, en Derechos... o.c. p. 154. A lo largo de este capítulo Ferrajoli realiza una distinción débil entre Grocio y Vitoria, consideramos oportuno fortalecer tal distinción. Es cierto que Vitoria tiene un discurso asimétrico en cuanto reconoce el *ius migrandi* activo a los europeos, sus condiciones técnicas lo hacían posible. Pero reconoce también el derecho de los pueblos originarios a no ser dominados. Esto último no está presente en la obra de Grocio.

Capítulo 12. Paradojas de la Iglesia americana naciente. El rechazo a las conclusiones de Francisco de Vitoria sobre la salvación de los indígenas y su ordenación sacerdotal

Francisco Javier Gómez Díez
Universidad Francisco de Vitoria (Madrid)
j.gomez.prof@ufv.es

La influencia de los teólogos dominicos de la Universidad de Salamanca sobre la Iglesia americana del siglo XVI es incuestionable. Las reflexiones de Francisco de Vitoria (1493 – 1546) en torno a los títulos de la conquista, la dignidad y los derechos de los habitantes de América, la esclavitud, las encomiendas y tantas otras cuestiones, influyeron de forma decisiva y lo hicieron porque coincidieron con los objetivos y las actitudes de esta naciente iglesia misionera. Por el contrario, otras dos conclusiones de sumo interés, relacionadas con la salvación del indígena y su ordenación sacerdotal, fueron rechazadas por idéntica razón: aceptarlas habría implicado unos efectos contrarios al ideal eclesial que los misioneros, fundamentalmente frailes mendicantes y jesuitas, buscaban y, por eso, pese a caer en flagrante contradicción, las rechazaron.

1. La salvación de los indígenas antes del anuncio del Evangelio

El *Descubrimiento* supuso una profunda revolución mental. Un *Mundo* totalmente nuevo forzaba una mutación de las ideas sobre la naturaleza, al tiempo que ponía en contacto con

pueblos y civilizaciones ajenos a la predicación de la Iglesia. Fue obligado reconocer en éstos un importante desarrollo cultural e infinidad de virtudes políticas y morales. Al pensamiento cristiano se le plantearon tres cuestiones: un desafío total a la sabiduría clásica y medieval; la necesidad de sostener, en contra de lo que podía parecer más lógico, dada la condición de barrera infranqueable que, hasta entonces, había representado el Océano, la unidad del género humano y el problema, aún mayor, que se establece en torno a la redención y la justicia de Dios.

La teología medieval estaba convencida de que nadie a quien faltara la fe cristiana y el bautismo podía salvarse. Daban por hecho que cualquier hombre —a excepción del *niño criado en la selva*— había oído lo suficiente sobre la fe cristiana para ser culpable de haberla rechazado. En 1442 el Decreto para los Jacobitas todavía mantenía esta postura.

La tradición imperante veía en el pagano a un enemigo de Dios y de su Iglesia y, por lo tanto, tendía a rechazar en él bondad alguna, desde el punto de vista moral[1]. Como la predicación del Evangelio había alcanzado, en la opinión general, los últimos confines de la tierra no cabía la existencia de ignorantes de buena fe del mensaje evangélico, y era posible mantener, sin riesgo, la tesis tomista de que, tras la Encarnación, todo hombre para salvarse debía creer explícitamente en la existencia de un Dios supremo y en los Misterios de la Trinidad y de Jesucristo, y confiar en sus vías providenciales de salvación para el género humano.

El *Descubrimiento* alteró esta imagen: había que aceptar la segura ignorancia de la fe en Cristo por parte de los indios, e, incluso, la posibilidad de la ignorancia de la fe en Dios. Los teólogos dominicos de la Universidad de Salamanca, cuyos hermanos de orden protagonizan la evangelización americana, no podían eludir el problema.

El primer paso lo da Vitoria[2]. Parte de las estructuras más profundas que igualan a todos los hombres ante Dios,

independientemente del conocimiento de la fe, y de este modo altera la imagen tradicional del pagano.

Afirma la existencia en el interior de todo hombre de la imagen divina, que no se borra ni con el pecado y capacita para responder a Dios en todas las circunstancias. Si, tal como alguno de sus contemporáneos creía, el pagano no tenía capacidad para cumplir el fin natural, mucho menos la tendría para realizar el fin último, de tal modo que la defensa de lo primero, no es sólo básico para establecer el respeto que todo hombre se merece, sino para fundamentar su capacidad de salvación. Si el hombre conserva lo esencial de sus fuerzas después del pecado, no necesita ningún auxilio especial para realizar aquellas obras que corresponden a sus capacidades naturales, como es el conocimiento de lo verdadero, el conocimiento de verdades insustituibles para lo esencial de la vida humana. Vitoria considera que Dios tuvo que haber dado al hombre los elementos suficientes para desarrollar su vida mínimamente. Lo contrario sería caer en el maniqueísmo de una naturaleza mala de raíz. Si todas las obras de los infieles fuesen pecado se negaría la libertad al hombre y la posibilidad de todo actuar moral natural.

A pesar de todas las limitaciones sobre el conocimiento de la verdad, el hombre caído es capaz de conocer la existencia de Dios. De la capacidad que la razón natural tiene de conocer a Dios se sigue el deber de darle culto, aún sin mandato expreso. Rechazar esta inclinación natural conduce a la idolatría, que es una ofensa a Dios y a la razón natural, un pecado grave y, por lo tanto, causa suficiente de condenación.

Admitido que el hombre posee una estructura que puede tender a Dios, la respuesta de Dios, la gracia debe ser concebida como la realidad que plenifica esa misma tendencia. Toda acción divina en el hombre no se concibe como una realidad totalmente extraña a su naturaleza, algo totalmente extrínseco, que le tiene que ser añadido a la fuerza. Esto no implica disminuir la gratuidad de la acción de Dios, que viene al

encuentro del hombre sin dejarse condicionar, porque se trata siempre de una decisión que él ha tomado antes del tiempo. La gracia no podrá ser una simple continuidad o exigencia de la naturaleza humana. Aun así, la realidad del encuentro no será un milagro, sino un proceso que respeta la estructura humana. La naturaleza humana por sí misma no satisface el deseo, pero puede colaborar con la gracia que le viene al encuentro. Vitoria afirma una cierta continuidad entre la estructura del deseo humano y la realización del mismo, en el orden sobrenatural. La ayuda que viene de Dios con el fin de realizar tal objetivo se encarna en el modo humano de ser y actuar.

Al hombre no se le exige más que lo que la actuación honesta puede hacer para iniciar el camino. La ayuda de la gracia en el inicio del proceso no consiste en una presentación espectacular de las verdades necesarias para la salvación. Estas vendrán más tarde para poder ser asumida por la responsabilidad del hombre. El hombre no se salvará sin la fe. Será iluminado por Dios. Vitoria no especifica el momento futuro.

Vitoria —empeñado en demostrar que también después de Cristo, y no sólo antes, podía darse ignorancia invencible de las verdades de la fe sin que ello fuese imputable al hombre— había contribuido a modificar la imagen radicalmente negativa que del pagano había transmitido el pensamiento medieval. Dos de sus discípulos avanzarán por este camino. Melchor Cano (1505 - 1560) distinguió entre lo que sería suficiente para la justificación (la remisión del pecado original) y lo que bastaría para la salvación eterna, y Domingo de Soto (1524 - 1560), no viendo razones suficientes para tal distinción, llegó a la conclusión de que la fe implícita en Cristo, que Santo Tomás había reconocido como suficiente para la salvación de los gentiles que vivieron antes de Cristo, también debía de ser considerada suficiente para la salvación de la gente del Nuevo Mundo durante los siglos anteriores a que el Evangelio les hubiera sido predicado.

En América esta conclusión será totalmente rechazada. La postura de José de Acosta[3], basada en la necesidad de conocer explícitamente a Cristo para salvarse, responde a una clara preocupación: evitar que decaiga el espíritu misionero, amenazado por los efectos que pudieran derivarse de aceptar una salvación sin fe explícita y por aquéllos que, alegando una supuesta escasa capacidad, moral o intelectual, del indígena, dudaban de los frutos de la evangelización.

Reconoce la autoridad de los maestros salmantinos, pero se niega a aceptar «que incluso en nuestra época, cuando hace tanto tiempo que Cristo está revelado, puedan algunos conseguir la salvación eterna sin conocerle». No acepta «que si esos infieles hacen lo que está de su parte, pueden conseguir la salvación sin la fe explícita en Cristo». Lo contrario le resulta absurdo, peregrino, impropio de un teólogo, herético y carente del menor apoyo en la Biblia, los Santos Padres y la tradición.

Comprende el origen del problema: «ciertas sospechas humanitarias», que parten de «la infinita cantidad de personas que en este Nuevo Mundo estuvieron privadas de la luz del Evangelio durante tantísimo tiempo». Muchos se preguntan de este modo: «¿Va a exigir Dios lo que ni Él mismo da ni los hombres pueden cumplir por sí solos? Eso sería muy duro y muy alejado del amor de Dios, que quiere que todos se salven». Pero reconocer el problema y manifestar simpatía por los indígenas no le lleva a disminuir su hostilidad hacia el camino abierto por la teología académica, que, en su opinión, atacan *al cuello mismo del Evangelio*.

Si estas tesis fuesen ciertas, no valdría la pena predicar a Cristo; sería inútil enviar a los apóstoles al mundo entero y no tendría sentido la sentencia: *El que llegue a creer y reciba el bautismo, se salvará* (Mc 16,16); si fuesen ciertas, caería por los suelos todo el esfuerzo evangelizador. «Desde luego, escribe, si la postura de esos autores es verdadera, es facilísimo responder a San Pablo, y con toda verdad, que no hay ninguna necesidad de quien predique ni de quien envíe predicadores, ni siquiera

incluso de quien oiga, puesto que el hombre puede recibir la fe sin ninguna revelación ni predicación; puede bastarse a sí mismo para salvarse, sin tener ni idea del Evangelio; puede invocar a Dios, a quien ve a través de lo creado».

Se niega a aceptar cualquier excepción en una historia salvífica cerrada: para nadie queda ya abierta la salvación sin un conocimiento revelado y expreso de Cristo. «Se me dirá: pero hasta hace poco el Evangelio no había sido promulgado a los indios [...] Así lo creo yo también —escribe, haciendo una alusión clara a los que eluden el problema afirmando la existencia de una primitiva predicación del Evangelio en América—, pero eso nada tiene que ver con la cuestión».

Acosta, analizando la *Carta a los romanos*, multiplica las citas de San Pablo y reinterpreta su sentencia: *a toda la tierra alcanzó su pregón y hasta los infieles del orbe llegó su palabra* (Rom 11,18). Rechaza un análisis literal. No es posible afirmar que, en la época apostólica, los predicadores del Evangelio alcanzaron todos los rincones de la tierra. En su opinión, es característico de los oráculos proféticos reducir en una imagen amplios procesos y anunciar de forma conjunta lo que ha de ir cumpliéndose por partes, y, por tanto, cabe afirmar que la predicación del Evangelio ha de alcanzar toda la tierra poco a poco, a su debido tiempo, «de acuerdo con la determinación de los designios eternos»[\[4\]](#). Interpreta la frase de San Pablo en el sentido de «que no ha de faltar en toda la redondez de la tierra la predicación a los que se han de salvar de entre los gentiles; y los que de ellos se condenen, será por culpa de sus crímenes, no por ignorar el Evangelio». De esta forma supera la contradicción entre la interpretación de este texto heredada de la Edad Media y los frutos del *Descubrimiento* y, al mismo tiempo, refuerza su rechazo a las tesis salmantinas[\[5\]](#).

Al tiempo se acoge a Santo Tomás, que recurrió a la intervención extraordinaria en favor de los paganos que *hubiesen hecho lo que de ellos dependía*. El Señor actuaría según su providencia y misericordia, enviándole un predicador.

«Y ¿qué haremos con los infinitos miles de hombres que ni han oído el Evangelio ni han podido oírlo?—escribe Acosta— ¿Juzgaremos, acaso, que ninguno de ellos puede salvarse? ¡De ninguna manera! ¡Pero es que sin un milagro no pueden ser enseñados en la fe! Primeramente, no se ha de llamar milagro la providencia especial de Dios que destina un ángel o un hombre para que instruya en el Evangelio a aquel que ha hecho lo que está de su parte. Por raro que pueda ser, y por rarísimo que lo sea, el que en un estado de naturaleza entenebrecida y gravísimamente postrada, algún hombre tenga fuerzas para levantarse hasta intentos tan elevados, y eso no lo puede lograr sin la gracia divina preveniente, tanto menos habría que considerarlo desprovisto de esa providencia singular de Dios, como lo confirma la misma razón, puesto que pudo llegar a tan singular deseo y práctica del bien. Y si persisten en llamarlo milagro, yo no he de disputar de nombres. Ellos, a la verdad, opinan como si estas obras fuesen pesadas para Dios o difíciles y desusadas, y creen deberlas restringir y coartar en estrechos límites».

Diversos ejemplos le permiten reforzar su tesis: el ángel enviado a Cornelio (Hch 10, 1-6); Felipe enviado al etíope (Hch 8, 26-39); San Pablo a los macedonios (Hch 16, 9-10) y a Lidia (Hch 16, 14-15); incluso, interpreta de la misma forma la relación entre San Francisco Javier y Anjirô. Acosta, preocupado por lo que significaría en la práctica aceptar la tesis contraria, olvida lo que el mismo ha escrito al tratar el problema del origen del hombre americano y de la posible evangelización de América con anterioridad al Descubrimiento, cuando insiste en que no se trata de lo que pudo hacer Dios, sino de lo que es *conforme a razón y al orden y estilo de las cosas humanas*^[6].

En la línea con esta interpretación, es interesante la historia que refiere Mendieta: «Y así habría otros a quien Dios alumbraría para vivir conforme a la ley de naturaleza y dictamen de la razón. Y al propósito de esto hace lo que uno de los primeros evangelizadores de esta nueva Iglesia dejó escrito en un su libro, que cuando ya los españoles venían por la mar para entrar

en esta Nueva España, entre otros indios que tenían para sacrificar en la ciudad de México en el barrio llamado Tlatelulco, estaba un indio el cual debía de ser hombre simple y que vivía en la ley de la naturaleza sin ofender a nadie (porque de estos hubo y hay entre ellos algunos que no saben sino obedecer a lo que les mandan, y estarse al rincón y vivir sin algún perjuicio): este indio, sabiendo que lo habían de sacrificar presto, llamaba en su corazón a Dios, y vino a él un mensajero del cielo, que los indios llamaron ave del cielo porque traía alas y diadema, y después que han visto como pintamos los ángeles, dicen que era de aquella manera. Este ángel dijo a aquel indio: “Ten esfuerzo y confianza, no temas que Dios del cielo habrá de ti misericordia; y di a estos que ahora sacrifican y derraman sangre, que muy presto cesará el sacrificar y el derramar sangre humana, y que ya vienen los que han de mandar y enseñorearse en esta tierra”. Este indio dijo esas cosas a los indios de Tlatelulco, y las anotaron. Y este indio fue sacrificado adonde ahora está la horca en el Tlatelulco, y murió llamando a Dios del cielo»[\[7\]](#).

No sorprende en modo alguno este planteamiento en los cronistas franciscanos, autores de obras plagadas de milagros e intervenciones extraordinarias de Dios. Muy distinto es el caso de Acosta, que rechazó cualquier salida milagrosa al problema del origen del hombre americano, por ser contrario *al estilo de las cosas humanas*. Es un problema muy de la época. Vitoria dedicó una relección a la magia, al recurso al milagro para explicar las acciones divinas y al demonio para explicar fenómenos naturales. Todo con la intención de evitar que se reduzca la responsabilidad del hombre en su destino

Las tesis de Acosta se completan con una reflexión sobre lo que el fiel debe creer, motivada por las tesis del dominico Francisco de la Cruz.

Francisco de la Cruz, al que Acosta no cita por su nombre, se esforzó, dice el jesuita, por introducir un dogma nuevo. «Sostenía que a las naciones de indios y a los demás pueblos

rudos no les es necesario para salvarse creer explícitamente en el misterio de la Trinidad, ni tampoco en el misterio de Cristo; sino que les basta con saber que hay un solo Dios y que da premio a los buenos y el castigo correspondiente a los malos, y que en lo demás han de tener también nuestra ley cristiana como ciertamente divina. Fuera de estas dos cosas, no necesitan más, sino creer de modo general e implícitamente lo que la Iglesia profesa. Por tanto, sólo esto hay que predicar a los indios; de lo demás no hay que preocuparse demasiado».

La crítica de Acosta a estas afirmaciones implica —en contradicción con los argumentos que llevaron a cerrarle la puerta del sacerdocio— una abierta defensa del indígena americano y de sus capacidades. No está dispuesto a aceptar, como punto de partida de semejante tesis, la sentencia de que Dios no obliga a nadie a lo imposible. Pretender que obligar a hombres de torpe y rudo ingenio a creer el misterio de la Trinidad o el de Cristo es tanto como cerrar a estos pobrecillos las puertas del cielo, le parece inaceptable. Sus argumentos son claros: aceptar esta tesis implica tirar «por los suelos casi todo el trabajo y preocupación por predicar a los indios»; el Evangelio y el conocimiento de Cristo son dos cosas en el nombre, pero son totalmente una cosa en la realidad; obligar al indio a que crea cuanto cree la Iglesia y dejarle que ignore a Cristo es una tontería inconsecuente, la Iglesia no es más que la comunidad de los fieles que creen en Cristo, y no se trata de comprender el misterio sino de creerlo, y en esto no hay gran diferencia entre los doctos y los ignorantes. «Para empezar a contestar, quería yo que los que así elucubran, me dijeran si ellos pueden acaso pensar tal misterio. Dejando al margen unas cuantas fórmulas y expresiones fijas, [...] El letrado aventaja al rústico en lo que hay que saber y en cómo hay que formularlo. Pero respecto a lo que el misterio es en sí y cómo hay que pensarlo, no hay entre ambos ninguna diferencia en absoluto».

Entre los teólogos misioneros nadie más se planteó sistemáticamente el problema de la salvación de los infieles, pero la coincidencia con Acosta es casi unánime. Las pruebas

son numerosas: Afirmaciones, más o menos amplias e inconexas, de muchas obras[8]; toda la preocupación por el bautismo del franciscanismo novohispano[9]; la obra de fray Andrés de Olmos, *Tratado de Hechicerías y sortilegios*; la correspondencia de los misioneros, donde destaca la de Pedro de Gante[10]; el capítulo tercero de la *Instrucción* de Jerónimo de Loaysa, donde indica como Dios estaba enojado con los indígenas por culpa de sus idolatrías; el testimonio de fray Pedro de Córdoba, preocupado por los enviados al infierno por los españoles[11]; la Doctrina cristiana de fray Pedro de Córdoba; etc. Pero, quizás no haya mejor prueba que el testimonio de Las Casas, principal defensor de la condición virtuosa del indígena, que nunca plantea la posibilidad de que alcanzasen de algún modo la salvación fuera del evangelio. Por el contrario, la máxima responsabilidad del español es «haber echado al infierno [a] los que nunca les habían ofendido»[12].

Pese a todo, el caso del dominico Francisco de la Cruz[13], las teorías de Ricci, en China, y el hecho de que Acosta dedique tanto tiempo a la refutación de estas tesis en una obra destinada a la Iglesia americana (*Procuranda indorum salute*), así como la reciente investigación de Stuart B. Schwartz[14], permite pensar que la unanimidad no debió ser absoluta.

2. El orden sacerdotal

La Teología misionera, que tiene constancia de las amenazas que contra el éxito de la evangelización nacen de los españoles y de los indígenas[15], afirma que *la predicación de la fe nunca pudo llevarse a cabo sin un enorme trabajo y constancia*, calculando el beneficio de la conversión de las almas no por el número, sino por su sinceridad. De este modo, «hay que perseverar, porque la semilla, sin saber siquiera nosotros cómo, germina y va creciendo. No hay que ir demasiado deprisa ni esperar al momento frutos plenamente maduros; aceptamos primero gustosamente la hierbecilla de una cierta apariencia externa y alusiva de cristiandad, luego hemos de ver el tallo de

una fe más robusta, finalmente cosecharemos frutos maduros de gracia y amor. Nuestro Salvador quiso que esto se entendiera no sólo de cada uno de los hombres, sino mucho más del colectivo mismo de hombres al que alcanza la siembra de la semilla evangélica». Los fracasos y las posibles apostasías no permiten ni renunciar a la empresa ni dar a los indígenas por inútiles para el cristianismo, porque, sin duda, muchas más se han dado en Europa[16].

Frente a los que lo ponen en duda, Motolinía es el primero que afirma el éxito absoluto de la labor misionera: «está esta tierra, escribe, en tanta serenidad y paz, como si nunca en ella se hubiera invocado el demonio»[17]. Su optimismo queda perfectamente reflejado al hablar de los inicios de la predicación, cuando casi de forma milagrosa, al oír esta predicación muchos «comenzaron a venir al bautismo y a buscar el reino de Dios»[18].

Al analizar los primeros años de predicación evangélica en México, con Motolinía coincide plenamente Mendieta[19]. Aun así, considera que no puede terminar su historia con un canto de alabanza, como hizo su hermano de religión. Reconoce el éxito inicial, pero, en una época de institucionalización de la Iglesia y, por tanto, de reducción de la libertad de los regulares, ve en peligro la obra comenzada. De todas formas, escribe: «Y aunque de estos indios no se pueda decir que lo vieron así, lo vieron empero y lo conocieron por fe cuando oyeron su santo Evangelio y lo recibieron y lo confesaron por su Dios y Señor, y él los recibió y adoptó por sus hijos y de su Iglesia, y como a nueva planta suya y viña escogida los proveyó de obreros y ministros santos y apostólicos varones, por cuyo medio sacó esta su viña del poder del Faraón (que es el demonio) y de la servidumbre de Egipto (que eran sus idolátricos ritos y abominables sacrificios de humana sangre), y la plantó en tierra de promisión (que es en su Iglesia, donde se promete el reino de los cielos a los que le sirven), desterrando y echando de todos sus términos y derredores a los heveos, jebuseos, gergezeos, eteos, amorreos, cananeos y ferezeos (que fueron la multitud y gentío de ídolos y

espíritus infernales que de antes eran señores de esta tierra y moradores de ella, y los traían ocupados en su endiablado servicio)»[20].

Otros análisis no fueron tan optimistas: Alonso de Molina, con la intención de combatir a los que dicen, falsamente, haberse convertido, insiste en su *Doctrina* en el Dios que todo lo ve y todo lo sabe. Fray Francisco de Bustamante se manifestó contrario al culto guadalupano, temiendo que hubiera sido en vano «haber hecho a los indios comprender que las imágenes no deben ser adoradas, porque son de madera o de piedra, y ahora trae la confusión a sus espíritus, al decirles que la imagen de Nuestra Señora hacía milagros»[21].

Varios son también los defensores del fracaso de la evangelización. Junto a pesimismo absoluto de Las Casas, que culpa de ello a los pecados de los hombres y espera el castigo divino, encontramos el pesimismo antiindígena del sacerdote Bartolomé Álvarez, que responsabiliza a la política permisiva para con el indígena y a la pretensión de no hispanizarlo plenamente[22], o al pesimismo coyuntural de fray Bernardino de Sahagún, que se desarrolla en una situación de crisis tras la gran expansión misionera protagonizada por la generación de Motolinía y que pretende recuperar aquel espíritu y mantener la influencia de los frailes[23].

Reconocer el problema y las dificultades no implica, en Sahagún, negar al indígena su capacidad para recibir la fe, ni reducir las exigencias religiosas a las que éste debe someterse. Al indígena se le debe enseñar lo mismo que al español, para que no caiga en la herejía, haciéndole comprender la economía histórica de la salvación. Apoya su tesis en el éxito de los proyectos llevados adelante por los frailes: «ha ya más de cuarenta años que este colegio persevera, y los colegiales de él en ninguna cosa han delinquido, ni contra Dios ni contra la iglesia ni contra el rey ni contra su república; mas antes han ayudado y ayudan en muchas cosas a la plantación y sustentación de nuestra santa fe católica».

Si la primera respuesta, dominada por el impacto antillano, fue de un profundo pesimismo, no exclusivamente lascasiano[24]; tras el entusiasmo inicial propiciado por la conquista de México, y personificado en Motolinía, y la crisis de la segunda mitad del siglo XVI —la de las dudas y la resistencia indígena, agravada por la relajación del celo misionero de los primeros momentos, la reflejada en la obra de Sahagún—, el cambio de siglo nos pone en contacto con reflexiones más serenas y equilibradas, propias de una sociedad que se consolida. El principal representante de esta posición es Acosta, si bien podemos encontrar otros testimonios en los concilios limenses[25] o, incluso, en Mendieta, pese a su añoranza de los tiempos fundacionales[26].

Acosta, al analizar el éxito de la evangelización, estructura su argumentación en tres direcciones: en todo tiempo y todo lugar la obra evangelizadora ha sido sumamente difícil y carente de frutos inmediatos; no se pueden minusvalorar los frutos no cuantificables y, pese a todo, es posible hablar de un éxito importante, que consiste, no en haber alcanzado la conversión perfecta, sino en hallarse en camino. Recomienda tener siempre presente las dificultades. Ayuda a templar el ardor juvenil, que si bien afronta con prontitud los peligros que desconoce, huye aún más de prisa cuando los experimenta. No duda en dar la razón a los que afirman que una sincera conversión de los indios al cristianismo es muy difícil. Pero no por la condición de los indígenas, sino porque la predicación de la fe resulta siempre muy difícil, debido a lo que representa la doctrina cristiana: «enseña, en efecto, verdades que superan toda razón y no las prueba; tras un modo de conducta alejado de toda codicia y gloria, tras de haber extirpado de raíz todos los vicios que colman la naturaleza humana y están arraigadísimos en ella por hábitos inveterados. Promete premios que no se ven, y los que se ven manda menospreciarlos; transfiere el sentido humano a objetos inaccesibles a los sentidos; quiere de los hombres que lleven una vida sobrehumana». La dificultad es tal que todos, comenzando por Cristo, tuvieron éxitos muy escasos.

Cristo evangelizó con denodado esfuerzo y gran diligencia, echando mano de milagros portentosos y con el ejemplo de una vida inocentísima, su trato delicioso y su divina autoridad, y, al margen de los designios eternos, con referencia al reconocimiento y aceptación de los hombres, casi nada consiguió: «en un pueblo diminuto, instituido por añadidura a lo largo de más de mil años de oráculos de la ley y de los profetas, tuvo apenas un puñado de discípulos, que por lo demás ni destacaban ni eran constantes». Lo mismo les sucedió a sus discípulos.

Aun así, a Acosta le resulta claro que en América el éxito ha sido muy significativo: «aunque hagamos del número la medida de las ganancias evangélicas, no acabo de entender por qué, en proporción al esfuerzo y trabajo de los sacerdotes, no les parece mucho mayor el fruto que se obtiene en la salvación de los indios». «En estos dos últimos años ha sido tal la transformación experimentada, tan a porfía han empezado los indios peruanos a entregarse totalmente al Evangelio, con la ayuda que Cristo Dios presta a la Compañía, que incluso los en otros tiempos enemigos de la causa indiana la favorecen ahora eficazmente, admiran el ardor de su fe y proclaman a todos los vientos que son mucho más piadosos que nosotros». La situación no es tan mala que no se hayan ganado para Cristo muchos miles de indios. Pone ejemplos de este éxito: los niños que mueren tras el bautismo; los adultos, que ante la muerte mandan llamar en seguida al sacerdote, mostrando, aunque sigue habiendo caciques, curacas e indios viejos que aun entonces manifiestan signos de infidelidad, los motivos de gran esperanza, «puesto que parece indicio seguro de fe y religiosidad internas que deseen con tanto ardor la penitencia eclesiástica precisamente en el momento más propicio para la verdad y el convencimiento íntimo», cuando no quedan motivos para la simulación o el miedo. Incluso no duda en afirmar, amparándose en los informes de los jesuitas que trabajan con las tribus del Brasil, que no hay razón alguna «para poner en entredicho la índole y naturaleza de estas gentes cuando se trata de la causa del

Evangelio», y también entre «aquellos bárbaros que clasificamos en último lugar, la gracia del Evangelio está cosechando copiosos y magníficos frutos»[27]. Para defender el éxito de la evangelización en Brasil, cuenta sin duda con el testimonio de P. de Nóbrega, que afirma conocer ya a no pocos indios tupinambis que viven *perfectamente* la fe cristiana[28].

La tesis de Acosta es de una belleza y profundidad considerablemente mayor. Rechaza la pretensión de negar el éxito de la evangelización, a partir de la inexistencia de un cristianismo perfecto. Con independencia de que no duda en afirmar que los indígenas son más piadosos que nosotros, la conversión implica para Acosta ponerse en un camino de perfección. «Los que hemos nacido de padres cristianos y hemos sido educados sólo entre cristianos no percibimos las dificultades de una Iglesia que está naciendo. No cabe duda que allá donde la fe echó raíces más firmes y profundas, sus comienzos estuvieron muy erizados de dificultades. Por consiguiente, no hay que empeñarse en medir el fruto de la semilla evangélica sólo por los resultados del presente». «Acabamos de entrar en la tierra y quizá por eso todavía no cogemos de los árboles plantados frutos maduros y comestibles. Quizá la fe de los indios no ha dado todavía frutos capaces de saciar el hambre de los predicadores. Hay que dejarlos todavía incircuncisos. Todavía hay mucho sabor de vieja infidelidad». «¿Quién puede dudar que en las generaciones venideras brotarán frutos que merezcan ser presentados ante Dios, una vez desaparecido todo el sabor añejo?».

Por este motivo, con confianza en estos pueblos, «hay que perseverar, porque la semilla, sin saber siquiera nosotros cómo, germina y va creciendo. No hay que ir demasiado deprisa ni esperar al momento frutos plenamente maduros; aceptamos primero gustosamente la hierbecilla de una cierta apariencia externa y alusiva de cristiandad, luego hemos de ver el tallo de una fe más robusta, finalmente cosecharemos frutos maduros de gracia y amor. Nuestro Salvador quiso que esto se entendiera no sólo de cada uno de los hombres, sino mucho más del

colectivo mismo de hombres al que alcanza la siembra de la semilla evangélica».

De este modo, puede concluir afirmando que la escasez de la mies en las Indias se debe más a la falta de operarios que a la esterilidad de la tierra, que hay grandes esperanzas y que hay que recordar que los frutos serían mayores, si no fuera por la mala influencia de los españoles e, incluso, de muchos eclesiásticos. Su único temor es la falta de ministros fieles y prudentes[29].

Vinculada, por tanto, al éxito de la evangelización nace una nueva iglesia y un nuevo tipo de cristiano, que en gran medida supera al viejo. Se parte de la apelación al símbolo bautismal paulino, según el cual, ante Dios «no hay diferencia del judío al griego, ni del bárbaro al escita, ni del español al indio, porque él es criador y Señor de todos, y tan rico y poderoso para el uno como para el otro, y obra en el uno así como en el otro, cuando lo llama y invoca su santo nombre»[30]. Incluso, se afirma la superioridad de costumbres y disposición religiosas de los indígenas frente a los españoles, dada su mayor simplicidad[31]. Son muchos los autores que encuentran en los indígenas cualidades cristianas muy superiores a las de los españoles, hasta ser capaces de sufrir martirio[32]. Entre estas cualidades destaca, en primer término, su mejor disposición al acercarse al sacramento del perdón y para sufrir las penitencias que se les imponen, siendo, además, sus pecados de menor gravedad que los de los españoles[33]. A esto añaden, su desinterés por las cuestiones testamentarias, su constancia en los propósitos de enmienda, su disposición a sufrir cualquier trabajo por recibir los sacramentos, su sencillez y austeridad —«cuasi no tienen estorbo que les impida para ganar el cielo, de los muchos que los españoles tenemos y nos tienen sumidos, porque su vida se contenta con muy poco»—, su capacidad para el perdón, su humildad, el profundo respeto y amor que sienten por los sacerdotes, que se expresa, entre otras cosas, en el cuidado que prestan a los templos, su recogimiento y devoción, su generosidad, pese a su pobreza, que es comparada con «la de la

viuda que delante de Dios fue muy acepta, porque todas son quitadas de su propia sustancia», o su buena disposición ante la muerte. En el preciso instante en el que sienten la muerte cerca, hacen llamar al sacerdote, lo que «parece indicio seguro de fe y religiosidad internas». Llegan, incluso, a afirmar que están mucho más dispuestos que esos cristianos viejos que «exhalan el último aliento de su vida entre gran boato y pompa, aunque se hallen rodeados de gran círculo de frailes y sacerdotes, y de sus mal adquiridas riquezas dejen a las iglesias importantes legados». Al tiempo que comparan a los indígenas convertidos con la Iglesia primitiva, pueden concluir que «no hay cosa que pertenezca a la iglesia, ministerio y ceremonias de ella, en que los indios no se hayan demostrado muy devotos y más religiosos que otras naciones. De donde bien se puede colegir que en efecto son cristianos de veras y no de burla, como algunos piensan»[34].

Su mérito se acrecienta, no sólo por sus mayores muestras de piedad, sino también por no haber necesitado, como otros, para aceptar el cristianismo, ni milagros, ni profetas de su misma lengua, ni una ley centenaria sobre la que incorporar la fe. Les ha bastado con que se los propusieran *unos frailes pobres y extraños*[35].

De este modo, cabe afirmar que, «digan lo que digan esos que se creen los únicos cristianos», que, por otra parte han dificultado la obra de los predicadores, también la gracia de Dios se ha difundido entre estos pueblos y Dios no hace distinción entre ellos y nosotros[36], de tal modo que, entre los indígenas, incluso, se ha manifestado el carisma profético, «el carisma celestial de prever el futuro», y han surgido personas deseosas de abrazar la vida religiosa, que «han mostrado muy de veras en sus obras el menosprecio del mundo, y deseo de seguir a Jesucristo con tanta eficacia y con tan buen espíritu, cuanto yo —escribe Mendieta—, pobre español y fraile menor, quisiera haber tenido en seguimiento de la vida evangélica que a Dios profesé»[37].

La opinión que los misioneros tienen sobre la piedad y religiosidad indígena, es aún más significativa considerando la desconfianza que sus contemporáneos sienten hacia los conversos y el prestigio que reporta ser cristiano viejo. La mejor prueba de la sinceridad de los misioneros se encuentra en la dura crítica que contra esta actitud realiza Bartolomé Álvarez, que acusa a los jesuitas de no hacer «diferencia de hijos de cristianos viejos, rancios, a hijos de idólatras; ni hacen diferencia de nosotros, que nacimos por parto derecho en la Iglesia de Dios, a éstos que son abortivos y nacidos por fuerza. Mamamos la ley divina en la leche, y éstos mamaron la idolatría; crecimos en la señal de la cruz, y éstos sabiendo cuál era el sacrificio para cada abusión; aprendimos con nuestros padres a ir a la iglesia y a oír los oficios divinos, y éstos con los suyos a saber dónde estaba la huaca y los sepulcros, y cómo los habían de adorar. En teniendo juicio, perseveramos y protestamos de morir y vivir en la santa fe católica, y éstos pobres a rienda suelta y puerta abierta siguen la idolatría de sus padres, y de Dios ni creen ni saben palabra. Luego síguese que nos hacen agravio en computar los pecados de los indios con los nuestros»[\[38\]](#).

De aquí se deriva con lógica perfecta —hasta tocar el orden sacerdotal— un análisis de la relación del indígena con los sacramentos.

En relación con el bautismo, los problemas se plantearon en torno a la década de 1530, con el desarrollo de una conversión masiva, que pudo deberse, después de varios años de relativa frialdad, al aprendizaje del idioma por los misioneros, a la innovación metodológica (cantos, dibujos, etc.) y a la gradual desaparición del viejo grupo dominante[\[39\]](#). Pese a las discusiones que entonces se plantearon[\[40\]](#), en lo que más se insiste es en que los indígenas vienen a recibir el bautismo impelidos por la fe[\[41\]](#).

Si el sacramento que menos problemas causó fue la penitencia, por el contrario, fueron muy arduas las discusiones sobre la administración del matrimonio, debido al problema de

la poligamia y a la aceptación por parte de los españoles de la existencia de un matrimonio legítimo entre los indígenas antes del *Descubrimiento*, y la eucaristía, en una época en la que incluso los laicos católicos la recibían muy rara vez, pese a las críticas que con respecto a esta costumbre es posible encontrar[42]. Desde el primer momento, los misioneros buscaron con ahínco la asistencia de los indígenas a la misa, a la que atribuían un gran valor catequético y purificadorio. Por el contrario, no todos estuvieron de acuerdo en administrarles la eucaristía.

Tras las primeras dudas, fue generalizándose una introducción gradual a este sacramento, evitando el rechazo y la admisión indiscriminada. Mendieta criticó duramente a aquellos que eran contrarios a administrar la comunión a los indios, sin distinguir a unos de otros, sin darse cuenta que, como entre nosotros, los hay buenos y malos, sin conocerlos ni conocer su lengua, cayendo en lo que, según Isaías, decían aquellos a su prójimo: *apártate lejos de mí, no me toques, que yo soy limpio*[43].

Por su parte, Acosta invierte lúcidamente el argumento de los reticentes[44]. «Que crezcan y ya comerán. Más bien al contrario: que coman para crecer». Iguala ante la recepción del sacramento a cristianos viejos y nuevos: «no hay que ofrecer este pan ni a los nuevos cristianos ni a los viejos sin una prueba y control»; «entiendan los indios que no se les priva de la comunión por ser indios, sino por sus vicios; concédase a todos los cristianos sin excepción, pero niéguese al cristiano que no tenga buenas costumbres». Le parece escandaloso que algunos se quejen neciamente «de que los pueblos indios no hayan echado todavía raíces firmes en la fe y en la religión cristiana», y, al tiempo, se les quite «el báculo del pan». Completa su argumentación, al tiempo que apela a los Padres[45], señalando, en la línea de lo que estamos viendo, que los indígenas «una vez fortalecidos con esta comida celestial, conservan con mucho más empeño que los españoles la pureza del alma y el cuerpo»; que no hay ningún peligro de sacrilegio,

porque los indios no son —al estilo de los judíos— enemigos del misterio de Cristo»; que tienen gran veneración a la eucaristía. «Es casi un proverbio, escribe, entre los indios que quien ha recibido una vez la eucaristía, no debe ya cometer ningún pecado. Y cuando por la fragilidad humana han cometido alguno, los hemos visto acercarse conmovidos a la penitencia con tanto dolor del alma, con tanta indignación contra sí mismos y exigir tan rigurosos castigos por su pecado, que quedamos asombrados del fervor de su fe»[\[46\]](#).

Todas estas reflexiones —la dificultad de cualquier proceso evangelizador, la superioridad de los nuevos cristianos, la diversidad entre los indígenas[\[47\]](#), su capacidad para crecer en la fe, el bautismo como factor que elimina cualquier diferencia e, incluso, la falta de un número suficiente de sacerdotes— entran en contradicción radical con todo lo que los mismos misioneros concluyen con respecto al sacramento del orden. Los *misioneros* tendrían que haber coincidido con la tesis de Vitoria, y no lo hicieron.

En enero de 1543 se presentó a la consideración de Alfonso de Castro, Francisco de Vitoria y Andrés Vega la cuestión de si se debía conferir el orden sacerdotal a los indios. La respuesta de los tres fue afirmativa, siendo el argumento principal que si habían recibido el bautismo, que es el más importante de todos los sacramentos por cuanto los incorpora a Cristo, no se les podía prohibir el orden sacerdotal[\[48\]](#)

Es muy significativo que cuando la *Relación* anónima sobre el Perú defiende la conveniencia de administrar los sacramentos y de asimilar la predicación de los indígenas a la de los españoles, no haga observación alguna sobre el orden sacerdotal[\[49\]](#). Los misioneros no tienen reparo en manifestar que muchos indios «han mostrado muy de veras en sus obras el menosprecio del mundo, y deseo de seguir a Jesucristo», ni tampoco que no los han admitido, ni siquiera para hermanos legos. Quizás, el caso contado por Mendieta sea el más hiriente.

«Un mancebo llamado D. Juan, escribe, señor principal y

natural de un pueblo de la provincia de Michoacán, que en aquella lengua se llama Tarecuato (como criado en la escuela de los religiosos), supo muy bien leer. Leyendo la vida del glorioso padre S. Francisco, que en aquella su lengua estaba traducida, vino en él tanta devoción y compunción y tan ferviente espíritu, que muchas veces y con muchas lágrimas hizo voto de vivir en el hábito y vida que el padre S. Francisco instituyó. Y porque no se tuviese a liviandad su mudanza, perseverando en su propósito, dejó el hábito y ropa de señor que traía, y buscando sayal grosero, vistióse de él pobremente. Y luego a la hora hizo libres muchos esclavos que tenía, y predicóles y enseñóles la ley de Dios, atrájolos cuanto pudo a la guarda de sus santos mandamientos, y rogóles que como buenos cristianos se amasen unos a otros. Díjoles también, que si él hubiera tenido antes conocimiento de Dios y de sí mismo, que antes los hubiera libertado, y que se dolía (siendo él pescador [sic]) de haberlos tenido por esclavos, siendo todos comprados y libertados por la sangre de Jesucristo. Y que de allí adelante supiesen que eran libres, y volviolos a amonestar con santas palabras, rogándoles que fuesen buenos cristianos. Entonces (él desnudo por seguir a Cristo desnudo) renunció también al señorío, y las joyas y muebles que tenía repartiólo todo con los pobres, y demandó muchas veces el hábito de la orden en Michoacán. Y como allí no se diesen, vínose a México, y en el convento de S. Francisco lo tornó a pedir, y como también allí se lo negasen, fué con la misma demanda al santo obispo Fr. Juan Zumárraga, dándole cuenta de lo que tenía prometido. El cual viendo su devoción y constante perseverancia, cobróle mucha afición, y si pudiera lo consolara. Empero ya sabía que los frailes no habían de venir en ello. De esta manera estuvo algún tiempo el bueno de D. Juan perseverando con su capotillo de sayal, y dando siempre muy buen ejemplo, hasta que llegó la cuaresma, y se volvió a Michoacán por oír en su lengua los sermones de aquel santo tiempo, y confesarse, como lo hizo. Y después de pascua tornó a un capítulo que se celebró en México, perseverando en su demanda. Y al cabo de su mucha diligencia, lo que pudo alcanzar fue, que con el mismo hábito o traje que traía

anduviese entre los frailes, y que si les pareciese tal su vida y perseverancia, entonces le darían el hábito de la probación. La bondad de vida y la perseverancia no faltó en el indio; mas después de haberlo largo tiempo consultado y remirado, los frailes acordaron de disimular con él el dilatarle el cumplimiento de la promesa por no abrir la puerta para otros, y así en su hábito de donado acabó la vida»[50].

Aunque la discriminación tenía como argumento la alta dignidad del sacerdocio, junto con el peligro de escándalo y desprecio para la Iglesia ante la sociedad, parece también el fruto de una experiencia inicial frustrada. La idea de formar en España a los niños de la nobleza indígena a fin de que llegaran a ser religiosos misioneros de indias la concibieron hacia 1512 los dominicos Pedro de Córdoba y Antonio de Montesinos. Al parecer, algunos de estos niños llegaron de hecho a profesar en la Orden de Santo Domingo, pero no nos consta ni de su número ni de su destino. Por esta misma época ya educaban los franciscanos a los hijos de la nobleza indígena en la isla[51].

La posibilidad de un clero nativo fue en la primera mitad del XVI un motivo de controversia. La Junta eclesiástica de 1539, presidida por Zumárraga, declaró: «pues estos son cristianos y se les deben los santos sacramentos fiar, pues se le fía el bautismo, que no es menos que el sacerdocio»[52]. Al tiempo, el Colegio de Santiago Tlatelolco se fundó no sólo para traductores sino también para formar sacerdotes. Muchos, en cambio, se opusieron a estos proyectos, favorecidos por la circunstancia de que un alumno formado en este colegio se dedicó a propagar ideas heréticas y a predicar entre los indígenas el abandono del cristianismo[53].

Los dominicos fueron los principales rivales de esta ordenación de indígenas, aunque tampoco faltaron franciscanos contrarios a ella. Las motivaciones dominicas eran muy claras[54]: habían admitido en las Antillas algunos indios en sus congregaciones con muy malos resultados; creían que su reciente conversión era un inconveniente («porque no es gente

segura, de quien se deba confiar la predicación del Evangelio, por ser nuevos en la fe e no la tener arraigada. Lo cual sería causa que dijese algunos errores, como sabemos por experiencia haberlos dicho algunos»), y que una serie de defectos los incapacitaban para el sacerdocio: carecían de autoridad, tendían a las borracheras[55] y eran incapaces para el celibato, existiendo además dudas sobre su capacidad intelectual.

Pese a las discusiones iniciales, y a la tesis de fray Jacobo Daciano, ofm., que trató de demostrar que la iglesia en México no estaba fundada como es debido, puesto que no tenía un solo sacerdote indígena; pronto cundió la tesis prohibicionista, que compartieron Mendoza, Mendieta, que defiende que los indios son hechos para ser mandados y no para mandar, y Sahagún, que recuerda como las borracheras y los vicios que éstas acarrearán los incapacitan para el sacerdocio[56].

Para los que apoyaban la posible existencia de un clero nativo, éste parecía ser la natural consecuencia de la introducción de los indios en el cristianismo y en las formas de vida españolas, aunque no se esperaba que fuera algo inmediato. Con respecto a la diferente actitud de dominicos y franciscanos dice Pita Moreda: «Ambos consideraban a los indios como niños. Sin embargo, los franciscanos esperaban un natural proceso de crecimiento y maduración producido a través de la educación. Por el contrario, los dominicos, con una base intelectual mucho más fuerte, parece los veían en un perpetuo estado de infancia a niveles morales e intelectuales, y por lo tanto, *ningún fruto se esperaba de su estudio* y menos en el caso de que tuvieran que ejercer actividades de gran responsabilidad como era lógico que un sacerdote las realizara»[57]. Conforme avanzó la centuria las posturas franciscana y dominica fueron aproximándose. No debía ser ajeno a este hecho el resurgir de las idolatrías, o su percepción, y el contacto con las masas indígenas y no con los hijos de las élites prehispánicas. Es la crisis de las grandes esperanzas que ejemplifica fray Bernardino de Sahagún, en una época en la que

además la institucionalización de la Iglesia amenaza el predominio de los frailes.

En una línea muy semejante se encuentra Acosta^[58], que apela, para rechazar la ordenación de indígenas y mestizos, a la experiencia, a la autoridad de Pablo, que prohíbe que el gobierno de la Iglesia esté en manos de un neófito, y al bien de los propios indígenas. Mendieta, asumiendo los puntos de partida dominicos y apelando nuevamente a la experiencia, culmina la discusión:

«Cerca de las cosas arriba dichas, podríame argüir alguno, preguntar y decir: Venid acá, hermano; vos decís que los indios comúnmente tienen muchas condiciones y inclinaciones naturales muy apropiadas para ayudarles a ser buenos cristianos, y habéis traído ejemplos particulares de indios a quien Dios comunicó su espíritu, que tuvieron deseo de servirle, renunciando al mundo y siguiendo la vida evangélica. ¿Pues qué es la causa porque a estos tales no se les dará el hábito de la religión, no solamente para legos, más aun para sacerdotes, como en la primitiva iglesia se elegían los gentiles y judíos nuevamente convertidos a la fe para sacerdotes y obispos? Antes parece sería esto de más provecho para la conversión y buena cristiandad de toda su nación, por saber ellos mejor sus lenguas para les predicar y ministrar en ellas más propia y perfectamente. Y porque el pueblo tomaría y recibiría la doctrina de boca de sus naturales con más voluntad que de los extraños. A esto bastaba responder brevemente, confesando que así pasó en la primitiva Iglesia, y que entonces así convenía, porque Dios obraba con milagros en aquellos recién convertidos, y así eran santos, y se ofrecían luego al martirio por la confesión del nombre de Jesucristo. Mas en estos tiempos, la Iglesia, alumbrada por el Espíritu Santo y enseñada con la experiencia de los muchos reveses que se han visto en los nuevos cristianos, tiene ordenado, por determinación de los Sumos Pontífices Vicarios de Cristo, que no se admitan a la profesión de las religiones los descendientes de cualquiera infieles en el cuarto grado, y esto mismo particularmente tiene ordenado nuestra

religión en sus estatutos. Pero aún más quiero yo añadir, y es, que puesto caso no se presumiese en alguna manera de los indios que habían de volver al vómito de los ritos y ceremonias de su gentilidad (que es por donde la Iglesia se mueve a privarlos de este beneficio), hay en ellos más causa que en otros descendientes de infieles para no los admitir a la dignidad del sacerdocio ni a la de la religión, aunque fuese para legos, y esta es un natural extraño que tienen por la mayor parte de los indios, diferente del de otras naciones (aunque no sé si participan de él algunos de los griegos), que no son buenos para mandar ni regir, sino para ser mandados y regidos. Porque cuanto tienen de humildad y sujeción en este estado (como lo hemos pintado), tanto más se engrairían y desvanecerían si se viesan en lugar alto. Y así quiero decir, que no son para maestros sino para discípulos, ni para prelados sino para súbditos, y para esto los mejores del mundo. [...] A algunos de los indios criados y doctrinados de su mano, y al parecer bien inclinados, dieron el hábito de la orden para probarlos, y luego en el año del noviciado conocieron claramente que no eran para ello, y así los despidieron, e hicieron estatuto que no se recibiesen. Un gran letrado extranjero de los reinos de España que pasó a estas partes [Fr. Jacobo Daciano], confiado en su saber, presumió afirmar que esta nueva iglesia indiana iba errada por no tener ministros naturales de los convertidos, como la Iglesia primitiva; teniendo esta opinión, que a los indios se debían dar órdenes sacros y hacerlos ministros de la Iglesia. Y el doctísimo y religiosísimo padre Fr. Juan de Gaona lo convenció de su error en pública disputa, y lo obligó a que hiciese penitencia. Y esta su apología que puso en escrito, está en pie, hoy día entre nosotros»[\[59\]](#).

¿Qué hubo en toda esta reflexión de un esfuerzo por afirmar la posición del fraile en la nueva iglesia, cuando aceptar tanto la tesis sobre la salvación sin fe explícita como la ordenación sacerdotal del indígena podía conducir a replantearla? Significativamente, para negar la primera se invocó la Tradición frente al fruto de la experiencia, en contra de

lo que había caracterizado a la teología misionera en otras ocasiones, y para negar la tesis segunda se invocó la experiencia, junto a una cierta imagen del indígena como menor de edad[60], pero, paradójicamente, en esta ocasión, se entraba en evidente conflicto con todo el discurso pro-indígena de esta teología misionera, cuando se les cierra las puertas del sacerdocio invocando la flaqueza de la carne, el poco temor de Dios y la poca fiabilidad de su constancia en la fe, todo lo contrario a lo defendido por la inmensa mayoría de los teólogos misioneros.

La explicación de este comportamiento debe buscarse considerando que, mientras una primera generación de misioneros, influida por tesis milenaristas y muy confiada en su éxito evangelizador, no dudó en proponer la ordenación de los indígenas, pero se vio golpeada por los escasos y peligrosos frutos de la experiencia, una segunda generación, consciente de que la evangelización sería lenta y trabajosa y cuestionada por el desarrollo de la Iglesia diocesana, encontró en la dependencia del indígena una garantía para su posición social. Por último, cuando, tras varias generaciones, la ortodoxia católica de muchos *indios* podía estar asegurada, fueron los criollos quienes les cerraron el paso al sacerdocio, igual que a los mestizos, por razones de mera competencia profesional, acallando quizás tensiones en el seno de la comunidad eclesial, sobre todo cuando la teología americana se vaya desarrollando en un sólido sistema universitario.

El problema se había discutido desde el principio de la evangelización, insistiendo los contrarios, sobre todo, en que el orden sacerdotal investía de tan alto prestigio que parecía incompatible con la condición de los *indios*. Aunque el Primer Concilio Provincial mexicano (1555) excluyó a los *naturales* de las órdenes sagradas y, treinta años después, el Tercero reafirmaría la misma posición, la incoherencia era evidente y, de forma discreta, la cuestión volvería a plantearse en repetidas ocasiones. Lo sometería a discusión, por ejemplo, la Primera Congregación Provincial de la Compañía de Jesús en México

(1577) y, un siglo después, en 1696, Carlos II insistiría en que no se discriminase en este sentido a los naturales.

La polémica seguía abierta, pero, en gran medida, era una discusión teórica. Fracasado el Colegio de Tlatelolco y lo que significó[61], el mayor impedimento estribó en la inexistencia de colegios para indios que les permitieran alcanzar los estudios superiores necesarios para la ordenación.

[1] Gregorio de Rimini negaba al hombre incluso la posibilidad actual de conocer los esenciales principios morales para poder actuar bien, y, en consecuencia, quedaba incapacitado para ello y pecaría necesariamente, si la gracia no le ayudaba en todas sus acciones.

[2] Cfr. Francis A. Sullivan, s.j., ¿Hay salvación fuera de la Iglesia? Bilbao, Desclée, 1999, y Teófilo Urdánoz, "La necesidad de la fe explícita para salvarse según los teólogos de la Escuela de Salamanca", *Ciencia Tomista*, 59 (1940) 398-414 y 529-53; 60 (1941) 109-134; 61 (1941) 83-107. Benito Méndez Fernández, *El problema de la salvación de los "infieltes"* en Francisco de Vitoria, Roma, 1993. Cándido Pozo, "Repercusiones del Descubrimiento en el ambiente teológico de las Universidades de Salamanca y Alcalá", *Archivo teológico granadino*, 58 (1995) 9-22.

[3] José de Acosta, s.j., *Procuranda indorum salute* (1588), Madrid, 1984 y 1987, I, 5, y V, 3, 5 y 6.

[4] Acosta, *Procuranda*, I, 2.

[5] Sobre esta idea levanta su concepción de la Historia; cfr. Francisco Javier Gómez Díez, *El impacto de las religiones indígenas americanas en la teología misionera del s. XVI*, Bilbao, Desclée, 2000.

[6] José de Acosta, s.j., *Historia natural y moral de las Indias* (1590), México, 1940., I, 16.

[7] Jerónimo de Mendieta, o.f.m., *Historia eclesiástica indiana* (1595), Madrid, 1973, III, 2. Cfr. Juan de Torquemada, o.f.m., *Monarquía indiana* (1615), México, 1986, II, 91.

[8] «...era su opinión que todos iban al infierno, y en esto no dudaban, como ello era gran verdad para con ellos y sus antepasados, pues no alcanzaron a conocer a Dios». MENDIETA, *Historia eclesiástica...*, II, 6. «Es, cierto, cosa de grande admiración, que haya nuestro señor Dios tantos siglos ocultada una silva de tantas gentes idólatras, cuyos frutos ubérrimos sólo el Demonio los ha cogido, y en el fuego infernal los tiene atesorados». Bernardino de Sahagún, o.f.m., *Historia general de las cosas de Nueva España* (1577), Madrid, 1988, pról.

[9] «Estas diversas opiniones y diferentes pareceres fueron causa que algunas veces se dejó de administrar el sacramento del bautismo, lo cual no pudo ser sin detrimento de los que le buscaban, principalmente de los

niños y enfermos, que morían sin remedio», Toribio de Motolinia, o.f.m., Historia de los indios de la Nueva España (1541), Madrid, 1985, II, 4.

[10] Por ejemplo, la carta de fray Pedro de Gante a Carlos V, de 15 de febrero de 1552, donde manifiesta su preocupación ante la posibilidad de que “se vayan al infierno como de antes”; en CARTAS de Indias, BAE, vols. 264-266, Madrid, 1974, carta 18, vol. I, p. 92-102. Los dominicos de la española buscan «el remedio de tantas miserables ánimas, que por culpa de los consejeros pasados han ido al infierno», Carta a Mr. de Xevres (1516), en COLECCIÓN de documentos inéditos, relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas en América y Oceanía, Madrid, 1864-1884, VII, pp. 397 y ss.

[11] Carta al Rey, del Padre fray Pedro de Córdoba, viceprovincial de la Orden de Santo Domingo, Santo Domingo de la Isla Española, 28-V (s.f.), donde manifiesta su preocupación por los muchos que han sido muertos, «y aun si fueran muertos con salud de sus ánimas, menos mal fuera; mas han perecido en las almas y también en los cuerpos», en COLECCIÓN de documentos..., XI, pp. 216 y ss.

[12] Bartolomé de Las Casas, o.p., Historia de las Indias (1561), México, 1992 (1965), I, 146.

[13] Cfr. Vidal Abril Castelló y Miguel J. Abril Stoffels, Francisco de la Cruz, Inquisición, CSIC, Madrid, 1992 – 1996 (Corpus Hispanorum de Pace), 3 vols.

[14] St. B. Schwartz, Cada uno en su ley. Salvación y tolerancia religiosa en el Atlántico ibérico, Akal, Madrid, 2010.

[15] Los colonos españoles confunden la codicia con el celo religioso, oprimen al indígena y, como consecuencia, lo corrompen. Para los misioneros es evidente que los españoles son los responsables absolutos de que el establecimiento del cristianismo entre los indios no haya alcanzado el éxito deseable. Los sacerdotes no quedan al margen de estas críticas. En ocasiones porque, directamente, son acusados, principalmente, de inmorales e ignorantes, y en otras ocasiones, porque el modelo de sacerdote ideal que se presenta contrasta con el comportamiento real de muchos. La ignorancia de los sacerdotes enlaza con la mayor amenaza que, por responsabilidad indígena, afecta a la evangelización: la idolatría, a la que no es posible vencer, si no la conoce el sacerdote.

[16] Acosta, Procuranda..., I, 4, II, 18, y IV, 22. RELACIÓN de las costumbres antiguas de los naturales del Perú (1594), en Crónicas peruanas de interés indígena, BAE t. 209, Madrid, 1968, p. 183. Las Casas, Historia..., Prólogo, I, 164. De forma semejante se van a expresar Francisco de Ávila, a comienzos del siglo XVII, y Hernando de Avendaño, ya bien entrado este siglo XVII, cit. en J. I. Saranyana, Teología en América Latina, Madrid, Iberoamericana, 1999, p. 275.

[17] Motolinía, Historia de los indios..., I, 12.

[18] Motolinía, Historia de los indios..., I, 4

[19] Mendieta, Historia eclesiástica..., III, 35 y 38. Cfr. Torquemada, Monarquía..., XV, 45 y 46. Antonio de Remesal manifiesta un optimismo semejante: «...la fe de Jesucristo Nuestro Señor tan dilatada en las Indias y tanta infinidad de almas en tan breve tiempo la han recibido»; Historia general de las Indias Occidentales y particular de la Gobernación de Chiapas y Guatemala (1620), BAE t. 175, Madrid, 1964, IV, 2.

[20] Mendieta, Historia eclesiástica..., IV, 46.

[21] Robert Ricard, La conquista espiritual de México, México, 1986, pp. 191-92, 195 y 297-300. Cfr. Sahagún, Historia general..., XI, 12, nota.

[22] Bartolomé Álvarez, De las costumbres y conversión de los indios del Perú. Memorial a Felipe II (1588), Madrid, 1998.

[23] Sahagún, Historia general..., X, 27.

[24] Encontramos otros testimonios semejantes, como, por ejemplo, el de Betanzos, que profetiza la

desaparición de los indígenas americanos. Agustín Dávila Padilla, o.p., Historia de la fundación y discurso de la provincia de Santiago de México de la Orden de Predicadores (1625), México, 1955, I, 33.

[25] Es significativo, por ejemplo, que en el III Concilio limense se eliminen las reticencias de los dos anteriores hacia la administración de la eucaristía a los indígenas, a raíz de un perfeccionamiento en su conversión.

[26] Mendieta, Historia eclesiástica..., IV, 36. De forma semejante se expresan la Relación de las costumbres..., p. 185-89, Remesal, Historia general..., IV, 2, y VI, 7, Pablo José de Arriaga, s.j., Extirpación de las idolatrías del Perú (1621), en Crónicas peruanas de interés indígena, BAE t. 209, Madrid, 1968, cap. 7, y Dávila Padilla, Historia de la fundación..., I, 22, 25 y 26.

[27] En Relación de las costumbres..., p. 187, encontramos otros testimonios en favor del gran éxito alcanzado: «Cuán grande fue el fruto y provecho que se sacó de aquí, díganlo las piedras de Cuzco, que aunque los hombres lo callen o nieguen de malicia o olvido, lo confesaran ellas».

[28] P. de Nóbrega, Diálogo sobre la Conversao do Gento (1556-57), en Monumenta Brasiliana, II, Roma, 1957, pp. 317-45, cit. J. López Gay, “Los jesuitas y el proceso a la evangelización de América”, en Congreso internacional de Historia. La Compañía de Jesús en América: Evangelización y justicia. Siglos XVII y XVIII, Córdoba, España, 1993.

[29] Las mismas opiniones se reflejan en la primera carta anua de los jesuitas americanos (F. Mateos, “Primera carta anua ...”, ob. cit.) y en la Historia general de la Compañía de Jesús en la Provincia del Perú. Crónica anónima de 1600, Madrid, 1944, caps. 13 y 14.

[30] Mendieta, Historia eclesiástica..., IV, 22.

[31] Mendieta, Historia eclesiástica..., IV, 24.

[32] J. García Icazbalceta, Códice franciscano, México, 1941, p. 89. Motolinía, Historia de los indios..., I, 13 y 14, y III, 14. Acosta, Procuranda..., I, 16 y 18. Mendieta, Historia eclesiástica..., III, 43 y 44, y IV, 18. Dávila Padilla, Historia de la fundación..., I, 22 y 23. Arriaga, Extirpación..., cap. 1. Relación de las costumbres..., p. 186 y 189. Carta de fray Jacobo de Tastera, y de otros franciscanos, a Carlos V, 6-V-1533, Cartas de Indias, carta 10, vol. I, p. 62-66. Torquemada, Monarquía..., VI, 46, XV, 30 y 33, XVI, 6, y XVII, 10.

[33] Acosta, Procuranda..., I, 16. Dávila Padilla, Historia de la fundación..., I, 27.

[34] Historia general de la Compañía de Jesús..., cap. 13, §§ 3 y 4.

[35] Mendieta, Historia eclesiástica..., IV, 40.

[36] Mendieta, Historia eclesiástica..., III, 40. Acosta, Procuranda..., I, 18.

[37] Mendieta, Historia eclesiástica..., IV, 22.

[38] Álvarez, Costumbres..., cap. 734.

[39] Por ejemplo, fray Pedro de Gante escribe a Flandes, en 1529, diciendo haber bautizado a más de 250.000 indígenas. Cfr. Carta de fray Martín de Valencia, y de otros franciscanos, a Carlos V, 17-XI-1532, Cartas de Indias, carta 9, vol. I, p. 54-61.

[40] Ante la falta de personal, los frailes optaron por una sencilla catequesis pre-bautismal, dejando la catequesis propiamente dicha para después del bautismo, sin que esto implicara bautizar indiscriminadamente. Las quejas contra este sistema, llevaron a la intervención de Pablo III, que por medio de la bula *Altitudo divini consilii* (1537), estableció las formas litúrgicas mínimas para bautizar. Posteriormente tendría que intervenir en este mismo problema el Concilio de 1555 o el III Concilio de Lima (1583).

[41] Ricard, La conquista espiritual..., ob. cit., p. 175-79. Mendieta, Historia eclesiástica..., III, 39. Torquemada, Monarquía..., XVI, 1.

- [42] Motolinía, *Historia de los indios...*, II, 6. Con más o menos precauciones, fueron muchas las intervenciones a favor de la administración de la Eucaristía a los indígenas: las juntas eclesíásticas mexicanas de 1524, 1539 y 1546, los concilios de Lima de 1551, 1567 y 1582, los de México de 1555 y 1585, y el Sínodo de Quito de 1570. Por el contrario, un autor tan significativo como Jerónimo de Loaysa no hace referencia alguna a la Eucaristía en su Instrucción sobre la doctrina dada por el Arzobispo de los Reyes D. Fr. Jerónimo de Loaysa (1545), en E. Lissón Chávez, *La Iglesia de España en el Perú*. Colección de documentos para la historia de la Iglesia en el Perú, Sevilla, 1943-44, I, n. 105.
- [43] Mendieta, *Historia eclesiástica...*, III, 45. Con respecto a la eucaristía se nota una progresiva y rápida aceptación de su administración a los indígenas.
- [44] Acosta, *Procuranda...*, VI, 9 y 10.
- [45] «Si antaño se daba la eucaristía a los niños y a los dementes [...] y los Santos Padres no lo juzgaban contrario a la religión, ¿por qué se va a hacer injuria a este sacramento, porque coman hasta saciarse, como dice el salmo, los pobres y necesitados?».
- [46] Torquemada, *Monarquía...*, XVI, 20 y 21.
- [47] Muy pronto se dieron cuenta los misioneros de la gran diversidad que había entre los indígenas y de las profundas alteraciones que iba introduciendo el proceso colonizador. Este hecho dificultaba hablar «correcta y acertadamente sobre el ministerio de la salvación de los indios», porque obligaba a establecer numerosas diferencias. Acosta establece una triple división y para cada grupo un método distinto de evangelización. Acosta y Focher, entre otros, consideran que, al no poder predicarse a todos los pueblos de la misma forma, es lícito que los misioneros vayan acompañados de una fuerza armada, no para atacar ni despojar a los indígenas, sino para protegerse, porque «no es prudente, con pretexto de mayor santidad, exponerse a riesgos de perder tu propia vida y en nada remediar la ajena». Si bien reconocen que, en gran parte, los misioneros corren peligro por el odio que se han ganado los españoles con sus comportamientos. Por el contrario, Las Casas nunca considerará lícita la predicación con escolta. Acosta, *Procuranda...*, II, 8. Juan Focher dedica todo el cap. 6 del primer libro de su *Itinerario del misionero en América* (1574), Madrid, 1960, a demostrar que, en ciertos casos, la violencia y la evangelización con protección armada son lícitas, argumentando que el bien menor debe sacrificarse siempre al mayor, que, en este caso, sería la predicación del evangelio y la salvación del indígena.
- [48] Manuel María Salord Bertrán, *La influencia de Francisco de Vitoria en el derecho indiano*, México, Porrúa, 2002, p. 286. Cfr. Pilar Gonzalbo Aizpuru, *Historia de la educación en la época colonial. El mundo indígena*, México, El Colegio de México, 1990, pp. 116-17.
- [49] *Relación de las costumbres...*, p. 185.
- [50] Mendieta, *Historia eclesiástica...*, IV, 23.
- [51] Pedro Borges, *Misión y civilización en América*, Madrid, 1987, p. 247. J. B. Olaechea Labayen, «El clero indígena», Pedro Borges, *Historia de la Iglesia en Hispanoamérica y Filipinas*, Madrid, BAC, 1992, I, pp. 261 y ss.
- [52] Parecer sobre dar cuatro órdenes menores a mestizos o indios emitido por la Junta de México de 1539. cit. María Teresa Pita Moreda, *Los predicadores novohispanos del siglo XVI*, Salamanca, 1992, p. 96.
- [53] Ricard, *La conquista espiritual...*, ob. cit., p. 143.
- [54] Parecer de los frailes de la orden de Santo Domingo de Nueva España sobre repartimientos. 5-V-1544. Colección de documentos..., VII, pp. 532 y ss.
- [55] Fue esta la principal preocupación de los misioneros en lo tocante a las costumbres indígenas y se repite con insistencia la necesidad de extirparla; cfr. Arriaga, *Extirpación...*, cap. 8; *Relación de las costumbres...*, p. 174; etc.

[56] El concilio de 1555 prohíbe ordenar mestizos, indios y negros; el Códice franciscano señala que no se administra a los indios el sacramento de la ordenación ni ninguna orden menor; la junta eclesiástica de 1539 resolvió administrar las cuatro órdenes menores a algunos mestizos y a algunos indios, escogidos de los egresados de los colegios y conventos, con la intención de que auxiliasen a los párrocos; aunque aceptada tal resolución por los religiosos, parece que jamás se llevó a la práctica; las primeras constituciones de la provincia franciscana del Santo Evangelio prohibieron dar el hábito a indios y mestizos, y otro tanto hizo el capítulo general de los dominicos en 27 de septiembre de 1576. Muñoz en su noticia acerca del indio Lucas nos dice: «Era tanta su virtud y tan ejemplar su vida, que trataron hacerle fraile profeso, aunque no hubo efecto, por ser indio»; Jerónimo de Loaysa, en sus dos Concilios, el de 1552 y el de 1567, prohibía la ordenación de indios. No por racismo, sino en razón de su limitadísima preparación cristiana y del relajamiento de sus costumbres. Santo Toribio, en su concilio de 1583, hace desaparecer esta prohibición, reemplazándola por la afirmación del derecho común en la materia que ignora las razas, según confirmación del Concilio de Trento. Actitud tanto más meritoria cuanto que una cédula de Felipe II acababa de prohibir la ordenación de mestizos. Pero el Concilio de Trento había establecido en Europa para la admisión al sacerdocio unas reglas muy severas de capacidad y conveniencia. De este modo ni Sto. Toribio ni sus sufragáneos ordenaron ningún sacerdote indígena. Torquemada, Monarquía..., XVII, 12 y 13.

[57] Pita Moreda, Los predicadores..., p. 97.

[58] Acosta, Procuranda..., VI, 5, 9 y 19.

[59] Mendieta, Historia eclesiástica..., IV, 23.

[60] Son muchos los que planteen, de forma más o menos explícita, la simplicidad racional del indígena (Si los testimonios directos de esta afirmación no son escasos, más significativos son los indirectos, que giran esencialmente en torno a la condición de niños que se afirma para los indios; cfr. Mendieta, Historia eclesiástica..., I, 4. Acosta, Procuranda..., II, 8, 9 y 18, y I, 4 y V, 10. El Tercero catecismo..., pp. 625-27.). Con independencia de los motivos políticos que pudiera haber detrás de esta afirmación, hay que tener presente que no se trata de una simplicidad vinculada a algún tipo de inferioridad racial, sino al hecho de ser «gente nueva en las cosas de Dios» (Tercero catecismo y exposición de la doctrina cristiana por sermones (1585), J. G. Durán, Monumenta catechetica Hispanoamericana, vol. II, Buenos Aires, 1990, p. 630). Hay que recordar la insistencia clara en la capacidad para mejorar en costumbres y en cultura, defendida con ahínco por Acosta y otros misioneros, insistiendo en la importancia de la educación y llegando a afirmar que los españoles serían igual a ellos si hubiesen recibido la misma educación.

[61] Cfr. Pilar Gonzalbo Aizpuru, Historia de la educación en la época colonial. El mundo indígena, México, El Colegio de México, 1990, pp. 111-33.

Capítulo 13. La obra de Vitoria y el concepto de soberanía: la igualdad y la libertad como valores del Derecho Internacional

Álvaro Jarillo Aldeanueva
UNED

1. Introducción: Vitoria y la igualdad soberana de los Estados, del *ius inter gentes* a la igualdad formal.

El punto de partida de nuestro análisis se centra en la aportación que realizó Francisco de Vitoria al Derecho Internacional a través del concepto del *ius inter gentes* que fue el concepto originario de la igualdad soberana de los Estados.

[1] En la época comprendida entre el final del siglo XV y la primera mitad del siglo XVI España constituía el centro intelectual más importante de la civilización occidental en un momento en el que el Renacimiento en las artes y las ciencias estuvo acompañado del mayor imperio colonial conocido.[2] Las nuevas formas de pensar respecto de la idea del *orbis* y del derecho de gentes marcaron el pensamiento posterior sobre el Derecho Internacional.[3] La concepción del mundo de Vitoria (1480-1546) estaba claramente influenciada por las tesis de Santo Tomás[4] y por el Humanismo de la época, partidario de defender los valores cristianos bajo el influjo de la ley natural. Vitoria supera la concepción medieval del *ius gentium*, delimitado por las leyes humanas que contienen conclusiones de la ley natural (superiores por naturaleza a las del *ius civile*), y concibe a la comunidad humana, compuesta por diferentes pueblos, como un *ius inter gentes*. [5] Partiendo de una concepción del Derecho natural como un ordenamiento superior

que debe ser respetado por la ley humana, los teólogos de la época desarrollaron su doctrina en torno a lo que podemos denominar el “universalismo cristiano”,[\[6\]](#) dentro de la cuál el maestro Vitoria gestó la primera concepción del derecho de gentes,[\[7\]](#) entendido como la concepción originaria del Derecho Internacional.[\[8\]](#)

En ese momento de expansionismo imperial hacia el *nuevo mundo*, defendió una *razón universal* que justificaba las actividades de conquista pero, al mismo tiempo, buscaba establecer un “fundamento”[\[9\]](#) para esa actividad de conquista y fijar unas normas reguladoras de la ocupación que trataran a los nuevos pueblos en un plano de relativa “igualdad”. Es evidente que el mero hecho de la conquista y evangelización posteriores a la ocupación ya denotan, por sí mismas, el plano superior en que se situaban entonces las potencias europeas; [\[10\]](#) no obstante, las tesis humanistas de Vitoria consideran a los habitantes de esos pueblos a los cuales considera como seres humanos que deben ser tratados con parámetros de humanidad y con respeto a los derechos que tienen sobre sus tierras.[\[11\]](#)

Otra de sus grandes aportaciones fue diferenciar las normas del derecho de gentes del conjunto del Derecho natural. En su obra *La Justicia*, realiza una aportación histórica para la ciencia del Derecho al concebir el derecho de gentes como un Derecho necesario para el Derecho Natural pero con cierta independencia de éste.[\[12\]](#) Esta concepción del derecho de gentes al margen del Derecho Natural fue uno de los grandes pasos de la época renacentista que permitió desarrollar un pensamiento filosófico destinado a guiar las relaciones entre las distintas naciones. De esta forma, las actividades de conquista, al menos desde el punto de vista del *deber ser*, debían realizarse respetando unos valores de lo que se entendía como el Humanismo cristiano. La concepción universal del género humano se concretó en la idea del *orbis*[\[13\]](#) de Vitoria como una sola comunidad que agrupa a todos los Estados sobre la base del derecho natural.[\[14\]](#) A pesar de las limitaciones doctrinales

con las que se enfrentó la época, su obra permitió supuso un gran adelanto para la época y un primer impulso para los principios estructurales del Derecho Internacional que se forjaron en los siglos siguientes.[15]

Los discípulos[16] de *La Escuela de Salamanca*, de entre los que destaca la obra de Suárez, perfeccionaron el concepto del derecho de gentes introduciendo algunos conceptos que pertenecen a la esencia misma del Derecho Internacional, tales como la tipología de normas que configuran el derecho de gentes,[17] el valor de las normas consuetudinarias[18] y el voluntarismo de los Estados para participar en la configuración de las costumbres.[19] El derecho de gentes pasó así a concebirse como un conjunto normativo muy cercano a las colectividades humanas, dentro del cual los pueblos son sus destinatarios y participan en su creación, haciéndolo más dinámico y cercano a la realidad cambiante que estaba teniendo lugar en el curso del siglo XVI.[20] Otros autores posteriores como Grocio adaptaron estas tesis del universalismo renacentista a la evolución de la Sociedad Internacional hacia la Ilustración. De entre sus aportaciones más relevantes no podemos dejar de mencionar su doctrina sobre la libertad de los mares[21] y sobre los usos de la guerra [22] que debían regir las relaciones bélicas entre los Estados. La obra de este autor y la de sus discípulos[23] muestra que las tesis de la *Escuela de Salamanca* perduraron hasta el fin del Renacimiento[24] y fueron recogidas por las nuevas corrientes del Barroco.[25]

2. Vitoria y el concepto de súbdito: el origen del *derecho a la resistencia*.

En el contexto de la proyección descendente del ejercicio de gobierno, dentro de la *Escuela Española*, el primer gran valedor de la figura del hombre y de su libertad como límite al ejercicio del poder lo encontramos en la figura de Vitoria. En su tratado de *La Ley*, [26] el maestro dominico sintetizó su concepción

humanista respecto de las cuestiones que se plantearon en torno al ejercicio del poder por parte de los poderes temporal y espiritual. Como principios generales de su concepción de lo que debe ser *la Ley*, ésta debe ordenarse siempre al “bien común”,^[27] principio que vincula con la virtud aristotélica y que considera que debe ser promovido desde el propio gobierno.^[28] En el desarrollo de su doctrina también hace referencia al valor de igualdad y al sometimiento de todos a la fuerza de las leyes, llegando incluso a defender, aunque con matices, el sometimiento del propio monarca.

Vitoria es partidario de defender el igual sometimiento de todos ante la ley (por ejemplo, cuando se refiere a la obediencia de los extranjeros de las leyes nacionales^[29]), lo cual le lleva a defender la sumisión de los clérigos a las leyes comunes^[30] e incluso a justificar el sometimiento del propio rey a “la fuerza directiva de la ley cuando le afecta como a los demás”.^[31] Esta defensa del valor de la igualdad y estos primeros pasos a favor del sometimiento del poder real al imperio de la ley fueron fruto de los valores del Humanismo cristiano de la época. En efecto, los maestros renacentistas de la *Escuela de la Salamanca*, influenciados por su concepción de la ley natural, promovieron un ejercicio del poder que tendía a defender el principio de igualdad y que estuviera inspirado por su ideal del bien común y de la felicidad del ser humano.

Vitoria profundizó en su filosofía sobre *cómo* de debía ejercer el poder (por ejemplo, a través de una ley que busque el bien común), pero daba por sentado el hecho, incuestionable en la época, de que el poder del príncipe y del Papa era recibido a través del Derecho natural como una extensión del poder de Dios en la tierra.^[32] De forma gráfica, podríamos decir que el poder *desciende* desde la divinidad hacia la tierra pero, una vez en nuestro mundo, debe ejercerse en términos de igualdad y en busca del bien común. Por tanto, parece que la limitación al ejercicio abusivo del poder real en *pro* del principio de igualdad de los pueblos y de los hombres viene impuesta *desde arriba*, es decir desde el derecho natural y la divinidad, y no desde la

influencia que pudieran ejercer los gobernados sobre el monarca.[33]

Suárez, continuó la obra de Vitoria y prestó especial atención a los propios destinatarios del poder, a los súbditos. En su obra *De Iuramento Fidelitatis*, [34] establece unos parámetros de comportamiento que deben ser seguidos por los gobernantes para que el ejercicio del poder sea *legítimo* y conforme al Derecho natural; [35] estos parámetros se completan con las tesis relativas a participación del pueblo en la *Defensio Fidei*. [36] El conjunto de la obra se sitúa como respuesta al *Juramento de Fidelidad* exigido por Jacobo I a sus súbditos y como reacción al trato que este monarca absolutista otorgaba a la comunidad católica en la Inglaterra de la época. [37] Frente a los excesos autoritarios de este monarca, partidario de ejercer su poder por encima del poder papal (y de sus seguidores católicos, a los cuales denomina “papistas”), Suárez defiende la autonomía de ambos poderes y es partidario de exigir a gobernantes y gobernados el respeto de los derechos de los demás. [38]

Al igual que Vitoria, todos sus argumentos parten de la preeminencia del Derecho natural sobre todos los órdenes de la vida, si bien, desde su perspectiva humanista-cristiana, se separa de las tesis absolutistas de Jacobo I y se muestra defensor de determinados valores que deben guiar la acción de gobierno. [39] Ello le lleva a concluir que, si bien con cierta influencia del poder divino, [40] la propia potestad legislativa necesita de cierta *investidura popular* que imprime carácter y legitima el poder real. [41] En palabras del propio Suárez: “El supremo poder público, considerado en abstracto, fue conferido directamente por Dios a los hombres unidos en Estado o comunidad política perfecta; y no precisamente en virtud de una institución o acto de otorgamiento especial y como positivo, completamente distinto de la creación de la naturaleza [del Estado], sino que se sigue necesariamente del primer acto de su fundación. Por eso en virtud de esta manera de otorgamiento no reside el poder [político] en una sola persona o en un grupo determinado, sino en la totalidad del pueblo o cuerpo de la

comunidad”.^[42] De esta forma, logra conciliar la primacía del Derecho natural (que confiere el poder divino al monarca) con el concepto de la comunidad política, lo que implica que ese concepto deberá funcionar como un *límite* al ejercicio del poder del rey (el cual, por todo ello, se entiende que no es ilimitado).^[43]

En el ámbito de las relaciones entre el poder y los súbditos, denunció la opresión que Jacobo I ejercía sobre los católicos y su defensa de la libertad religiosa (la cual relaciona con la propia libertad política) ha sido vista por algunos autores como un anticipo doctrinal de los instrumentos posteriores de protección de los derechos humanos.^[44] Suárez realiza esta denuncia afirmando: “Al reconocer el rey que en Inglaterra se ejecuta a los ‘papistas’ por quebrantar aquellas leyes civiles no puede negar que son ejecutados por causa de la religión y, en consecuencia, tampoco puede negar que son verdaderos mártires. Una ley injusta y sin valor no puede impedir que sea verdadero el martirio ni puede cambiar la verdadera causa de esa muerte [...] De nada sirve decir que prohíben tales actos no por causa de la religión, sino por razones políticas, por tratarse, según ellos, de revolucionarios y gente que participa en conjuras y demás”.^[45] En este punto, debemos subrayar su referencia a una “ley injusta que no puede impedir la consideración de mártir” de quien sufre las consecuencias de esa ley, lo cual vincula al concepto de ley con el concepto de justicia y la consecuencia del cumplimiento de la misma. Es decir, la consideración de mártir de quién incumple esas leyes injustas del tirano implica, tácitamente, la aceptación de que la ley, por el mero hecho de haber sido promulgada formalmente por el monarca, no conlleva la obligación de cumplirla en todos los casos. Esta distinción entre leyes justas e injustas supuso un gran paso para la época debido a la concepción que se tenía entonces del poder real como poder incuestionable que encarnaba la voluntad divina.

Suárez ha sido reconocido como uno de los padres de la *resistencia* frente a los gobiernos tiránicos. De sus propias

palabras podemos extraer los fundamentos del *derecho de resistencia* cuando afirma: “Si un rey legítimo gobierna tiránicamente y no le queda al país ningún otro medio de defenderse que expulsar y destituir al rey, podrá la comunidad destituir al rey, actuando como un todo por *decisión pública y general* de todas sus ciudades y procuradores. Primero, en virtud del derecho natural por el que es lícito repeler la violencia con la violencia. Segundo, porque esta eventualidad, imprescindible para la propia supervivencia del Estado, se considera siempre excluida de aquél primer *pacto por el que la comunidad transfirió su poder al rey*” (las cursivas son nuestras).[46]

3. La Escuela de Salamanca y la participación ciudadana.

La tesis de Vitoria y sus discípulos de la Escuela de Salamanca fueron la génesis del proceso de humanización que se fue produciendo en el ordenamiento jurídico internacional, cuya máxima aportación es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es evidente que el ejercicio del poder se entendía entonces como un poder absoluto del monarca pero la herencia del pensamiento griego (que ya concebía un concepto de ciudadano)[47] fue recogida por Vitoria aportando nuevos enfoques sobre la participación en el ejercicio del poder. El Humanismo renacentista se convirtió así en el gran impulsor de las ideas sobre la participación ciudadana en el gobierno de la comunidad[48] y la *Escuela Española* sentó la base doctrinal en la que posteriormente buscaron el concepto de soberanía popular los autores de la Ilustración.[49] Es evidente que en la época renacentista aún no se mencionaban las tesis *contractualistas* sobre las relaciones entre el gobierno y el ciudadano propias de la época de la Ilustración. En su lugar, los autores de la *Escuela de Salamanca* se referían de forma habitual a la necesidad del *consentimiento* de los *súbditos* sometidos al ejercicio del poder real.

Si tomamos como referencia a Vitoria, si bien defendía el principio de igualdad de los hombres frente al poder de la ley,

sus tesis admiten la discriminación entre los súbditos y el monarca cuando se refiere de forma expresa al fundamento del poder real. En este punto concreto, no concibe un ejercicio del poder en el que el monarca pudiera estar *sometido* al pueblo. Sus tesis sobre la legitimidad del poder real parten del análisis de las distintas formas de gobierno tal como las concebía Aristóteles[50] (defendiendo la monarquía como la forma idónea de gobierno cuando ésta se ampara en la virtud del gobernante[51]) y se cuestiona cuál es la razón del reino y por qué éste debe imponerse sobre la voluntad del pueblo.[52] A esta cuestión, responde tomando partido a favor de la figura del monarca[53] y, frente a la máxima de que “la república hace al rey”, se muestra contrario a que el pueblo *retenga* la soberanía, si bien es partidario de que este poder se ejerza en un régimen mixto con la influencia de la Iglesia cristiana.[54] Esta defensa del poder real la fundamenta Vitoria en el hecho de que la república haya “dado su potestad al rey”, lo cual refuerza con sus referencias al Derecho natural (a la necesidad de velar por el cumplimiento de la ley natural) y a la virtud de los gobernantes en *pro* de un gobierno que persiga el bien común.

En el contexto del colonialismo español de la época, el mayor mérito de Vitoria fue su reacción frente a las concepciones meramente expansionistas de la monarquía al defender la legitimidad del poder de *los Indios* sobre sus territorios.[55] En la *Relectio de Indis* menciona la necesidad de contar con un cierto grado de “conformidad” de los pueblos indígenas para extender las posesiones españolas sobre sus territorios.[56] Sus primeras tesis sobre la *legitimidad* de la acción colonial hacen referencia a la libertad de las comunicaciones como elemento del derecho de gentes (vinculado con el *ius communicationis* y con el “trato humano” que se debe dar a los Indios)[57] y a otras como la necesidad de propagar el Evangelio con carácter universal.[58] De todas ellas, la más relevante es la relativa a “la elección verdadera y libre”, la cual se concibe como un título legítimo (incluso de Derecho natural) en virtud del cual la ocupación puede estar legitimada

a través del *consentimiento* de los Indios.[59]

Lo más interesante de esta tesis no es el mero hecho del consentimiento de los gobernados frente al ejercicio del poder, sino la argumentación que realiza sobre *cómo* se podría producir éste, sobre lo cual afirma: “En efecto, toda república puede elegir a su gobernante. Para ello no sería necesario el consentimiento de todos. Parece que basta el consentimiento de la mayoría. Porque, como ya examinamos en otra ocasión, en lo tocante al bien de la república tiene validez lo que determine la mayoría, aunque se opongan los demás; de lo contrario, nada podría hacerse en beneficio de la república, ya que es difícil que todos coincidan en un mismo parecer”. [60] Estas referencias al “consentimiento de la mayoría” y a la dificultad de conseguir el apoyo unánime de toda la comunidad indígena son significativas de la opinión del maestro español sobre la *participación* que debía mediar por parte de la población local para poder *legitimar* la ocupación y dominio del territorio. Todo ello nos da una muestra de cómo el Humanismo cristiano de la *Escuela de Salamanca* reclamaba *una cierta participación* de los ciudadanos (aunque éstos fueran los indios sometidos a colonización) en la decisión sobre el gobierno que desean tener. En última instancia, lo que se perseguía era tener una cierta consideración del ser humano como elemento de legitimación del poder del rey.[61]

Suárez retoma las tesis de Vitoria y defiende también el concepto de *consensus* junto con un *método* para poder lograr que el gobierno del monarca esté apoyado por el pueblo. En este sentido, establece que hay tres procedimientos para lograr este gobierno consensuado: por el libre consentimiento del pueblo en su sentido original [62], por la elección “libre” del rey una vez que la comunidad ya está establecida [63] o, por último, por medio de la guerra. [64] Es evidente que todas estas formas de *consentir* no se ajustan a lo que, desde nuestra perspectiva democrática, supondría un ejercicio de voluntad colectiva representativa de la verdadera voluntad ciudadana. A título de ejemplo, denomina *elección libre* del rey por parte del pueblo a

la sucesión hereditaria del reino.[65] Es evidente que el *procedimiento* escogido por Suárez a través de esos tres métodos no respeta lo que hoy día denominamos *parámetros democráticos*;[\[66\]](#) sin embargo, lo más importante para aquél momento histórico era el hecho en sí de exigir un cierto apoyo o *consensus* popular respecto de la acción de gobierno. Como corolario de la necesidad de *gobernar con el pueblo*, Suárez ha sido reconocido como uno de los padres de la resistencia frente a los gobiernos tiránicos; tal como hemos comentado anteriormente, de sus tesis nació el concepto de “derecho a la resistencia”.[\[67\]](#)

En su obra afirma: “Si un rey legítimo gobierna tiránicamente y no le queda al país ningún otro medio de defenderse que expulsar y destituir al rey, podrá la comunidad destituir al rey, actuando como un todo por *decisión pública y general* de todas sus ciudades y procuradores. Primero, en virtud del derecho natural por el que es lícito repeler la violencia con la violencia. Segundo, porque esta eventualidad, imprescindible para la propia supervivencia del Estado, se considera siempre excluida de aquél primer *pacto por el que la comunidad transfirió su poder al rey*” (las cursivas son nuestras).[\[68\]](#) Su argumentación continúa apoyándose en las tesis de Santo Tomás de Aquino, y afirma: “En este sentido han de interpretarse las palabras de Santo Tomás de que no es sedición oponerse al rey que gobierna tiránicamente siempre que esa resistencia se haga con el legítimo poder de la comunidad misma, y *con prudencia y sin causar mayores daños al pueblo*” (las cursivas son nuestras).[\[69\]](#)

A través de la lectura detenida del texto, constatamos que estas referencias a la generalidad de la oposición (y la publicidad de ésta) y a la idea del pacto por el que se transfiere el poder pueden simplificarse en la siguiente máxima: El rey recibe el poder del pueblo y si gobierna sin éste (de forma tiránica) podrá ser depuesto. Retomando nuestras cursivas, es evidente que se está refiriendo a una *acción colectiva* (la resistencia y oposición) de *carácter público y general* (invocando

incluso a la participación de las ciudades) y que tiene por objeto un *cambio en el ejercicio del poder* (el derrocamiento del rey); y todo ello mediante acciones que *sean prudentes* y que no causen mayores daños. De esta forma, Suárez se anticipa a su tiempo reclamando el derecho del pueblo a cambiar de gobierno cuando éste no satisfaga sus intereses y, lo que le aporta aún más mérito, exige que se haga mediante acciones *colectivas, públicas y prudentes*.^[70] Es precisamente en este punto donde, como reacción frente a la tiranía, reclama para el pueblo los elementos que siglos después configuraron los pilares de todo proceso de participación política. En efecto, sólo a través de los sistemas de participación democrática se ha logrado encontrar fórmulas (más o menos perfectas) que permitan *acciones colectivas y públicas* que, con la *prudencia* que garantizan los sistemas democráticos, permiten los cambios de gobierno pacíficos, incluso sin necesidad de que éstos lleguen a actuar de forma tiránica.

Las ideas de la *Escuela de Salamanca* influyeron en autores posteriores como Grocio que, en sus tesis sobre el ejercicio de la soberanía y el poder del imperio, también se refiere al “consentimiento del pueblo”.^[71] Al mismo tiempo, aunque más indirectamente, también son un primer atisbo de las teorías del *Pacto* que, siglos después, serían reforzadas por los contractualistas de la época de la Ilustración.^[72] En conjunto, los autores de la *Escuela Española* siempre estuvieron bajo la influencia de *valores superiores* lo que determinó que, pese a ser firmes precursores del principio de igualdad de los hombres, no se cuestionaran en ningún momento la posibilidad de vincular el ejercicio del poder (real o papal) con la participación de los propios destinatarios de esa autoridad. En el contexto del final de la Edad Media, el incipiente Renacimiento se producía en el mundo de las artes y las letras pero hasta pasar por el tránsito del Barroco e iniciar el periodo de la Ilustración no se tomó en consideración la figura de *el hombre* como objeto principal de la Filosofía y, en la misma línea, como verdadero destinatario del ejercicio del poder que debe ser considerado

como parte de él.[73]

4. La igualdad soberana y el derecho a la autodeterminación[74]

La influencia de la Escuela de Salamanca en la concepción de un *orbis* común al género humano gestó un derecho de gentes que guió las actividades colonialistas de las potencias europeas. En el periodo renacentista de expansión imperial hacia el *nuevo mundo*, Vitoria defendió una *razón universal* que, estando claramente determinada por los valores del Cristianismo, justificaba las actividades de conquista pero, al mismo tiempo, buscaba establecer un fundamento para esa actividad de conquista y fijar unas normas reguladoras de la ocupación que trataran a los nuevos pueblos en un plano de igualdad.

Desde entonces hasta el siglo XX, fueron muchos los hitos históricos y las doctrinas que permitieron la gestación del principio de igualdad soberana de los Estados. La *Paz de Westfalia* supuso la finalización del periodo renacentista,[75] la consolidación del Estado como estructura de poder dominante[76] y el avance en el reconocimiento formal de la igualdad soberana de los Estados.[77] Al final de ese periodo, la evolución intelectual que culminó el periodo renacentista preparó la llegada del Racionalismo y abrió las puertas al *Siglo de las luces* en el que, por fin, la figura del hombre ocupa un lugar central en el pensamiento filosófico-político. La evolución del *iusnaturalismo renacentista* al *iusnaturalismo racionalista* supuso un cambio determinante para el surgimiento de la nueva corriente filosófica que permitió el desarrollo del pensamiento liberal.[78] El profesor Mariño comentó la influencia que siglos XVII y XVIII tuvieron en el desarrollo de la nueva filosofía basada en “la sociabilidad natural del hombre de larga tradición aristotélica y tomista”. [79] En sentido parecido, Fernández Liesa ha destacado la modificación conceptual que supuso la sustitución de “la cristiandad por el género humano” favorecida por las nuevas ideas del progreso, el nuevo mundo y el proceso de secularización.[80]

En el ámbito de la Política y del Derecho, la gran relevancia de la Ilustración se debe a que, a través del empirismo y de la crítica a la Metafísica, fue capaz de utilizar la razón humana en un sentido *dinámico* para indagar los fenómenos de la vida en comunidad atendiendo a la esencia del ser humano.[81] Esta traslación de lo sobrenatural a lo humano supuso retomar la esencia del Humanismo renacentista para, recogiendo la herencia de los aspectos inherentes a la persona humana, adoptar una visión crítica más libre que la de los pensadores renacentistas y desarrollar así toda una doctrina completa en torno al hombre, la Política y el Derecho.[82] Esta experiencia intelectual y filosófica fue, sin duda, el impulso definitivo de los valores de la libertad y la igualdad en su incorporación en el ordenamiento jurídico internacional. [83]

En el nuevo período del Racionalismo, Kant desarrolló una tesis del derecho de gentes que, si bien fue criticada posteriormente por ser excesivamente utópica,[84] en su momento fue una aportación fundamental para la defensa de la cooperación entre Estados y en favor de la paz.[85] Su doctrina de *La paz perpetua* se corresponde con su propuesta de *Federación de Estados*. El profesor Pérez Luño ha visto en Kant la culminación del *iusnaturalismo racionalista* y del *contractualismo* que posibilitó el inicio de la *Modernidad* y el surgimiento del Estado liberal de Derecho.[86] En efecto, en la obra de Kant se combina el humanismo de la *Escuela española* con la nota de la universalidad.[87] La gran aportación de su obra es el desarrollo teórico del *Humanismo cosmopolita* y del *iusnaturalismo racionalista* en el que la moral ocupa un lugar principal y cercano a la razón y a la especie humana. A partir de entonces, se desarrolló el constitucionalismo propio de la época de la *Modernidad* en el que el hombre ocupa un papel central dentro del propio concepto del poder político.[88]

El siglo XX se inició con los primeros pasos hacia el reconocimiento del derecho a la autodeterminación que se entendía como el derecho de aquellas comunidades que, consideradas como pueblos, reivindicaban su libre

determinación o su autodeterminación en los distintos ámbitos que afectan a su identidad y existencia como pueblo.[89] El punto de partida[90] lo situamos en los conocidos Catorce Puntos enunciados por el presidente Wilson en su intervención ante el Congreso de los Estados Unidos de América el 8 de enero de 1918; en el quinto punto se hacía referencia al principio de igualdad en las reclamaciones coloniales y a las legítimas reivindicaciones de los gobiernos cuyos derechos están por determinar.[91] En estos catorce puntos aún no se mencionaba expresamente el concepto de autodeterminación[92] (*self-determination*) pero se sentaban las bases del principio de igualdad que sustentó el posterior proceso de descolonización.

El Pacto de la Sociedad de Naciones tampoco hacía referencia expresa a la autodeterminación, pero *institucionalizó* por primera vez el sistema de mandatos para las colonias de los países vencidos en la Primera Guerra Mundial, antecedente del posterior régimen de administración fiduciaria establecido por las Naciones Unidas. En el contexto de aquella época, el artículo 22 del Pacto aún mencionaba la “misión sagrada de civilización” [93] que debía realizarse hacia los habitantes de estos territorios.[94] En pleno periodo de entreguerras,[95] el presidente Roosevelt se dirigió al Congreso norteamericano haciendo referencia a la “liberación de la necesidad” como una de las cuatro libertades que debía orientar las relaciones entre los Estados; no contemplaba los aspectos de la autodeterminación política pero sí indirectamente el desarrollo económico que debían tener todas las naciones.[96] A pesar de las invocaciones del principio en el plano de la política internacional, el informe de la Comisión de Juristas convocada por la Sociedad de Naciones para pronunciarse sobre el asunto de las *Islas Aaland*, al afirmar de forma categórica que no era una de las reglas positivas del derecho de gentes,[97] es paradigmático del momento embrionario en que se encontraba el principio desde un punto de vista jurídico.

No obstante, la obra de las Naciones Unidas permitió la progresiva delimitación del concepto de pueblo. El enfoque más

idóneo para estudiar el concepto de pueblo es el que lo relaciona con el derecho de autodeterminación y con el concepto de soberanía popular.[98] Partiendo de la ambigüedad del concepto de pueblo,[99] podemos afirmar que se caracteriza por ser un concepto camaleónico,[100] complejo[101] y polisémico.[102] En el examen de los elementos de todo pueblo,[103] tienen gran importancia los aspectos políticos y la relevancia que tenga para la Sociedad Internacional el sujeto que realiza la valoración.[104] La progresiva expansión del concepto originario (aplicable a los pueblos sometidos a dominación colonial) ha llevado al paulatino reconocimiento de nuevos derechos reconocidos a comunidades distintas de las que tenían su origen en las colonias.[105] En la actualidad, el significado del término pueblo puede variar según el tipo de comunidad a la que nos estemos refiriendo[106] y sus derechos serán diferentes según el ámbito jurídico de que se trate.[107] A pesar de todo ello, en todo pueblo se puede llegar a encontrar un *núcleo de certeza razonable* gracias al derecho que tiene la comunidad que tiene un *distinto carácter* a tener esa identidad reflejada en las instituciones que la gobiernan.[108]

En el plano estrictamente normativo, es bien conocida la evolución jurídica de la autodeterminación desde el asunto de las *Islas Aaland*[109] hasta su reconocimiento como principio jurídico en 1971.[110] Años después, el TIJ se refirió de nuevo a la autodeterminación en el asunto del *Sahara Occidental* reiterando el valor jurídico del principio[111] y analizando otros aspectos conexos como los vínculos existentes entre la metrópoli y la población de la colonia. En la década de los noventa, volvió a pronunciarse de forma rotunda en el asunto de *Timor Oriental* reiterando su valor normativo con alcance general.[112] Por su parte, la doctrina[113] se ha mostrado partidaria de reconocer el alcance general del derecho a la autodeterminación[114] en la línea refrendada por la jurisprudencia sentada con ocasión del *Asunto del Muro en territorio palestino* y la reciente opinión sobre la *Declaración de independencia de Kosovo*. [115]

5. Conclusiones: la igualdad y la libertad en el Derecho Internacional.

La huella del Humanismo renacentista ha llegado hasta nuestros días a través de los conceptos de pueblos y la democracia que forman parte del Derecho Internacional contemporáneo.[\[116\]](#) Ambos conceptos son invocados de forma constante por los sujetos de este ordenamiento, si bien la doctrina aún no ha delimitado de forma precisa su contenido e interpretación. En junio de 2009, con motivo de las elecciones iraníes, el presidente Obama concibió el proceso democrático como un conjunto de “valores universales” que deben ser respetados.[\[117\]](#) Estos conceptos pertenecen al Derecho interno de los Estados y al Derecho Internacional; su utilización simultánea, en ocasiones, genera confusión e incertidumbre entre la doctrina y los propios sujetos de cada ordenamiento.[\[118\]](#) Tomando como referencia la aproximación al análisis filosófico y normativo realizado hasta aquí, podemos extraer cuatro conclusiones referidas a los valores de la libertad y la igualdad en el contexto universal y europeo:

Primera.- El continente europeo sigue impulsando los valores heredados desde la tradición jurídica de la Escuela de Salamanca a través de las acciones de democratización y promoción de los derechos humanos.

Los valores de la igualdad y la libertad se han materializado en el ámbito del Consejo de Europa gracias al Convenio Europeo de Derechos Humanos que es el marco normativo de referencia que permite la materialización práctica de otros conceptos más amplios, tales como el *patrimonio común europeo*, la *sociedad democrática* y el *orden público europeo*. En este contexto, el concepto de *sociedad democrática*[\[119\]](#) ha tenido un gran desarrollo en la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de la fórmula conocida como *necesario en una sociedad democrática*.[\[120\]](#) Por su parte, la Unión Europea, desde la cita de Maastricht, proclamó que la

Unión “se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”. [121] En el plano interno, tal como comentó la profesora Escobar, la Unión ha desarrollado un nuevo marco normativo para reforzar la legitimidad de la Unión frente a los particulares.[122] En esta línea, los compromisos de la Unión se vieron reforzados con la proclamación de la *Carta de los Derechos Fundamentales*[123] y las últimas reformas del Tratado de Lisboa, entre las que destaca el artículo 6.2 del TUE en el que se prevé expresamente la futura adhesión de la Unión al CEDH y el Título II del TUE referido a “Disposiciones sobre los principios democráticos”[124]

En el ámbito particular de la promoción de los valores por parte de la UE, la profesora Escobar detectó ciertas diferencias entre el plano externo y el plano interno, si bien afirmó: “El empleo del término ‘valores’ ha de interpretarse como un signo de reforzamiento del papel de los derechos fundamentales como criterio de legitimación democrática del sistema [...] En cualquier caso, esta mención de determinados derechos-valores presenta un elemento positivo que no se puede minusvalorar, a saber: la identificación de los derechos humanos como realidad concreta y con un contenido preciso”. [125] En general, la promoción de la democracia desde la UE se vertebra sobre lo que el profesor Aldecoa ha denominado como “una misma visión del mundo” de los Estados de la Unión.[126]

Segunda.- La vocación de universalidad de estos valores es compatible con la igualdad soberana de los Estados y el principio de no intervención en los asuntos internos.

En el plano universal, el profesor Salmon ha analizado las dificultades de conciliación entre el principio de la igualdad soberana y el concepto de democratización, subrayando la contradicción existente entre ellos.[127] Ambos conceptos han sido comentados por algunos autores distinguiendo entre los *valores del sistema de Estados*, entre los que se encuentran la igualdad y el imperativo de la no intervención, y los *valores de*

los derechos humanos, cuya expresión particular es el derecho de participación política[128] La difícil interacción entre ambos planos fue puesta de manifiesto por el *Instituto de Derecho Internacional* en la reunión de Santiago de Compostela de 1989, que se refirió a las circunstancias que, conforme al Derecho Internacional, podían dar lugar a intervenciones individuales o colectivas en los asuntos internos de un Estado,[129] así como a las condiciones según las cuales éstas debían tener lugar.[130]

En el análisis de estas limitaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos,[131] a comienzos de la década de los noventa, la profesora Castro-Rial ya señaló la tendencia de la época hacia una erosión del concepto de soberanía.[132] La no intervención continúa siendo aceptado como uno de los principios estructurales del ordenamiento internacional,[133] si bien sus efectos han sido simultáneos a la confirmación del principio de autodeterminación de los pueblos.[134] Debemos recordar que la Carta de la ONU sólo hace referencia explícita a los principios de igualdad soberana de los Estados (art.2.1) y excepción de la jurisdicción interna (art.2.7), estando éste último orientado a las actuaciones de la Organización respecto de la soberanía de los Estados. Fuera del ámbito de la Carta, el principio de no intervención en los asuntos internos se ha desarrollado a través de diversos instrumentos universales y regionales,[135] como por ejemplo la Resolución 2625 (XXV) y el Acta Final de Helsinki.[136] Este principio se deriva de la igualdad soberana de los Estados y su perfeccionamiento y eficaz aplicación solo han sido posibles gracias a su imbricación con otros principios, tales como la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza y la libre determinación de los pueblos.[137]

Tercera.- La democracia, recogiendo la esencia de la igualdad y la libertad, se ha convertido en un “valor” en sí mismo que orienta la acciones de los sujetos del Derecho Internacional.

En el plano internacional, el concepto de democracia que se

está utilizando en las relaciones de los Estados entre sí y en el seno de las organizaciones internacionales tiene tal grado de imprecisión y ambigüedad que impide que concurren los elementos de las normas consuetudinarias. A pesar del auge de los procesos de democratización de los últimos años, el elemento material carece de la nota de la homogeneidad lo que implica la imposibilidad de afirmar la universalidad de la democracia como forma de gobierno única y universal.[138] En tanto en cuanto los Estados no acuerden una delimitación más precisa y homogénea de los elementos de la democracia no será posible evaluar el grado de aplicación de tal práctica. Respecto del elemento espiritual, partiendo de las dificultades de los aspectos materiales, no parece posible asumir que los Estados hayan aceptado la obligación de establecer la democracia como forma de gobierno en tanto que *necesidad existencial* adecuada para ser incluida dentro de las relaciones de cooperación entre sí.[139]

El profesor Fernández Liesa se preguntaba a finales de los años noventa si existía el derecho a la democracia como un derecho de los pueblos[140] y, aunque admitió que se estaba produciendo un cambio de tendencia,[141] concluyó que el estado de la opinio iuris “no permite *todavía* identificar una norma consuetudinaria (las cursivas son nuestras)”. [142] Estos extremos han sido comentados por los profesores Garzón y Cardona que consideran que el derecho a la democracia “está *todavía* lejos de tener claros perfiles (las cursivas son nuestras)”. [143] Para estos autores, la democracia, junto con la protección del medio ambiente y los principios del mercado, debe considerarse como uno de los “valores moduladores de los principios de las Naciones Unidas”. [144] Desde nuestro punto de vista, esta posición es la más acertada en la situación actual del Derecho Internacional, ya que los efectos jurídicos de la democracia se han producido al amparo de otros principios jurídicos como la libre determinación de los pueblos y el respeto de los derechos humanos.

En una perspectiva global, un concepto de democracia

universal tendría que estar inspirado en aquellos valores inherentes a *todos* los seres humanos. La identificación de estos valores está parcialmente realizada a través del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ha delimitado una serie de derechos reflejo del componente axiológico. No obstante, la ambigüedad latente en propio concepto de democracia y la falta de consenso internacional sobre sus elementos concretos (que impide su configuración normativa como derecho), la incompatibilidad del concepto (entendido como forma de gobierno) con otros principios como la libertad política de los Estados y su importante componente político (que la sitúa en directa relación con los derechos de convivencia política) así como su grado de reconocimiento dentro de la práctica real de los Estados, nos impiden considerar la democracia como un principio jurídico que deba informar la práctica de los Estados. La ausencia de valor normativo en el plano universal no quiere decir que haya que negar la universalidad de los valores[145] que fundamentan la democracia como forma de organización política[146] y que, desde los primeros pasos dados por la Escuela de Salamanca, han orientado la convivencia entre los pueblos.

Cuarta.- La democracia como sistema de convivencia, al igual que la propia realidad social, tiene un carácter dinámico y su futuro dependerá, en última instancia, de los valores que hayan sido asumidos por los individuos de las distintas sociedades.

Algunos autores como Koskenniemi han criticado el excesivo formalismo del Derecho Internacional y su difícil adaptación al dinamismo actual de la Sociedad Internacional.[147] En nuestra opinión, esas dificultades deben traducirse en una readaptación de las estructuras y obligaciones del ordenamiento internacional que permitan, al igual que ocurrió en épocas pasadas, su adaptación a los nuevos desafíos que presenta la convivencia de Estados. El estado actual de las relaciones internacionales confirma que no nos encontramos en *el fin de la Historia*,[148]

por lo que tampoco somos partidarios de defender *el fin de la democracia* sino, al contrario, la necesidad de su fortalecimiento. Otros autores, como Allot, combinan la crítica a la democracia con una propuesta de nuevo orden (basado en su idea de *Eunomia*) que, en última instancia, reivindica una nueva revolución en el pensamiento humano.[\[149\]](#) Buscando un enfoque jurídico constructivo y tomando en consideración el análisis de la realidad social internacional, creemos que la democracia, a pesar de las dificultades encontradas, ha logrado un equilibrio entre los valores de la libertad y la igualdad que nunca antes había sido logrado en el ejercicio del poder público.[\[150\]](#)

En estos tiempos de desconfianza ante la crisis presente, de incertidumbre respecto del futuro y de temor hacia lo (el) diferente, conviene recordar las palabras de María Zambrano cuando, reflexionando en 1958 respecto de la Crisis de Occidente, afirmaba: “Como en la vida de una persona, puede acaecer que algo que está sucediendo en un país jamás habitado por ella, entre dos personas que ella no conoce, sea un suceso que integre su destino personal; más tarde lo sabrá [...] Vivimos en estado de alerta, sintiéndonos parte de todo lo que acontece, aunque sea como minúsculos actores en la trama de la historia y aun en la trama de la vida de todos los hombres. No es el destino, sino simplemente comunidad – la convivencia – lo que sentimos nos envuelve: sabemos que convivimos con todos los que aquí viven y aun con los que vivieron. El planeta entero es nuestra casa.”

[\[1\]](#) A este respecto vid., entre otros, Hamilton, B., *Political Thought in Sixteenth-Century Spain. A Study of the Political Ideas of Vitoria, Soto, Suárez and Molina*, Clarendon, Oxford, 1963; Fernández-Santamaría, J. A., *The State, War and Peace, Spanish Political Thought in the Reanaisance, 1515-1559*, Cambridge, University Press, 1977; Pereña, L., *La idea de justicia en la conquista de América*, Mapfre, Madrid, 1992.

[\[2\]](#) A partir de la promulgación de la Bula Inter Caetera, otorgada por el Papa español Alejandro VI en 1493,

la expansión colonial hacia el nuevo mundo del poder temporal y su relación con el poder papal, fueron los principales asuntos tratados por los pensadores de las órdenes religiosas; entre otros, por los dominicos y franciscanos que forjaron la Escuela de Salamanca. La esencia de su doctrina se centra en una nueva concepción de la sociedad y del mundo más humana que se separa de las tesis trascendentes de la Edad Media. Vid. al respecto Luño Peña, E., *Historia de la filosofía del Derecho*, Tomo II, Libro tercero (La filosofía del Derecho en la Edad Moderna), La Hormiga de Oro, Barcelona, 1948, p.10.).

El filósofo dominico Tomas Campanella en la obra *La ciudad del sol* (escrita en 1602 mientras estaba en la cárcel condenado por hereje por el Santo Oficio Romano) describe su imaginaria Ciudad del Sol reflejando el nuevo espíritu universal de entonces: “Encontré a Moisés, Osiris, Júpiter, Mercurio, Mahoma, y otros muchos, y en lugar muy honroso estaba Jesucristo y los doce Apóstoles, a los que tienen en gran estima, Cesar, Alejandro, Pirro y todos los romanos; y admirado yo de cómo supiesen aquellas historias, me indicaron que ellos dominaban la lengua de todas las naciones, y que enviaban apostas embajadores por el mundo, y se informaban del bien y del mal de todos; y se gozaba mucho en esto.” (Campanella, T., *La ciudad del sol*, Mondadori, Madrid, 1988, p.121).

[3] Vid. Carrillo Salcedo, J. A., “Aportación de Francisco de Vitoria a los fundamentos filosóficos de los derechos humanos”, en AA.VV., *La Escuela de Salamanca y el Derecho internacional en América. Del pasado al futuro*, Jornadas iberoamericanas de las AEPDIRI (comp. Mangas Martín, A.), Salamanca, 1993, p.50.

[4] Sobre la influencia de Santo Tomás, vid. Acton, L., *Ensayos sobre la libertad, el poder y la religión*, Centro de estudios políticos y constitucionales (BOE), Madrid, 1999, p.101; Grewe W. G., *The Epochs of International Law*, Walter de Gruyter, Berlín, 2000, p.145..

[5] Vid. Truyol y Serra, A., “El derecho de gentes como orden universal”, en AA.VV., *La Escuela de Salamanca y el Derecho internacional en América. Del pasado al futuro*, Jornadas iberoamericanas de las AEPDIRI (comp. Mangas Martín, A.), Salamanca, 1993, p.24; Ayuso, A., “Las aportaciones de Vitoria, Suárez, Gentili y Grocio al Derecho internacional”, en *Revista del Consejo Latinoamericano de Estudios de Derecho Internacional y Comparado (COLADIC)*, 2005, p.2; Pereña, L., “La génesis suareciana del *Ius Gentium*”, estudio preliminar a la obra de Suárez, F., *De Legibus de Iure Gentium*, C.S.I.C., Madrid, 1973, p.XXV; Puente Egido, J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Vol. I. 1., Salamanca, 1998, p.12.

[6] Vid. Dupuy, R-J., *Le Droit International*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001, p.6: “En matière de colonisation, le pape investit les princes sur les terres ouvertes à la propagation de la foi: la Bulle alexandrine (1493) trace une démarcation entre les territoires à coloniser par les Espagnols et les Portugais [...] Il existait ainsi un superpouvoir d’ordre théocratique qui, en dépit de ses faiblesses, pouvait étayer une doctrine ayant vocation à l’universalité.”

[7] Vid. Díez de Velasco, M., “Francisco de Vitoria y en especial sus reflexiones sobre la ‘comunidad de los pueblos’ y sobre la ‘autoridad de todo el orbe’”, en AA.VV. (Ed. Mariño Menéndez, F. M.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Trotta, Madrid, 2002, p.208: “Vitoria distingue entre el derecho natural y el de Gentes, aún afirmando la estrecha conexión que entre ambos existe, siendo el derecho ajuste y adecuación, si ésta es impuesta necesariamente por la naturaleza se refiere al derecho natural, pero si esta adecuación se impone por las exigencias de algún fin justo y bueno [...] es Derecho de Gentes [...] Vitoria, por tanto, se inclina por que la mayor parte del Derecho de Gentes sea un Derecho positivo, basado en el consentimiento de todo o de una parte del ‘Orbe’, es decir distingue entre lo que hoy conocemos por el Derecho internacional general y del Derecho internacional particular.”

[8] Vid. Truyol y Serra, A., *Historia del Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1995, pp.59.

[9] Vid. Dupuy, R-J., *Le Droit International*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001, p.7: “Francisco de Vitoria pesquisera notamment les fondements de la colonisation, problème mis au jour par les grandes découvertes ; rejetant les titres tirés de la barbarie des peuples conquis ou de la première occupation, il la justifia par le droit universel de communication, affirmant ainsi sa conception œcuménique de la société internationale, le droit des gens étant lui-même établi sur la raison universelle.”

[10] Vid. Mariño Menéndez, F., “La ‘protección internacional’ de los derechos humanos desde la Paz de Westfalia hasta la Revolución francesa”, en AA.VV., *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo II (Siglo XVIII), Volumen III (El Derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad

internacional: los orígenes del sistema), Dykinson, Madrid, 2001, p.415.

[11] En su obra *Relectio de Indis*, reflejó los “títulos” que, según él, legitimaban la ocupación de las tierras de los Indios, la necesidad de contar con algún tipo de legitimidad que vaya más allá del mero ejercicio del poder colonial. Vid. Vitoria, F., *Relectio de Indis*, C.S.I.C., Madrid, 1989. En el Capítulo I (titulado “Antes de la llegada de los españoles estos indios eran verdaderos dueños de sus bienes”, pp.63 y ss.) Vitoria defiende una legitimidad de los indios en el dominio sobre las tierras como premisa previa a la conquista de los españoles. Asimismo, en el Capítulo siguiente (titulado “Títulos no legítimos por los que los indios del Nuevo Mundo pudieron venir a poder de los españoles”, pp.75 y ss.) rechaza los parámetros que según él no justificaban la ocupación española (así, por ejemplo, rechaza que el emperador sea señor de todo el Orbe o que el Papa tenga poder temporal sobre las cosas no espirituales).

[12] Vid. Vitoria, F., *La Justicia*, Tecnos, Madrid 2001, p.29: “El derecho de gentes no se deduce necesariamente del derecho natural [...] No obstante, el derecho de gentes es necesario para la conservación del derecho natural. Pero no es absolutamente necesario, sino casi necesario, porque mal se puede salvaguardar el derecho natural sin el derecho de gentes [...] Podría, ciertamente, subsistir el mundo si las posesiones fueran comunes, como sucede en las órdenes religiosas; sin embargo, con gran dificultad los hombres se verían libres de meterse en discordias y guerras.”

[13] Vid. Díez de Velasco, M., “Francisco de Vitoria y en especial sus reflexiones sobre la ‘comunidad de los pueblos’ y sobre la ‘autoridad de todo el orbe’”, en AA.VV. (Ed. Mariño Menéndez, F. M.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Trotta, Madrid, 2002, p.208: “El Orbe es todo el mundo conocido [...] el conjunto de todos los ‘Estados’ del mundo, sean o no cristianos. El lazo mínimo que da cohesión al Orbe es sólo la común condición de seres humanos. Pero ser hombre significa para Vitoria tener la posibilidad de salvarse [...] para Vitoria ningún hombre es totalmente ajeno a otro, por muchas que sean las diferencias entre ellos.”

[14] Vid. Truyol y Serra, A., *Historia del Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1995, pp.58-59.

[15] Respecto del adelanto que supuso para su tiempo la obra de Vitoria, queremos hacer nuestras las palabras del profesor Pereña cuando afirma: “Leal siempre a las exigencias de su época, Francisco de Vitoria rompe en muchos aspectos con la tradición medieval. Es un espíritu eminentemente moderno. Su tesis de la ‘Comunitas orbis’ se adelantó a su tiempo. [...] El hombre se constituye en el centro de gravedad de la paz en cuanto persona, súbdito del Estado y miembro de la comunidad internacional.” (Pereña, L., “La génesis suareciana del *Ius Gentium*, estudio preliminar a la obra de Suárez, F., *De Legibus de Iure Gentium*, C.S.I.C., Madrid, 1973, p.XXIII). En este mismo sentido, Truyol subraya la importancia de la obra de Vitoria como origen remoto del posterior advenimiento del Racionalismo, vid. Truyol y Serra, A., *Historia del Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1995, p.61.

[16] Tal como comenta el profesor Pereña, una de las grandes virtudes de la Escuela de Salamanca fue la continuidad doctrinal que permitió mejorar la obra científica a medida que evolucionaba la propia sociedad: “Todos aquellos maestros se sentían científicamente solidarios. Se prestaban sus manuscritos que corrían de mano en mano. No intentaban ser originales. Tenían conciencia de Escuela. Y se esforzaban por todos los medios por no traicionar a sus maestros, forzando a veces algunos textos por eludir todo aspecto de novedad. Procuraban, sin embargo, enriquecer sus teorías convencidos del dinamismo de la paz.” (Ibid., p.XX). Además de Suárez, destacaron otros discípulos como, por ejemplo, Bartolomé de Medina, Melchor Cano y Vázquez de Menchaga. Vid. Herrero y Rubio, A., *Derecho de Gentes*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1995, pp.68-87.

[17] Vid. Suárez, F., *De Legibus de Iure Gentium* (IV), C.S.I.C., Madrid, 1973, pp.116-117: “[...] Es posible replicar que ese derecho (de gentes) surge en virtud de la razón natural solamente, pero que no es aplicable a los hombres absolutamente considerados sino en cuanto integrados en alguna sociedad humana. Por eso se diferencia del derecho natural primario en cuanto que es una especie de derecho natural secundario que llamamos derecho de gentes [...] el derecho de gentes no siempre tiene su origen en el supuesto de la comunidad de los hombres, sino en la pura condición natural por la que el hombre es un ser social, juntamente con el principio natural de que la división en comunidades va mejor a la supervivencia del género humano [...] el derecho de gentes es sencillamente humano y positivo.” Vid. al respecto Truyol y Serra, A., *Historia del Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1995, p.63.

[18] Vid. Suárez, F., *De Legibus de Iure Gentium* (IV), C.S.I.C., Madrid, 1973, p.136: “La segunda clase de

derecho de gentes, comprende ciertos preceptos, formas y modos de vida que intrínseca y directamente no dicen relación a todos los hombres, ni tienen como fin inmediato una asociación progresiva y colaboración internacional de todos los pueblos. Los establece cada Estado a través de su proceso jurisdiccional y de acuerdo con los procedimientos constitucionales. Sin embargo [esos preceptos] son de tal naturaleza, que casi todas las naciones coinciden en la práctica de semejantes usos o leyes.”

[19] Vid., *Ibid.*, p.145-146: “El derecho de gentes es mutable, por cuanto necesita del consentimiento de los hombres [...] Téngase en cuenta que las formas del cambio son diferentes según se trate de un derecho de gentes que es común únicamente por coincidir varias naciones en el reconocimiento de una u otra ley, o de un derecho de gentes que es universal en virtud de usos y costumbres internacionales, en cuanto que los pueblos en sus mutuas relaciones mantienen alguna forma de asociación y de intercambios.” Suárez menciona algunos ejemplos de costumbres que estaban sujetas a cambios según el territorio y según el momento histórico (*Ibid.*, p.163).

[20] Entre los autores de la Escuela Española y la llegada del Racionalismo hubo una serie de autores como Grocio que, además de sus aportaciones a principios clásicos como el *ius in bello* y otros que surgieron como la libertad de los mares, destacaron por recoger y desarrollar las tesis de la escolástica española hasta la llegada de la Ilustración. Sobre la obra de Grocio, vid. Truyol y Serra, A., *Historia del Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1995, p.68.

[21] Vid. Grocio, H., *De la libertad de los mares*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

[22] Vid., Grocio, H., *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, Reus, Madrid, 1925, Tomos I-IV.

[23] Entre los continuadores de la obra de Grocio podemos mencionar a autores como Puffendorf (*El Derecho natural y de gentes y Deberes del hombre y del ciudadano*) y Wolf. Sobre la influencia de Grocio en autores posteriores, vid. Gros Espiell, H., “En el IV Centenario de Hugo Grocio. El nacimiento del Derecho de Gentes y la idea de la comunidad internacional”, en AA.VV., *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional (Libro-homenaje al profesor D. Antonio Truyol Serra)*, Centro de Estudios Constitucionales - Universidad Complutense, Madrid, 1886, pp.541-560.

[24] Tomando como referencia el derecho de gentes desarrollado por Vitoria y Suárez, Grocio distingue también entre derecho civil-estricto y civil-amplio: “El derecho civil-estricto, y que no proviene del poder civil, aunque le está sujeto, es vario: los preceptos paternos a los del señor; y comprendiendo en sí otros semejantes. Y civil-amplio es el derecho de gentes, esto es, el que recibió la fuerza de obligar de la voluntad de todos o de muchos pueblos. Añadí de muchos, porque apenas se encuentra un derecho fuera del natural, que también se suele llamar derecho de gentes, común a todos los pueblos.” (Grocio, H., *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, Reus, Madrid, 1925, Tomo I (Libro I), p.61).

[25] Vid. Negro, D., *La tradición liberal y el Estado*, Unión Editorial, Madrid, 1995, p.147: “En el tiempo transcurrido desde la mitad del siglo XVI hasta la guerra de los treinta años tuvo lugar la agonía del Renacimiento que, asentado en la vida natural, se oponía al ‘mundo como sueño’ [...] El Barroco, la época entre 1610 y 1660, quiso sublimar las tensiones entre el ensueño y la realidad natural, entre la cultura nórdica, germánica protestante, y la cultura del sur, latina católica.”

[26] Vid. Frayle Delgado, L., *Estudio Preliminar de Vitoria*, F., La Ley, Tecnos, Madrid, 1995: “El tratado de La Ley del Maestro Francisco de Vitoria es parte del comentario a la Prima Secundae y fruto de las ‘lecturas’ del curso escolar 1533-1534, que dedicó a esta parte de la Suma Teológica [...] el maestro Vitoria es un avanzado jurista en su tiempo, no sólo en derecho público internacional, sino también en derecho público interno”.

[27] Vid. Vitoria, F., *La Ley*, Tecnos, Madrid, 1995, p.6 (Cuestión 90, “La esencia de la Ley”, Lectura 121).

[28] Vid. *Ibid.*, pp.23-24 (Cuestión 92, “Los efectos de la Ley”, Lectura 122 repetida): “[...] Es necesario que la ley mire, sobre todo al bien común, que es la felicidad. Así Aristóteles dice que las leyes justas producen la felicidad. Otros filósofos pusieron la felicidad en la virtud, pero Aristóteles sostiene que la esencia de la felicidad consiste en la virtud [...] la república misma tiene autoridad para inducir a los hombres a la virtud, puesto que la tiene para inducirlos al bien útil y delectable que son bienes menores. Y no ejerce la autoridad si no es por medio de la ley.”

[29] Vid. *Ibid.*, p.47 (Cuestión 96, “La potestad en la Ley humana”, Lectura 126): “Se plantea la cuestión acerca de si están obligados por nuestras leyes los que son de otro reino y vienen al nuestro. Se responde que sin lugar a duda los huéspedes están obligados, porque el rey puede dar leyes para los huéspedes; pues, si a los

franceses les fuera lícito vivir en España a su antojo, la república no tendría un gobierno cómodo aún siendo perfecta y no necesitando sino de sus propias leyes. Se prueba porque, si los huéspedes no estuvieran obligados, estarían eximidos de todas las leyes, porque cuando andas de viaje no te vales de tus propias leyes ni estás obligado a cumplirlas.”

[30] Vid. Ibid., p.48 (Cuestión 96, “La potestad en la Ley humana”, Lectura 126).

[31] Vid. Ibid., p.49 (Cuestión 96, “La potestad en la Ley humana”, Lectura 126): “Se plantea la cuestión de cómo hay que entender que el príncipe esté sometido a la ley en cuanto es directiva y no en cuanto es coactiva [...] Por consiguiente, se deduce de aquí que obra contra el derecho natural si no se somete a sus propias leyes en aquellas cosas que se refieren a toda la república, en condiciones de igualdad. Por tanto, está sometido a la fuerza directiva de la ley cuando le afecta como a los demás.”

[32] Vid. Dupuy, R.-J., *Le Droit International*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001, p.7.

[33] Es lo que Touchard comenta como las “obligaciones de conciencia del rey” que se derivan del derecho natural (Vid. Touchard, J., *Historia de las ideas políticas*, Tecnos, Madrid, 1981, p.213).

[34] Suárez, F., *De Iuramento Fidelitatis*, V.II., C.S.I.C., Madrid, 1979.

[35] Frente a las tesis absolutistas de los Estuardo, el maestro español defendía los derechos de los súbditos respecto del Estado y respecto del monarca. Tal como comenta el profesor Abril: “El derecho divino de los reyes, idea maestra de Jacobo, parecía implicar consustancialmente la eliminación automática y total de muchos derechos específicamente civiles y políticos del súbdito o ciudadano para con el Estado respecto del rey. Mientras que el derecho natural y divino de las comunidades humanas, según Suárez, parecía implicar consustancialmente la vigencia y garantía máxima de esos derechos.” (Abril, V., “Carta de 1613 sobre los derechos humanos”, en *Estudio preliminar Conciencia y Política de la obra Suárez, F., De Iuramento Fidelitatis*, V.I., C.S.I.C., Madrid, 1979, p.292).

[36] Vid. Suárez, F., *Defensio Fidei V. III Principatus Politicus*, C.S.I.C., Madrid, 1965.

[37] Vid. Eleuterio Elourduy., S. J., *La soberanía popular según Francisco Suárez*, Estudio introductorio a la obra Suárez, F., *Defensio Fidei V. III Principatus Politicus*, C.S.I.C., Madrid, 1965, p.XVI: “Entre 1606 y 1607 consumaba Jacobo I la ruptura de Inglaterra con Roma, imponiendo a sus súbditos católicos el juramento de fidelidad. En la Edad Media el juramento había sido la garantía sacral de los deberes mutuos que unían a los señores con sus vasallos. Las fórmulas inglesas del juramento, especialmente las dos de Jacobo I, fueron una medida unilateral regia para gravar la conciencia de los súbditos y someterlos a la obediencia mediante las coacciones espirituales y temporales más rigurosas.”

[38] Vid. Abril, V., “Carta de 1613 sobre los derechos humanos”, en *Estudio preliminar Conciencia y Política de la obra de Suárez, F., De Iuramento Fidelitatis*, V.I., C.S.I.C., Madrid, 1979, p.298.”

[39] Vid. Ibid., p.290: “Suárez fue, en suma, un moralista. Defendió a ultranza la autonomía jurídica y la soberanía política del Estado (“en su esfera”) frente a la propia Iglesia. Pero también la de la Iglesia (“en su esfera”) frente al Estado. El terreno común, la base de coincidencia, el límite insoslayable para ambos poderes era el Derecho natural, la moralidad intrínseca de toda acción y opción de individuos y gobernantes (también a nivel social, político e institucional).”

[40] El profesor Abril comenta esta intervención de la divinidad y afirma que: “La propia divinidad intervenía decisivamente en los tratos entre pueblo y soberano. El respaldo divino daba a los actos de carácter constituyente y a las estructuras de carácter constitucional una solidez incluso sagrada y religiosa. Teología, ética, derecho natural, derecho constitucional e instituciones políticas positivas colaboraban así en el reforzamiento, promoción y garantía de los derechos de los ciudadanos y condicionaban de modo permanente la misma legitimidad del poder y cargo del rey.” (Ibid. p.300).

[41] Vid. Ibid., p.300: “La investidura conjuntamente divina y popular del rey no sólo no autorizaba a éste para el uso y abuso de los bienes y derechos de los súbditos, como pretendía el soberano anglicano glosando los textos bíblicos. Sino que imprimía carácter a la realeza, fijando taxativamente el contenido, ámbito, atribuciones y límites naturales o sobreañadidos del poder real.”

[42] Suárez, F., *Defensio Fidei V. III Principatus Politicus*, C.S.I.C., Madrid, 1965, p.18. El profesor Eleuterio Elourduy ilustra esta idea de “consenso” de Suárez comentando: “Se trata, por lo tanto, de un consensus colectivo, que puede ser social o político. El elemento político depende del acto voluntariamente prestado por la comunidad al establecer un régimen de gobierno determinado, donde la obediencia es piedra básica del Derecho político positivo.” (Eleuterio Elourduy., S. J., *La soberanía popular según Francisco Suárez*, Estudio

introdutorio a la obra Suárez, *ibid.*, pp. CLXVI – CLXVIII).

[43] Vid. *Ibid.*, p.22: “[...] Ningún rey o monarca recibe o ha recibido (de ley ordinaria) el poder político directamente de Dios o por institución divina, sino mediante la voluntad y la constitución humana. Es este el egregio axioma de la teología, no por burla, como propaga el rey, sino de verdad. Debidamente entendido es certísimo y muy necesario para comprender los fines y los límites del poder político.”

[44] Vid. Abril, V., “La obligación política según Suárez: el derecho de obediencia a las leyes”, en *Miscelánea Comillas*, 67 (1977), pp.229-296; del mismo autor “Derecho-Estado-Rey: Monarquía y democracia en Francisco Suárez”, en *Revista de Estudios Políticos*, 210 (1976), pp.129-188, y “Moral-Derecho-Política: homologación democrática y responsabilidad política en Francisco Suárez”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 19 (1976-1977), pp.211-262.

[45] Suárez, F., *De Iuramento Fidelitatis*, I.V., C.S.I.C., Madrid, 1979, p.235.

[46] *Ibid.*, p.235.

[47] Aristóteles entiende por ciudadano “al que tiene el derecho de participar en el poder deliberativo y judicial de la ciudad; y llamaremos ciudad, hablando en general, al cuerpo de ciudadanos capaz de llevar una existencia autosuficiente”. (Aristóteles, *Política*, UNAM, México D.F., 2000, p.68 [1275, b].

[48] Para un estudio de la evolución histórica de los conceptos de representación política y soberanía popular, vid. Garronera Morales, A., *Representación política y Constitución democrática*, Civitas, Madrid, 1991.

[49] Vid. Del Arenal, C., “La visión de la sociedad mundial en la escuela de Salamanca”, en AA.VV., *La Escuela de Salamanca y el Derecho internacional en América. Del pasado al futuro*, Jornadas iberoamericanas de las AEPDIRI (comp. Mangas Martín, A.), Salamanca, 1993, p.35: “La Escuela Española, desarrolla y define en términos modernos el concepto de Estado como comunidad política perfecta, es decir, el Estado en cuanto comunidad que ostenta el atributo de la soberanía. El concepto de comunidad perfecta y el de soberanía aparecen como indisolubles desde el mismo Vitoria, si bien será Suárez quién nos deje una definición más precisa de la realidad y el concepto del Estado soberano.”

[50] Vid. Vitoria, F., *La Ley*, Tecnos, Madrid, 1995, p.126 (Cuestión 105, “La razón de los preceptos judiciales”).

[51] Vid. *Ibid.*, p.127 (Cuestión 105, “La razón de los preceptos judiciales”): “[...] Aristóteles dice que, si hay uno que sobresale entre los demás en virtud y sabiduría, entonces el mejor gobierno sería la monarquía; de lo contrario ésta sería una cosa mala. Pero ‘¿quién es éste y lo alabaremos?’. Por consiguiente, con relación a la calidad de gobierno, como los príncipes no siempre sobresalen de los demás por su sabiduría, mirando a la paz de los pueblos, son elegidos otros gobernantes, para los distintos estamentos como es ‘el Consejo, la Chancillería, los corregidores’.”

[52] Vid. *Ibid.*, p.128 (Cuestión 105, “La razón de los preceptos judiciales”): “[...] Se plantea la cuestión de cuál sea la razón del reino, o qué es lo que puede hacer mejor uno solo que varios juntos, o que cada uno en particular.”

[53] Vid. *Ibid.*, p.128 (Cuestión 105, “La razón de los preceptos judiciales”): “Yo digo que es de la razón del reino tomado en sentido propio que esté sobre todos y cada uno; y se prueba porque de otro modo aquél régimen sería, más que un reino, una democracia, en la que el pueblo está sobre el rey, y el concilio sobre el papa. De aquí que, si en la Iglesia hay un gobierno regio, sea necesario decir que el papa está sobre el concilio, de otra manera preferiría negar que sea un gobierno regio.”

[54] Vid. *Ibid.*, p.128 (Cuestión 105, “La razón de los preceptos judiciales”): “Al argumento de que la república hace al rey, luego está sobre el rey, niego la consecuencia; porque, si ha dado su potestad al rey, no la retuvo para sí, pues de lo contrario no se la habría dado. Parece ahora que el mejor régimen es el mixto, como dice el Doctor, y así sucede de algún modo entre los cristianos, donde hay reyes.”

[55] El profesor Rodríguez Molinero comenta la posición de Vitoria respecto de las posesiones coloniales y, en el análisis de su obra, reproduce parte del texto de *Comentarios a la Secunda Secundae* de Santo Tomás donde el maestro salmantino afirmaba: “[...] tales tierras pertenecían a los infieles, y éstos no quieren dárnoslas ni tampoco sus príncipes; siendo pues ellos los verdaderos dueños, si ellos no quieren dárnoslas, se sigue que no podemos retenerlas y ocuparlas. Del mismo modo nadie podía quitarles las tierras a estos indios. Además porque ningún príncipe cristiano es superior respecto a ellos.” (Rodríguez Molinero, M., *La doctrina colonial de Francisco de Vitoria o el Derecho de la paz y de la guerra*, Cervantes, Salamanca, 1998, p.48). A este respecto, conviene recordar que el 2 de junio de 1537, bajo el pontificado de Pablo III, se promulgó la Bula

Siblimis Deus que reconocía lo siguiente: “[...] los Indios, y todas las gentes que en el futuro llegasen al conocimiento de los cristianos, aunque vivan fuera de la fe cristiana, pueden usar, poseer y gozar libre y lícitamente de su libertad y del dominio de sus propiedades, que no deben ser reducidos a servidumbre y que todo lo que se hubiese hecho de otro modo es nulo y sin valor.” (El texto de la Bula comentado se puede encontrar en: Hanke, L., La lucha por la justicia en la conquista de América, Madrid, Istmo, 1988.)

[56] Vid. Vitoria, F., Relectio de Indis, C.S.I.C., Madrid, 1989, pp.99 y ss.

[57] Vid. Ibid., p.99: “[...] Entre todas las naciones se considera inhumano recibir mal a los forasteros y emigrantes; y por el contrario, humano y cortés comportarse bien con los forasteros; y no sería así, si es que obraran mal los emigrantes por viajar a naciones extranjeras.”

[58] Vid. Ibid., p.105.

[59] Vid. Ibid., p.110.

[60] Ibid., p.110. El profesor Rodríguez Molinero también comenta la postura de Vitoria con relación al “título de dominio” de las tierras y la importancia que otorga al acto de la “conformidad”: “Los requisitos para que tal título sea válido afectan fundamentalmente al acto de elección: ésta ha de ser libre y voluntaria, hecha por los propios aborígenes [...] ha de basarse en la convicción de que es útil y oportuna para el desarrollo y buen funcionamiento de la república; y no es necesaria, ni mucho menos, la unanimidad del parecer de todos los miembros, sino que es suficiente la conformidad de la mayoría - maior pars -, pues sería muy difícil que todos coincidieran en la opinión - ‘cum difficile siy ut omnes conveniant in unam sententiam’ -.” (Rodríguez Molinero, M., La doctrina colonial de Francisco de Vitoria o el Derecho de la paz y de la guerra, Cervantes, Salamanca, 1998, p.78).

[61] Todos estos principios universales acompañaron a las actividades de colonialismo intentando limitar el ejercicio de poder de las metrópolis para que los derechos básicos de los nuevos pueblos fueran tomados en consideración. No obstante, autores como Grewe comentan aquél colonialismo en los siguientes términos: “This world community of the human race was conceived by Vitoria and the other Spanish theorist of his era as an organised community of peoples which were themselves constituted politically as States. Theirs ideas were thus different from modern universalistic ideas of a society of States which is constituted through the free will and treaties of sovereign States.” (Grewe W. G., The Epochs of International Law, Walter de Gruyter, Berlín, 2000, p.146). Otros como Dempf resaltan la influencia de la norma moral en su particular concepción del Estado y del derecho de gentes, vid. Dempf, A., Christliche Staatsphilosophie in Spanien, 1937, p.46, según cit. Grewe W. G. en *ibid.* p.146).

[62] Vid. Suárez, F., Defensio Fidei V. III Principatus Politicus, C.S.I.C., Madrid, 1965, p.31: “Se concluye, finalmente, que este gobierno o poder monárquico puede adquirirse de varias maneras que conviene señalar aquí para que se entienda mejor la tesis expuesta. La primera manera de conferir este poder a un príncipe en su constitución original se verifica por el libre consentimiento del pueblo”.

[63] Vid. Ibid., p.31: “Otra manera pudo ser cuando la comunidad ya política elige libremente al rey, al cual traslada su poder. Es la manera de suyo más conveniente y razonable. Una vez que se ha hecho ya esta traslación en firme y para siempre, en este caso no es necesario después una nueva elección o un nuevo consentimiento del pueblo.”

[64] Vid. Ibid., p.32: “Además de esta manera voluntaria [de traslación] suelen a veces las naciones o pueblos libres quedar sometidos involuntariamente a los reyes por medio de la guerra. Y esto suele hacerse justa o injustamente. Cuando la guerra tuvo un título justo, ciertamente el pueblo es ese caso se ve privado del poder que tenía.”

[65] Vid. Ibid., p.31: “[...] Puede decirse también que los reyes que se suceden en el trono reciben directamente su poder del pueblo, no por un nuevo consentimiento, sino en virtud de aquél primer consentimiento. Los hijos reciben de los padres los mismos reinos en virtud de la primera constitución [del pueblo] más que por la voluntad de los padres.”

[66] Todos estos métodos denotan lo que el profesor Eleuterio Elourduy llama “eficacia” del consensus respecto de la cual muestra sus dudas: “El término empleado por Suárez es: ‘coalescunt in unam civitatem’. La coalescencia es término biológico de crecimiento, que no se obtiene por una suma de crecimientos artificiales y mecánicos. Es una acción de conjunto y convergente de agentes diversos [...].” (Eleuterio Elourduy., S. J., La soberanía popular según Francisco Suárez, Estudio introductorio a la obra Suárez, F., Defensio Fidei V. III Principatus Politicus, C.S.I.C., Madrid, 1965, p.CLXXI).

[67] Suárez, F., De Iuramento Fidelitatis, C.S.I.C., Madrid, 1979, p.235.

[68] Ibid.

[69] Ibid., p.86.

[70] Esta doctrina también había sido afirmada por Bartolomé de Las Casas en diversos escritos como De Regia Potestate en los que defendía la legitimación popular del poder real. El profesor Pérez Luño comenta su posición afirmando: “Los caracteres que defienden la noción lascasiana de soberanía y, en concreto, de la soberanía popular permiten encuadrar su pensamiento entre el de los precursores de las tesis constitucionalistas. Entre dichos caracteres Bartolomé de Las Casas insiste, con especial énfasis, en las notas de inalienabilidad e imprescriptibilidad. La soberanía popular es inalienable y, por ello, la autoridad en quien el pueblo la ha delegado no puede, sin el consentimiento de éste, enajenar su potestad de jurisdicción ni, consiguientemente, las personas o bienes materiales sobre las que la misma se ejercita.” (Pérez Luño, A. E., La polémica sobre el nuevo mundo (Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho), Trotta, Madrid, 1992, p. 173).

[71] Vid. Grocio, H., Del Derecho de la Guerra y de la Paz, Reus, Madrid, 1925, Tomo II (Libro II), p.22: “[...] Siempre es lícito a los súbditos recabar, si pueden, su libertad civil, porque la soberanía que surgió por la fuerza, puede también por la fuerza ser abolida; y lo que de la voluntad procedió, en ello es lícito arrepentirse y mudar la voluntad.”; vid. Ibid., Tomo I (Libro I), pp.73-74: “[...] Los efectos del derecho temporal, cual es el reinado de los elegidos o de los que suceden por ley al imperio, no pueden ser sino temporales. Pudo, sin embargo, conceder este derecho a los reyes el expreso consentimiento del pueblo y aún el tácito por la costumbre, cual hoy vemos que rige en muchas partes.”

[72] Vid. Ayuso, A., “Las aportaciones de Vitoria, Suárez, Gentili y Grocio al Derecho internacional”, en Revista del Consejo Latinoamericano de Estudios de Derecho Internacional y Comparado (COLADIC), 2005, p.6.

[73] Vid. Rodríguez-Zapata, J., Teoría y práctica del Derecho Constitucional, Tecnos, 1996, pp.408-409: “A partir del siglo XIV la idea de representación se empieza a vincular a una delegación popular. En las ciudades burguesas, que van creciendo, este fenómeno empieza a adquirir importancia, configurándose la representación como un mandato de Derecho privado para cosas muy concretas (conceder subsidios, autorizar una guerra, et.) [...] La Revolución francesa hace desaparecer el mandato imperativo y crea el mandato representativo, que, a partir de entonces, constituye la esencia de la representación democrática.”

[74] Para un análisis en profundidad del derecho a la autodeterminación de los pueblos en el Derecho Internacional, vid. Jarillo Aldeanueva, A., Pueblos y democracia en Derecho Internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

[75] Vid. Mariño Menéndez, F., “La ‘protección internacional’ de los derechos humanos desde la Paz de Westfalia hasta la Revolución francesa”, en AA.VV., Historia de los derechos fundamentales, Tomo II (Siglo XVIII), Volumen III (El Derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema), Dykinson, Madrid, 2001, p.472: “El orden establecido en Europa por los dos acuerdos de la Paz de Westfalia (Tratados de Münster y de Osnabrück de 24 de octubre de 1648) puede ser considerado con propiedad un ‘sistema jurídico internacional’ regional europeo.”

[76] Vid. Negro, D., La tradición liberal y el Estado, Unión Editorial, Madrid, 1995, p.147.

[77] Vid. Herrero y Rubio, A., Derecho de Gentes, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1995, pp.99-100: “El tratado de Westfalia fue concluido el 24 de octubre de 1648 [...] Se reconoció en este congreso la igualdad de todos los Estados, sin distinción entre católicos y protestantes. Se aceptó la idea de que la forma de gobierno adoptada por los Estados no influye en su consideración internacional. Es decir, ni la religión, ni la forma de gobierno suponen una superioridad o una preferencia que pueda ser invocada ante el derecho de gentes. Se eleva a dogma la idea de la igualdad absoluta de los Estados.”

[78] Vid. Fernando Segovia, J., Derechos humanos y constitucionalismo, Marcial Pons, Madrid, 2004, p.19.

[79] Vid. Mariño Menéndez, F., “La ‘protección internacional’ de los derechos humanos desde la Paz de Westfalia hasta la Revolución francesa”, en AA.VV.; Historia de los derechos fundamentales, Tomo II (Siglo XVIII), Volumen III (El Derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema), Dykinson, Madrid, 2001, p.417.

[80] Fernández Liesa, C., “Instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos”, en Ibid., p.441.

[81] Vid. Cassier, E., *Filosofía de la Ilustración*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p.28.

[82] Vid. *Ibid.*, p.261-262.

[83] Pérez Luño, A. E., *La polémica sobre el nuevo mundo (Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho)*, Trotta, Madrid, 1992, p 157.

[84] Su visión de la paz como un concepto universal y deducible a partir de la razón fue criticada por corrientes filosóficas posteriores (como el Pragmatismo) y sigue mencionándose en los debates más actuales en torno al futuro de la Sociedad Internacional. En este sentido, algunos de los pensadores más polémicos de la actualidad, como Kaplan, critican las tesis de Kant por estar muy lejos de la realidad política de las relaciones internacionales: “Aunque distintos sistemas de valores morales pueden coexistir, Kant demuestra que sigue habiendo principios universales por los que merece la pena luchar [...] Sin embargo, Kant a diferencia de Hobbes, Maquiavelo, Tucídides y Sun Zi, aporta pocos consejos prácticos para enfrentarse a un mundo dominado por la pasión, la irracionalidad y el mal periódico [...] Así pues, un estadista debe emplear la sabiduría de esos otros filósofos para alcanzar los objetivos esbozados por Kant” (Kaplan, R. D., *La política de los guerreros*, Ediciones B, Barcelona, 2002).

[85] Para los estudiosos de la Historia contemporánea, los enfrentamientos bélicos del pasado siglo pusieron de manifiesto que los razonamientos utópicos resultan débiles si se respaldan por un marco institucional dentro del cual no pueda desarrollarse debidamente esa cooperación política. En conjunto, a lo largo de la obra de Kant, se desgranaron muchos elementos que influyeron en la evolución de la Sociedad Internacional desde una sociedad de yuxtaposición hacia una sociedad de cooperación. A título de ejemplo, en *La paz perpetua* se incluye el siguiente pasaje: “El espíritu comercial, incompatible con la guerra, se apodera tarde o temprano de los pueblos. De todos los poderes subordinados a la fuerza del Estado, es el poder del dinero el que inspira más confianza, y por eso los Estados se ven obligados - no ciertamente por motivos morales - a fomentar la paz, y cuando la guerra inminente amenaza al mundo, procuran evitarla con arreglos y componendas, como si estuviesen en constante alianza para ese fin pacífico.” (Kant, I., *La paz perpetua*, Espasa Calpe, Madrid, 1982, p.128).

[86] Vid. Pérez Luño, A. E., “El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos”, en AA.VV., *Historia de los derechos fundamentales, Tomo II (Siglo XVIII), Volumen II (La filosofía de los derechos humanos)*, Dykinson, Madrid, 2001, p.479; Vid. también Fernando Segovia, J., *Derechos humanos y constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p.19.

[87] Vid. Pérez Luño, A. E., “El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos”, en AA.VV., *Historia de los derechos fundamentales, Tomo II (Siglo XVIII), Volumen II (La filosofía de los derechos humanos)*, Dykinson, Madrid, 2001, p.482: “Sin el atributo de la universalidad nos podemos encontrar con derechos de los grupos, de las etnias, de los estamentos, de entes colectivos más o menos numerosos, pero no con derechos humanos. Precisamente, el gran avance de la Modernidad, y en su seno del legado doctrinal kantiano, reside en haber formulado la categoría de unos derechos del género humano, para evitar cualquier tipo de limitación o fragmentación en su titularidad.”

[88] Vid. García Morente, M., *La filosofía de Kant*, Espasa Calpe, Madrid, 1975, p.15; AA.VV., *La paz perpetua, doscientos años después*, Nau llibres, Valencia 1997.

[89] Con el fin de aclarar posibles equívocos terminológicos, hacemos nuestras las palabras de la profesora Andrés cuando afirma: “Lo mismo se habla de libre determinación como de autodeterminación o incluso, en un ejercicio de redundancia, de libre autodeterminación [...] la diversidad terminológica no tiene consecuencias en el plano conceptual, sin perjuicio de que la primera expresión es la utilizada en los documentos oficiales de NU y es también la más frecuente entre la doctrina científica en español” (Andrés Sáenz de Santa María, P., *La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional*, en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Aranzadi, 1997, Volumen I, p.123).

[90] Para un estudio más amplio de los antecedentes históricos del principio de autodeterminación, se puede consultar el curso de la Academia de La Haya del profesor Lachs, cuyo Capítulo III está dedicado a la autodeterminación e incluye una amplia introducción histórica (Lachs, M., “The development and general trends of international law in our time”, en *RCADI*, Vol.169, 1980, pp.61-77). Vid. también Keitner, C., *National Self-Determination: the legacy of the French Revolution*, Working papers collection, Oxford University, Marzo, 2000.

[91] La versión literal del quinto punto de esta declaración del presidente Wilson establecía: “A free, open-

minded, and absolutely impartial adjustment of all colonial claims, based upon a strict observance of the principle that in determining all such questions of sovereignty the interests of the populations concerned must have equal weight with the equitable claims of the government whose title is to be determine” (“Address of the President Wilson on the Conditions of Peace”, en *The League of Nations 1920-1946*, Appendix II, United Nations Publications, New York and Geneva 1996, p.161).

[92] A este respecto, coincidimos el profesor Miaja que, contrariamente a lo que han dicho algunos autores, afirmaba que “no se encuentra, como muchas veces se ha dicho inexactamente, el principio de autodeterminación de los pueblos en los catorce puntos que el Presidente norteamericano proclamó como fines de guerra el 8 de enero de 1918.” (Miaja de la Muela, A, *La emancipación de los pueblos coloniales y el derecho internacional*, “Lección inaugural del curso 1965-1966”, *Anales de la Universidad de Valencia*, Vol.XXXIX - Cuaderno I - Derecho, Valencia, 1965, p.43).

[93] Vid. Art.22.1, *The Covenant of the League of Nations*, 29 de Abril de 1919 (en *The League of Nations 1920-1946*, Appendix III, United Nations Publications, New York and Geneva 1996, p.162): “To those colonies and territories which as a consequence of the late war have ceased to be under the sovereignty of the States which formerly governed them and which are inhabited by peoples not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the modern world, there should be applied the principle the well-being and development of such peoples from a sacred trust of civilisation and that securities for the performance of this trust should be embodied in this Covenant”.

[94] En esa época de la Sociedad de Naciones, la constante invocación del principio por parte de los mandatarios de las grandes potencias llevó a que *The American Journal of International Law* publicara un comentario editorial monográfico sobre la autodeterminación (Woolsey, T. H., “Self-Determination”, en *The American Journal of International Law*, Vol.13, No. 2, Abril 1919, p.305).

[95] Para un estudio en profundidad del periodo de entreguerras y del papel de la Sociedad de Naciones es interesante *The League of Nations in retrospect*, cuyos contenidos fueron presentados en un coloquio celebrado en Ginebra entre las Naciones Unidas y el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales (AA.VV., *The League of Nations in retrospect*, United Nations Library, Ginebra, 1983, p.390).

[96] Vid. “The four freedoms”, Frankling D. Roosevelt’s address to Congress, *Congressional Record*, 1941, Vol.87, Pt.I: [...] “The third is freedom from want - wich, translated into world terms, means economic understanding which will secure to every nation a healthy peacetime life for its inhabitants - everywhere in the world”.

[97] Vid. *Journal Oficial de la Societé des Nations*, Supl. Spécial N°3, octubre 1920, pp.3-19. La profesora Andrés reproduce la traducción de la parte más destacada del informe, en la cual se afirma: “Aunque el principio de que los pueblos deban poder disponer de sí mismos ocupe un lugar importante en el pensamiento político moderno, sobre todo después de la guerra mundial, conviene hacer notar que no se encuentra inscrito en el Pacto de la Sociedad de Naciones. Y la consagración de este principio en cierto número de tratados internacionales, no puede bastar para hacerlo considerar como una de las reglas positivas del Derecho de Gentes. Al contrario, salvo estipulación en contrario de tratados internacionales, el derecho de disponer del territorio nacional es uno de los atributos de la soberanía de cada Estado” (Andrés Sáenz de Santa María, P., *La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional*, en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Aranzadi, 1997, Volumen I., pp.126-127).

[98] Es evidente que la génesis de este concepto puede remontarse hasta los primeros movimientos de emancipación de las colonias europeas. Algunos autores como el profesor Lerner han enfatizado la importancia histórica que tuvo la Escuela española con respecto a las poblaciones indígenas de los pueblos americanos (Lerner, N., *Groups Rights and Discrimination in International Law*, Kluwer International Law, La Haya, 2003, p.7). Vid. también Summers, J., *Peoples and International law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, p.14; Reisman, W. M., “Sovereignty and human rights in contemporary international law”, en AA.VV., *Democratic Governance and International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p.240.

[99] Vid. Miaja de la Muela, A, *La emancipación de los pueblos coloniales y el derecho internacional*, ‘Lección inaugural del curso 1965-1966’, *Anales de la Universidad de Valencia*, Vol.XXXIX - Cuaderno I - Derecho, Valencia, 1965; Ruiloba Santana, E., “Una nueva categoría en el panorama de la subjetividad internacional: el concepto de pueblo”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1979, Vol.I, pp.303-336; Pastor Ridruejo, J. A., “Le Droit international à la veille du

vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs”, en RCADI, Vol.274, 1998, pp.21-305; Churchill, W., *The People’s Rights*, Jonathan Cape, Londres, 1970; Alston, P, *Peoples’ Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001; Crawford, J., *The Rights of peoples*, Clarendon Press, Oxford, 1988; Cassese, A., *Pour un Droit des Peuples. Essais sur la Déclaration d’Alger*, Berger Levraut, Paris, 1978; Koskenniemi, M., “National Self-Determination Today: Problems of Legal Theory and Practice”, en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.43 (April) (1994), pp.241-269.

[100] Vid. Michalska, Anna, “Rights of peoples to Self-determination in International Law”, en AA.VV., *Issues of Self-determination*, Aberdeen University Press, Aberdeen, 1991, p.73: “The notion ‘people’ has been used in international instruments in many contexts. Yet, at the same time, no definition of that notion is provided by international law. Jouve is right in saying that ‘people, c’est en quelque sorte, un mot camaleon.’”

[101] Vid. Ruiloba Santana, E., “Una nueva categoría en el panorama de la subjetividad internacional: el concepto de pueblo”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1979, Vol.I, pp.315-316.

[102] Vid. El profesor Ruiloba, estudiando conjuntamente los conceptos de pueblo y nación, recalcó la necesidad de interpretar el término “según el contexto” (Ruiloba Santana, E., “Una nueva categoría en el panorama de la subjetividad internacional: El concepto de pueblo”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1979, Vol.I, p.311). Vid. también Brownlie, I, “Rights of Peoples in International Law”, en AA.VV., *The Rights of Peoples*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p.5; Michalska, A., “Rights of Peoples to Self-determination in International Law”, en AA.VV., *Issues of Self-determination*, Aberdeen University Press, Aberdeen, 1991, p.74; Crawford, J., *The Rights of peoples*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p.170.

[103] En el contexto de los procesos de autodeterminación, concurre un elemento necesario, que es la voluntad de la población de constituirse como tal, pero que no es suficiente por sí mismo ya que necesita de la concurrencia de otros elementos objetivos. El conjunto de los elementos objetivos (tales como la lengua, la religión, la historia, el territorio, la cultura y los demás elementos que conforman la identidad del pueblo) supone la interacción de los elementos nacionales con el propio Derecho Internacional que determinará la legitimidad del pueblo para reivindicar su derecho a la autodeterminación. Vid. Summers, J., *Peoples and International law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, p.40.

[104] Wright resumió en la Academia de La Haya: “The General Assembly has, however, taken the position that it is ‘competent’ to decide ‘what territories come under Article 73’. Can this position be justified? I think it can, on the theory that a resolution of the General Assembly may constitute ‘collective recognition’ of a status.”. (Wright, Q., “The strengthening of international law”, en RCADI, Vol.98, 1959, p.185).

[105] Vid. Abi-Saab, G., “Cours général de droit international public”, en RCADI, Vol.207, 1987-VII, p.404. En esta línea, Crawford da un paso más y vincula el concepto de pueblo con los derechos de los que son titulares, llegando a afirmar que los derechos de los pueblos conforman una categoría, no una definición (Crawford, J., *The Rights of peoples*, Clarendon Press, Oxford, 1988, pp.169-170).

[106] El profesor Ruiloba, estudiando conjuntamente los conceptos de pueblo y nación, recalcó la necesidad de interpretar el término “según el contexto” (Ruiloba Santana, E., “Una nueva categoría en el panorama de la subjetividad internacional: El concepto de pueblo”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1979, Vol.I, p.311).

[107] Son muchos los autores que se han mostrado favorables a esta diversidad. Vid., por ejemplo, Michalska, A., “Rights of Peoples to Self-determination in International Law”, en AA.VV., *Issues of Self-determination*, Aberdeen University Press, Aberdeen, 1991, p.74; Crawford, J., *The Rights of peoples*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p.170.

[108] Vid. Brownlie, I, “Rights of Peoples in International Law”, en AA.VV., *The Rights of Peoples*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p.5: “None the less, the principle appears to have a core of reasonable certainty. This core consists in the right of a community which have a distinct character to have this character reflected in the institutions of government under which it lives”.

[109] Vid. Andrés Sáenz de Santa María, P., *La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional*, en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Aranzadi, 1997, Volumen I, pp.126-127).

[110] Vid. *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, T.I.J., “Conséquences juridiques pour les Etats

de la presencia continua de l'Africa del sur en Namibia (Sud-ouest africano) notwithstanding la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad", 1971, p.31, par.52.

[111] Vid. Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, T.I.J., "Sahara occidental (Requête pour avis consultatif)", 1975, pp.31-33, par.54-59.

[112] Vid. Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, T.I.J., "Affaire relative au Timor Oriental (Portugal c. Australie)", 1995, p.102, par.29.

[113] Vid. Pérez González, M., "La subjetividad internacional (II) : la personalidad internacional de otros sujetos", en Díez de Velasco, M., Instituciones de Derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, 2009, p.297.

[114] En este contexto, el profesor Pastor se alinea al sector doctrinal mayoritario a la hora de reconocer el alcance general del principio de autodeterminación como norma consuetudinaria: "Le principe concernant la droit des peuples à disposer d'eux-mêmes constitue une norme coutumière formée justement sur la base d'une pratique (élément matériel de la coutume), encouragée par des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies (élément spirituel ou opinio juris) et inspirée par ces résolutions." (Pastor Ridruejo, J.A., "Le Droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs", en RCADI, Vol.274, 1998, p.143).

[115] Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, T.I.J., "Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé (Requête pour avis consultatif)", 2004, p.36, par.88 : "La Cour relèvera également que le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a été consacré dans la Charte de Nations Unies [...] La Cour a même précisé qu'aujourd'hui le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est un droit opposable erga omnes" ; Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, T.I.J., "Conformité au Droit International de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo", 2010.

[116] Vid. Jarillo Aldeanueva, A., Pueblos y democracia en Derecho Internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

[117] Vid. Obama, B., Remarks by President Obama, The White House – Press Office (Oval Office), 15 de junio de 2009: "[...] We respect Iranian sovereignty and want to avoid the United States being the issue inside of Iran [...] I think that the democratic process – free speech, the ability of people to peacefully dissent – all those are universal values and need to be respected."

[118] La utilización abusiva de conceptos como "pueblo" y "democracia" no quiere decir que exista una definición precisa y aceptada de estos términos ni de los elementos que forman parte de ellos. El profesor Remiro ha ironizado al respecto: "La significación univocal de la democracia alimentada por el sentimiento de autocomplacencia con el propio sistema, a la que se unen el espíritu apostólico, el optimismo derivado de la victoria del neoliberalismo en la guerra fría y el postulado de que entre países democráticos no hay conflictos bélicos, pueden conducir, según la conocida fórmula de Groucho Marx, a espectaculares avances normativos que supongan lamentables retrocesos institucionales." (Remiro Brotóns, A., Derecho Internacional, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p.1067).

[119] El Convenio Europeo de Derechos Humanos se refiere en el Preámbulo al "régimen político verdaderamente democrático" y el artículo 6.1 menciona de forma expresa el término "sociedad democrática".

[120] Vid. Roldán Barberó, J., "Democracia y Derecho Europeo", en Revista de Instituciones Europeas, Vol.20, Nº1, 1993, p.107; Carrillo-Salcedo, J. A., "Cours général de droit international public", en RCADI, Vol.257, 1996., pp.64-67, y Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo, Tecnos, Madrid, 1995, p.21; García San José, D. I., Los derechos fundamentales en la sociedad europea del siglo XI: análisis de la interpretación y aplicación por el Tribunal europeo de derechos humanos de la cláusula 'necesario en una sociedad democrática', Publicaciones Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001.

[121] Los dos primeros puntos del artículo 6 del TUE (en la versión reformada tras el Tratado de Maastricht) establecían: "Art.6.1: La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respecto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros. 2. La unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembro como principios generales del Derecho comunitario."

[122] La profesora Escobar comentó el principio democrático y de respeto a los derechos fundamentales en los siguientes términos: “Se trata de un principio central cuyo objetivo es asegurar el respeto del propio principio democrático sobre el que se estructuran todos los Estados miembros y que no puede ser alterado por la mera creación de la Unión [...]” (Escobar Hernández, C., “La Unión Europea”, en AA.VV. (Dir. Escobar Hernández, C), Instituciones de Derecho Comunitario, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p.36).

[123] La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada conjuntamente por el Consejo, el Parlamento y la Comisión en la reunión del Consejo Europeo celebrada en Niza en diciembre de 2000 (DO C-364, de 18 de diciembre de 2000).

[124] Vid. Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, C83, de 30 de marzo de 2010, art.10.3: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos”).

[125] Escobar Hernández, C., “Los derechos humanos en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en AA.VV., El Derecho Internacional: Normas, Hechos y Valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo, Universidad Complutense, Madrid, 2005, p.117.

[126] Vid. Aldecoa Luzurraga, F., La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos, Vol.II, Tecnos, Madrid, 2002, p.375.

[127] Vid. Salmon, J., “Démocratisation et souveraineté: l'impossible conciliation”, en AA.VV., La contribution des Nations Unies à la démocratisation de l'État, Pedone, París, 2002, p.200 : “On peut ainsi conclure qu'il y a aujourd'hui contradiction entre démocratisation et souveraineté dans la mesure où ne forme de démocratie négatrice d'un choix fondamental pour leur existence est imposée aux États et aux peuples par des moyens de pression extérieurs auxquels ils n'ont plus d'autre possibilité que de donner leur accord.”

[128] Vid. Fisler Damrosch, L., “Politics Across Borders: Nonintervention and Nonforcible Influence over Domestic Affairs”, en The American Journal of International Law, Vol.83, N°1, 1989, p.34.

[129] Vid. Resolución sobre “La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats”, Institut de Droit International (Session Saint-Jacques-de-Compostelle), 1989, art.2, par. 3.”

[130] Vid. Ibid., art.4: “Toute mesure, individuelle ou collective, destinée à assurer la protection des droits de l'homme, répondra aux conditions suivantes: 1. Sauf en cas d'extrême urgence, l'Etat auteur de la violation aura été mis en demeure de la faire cesser; 2. La mesure sera proportionnée à la gravité de la violation; 3. Elle sera limitée à l'Etat auteur de la violation; 4. L'Etat qui y recourt tiendra compte des intérêts des particuliers et des Etats tiers, ainsi que de l'incidence de la mesure sur le niveau de vie des populations concernées.”

[131] Vid. Carrillo Salcedo, J. A., “Persona humana, soberanía de los Estados y orden internacional”, en AA.VV. (Ed. Mariño Menéndez, F. M.), El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa, Trotta, Madrid, 2002, pp.77-78: “La acción del orden internacional en relación con los derechos humanos ha de llevarse a cabo en un mundo de Estados soberanos, lo que explica la tensión dialéctica existente entre estos dos principios constitucionales del orden internacional: la soberanía de los Estados y el reconocimiento y protección internacionales de los derechos humanos.”

[132] Vid. Castro-Rial Garrone, F., “Los derechos humanos y la no-intervención en los asuntos internos de los Estados”, en Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gastéiz, Universidad del País Vasco, 1990, p.198: “El dinamismo progresivo del Derecho y la interdependencia creciente de la comunidad, han favorecido el proceso de internacionalización de los derechos humanos y reducido el carácter absoluto de la no-intervención, al igual que se ha circunscrito el carácter absolutista de la soberanía”.

[133] Desde un punto de vista histórico, el origen del principio en las relaciones entre Estados se remonta al siglo XVI cuando la Paz de Augsburgo (firmada entre Carlos I de España y los príncipes luteranos) reconoció el principio de cuius regio eius religio, en virtud del cual los príncipes alemanes podían elegir religión (luteranismo o catolicismo) en sus reinos según su conciencia. Este principio fue confirmado posteriormente en la Paz de Westfalia y su significado se generalizó del ámbito de la religión al de los aspectos internos de convivencia civil y política dentro del Estado.

Vid. Pastor Ridruejo, J. A., “Le Droit International à la veille du vingt et unième siècle : normes, faits et valeurs”, en RCADI, Vol.274, 1998, p.160; González Campos, J., Sánchez Rodríguez, L. I., Andrés Sáenz de Santa María, P., Curso de Derecho Internacional Público, Cívitas, Madrid, 2002, p.393; Fauvre, A, Principes du Droit des Gents, Editions Universitaires Fribourg, Fribourg, 1974, p.475 ; Jellinek, G., Teoría General del

Estado, Comares, Granada, 2000, p.487; Mani, V. S., Basic Principles of Modern International Law, Lancer Books, New Delhi, 1993, p.57.

[134] Vid. Brownlie, I, Principles of Public International Law, Oxford University Press, Nueva York, 2003, p.287.

[135] En el ámbito universal, el principio de no intervención ha sido recogido en diversos tratados de gran trascendencia para las relaciones entre Estados: Convención de Viena sobre las relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961 (art.41.1) y Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963, (art.55: “Respeto de las leyes y reglamentos del Estado receptor”). En ámbitos regionales específicos también podemos mencionar: Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados de 1933 (Art. 8); Acta Constitutiva de la Unidad Africana, de 11 de julio de 2000 (Art.4.g); Tratado de Amistad, Cooperación y Asistencia Mutua, de 14 de mayo de 1955 (Pacto de Varsovia) (art.8); Acta Final de Helsinki, de 1 de agosto de 1975 (Principio sexto).

[136] Junto a la Resolución 2625 (XXV), la Asamblea General ha delimitado anteriormente el alcance del principio en otras resoluciones acordes con la igualdad soberana de los Estados: Resolución de la Asamblea General 2131 (XX), Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y Protección de su Independencia y Soberanía, de 21 de diciembre de 1965; Resolución de la Asamblea General 2225 (XXI), Estado de la Aplicación de la Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y Protección de su Independencia y Soberanía, de 19 de diciembre de 1966.

[137] Vid. Garzón Clariana, G., “Los propósitos y los principios de las Naciones Unidas”, en Díez de Velasco, M., Las Organizaciones Internacionales, Tecnos, Madrid, 2006, p.161-195.

[138] Vid. Díez de Velasco, M., Instituciones de Derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, 2005, pp.131-132: “El elemento material, consistente en la repetición de actos, se puede manifestar de diversas formas [...] En cualquier caso, es imprescindible para la formación de una costumbre que la práctica sea uniforme, tal como se deduce, entre otras, de la sentencia de la sentencia del T.I.J. en el Caso anglo-noruego de pesquerías.”

[139] Vid. Puente Egido, J., Lecciones de Derecho Internacional Público, Salamanca, 1998, p.161: “Los actos por los que los Estados crean normas consuetudinarias internacionales no pueden tener otra motivación que la convicción de que tales comportamientos están necesariamente exigidos por la adecuada ordenación de intereses. Es la apreciación que ellos hacen de esa necesidad existencial, y no simplemente de la conveniencia de tal práctica, la que da categoría jurídico-positiva al uso arraigado nacido de tal convencimiento.”

[140] Vid Fernández Liesa, C., “Democracia y desarrollo en el ordenamiento internacional”, en Mariño, M y Fernández Liesa, C., El desarrollo y la cooperación internacional, Universidad Carlos III, Madrid, 1997, p.195: “¿Hay un derecho de los pueblos a la democracia? Una norma de tal naturaleza no existe en ningún tratado internacional de alcance obligatorio universal. Tampoco existe un principio general del Derecho ni un principio fundamental del orden internacional que tenga tal contenido. Únicamente cabría pensar que se hubiese formado dicha norma consuetudinariamente desde las revoluciones de 1989, para lo cual sería necesario que se hubiese creado una opinio iuris y una práctica internacional concordantes.”

[141] Vid Ibid., p.197: “Hay un cambio de tendencia del orden internacional hacia la Democracia. Pero todavía debería pronunciarse una evolución mayor de ciertos principios del orden internacional - en particular, del principio de libre determinación de los pueblos - y consolidarse un estándar mínimo democrático o, al menos, un modelo mínimo de democracia comúnmente aceptado por todos los Estados, para que se pudiese establecer un legitimismo democrático universal.”

[142] Vid Ibid., p.197.

[143] Vid. Garzón Clariana, G. y Cardona Llorens, J., “Los propósitos y los principios de las Naciones Unidas”, en Díez de Velasco, M., Las Organizaciones Internacionales, Tecnos, Madrid, 2006, p.184.

[144] Vid. Ibid., pp.187-189: “El auge de los valores democráticos también supone, en sí mismo, opciones políticas y límites a la organización social que se encuentran alejados de la concepción de la soberanía [...] Pero si la democracia se consolida como un valor fundamental de la actual sociedad internacional, ello no significa que una determinada concepción de la misma, a saber, la democracia representativa de corte occidental, se haya convertido en un valor asumido por la comunidad internacional en su conjunto [...] La nueva realidad internacional presenta nuevas tendencias jurídicas que, al menos en el ámbito universal, sí es

muestra de cambio de valores.”

[145] Sobre la interacción existente entre los valores europeos y universales, vid. Dupuy, R-J., “Les droits de l’homme, valeur européenne ou valeur universelle”, en AA.VV., *Pensamiento jurídico y Sociedad Internacional. Libro-homenaje al profesor D. Antonio Truyol Serra*, Centro de Estudios Constitucionales - Universidad Complutense, Madrid, 1986, pp.415-428.

[146] Resulta de interés el estudio que realiza Khan sobre la universalidad de los valores y compatibilidad con la diversidad de culturas y religiones existentes. Vid. Khan L. A., *A theory of universal democracy. Beyond the End of History*, Kluwer Law International, La Haya, 2003, en particular el capítulo tercero titulado “Universal Values”, pp.81-113. Vid. también Brems, E., *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2001; Velarde, C., *Universalismo de derechos humanos. Análisis a la luz del debate anglosajón*, Civitas, Madrid, 2003, p.16.

[147] Vid. Koskenniemi, M., “‘The Lady Doth Protest Too Much’. Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law”, en *The Modern Law Review*, Vol.65, N°2, 2002, p.174. Del mismo autor, vid. también Koskenniemi, M., “International Law in Europe: Between Tradition and Renewal”, en *The European Journal of International Law*, Vol.16, N°1, 2005, pp.113-124; “International Law and Hegemony: A Reconfiguration”, en *Cambridge Review of International Affairs*, Vol.17, N°2, 2004, pp.197-218.

[148] Vid. Allot, P., *The Health of Nations. Society and Law beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp.420-421: “The constitution of international society, like any other constitution, is not finally fixed. It is a dynamic thing, liable to unceasing change under the pressures of international society, constantly reformed by the ideas and aspirations of humanity [...] The era of unsocial inter-statal society is ending [...] International society and international law embody the social purposes which humanity chooses for itself and which are realised in the social power, legal and non-legal social power, which human beings exercise with a view to human survival and prospering.”

[149] Su obra concluye enunciando cinco aseveraciones que llevan al concepto de Eunomia: “(1) Society is the collective self-creating of human beings. (2) International society is the society of the whole human race and the society of all societies. (3) Law is the continuing structure-system of human socializing. (4) International law is the law of international society. (5) Eunomia is the ideal order of self-creating humanity.” (Allot, P., *Eunomia. New order for a New World*, Oxford University Press, Oxford, 1990, p.411).

Vid. también Allot, P., “The Emerging International Aristocracy”, en *International Law and Politics*, Vol.35, 2003, p.338: “The intellectual regeneration of the human species need not wait for the moral regeneration of the human species; but the moral redeeming of the human species may not be possible without its intellectual regeneration. A first, great, and urgent task of that intellectual regeneration is the reimagining of a reborn body politic.” Respecto del conjunto de la obra de Allot, se puede consultar un symposium monográfico en *European Journal of International Law* (Vol.16, N°2, 2005, pp.297-353) en el que participaron los siguientes autores: Scobbie, I. (“Slouching towards the Holy City: Some Weeds from Philip Allot”), Knop, K. (“Eunomia is a Woman: Philip Allot and Feminism”), Koskenniemi, M. (“International Law as a Therapy: Reading the Health of Nations”), Franck, T. M. (“The Fervent Imagination and the School of Hard Knocks”) y Higgins, R. (“Final Remarks”).

[150] Zambrano, M., *Persona y Democracia: la historia sacrificial*, Anthropos, Barcelona, 1988, p.16.

Capítulo 14. Francisco de Vitoria, un Jurista Universal

*Patricia Santos Rodríguez
Universidad CEU San Pablo*

1. Perfil humano de un clásico

No se trata de narrar aquí la biografía del ilustre jurista Francisco de Vitoria^[1]. Queremos dejar bosquejadas las principales cualidades que nos permiten ver por qué o al menos cómo Francisco de Vitoria puede ser considerado un jurista universal, un clásico. Siglos de distancia nos separan de su persona. El análisis no puede hacerse más que a través de sus obras, obras cuya pervivencia en el tiempo parece corroborar nuestra tesis de la universalidad de nuestro autor. Siguiendo la máxima aristotélica que afirma que “el obrar sigue al ser”, no dudamos en describir a nuestro personaje con la certeza que sus obras -no sólo las intelectuales, sino también las vitales- nos permiten. Nadie escoge nacer, pero cada uno forja su manera de vivir. Vitoria no habló de sí mismo, en cambio su vida y sus enseñanzas hablan toda vía hoy de Francisco de Vitoria.

Quizá la coordenada que mejor explica todas las demás cualidades que analizaremos es la profunda espiritualidad de Vitoria. ¿Hay algo más universal que la fe religiosa? La fe trasciende el tiempo, aúna pasado y futuro de las personas y llena de intensidad el presente del creyente. La fe es una coordenada vertical, que nos hace elevar la mirada buscando discernimiento, contraste, peso y medida de las cosas. Nuestro autor fue un hombre de fe en lo personal y en lo intelectual. ¿Los datos? Francisco de Vitoria religioso dominico y teólogo. Ingresó en la orden de Santo Domingo en 1504. Fue enviado a estudiar a la Universidad de París, donde se doctoró en Artes y Teología. Regresó a España en 1523 como profesor de Teología

en el colegio de San Gregorio de Valladolid, hasta 1526 fecha en la que obtuvo la cátedra de Teología en la Universidad de Salamanca.

El otro eje que mide la universalidad es la coordenada horizontal o espacial, que muestra los límites o la falta de límites, en definitiva el horizonte alcanzado por una persona o por sus obras. Las enseñanzas de Francisco de Vitoria hablan de una perspectiva más universal que la abarcada por el imperio más poderoso que existía en ese momento. También sus relaciones humanas fueron fecundas, trascendiendo los lugares donde transcurrió su vida. Sus discípulos y amigos, hasta sus detractores, sembraron el mundo de su doctrina. La cualidad mejor describe la fuerza intelectual y la magnanimidad que asumimos en Vitoria es su vocación cumplida de maestro universitario. Fundó la escuela de Salamanca, de tradición filosófica y jurídica tomista y humanista. Su interés docente y pasión formadora bien le han valido el título de “Sócrates español”, siendo muy querido por sus discípulos y alumnos de la Escuela: numerosos teólogos, juristas y filósofos a quienes enseñó directamente o bien sirvió de inspiración. Es bien conocido el dato de no haber escrito personalmente todas sus obras, sino que nos han llegado recogidas por sus alumnos o por secretarios a partir de su docencia universitaria ordinaria, clases impartidas en la Universidad o extraordinaria, en forma de relecciones que pronunciaba con motivo de las celebraciones propias del calendario académico[2].

Un último aspecto que prueba la universalidad de una enseñanza es su acierto tanto en el pasado como en tiempos posteriores. El prestigio intelectual de Vitoria pronto se puso de manifiesto, pues nada menos que el emperador Carlos I le sometió varias consultas relativas al trato debido a los indios y sus ideas fueron llevadas a la práctica en la redacción de las Leyes Nuevas de Indias en 1542, que ponían a los indios bajo la protección directa de la Corona. Otro reflejo del peso práctico de sus ideas queda manifiesto cuando después de su muerte, el propio Bartolomé de Las Casas y varios de sus discípulos

(Melchor Cano, Domingo de Soto, Bartolomé Carranza) protagonizaron el famoso debate conocido como la Junta de Valladolid en 1550, donde los argumentos del maestro Vitoria sobre los justos títulos en favor de los indios, fueron el eje principal de la polémica de los naturales contra Juan Ginés de Sepúlveda. No sólo en esta cuestión “acertó” Vitoria. También lo hizo al exponer su visión acerca de la guerra justa, del libre comercio, de la dignidad de los indios, la comunidad de todos los pueblos, entre otras cuestiones. La forma de argumentar y resolver de Vitoria fue válidamente considerada en aquel momento histórico, pero ha continuado siendo un válido referente para el desarrollo del Derecho Internacional y las relaciones internacionales.

Las aportaciones del pensamiento de Francisco de Vitoria guardan, como no podía ser de otra manera, una perfecta coherencia con las cualidades mencionadas, que se enmarcan en la Escuela de Salamanca del siglo XVI y en la formación filosófica y teológica recibida. Desde la perspectiva que ese marco le brinda, Vitoria analiza las cuestiones jurídicas más importantes de aquel momento, al tiempo que promueve con ellas una nueva escuela de humanismo filosófico jurídico. Es característico de Vitoria su aproximación a las cuestiones políticas y jurídicas desde la teología moral y la filosofía tomista.

Las contribuciones de Vitoria se sitúan en la línea de la fundamentación y de las fuentes del Derecho Internacional. Vitoria definió o profundizó en el significado y alcance de valiosos conceptos jurídicos como los justos títulos, el libre comercio, el interés o la guerra justa; la definición de cada término jurídico llega desde el problema concreto hasta su formulación abstracta universal, pues esos términos, esos principios, no hubieran nacido sin la vocación al servicio del bien común y del ser humano que impulsaron a nuestro autor a lo largo de su vida. La doctrina de Vitoria nace al asumir nuestro autor la responsabilidad de asesorar a las autoridades políticas y a los hombres de acción y de conquista cuyo consejo buscaban; o la responsabilidad obediente de formar a sus hermanos

misioneros o de resolver frente a las autoridades religiosas las cuestiones que le sometían sobre la forma más idónea de evangelizar. Este origen práctico nos permite valorar hoy sus aportaciones filosóficas desde la perspectiva sólida que les da el haber nacido de la práctica y para la práctica, con éxito[3].

Esta breve semblanza pone de manifiesto al menos tres características del perfil humano que hicieron de Francisco de Vitoria un autor universal: su espiritualidad, su entrega a la formación de alumnos y hermanos dominicos, y su apertura intelectual para desvelar los problemas morales que planteaban el quehacer político y la aplicación de las leyes de su tiempo y que habían de plantear en siglos venideros.

2. Aportaciones de Francisco de Vitoria en el plano del Derecho Internacional Público.

Desde el punto de vista de la fundamentación, la mayor contribución de Vitoria consiste en haber contribuido al Derecho Internacional moderno con una noción básica fundamental, capaz de vertebrar un sistema jurídico desconocido e impensable en aquel momento, de alcance universal. Lo hace proponiendo la idea de “comunidad de todos los pueblos” fundada en el derecho natural de inspiración teológica. Esta idea captada por Francisco de Vitoria pone la base a las relaciones internacionales y se alza como garante de la paz entre los distintos pueblos. Francisco de Vitoria fue un incansable defensor de los más débiles, además de estar absolutamente convencido del profundo beneficio que la paz y el respeto mutuo podían aportar a las relaciones entre los pueblos, si lograban sustituir a las relaciones fundadas en la conquista y el dominio por la fuerza.[4] Esta noción arranca fundamentalmente de la formulación vitoriana de la *Carta Constitucional de los Indios*, complemento de su *Relectio de Indis*[5].

La noción clave en esta tesis tan innovadora en aquel momento, la de comunidad de todos los pueblos o fraternidad

universal, se basa en el “ius societatis et communicationis”^[6], noción extraída del derecho natural. El jurisconsulto Gayo consideraba el derecho de gentes como aquél constituido por la razón natural entre los hombres de las distintas “gens”; Vitoria asume esta definición ampliándola no sólo a la consideración particular de cada “gens” o estirpe, sino extendiéndola también a la reunión de esos mismos hombres agrupados en sus respectivas naciones^[7]. Así, la definición que nos alcanza Vitoria del “ius gentium” es la de un “Derecho inter omnes gentes”, un Derecho abierto a cualquier formación política humana, a todos los pueblos por igual.

Las características que Vitoria atribuye a este “ius gentium” con vocación universal son, en parte fijas, en parte variables. La inmutabilidad de este derecho se apoya en la razón natural que lo sustenta, que encuentra una igualdad natural entre todos los hombres, igualdad que ha de respetarse. Son precisamente sus instrucciones a los misioneros respecto a cómo evangelizar las que mejor reflejan esta consideración de los indios como sujetos de derecho, empezando por el respeto a la libertad de sus conciencias en materia de conversión y de administración de bautismos^[8].

¿Por qué variable? Probablemente porque Vitoria no estaba teorizando sobre un problema sino tratando de resolverlo allí y entonces. Francisco de Vitoria no descansó al llegar a formular a partir de ese momento en adelante la necesidad y la conveniencia de un Derecho universal, que hoy llamaríamos global; tampoco se satisfizo con el enunciado de unos principios generales que sirvieran como marco de referencia a cualquier práctica política. Por el contrario, Vitoria trataba no tanto de pasar a la posteridad como ideólogo internacionalista, como de incluir a los indios de las tierras descubiertas bajo el amparo del Derecho, abogando por su tutela jurídica provisional hasta conseguir un trato jurídico de igualdad respecto de los colonos. Por lo tanto su idea de Derecho de gentes nace con vocación de ser puesta en práctica de manera inmediata, y este ajuste de cuentas con la realidad, es el factor variable que atribuye al “ius

gentium”[9].

Ese nuevo Derecho universal nace con una inspiración y contenido propios, los de garantizar la paz y el respeto mutuos, la igualdad natural entre todos los hombres y pueblos, el libre comercio, etc. Para poder garantizar esos ideales es necesario clarificar, definir y pactarlos en un contenido concreto, que sea “communi consensu omnium gentium et nationum”, un contenido consensuado que requiere ejercitar el diálogo, la flexibilidad, la capacidad de adaptación desde su comienzo y en su desarrollo posterior, conforme los pueblos indígenas vayan alcanzando un mayor desarrollo[10]. Esta mutabilidad es la propia del derecho positivo, que Vitoria contempló como parte integrante del *Ius gentium*.

El *Ius gentium* de Vitoria nació con vocación de llegar a ser ley positiva. Fiel a la tradición tomista y aceptando también influencias de S. Agustín, Vitoria maneja los conceptos de ley eterna (designio de Dios Creador y Providente sobre el universo creado), ley natural (percepción que la razón natural del hombre tiene de este orden universal para sí mismo y para otros) y ley positiva (orden de razón encaminado a favorecer el bien común de una sociedad concreta, promulgada y vinculante para las personas en ese territorio) en estrecha relación de participación causal entre sí[11].

La particularidad que el *Ius gentium* de Vitoria presenta reside en su etiología. Explica que nace en virtud de un consenso general, pero, como ley humana que es, no basta una voluntad que lo promulgue e imponga si no va acompañado de un elemento racional previo, que lo dote de coherencia interna. Vitoria expresa esa coherencia interna al referir el derecho de gentes como participante de la ley natural y a su vez de la ley eterna[12]. Esta coherencia interna, y no el hecho de ser consensuado y pactado inter omnes gentes, es lo que dota con fuerza de ley de manera definitiva al *Ius gentium* concebido por Vitoria. De forma secundaria, su obligatoriedad viene reforzada por el acuerdo, por su origen pacticio[13]. Actualmente, la fuerza

obligatoria del Derecho Internacional Público viene de esta última característica, quedando el elemento racional de contenido objetivo (su referencia al derecho natural), como algo subsidiario, percibido como un contenido subjetivo propio de unos intereses discutidos y discutibles (los iusnaturalistas), y por eso no necesarios en cuanto a la esencia de este derecho escrito.

Aspecto relevante e íntimamente relacionado con la definición ya proporcionada de este nuevo Derecho de Gentes es que como verdadero derecho, es obligatorio: nace de obligaciones y genera obligaciones entre los hombres y entre los pueblos. Hoy la fuerza del Derecho Internacional Público descansa en la voluntad de las partes que se adhieren a los tratados. Vitoria argumenta esta obligatoriedad de una forma totalmente original: ese derecho, además de tener la fuerza del pacto entre las partes, tiene fuerza de ley erga omnes por su propia alcance, pues está escrito para ser aplicado a todos los pueblos sin excepción. Explica este punto mediante una ficción jurídica, considerando el conjunto de naciones, el orbe, como una suerte de república, con poder para dar leyes justas y convenientes a todos, las leyes del Derecho de Gentes^[14].

Vitoria, ¿fundador del Derecho Internacional Público moderno o su precursor? El título de padre o fundador del Derecho Internacional viene disputado por Hugo Grocio, insigne jurista posterior a Vitoria que nos ha legado un estudio sistemático y bien desarrollado del *Ius Gentium*, a la luz del derecho natural racionalista que se enseñaba en gran parte de las Universidades europeas de la época. El debate sigue abierto. Vitoria no teorizó ni sistematizó. Francisco de Vitoria dejó sentados los principios del *Ius Gentium*, solucionando o mediando para solucionar los problemas de abusos sobre los indios. El propio Hugo Grocio cita a Francisco de Vitoria 49 veces en su gran obra *De Iure Belli ac Pacis*. Otro dato que puede comprobarse es la influencia que la Escuela de Salamanca tuvo en los escritos y en el pensamiento de este mismo autor; Francisco de Vitoria principalmente, pero también Domingo de

Soto, Báñez, y Suarez entre otros, fueron las fuentes que Grocio prefirió a la hora de desarrollar y sistematizar la primera doctrina ius-internacionalista[15].

3. Aportaciones de Francisco de Vitoria en la temática de los derechos humanos.

¿Fue la vida espiritual y la formación teológica las que ayudaron a Vitoria a alcanzar esta misma proyección sobre el trato debido a los indios, o fue sólo su formación humanista y filosófica? Conocedor de los abusos cometidos en las tierras americanas recién conquistadas, no tiene reparo en declarar que los indios no son seres inferiores, sino igual de humanos que los colonos y con derecho originario a ser propietarios de sus tierras y de sus bienes. En este sentido, la contribución de Vitoria como precursor de la primera formulación de derechos humanos habla por sí sola.

Pensamos que la doctrina vitoriana sobre derechos humanos se halla enmarcada en la definición de los justos títulos, que veremos a continuación, por dos razones: en primer lugar, porque la categoría de derecho subjetivo que sostiene el enunciado de los derechos humanos es ajena al pensamiento clásico que Vitoria continuó; simplemente la categoría como tal, está ausente de su pensamiento. En segundo lugar, porque la definición de los títulos refleja una comprensión del ser humano en cierta medida clásica (en sintonía con el iusnaturalismo de los clásicos griegos) pero en mucha mayor medida la trasciende.

Nadie como Vitoria, y nadie antes que él mostró al mundo la necesidad de respetar y proteger jurídicamente a los indígenas como sujetos de derechos en las tierras descubiertas y ocupadas por los colonos. Los indígenas son personas, no cosas; sujetos de derechos sobre su tierra, su trabajo, sus recursos naturales; con derecho a la educación, a la alimentación, a la voluntaria evangelización. Esta forma novedosa de considerar y tratar a pueblos menos desarrollados venía resolviéndose con la esclavitud o cuasi-esclavitud por parte de los conquistadores.

Históricamente la preocupación de los pueblos dominadores por los dominados carece de unos precedentes como los expuestos y defendidos por Vitoria. No obstante, esta tesis sólo será aceptada siglos más tarde, siendo defendida en las primeras Declaraciones de Derechos humanos, y plenamente reconocidas como “derechos fundamentales” en las Constituciones de los Estados, entrado ya el siglo XX.

Veamos en detalle la doctrina de los justos títulos y su repercusión en la teoría de los derechos humanos[16]. Como veíamos, el concepto de los justos e injustos títulos pertenece al contexto de su doctrina sobre la conquista española del Nuevo Mundo. Aparecen así denominados en su Relectio de Indis recenter inventis, de 1539, quizá su relección más original y creativa. En ella se plantea el problema de la ocupación española de América y sus consecuencias, señalando lo que según justificará después, considera justos títulos (legítimos) o injustos (ilegítimos) en función de los cuales deben dirimirse las cuestiones jurídicas y políticas que se plantean en el nuevo mundo:

Justos títulos, por los cuales los bárbaros podrían ser colonizados por los españoles y ser sometidos a su jurisdicción[17]:

1º La comunidad universal de todos los hombres y su comunicación natural (ius communicationis) que justifica la libertad de peregrinaje y comercio. Vitoria defiende universalmente la libertad de los océanos, para todos los Estados que cumplieran el Derecho internacional;

2º La propagación de la religión cristiana;

3º Para proteger a los bárbaros se convirtieran al cristianismo, en caso de que sus príncipes quisieran forzarlos a volver a la idolatría;

4º Si una buena parte de los indios son cristianos de hecho, el Papa puede, a su petición o sin ella, habiendo causa razonable, darles un príncipe cristiano;

5° La tiranía de los príncipes bárbaros, o de sus leyes inhumanas que perjudicasen a los inocentes (esto constituiría un claro precedente de la actualmente llamada «intervención humanitaria»);

6° La verdadera y voluntaria elección de los bárbaros de someterse a los españoles;

7° Por razón de amistad y alianza con los bárbaros que padecieron injurias (daños), y contra los bárbaros responsables de aquellas injurias.

8° Este último título, es mencionado con menos fuerza que el resto, Vitoria lo enuncia con visos de mera hipótesis, en seguida veremos por qué: por la consideración de incapacidad de los bárbaros (por amentes), no serían aptos para formar y administrar una propia república legítima. Vitoria expone que antes del descubrimiento los indios ya gozaban de cierta organización social propia (tenían ciudades, mercados, magistrados, instituidos matrimonios, etc) todo lo cual reflejaba uso de razón; no había lugar para considerarlos amentes, sino personas con capacidad de dominio propio, de otros y de las cosas.

En definitiva, las razones por las que Vitoria admite una relación provisional de dominio del pueblo español sobre los indios se pueden agrupar en tres grupos: por el bien de ambas partes (relaciones comerciales, de intercambio, económicas); por razones religiosas, de expandir la evangelización; por el bien de los indios (pues como cristianos piden un príncipe cristiano, desean que se les ayude en la defensa de sus propios tiranos, necesitan la ayuda de otro pueblo más avanzado en la política).

Contrastan estos justos títulos con las razones que Francisco de Vitoria aduce para negar el derecho de dominio al pueblo español. Son títulos ilegítimos de poder de los españoles sobre los indios^[18]:

1° La usucapión o derecho al descubrimiento, pues Vitoria mantiene que los indios son verdaderos y legítimos propietarios

de sus riquezas y bienes;

2º La autoridad universal del Emperador;

3º La autoridad temporal del Papa;

4º El rechazo de los indios a recibir la fe cristiana;

5º Los pecados de los indios, puesto que al no conocer a Dios ni percibir de igual forma la ley natural, no son culpables de nada;

6º Su elección «voluntaria» (si ha sido viciada de alguna manera su consentimiento) y

7º La donación especial de Dios a los españoles.

Los contraponen a los títulos legítimos. Cada uno de estos títulos refleja la concepción moderna que Vitoria mantuvo sobre esta cuestión. Resultan novedosos distintos aspectos: en primer lugar destacamos en primer lugar su respeto a la autonomía y libertad de los indios (hasta el punto de considerarles propietarios de sus tierras, de respetar su albedrío -anulando toda decisión política tomada bajo vicio en el consentimiento- o todavía más sorprendente en ese momento, el reconocimiento a la libertad de sus conciencias para unirse a la fe cristiana y la petición expresa de no juzgar los comportamientos de los indios desde el punto de vista de la moral cristiana, ni administrarles castigo alguno por ello). Este pensamiento es sorprendentemente avanzado para ese momento en el que la común consideración de los indios era la de incapaces permanentes, y por ello con derecho a ser esclavos o semi-esclavos de por vida, así como sus hijos

Vitoria muestra fe en el desarrollo de los pueblos como el principal elemento político al que la comunidad internacional debe aspirar y tutelar jurídicamente; está convencido del poder auto-regulador de la natural sociabilidad del hombre fuera de los límites políticos de corte absolutista o con ambiciones hegemónicas, apoyadas en cambio en las relaciones de intercambio de bienes, en el mutuo conocimiento, en su libre

iniciativa, en su responsabilidad[19].

En aquel momento histórico sostener públicamente la tesis de la libertad como una condición jurídica exigible para todos, conllevaba implícitamente la invitación a superar la visión hegemónica del poder, cualquiera que fuese, y ésta era la visión del poder político vigente en aquel momento. El poder político o era hegemónico o no era poder. La sola autoridad no es argumento suficiente para Vitoria en el orden legitimador del dominio de un pueblo sobre otro. Nuestro autor no parece tan preocupado por enmarcar sus tesis dentro de lo políticamente correcto, como por tratar de ajustarlas al dictamen del derecho natural.

Otro matiz interesante de la audaz postura vitoriana es la defensa de esa libertad que acabamos de señalar no para un Estado o nación consolidada que hubiera caído en desgracia, sino para unos grupos que carecían de reconocimiento jurídico en el mundo de entonces, como era el caso de los pueblos del Nuevo Mundo. La visión jurídica de Vitoria en este aspecto rozaba casi la profecía, pues la realidad del Nuevo Mundo a duras penas era captada como “sujeto de derechos” siendo la tendencia su consideración fáctica de “objeto de derechos” por parte de los descubridores[20].

Libertad e igualdad parecen ser las intuiciones fundamentales de Francisco de Vitoria respecto a los indios. Sobre ellas parecen formuladas sus nociones jurídicas, principios rectores y argumentaciones[21]. Por ejemplo, Vitoria superó la mentalidad de la época que unía principalmente los motivos de los viajes a las guerras y las conquistas para recuperar su originaria motivación en la inagotable curiosidad humana, en la libertad pacífica de movimientos, para fundamentar así la libertad de comunicación y comercio y la libre circulación por los océanos, que tanto ha impulsado y desarrollado las relaciones internacionales pacíficas así como la mejora de los pueblos. Francisco de Vitoria fue un pionero de la libertad trascendiendo los esquemas y modelos que su sociedad

le presentaba, vislumbrando un progreso y un desarrollo humanos que pocos más veían y nadie más acertaba a formular desde el punto de vista jurídico.

Otro ejemplo que refleja el alcance de la noción de igualdad natural entre los hombres tiene para Vitoria es su aplicación a la solidaridad. Vitoria fue siempre consciente de la existencia de “una comunidad universal de pueblos”, o “fraternidad universal”, y en coherencia con ella plantea la elevación de la virtud de la solidaridad al deber jurídico de solidaridad, que ha de ejercerse en ayuda de pueblos bajo leyes injustas o para proteger a los recién convertidos a la fe cristiana de poderes bárbaros que los persiguiesen por ese motivo^[22].

En su exposición de los justos títulos, Vitoria no está cuestionando el poder establecido por capricho, ni busca debilitarlo, sino adecuarlo a las exigencias de una realidad humana y política cuya forja intuía y defendía. Vitoria supo ir más allá de las apariencias y descubrir lo universal (la dignidad humana, los derechos humanos, el derecho a la autodeterminación de los pueblos) en lo particular (los indios en el momento del descubrimiento). Quiso para ellos desde el primer momento -como aparece en sus escritos- una realidad social orgánica, ordenada, pero mucho más participativa y justa que la que él observaba en la estructura política vigente.

Si hubiéramos de traducir la doctrina de Vitoria de los justos títulos en clave actual de derechos humanos de los indios, el enunciado sería el siguiente: derecho a la libertad de conciencia, a la libertad religiosa, a la libertad de comercio y a la propiedad privada como derecho natural. Implícitamente Vitoria reclamaba para ellos la igualdad con el resto de los pueblos del orbe, sin olvidar la perentoria necesidad de desarrollo que los indios tenían. Pero incluso este implícito “derecho al desarrollo” de los indios es presentado por Vitoria como un “deber” jurídico que los conquistadores tenían hacia ellos.

La doctrina de los justos títulos (legítimos) o injustos (ilegítimos) nace de la necesidad que Vitoria tiene de justificar y

limitar el dominio de los españoles en la conquista del Nuevo Mundo. Vitoria no consideró ilegítima la conquista de América, pero la depuró, rechazando títulos falsos de dominio, y dejando claramente asentado el principio de la libertad e igualdad jurídica de todos los pueblos. Su Derecho de Gentes no aspira tan sólo a coordinar la complejidad de las relaciones internacionales bajo principios de igualdad y libertad, sino que trató de instaurar un verdadero Derecho inter gentes que amparase también los derechos de los indios, reconocidos en lo que actualmente conoceríamos hoy como derechos humanos universales, pues en esos términos son justificados y requeridos[23].

De todo lo expuesto no podemos concluir que Vitoria se opusiera a la conquista del Nuevo Mundo o al dominio español de aquellas tierras y sus habitantes. Su discrepancia se refería a los modos de realizar dicha conquista. De hecho, llegó a advertir al emperador Carlos V de la conveniencia de permanecer en aquellas tierras ya descubiertas, pues las numerosas conversiones a la fe cristiana y las amenazas de los bárbaros en contra de aquellos de los suyos que se hubieran convertido hacían de alguna forma responsables a los españoles de la suerte de aquellas personas a quienes ellos habían evangelizado.

Necesario es decir que Vitoria no usa la palabra “dominio” para explicar la presencia española en el Nuevo Mundo, sino el término jurídico “administración de aquellas provincias”[24]. Este consejo fue de gran importancia histórica, pues contribuyó decisivamente a que Carlos V no abandonara la acción en tierras indianas[25]. La propiedad, lejos de ser tratada sólo para ser aplicada al derecho de colonización de los españoles sobre el Nuevo Mundo, será otro tema ampliamente tratado por Vitoria y por todos los juristas de la Escuela de Salamanca también – aunque no sólo- en relación con los indios. Sus estudios originaron toda una teoría sobre derechos reales, y sobre el derecho de obligaciones y contratos. Vitoria legitima la propiedad de los indios como derecho natural y deslegitima la

mal citada usucapión, por la que los conquistadores expropiaban a los indios de sus riquezas abusando de su benevolencia, ignorancia o indefensión[26]. Vitoria no duda en señalar como “hurto o rapiña” la privación de la posesión de bienes a cualquier persona con independencia de su raza o religión (incluyendo dentro de esta tajante consideración a los sarracenos, judíos y por supuesto a los indios). La novedad de esta conclusión estriba en su fundamentación, basada completamente en el derecho natural. Vitoria expone que sólo pueden poseer las personas, por tener una dignidad que les hace ser imagen de Dios. Esta semejanza viene a los hombres de su racionalidad -no de estar en gracia, o de ser cristianos-, la racionalidad se muestra en el uso de la razón y en la capacidad de autodominio, que les hace capaces de poseer y dominar como propietarios. Siendo así las cosas, los indios en cuanto que individuos dotados de personalidad tienen capacidad de autodominio y son propietarios de los bienes que usan para su progreso y beneficio[27]. El dominio jurídico que Vitoria reconoce a los indios está fundado en la personalidad y no en la religión.

Al ser la propiedad un derecho siempre unido a la capacidad, el reconocimiento de Vitoria hacia los indios como propietarios por derecho propio, era cuanto menos, atrevido, y en todo caso una afirmación de amplísimo alcance, muy en consonancia con el resto de su argumentación acerca del *ius gentium*[28].

La visión de Francisco de Vitoria llegaba con varios siglos de antelación respecto del momento político que le tocó vivir; sin embargo, supo conectar con su presente, adaptando admirablemente las novedosas conclusiones a su realidad histórica. Francisco de Vitoria logró no sólo dejar sembrada una doctrina de humanismo jurídico para el futuro, sino también implicar a las autoridades del momento en la puesta en práctica de sus principios.

4. Aportaciones de Francisco de Vitoria a la

filosofía política: los límites del poder.

Audaz podría ser calificada la visión de Francisco de Vitoria también en el campo político. ¿Por qué? Porque aun manteniendo que la autoridad viene de Dios, no consiente en aceptar el modelo que identificaba la autoridad temporal con la divina. Para Vitoria la autoridad viene primeramente por necesidad de la sociedad, es natural a toda asociación u organización. Toda sociedad humana tiene origen en el derecho natural, en la sociabilidad del hombre, y ésta a su vez remite a su Creador y en ese sentido tiene también origen en Dios. Vitoria no llega inmediatamente de Dios a la autoridad (visión propia de la época que legitimaba un poder cuasi absoluto al rey consagrado). Vitoria traza un camino en el que la sociedad humana reunida que se constituye establemente, media para modalizar o concretar la autoridad que la va a gobernar; esta visión subyace en los límites impuestos a la autoridad en los injustos títulos, y aparece explícitamente en la Relecciones acerca del poder civil y del poder eclesiástico. Estas limitaciones contenidas en los injustos títulos (2º y 3º) suavizan, relativizan los límites del poder político: no hay poder, ni imperial, ni espiritual, que sea dueño absoluto de un poder político sobre seres humanos libres; ni hay posible interpretación de un designio divino que premiase a un pueblo dándole el dominio político absoluto sobre otro (título 7º).

Las sobrias afirmaciones que niegan la razón de este tipo de dominio (injustos títulos), reflejan una intuición cierta acerca del alcance y límites que un gobierno de un pueblo libre debe guardar. El difícil equilibrio entre despotismo y gobierno autoritario, hasta llegar a la madurez política que supone el ejercicio de la democracia, es un largo camino desconocido e impensable en ese momento. Sin embargo las afirmaciones de Vitoria limitando el poder absoluto en cualquiera de sus manifestaciones, incoan esas ideas anticipatorias que verán su primera realización -aun incompleta- en la segunda mitad del siglo XX.

El objeto de la prudente relativización del poder

constituido, no es menoscabarlo, sino comprenderlo y tratarlo con realismo. Afrontó el delicado tema de los límites de los poderes civil y eclesiástico en una época de expansión imperial española y de intensas relaciones de la Iglesia con las autoridades civiles del momento. En este aspecto resulta innovadora su comprensión acerca del origen y alcance de dichos poderes y consecuentemente, de sus relaciones. La obra de Vitoria refleja que el poder civil está sujeto a la autoridad espiritual del papado, pero no a su poder temporal[29].

Francisco de Vitoria presenta en todo momento una equilibrada visión de la necesidad de limitar y flexibilizar los modelos de autoridad del momento, que tendían a querer lograr un alcance universal y al tiempo que se estructuraban a través de complejas y rígidas jerarquías[30]. Como hemos apuntado antes, las tesis de Vitoria en semejante contexto eran no sólo audaces, sino políticamente incorrectas; sin embargo Vitoria las sostuvo con la visión del que había logrado trascender la presión histórica y política del momento en que las pronunció y con el realismo que nace de su formulación jurídica.

El principal concepto jurídico que cobra especial relevancia dentro de la filosofía política del maestro Vitoria es el de la “guerra justa”[31]. Desde ese término y fundamentalmente en forma de preguntas dubitativas que muestran las dificultades morales que la guerra plantea al autor, abordará cuestiones en aquel momento sólidamente asentadas, que Vitoria no duda en cuestionar para matizar y adaptar a la nueva realidad: cuestiones como los límites y las funciones del poder político[32], y de nuevo la existencia de la comunidad internacional, del bien común universal y de la necesidad de positivizar un Derecho de Gentes superior a las autoridades establecidas al frente de cada nación[33].

El concepto de guerra justa había sido ya estudiado por Aquino. Francisco de Vitoria lo analiza en la *De iure belli* y lo completa en la *Relectio posterior* o *De iure belli hispanorum in barbaros* de 1539, así como en la *Relectio de Potestate civili*. En

ellas analiza los límites del uso de la fuerza para dirimir las disputas entre pueblos. Según Vitoria es lícito hacer la guerra, pero la única causa justa para comenzarla es responder proporcionalmente a una injuria grave y culpable. Deslegitima todo conflicto bélico cuya causa sea las diferencias de credo religioso o aquellas promovidas simplemente para aumentar el territorio[34]. También estudia cuidadosamente quién puede legítimamente declarar la guerra, cuáles pueden ser causas que justifiquen la guerra justa, y qué ha de hacerse con los enemigos de tales guerras[35].

Para Vitoria es esencial que la preocupación de los monarcas sea vivir en paz con todos, en la medida de lo posible. Así lo manifiesta en la *Relectio de Potestate civili*. El elemento que destaca en toda la doctrina vitoriana sobre el derecho de guerra -y por lo demás en toda su obra aquí considerada- es el aspecto de “humanismo” o “humanidad”, un elemento permanente, inspirando y animando todas y cada una de sus tesis[36]. Como veremos, aparece en multitud de aspectos prácticos del derecho de guerra, desde su justificación, para Vitoria una guerra es justa cuando es “perentoria necesidad”[37], es decir, el último recurso al que se acude habiendo fracasado los anteriores o siendo imposible evitar el conflicto de otra manera. Por eso rechaza las eventuales motivaciones connaturales al conflicto bélico, como son el deseo de venganza, de ruina y aniquilación del enemigo, para sustituirlas por la necesidad de defender la propia patria, la propia comunidad, la necesidad de obtener finalmente la paz y la seguridad, restaurando el orden de las leyes que se han violado[38].

Aparece la humanidad en su ejemplar doctrina para los vencedores: Francisco de Vitoria les pide que sean moderados, que obren como jueces y no como acusadores de la nación ofendida, sin causar perjuicios inútiles.

Otros aspectos notables dentro de esta novedosa forma de ver la guerra son por ejemplo, la distinción entre multitudes

inocentes y príncipes culpables^[39], la delimitación de guerras ofensivas (difícilmente justas) y guerras defensivas o posiblemente justas, si cumplen las condiciones antes expuestas.

En un momento histórico en el que la guerra es considerada un derecho absoluto de los príncipes y de los pueblos, derecho que se ejercía con toda la fuerza posible y que sellaba las relaciones de dominio entre los pueblos, la consideración de ejercer la humanidad era poco menos que insólita.

La humanidad y la guerra son polos que a los ojos del mundo renacentista, pertenecen a dos arquetipos distintos: el humanismo era propio de las mentes cultivadas, de los artistas, y la guerra era un instrumento más de la política, característica de los poderosos que podían asumirla y vencer al enemigo con ella, hacerse temibles e incrementar su poder. En la Europa del Renacimiento humanismo y guerra llegaban a encontrarse puntualmente en los príncipes que triunfaban, en los vencedores, siendo por lo demás, fuerzas centrípetas con centros distintos. Paradójicamente esos polos llegaron a converger admirablemente con un alcance universal y con fuerza obligatoria, uniendo a vencedores y vencidos, a poderosos y necesitados, primeramente en la mente y el corazón, y después en toda la obra de este hombre universal, Francisco de Vitoria.

5. Conclusiones

A la vista de nuestro análisis de las obras del maestro Vitoria nos parece necesario tributarle el mérito de haberse adelantado a su tiempo al establecer los siguientes aspectos originales de sus contribuciones jurídicas:

- La universalidad del Derecho de Gentes, aplicable no sólo a los indios, no sólo a los Estados cristianos sino a todos los pueblos que conforman el orbe mundial y hacer de esta universalidad una razón de su obligatoriedad.

- La fundamentación iusnaturalista del Derecho de Gentes, que no obsta su ulterior positivación, pero mantiene la necesidad de dotarlo de una coherencia interna que limite a la voluntad pacticia. Derecho de Gentes de Vitoria está fundado en el derecho natural y ordenado a la consecución de fines propios del bien común universal, cuyo último fundamento está en la Ley eterna.
- El Derecho de Gentes de Vitoria tiene vocación y fuerza de ley.
- La igualdad entre todas las comunidades políticas, no derivada de consideraciones de soberanía absoluta sino de igualdad natural entre los hombres y de la existencia de una comunidad internacional y del deber jurídico de solidaridad entre los pueblos.
- La libertad como condición jurídica exigible para todo ser humano.
- La percepción de manifestaciones no materiales del ejercicio de la libertad personal como la libertad de conciencia y la libertad religiosa;
- La percepción de la libertad en términos comunitarios: como libertad de los pueblos (materializada en la libertad de navegación, derecho de propiedad de los habitantes indígenas sobre sus tierras, riquezas y bienes, libertad de comercio) y como principio rector de la vida social (dirigida a facilitar una vida social orgánica y flexible en vez de jerárquica y rígida), y de las relaciones políticas entre los pueblos, de las relaciones internacionales y del Derecho Internacional.
- Vitoria distingue dos tipos de dominio: El dominio de los españoles sobre los indios, que es político y como tal indirecto y limitado, y que jurídicamente se define como “administración de las provincias”; y el dominio de los indios sobre sus tierras, que es netamente jurídico –fundado en el derecho natural- y se define como “propiedad”, con todas sus aplicaciones y consecuencias.
- En filosofía política, le corresponde la aportación de dar primacía al deber de humanidad en el derecho de guerra con las correspondientes aplicaciones en la práctica.
- Destaca además la característica de dar primacía a la búsqueda de la justicia y de la verdad en el análisis de cuestiones políticas, por encima de las conveniencias o intereses.

6. Bibliografía

Fuentes directas consultadas:

Vitoria, Francisco de (1932). *In Secundam Secundae de Charitate*, 1535. Colección Corpus Hispanorum de Pace, V. CSIC, Madrid

---. (1932, Barcelona). *In Secundam Secundae Fide*, curso 1534-1535., Pp.193.

---. (1934). *In Secundam Secundae de Iustitia*, 1535-36. Colección Corpus Hispanorum de Pace, V, 50-53, 63-82, 269-311, 312-321. CSIC, Madrid

---. (1939). *Sentencias Morales.*, Breviarios del pensamiento español 15-232. Editorial Fe, Barcelona.

---. (1940). *Sentencias de Doctrina Internacional.* Breviarios del pensamiento español, 7-157. Editorial Fe, Madrid.

---. (1952). (Edición preparada por V. Beltrán de Heredia). *Comentario al Tratado de la Ley.* [In *Primam Secundae Legibus*, curso 1534-135].

---. (1967). *Carta de Francisco de Vitoria al P. Arcos sobre negocios de Indias*, 1534. Colección Corpus Hispanorum de Pace, V, 137-139. CSIC, Madrid

---. (1967). *Relectio de indis*, 1538. Colección Corpus Hispanorum de Pace, V-1-134. CSIC, Madrid

---. (1967). *Relectio de Temperantia*, 1537. Colección Corpus Hispanorum de Pace, V, 1-99. CSIC, Madrid.

---. (1967). *Utrum infideles compellendi sint ad fidem.* Colección Corpus Hispanorum de Pace, V, 118-126. CSIC, Madrid.

---. (1967). *Utrum infideles possint habere praelationem seu dominium supra fideles.* Colección Corpus Hispanorum de Pace, V, 132-134. CSIC, Madrid.

---. (1967). *Utrum pueri indaeorum et aliorum infidelium sint, invitis parentibus, baptizandi.* Colección Corpus Hispanorum de Pace, V, 280-293. CSIC, Madrid.

---. (1981). *Relectio de Iure Belli*, 1539. Colección Corpus Hispanorum de Pace, VI, 95-241. CSIC, Madrid

---. (1989). *Relectio de Indis, et Carta Constitutionis de Indis 1538*. CSIC, Madrid.

---. *Confessionario útil y provechoso*, 1562. Acceso: <http://www.larramendi.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=3593> database.

Fuentes indirectas consultadas:

Brufau Prats, J., *Perspectivas humanistas en la concepción jurídica vitoriana*, en *La Escuela de Salamanca ante el descubrimiento del Nuevo Mundo*, San Esteban, Valladolid 1989.

Fazio, M., *Francisco de Vitoria. Cristianismo y Modernidad*, Ciudad Argentina, Buenos Aires 1998.

Hernández, R. *Derechos Humanos en Francisco de Vitoria. Antología*. Editorial San Esteban, Salamanca 1984.

López Díaz-Valentín, P. "Relación de dominio y ley en la situación americana dentro del pensamiento vitoriano", en *Ley y Dominio en Francisco de Vitoria*, Cruz Cruz, J (ed.). Colección de Pensamiento Medieval y Renacentista 100, Eunsa. Pamplona 2008.

Pereña, L. *Derechos y Deberes entre indios y españoles en el Nuevo Mundo*, Salamanca 1992.

Osuna, A., *De la idea del Sacro Imperio al Derecho Internacional. El pensamiento político de Vitoria*, «La Ciencia Tomista» XXI. Salamanca 1984.

Rodríguez-Penelas, H. "Francisco de Vitoria: la cuestión del dominio en la primera relectión *De Indis*", en *Ley y Dominio en Francisco de Vitoria*, Cruz Cruz, J (ed.). Colección de Pensamiento Medieval y Renacentista 100, Eunsa. Pamplona 2008.

Sarmiento, A., *La condición personal como fundamento de la libertad e igualdad de derechos entre los hombres y los pueblos, según Francisco de Vitoria*, en *Evangelización y Teología en América (siglo XVI)*, EUNSA, (vol. II) Pamplona 1990.

Spade, P. V., "Medieval Philosophy", accessible en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/medieval-philosophy/>

Truyol Serra, A, *Los principios del Derecho Público en Francisco de Vitoria*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1946.

Urdanoz, T., *Introducción a Obras. Relecciones teológicas de Francisco de Vitoria*, BAC, Madrid 1960.

Zorroza, Ml.; Díaz, B. Voz "*Francisco de Vitoria*", accesible el 21 agosto 2013 en Proyecto Pensamiento Clásico Español, Angel Luis González (Dir.), URL = <http://www.unav.es/pensamientoclasico/Au%20Vitoria.html>.

[1] La vida de Francisco de Vitoria se halla publicada en múltiples lugares e idiomas. Puede consultarse una breve pero completa biografía de Francisco de Vitoria Hernández, R. *Derechos Humanos en Francisco de Vitoria*. Antología. Editorial San Esteban. Salamanca, 1984. Pp. 9-36; otra obra biográfica de referencia sobre nuestro autor, perfectamente documentada, Fazio, M., *Francisco de Vitoria. Cristianismo y Modernidad*, Ciudad Argentina, Buenos Aires 1998.

[2] No eludió Vitoria los temas más espinosos del momento (relaciones de la Iglesia con el poder temporal, el divorcio de Enrique VIII, el trato debido a los indios, etc), aprovechando las Relecciones para exponer ante alumnos y docentes las conclusiones que a las que había llegado estudiándolas, y reflejando en ellas su perspectiva teológica y antropológica. Las más importantes: *De potestate civili* (1528), *De Homicidio* (1530), *De Matrimonio* (1531) fue motivada por la cuestión del "divorcio" de Enrique VIII de

su esposa española Catalina de Aragón, emparentada con el emperador Carlos V; *De potestate Ecclesiae* (1532), *De quod tenetur homo cum primum venit ad usum rationis* (1534 o 1535), *De Temperantia* (1537), *De Indis prior* y *De Indis posterior sive de Iure belli* (1539). Puede consultarse con más detalle la docencia ordinaria y extraordinaria cfr. Zorroza, MI., Díaz, B. Voz Francisco de Vitoria, accesible en Proyecto Pensamiento Clásico Español, <http://www.unav.es/pensamientoclasico/Au%20Vitoria.html>, el 21 Agosto 2013.

[3] Vitoria, Francisco de. (1981). *Relectio de Iure Belli*, 1539. Colección Corpus Hispanorum de Pace, VI, CSIC, Madrid Pp. 69-92.

[4] Cfr. Truyol Serra, A, *Los principios del Derecho Público en Francisco de Vitoria*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1946. Pp. 36 y ss.

[5] Vitoria, Francisco de (1989). *Relectio de Indis*, 1538. CSIC, Madrid. Pp. 115-127.

[6] Vitoria, Francisco de (1940). *Sentencias de Doctrina Internacional*. Breviarios del pensamiento español, Editorial Fe, Madrid. Pp. 77-78.

[7] Vitoria, Francisco de (1940). *Sentencias de Doctrina Internacional*. Breviarios del pensamiento español, Editorial Fe, Madrid. Pp. 19-24.

[8] Vitoria, Francisco de (1989). *Relectio de Indis*, 1538. CSIC, Madrid. Pp. 63-73. En particular, ver también, Vitoria, Francisco de (1967). *Utrum infideles compellendi sint ad fidem*. Colección Corpus Hispanorum de Pace, V. CSIC, Madrid. Pp. 118-126. Ver también, Vitoria, Francisco de (1967). *Utrum pueri indaeorum et aliorum infidelium sint, invitis parentibus, baptizandi*. Colección Corpus Hispanorum de Pace, V. CSIC, Madrid. Pp. 280-293.

[9] Cfr. Truyol Serra, A, Op. cit. Pp. 54 y ss.

[10] Vitoria, Francisco de (1989). *Relectio de Indis*, 1538. CSIC, Madrid. Pp. 121-127.

[11] Vitoria, Francisco de (1952). (Edición preparada por V. Beltrán de Heredia). *Comentario al Tratado de la Ley*. In *Primam Secundae Legibus*, curso 1534. Pp. 30-67.

[12] Vitoria, Francisco de (1952). (Edición preparada por V. Beltrán de Heredia). *Comentario al Tratado de la Ley*. In *Primam Secundae Legibus*, curso 1534. Pp. 16-135.

[13] Vitoria, Francisco de (1989). *Relectio de Indis*, 1538. CSIC, Madrid. Pp. 115-16.

[14] Vitoria, Francisco de (1940). *Sentencias de Doctrina Internacional*. Breviarios del pensamiento español, Editorial Fe, Madrid. Pp. 71-72.

[15] Truyol y Serra, Antonio, en Vitoria, Francisco de (1967). *Relectio de Indis*, 1538. Colección Corpus Hispanorum de Pace, V. CSIC, Madrid. Pp. CXLIII-CLVIII.

[16] Pereña, L. *Derechos y Deberes entre indios y españoles en el Nuevo Mundo*, Salamanca 1992. Pp. 12 y ss.

[17] Vitoria, Francisco de (1967). *Relectio de Indis*, 1538. Colección Corpus Hispanorum de Pace, V. CSIC, Madrid. Pp. 4-31; 76-99.

[18] Vitoria, Francisco de (1967). *Relectio de Indis*, 1538. Colección Corpus Hispanorum de Pace, V. CSIC, Madrid. Pp. 32-75.

[19] Vitoria, Francisco de (1967). *Relectio de Indis*, 1538. Colección Corpus Hispanorum de Pace, V. CSIC, Madrid. Pp. 32-54.

[20] Cfr. Pereña, L. *Derechos y Deberes entre indios y españoles en el Nuevo Mundo*, Salamanca 1992. Pp. 53 y ss.

[21] Cfr. Sarmiento, A., *La condición personal como fundamento de la libertad e igualdad de derechos entre los hombres y los pueblos, según Francisco de Vitoria*, en *Evangelización y Teología en América (siglo XVI)*, EUNSA, Pamplona 1990, II, pp. 265-271.

- [22] Vitoria, Francisco de (1967). *Carta de Francisco de Vitoria al P. Arcos sobre negocios de Indias*, 1534. Colección Corpus Hispanorum de Pace, V, 137-139. CSIC, Madrid
- [23] Vitoria, Francisco de (1967). *Relectio de Indis*, 1538. Colección Corpus Hispanorum de Pace, V. CSIC, Madrid. Pp. 76-99.
- [24] Cfr. *Rodríguez-Penelas, H.* “Francisco de Vitoria: la cuestión del dominio en la primera reelección *De Indis*”. Pp. 165-174, en *Ley y Dominio en Francisco de Vitoria*, ed. Juan Cruz Cruz. Colección de Pensamiento Medieval y Renacentista 100, Eunsa. Pamplona 2008.
- [25] *Cartas de Carlos V a Francisco de Vitoria* en Vitoria, Francisco de (1967). *Relectio de Indis*, 1538. Colección Corpus Hispanorum de Pace, V. CSIC, Madrid. Pp.154-156.
- [26] Cfr. *López Díaz-Valentín, P.* “Relación de dominio y ley en la situación americana dentro del pensamiento vitoriano”. Pp. 301-307, en *Ley y Dominio en Francisco de Vitoria*, ed. Juan Cruz Cruz. Colección de Pensamiento Medieval y Renacentista 100, Eunsa. Pamplona 2008.
- [27] Vitoria, Francisco de (1967). *Relectio de Indis*, 1538. Colección Corpus Hispanorum de Pace, V. CSIC, Madrid. Pp. 22 y ss.
- [28] Vitoria, Francisco de (1967). *Relectio de Indis*, 1538. Colección Corpus Hispanorum de Pace, V. CSIC, Madrid. Pp. 12-31.
- [29] Vitoria, Francisco de (1967). *Relectio de Indis*, 1538. Colección Corpus Hispanorum de Pace, V. CSIC, Madrid. Pp. 32-54.
- [30] Cfr. Osuna, A., *De la idea del Sacro Imperio al Derecho Internacional. El pensamiento político de Vitoria*, «La Ciencia Tomista» XXI (1984), pp. 29-60.
- [31] Vitoria, Francisco de (1981). *Relectio de Iure Belli*, 1539. Colección Corpus Hispanorum de Pace, VI. CSIC, Madrid. Pp. 99-286.
- [32] Vitoria, Francisco de (1981). *Relectio de Iure Belli*, 1539. Colección Corpus Hispanorum de Pace, VI. CSIC, Madrid. Pp. 111-122; 214-244; 257-264.
- [33] Vitoria, Francisco de (1981). *Relectio de Iure Belli*, 1539. Colección Corpus Hispanorum de Pace, VI. CSIC, Madrid. P. 219.
- [34] Vitoria, Francisco de (1981). *Relectio de Iure Belli*, 1539. Colección Corpus Hispanorum de Pace, VI. CSIC, Madrid. Pp. 123-130.
- [35] Vitoria, Francisco de (1981). *Relectio de Iure Belli*, 1539. Colección Corpus Hispanorum de Pace, VI. CSIC, Madrid. Pp. 131-213; 223-244.
- [36] Cfr. Brufau Prats, J., *Perspectivas humanistas en la concepción jurídica vitoriana*, en *La Escuela de Salamanca ante el descubrimiento del Nuevo Mundo*, San Esteban, Valladolid 1989, pp. 49-58.
- [37] Vitoria, Francisco de (1981). *Relectio de Iure Belli*, 1539. Colección Corpus Hispanorum de Pace, VI. CSIC, Madrid. Pp.131-133.
- [38] Vitoria, Francisco de (1981). *Relectio de Iure Belli*, 1539. Colección Corpus Hispanorum de Pace, VI. CSIC, Madrid. Pp. 131-140;163-213.
- [39] Vitoria, Francisco de (1981). *Relectio de Iure Belli*, 1539. Colección Corpus Hispanorum de Pace, VI. CSIC, Madrid. Pp. 227-240.

Capítulo 15. Perspectivas vitorianas sobre la existencia de un Derecho Natural Internacional

*Carmen Sánchez Maíllo
Universidad CEU San Pablo*

1. Vitoria en su contexto histórico-temporal

Preocupados por la realidad de su tiempo se habían sucedido en los siglos XVI y XVII una serie de juristas de primera línea como Francisco de Vitoria (1492-1546), Domingo de Soto (1495-1560), Bartolomé Medina (1527-1580), Luis de Molina (1535-1600), Domingo Báñez (1528-1604) y Francisco Suárez (1548-1617), entre otros. Desde su dedicación a la enseñanza, desarrollaron fundamentalmente temas de filosofía del Derecho y del Estado aplicados a los problemas del momento. El tema clave, era sin duda alguna, el Descubrimiento, pues la cuestión fundamental que ocupó a estos pensadores fue la de la licitud de la conquista de América. La Escuela, que contó con continuadores valiosos, tuvo desde el primer momento un carácter abierto y dinámico. Fueron figuras de primera fila que aportaron doctrinas sobre la empresa hispánica y constituyeron la primera generación de la Escuela salmantina. Estos autores, desarrollando la filosofía aristotélico-tomista, tuvieron cada uno peculiaridades propias a la hora de construir su teoría del Derecho natural. Reelaboraron la doctrina escolástica tanto en la forma expositiva como en el planteamiento de los problemas.

Como destaca Brufau Prats^[1] esta confluencia entre el pensamiento tomista con la realidad histórica del momento provocó la paulatina formación de un fondo común de ideas compartidas a modo de Doctrina Communis. Durante el siglo XVI, el Siglo de Oro de la Universidad de Salamanca, Francisco de Vitoria y Domingo de Soto despuntaron entre sus principales

figuras. La escuela salmantina de teólogos-juristas apareció siempre vinculada al convento dominicano de San Esteban que, gracias a los representantes de la escuela, alcanzará en ese momento el cenit de su esplendor. Así, Salamanca se convirtió en el centro cultural más importante de España, colocándose en el mismo plano que otras universidades europeas como Oxford, Bolonia y París; gracias sobre todo, a los profesores titulares de sus cátedras de Prima y de Exégesis bíblica. Salamanca, su Universidad y el Convento de San Esteban se constituyeron en los abanderados de los problemas de América.

El fecundo magisterio de Francisco de Vitoria quedó reflejado en el grupo de pensadores que perpetuarían y ampliarían su obra. En la base de las elaboraciones de los representantes de esta escuela se encuentra sobre todo una preocupación constante por los problemas derivados del descubrimiento, conquista y colonización de las nuevas tierras.

Vitoria fue un hombre del renacimiento, quién a pesar de su gran formación teológica, destila dudas y contradicciones que aparecen latentes en su obra[2]. Es un teólogo con gran sensibilidad por los relatos que oye sobre el sufrimiento de los indios. Se resiste a los atropellos realizados por algunos de sus compatriotas[3]. Sin embargo Suárez hizo una construcción barroca y racionalista del Derecho natural, muy apartada de los problemas prácticos que suscitó el encuentro de sociedades humanas diferentes.

Resulta muy interesante en la obra Vitoriana su las luchas y las tensiones internas que se reflejan en sus escritos, pues escribe con el pulso firme para condenar la injusticia pero sin enemistarse con los poderosos[4].

Las obras, las leyes promulgadas, las discusiones vividas, los acontecimientos sucedidos continúan y continuarán siendo la fuente de inspiración para la reflexión ética de las relaciones internacionales. Las aportaciones Vitorianas al juicio ético sobre las relaciones entre los pueblos son en ocasiones un tanto contradictorias, pero son tan inteligentes y elegantes que por

ello se le considera un clásico de la filosofía moral y política[5].

Analizaremos los aspectos en los que consideramos que estriba la originalidad Vitoriana en un aspecto de enorme relevancia e interés para la filosofía del derecho y el derecho internacional: se trata de profundizar en la existencia de un derecho de gentes entre las naciones.

2. Breve referencia a los antecedentes del estado de la cuestión de los justos títulos

Parece conveniente referirnos brevemente al estado de una cuestión tan compleja y discutida como la que vamos a analizar.

Resuelto el litigio entre Castilla y Portugal acerca de la pertenencia de las tierras recién conquistadas gracias a las bulas papales, surgieron graves preguntas: ¿Por qué estamos en las Indias y con qué autoridad? ¿Es justificable la sumisión indígena? Con estas y otras muchas cuestiones se abre un periodo de profunda reflexión nacional y una brillante polémica, cuyo planteamiento correspondió a los propios españoles.

Estamos ante el problema de los justos títulos, que tan grandes escollos ha presentado a la investigación. En su época fue planteado en reuniones de expertos, siendo tratado entonces por teólogos de mente luminosa como Vitoria, así como por juristas de depurada técnica jurídica como Sepúlveda.

Se comprenderán pues las dificultades que surgen al tratar de desentrañar las ideas políticas, jurídicas y filosóficas con que los españoles de los siglos XVI y XVII afrontaron la conquista así como la organización del dominio americano. Una cosa hemos de reconocer, en ninguna otra nación europea se debatió la lucha por la justicia como se hizo en España.

Las corrientes ideológicas que se dibujaron en el horizonte desde fines del siglo XV y que dominarían la vida española en los siglos sucesivos pueden situarse en las líneas de la escolástica y del humanismo renacentista[6].

Para comprender todo esta etapa hay que verla sobre el fondo global del esfuerzo colonial español.

Con la aprobación del Papa y cumpliendo las órdenes de su Rey, los españoles reclamaban para la Corona de una parte las nuevas tierras y el tributo de su habitantes -un fin terrenal- y de otro lado dar a conocer el cristianismo a estas gentes -un fin espiritual-. Esta doble motivación tras la empresa hizo inevitable el conflicto, y no sólo entre españoles e indígenas, sino también entre los españoles mismos, pues aunque se

aceptaban de un modo más o menos unánime como buenos ambos fines, en lo que no se logró el acuerdo fue en cómo lograrlos mejor^[7].

Es bien conocido por todos que el inicio de la revisión comenzó con el famoso sermón del dominico Antonio de Montesinos en diciembre de 1511. El texto de dicho sermón se conoce indirectamente por la versión de las Casas:

“Todos estáis en pecado mortal y en el vivís y morís, por la crueldad y tiranía que usáis con estas inocentes gentes. Decid, ¿con qué Derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre aquestos indios?...”

Como es de suponer, tan revolucionarias afirmaciones llegaron a la Corte. El monarca alegó ante los religiosos su desconocimiento de tales abusos. Como patrono de la Iglesia en las Indias convocó una Junta de teólogos en Valladolid y promulgó las llamadas Leyes de Burgos de 1512, que constituyeron el primer intento legal de proteger a los indios. Su mayor transcendencia está en la polémica que se desencadenó en los medios intelectuales del momento, que logró incluso que se llegara a poner en duda la licitud del dominio español en las Indias.

El fracaso de los dominicos no fue total, ya que con él se despertó la conciencia del que con el correr de los años sería el gran luchador de la causa indígena: Fray Bartolomé de las Casas. Curiosamente, el indignado sermón de Montesinos iba

dirigido contra de hombres del tipo de Las Casas, que buscaban fortuna y que tuvieron esclavos a su cargo. En un principio, Las Casas se unió a la resistencia frente al grito de Montesinos. Con el paso del tiempo él mismo llegaría a ser conocido como “Apóstol de los indios” y nombrado Procurador General de los mismos. El giro Lascasiano comenzó libertando a sus indios y predicando un sermón en Sancti Spiritus contra sus compatriotas. Las Casas no fue un estudioso sino un luchador tenaz, dispuesto a poner en práctica lo que predicaba. Hasta su muerte en 1566, a la edad de noventa y dos años, luchó denodadamente a favor de los indios. Una de sus obras más conocidas es sin duda la Brevísima relación de la destrucción de las Indias, que es una denuncia minuciosa del proceder español en los territorios americanos. Las traducciones de esta obra al inglés, holandés, francés, alemán, italiano y latín contribuyeron en gran parte a hacer creer al mundo que los españoles eran crueles por naturaleza. Los dibujos de Teodoro de Bry ilustraron muchos de sus textos y subrayaron gráficamente sus acusaciones. De este modo se hizo un uso político de los escritos de las Casas por parte de los enemigos de España.

Las Casas retó a la conciencia de su tiempo a que confrontara las grandes cuestiones que la conquista española presentaba. La primera consistía en que había que predicar el cristianismo sólo por medios pacíficos.

La segunda se refería a que los indios eran seres humanos a los que había que educar y cristianizar, no semihombres para esclavizar. Una y otra vez, Las Casas insistía en que el modo de predicar debía ser “blando, suave, dulce, agradable, tranquilo, modesto, lento, paciente y sobre todo, pacífico y razonable”. En este sentido nos parece certero el análisis de céspedes del castillo cuando afirma “Las Casas jamás modificó un ápice sus ideas, que la realidad mostraría luego bastante utópicas, y persevera durante casi medio siglo en sus prédicas, muy justas ante la situación de los indios en los años en los que las inició, pero exageradas cuando con el tiempo se fueron dando y cumpliendo leyes más humanas”^[8].

Fue precisamente Las Casas quién se enfrentó al erudito Juan Ginés de Sepúlveda en las Juntas de Valladolid. El inicio de la disputa se originó cuando el Consejo de Indias informó al monarca -el 3 de julio de 1549- de que los peligros que las conquistas implicaban tanto para los indios, como para la conciencia del Rey, eran tan graves que no se debía permitir otra expedición militar sin su permiso y el del Consejo. Ante tales noticias y en conformidad con este dictamen, Carlos V ordenó la suspensión de todas las conquistas del Nuevo Mundo, hasta que un grupo de consejeros y teólogos convocados por él mismo decidiera el mejor modo de llevar a cabo la conquista de una forma justa.

Los disputantes fueron convocados en Valladolid para contestar a la siguiente pregunta: ¿ Es legal que el rey de España haga la guerra a los indios antes de predicar la fe para someterlos a su gobierno, de manera que más tarde se les instruyera más fácilmente en el catolicismo? Sepúlveda se proponía argumentar que era legal y conveniente. Las Casas estaba decidido a probar que tal método era contrario a la religión cristiana. Este último fue bastante atrevido al entablar batalla con Sepúlveda, quién era considerado una de las mentes mejor adiestradas del momento. Si bien es cierto que tampoco podemos olvidar la pasión y el arrojo con que “el apóstol de los indios” habría de defenderles. Tras largas controversias, argumentos y réplicas entre los disputantes, los jueces de Valladolid, probablemente exhaustos y confusos ante el tremendo conflicto que presenciaban, comenzaron a discutir entre ellos y no llegaron a ninguna conclusión. Ambos contrincantes alegaron la victoria para sí, pero los documentos disponibles hoy día no dan la razón a ninguno de forma concluyente. Podemos hacernos cargo de que los jueces habían sido asediados por dos adversarios formidables, y comprometidos además en visiones antagónicas de la realidad indígena. La conclusión es que la Junta no llegó a pronunciarse. La lucha en sí no terminó. En los años siguientes reinó un cierto escepticismo sobre la posibilidad de arbitrar un acuerdo en tales

cuestiones. Al final la solución que se perfila como definitiva es la que quedó recogida un siglo después en la Recopilación de Indias de 1680. En este sentido hemos de decir que la Corona siguió una línea firme en la dirección lascasiana, es decir, la de que sólo la persuasión amistosa y la sumisión voluntaria podría atraer a los indios a la fe cristiana.

Ninguna simplificación de la controversia de Valladolid resulta satisfactoria. Sí cabe, sin embargo, destacar que lo más significativo fue que la Corona permitiera tales disputas en estos años en los que precisamente se estaban desarrollando sus pautas de acción.

La disputa tuvo coletazos durante aquellos años y mucho tiempo después. La Escuela salmantina recogió toda esta problemática, la analizó y la estudió gracias a mentes tan deslumbrantes como Vitoria, Soto, Báñez, Molina, etc. Toda esta polémica llega hasta nuestros días. La lucha española por la justicia en América no puede olvidar la vitalidad de las cuestiones que aún conmueven al mundo de hoy, por este motivo aún resulta de enorme interés el estudio de esta temática.

3. Una cuestión esencial: la obra evangelizadora en las Indias

Para comprender en su complejidad el planteamiento de la obra evangelizadora tenemos que partir del mandato evangélico de predicar la Buena Nueva a todos los hombres^[9] en el que está incluido tanto el deber como el consiguiente derecho de evangelizar al mundo. La actividad misionera nace de la entraña misma del cristianismo y atañe, de algún modo, a todo cristiano.

A juicio de la Escuela Salmantina se trataba de una misión que no quedaba encuadrada en la actividad sociopolítica del poder temporal, sino que dimanaba del Fundador de la Iglesia. Era la Iglesia a quién correspondía regular su ejercicio, ningún poder temporal debía inmiscuirse en ese terreno. Esto no quiere

decir que el poder político debiera estar siempre ausente de la actividad religiosa, especialmente cuando esta incidía en la vida comunitaria o afectaba al ejercicio de los derechos naturales de la persona^[10]. El *Iuspraedicandi Evangelium* había quedado proclamado con claridad. Este fue el momento en el que se intentó perfilar su contorno y definir sus límites.

Primeramente se reconocía la existencia de un deseo natural en todo hombre de comunicar a otros su mensaje personal. Tal afirmación latía en el contexto en el que los maestros salmantinos construyen el *Iuspraedicandi*: todo predicador evangélico debía tener la posibilidad de anunciar libremente su mensaje sin ser obstaculizado en el ejercicio de su misión. En este orden de cosas, cualquier cortapisa por parte de un poder que no fuera espiritual era considerada ilegítima. La Iglesia tenía encomendada una misión evangelizadora en todo el mundo, *Ubique terrarum*, y era a ella a quién correspondía organizar y regular la actividad misionera.

Como consecuencia del *Iuspraedicandi Evangelium* surge la facultad del Vicario de Cristo de regular la acción misionera con el fin de lograr mayores frutos en el orden espiritual. El Papa debía distribuir la labor de anunciar el mensaje cristiano entre los diversos predicadores, sin que por ello quedaran excluidos de dicha tarea los titulares del poder temporal. Así mismo, podía asignar los diversos territorios que debían ser evangelizados a los distintos predicadores.

En opinión de los Maestros Salmantinos, la evangelización tenía por su misma naturaleza unos condicionamientos que no debían sobrepasarse. Primeramente tenía que respetarse la libertad del no cristiano para que pudiera rechazar la predicación. El cristiano no debía imponer la fe, pues se consideraba libre a todo hombre para quedar al margen de la misma. Se trataba, en definitiva, del reconocimiento de la libertad religiosa. Lo que no consistía en eximir al hombre de aceptar la religión verdadera, sino en no ser forzado a aceptar una religión determinada, fuera o no la verdadera^[11]. El respeto a la

libertad religiosa quedó traducido en respeto a la persona, y por tanto a su libertad. Tal respeto no era considerado como una limitación al *Iuspraedicandi*, sino más bien como un elemento configurador del mismo. La Escuela salmantina con Vitoria a la cabeza estimaba que la predicación se hacía a seres libres y debía adecuarse a tal condición. Además, la evangelización tenía que acomodarse a la índole de la fe y si la fe se consideraba un acto de adhesión libre, una fe forzada sería una contradicción. Acerca de este punto hay una clara toma de posición de la Escuela de Salamanca frente a posturas que aún prescribían métodos de evangelización en los que se hiciese uso de la fuerza.

La titularidad del *Iuspraedicandi* además no quedó circunscrita a individuos particulares, es bien conocido por todos que las grandes órdenes religiosas - franciscanos, dominicos, agustinos, etc.- realizaron una labor evangelizadora de altos vuelos. La acción de la Corona tampoco fue ajena a la evangelización. De hecho, la interpretación dada a la concesión de Alejandro VI de los nuevos territorios descubiertos y por descubrir en favor de los reyes católicos y sus sucesores, se basó en el poder pontificio de asignar la tarea evangelizadora de aquellas tierras a la Corona castellana excluyendo a otros países. Tras las Bulas de Alejandro VI -consideradas como un reconocimiento del Derecho de invención- la legitimidad de los Derechos de la Corona de Castilla no se puso en duda. No fueron ni Vitoria ni Soto los primeros en suscitar la cuestión de la legitimidad de las conquistas ultramarinas, sino los abusos cometidos contra los indios lo que provocó el comienzo de la corriente que podríamos llamar revisionista^[12]. Poco a poco se fueron configurando los modos de conducta que debían observarse con los habitantes de las nuevas tierras. La intervención real no se hizo esperar. El monarca, lejos de optar por la vía de facto, se interesó por la justificación moral. Las Leyes de Indias y las Juntas en las que no sólo intervinieron consejeros reales y juristas, sino también teólogos lo pusieron de manifiesto de un modo muy claro^[13].

Se había recorrido ya mucho camino por parte de los teólogos de la Escuela salmantina. Solórzano Pereira pertenece a una segunda generación de juristas reconocidos que fueron enviados al Nuevo Mundo para desempeñar cargos de responsabilidad política y administrativa, y tal experiencia quedó recogida en sus obras más destacadas[14]. Como cristiano fervoroso, mostraba su deseo de que continuara la obra evangelizadora que venía produciéndose. Era consciente del papel primordial que el Papa, como regulador de la actividad misionera, había encomendado a España. Conocía el respeto que dos de las figuras más relevantes, Francisco de Vitoria y Domingo de Soto, tenían hacia la libertad religiosa. En este orden encuentra ya muy desarrolladas las pautas de conducta que debían observarse para con los indígenas.

4. Las bulas alejandrinas

Hay documentos históricos tan importantes e influyentes como pueden ser los más famosos personajes de la historia[15]. A este tipo de documentos pertenecen las bulas por las que Alejandro VI concedió en 1493 las Indias a los Reyes Católicos vinculándolas así a la Corona castellana. Las dos bulas *Inter caetera* imponen a los reyes castellanos la obligación de enviar misioneros a las tierras descubiertas y por descubrir para que las evangelizaran. Ello propició la aparición del Regio Patronato español sobre las Indias que se configurará en documentos posteriores, los cuales establecen para las Indias una jurisdicción eclesiástica, en gran parte exenta del derecho común, pues en parte la Santa Sede la deja en manos de los obispos, y en parte la transfiere a la Corona castellana en unos casos, y en otros a los religiosos misioneros.

La donación de tierras a portugueses y españoles no fue un fenómeno nuevo pues ya se habían dado muchos casos a lo largo del medioevo. La donación pontificia de islas pertenecientes al antiguo Imperio Romano de Occidente, otorgada por los papas a los príncipes cristianos fue relativamente frecuente a lo largo de la Edad Media[16].

En la teoría política medieval la única cosa en la que todos estaban de acuerdo era en que el poder venía de Dios, pero se contradecían a la hora de determinar a través de quién transmitía Dios dicho poder a los hombres. Para unos se transmitía a través del Papa (Monismo hierocrático) que delegaba estos poderes en los laicos para el gobierno secular. Para otros, dicho poder se transmitía a través del príncipe secular (Monismo laical) que distribuía dicho poder a otros mandatarios ya fueran laicos o eclesiásticos. Frente a ambas especies de monismo se alzaba la teoría dualista sostenida por la mayor parte de los canonistas medievales. Según estos autores el poder viene de Dios a los hombres por dos vías independientes entre sí: la del príncipe temporal y la del Papa, concediendo los correspondientes poderes necesarios al primero para el gobierno secular, y al segundo para el espiritual. Ambos poderes se consideraban independientes entre sí, pero debía colaborar mutuamente dado que tenían el mismo origen y gobernaban a los mismos súbditos. Pero ¿a cuál de las dos teorías -monista o dualista- se acogen las explicaciones que encontramos entre 1493 y 1539? Según la teoría monista Dios había dado el dominio del mundo a San Pedro, este a sus sucesores, uno de los cuales -Alejandro VI- dona parte el Nuevo Mundo a los reyes de Castilla. La teoría dualista, en cambio, el Papa debía hacer todo aquello que creyera necesario para poder cumplir con su obligación basada en el Evangelio "Id y enseñad a toda criatura, bautizándola...". Según esta teoría el Papa podía conceder tierras de infieles a un príncipe cristiano para así poder garantizar su evangelización.

La explicación monística del fundamento de la donación alejandrina - y por tanto del consiguiente dominio hispano del Nuevo Mundo- fue la teoría que prevaleció durante la primera veintena de años desde 1493. Hacia 1510 surge tímidamente la explicación dualista, con Vitoria se afirma esta última hasta eclipsar la monista^[17], y a esta última volverá con Solórzano Pereira en la primera mitad del siglo XVII.

Francisco de Vitoria dio un verdadero golpe de timón defendiendo el dualismo en vez del monismo hierocrático que

había prevalecido desde 1493. Vitoria sostenía que el Papa no tenía ningún dominio temporal en los diferentes reinos del mundo, ni podía donarlos a nadie en virtud de un dominio directo que no poseía. Pero de acuerdo con la teoría dualista el Papa podía hacer todo aquello que fuera preciso para cumplir con el derecho y el deber que tenía de anunciar el evangelio y proveer al bien espiritual de las almas que le estaban encomendadas[18].

En 1586 Jean Bodín sostuvo[19] que la donación pontificia tuvo el sentido de un feudo vasallático. Ningún autor antes que él había sostenido que el dominio español en la Indias fuera vasallático-feudal. Solórzano Pereira refuta a Bodín sosteniendo el más rígido monismo hierocrático del poder directo del Papa sobre el mundo[20], en el que, según nuestro autor se basó Alejandro VI para donar las Indias a los Reyes Católicos.

5. Hacia un nuevo marco de relaciones entre el poder político y la Iglesia

La Bula *Unam Sanctam* marcó el punto álgido del sistema hierocrático medieval, pero también señaló un momento a partir del cual se inicia la decadencia de este sistema y se da comienzo a un lento proceso de cambio hacia una nueva configuración de las relaciones entre la Iglesia y el poder político[21]. El hierocratismo que había sido el elemento configurador del orden político medieval se derrumba, en adelante, los reyes empezaron a revelarse contra la supremacía del poder espiritual[22]. La resistencia se pone manifiesto en sucesivos enfrentamientos entre el poder real y el papado. Tras la muerte del emperador Enrique VII, Federico de Austria y Luís de Baviera se enfrentaron por la Corona Imperial. Surgieron graves disputas del Imperio frente al Papado, porque Juan XXII se negó a reconocer a Luis de Baviera como Emperador. Los enfrentamientos no se redujeron sólo al campo político y religioso, sino que se extendieron al ámbito ideológico e incluso jurídico[23]. El cautiverio de Avignon provocó el gran cisma de

occidente[24] al regresar la corte papal a Roma. La cristiandad medieval se presenta dividida por la existencia de dos papas, que incapaces de renunciar a la tiara se disputaban el pontificado causando graves consecuencias para la Iglesia. En los años sucesivos se celebraron varios concilios[25] pero el conciliarismo insistió en negar la supremacía papal sobre toda la Iglesia. Las ideas conciliaristas fueron defendidas por eminentes teólogos y sancionadas por el concilio de Constanza[26]. El cisma en que vivía la Iglesia había provocado la defensa de una doctrina contraria a la defendida por la tradición eclesiástica y que años más tarde había de ser condenada de nuevo. El conciliarismo no muere con el cisma. El Concilio de Basilea (1431) proclama de nuevo la soberanía papal sobre toda la Iglesia y con ello se sembrará de nuevo la división de opiniones[27].

En el Renacimiento la sociedad dejaba de ser teocéntrica para hacerse antropocéntrica y humanista. Los propios teóricos del Renacimiento desarrollaron una idea de Estado que adquirió un verdadero protagonismo frente a la Iglesia. Maquiavelo y Bodín desligan lo político de todo fundamento religioso. La moral, la religión y la propia Iglesia fueron consideradas valores o instituciones que los gobernantes podían usar en su provecho y según sus necesidades. A partir del siglo XVI el Estado afirma su existencia independiente del poder eclesiástico.

Con la reforma protestante se quiebra definitivamente la unidad de la cristiandad. En aquellos países donde triunfó el protestantismo se configuró un nuevo sistema de relaciones entre poder secular y el poder religioso[28]. El luteranismo fue ante todo una rebelión contra la autoridad papal. Lutero rompió con la Iglesia jerarquizada, se alejó de Roma y se acercó los príncipes alemanes. El protestantismo constituyó un elemento esencial para la unidad y el gobierno de los pueblos. El jefe político coincide con el jefe religioso e impone su propia religión a sus súbditos según el principio aprobado en Westfalia *Cuius Regio eius Religio*. El calvinismo fue también un movimiento contrario a la autoridad del Papa. Calvino estableció una

teocracia apoyada en la alianza oligárquica entre el clero y la nobleza.

La moderna concepción del Estado, el absolutismo y la reforma constituyeron pues un duro golpe a la primacía papal. La vieja doctrina medieval de la “potestas directa” será sustituida por una nueva teoría sobre la potestad papal, la “potestad indirecta”. Grandes teólogos como Belarmino o Suárez expondrán esta teoría en el siglo XVI^[29].

Para Belarmino^[30] el Papa tenía una potestad espiritual que procedía directamente a Domino y que se ejercía de forma directa sobre el ámbito espiritual. Dicha potestad papal podía ejercerse también sobre el ámbito temporal ad finem spiritualem. No los consideraba Belarmino dos poderes distintos, sino una misma potestad que se identificaba por su contenido espiritual. Por ello, cuando su contenido era puramente espiritual el poder se ejercía directamente, e indirectamente cuando lo temporal se encontraba afectado por lo espiritual.

Para Suárez^[31] en la Iglesia existía un poder espiritual con jurisdicción propia a través de la cual podía gobernarse el pueblo cristiano. El poder temporal era distinto del espiritual en cuanto al fin, al origen y la naturaleza. El poder espiritual era superior al temporal al estar este último subordinado a aquel como el cuerpo al alma. El Papa poseía por tanto un dominio indirecto sobre todo el orbe sin que esto implicase una doble potestad. Es decir, que el Romano Pontífice cuando actuaba sobre materias puramente espirituales ejercía la “potestad directa”, pero cuando esta potestad se extendía a la esfera temporal ejercía la “potestad indirecta”.

El desarrollo de las monarquías absolutas en Europa durante el siglo XVI dio lugar a grandes cambios en las relaciones entre las monarquías y la Iglesia. El hierocratismo medieval será sustituido en la época moderna por el Regalismo^[32]. El Regalismo^[33] se caracterizó por las numerosas intervenciones del poder real en los asuntos religiosos^[34]. Constituyó la expresión técnica de épocas en las que hubo una

estrecha relación amistosa entre la Iglesia y el poder político. Se llevó a cabo en países que se mantuvieron católicos tras la reforma protestante. La intervención del poder político en asuntos religiosos se justificaba en la necesidad de combatir la herejía y asegurar la fe de los ciudadanos. La unidad política se basa en la unidad religiosa, la religión católica era la religión oficial del Estado.

6. Las relaciones de la Iglesia y la corona española

Dado que el Sumo Pontífice no podía emprender por sí solo la tarea de descubrir y convertir el Nuevo Mundo pues requería mucho esfuerzo y una gran dedicación, encomendó dicha tarea a los Reyes Católicos a quienes consideraba ministros de Dios y de la Iglesia[35]. Según argumentaba gran parte de la doctrina de aquel momento[36], el Papa tenía poder para confiar a los príncipes temporales esta conversión y del mismo modo también podía ordenarles que asumieran este encargo[37]. Nadie en su sano juicio podría dudar de la justicia y legitimidad de dicho encargo a los Reyes Católicos de España, pues fueron los primeros que comenzaron a explorar las regiones del Nuevo Mundo, a ello añade otras razones tales como: la pericia de sus marineros, sus riquezas, la extensión de su imperio, la posesión de los mares y costas más próximos, etc.[38]. Otra razón alegada por muchos autores[39] se basaba en que en la elección de los reyes españoles para acometer empresa tan ardua intervino sin duda alguna la providencia divina. Los reinos de Francia e Inglaterra a los que primero acudió Colón en busca de protección no aceptaron apoyarle, dichos reinos tenían en su contra el estar sus gentes confundidas con diversos errores heréticos. Solórzano Pereira aseguraba que estaban más adheridos al verdadero Dios los que seguían la fe católica que los herejes[40]. Por todas estas razones se muestra convencido nuestro autor de que los reyes de España estaban de alguna manera destinados a defender la fe y a sembrar el evangelio de Cristo por las diversas regiones del mundo[41]. Este era el motivo

explicaba el *Oidor* de que la Sede Apostólica no pudiera denegar a los reyes de España[42] la misión a la que se ofrecían conociendo los graves peligros que entrañaba y los cuantiosos gastos que supondría.

Un punto que dio lugar a graves enfrentamientos entre el resto de los países era el relativo a la prohibición papal de poder llegar a estas regiones y surcar sus mares. Frente a ello aducían una serie de argumentos que Solórzano recoge[43]. En primer lugar recordaban que a todos los príncipes cristianos les era lícito procurar la conversión de los gentiles. El segundo argumento se basaba en reconocer que por *Derecho de Gentes* estaba permitido establecer negocios con cualquier nación, y que por tanto consideraban injusto que los españoles impidieran al resto de los países comerciar con los indios. La tercera razón que argüían consistía en que si la donación de Alejandro VI estaba dirigida al bien y a la utilidad de los infieles, cuantos más fueran los que arribasen en sus costas mayormente serían imbuidos de la doctrina católica. La conclusión que de todo ello extraían era que los papas no debieron conceder en exclusiva a los españoles la conquista de las Indias, su conversión y su comercio.

A los argumentos referidos Solórzano contesta de modo conciso pero contundente explicando que aunque sin duda era lícito a todos los príncipes cristianos procurar la conversión, quedaría limitada si por el bien mismo de la fe cristiana los papas hubieran dispuesto de otro modo las cosas para alcanzar este fin. Respecto a que la libertad de comercio tomara su origen en el *Derecho de Gentes*, sería así -explicaba Solórzano Pereira - siempre que otro príncipe no se hubiera anticipado por justas y legítimas causas o porque la Sede apostólica se lo hubiera concedido[44]. Es claro por tanto que la opinión de que el Papa podía imponer esa prohibición era sin duda alguna ajustada a la verdad, lo cual suponía que tal prohibición no sólo era justa sino necesaria[45]. Además, muchos de los autores católicos apoyaban dicha tesis[46]. Todos ellos concluían que el cuidado por la conversión de las almas competía principalmente

al Sumo Pastor de la Iglesia, y que por tanto él era el único que podía disponer a su arbitrio lo que estimara más conveniente para la consecución de tal fin. Por ello podía prohibir no sólo la predicación, sino también el comercio si así lo estimaba oportuno para la propagación de la fe cristiana. Para confirmar aún más dicha opinión hay que tener en cuenta que no se podría conservar la paz entre los príncipes cristianos si todos pretendiesen llevar a cabo la misma tarea, además la experiencia demostraba que los asuntos encomendados a muchos se solían gestionar con más lentitud que cuando se encomendaban con exclusividad a alguien eficaz[47]. De todo lo anterior se desprende que Alejandro VI decretó en la bula *Inter cetera* que ninguna persona pudiera llegar a las Indias sin licencia especial de los reyes de España fuera por la causa que fuera. Tal impedimento -explicaba nuestro autor- no quedó establecido por la mera voluntad del Pontífice, sino por una causa legítima, a saber, la conversión de los indios y el mantenimiento del Derecho adquirido por la donación de la Iglesia para los reyes de España[48]. Con el objetivo de que cada vez se conocieran más las condiciones que imponía la bula, Solórzano aconsejaba a los reyes que establecieran con cédulas y bajo pena que ninguna persona osara pasar a aquellas provincias sin especial licencia para ello[49].

Las relaciones de la Iglesia con la Corona española resultaron extraordinarias y basadas en una confianza recíproca. Entre ellos se apreciaba una clara colaboración. Los papas confiaban plenamente en el buen hacer de los monarcas de España. Esto se puso de manifiesto de un modo especial cuando les concedieron la posibilidad de ejercer el Patronato Regio en las Indias.

7. Aportaciones vitorianas: especial referencia a un derecho natural común a todos los hombres - *Ius Gentium*

La expresión *Ius Gentium* nos remite hoy día a un conjunto de normas de Derecho internacional Público, inspiradas en principios básicos de derecho natural y vigentes entre el común

de las naciones^[50]. El origen de esta acepción la hallamos en Ulpiano^[51], quién estableciera un distinción tripartita en el derecho entre derecho natural, civil y de gentes. La distinción entre derecho natural y de gentes es exclusivamente romana, hallándose ausente en el pensamiento griego, que solamente distinguió entre derecho natural y positivo.

Parece ser que fue Cicerón quien empleó por primera vez la expresión *ius Gentium* para referirse al derecho de los pueblos, sin que quede claro si en la obra de este autor cuando emplea esta expresión lo identifica con el derecho positivo o con el natural^[52]. El jurista romano Gayo reduce la división a dos civil y de gentes, este autor identifica derecho de gentes y derecho natural.

Con ocasión del descubrimiento de América y de toda la controversia filosófica y jurídica que este acontecimiento suscitó, el *ius Gentium* pasó de ser considerado como un derecho vigente común entre los hombres de las diversas naciones a ser considerado como un derecho vigente común entre las naciones o pueblos y ello se debió especialmente a la obra Vitoriana^[53].

Una de las aportaciones más relevantes del pensamiento de nuestro teólogo- jurista salmantino es la consideración de los indios recién descubiertos como hombres racionales y con derechos propios sobre sus cosas, sus familias y sus territorios. Dicha consideración de la naturaleza racional de los indígenas dará lugar a la elaboración del concepto Vitoriano *TotusOrbis*. El profesor de Salamanca establece la imagen de unos estados cristianos, con autonomía en el campo temporal, que conviven con muchas otras comunidades políticas de diferentes religiones no verdaderas, aunque compuestas por hombres iguales entre sí. La ley divina solo ilumina a los cristianos, pero las relaciones en el Nuevo Mundo recién descubierto, están regidas, entiende Vitoria por un derecho natural que es común a todos los hombres y que proviene directamente de su naturaleza racional.

Ramirez recoge el itinerario vitoriano en lo que respecto al

fundamento del *Ius Gentium* analizando que en un principio Vitoria, creyendo sinceramente que ese punto sigue a Santo Tomás redujo el derecho de gentes al derecho positivo^[54]. Siendo, pues, positivo el derecho de gentes, se debe distinguir en privado y público. Siendo privado cuando se hace por convenio o consentimiento de personas particulares.

Siendo público cuando se establece por común acuerdo y consentimiento de todas las gentes o naciones. Este sería propiamente el derecho de gentes: un derecho internacional público, común a todas las gentes o naciones del mundo y establecido por acuerdo o consentimiento virtual o equivalente de todas ellas. De aquí se inferiría que el derecho de gentes no se puede violar lícitamente por nadie, pues obligaría a todas las gentes y violarlo sería una injusticia manifiesta, sólo podría derogarse y anularse en casos particulares, como en el derecho de esclavitud y en el propiedad privada. Esta misma argumentación la enseña nuestro maestro salmantino en su reelección *De potestate civil*, que fue dada por Navidad de 1528, Sin embargo en sus reelecciones *De Indis* y *De Iure Belli* parece que se inclina más bien considerarlo de derecho natural o a subrayar por lo menos su dependencia de él. Hace suya con Santo Tomás la definición del derecho de gentes dada por Gayo y recogida en las Instituciones de Justiniano, que lo hacen derecho natural de los hombres. Su fuerza obligatoria derivaría de la misma naturaleza, o por lo menos del consentimiento universal de toda o de la mayor parte de la humanidad. Con un derecho de gentes meramente positivo, no hubieran tenido sentido las reelecciones de los indios, pues se hubieran quedado tan desamparadas como antes. Según Ramírez^[55], quizá este fuera el motivo que indujo a Vitoria a matizar más sus ideas vertidas en la explicación del tratado de la justicia y del derecho que nos ha transmitido el bachiller Trigo.

El *Ius Gentium* no es un derecho puramente positivo, pues tal consenso entre las naciones se fundamenta en una base natural. Las normas propias del *Ius Gentium* serían por tanto principios que ayudaran a una buena relación entre naciones

tales como: la inviolabilidad y el respeto a los embajadores, el principio de reciprocidad, el uso común de los mares, el principio de no agresión, el libre tránsito para viajar por tierras y mares del todo el orbe, el comercio, el deber de los príncipes de respetar todos estos derechos, etc.

El *Ius Gentium* serían pues las disposiciones que regulan las relaciones entre naciones, y entre nacionales y extranjeros, que puede provenir del Derecho natural o del consentimiento del mayor parte del orbe encaminado al bien común[56].

Este modo de entender el derecho de gentes, consistente en afirmar que también entre las naciones existen unas relaciones básicas de justicia que toda nación está llamada a observar tiene una importancia crucial, pues ello nos lleva a concluir que en las relaciones internacionales no vale todo, que la fuerza, al igual que en el derecho positivo, no es único criterio, y que los pueblos en sus relaciones han de obrar sobre una base de reciprocidad y de equidad natural que no cabe desobedecer.

Muchos son los aspectos que podríamos estudiar en la polifacética figura de Vitoria. Sin embargo hay uno de gran interés que subyace en toda su obra, cuál es su concepción del hombre, que en definitiva se proyecta al modo ciceroniano en su modo de contemplar el derecho. El suyo como recoge Brufauprats[57] es un humanismo que atribuye al hombre la fuente de donde fluye todo el derecho, ya sea este el resultado de las exigencias esenciales de la naturaleza humana, y sea fruto del legislador. En cualquier caso, está siempre la presencia del legislador. En cualquier caso, siempre en nuestro querido maestro salmantino está presente la referencia a Dios creador de quién procede toda autoridad y todo poder.

Como muy justamente afirma Brufauprats[58] en un mundo atormentado como el nuestro, la vida y la obra de Vitoria constituyen no sólo un estímulo y un testimonio vibrante, sino también una llamada a una urgente tarea por hacer, que la vida de los hombres sea más humana y más conforme a los designios

de Dios.

8. Bibliografía

- BRUFAU PRATS, J; *La Escuela de Salamanca ante el descubrimiento del Nuevo Mundo*, Salamanca, Editorial San Esteban, 1989.

- BRUFAU PRATS, J., *El pensamiento de la escuela de los teólogos juristas de Salamanca del siglo XVI en la legislación indiana*, Separata de "Estudios de Misiología" Vol.7-8, Burgos, 1987.

- CASTAÑEDA DELGADO, P., *La Teocracia pontifical en las controversias sobre el Nuevo Mundo*, México, Universidad Autónoma de México, 1996.

-CÉSPEDES DEL CASTILLO, G; *Historia social y económica de España y América*, dirigida por J.vicens vives, vol. III, *Imperio, Aristocracia, Absolutismo*, Barcelona, 1957.

-GALLEGO GARCÍA, E;*Fundamentos para una Teoría del derecho*, Madrid, Dykinson, 2006.

-GARCÍA GÁRATE, A., *Del hierocratismo medieval al liberalismo*, Cuenca, Publicaciones "Cardenal Gil de Albornoz", StudiaConquensia VI, 1985.

-GARCÍA Y GARCÍA, A., “La donación pontificia de las Indias”, Lección inaugural del curso académico 1992-93, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1992.

-LATORRE, J; “La conquista y la cruz ” en *Revista general de la universidad de Puerto Rico*, Año XII, núm. 47 (julio-septiembre, 1964),

-OCAÑA GARCIA, M; “Actualidad de un filósofo del siglo XVI: Francisco de Vitoria”, en *Anales del seminario de Historia de la Filosofía*, 11, 191-219, Editorial Complutense, Madrid, 1994.

- ORTEGA, M; en “Recuperar a Vitoria”, ISEGORIA/16 (1997).

-ORTIZ TREVIÑO, R; *La naturaleza jurídica del Ius Gentium de acuerdo con la doctrina de Francisco de Vitoria*-Estudio Breve en honor al pensamiento de de Antonio Gómez Robledo.

- RAMIREZ, S; *El derecho de gentes*, Madrid- Buenos Aires, Ediciones Studium, 1955.

- SOLÓRZANO PEREIRA, J; *DE INDIARUM IURE*, Madrid, *Corpus Hispanorum de Pace*, 2ª serie

C.S.I.C, 1994.

[1] Cfr. La Escuela de Salamanca ante el descubrimiento del Nuevo Mundo, Salamanca, Editorial San Esteban, 1989, p.152.

[2] Sobre este aspecto Vid. ORTEGA, M; en Recuperar a Vitoria, ISEGORIA/16 (1997) pp.163-170.

[3] Se me hiela la sangre en el cuerpo en mentántomelas. (carta al Padre Arcos. Fechada el 8 de noviembre de 1534)

[4] Los unos allegan al Papa, y dicen que sois cismático, por qué pones en duda lo que el Papa hace, y los otros allegan al Emperador, que condenáis a su Majestad y que condenáis la conquista de las Indias, y hallan quién los oiga y los favorezca. (Ibidem)

[5] Aunque sólo fuera por sus Relecciones o Conferencias especiales dadas en las festividades: De Iure Belli y De indis (ambas en 1539) y De Temperantia(1537).

[6] Para una mayor profundización en esta etapa de la vida española Vid. Brufau Prats, J., El pensamiento político de Domingo de Soto y su concepción del poder, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1960.

[7] Latorre, “La conquista y la cruz”, en Revista general de la universidad de Puerto Rico, Año XII, núm. 47 (julio-septiembre, 1964), p.41-62.

[8] Cfr. Historia de España y América, dirigida por Vicens- Vives, Barcelona, Editorial Vicens- Vives, 1961, p.541.

[9] “Euntes ergo docete omnes gentes, baptizanteseos” (Mt., 18,19). “Euntes in mundum universum praedicate Evangelium omni creature” (Mc., 16,15).

[10] Como fue el caso de los sacrificios humanos al que se enfrentaron los teólogos juristas salmantinos. Vid. Brufau Prats, J., El pensamiento de la escuela de los teólogos juristas de Salamanca del siglo XVI en la legislación indiana, Separata de “Estudios de Misiología” Vol.7-8, Burgos, 1987, p.17 y ss.

[11] Vitoria por ejemplo dice: Si barbari permittant christianos libere et sine impedimento praedicare Evangelium, sive illi recipientes fidei sive non, non licet hac ratione intentare illis bellum nec alias occupare terras illorum”. (Relectio De Indis, I, 3, 10, p.89). “Causa iusti belli non est diversitas religionis” (Relectio De Iure Belli, III, 1.p.123. Citamos por la edición del “Corpus Hispanorum de Pace”, vol. VI, Madrid, 1981)

[12] Op. Cit. Brufau Prats, J., El pensamiento político de Domingo de Soto y su concepción del poder, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1960, p.189.

[13] Tal situación (la relativa a la misión evangelizadora del Estado cristalizada jurídicamente en la institución del Regio Patronato, cuyos perfiles se fijan para las Indias entre 1493 y 1570, a través de una serie de documentos pontificios y reales) obliga al Estado a someter su política y actuaciones a los principios de la moral cristiana, so pena de pecar de inconsecuente o exponerse a severas admoniciones del clero, que tiene así una gran vía de influencia sobre el monarca y su política...Que sin presiones extranjeras, sin necesidad de forzadas condescendencias para atraerse a los indios, y sólo por imperativos morales revise un país su propia obra política, la haga objeto de durísima crítica y someta a discusión la misma existencia de su naciente imperio, todo esto resulta admirable; que suceda en la época en que ocurrió y carezca de precedentes históricos, es más admirable aún. Ese “movimiento indigenista español del siglo XVI” ha sido con justicia reconocido como uno de los mayores timbres de gloria de España; porque además no fue inútil. (G. Céspedes del Castillo, Historia social y económica de España y América, dirigida por J.vicens vives, vol. III, Imperio, Aristocracia, Absolutismo, Barcelona, 1957, pp.487-488.

[14] Que son como sabemos DE INDIARUM IURE, Política Indiana y EMBLEMATA REGIO POLITICA

IN CENTURIAM UNAM REDACTA.

[15] GARCÍA y GARCÍA, A., “La donación pontificia de las Indias”, Lección inaugural del curso académico 1992-93, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1992.

[16] Ibid. pp. 9 y ss.

[17] A lo largo del Siglo XVI emergía de cuando en cuando la teoría monísticahierocrática en autores como Cipriano Bonet y Silvestre Prierias, etc. Tampoco faltan en este período autores como Miguel de Ulcurrún y Fernando de Loaces que sostenían el monismo laical cesáreo negando al Papa todo poder en las cosas temporales y atribuyéndoselo al Emperador.

[18] GARCÍA y GARCÍA, A., Op. Cit. p.18

[19] En su obra De Republica libri sex latine ab auctore redditum quam ante locupletiores, Paris, 1586.

[20] Para explicarnos la posición teocrática de Solórzano no podemos de quienes fueron sus autores predilectos: Bártolo, Baldo, Pablo de Castro, Agustín de Ancona, Álvaro Pelayo, etc. Vid. Castañeda Delgado, P., La Teocracia pontifical en las controversias sobre el Nuevo Mundo, México, Universidad Autónoma de México, 1996, p.581.

[21] GARCÍA GÁRATE, A., Del hierocratismo medieval al liberalismo, Cuenca, Publicaciones “Cardenal Gil de Albornoz”, Studia Conquensia VI, 1985, p.55.

[22] Ibid.

[23] Los teóricos Marsilio de Padua y Guillermo de Ockam- defensores de Luis de Baviera- inician un camino de cambio en el concepto de derecho separando el derecho de la cosa, y dejando por tanto de ser el derecho ipsa res iusta para pasar a ser Omnia licita potestas.

[24] El cisma que se origina el 1378 surge tras una combinación de circunstancias tales como: la poca altura de los papas elegidos, el interés de los reyes por mantener sus privilegios, etc.

[25] Concilio de Pisa (1409), Concilio de Constanza (1414).

[26] En él se proclamó que la autoridad del concilio provenía directamente de Dios y todos -incluido el Papa- estaban obligados a obedecerle en lo referido a la fe.

[27] GARCÍA GÁRATE, A., Op. Cit. pp.58-59.

[28] Ibid. p.62.

[29] “El tema de las relaciones entre el poder temporal y el espiritual venía siendo objeto de estudio y, a veces, de agrias polémicas desde muchos siglos atrás. Esta larga historia de la cuestión con su serie de replanteamientos y encontradas soluciones, junto con la consideración de las circunstancias y el ambiente del siglo XVI español, hace ver bajo mejor luz el pensamiento del sucesor de Vitoria”. Vid. Brufau Prats, J, El pensamiento político de Domingo de Soto y su concepción del poder, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1960. p.158.

[30] Vid. De Summo Pontífice y Tractatus de potestate summipontifici in rebus temporalibus

[31] Vid. De legibus Defensio Fidei.

[32] Según los países recibirá distintos nombres: Regalismo (España), Galicanismo (Francia), Josefianismo (Austria), Febronianismo (Alemania), Jurisdiccionalismo (Italia).

[33] GARCÍA GÁRATE, A., Op. Cit. pp. 66 y ss.

[34] Ius advocatiae et protectionis, Ius reformandi, Ius insciendi, Ius supremae inspectionis, Ius moniandi, Ius cavendi. Cfr. GARCÍA GÁRATE, A., Op. Cit. pp. 66 y ss.

[35] (...) debuit utique illa maliquibus principibus saecularibus christianis committere, qui Dei et Ecclesiae ministri sunt, (...) DE INDIARUM IURE, II, XXV, p.470.

[36] En este caso cita a: Juan López de Palacios Rubios, José de Acosta, Juan Mair, Francisco de Vitoria, etc.

[37] Vid. DE INDIARUM IURE, II, XXV, 7-8, p.471.

[38] Ibid. 9-11, p. 473.

[39] Antonio de Herrera, Rutilio Benzoni, Luís Cabrera de Córdoba, Fray Juan de la Puente, Agustín Barbosa, etc. Vid. DE INDIARUM IURE, II, XXV, 9-11, p.473.

[40] (...) ac propterea patere Deo vero magis haerere nos, qui catholicam fidem sequimur, quam haereticos; Vid. DE INDIARUM IURE, II, XXV, p. 474.

[41] DE INDIARUM IURE, II, XXV, 21-22, p.474.

[42] Solórzano dedica algunas líneas a explicar que además estos reyes llevaban el sobre nombre de cristianísimos y también el título de Católicos.

[43] Vid. DE INDIARUM IURE, II, XXV, 38-43, pp. 482-483

[44] Cfr. DE INDIARUM IURE, II, XXV, 62-64, p.487.

[45] Caeterum, his argumentis non obstantibus, longeior et receptior contraria opinio videtur, quae in eiusmodi casibus prohibitionem non solum iustam et utilem verum omnino negotio, de quo agimus, necessariam esse supponit. DE INDIARUM IURE, II, XXV, p. 480.

[46] Pedro Malferit, Domingo de Soto, Gregorio López, Francisco de Vitoria, Roberto Belarmino, José de Acosta, etc.

[47] Vid. DE INDIARUM IURE, II, XXV, 47-58, pp.483-485.

[48] Etenim cum huius censurae distinctio non ex sola voluntate Pontificis imposita fuerit, sed exigente legitima causa conversionis indorum et conservationis iuris nostris regibus per Ecclesiae donationem quaesiti, (...). Cfr. DE INDIARUM IURE, II, XXV, 71-72, p.490.

[49] Vid. DE INDIARUM IURE, II, XXV, 73-75, p.493.

[50] Confer. GALLEGO GARCÍA, E; Fundamentos para una Teoría del derecho, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 57.

[51] D. 1,1, 1.

[52] Sobre esta cuestión Vid. RAMIREZ, S; El derecho de gentes, Madrid- Buenos Aires, Ediciones Studium, 1955.

[53] Ibidem GALLEGO GARCÍA, P.58

[54] El derecho de gentes no se deduce del derecho natural como una consecuencia necesaria, ni tampoco es absolutamente necesario para conservarlo y salvaguardarlo, sino meramente útil y conveniente (...) Vid. RAMIREZ S; Op. Cit. p.140.

[55] Op. Cit. p.143-145.

[56] ORTEGA, M; en Recuperar a Vitoria, ISEGORIA/16 (1997) pp.165.

[57] Op. Cit. p.49.

[58] Ibidem. p.57

Capítulo 16. La aportación de Vitoria al Derecho Internacional General: el contexto de la Escuela Humanista Castellana del Renacimiento

Carlos de Miguel Lorenzo
Abogado
cml@icam.es

1. Introducción

A veces se devalúa la doctrina internacionalista de Vitoria atribuyéndosela el carácter de “utópica”, por inalcanzable. Paradójicamente, sin embargo, el núcleo de su doctrina ha sido conservado y legado de generación en generación, como una joya, especialmente en ambientes diplomáticos y académicos, pasando a constituir la base del núcleo del *Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados* de 23-V-1969 y otros instrumentos jurídicos internacionales de una importancia fundante para el Derecho Internacional General, que es aquel que se encarga de regular las relaciones humanas que afectan a la Humanidad como tal. ¿Cómo es explicable esta paradoja?

Esta calificación de “utópica” procede de un prejuicio: del prejuicio positivista de una corriente de pensamiento contemporáneo, que se complace en contemplar el mundo como una serie de esferas políticas en enfrentamiento, sin llegar a vislumbrar o a hundir sus raíces en la riqueza del conjunto de los lazos o vínculos que ligan entre sí a los hombres, sean cuales fueren sus orígenes y su medio cultural. Y es aquí donde el tramado de la filosofía de Vitoria, y de la mentalidad castellana en que se forja, es capaz de dar respuesta. Tal falta de discernimiento conduce al hombre contemporáneo a veces a confundir el ejercicio de una *pasión humana defectuosa* de

dominio sobre otros hombres, «el poder», resultado de la codicia y la soberbia más o menos ciegas del hombre, con las *potestades civiles naturales* con las que es dotado por Dios, y que son el resultado de la capacidad natural organizativa de los pueblos.

Nos proponemos, pues, en la comunicación, efectuar un estudio de esta raíz del pensamiento vitoriano, que da respuesta a la pregunta por ese florecer espontáneo de la sociedad, enmarcándolo en el contexto de la filosofía castellana de la que nace, la cual, por otra parte, emerge paralelamente con las fuerzas de cohesión que fortalecieron históricamente a España. No tiene sentido que tanto españoles como europeos olvidemos lo que un día engrandeció a nuestro país, pues estoy seguro tanto de que la riqueza hispana de entonces nutrió a Europa, como de que otros países que nos rodean pueden describir en sí mismos riquezas semejantes.

Es necesario no sólo apreciar la labor que la Humanidad ha desarrollado para aplicar el Derecho Natural, las “consideraciones elementales de humanidad” [\[1\]](#), como límite a la organización política de los pueblos, trabajo que tiene mucho de colorido e impulso vitorianos -aunque en ello han contribuido las mejores filosofías y gentes de la Tierra-, sino también captar cómo Vitoria ha perfilado sólidamente cuál es la misma raíz de las organizaciones sociales humanas, y de la comunicación entre los pueblos; y por tanto, de la Humanidad como tal. Esta también es *natural*, y su descripción, aparece como una alternativa desafiante a un positivismo, que habiendo vaciado a todo pueblo de cualquier sentido natural -al servicio del poder-, piensa que puede hacer con él cualquier cosa. La Humanidad no es un horizonte utópico: es una vocación de sus entrañas, a la que no puede renunciar. Si tiene mucho de elección en su evolución, *ella misma* como sociedad no es elegida por el hombre, ni construída por él: es imposible una sociedad de las dimensiones y la evolución técnica de la nuestra, que no desemboque en la Humanidad como sociedad; no es elegible, ni puede tampoco ser eliminada. Es algo que Vitoria veía ya en su

momento, de grandes contactos intercontinentales.

Incluso, aun defendiendo, a este respecto, que nos encontramos ante la labor incisiva suscitada por una genialidad individual, nos puede llegar a sorprender, y es un hecho quizá poco investigado, hasta qué punto la raíz de su pensamiento social formaba parte del acervo cultural de la época, o al menos está presente en una Escuela Castellana o posiblemente más amplia extendida por la España naciente, aunque por desidia nuestra, aquélla haya quedado perdida en el tiempo, habiéndose generado una lejanía conceptual con nuestros contemporáneos.

De esta escuela castellana podemos considerar que forman parte: A) Alonso de Madrigal, «El Tostado» (¿1410?-1455); B) Ferrán Núñez (autor de *De amiçicia*, escrito hacia 1480/1490); C) Juan López de Segovia (1441-1496); D) Alonso de Castrillo (autor del *Tractato de Republica*, de 1521); E) Luis Vives (1492-1540).

Vitoria llega a utilizar frases dependientes o muy cercanas a las de algunos de estos autores; otros aspectos de su doctrina se elaboran de una manera más desarrollada *en ellos*, por lo que podemos hablar de auténtica *escuela*, aun cuando el mérito de extraer las consecuencias internacionalistas de orden universal corresponde sin duda al fundador salmantino.

Creo que este es un descubrimiento no poco importante, que lo extrae de su encerramiento en el mundo escolástico en el que tiende a aislarse, y le abre paso a su presencia en un ámbito mucho más amplio. El internacionalista termina dependiendo más de Cicerón que de Aristóteles, siguiendo a la tradición humanista. De este modo se enmarca muy bien como pensador original dentro del ambiente de su época, aun cuando sí es verdad que sirve como piedra clave, del puente de enlace entre escolástica y humanismo renacentista; y de ambos, con el internacionalismo del mundo moderno, que nos llega hasta hoy en día como componiendo una preciosa cúpula.

2. La influencia de Francisco de Vitoria en el internacionalismo contemporáneo: el *Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23-V-1969*, y otros instrumentos jurídicos internacionales

La *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* sobresale, entre otras fuentes de Derecho Internacional, por mostrarnos de una manera muy clara el orden lógico de aplicación de las normas del orden internacional. Define, sin trabas, que existen *normas universales* que tienen el carácter de *imperativas*, por encima de la legislación interna de los estados y los tratados internacionales; son las llamadas «Leyes de la Humanidad»:

“una norma imperativa de Derecho Internacional General es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter” (art. 53) [\[2\]](#)

La cuestión es la siguiente: ¿de dónde nace que existen normas imperativas para toda la Humanidad, erigidas por la “comunidad internacional de Estados en su conjunto”, y que esto se manifieste en un instrumento de Derecho Internacional de la importancia de éste, de rango *constitucional*?

¿Cómo una definición que desafía tan claramente al positivismo jurídico, pudo ofrecerse tan limpiamente en 1969? ¿Cómo pudo aprobarse en una conferencia diplomática de ámbito mundial, por tan amplísima mayoría? En efecto, la norma se reconoce tal cual, como sustantiva, a pesar de no contar con la fortaleza de un régimen procesal en Derecho que sea capaz de asegurar su eficacia. Los regímenes procesales siguen siempre a la norma sustantiva: primero la persona humana cobra conciencia de la justicia, y después ingenia o divide los instrumentos para hacerla efectiva. Pero primero se encuentra siempre la norma que canaliza la justicia.

De ahí que en la Conferencia de la Paz reunida en La Haya en 1899, se aplaudiera la intervención del jurista Fiodor Fiodorovitch Martens, recogida en la famosa cláusula que lleva su nombre, reconociendo el estatus vigente del Derecho Internacional:

“En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de [la] humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.” [3]

Es decir: a pesar de que las partes contratantes echan en falta un código más elaborado de Leyes de Guerra, no por ello “los pueblos y los beligerantes” dejan de estar bajo la protección del Derecho Internacional; e identifica sus fuentes: *usos, leyes de la humanidad, conciencia pública*.

¿Dice «Leyes de la Humanidad» *-lois de l'humanité-*? La expresión «Leyes de la Humanidad» se ha invocado en otras ocasiones con el fin de identificar el Derecho común de la Humanidad [4]; aquí parece referirse sólo a una de sus fuentes, a las *leyes de la humanidad*, entendidas como conjunto de leyes de todos los países: es decir, a sus principios comunes [5]. En todo caso, emerge de nuevo la estela de Vitoria, con su expresión «leyes» dadas «por la autoridad de todo el orbe» [6].

Como se aprecia, estos convenios pretendían desarrollar un Derecho Internacional que desde luego consideraban *vigente*. Especificaban de aquel modo que se referían a aquella parte de Derecho Internacional que se aplica a todas las naciones; es decir, al *Derecho Internacional General*. Vuelve así en 1907 a adoptarse la cláusula en el *Convenio IV de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre*. Nos encontramos con el fruto de una consolidada tradición: no es de extrañar, pues que se codifique la existencia y el vigor del Derecho Internacional General, en el *Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados* de 23-V-1969, con diversas ramificaciones - artículos 60.5, 64, 71 etc.-; y aparezcan además consecuencias

de esos mismos principios en otros instrumentos internacionales de importancia, como los Convenios de Ginebra de 12-VIII-1949, de vocación igualmente universal. [7]

Estas *Convenciones de Ginebra* -así las debemos llamar-, se caracterizan porque, aunque utilizan la vía contractual para ayudar a perfilar o extender algunos puntos de Derecho Internacional General, reflejan que *no es posible sustraerse del Derecho de Gentes* por el fácil rodeo de denunciar una convención, y apartarse de la misma (lo cual indica que cada una de ellas *se considera un desarrollo de aquel*). Con una técnica avanzada, aceptan que la posible denuncia de una convención:

“No surtirá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes en conflicto hayan de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de [la] humanidad [*lois de l’humanité*], y de las exigencias de conciencia pública.” [8]

¡Resurge de nuevo la «Cláusula Martens», cuya herencia jurídica tradicional recogen! Qué insistencia en afirmar que existen unas *Leyes de la Humanidad*, ante la contemplación de los desastres de la Guerra -terminaba en 1945-! O precisamente, porque se contemplaban los desastres de la guerra.

Es decir: por una parte, manifiestan ser las *Leyes de la Guerra* que los participantes en las Conferencias de La Haya declaraban esperar. Por otra, continúan proclamando que los principios de Derecho de Gentes no los crean ellas, sino que son, de orden superior... El Derecho de Gentes no es “un tratado de pesca” (*Derecho Internacional Particular*), que un estado puede denunciar para apartarse del mismo por propia voluntad. *Afirman pues, que el Derecho de Gentes es vinculante para todas las naciones* -con una declaración universal-, y además, lo reafirman por medio del vínculo contractual.

A esta cláusula particular se ha sobrepuesto otra complementaria de la *Convención de Viena* de 1969, prohibiendo el abandono de cualquier norma de carácter

humanitario -incluso aunque mediara una violación previa de otra parte contratante, art. 60.5-: ello muestra una conciencia de estarse codificando concatenadamente la legislación de la humanidad, de una manera descentralizada (*iambas convenciones nacieron en el seno de organizaciones distintas!*); una conciencia de la Humanidad misma.

El éxito del *Protocolo Adicional I* de 8-VI-1977 a las *Convenciones de Ginebra*, es interpretado por Vincent Chetail, como la situación contraria; en palabras de la Corte Internacional de Justicia: como un caso en que una disposición de normas “siendo en sus orígenes sólo contractual o convencional, ha sido incorporada en el Corpus General del Derecho Internacional”, por haber alcanzado “una amplia y representativa participación” de la Humanidad; por ello “es vinculante incluso para países que (nunca) se han hecho partes del Convenio...” [9]. Otra vez nos encontramos con Vitoria.

¿Cómo se explica este éxito del *Derecho de Gentes*, que se considera válido incluso ante potencias que están dispuestas a violarlo en la antesala de una guerra mundial («Cláusula Martens»), o aun a falta de una aplicación procesal suficiente que asegure su efectividad, en todo caso?

Sin duda, una respuesta sería la de que las cuestiones relativas al Derecho Internacional General imperativo, pertenecen con mucha frecuencia al Derecho Natural, o están muy cerca del Derecho Natural, como Vitoria señala en un conocido pasaje [10]. Pero hay una respuesta aún más profunda: el Derecho de Gentes está impelido, como arrastrado, por una *enorme fuerza de proyección universal*, que brota y arranca al mismo tiempo, como un huracán, de la Naturaleza: y ésta es la *sociabilidad universal del hombre*, de que habla Francisco de Vitoria.

3.- La Sociabilidad Universal

Por eso el *Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados*

habla de normas aceptadas y reconocidas “por la comunidad internacional... en su conjunto”. ¿Qué sentido tiene este concepto, y cuál es su origen? No habla de unas mayorías formales, ni de una democracia establecida; ¿de dónde pues, proviene la expresión?

Sin duda, procede de un reflejo en la siguiente otra: pertenecen al *Derecho de Gentes* los principios que son “resultado del común consentimiento de la mayor parte de los pueblos del orbe”, estando “encaminados al bien de todos” (*pro boni communi omnium*). Las palabras son de Francisco de Vitoria, y están en su famoso *De Indis* [11], aquella conferencia que elevó a la opinión pública académica para *agitar* abiertamente el problema legal de las relaciones internacionales entre dos continentes de pueblos, europeos y americanos. La coda final, sólo apunta a que se reconozca el objeto del *Derecho Internacional General*: este es el bien común de la humanidad (“el bien común de todos”); por eso Vitoria pide que el consenso, verse sobre este objeto, para que se reconozca como tal *Derecho de Gentes*.

Pero ¿de dónde saca, a su vez Vitoria, la expresión, que es aún incluso más viva que la del *Convenio de Viena* de 1969? ¿Cómo es que se reproduce este concepto de *Derecho de Gentes* en la «Cláusula Martens», en las *Convenciones de Ginebra* de 1949, y en tantos otros instrumentos de Derecho Internacional?

Cuando el 24 de junio de 1859 tuvo lugar la Batalla de Solferino, y Henry Dunant se paseó por los campos observando a los enfermos y heridos de guerra caídos *-por miles-*, el movimiento de atracción hacia dichas personas que lo empujó a organizar una ayuda inmediata de campaña y luego a fundar el Comité Internacional de la Cruz Roja era un movimiento humano de pura atracción por amistad gratuita y/o ayuda mutua, ya que su nacionalidad -él era suízo-, ni siquiera correspondía a ninguna de la de los bandos contendientes (austriacos, croatas, húngaros, tártaros, piamonteses, franceses, suavos, sardos...) [12]. Con gran esfuerzo eclosionó el primer

Convenio de Ginebra, reuniendo a doce estados, en 1863. Henry Dunant era cristiano; mas lo que sorprende es que las *Convenciones de Ginebra* no han dejado de tener éxito, y a las de 1949, convocadas después de la II Guerra Mundial, se han incorporado prácticamente todos los estados del planeta.

¿Y cómo concibe Francisco de Vitoria las fuerzas de atracción entre los seres humanos? En una introducción de filosofía antropológica que aparece en *De Potestate Civili* -como preludeo a toda su obra social y jurídica-, detalla que las fuerzas de atracción entre los seres humanos son de *amistad* (1), de *colaboración en la persecución del interés* -que menciona por su medida, "la justicia"- (2), y de *ayuda mutua* (3). La visión penetrante de la naturaleza humana de Vitoria, da con estas tres fuerzas, que alcanzan a toda persona humana. [\[13\]](#)

Sin duda estas «fuerzas» son las que trazan y tejen la relación de unas personas con otras; son las que generan los lazos de las nacionalidades, pero también las que están por encima de las nacionalidades, poniendo en una relación cruzada imposible de prever entre sí a los miembros de estas, a las nacionalidades mismas, y por ende a la Humanidad entera, *como sociedad* (con sus propias elecciones concretas) que nace *de esas relaciones*. Insistimos, como *sociedad emergente*, no sólo como género humano que se ha de proteger por tener una naturaleza común.

Francisco de Vitoria entrevió esto, que no captan en la actualidad algunos internacionalistas y juristas, los cuales se empeñan en reducir el Derecho de Gentes al Derecho Natural. El éxito de Dunant, convirtiendo la ciudad de Ginebra en un motor de convocatoria de conferencias internacionales trasluce que estas fuerzas de atracción de amistad y ayuda mutua, son verdaderamente universales. Como Cicerón colorea: es algo ante lo que nos *levantamos y aplaudimos*, aunque no -siempre- lo seamos capaces de ejecutar; pero el aplauso, exhibe y clama el aprecio hacia ello de nuestra naturaleza. La representación artística provoca que nuestra naturaleza, latente, se despierte y

aflore. [\[14\]](#)

Esto ilumina las afirmaciones de Vitoria referentes a los pueblos en su conjunto como fuente de Derecho Internacional; esto alumbró la «*Cláusula Martens*», la tradición del Derecho Internacional imperativo incorporada al *Convenio de Viena* de 1969, y otras regulaciones, como las *Convenciones de Ginebra*; y por supuesto, el desarrollo de las Naciones Unidas y otras tantísimas organizaciones internacionales.

No obstante, de entre aquellas fuerzas de atracción la más importante es la de *la amistad*; ya iremos viendo por qué. Así lo contemplaba la Escuela Humanista Castellana, que nutrió el ambiente que heredó Vitoria.

4. La Escuela Humanista Castellana de los siglos XV-XVI

Retrotraigámonos momentáneamente a las explicaciones de teoría político-social que solemos recibir en ambientes académicos. Imbuídos por el positivismo, a muchos de sus expositores les parece inverosímil que un mundo pueda ser dominado por la amistad. Y sin embargo, es así: no se trata sólo de la opinión de Vitoria, sino de una visión general que estaba presente en la China antigua (el filósofo Mozi, , hablando del amor mutuo internacional, fue capaz de captar la lógica de que tiendan a reunirse hombres sabios de todos los pueblos, para confrontar sus pareceres, y unificar en armonía a la gran república bajo el cielo, reuniendo a todos cuantos se encuentran entre los cuatro mares -[\[15\]](#)), fue compartida por la Grecia clásica [\[16\]](#) (aquella famosa por desarrollar la democracia y usar el término *filantropía*); y será común en la Castilla altomedieval y renacentista.

A) «El Tostado» (¿1410?-1455)

“*Escribes más que El Tostado*”, dice un refrán castellano, por la enorme prolificidad e influencia que tuvieron sus escritos.

Alonso de Madrigal, «El Tostado», es uno de esos personajes, de los que si no tuviéramos testimonios históricos, diríamos que son de leyenda, o “de película”. Habiéndose titulado como *maestro de artes*, enseña filosofía social (hacia el curso 1531-32) en la Universidad de Salamanca; pasa entonces a vivir con los alumnos en el Colegio Mayor de San Bartolomé, mientras estudia teología, y en ese ambiente le nombran rector del Colegio. No es, pues, extraño que tuviera «mote». En fin, llega a ser maestrescuela de la Universidad, y a oponerse con ello al mismo rey, que lejos de perderle el respeto, lo arrebatara más tarde de su ingreso en la cartuja de Scala Dei para nombrarlo consejero real y canciller. Y antes de morir desempeñará otras tres cátedras, y será además obispo de Ávila. [17]

«El Tostado» desarrolla esta visión de que la sociedad está basada en fuerzas de amistad o *amiçia*, “*en un agujor que nos face desear las amistanças*” [18]. La amistad sigue a la comunicación -a la buena comunicación [19]-, y no depende tanto de gozar de una misma opinión sobre las cosas, o de una misma fe, como de ser capaces de un actuar juntos de manera coordinada [20]. Lo que produce la amistad es la vida común, la cual a su vez genera la concordia, y el orden básico constitucional del que nace la vida de ciudad, la comunidad política. «El Tostado» distinguía expresamente el *orden constitucional* de las *leyes ordinarias* [21]; si hemos llegado a ubicar el nacimiento de los sistemas constitucionales en la Ilustración, es porque nos hemos olvidado de nuestra historia. En su relección *De Optima Politia (Sobre la Mejor Constitución* [22]) defendió que la democracia es el menos malo de los sistemas de gobierno, algo que ha quedado como arquetipo de pensamiento latente en nuestra cultura española.

Pero lo más importante, es que la amistad fundamenta *la democracia*. Porque en un entorno amistoso, todos se tienen en cuenta en lo que *juzguen, digan y obren* [23]. Por eso afirma Vitoria también, que para que una ley sea válida, no sólo ha de estar de acuerdo con los requisitos internos de la propia república, sino que las leyes han de hallarse, además, en

armonía con el conjunto de las leyes del orbe [\[24\]](#).

«El Tostado» no termina de hacernos sorprender, defendiendo la libertad religiosa, la igualdad en muchos sentidos entre el hombre y la mujer, y estimando como obligatorio que antes de iniciarse una guerra, sea necesario consumir todas las instancias internacionales pacíficas (de existir, jueces comunes), hasta llegar a la suprema (i)piensa en un tribunal supremo internacional! [\[25\]](#)

B) Ferrán Núñez (autor de *De amiçia*, escrito hacia 1480/1490)

Ferrán Núñez, otro autor que causa admiración por su atrevimiento originalísimo de llevar a cabo una obra monográfica sobre la amistad, basada no en razonamientos de filosofía, sino fundamentalmente de *Derecho* (!), combinándolos, y mostrando con gran erudición, hasta qué punto la amistad era contemplada en instituciones que lo rodeaban, normas jurídicas civiles y canónicas de su tiempo. Un tratado así sólo puede arraigarse en un ambiente donde la filosofía de la amistad sea algo muy trabajado y aceptado -no en vano le precedió la figura de «El Tostado»-; y ésta es, además, precisamente, una de las realidades que queremos mostrar con esta comunicación.

De su vida sabemos poco más [\[26\]](#). Ferrán Núñez, distingue sus conceptos como cualquier otro tratadista: qué es amistad, cómo persigue a la comunicación, se encamina a una fruición, depende de un parentesco... *¡Hay un parentesco entre todos los hombres!*; de ahí la obligación de ayudar, y pone el ejemplo del derecho de alimentos, que no distingue entre fieles e infieles. [\[27\]](#) Pero Ferrán sobresale porque repentinamente, descubre el motivo oculto de su tratado, y eleva su *De amiçia*, como una especie de «*De Indis*» para provocar un juicio público sobre la justicia de la Guerra de Granada [\[28\]](#), que estaba a punto de iniciarse o bien desarrollándose en una secuencia de batallas sucesivas. Aun cuando no concluya sus razonamientos por

diplomacia -por no herir o no chocar directamente con quienes defienden la guerra-, sus premisas sí las deja expuestas. Argumentos a favor..., argumentos en contra... Y finaliza enmarcando la cuestión en el tema de la amistad (*¿de la amistad?*):

(a) A los moros se les debe benevolencia y bienquerencia; (b) a pesar de ello, en la bienquerencia hay un orden; (c) y en todo caso, debemos más amor al amigo que al pariente: amar al amigo es de mayor perfección, que amar por parentesco o interés, y de entre los parientes debemos ese amor sólo a los de línea directa. [29]

La conclusión no la hace explícita. Y nos distrae, para terminar, discutiendo hasta qué punto es grande el amor entre un padre y un hijo... [30] Pero la propia cascada de razonamientos previos relativos a la amistad en el tratado, y su propio título, determinan a qué dirección quiere conducir el mismo. El objetivo es *hacer pensar*; no generar un nuevo enfrentamiento, que fuera inútil. Otro grande, en valentía y magnanimidad, que con una mente sumergida en las relaciones institucionales que ve florecidas sobre la *amiçia*, la eleva repentinamente para despertar la conciencia sobre los problemas de convivencia pacífica entre los pueblos de la más alta magnitud.

C) Juan López de Segovia (1441-1496)

El tercero de nuestros autores, escribió un tratado sobre alianzas internacionales, *De confederatione principum* hacia 1494, que para nosotros tiene especial interés. Estudió en la Univesidad de Salamanca, Derechos Civil y Canónico, poco después de la muerte de «El Tostado» [31], recogiendo su estela como profesor del *alma mater* salmantina.

Segovia estaba preocupado por condenar las alianzas del tipo “*amigo de amigos y enemigo de enemigos*” [32] -el lenguaje de la amistad forma parte de las entrañas del Derecho Internacional-; curiosamente, este mismo tipo de alianzas se

atribuyen a «Dios» en el Antiguo Testamento [33]. Creemos que también pretende aclarar si eran válidos los pactos y alianzas entre grupos religiosos distintos (por ejemplo cristianos y musulmanes), lo cual, aunque no se exprese, determinaría la validez de los pactos con el sultán de Granada (la guerra había terminado en 1492). Brotan en el escrito así principios como “está permitido a un fiel prestar ayuda a un infiel, si es éste oprimido injustamente y de hecho”, el cual defenderá también Vitoria en el “*Fragmento*” de *De Temperantia*, pero López de Segovia lo apoya aquí, previamente en un tratado de amistad internacional, sobre cánones. [34]

¿Por qué habría de concebir aquel texto Vitoria?; ¿qué es lo que concede a la persona oprimida un estatus internacional? Está claro en López de Segovia: el carácter de persona, por su vocación a la amistad y a la ayuda mutua. ¿Cuál es el límite? Segovia lo vuelve a exponer: “si no puedes socorrer a uno sin hacer daño a otro, es mejor no ayudar a ninguno que perjudicar a alguno” [35]. El principio aparece en Vitoria como condición de la guerra justa: aunque haya causa legítima, no será justa la *guerra que causa mayor mal que bien a la propia república, a la comunidad en que está inmersa, o al orbe* [36].

El efecto de solidaridad que se desprende de este mundo se puede apreciar en esta frase: “el que no rechaza, pudiendo hacerlo, la injuria de un compañero, está en el vicio no menos que aquel que lo comete”. *iEn el mismo vicio!*: por ejemplo, el que no ayuda ante una invasión, se transforma moralmente en *invasor*... Impresionante la consecuencia moral, que nace de un ambiente en el que el cuerpo del otro se siente como propio [37]. Llega a hablar incluso de una liga de confederados para socorrer al oprimido: en aquel entonces no había unas reglas tan claras de orden público internacional, como hoy, y este había de ser desarrollado. Era un ambiente en el que estaban empezando a cristalizar las representaciones diplomáticas permanentes, y por ello estima que la amistad se ha de concretar también en la vida práctica de los legados. Y distingue las alianzas de ayuda mutua (*ser amigo de amigos*), de las

conjuraciones o conspiraciones ofensivas (*ser enemigo de enemigos*) [38]. López de Segovia establece también la obligatoriedad, ante la amenaza de conflicto armado, de *consumir previamente todas las instancias o soluciones pacíficas, aceptando árbitros, si se ofrecieren* [39] y avanzando sobre la doctrina de «El Tostado»: para abrir camino al espíritu del Derecho de resolución pacífica de conflictos de la ciudad de La Haya.

D) Alonso de Castrillo (autor del Tractato de Republica, de 1521)

Otro personaje que nos resulta prácticamente desconocido, salvo porque escribió este fabuloso tratado en un intento de mediar en el conflicto que tuvieron los comuneros con Carlos V, y que desembocó en la derrota armada de estos en Villalar y Toledo, es Alonso del Castrillo. Por cierto, es en la resolución de ese conflicto cuando Carlos V se decidió, dentro de un paquete de medidas a conceder a los comuneros, a ordenar la publicación de las obras de «El Tostado». A pesar de su derrota militar, era enorme la influencia que tenían en el seno de España. Los comuneros, con un sistema de representaciones de ciudades y villas, efectuaban *juntas* mediante las que acordaron un cambio político, estableciendo un nuevo régimen constitucional [40].

Para Castrillo, “la compañía de la cibdad” es “la más excelente de toda la compañía humana, porque en la cibdad se halla la conversación más dulce y más noble, y las cosas necesarias a la vida”; “por la igualdad y por la nobleza de la conversación se hacen los hombres semejantes en costumbres” [41], y es esta semejanza de costumbres la que desembocará en una semejanza jurídica, en un orden común. Además, recuerda que los “grados de la compañía humana son tres”: *la casa (o familia), la cibdad y “todo el cerco de la tierra” -orbis terrae-* [42]. Por eso también Ramón Llull, había escrito que era misión del papa -es decir, misión cristiana por excelencia-, *reunir a los pueblos de la Tierra*, para tratar sobre cuestiones de “amistad y

corrección” de sus quejas y agravios (*amistat e correcció*), vislumbrando así lo que luego serán las Naciones Unidas [43].

Pero de Castrillo, a quien vemos sumergido tan directamente en el problema de las contiendas locales, no conocemos que tenga un corazón tan universal como Lull, o Vitoria. Sin embargo, el fundamento de la vinculación humana universal es el mismo: “la natura a todos nos crió libres” e “iguales en la posesión del mundo”, y las gentes tienden a *un concierto*, aun cuando después, como él expresa, se corrompiera ese “concierto de las gentes” y se engendraran “abominables linajes de codicias” [44]; en realidad, esto genera un problema grave para la humanidad, pero al que se sobrepone un principio antropológico superior, ya que “el hombre solo no puede bien gozar ni ejercitar la razón sin compañía”, y por ello, “por natura todo hombre es deseoso de compañía y de cibdad” [45]: “aunque el hombre no tenga necesidad de ayuda de otro hombre no por eso dejará de desear la compañía de los hombres” [46]. Con ello busca alegrar su vida [47]; y las necesidades de la vida, actúan como motor, dado que “son tan grandes” que “no se podrían alcanzar sin ayuda de otros”; pero siguiendo a Cicerón, asegura: *aunque todas las necesidades de la vida estuvieran cumplidas*, buscaría hombres, y estos “querrían enseñar o aprender, oír y hablar y responder” [48].

Tan importante es la idea para esta Escuela Humanista, que Castrillo se esforzará redobladamente en demostrar que *la unión y vinculación de los hombres que da origen a las ciudades, procede de la amistad, y no en última instancia de la persecución del interés*. Lo prueba con el siguiente razonamiento:

“¿qué hombre sería tan abundoso de riquezas ni tan sabio, aunque su ciencia fuese de contemplar las cosas divinas, que quasi no se desesperase cuando estuviese más puesto en la cumbre de sus pensamientos, si entonces se hallase tan solo que nunca pudiese ver a otro hombre?” [49].

Es *hermosa* esta afirmación, porque se refiere al argumento

central del *De Amicitia*, de Cicerón, pero teorizado, aunque en forma de una pregunta retórica. Es *atrevida*, porque intenta calar hasta lo profundo, lo que entraña: contemplar la belleza del cielo y escudriñar los secretos escondidos de los astros - como veremos-, nuestro filósofo lo equipara aquí con el significado mayor que podría tener para un noble romano: contemplar las cosas divinas. Y es desde luego, *provocante* en su planteamiento: *¿es entonces, mayor la amistad, que la atracción de la contemplación de las cosas divinas para el hombre* -incluso cuando estuviese, “en la cumbre de sus pensamientos”-? ¡Menudo desafío, afirmado por un cristiano -y fraile trinitario-! Un argumento así sólo se sostiene... si a su vez, la amistad con Dios es el mayor don que la persona humana es capaz recibir. Y así lo contempla Castrillo, pues entiende que por la misma, el hombre está llamado a formar *una comunidad de dioses y hombres* [50]. De lo que se sigue una dignidad inigualable, para el Derecho Internacional General.

Castrillo redondea su hilo argumental, aún con otro ‘experimento de pensamiento’ de Cicerón, que presenta elocuentemente el mismo razonamiento medular:

“quién es tan codicioso de la contemplación o conocimiento de las cosas de la natura que si estuviese contemplando súbitamente le fuese denunciado algún peligro o alguna contienda de su patria a la cual, el que contempla pudiera socorrer, que no dejase la contemplación del cielo y desechase, aunque allí pensase contar las estrellas y medir toda la grandeza del mundo. ¿Y quién es aquel que esto mismo no hiciese por sus parientes y amigos?” [51]

Vale más el amor por la patria, y los parientes y amigos, que el deseo de contar las estrellas y medir toda la grandeza del mundo... ¡Es cierto! El test da positivo. Pero entonces, ¿cómo está hecho el hombre? ¿Cuál es su vocación mayor?

Para nosotros, la pregunta puede resultar sorprendente. Sin embargo, la respuesta es algo que tenía muy claro como vemos, el mundo cultural hispano de los siglos XV-XVI, y que hoy en

cambio, por contraste y arrogancia, el siglo XXI pretende olvidar: El fundamento filosófico de este nido de cohesión social, que fue como decimos, el que hizo grande a Castilla, a España, y probablemente a Europa entera que bebió de él.

Castrillo asienta su conclusión apoyándose en Virgilio:

“no tanto por los otros provechos de la natura como solamente por gozar los hombres desta razón buscaron y por natura desearon la conversación y compañía de las gentes.” [52]

Gozar los hombres, “desta razón” que Dios les ha dado... es su fuerza más profunda..., la fuerza mayor de su sociabilidad.... También pensamiento de Vitoria [53].

Es pues, la “amigable conversación” la que concierta a “las gentes extrañas y de diversas lenguas” [54]; *allegro e vivace* aquí Castrillo está creando la overtura para el que luego será el *ius communicationis*, de Francisco de Vitoria, el cual va vinculado a la libertad natural de dirigir nuestra comunicación y nuestra amistad a todas las gentes, como ya «El Tostado» defendió:

“e tenemos la libertad de rrescebyr a la comunicacion de amygos a quien quisieremos” [55];

expresión emblemática para la historia de la formulación de los derechos y libertades naturales [56], que tenía importancia política para sus contemporáneos, ya que varios reyes de Castilla intentaron impedir el ejercicio del derecho de asociación -la frase entraña la defensa tanto del derecho de reunión como del de asociación-; y tal nudo de vinculaciones, pasa a resaltarlo de manera expresa Vitoria:

“...la amistad hacia todos los hombres [...*ad omnes homines...*] es de derecho natural, y va contra la naturaleza impedir la reunión o asociación de hombres inocentes...” [57]

La semejanza de costumbres engendra *semejantes corazones*: [58] comprendemos así que con las comunicaciones intercontinentales, con el correr de los milenios, exista un

Derecho de Gentes que se extienda por todo el género humano. Por eso Vitoria recurre a la prueba de profundidad, de *antigüedad*:

“¿Qué raza de hombres es esta, o qué nación tan bárbara que permite un trato semejante prohibiendo acercarnos a sus costas?” [\[59\]](#)

Quiere mostrar el carácter ancestral de la aceptación de la humanidad de los derechos de *comunicación, peregrinaje, y acceso inocente*; la exclamación de Virgilio vislumbra que ya en aquel momento eran considerados universales aquellos derechos (se refiere a cualesquiera gentes, sin distinción).

De la comunicación entre las personas nacen “la República” y “ciudad”; y avanzando, Castrillo afirma que “el concierto hace las gentes, y las gentes hacen los pueblos...” , y estos frutos son causados “más por parte del concierto que por parte de la población” -su mera yuxtaposición o número-: es decir, por una armonía, que entraña un roce y compartir de hábitos de vida, e implica un florecer institucional. No se refiere al universalismo, pero casi lo está tocando.

E) Luis Vives (1492-1540)

Luis Vives es una figura mucho más conocida en nuestra cultura. Es valenciano, y como tal, ha debido de heredar rasgos de tradiciones levantinas; sin embargo, el hecho de que fuera educado en el mismo ambiente universitario de Vitoria, teniendo varios puntos de contacto con el mismo, y el que haya elegido una vida cosmopolita, escribiendo en latín y dirigiéndose a un público universal, nos autoriza a conectarlo con nuestra tradición humanista. Ambos coincidieron pronto en la Universidad de París [\[60\]](#), Vives alaba a Vitoria en carta a Erasmo [\[61\]](#), y hay conexiones entre las obras de ambos, repentinas, a veces de ideas muy paralelas, a veces opuestas... [\[62\]](#) ¿resultado de antiguas disputas académicas de amistad, o el simple fruto, de haber recibido una educación similar?

Vamos a fijarnos en su obra *De Subventione Pauperum*, porque fue publicada en 1526, justo antes de que Vitoria diera a luz su obra académica salmantina. En ella, puede verse como condensada una demostración de lo que es el origen de una ciudad. Para Vives,

“el amor no permanece sólo dentro del hogar y la casa, sino que motivado por los beneficios, es agradecido”,

y tiende a salir del núcleo familiar entonces...; por eso a las personas:

“les parece útil y agradable construir casas para vivir, vecinas unas de otras” (*conducibile et iucundum*) [63].

El amor del que habla, es desde su primera presentación y obviamente universal, como vemos. Muestra, en el mismo sentido que Castrillo, que unos hombres tienden a vivir cerca de otros por delectación, por placer; como diría «El Tostado», por *el buen vivir*, dando a entender que este *buen vivir* -para Aristóteles, el fin de la comunidad política- consiste precisamente en *la amistad* [64]: la amistad genera *alegría y felicidad* (“el bienaventurado non será solo”) [65].

En segundo plano, en Vives, se encuentra el motor del *recto interés*, como en el resto de los autores (el hombre “se asocia para el trabajo con otros a los que quiere bien”), y es más agudo en comprender la especialización, ya que la liga a una *inclinación humana* (se dedica “de buen grado al oficio para el que parecía más preparado y dispuesto” [66]); y en consecuencia, se atreve a condensar en unas líneas cuál es el origen de la ciudad:

“...debiéndose el origen de las ciudades a que cada una de ellas sea un lugar en el que con el dar y el recibir beneficios y con la ayuda mutua se afiance la caridad y se fortalezca así la sociedad humana...” [67]

Interés, ayuda mutua, amistad... Los mismos motores que en Francisco de Vitoria. Recomienda que cada uno “tenga para con su prójimo un afecto amigable y fraterno”, y que las correcciones sean hechas fundamentadas “en tu amistad de corazón” [68]. Y la potencia universal de este poderosísimo

«aglutinador» (*tenacissimum glutinum*), la ha conocido y delimitado muy bien, ofreciéndola como pórtico de su obra:

“...la ley de la naturaleza no consiente que *nada humano sea ajeno al hombre* y la gracia de Cristo, como *eficacísimo aglutinador*, ha unido a todos los hombres entre sí...” [69]

Tiene pues, en su mente Vives, un gran «aglutinador» entre todos los hombres; y si la amistad entre los hombres es quebradiza y débil, como cristiano sabe que el ser humano está llamado a formar *sociedad de dioses y hombres*, en palabras de Castrillo, y que la amistad con Dios, para Aristóteles imposible, pero hecha posible por «condescimiento de bondad de Dios» en explicación de «El Tostado» [70], por puro regalo gratuito hacia los hombres, convierte aquel «aglutinador» en eficazísimo. El cristianismo se aprecia no como una alternativa a la vocación humana -vista desde las filosofías clásicas: “*nada humano me es ajeno*” [71]-, sino como su perfección o plenitud, y de ahí la conjunción de citas paganas y bíblicas del Humanismo en el Renacimiento.

La Escuela Humanista Castellana no es una escuela aristotélica; recibe la estructura de la filosofía de Aristóteles que le sirve como base, pero las piedras angulares de su pensamiento, son más bien ciceronianas. Y es al mismo tiempo una escuela cristiana.

5. La cohesión de las «hermandades» en la Edad Media y el Renacimiento

Además de tratar sobre lo que se pensaba en aquella época, hemos de considerar lo que se *vivía*. La unidad interna de la Castilla popular, se forjó de hecho mediante un sistema de «hermandades». Las hermandades creaban sistemas de seguridad locales que, con la elección de cuadrillas, vigilaban los espacios abiertos (campos y ganado, caminos...); y se encargaban también de la persecución de malhechores, su enjuiciamiento y la ejecución del mismo. La tensión vivida con

Alfonso X en Castilla llevó a que las hermandades de concejos se fusionaran en las llamadas «hermandades generales», muy amplias, que fueron un cierto freno para reyes y nobles, adquiriendo una función *constitucional*: les exigían el respeto y defensa de sus *fueros, privilegios* (leyes propias de la ciudad), *sus libertades, usos y costumbres* [72]. Tenían conciencia de ejercer una función complementaria a las de las Cortes, de *control*; y por tanto, engendraban un sistema de *división de poderes*. Estas *hermandades generales* fueron suprimidas por los reyes y se volvieron a poner en activo en varias ocasiones, aun modificando algunas de sus competencias. Se crearon hermandades generales en Galicia, León, Castilla, la Extremadura Castellana, Andalucía... contribuyendo a la fragua de estas regiones, tal y como hoy las conocemos. Esta es la Castilla que conocieron «El Tostado», Ferrán Núñez, López de Segovia...; en ella, no es extraño que surgiera el movimiento de los comuneros para poner freno a Carlos V, que vivieron Castrillo y Vitoria. Por tanto, cuando estos autores hablan de la forja de la sociedad que emerge a partir de *la amistad*, saben bien de qué están hablando. Tenían en mente la institución del “apellido”, por la que todos los ciudadanos reaccionaban repentinamente y salían a perseguir a los delincuentes al toque de campana [73]. No es que este sistema de hermandades absorba la capacidad del hombre de generar sociedad, evidentemente; pero lo concretaba visiblemente, de una manera palmaria.

6. Vitoria: el núcleo de la sociabilidad humana

Hemos estado creando expectación para este momento. La persona humana genera y desarrolla siempre por el hecho de ser persona, tres vínculos sociales: *la amistad* (1), *la persecución de los propios fines o intereses, en colaboración con otras personas*, medida por *la justicia* (2), y *la ayuda mutua* (3) [74]. Vitoria centra primero su atención en la ayuda mutua, dado que es el foco social más patente para el hombre, pues está como inscrito en las exigencias de su constitución física. Pero sigue a la Escuela Castellana; y *la justicia...* de repente, se ve como

arrinconada a una sola frase, ahogada por la *vis* exhuberantemente atractiva de la amistad:

“Y si alguno, dice Cicerón, se subiese a los cielos y estudiase la naturaleza del mundo y la hermosura de los astros, no le sería dulce esa contemplación sin un amigo.” [75]

Ciertamente, la bella vestidura retórica con que lo arropa Cicerón -aunque él mismo nos dice que procede de Arquitas de Tarento-, no puede distraernos de su contenido filosófico. Es un razonamiento medular: si lo más sublime que podemos concebir (*ascender al cielo y observar desde allí, los secretos del mundo y la belleza escondida de los astros*), en realidad, es vacío e inútil si no gozamos de alguien con quien compartirlo, ello significa, que esa vocación por la amistad y sociabilidad humanas es lo más profundo de la persona, más profundo que incluso *lo más sublime*. Insistimos: la vocación por la sociabilidad humana, enraizada en sus deseos de amistad, está en las entrañas más hondas de la persona. Por tal vocación, las personas se *perfeccionan* unas a otras, decía «El Tostado», y el hombre tiende al desarrollo social. [76]

Vitoria ha calado el argumento. Y por ello, aunque hable también de cubrir las necesidades humanas, aprecia que el mundo es un espacio amplio para el hombre, para establecer relaciones con otros seres humanos y pueblos. De ahí que las relaciones internacionales se basen en el *ius peregrinandi* y el *ius communicationis*, y el derecho a recibir a otros en reunión o asociación. [77] La *autarquía* ha quedado superada como motor de la sociabilidad humana [78]: aunque todas las necesidades estuvieran cubiertas [79], su espacio de expansión es *tan ancho como el mar*.

La amistad es tan importante para la persona, que sin ella, ésta se convierte en un ser de naturaleza *bruta, salvaje, e incluso invertida* [80]. Por eso, la relación con el otro constituye a la persona. En consecuencia, la apertura a las relaciones internacionales libres es esencial para que la Humanidad sea humana. Vitoria es *personalista*.

7. Valor normativo de los principios de Derecho Internacional General

La *vocación* de convivir de una manera ordenada, universal y en un espacio universal, conduce a la búsqueda de aquellos principios que habiendo sido promulgados o utilizados por el común de las naciones, sirvan como *canal actual* para la comunicación entre los hombres y pueblos de la Tierra: dado que estos tienen la *necesidad actual*, la vocación presente -no futura, expectante de un momento *ideal*- de relacionarse y convivir en paz.

Estos principios o normas comunes, son recopilados y estudiados por la ciencia jurídica, que crea compilaciones que constituyen el Derecho de pueblos enteros, como las *Instituciones de Gayo, el Código de Eurico, el Espejo Sajón, o el Decreto de Graciano*, entre nosotros. En Roma, los principios comunes a ciudadanos y extranjeros fueron aplicados por una magistratura especial que se creó para ello, el *pretor inter peregrinos*. De ahí que Roma tuviera especial conciencia de la existencia de un sistema de principios jurídicos común a muchos pueblos, el *Ius Gentium* o «*Derecho de los Pueblos*», elaborado por la razón natural en la práctica del contacto entre los hombres. Tal comprensión del *Derecho de Gentes* fue paralela a la de la ética que comenzaba a considerar al hombre *κοσμοπολίτης, ciudadano del mundo*.

La magnificencia de la obra de Vitoria consiste, en que, al enfrentarse con los problemas que conllevaba el encuentro con el «Nuevo Mundo» y la necesidad de convivencia *actual* con el mismo, toma estos principios antiguos, y se atreve a elevarlos contra la majestad imperial, de la que además era súbdito, como un límite a la actuación de la misma. *Convierte así en públicos muchos principios privados*, para tener conciencia de los cuales, era necesario que fueran compilados. Así, antiguos principios que recoge, como por ejemplo:

“son comunes a todos el aire, el agua corriente y el mar, los ríos y los

puertos; y por derecho de gentes pueden las naves atracar en ellos...”,

“[e]s de derecho de gentes que se conceda al ocupante lo que no es de nadie”,

“nada más natural, que dar por válida la voluntad del dueño que quiere transmitir su dominio a otro”,

“los niños son herederos”, “tienen capacidad de ser tratados con injusticia”, etc. [81],

ya no los utiliza como reglas que delimitan las condiciones de validez de las relaciones privadas entre los comerciantes: sino que *los eleva como límite a las autoridades públicas que quieren realizar una acción de envergadura internacional, a modo de derechos fundamentales* [82]. Por su extensión, limitan tanto a las autoridades públicas de los pueblos con que se encuentran como a las de los visitantes mismos. Por ejemplo: la voluntariedad en la transmisión del dominio o propiedad, muestra que los pueblos no tienen por qué entregar (el dominio de) sus regímenes políticos y gobernantes, más aún cuando el *miedo* o la *ignorancia* vician su decisión [83]. Y para apreciar *tal extensión*, Vitoria valora en la medida de lo posible si existen instituciones similares en América [84].

Su búsqueda de los derechos civiles del niño es sencillamente genial, porque lo lleva a concluir principios jurídicos de reconocimiento internacional de la personalidad de los niños, y por tanto a que estos deben ser respetados por todos los poderes públicos. Precursor de los «Derechos del Niño», Vitoria no sólo pretende reconocer los derechos *naturales* del niño indefenso, el que no tiene uso de razón, sino además los *civiles*.

Otros derechos, como el *derecho a peregrinar, al paso inocente, a ofrecer una comunicación, etc.*, han fundado las relaciones entre las personas durante milenios, especialmente entre comerciantes de distintos pueblos. Pero es verdad también que cuando Vitoria inicia sus enseñanzas en Salamanca en 1526, las carabelas ya han puesto en contacto habitual a los continentes y han dado la vuelta al mundo. Se comienza a

hablar de “*el orbe*” en un sentido nuevo, y lo que para los antiguos tenía unos límites difusos, o estaba sujeto a consideraciones hipotéticas, para Vitoria adopta ya unos contornos precisos: estaba naciendo la *conciencia de la Humanidad*, como sujeto activo o creador de Derecho, que se encuentra identificado, y que tiene un patrimonio de normas común. Esa conciencia la ha adquirido Francisco de Vitoria. Y por eso puede llegar a oponer al Emperador y a las naciones *la autoridad de todo el orbe*:

“...el orbe, en cierta manera, forma una república... Y ninguna nación puede darse por no obligada ante el derecho de gentes, porque está dado por la autoridad de todo el orbe.” [\[85\]](#)

¿Cómo se ha llegado a forjar esta unidad, el *consenso del orbe*? Es algo que también se atreve a dilucidar, al mismo tiempo que esclarece lo que es la *costumbre internacional*:

“...nunca los hombres acordaron entre sí [explícitamente] que los embajadores fuesen inviolables y estuviesen seguros, tal como ahora ocurre, sino que manifestaron semejante consenso [*expresserunt consensum illum*] con hechos, más bien que con palabras: algunos comenzaron a hacerlo y los legados <los embajadores> se consideraron inviolables por los demás. De este modo, con posteridad, se mantuvo esa costumbre.” [\[86\]](#)

Por eso dice Vitoria que *las leyes del orbe*, no sólo adquieren su fuerza de un *convenio o pacto* entre los hombres (Derecho Internacional Particular), sino que tienen verdadera *fuerza de ley* (Derecho Internacional General) [\[87\]](#).

Utiliza asimismo la prueba de *la profundidad*, con plena conciencia científica:

“Realmente, esto es una prueba de que tal costumbre quedó en la memoria de las gentes, que la recibieron de la antigüedad, y que no es pura ficción de los poetas.” [\[88\]](#)

Se muestra así como paradigma de humanista, pues con él parece que *se tocan* las entrañas de la humanidad. El carácter ancestral de la aceptación, es un indicio de la universalidad de la aceptación misma.

La costumbre y los principios de Derecho extendidos por la

Humanidad, adquieren su vigencia de la necesidad *actual* que tienen las naciones de convivir en paz: de su necesidad -natural, *imperativa*- de seguir un comportamiento coordinado *ahora*. La vigencia de los principios de Derecho la determina el comportamiento regular de los países, para conseguir ciertos resultados [89]. Y no proviene de tener un «infinito cañón», un Leviatán, tras cada una de aquellas -que además suscita el problema de cómo controlar tal Leviatán-, dado que los humanos son *capaces* de convivir en paz [90]. Aún más: es precisamente esa vocación a vivir en paz, la que los lleva a que en casos aislados, deba aplicarse la norma mediante un sistema coercitivo. Esto también elucidaba Martens [91]. Por tanto, el sistema procesal y coercitivo sigue a la justicia, y no al revés. Este se aplica por aquella, porque aquella es vinculante.

En consecuencia, Vitoria en el s. XVI busca qué principios están vigentes para el común de la Humanidad; y en los albores del siglo XX, las conferencias diplomáticas pueden emitir declaraciones como la «Cláusula Martens». Pero esos *principios*, aunque se llamen tales porque proceden de distintas fuentes y de distintas naciones, son *directamente* norma sustantiva, *directamente* reguladores del comportamiento público. Constituyen el *canal común de las naciones*, más allá del sistema jurídico-natural o las “*consideraciones elementales de humanidad*” que miran a lo esencial en la persona. No son meros principios «supletorios» de un ordenamiento, como contemplan algunos países a sus propios principios internos. Son *fuentes primaria* de Derecho: han tenido además una *recepción universal*, en la Humanidad, por vía convencional, al ser reconocidos por la *Carta de las Naciones Unidas* y el *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, las *Convenciones de Ginebra*, el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, y otras fuentes y sentencias [92]. El hombre contemporáneo tiene claro por tanto qué es Derecho Internacional General y qué es deterioro del Derecho, aun cuando ciertos poderes se resistan a aplicarlo, y no llegue a hacerse fuerte el Derecho Internacional Procesal necesario para llevarlo en todos los casos a efecto.

8. Conclusión

Vitoria es un genio. No sólo porque encuentra muy profundamente las raíces de la sociabilidad universal, algo en lo que lo precedió toda una Escuela Castellana; sino porque hizo de compilador de la Humanidad. En esto es difícil hallar quién lo escolte: Ramon Llull ve que es lógico reunir todos a los pueblos anualmente para que se relacionen unos con otros y estrechen sus lazos; pero no invoca principios comunes para que la humanidad se rija. Lo mismo podemos decir de «El Tostado»: es capaz de pensar en un tribunal supremo internacional...; o de López de Segovia, en el arreglo pacífico obligatorio de controversias, abriendo paso a la labor extraordinaria de la ciudad de La Haya... Quizá Mozi, , sea el precedente más antiguo [93]; pero estudiarlo, parece más bien tarea de otros pueblos. Vitoria realiza razonamientos de *extensión*, y de *profundidad*: busca argumentos de antigüedad en Homero, Virgilio, Plinio, Pitágoras... y por supuesto, en la Biblia; pero no ingenuamente: no todo *uso antiguo* puede considerarse *per se* como jurídico y universal, pues hay algunos que vienen acompañados por una sanción cultural negativa [94], y no muestran una aceptación de la Humanidad.

Ejerce así una tarea incipiente, pero perfiladísima, de localizador de principios; y aunque son pocos relativamente los que reúne, comparando su labor con las de Gayo, Eike von Repgow o Graciano, fue suficiente para que despertara la conciencia de la Humanidad misma: como sujeto portador de las de *Leyes de la Humanidad*.

La Humanidad requiere *en la actualidad* de principios comunes -normas- para regirse, y de esa *necesidad* deriva el *carácter vinculante* de los existentes, con los que ha caminado durante siglos, que se han extendido por ella; pero era imprescindible compilarlos, para que naciera su conciencia de tal. Ahora son *promovidos* desde La Haya, San José o Viena, desde San Petesburgo o Teherán... [95], Nueva York, Adís Abeba o tantos otros lugares... La Humanidad tiene *necesidad actual* de

vivir en paz; y de esa necesidad *arranca y se desprende* la obligatoriedad de respetar el Derecho existente: la proyección utópica a un futuro idílico es más bien propia de un positivismo, que utiliza como excusa tal proyección -de un esperado “Derecho Perfecto”- para minusvalorar el Derecho presente, y justificar comportamientos arbitrarios, o el mismo nacimiento de un imperio.

Por el contrario, que los pueblos están enlazados y trabados por uniones de amistad, es algo real; constituye el detonante que propulsa el éxito de Dunant y de las Convenciones de Ginebra. Y no recurrimos para mostrarlo sólo al famoso testimonio de Agustín sobre los romanos...[\[96\]](#), sino a la cohesión de Castilla lograda por su sistema de «hermandades», que hizo tan fuerte a nuestro país. Cuando Vitoria habla de “defender al inocente, aunque no lo pida” -admitiendo que puede pedirlo, reconociendo así a la persona estatus internacional-, no hacía más que plasmar la realidad de lo que se vivía en Castilla, cuando una persona era capaz de movilizar todo el sistema de una «hermandad» [\[97\]](#). Una cohesión semejante a la de la institución del “apellido” o llamada “de campana”, es la que se necesita para ejecutar la aplicación de los principios del orden internacional, orden que la Humanidad, mediante instituciones amplísimas, se empeña en mantener. La filosofía de Vitoria no está formada de *flatus vocis*, sino que en ella hay un *camino interno* concreto surgido de realidades experienciales (o *tao*: 道; 道) es el camino de la vida, que buscaba también Martens. [\[98\]](#)

Por ello quedan delimitadas en nuestro autor *las fuentes* (costumbres, principios legales, valoraciones de la conciencia pública), pues hace algo más que teorizar sobre ellas: *las usa*; y también, como es sabido, queda establecido en él el respeto sacrosanto a las «consideraciones elementales de humanidad», que llama principios de Derecho Natural.

Esta amistad implica una armonía con el resto del orbe, y una estima por las vías, también de procedimiento, que con el

tiempo se han ido desarrollando. Se ha de respetar siempre el *arreglo pacífico de controversias* (doctrina de «El Tostado», López de Segovia, Vitoria... -invocando de nuevo la sabiduría ancestral recogida por Terencio- [\[99\]](#), y del *Convenio I de La Haya de 1899*, etc.); no se puede ejecutar una “sentencia”, p.ej., declarando una guerra por un ilícito internacional, si existe un tribunal que puede dictar sobre éste: si antes no se ha *emitido la sentencia misma*, en un *procedimiento contradictorio con garantías de defensa* (habiendo medios hoy para ello: la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Penal Internacional, o la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya -a cuyo Palacio de Paz, felicitamos por cumplir ahora 100 años-; tribunales nacionales...). Tampoco se puede prescindir de los principios de *orden público internacional*, que piden respetar un orden consensuado entre los ilícitos internacionales, para sancionar y autorizar la sanción y al sancionador [\[100\]](#). Es igualmente temerario e ilícito esquivar decisiones vetadas o vetables por el Consejo de Seguridad, pues ello abre la brecha del riesgo de guerra nuclear: *horrenda ruleta rusa*.

La *amistad vitoriana* y de la Escuela Humanista Castellana, ha penetrado los tratados: de “amistad y cooperación”, “y comercio”...; y trasluce en documentos como el *Convenio I de La Haya*, precisamente sobre arreglo pacífico de controversias, o la *Carta de las Naciones Unidas* [\[101\]](#); pero, para ser auténtica -y no una alianza maléfica-, ha de ser *ad omnes homines*: es una amistad *eficacísima*, que genera *hermandad* para ayudar al oprimido que pide ayuda, pero más aún, para aplicar las leyes de acuerdo *con todo el orbe*, y sin causar mayor mal que bien, ni a la propia región, ni a la Humanidad.

Tal cohesión es la que necesita la Humanidad para mantenerse, para ser capaz de poner freno a los *bárbaros* de que hablaba el poeta -no como extranjeros, sino como enemigos del Derecho-, de manera que la tupida red de lazos de amistad, gracias a la cual la Humanidad no se ha destruído aún, sea capaz de disolver las fuerzas centrífugas que en su seno se originan, y ésta pueda desarrollar su proyecto, de *esculpir su*

propia creación: para caminar, como sociedad libre que es, hacia el encuentro del destino que anhela su corazón.

9. Bibliografía

Aristóteles (2005). *Política. Edición bilingüe y traducción de Julián Marías y María Araújo.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Belmonte Díaz, José (1986). *Los comuneros de la Santa Junta. La "Constitución de Ávila".* Caja de Ahorros de Ávila, Ávila.

Belloso Martín, Nuria (1989). *Política y Humanismo en el siglo XV. El Maestro Alfonso de Madrigal, el Tostado.* Universidad de Valladolid, Valladolid.

Castán Lacoma, Laureano (1957). *Un proyecto español de tribunal internacional de arbitraje obligatorio en el siglo XVI, formulado por el Mtro. Ávila.* Universidad Pontificia de Comillas, Tarragona.

Castrillo, Alonso de (1958). *Tractado de República con otras Hystorias y antigüedades.* Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

<<http://www.saavedrafajardo.org/Archivos/LIBROS/Libro026>

Cicerón, Marco Tulio (2002). *La amistad. Introducción, traducción y notas de José Guillén Cabañero.* Trotta, Madrid.

Chetail, Vicent (2003). "The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law". *International Review of the Red Cross*, 850 (June), 235-269. <<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/5pxlk8.htm>

Dunant, Henry (1962). *Un Souvenir de Solférino.* Joel Cherbuliez, Ginebra. <<http://www.icrc.org/fre/resources/documents/publication/p036>

González Mínguez, César (2006). "Hermandades Concejiles y Orden Público en Castilla y León durante la Edad Media". *Clio & Crimen*, 3. <

udala.net/portalDurango/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_469_1

Hernández Martín, Ramón (1995). *Francisco de Vitoria. Vida y pensamiento internacionalista*. BAC, Madrid.

Langella, Simona (2007). *Teologia e Legge Naturale. Studio sulle lezioni di Francisco de Vitoria*. Glauco Brigati, Génova.

López de Segovia, Juan (1931). *De la Confederación de Príncipes y de la guerra y de los guerreros. Facsímil del original latino. Traducción de Florencio Antón Moreno. Prólogo de Joaquín Fernández Prida*. Asociación Francisco de Vitoria, Madrid.

Madrigal «El Tostado», Alfonso de (2003). *El Gobierno Ideal. Introducción, traducción y texto latino con aparato crítico y citas Nuria Belloso Martín*. Eunsa, Pamplona.

Martens, Fedor Fedorovitch (1894). *Tratado de derecho internacional. Prólogo y notas de Joaquín Fernández Prida*. La España Moderna, Madrid.

Miguel Lorenzo, Carlos de (2009). “La Amistad y el Derecho Internacional. La influencia de San Agustín y de Cicerón en Francisco de Vitoria”. *Ciencia Tomista*, 439, Salamanca, 229-248.

Mozi (Micius). (*Mòzi*), en (*Zhèngtǒng dàocáng*). Edición de (Shāngwù Yīnshūguǎn), vol. 843-846. Shanghai, 1923-1926. <<http://ctext.org/mozi>>.

- [Mo Ti] (1987). *Política del amor universal. Estudio preliminar de Fernando Mateos. Traducción y notas de Carmelo Elorduy*. Tecnos, Madrid.

Parish, Helen-Rand y Weidman, Harold E (1992). *Las Casas en México. Historia y obra desconocidas*. Fondo de Cultura Económica, México.

Parrilla García, Carmen (1996). *De Amor y Mecenazgo en el siglo XV Español. El tratado De Amiciçia de Ferrán Núñez*.

Universidade da Coruña, Betanzos.

Poustogarov, Vladimir (1996). "Un humaniste des temps modernes: Fiodor Fiodorovitch Martens (1845-1909)". *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 819 (30 de junio).

<<http://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzfkj.htm>>.

Tierney, Brian (2001). *The Idea of Natural Rights*. Willian B. Eerdmans Publishing Company, Grand Rapids (Michigan) y Cambridge (UK).

Vitoria, Francisco de (1960). *Relecciones Teológicas. Edición crítica del texto latino, versión española, introducción general e introducciones con el estudio de su doctrina teológico-jurídica, por Teófilo Urdániz, O.P.* BAC, Madrid.

- (1967) *Relectio de Indis o Libertad de los Indios. Edición crítica bilingüe por L. Pereña y J.M. Pérez Prendes*. CSIC, Madrid.

- (2008) *Relectio de Potestate Civili. Estudios sobre su Filosofía Política. Edición Crítica por Jesús Cordero Pando*. CSIC, Madrid.

Vives, Juan Luis (1973). *De subventione pauperum. Introduziona, testo e appendice a cura di Armando Saitta*. La Nuova Italia, Florencia.

<http://agoraclass.fltr.ucl.ac.be/concordances/vives_de_sub>

- (1997) *El Socorro de los Pobres. La comunicación de bienes. Estudio preliminar, traducción y notas de Luis Frayle Delgado*. Tecnos, Madrid.

Zemanek, Karl (2009). "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados." *United Nations Audiovisual Library of International Law*. Naciones Unidas.

<<http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/vclt/vclt.html>>.

Fuentes de Derecho Internacional

Comité Internacional de la Cruz Roja:

<<http://www.icrc.org/spa/index.jsp>>.

Corte Internacional de Justicia: <<http://www.icj-cij.org/>>.

Corte Penal Internacional: <<http://www.icc-cpi.int/>>.

Ministerio de Asuntos Exteriores de Países Bajos:
<<http://www.government.nl/ministries/bz#ref-minbuza>>.

Naciones Unidas: <<https://www.un.org/>>.

[1] Expresión célebre de la primera sentencia de la Corte Internacional de Justicia, en el llamado caso *del Estrecho de Corfú*, de 9.4.1949, <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=cd&case=-1&code=cc&p3=4>> (*ICJ Reports* 1949, p. 22), luego adoptada por la jurisprudencia internacional.

[2] Fondo documental oficial y nota introductoria en Zemanek (2009). Entró en vigor el 27.1.1980, y tiene en la actualidad 113 estados partes, con la reciente adhesión de Timor Oriental. Es reconocido, sin embargo, que el Convenio recoge un acervo de Derecho tradicional consolidado.

[3] *Preámbulo de la Convención II de La Haya de 1899 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre*, <http://www.cruzroja.es/dih/pdf/II_convenio_de_la_haya_de_1899_relativa_a_leyes_usos_guerra_terrestre_y_cfr_la_informacion_del_Ministerio_de_Asuntos_Exteriores_holandés:_http://www.minbuza.nl/en/key-topics/treaties/search-the-treaty-database/1899/7/002338.html>.

[4] Es célebre su aparición en la *Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight*, conocida como *Declaración de San Petesburgo*, de 29.11-11.12.1868: <<http://www.icrc.org/ihl/INTRO/130>>, a la que se vincula un convenio para cumplirla; pero es paralela a otras de ámbito material menor, como “*Leyes y costumbres de guerra*”, que encabeza el título que ostentan los dos convenios de La Haya que portan la «Cláusula Martens».

[5] *Cfr. nn.* 89 y 98.

[6] *De Potestate Civili* 21; en Vitoria (1960), 191-192; *cfr. n.* 24.

[7] <<http://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>>.

[8] Artículo común: art. 63 (Convención I), art. 62 (II), art. 141 (III), y art. 158 (IV).

[9] Sentencia de 20.2.1969 sobre *Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte*: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=cc&case=52&code=cs2&p3=4>>, §§ 71 y 73, pp. 41-

42; tomamos la traducción del artículo de Chetail (2003), vertido al castellano en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5uamwj.htm>.

[10] *De Indis* I, parte 3ª, 3; en Vitoria (1967), 82. Utilizo la notación de esta edición crítica, que se separa de la clásica de 1557, de Lyon. Con el número romano indicamos la primera reelección *De Indis*.

[11] *Ibid.*

[12] *Cfr.* Dunant (1962); <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/57jnvq.htm>.

[13] *Cfr. De Potestate Civili* 4, en Vitoria (1960), 154-158 y (2008), 15-21. Sin duda, son recibidas de fuentes escolásticas, pero él perfila su estudio desde su visión de la universalidad. Esta introducción le servirá de base para todas sus reelecciones de contenido social.

[14] *De Amicitia* VII (24), en Cicerón (2002), 56-57.

[15] *Mozi* 5, 3 (17), en <http://ctext.org/dictionary.pl?if=en&id=701> y Mo Ti (1987), 72-73 (castellano); *cfr. Mozi* 1, 4, 3-4 y 5,3, 6, en Mo Ti 13-14 y 79, respectivamente. Además de la división tradicional, recojo la subdivisión introducida por el Chinese Text Project, en <http://ctext.org/mozi>. Filósofo algo posterior a Confucio, (Dí), quien recibía el trato de (Mòzi) -latinizado como «Micius», por el que es ampliamente conocido, vivió entre los siglos V-IV a.C., y trabajó por unir en paz y culturalmente a los pueblos del mundo, abarcando su acción al mundo para él entonces conocido, el núcleo de la emergente China.

[16] Aristóteles (2005), 32, de *Política* II, 4 (1262b, 10-12): “Esta unidad [de las ciudades] se considera generalmente obra de la amistad, y él [Sócrates] lo declara así también, del mismo modo que Aristófanes...” -τῆς φιλίας ἔργον- ; *cfr.* 1263b, 16-18 (“el que oye hablar de ella...”): en *ibid.*, 35.

[17] Beloso (1989), 13-35. Debido al volumen de la obra de este autor, y a que permanece prácticamente inédita, la citaremos a través del formidable estudio de Nuria Beloso mencionando la obra u obras de «El Tostado» a que la autora se refiere, bien por cita directa, bien indirecta.

[18] *Amor e Amiciçia*, en *ibid.* 90, n. 134; *cfr.* 115, n. 73; 89-91 (con textos también de *De Optima Politia*).

[19] *Ibid.*, 100, n. 3: “...el acto de los amigos es comunicar e syn comunicación nunca fue causada alguna amiciçia”; *cfr.* 88-89, y 70, n. 30: “conversar es comunicar en corazón y palabra”.

[20] *Cfr. ibid.* 114, nn. 68 y 69.

[21] *De Optima Politia*, en *ibid.* 143, n. 213: “en consecuencia, debe elegir leyes adecuadas para aquel pueblo y para aquella constitución política...”. La distinción se encontraba también en las reivindicaciones de las «hermandades» castellanas, y formaba parte, por tanto, de la cultura ambiental.

[22] Creemos que la traducción del título en Madrigal (2003), “*El Gobierno Ideal*”, no es adecuada.

[23] *Amor e Amiciçia*, en Beloso (1989), 116.

[24] *De Potestate Civili* 16, en Vitoria (1960), 183; *cfr.* Miguel (2009), 230, n. 2, sobre esta expresión. Aparecen *el conjunto de las repúblicas* y sus *leyes internas* como fuente de Derecho Internacional.

[25] Beloso (1989), 161-163, en especial nn. 302-304 (*Commentaria in primam Partem Paralipomenon*).

[26] Parrilla (1996), 19-23.

[27] *Ibid.*, 76-78.

[28] *Ibid.*, 78-81.

[29] *Ibid.*, 81-83. ¿Qué tiene más valor, entonces?: *cfr.* nota siguiente.

[30] Sin embargo, nos ofrece el ejemplo de un senador que, en un asunto relativo a cuestiones públicas, en el Senado desobedece a su padre, porque *la cosa pública* es de mayor importancia: “allí como senador mayor que su padre era en la gobernación de la cosa pública...” (*ibid.*, 85). La conclusión implícita es que para las cuestiones públicas, la fuerza de la *amistad civil* tiene mayor entidad incluso que las relaciones paterno-filiales, y por lo tanto estas *no son* más fuertes que la amistad (y no pueden excusar una guerra); la

relación paterno-filial sólo gozará de mayor peso en el ámbito del gobierno interno de la propia familia. Ferrán Núñez hace caer así la última causa de justificación de la guerra, que había ofrecido. Pero la alternativa, en principio hace dudar... El argumento está presentado concediendo todo lo posible al contrario, como en la escolástica, con elegancia.

[31] López de Segovia (1931), v-vi: a la muerte de «El Tostado» en 1455, tenía unos catorce años.

[32] *Ibid.*, ix. Cfr. las alianzas del bandidaje, de Mozi 8, 4, 2, en <<http://ctext.org/dictionary.pl?if=en&id=771>>; Mo Ti (1987), 127.

[33] Ex 23, 22, citado en *ibid.*, 10 y 15; ofrece en p. 20 sin embargo la idea contraria, en una cita que podría ser identificada con Sir [Ecco] 6,1 ó 5, 15b, según la numeración. Los libros que integran la llamada reforma deuteronomista (a la que pertenecen estos vv. del Éxodo) están compuestos con una intención épica, para «enardecer» a Judá en un momento en que se ve rodeada y asediada por el Impero Asirio. Jerusalén iba a ser conquistada, derruida y deportada en los años 597-587 a. C. En la mente de Israel de entonces, Dios ha de mostrar que es «Dios» al convertirse en un “aliado militar” que lo acompaña bajo cualquier condición (solicitando de Israel incluso acciones militares intensivas); lo cual pretende ser una expresión de la “fidelidad” de su Dios... A nosotros nos proporciona una idea de la antigüedad de la expresión y de este tipo de alianzas. Como vemos, en la Biblia se aprecia una bella evolución en la que Israel, partiendo de una concepción de “lo poderoso” como valor supremo (que atribuye a la esencia de lo divino), va encaminándose sin embargo hacia lo suave, lo gratuito y lo sublime.

[34] López de Segovia (1931), 17. Vitoria dirá: “es lícito defender al inocente, aunque él no [lo] pida” (1960, p. 1051, cfr. 95, en *Fragmento de De Temperantia*, y *De Indis I*, parte 3ª, 16, respectivamente).

[35] López de Segovia (1931), 20, citando a San Ambrosio y un nuevo canon; cfr. 43.

[36] *De Potestate Civili* 13, en Vitoria (1960), 167-168.

[37] López de Segovia (1931), 33; de nuevo San Ambrosio; cfr. Vitoria (1960), 1007.

[38] *Ibid.*, 46, 32 y 31 respectivamente.

[39] Castán Lacoma (1957), 63; cfr. *De la Guerra y de los Guerreros*, en López de Segovia (1931), 120.

[40] Belmonte (1986). Llegaron a redactar la “*Ley Perpetua*”, que enviaron a Carlos V, en 1520.

[41] Castrillo (1958), 24 y 27.

[42] Recogiendo la tradición agustiniana: *ibid.*, 14-15; cfr. también p. 17 citando a San Isidoro.

[43] Ramon Llull, *Llibre d'Evast e Blanquerna*, c. 95.

[44] Castrillo (1958), 44-45.

[45] *Ibid.*, 65; cfr. *infra* n. 53.

[46] *Ibid.*, 68; principio que se encuentra en Aristóteles, *Política* 1278b, 20-21.

[47] *Ibid.*, 65. Sigue en esto a «El Tostado» como veremos.

[48] *Ibid.*, 68; citando a Cicerón, *De Officis I*, 158.

[49] *Ibid.*, 171; parece un parafraseo de *De Officis I*, 153. El argumento procede de Arquitas: *De Amicitia* 88, a sensu contrario, cfr. Cicerón (2002), 102; y será central también para Vitoria: *infra*, epígrafe 6.

[50] *Ibid.* Cita de Cicerón, en *De Officis I*, 153. Igualmente, en «El Tostado»: cfr. n. 70.

[51] *Ibid.*, 174; cita en *De Officis I*, 154. Cfr. *infra* nn. 65 y 75.

[52] *Ibid.*, 172.

[53] *De Potestate Civili* 4. Cfr. Langella (2007), 142-143: esta vinculación ha llevado a la autora a concluir que para Vitoria la vida en sociedad constituye la perfección específica del hombre.

[54] Castrillo (1958), 20-21.

[55] Belloso (1989), 95 (*Amor e Amiciçia*).

[56] Tierney (2001) encuentra el concepto en los glosadores del siglo XII (67); y la expresión “derechos y libertades”, en estatutos y otros documentos medievales (189), y en Guillermo de Ockham, con un significado político, como límites necesarios contra todo abuso de poder (185).

[57] *De Indis* I, parte 3ª, 1; en Vitoria (1967), 79; la traducción es nuestra, y pretende acoger la amplitud del término *consortium*, en su contexto: el primer contacto entre pueblos (*reunión, lazos asociativos*).

[58] Castrillo (1958), 21; en caso contrario, quedan “derramados por la diversidad de costumbres”.

[59] Vitoria, *o.c.*, 79.; *cfr.* Virgilio, *Eneida* I, 538-540. La *Eneida* es del s. I a. C.; pero entiendo que con ella el salmantino quería alcanzar la profundidad de los poemas homéricos, a los cuales la misma imita, recogiendo tradiciones ancestrales. *Cfr. infra nn.* 88 y 94.

[60] Luis Vives partió hacia aquella en 1509 con diecisiete años, y parece que Vitoria el año anterior, con veinticinco -*cfr.* Frayle Delgado, “Estudio preliminar”, x, en Vives (1997), y Hernández (1995), 11-17, 24 y 25-.

[61] Hernández (1995), 45-47.

[62] Por alguna razón, las conexiones se hacen especialmente abundantes en el c. IX de *De Subventione Pauperum*: es como si hubiera conocido en ese momento el plan del *De Potestate Civili* de Vitoria. Con detalles como la presencia de Arquitas, la crítica al uso de vestidos lujosos y del oro, etc. Se cree que después de que saliera Vitoria de París, en 1522, inició una estancia en los Países Bajos, “quizás en Lovaina” (Hernández, 43; *cfr.* 55); pero Vives fue profesor en Lovaina de “lenguas clásicas en el Colegio Trilingüe” (Frayle, *o.c.*, xi); pudieron encontrarse allí y compartir sus respectivos proyectos creativos, con una redacción de la obra de Vives, ya avanzada. Eso explicaría la “incrustación”.

[63] Vives (1997), 9. Es cierto que Francesch Eiximenes (1330?-1409?) había escrito sobre el origen de la ciudad; pero no lo es menos que para él cobraba más importancia la división del trabajo y la acción de los mercaderes. En este sentido, Vives parece mostrarse más en sintonía con «El Tostado» y Vitoria.

[64] Belloso (1989), 90 y 112, n. 53: “sin ella non puede el hombre bien bevir” -*Amor e Amiçia*-.

[65] *Ibid.*, 91 n. 138. Parece dirigirse contra *Ética a Nicómaco* X, 7, donde el feliz es el sabio autárquico (1177a, 27-28): mas el justo *necesita personas* (31), por lo que justicia y amistad no pueden ser virtudes superiores.

«El Tostado» es un filósofo moderno, con una filosofía muy *vitalista* (que le acerca a pensadores como Ortega y Gasset): “entre todos los bienes del hombre, el mayor es la vida, porque todos los demás dependen de él y se fundan en él” (*ibid.*, 65-66, n. 6 -*Cuestiones de Filosofía Moral*-); la amistad proporciona la alegría a la vida: *cfr. ibid.*, 90, n. 13 -*Amor e Amiçia*-. O como Cicerón diría, es lo más *vital*: la esencia del *vivir* -*De Amicitia*, c. VI (22)-.

[66] Vives (1997), 9. Entiendo que en otros tratados, como *De Regimine Principum*, en la parte I, 1 (texto de Sto. Tomás de Aquino), o en el mismo *Regiment de la Cosa Publica* de Eiximenes, c. I, la división de los oficios se constata simplemente como un hecho; no se esboza una teoría de su procedencia. Vives ofrece otra explicación aún más clara en *De communione rerum* (*La comunicación de bienes*), *ibid.*, 85. Y Vitoria igualmente en sus clases: *Comentario* a II-II q. 180, a. 7. Otro concepto que los une.

[67] *Ibid.*, 4. En el mismo sentido, *cfr. De Potestate Civili* 4, en Vitoria (1960), 156.

[68] *Ibid.*, 66 y 73 respectivamente.

[69] *Ibid.*, 3 (en la dedicatoria de la obra -*cursivas mías*-).

[70] Belloso (1989), 84, n. 103; *cfr. n.* 104: “empero la ynfinita bondad de Dios causó esto: que entre nos e El podiese ser verdadera e entera amiçia” (*Amor e Amiçia*).

[71] Famoso adagio de Terencio (194 -159 a. C.): Vives lo acaba de citar, y juega con él en la dedicatoria de su obra, para excusar amablemente su intromisión en los asuntos de Brujas.

[72] Por ejemplo, *cfr.* González Mínguez (2006).

- [73] *Ibid.*, 31-32.
- [74] *Supra* epígrafe 3, n. 13.
- [75] *De Potestate Civili* 4, en Vitoria (1960), 156, citando *De Amicitia* 88 -cfr. Cicerón (2002), 102-. Se ve «ahogada», decimos, como causa última de la sociedad (155). No es que para Vitoria la justicia carezca de importancia, como muestra en sus clases. El exceso de relevancia espacial que cobra, sin embargo, en ellas, parece deberse a la disposición sistemática de la *Suma Teológica* de Sto. Tomás.
- [76] Cfr. Belloso (1989), 75 y 94, n. 156 (*De Amor e Amiciçia*). Cfr. n. 53.
- [77] Sin embargo no tuvo la coherencia de aceptar que si estos derechos naturales son de orden superior, la concesión otorgada por el papa Alejandro VI a los españoles para evangelizar América no podía conllevar una prohibición a otros pueblos de disfrutar precisamente estos derechos: el de *acceso* a las nuevas tierras descubiertas, y el de *reunión y asociación* con sus habitantes, y el que se sigue de *libre comercio*; e implicaba la delimitación de un monopolio comercial de hecho. Lo cual condujo a que John Cabot tuviera que llegar en 1497 a América a escondidas. Este es el origen de una larga enemistad latente entre Inglaterra y España, y probablemente de la proclamación en Inglaterra de una iglesia nacional. Vitoria comete este error y otros, que no son del ámbito de esta comunicación.
- No se puede juzgar que Vitoria sea cómplice con el poder del papa, cuando le hubiera bastado seguir una tendencia de la época que lo proclamaba «señor del orbe», para apostar por mejores cargos. Es más: a la misma se opuso abiertamente, *facilitando que desapareciera*. Carlos V ordenó en 1539 a los dominicos guardar silencio sobre las cuestiones relativas a los derechos sobre las Indias, incluso secuestrar los escritos en que las hubieran tratado, y tuvo con ellos otras reacciones adversas -cfr. Vitoria (1967), 88, 152-153, y 81; Hernández (1995), 134-136; Parish y Weidman (1992), 41, 97-98-.
- [78] No utiliza el *concepto*: la sociabilidad humana se agotaría, con la autosuficiencia económica, en la ciudad; el *término* lo emplea en otros lugares, otorgándole un significado de *autosuficiencia política*.
- [79] Refuta la idea de autarquía *dos veces* en *De Potestate Civili* 4: “si constaret... humana vita et sibi sufficere possit”, o si *la sabiduría* fuese realmente autosuficiente...: Vitoria (2008), 18-19.
- [80] Cfr. *De Potestate Civili* 4 en Vitoria (1960), 156: “*inhumana brutalique natura*”; e *ibid.* (2008), 20: “*inhumanam adversamque naturam*”.
- [81] Vitoria (1967), 79, 54 (cfr. 82), 73 y 28-29 respectivamente: todas citas de las *Instituciones* de Gayo -y una del *Digesto- ad sensum*, con sus comentarios. Los textos originales, en la edición crítica citada.
- [82] No pretendemos confundir *derechos humanos* con *derechos civiles*, sino subrayar que Vitoria vincula principios de Derecho Internacional Privado al límite de la acción de las autoridades públicas.
- [83] Cfr. *ibid.* 73 y 94-95. Como derecho público era ya conocido; pero para mostrar su aceptación generalizada, y los vicios en el consentimiento (*error, miedo*), Vitoria acude al Derecho Privado.
- [84] *De Indis I*, 1^a, 15, en *ibid.*, 29-30. Su situación como jurista era precaria: no disponía en América de una recopilación semejante a las *Instituciones* de Gayo, para poder hacer una comparación más sólida. Su esfuerzo es pues, ímprobo, para extraer principios generales, que hicieran justicia a sus habitantes.
- [85] *De Potestate Civili* 21, en Vitoria (1960), 191-192: a modo de «Cláusula Martens» vitoriana.
- [86] *Comentario* a la II-II q. 62, a. 1, en Vitoria (2008), 218-219; los signos “<>” indican *castellano* en el original. Vitoria ofrece algún ejemplo más en el mismo lugar.
- [87] V. n. 85; cfr. *De Indis I*, parte 3^a, 3, en Vitoria (1967), 82: “haberet vim” (“*fuerza de ley*”).
- [88] *De Temperantia* 3, en Vitoria (1960), 1020-1021.
- [89] Cfr. Martens (1894), 31. Es conocido que la filosofía de Vitoria influyó en la Ilustración a través de autores racionalistas. Hernández (1995) hace un estudio de sus relaciones con obras de Grocio, Gentili, Bodin, Althusius, Ranzovius, Locke, y otros (213-258). Martens “salta” a la *Escuela de Salamanca* en su parte histórica; pero coincide sorprendentemente con algunos de sus principios.
- [90] Cfr. *De Indis I*, parte 3^a, 2, en Vitoria (1967), 81; se adelanta a refutar la idea nuclear del

Leviathan, de Thomas Hobbes, con una visión muy moderna de la evolución de las ideas: “Pues no es *un lobo el hombre para el hombre...*, sino hombre”.

[91] Poustogarov (1996), primer epígrafe: “incluso prominentes expertos confunden los procedimientos de aplicación del Derecho con el Derecho mismo” (cita no localizada; traducción propia).

[92] *Carta de las Naciones Unidas*, art. 1: <<https://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm>>; *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, art. 38.1 c): <<https://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm>>; a las *Convenciones de Ginebra* de 1949 ya nos hemos referido; Zemanek (2009) recuerda que el Derecho de los tratados procedía de un cuerpo consuetudinario antes de recogerse en la *Convención de Viena* de 1969; etc. El *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* de 17.7.1998 -posteriormente enmendado-, es todo un monumento a estos principios: se remite a ellos expresamente en su articulado (art. 17.2), los despliega como fuente en varios tipos (art. 21), y detalla la descripción de algunos en su Parte III (<http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/legal%20texts%20and%20tools/official%20journal/Pages/rome%20statute.aspx>) Cfr. Chetail (2011), sobre la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en aplicación y recopilación de doctrina relativa a los mismos.

[93] Cfr. Mo Ti (1987). Además de prever una unión diplomática universal, y basarse en la *norma del Cielo* (13, 44, 72) -o *consideraciones elementales de humanidad* (53-55, 73-74)-, buscaba la unión en los principios jurídicos de la antigüedad (72, 80): si a ello añadimos que para él, lo que vincula a los pueblos es un amor mutuo, del mismo tipo que la amistad (56), y que es universal (52-53), la semejanza con Vitoria es patente. No obstante, espero que esta analogía sea culminada por una nueva gran escuela floreciente oriental de Filosofía Jurídica.

Cfr. las citas, según la división tradicional del texto de (*Mozi*), sobre la *norma del Cielo*, en: 1, 4, 2-3; 3, 1, 7; 5, 3, 1-2; sobre las *consideraciones elementales de humanidad*: 4, 1 y 5, 3; los principios antiguos: 5, 3; 4, 3, 4; amor de amistad: 4, 1, 4; universal: 4,1, 4-5; v. en <<http://ctext.org/mozi>>.

[94] Cfr. Vitoria (1960), 1027: “todos los historiadores y poetas cuentan esta costumbre como una fiereza e inhumanidad nefanda” (*De Temperantia* 5); cfr. Mo Ti (1987), 182: “costumbre abominable” -*Mozi* 13, 1, 7, en <<http://ctext.org/dictionary.pl?if=en&id=864>>-.

[95] Cfr. la *Proclamación de Teherán* de 13.5.1968: <<http://legal.un.org/avl/ha/fatchr/fatchr.html>>.

[96] Tenían “socios y amigos a los que prestaban auxilio”, guardaban sus alianzas y defendían (*De Civitate Dei* III, 10); en consecuencia estos también los avisaban de peligros y acudían a ayudar. El testimonio influye en Castrillo (1958), 237 y Vitoria (1967), 96 -*De Indis* I, parte 3ª, 16-. Tras el fin de este trabajo hemos encontrado un razonamiento similar en Mo Ti (1987), 73, 79 y 179; v. en *Mozi* 5, 3, 1 y 6; y 13, 1, 1.

[97] González Mínguez (2006), 25: invocarla para movilizarla por un delito falso era penalizado.

[98] Este camino interno ha sido puesto de relieve en la filosofía china por el «taoísmo». Martens buscaba identificar las “leyes internas de comunicación entre estados y de las relaciones internacionales”: Poustogarov (1996) -cita de Martens, no hemos podido localizar el original-; cfr. (*Tao Te Ching*), 1: <<http://ctext.org/dao-de-jing>>.

[99] *De Indis* I, parte 3ª, 5, en Vitoria (1967), 83: “*Es de sabios intentarlo todo antes con palabras*”.

[100] Un ejemplo, en el “Fragmento” de *De Temperantia*, cfr. Vitoria (1960), 1059: “Es admirable que...” un ilícito sea permitido de hecho entre algunos y por el mismo estos quieran declarar lícitamente la guerra a otros; cfr. Mo Ti (1989), 182: “¿con qué derecho condena...?” con ilícitos igualmente reprobables. Son consideraciones de *conciencia pública* como fuente de Derecho Internacional.

[101] *Convention pour le Règlement Pacifique des Conflits Internationaux*, de 23.7.1899: <http://wetten.overheid.nl/BWBV0005617/geldigheidsdatum_13-12-2013#AuthentiekFR_VDRTKS1300446>; *Carta de las Naciones Unidas*, arts. 1.2, 14 y 55.

New Perspectives on Francisco de Vitoria. Does International Law lie at the heart of the origin of the modern world?

Fue publicado en las principales plataformas de venta de ebooks
el día 18 de noviembre de 2014, festividad de Nuestra Señora de la Esperanza

