

EL DERECHO INDIANO, PREFIGURANDO LOS DERECHOS HUMANOS

Rigoberto Gerardo ORTIZ TREVIÑO

“Nuestra religión cristiana es igual y se adapta a todas las naciones del mundo, y a todas igualmente recibe, y a ninguna quita su libertad ni sus señoríos, ni mete debajo de servidumbre, so color ni achaques de que son siervos a natura o libres”.

Bartolomé de las CASAS

Esta historia comienza con una guerra de conquista, la emprendida por Castilla-León —luego Monarquía hispánica— en el continente Americano. ¿Qué llevó a tal enfrentamiento entre pueblos desconocidos? No es aquí el lugar para intentar dar una respuesta, pero hay un hecho que no puede pasarse por alto, los conquistadores llegaron a cuestionarse la naturaleza de su empresa, tanto respecto de los fines, como los medios. Ya desde 1493, el papa Alejandro VI le había dado un cariz trascendente al expansionismo castellano.¹ Las bulas dictadas por este romano pontífice

¹ Las bulas en comento son La primera *Inter Cetera* del 3 de mayo de 1493. El ella se concede a la Corona de Castilla el dominio del territorio trasatlántico descubierto en dirección occidental. El mismo día, Alejandro VI promulgó la bula *Eximie devotionis*, donde se concede a la Corona Castellana una igualdad de derechos respecto de los otorgados a favor de Portugal en África. La segunda *Inter Cetera* es del 4 de mayo y en ella se establece la famosa línea divisoria del mundo. Alejandro VI trazó una línea imaginaria a cien leguas marinas al oeste de las Islas Azores y de Cabo Verde. El oriente sería portugués y el occidente, castellano. El 26 de septiembre de 1493, el papa concedió el dominio de las tierras descubiertas en ultramar, a favor de Castilla, siempre y cuando no fuesen del dominio de otro príncipe cristiano. Esta última bula fue la *Dudum siquidem*. Al respecto de la naturaleza jurídica de la bulas alejandrinas, Antonio Muro Orejón opina: “naturalmente que la donación papal fue, y ha continuado siendo objeto de críticas, interpretaciones y alabanzas por parte de teólogos, juristas, científicos y por parte de obstina-

suelen recordarse como actos de donación territorial, cuestionándose por diversos pensadores —y con razón— cuáles eran las facultades que pretendía arrogarse el papa para tales efectos. Pero también las bulas pontificias tuvieron un lado positivo: implicaban un reconocimiento de la condición de persona de los naturales del Nuevo Mundo, en suma, eran textos jurídicos poseedores de una gran riqueza antropológica. En ellos se preparan los límites jurídicos que tendrá el poder castellano sobre las sociedades americanas. Preciso es decir que se preparan, pues no obstante las exhortaciones que Isabel la Católica instituyó en su testamento, desde la Isla de la Española en diciembre de 1511, el dominico Antonio de Montesinos evidenció que el comportamiento de los conquistadores era otro. Esto sucedió un domingo de Adviento, y en la homilía respectiva, Montesinos no dudó en denunciar el comportamiento de sus coterráneos:²

Llegado el domingo y la hora de predicar, subió en el púlpito el susodicho padre fray Antón Montesinos, y tomó por tema y fundamento de su sermón, que ya llevaba *scripto* y firmado de los demás: *Ego Vox clamantis in deserto*. Hecha su introducción y dicho algo de lo que tocaba a la materia del tiempo del Adviento, comenzó a encarecer la esterilidad del desierto de las conciencias de los españoles desta isla... La voz, pues, en gran ma-

dos y apasionados. Pero pese a todo, el título de la donación papal, expresión máxima del Pontífice, *dominus orbis* (según la teoría del Hostiense), representó un sólido y magnífico argumento en pro de la soberanía española sobre sus tierras ultramarinas". Muro Orejón, Antonio, *Lecciones de historia del derecho hispano-indiano*, México, Escuela Libre de Derecho-Miguel Ángel Porrúa Editor, 1989, p. 32. Como ya se verá en su oportunidad, Francisco de Vitoria descalificó a las bulas como título legítimo de conquista y ulterior dominio, en 1539. El criterio de Vitoria, grosso modo era valorar la autoridad del Romano Pontífice como un jerarca de lo espiritual y no de lo temporal, por ende, careciendo de tales poderes. Castilla, empero, siguió invocando tales títulos como legítimos.

² El contenido del testamento de Isabel de Castilla se inspiraba en el derecho castellano bajo medieval: "cuando nos fueron concedidas por la Santa Sede Apostólica las islas y tierra firme del mar Océano, descubiertas y por descubrir, nuestra principal intención fue al tiempo que le suplicamos al Papa Alejandro VI de buena memoria nos hiciese la dicha concesión, de procurar inducir y traer los pueblos de ellas, y los convertir a nuestra santa Fe católica y enviar a las dichas islas y tierra firme prelados y religiosos, clérigos y otras personas doctas y temerosas de Dios, para instruir los vecinos y moradores de ellas a la fe católica y los doctrinar y enseñar buenas costumbres, y poner en ello la diligencia debida, según más largamente en las letras de dicha concesión se contiene". Cláusula del testamento del muy católica reina doña Isabel, octubre 12 de 1504, Medina del Campo, *Cedulario de Encinas*, I, p. 34.

nera, en universal encarecida, declaróles cuál era o qué contenía en sí aquella voz: “esta voz, dijo él, que todos estáis en pecado mortal y que 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 a questos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas; donde tan infinitas dellas, con muertes y estragos nunca oídos, habéis consumido?... ¿Éstos, no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados a amallos como a vosotros mismos? ¿Esto no entendéis?”.³

Esta denuncia desató una polémica en la península que iría de la mera noticia de los hechos, a la celebración de juntas y consejos integrados por filósofos, teólogos y juristas. Los resultados de tales debates no se quedaron en palabrería: Se concretaron en derecho positivo y legaron una abundante literatura a la historia del pensamiento jurídico. Las Indias occidentales —es decir, la América Española—, fueron gobernadas por un abundante derecho casuístico, producto de tales debates y de un entramado político-administrativo de una extensión sorprendente. Tal derecho fue denominado como “derecho indiano” por el historiador argentino Ricardo Levene.⁴ Antonio Dougnac Rodríguez explica, que entre otras características “El derecho indiano propiamente tal está íntimamen-

³ Cit. por Casas, Bartolomé de las, *Historia de las Indias*, l 3, c 4, México, FCE, 1992, pp. 441 y 442.

⁴ Cfr. Levene, Ricardo, *Manual de historia del derecho indiano...* “...algunos autores entienden que el derecho indiano se limita a las disposiciones dictadas desde la península para las Indias, prescindiendo del derecho castellano. Esta orientación puede ser válida a la hora de estudiar instituciones propias y específicas de las Indias que no encuentren sus antecedentes en el derecho castellano; pero es, sin duda, insuficiente en los supuestos en los que el modelo castellano se tuvo presente a la hora de regular la realidad indiana. Sin embargo, si por derecho indiano entendemos el ordenamiento jurídico vigente en las Indias, es obvio que dentro de este concepto debemos comprender no sólo la legislación dictada por la metrópoli para América, sino todas las fuentes jurídicas que rigieron en ella y en las que el Derecho castellano ocupa un lugar importante. De la misma manera, se deben incluir dentro del concepto de “derecho indiano” las disposiciones dictadas por las autoridades castellanas en Indias que tenían reconocida potestad normativa (virreyes, audiencias, cabildos). A este conjunto de disposiciones —para diferenciarlas de las emanadas de la metrópoli—, en la actualidad se les denomina «derecho indiano criollo» Sánchez-Arcilla, José, *Instituciones político-administrativas de la América Hispánica (1492-1810)*, Madrid, Universidad Complutense, 2000, p. 8.

te vinculado con la moral cristiana y el derecho natural”.⁵ Esto en virtud de que:

La moral no sólo inspira reglas jurídicas, sino que incluso regula directamente algunas materias. Los varios problemas que planteará la presencia española en Indias como justicia de sus títulos o derecho a hacer trabajar coactivamente a los indios y muchos más fueron entregados al criterio de teólogos moralistas, como por ejemplo los reunidos con juristas en la Junta de Burgos de 1512. El rey con gran frecuencia hace referencia a su conciencia y a la de las autoridades que le colaboran. Separar a cabalidad la moral del derecho resulta muy difícil en algunas materias como, verbi gracia, lo relativo a intereses y su licitud. Inextricablemente unido a la moral está el derecho natural que no sólo es visto como un conjunto de principios sino que se le contempla en forma concreta. Una norma que cause daño irreparable o escándalo conocido o que haya sido dictada con desconocimiento de los hechos, espontáneo o maliciosamente inducido, contraría al derecho natural, y por ello se la puede suspender y suplicar al rey su cambio o derogación.⁶

Líneas arriba habíamos señalado que el derecho natural ha sido objeto de diversas interpretaciones. Hay que admitir que en esto, no hay una corriente iusnaturalista químicamente pura. Por lo pronto, es menester especificar cual de todos los iusnaturalismos influyó en el derecho indiano. Hay quienes lo denominan como cristiano, tomista o escolástico. Prefiero llamarlo como “iusnaturalismo clásico” en consonancia con Javier Hervada, pues su raíz cultural se origina en la filosofía post-socrática griega y en el pensamiento estoico, destacando Marco Tulio Cicerón.⁷ En efecto, estos autores influirán de manera decisiva en Agustín de Hipona, Isidoro de Sevilla o en Tomás de Aquino. A su vez, los pensadores cristianos sólo matizarán con recursos teológicos lo que habían sostenido filosóficamente los clásicos. En consecuencia, las premisas en que se basaron los clásicos fueron empleadas por los escolásticos bajo medievales y sus herederos de la Escuela de Salamanca, para resolver los problemas

⁵ Dougnac, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 22.

⁶ *Ibidem*, pp. 22 y 23.

⁷ Véase Hervada, Javier, *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 1996, p. 250.

que les fueron contemporáneos. Juan Belda Plans define a la Escuela salmantina como:

...un movimiento estrictamente teológico del siglo XVI que se propone como objetivo primordial la renovación y modernización de la teología, integrado por un grupo amplio de tres generaciones de teólogos, catedráticos y profesores de la Facultad de Teología de Salamanca, todos los cuales consideran a Francisco de Vitoria como el artífice principal del movimiento y siguen los cauces de renovación teológica abiertos por él, hasta principios del siglo XVII.⁸

Javier Hervada no pierde de vista que esta escuela dejó una huella considerable en el pensamiento jurídico, de hecho le denomina “La Escuela Española del Derecho Natural”:

Con el siglo XVI se inaugura un periodo de cerca de tres siglos durante los cuales el derecho natural jugó un papel relevante en determinados aspectos del pensamiento. Por un lado, a él se acudió para encontrar solución a problemas cruciales del momento: la tolerancia y la libertad de las conciencias como resultado de las guerras de religión; las relaciones con los nuevos pueblos de la América recién descubierta y la subsiguiente colonización... etcétera.⁹

Precisamente, en la Universidad de Salamanca durante el siglo XVI, el catedrático de Prima Teología, Francisco de Vitoria, había retomado el ius-naturalismo clásico partiendo de los tratados de la ley y la justicia contenidos en la Suma Teológica de Tomás de Aquino.¹⁰ Es la doctrina

⁸ Belda Plans, Juan, *La Escuela de Salamanca y la renovación de la teología en el siglo XVI*, Madrid, BAC 2000, p. 157.

⁹ Hervada, Javier, *op. cit.*, nota 7, p. 215.

¹⁰ Bien advierte Antonio Osuna Fernández-Largo: “los derechos humanos no son fruto de un laboratorio académico, ni de un gabinete de pensadores, sino una lucha por la justicia en tiempos y lugares muy distintos. Para captar la idea de los derechos humanos hay que hacer una síntesis de todas esas reivindicaciones y luchas por la justicia”. Osuna Fernández-Largo, Antonio, *op. cit.*, p. 9. Es por ello que sea necesario mirar a la abundante doctrina sobre la defensa de los derechos individuales gestada durante el gobierno de la América española. Pocas veces en la historia del derecho se ha visto una relación tan íntima entre el derecho positivo y el pensamiento jurídico. La universidad, como institución constructora del saber superior jugó un papel preponderante y además desde

tomista de Vitoria la que aquí nos ocupará como inicio del itinerario histórico de lo que hoy conocemos como derechos humanos. En esta interpretación, debe admitirse la deuda con Silvio Zavala, quien bajo la influencia de Rafael Altamira y Crevea, consideró a de Vitoria y sus discípulos como fundadores de las ideas modernas que serán vertidas como derechos del hombre y eventualmente, derechos humanos. Zavala ha legado una extensa obra, empero bien sintetizada en sus propias palabras:

No es difícil percibir que la teoría acerca del primer contacto del Nuevo Mundo con Europa, a más de su interés histórico, posee una significación moderna; porque no pocas veces han surgido las circunstancias que rodean la expansión de naciones poderosas y al gobierno de pueblos coloniales. Esto nos autoriza a interpretar la conquista española de América

muy diversos frentes. La Universidad de Salamanca del siglo XVI, aquella que el primer Concilio de Lyon nombró como una de las cuatro grandes lumbreras en 1245, junto a Oxford, París y Bolonia, asumió una vanguardia inusitada. La figura de su catedrático de Prima Teología, el dominico Francisco de Vitoria, causó una impronta formidable. De Vitoria no sólo fue un pensador que recobró el tomismo, sino que mediante tal método formó juristas, funcionarios y misioneros. El tomismo salmantino fue, además, la base para desarrollar no sólo la ciencia teológica, también fundó una escuela de juristas. No basta con llamarles “teólogos-juristas” o “escolásticos tardíos”, la Escuela de Salamanca tuvo su entidad propia. Desde luego, la enseñanza forjada en las aulas próximas al río Tormes, irradió desde Alcalá de Henares hasta la Real y Pontificia Universidad de México, que se establecía en la sede de la Nueva España desde 1553. Ahora bien, es conveniente explicar un poco más la naturaleza del vínculo surgido entre la Escuela de Salamanca y los derechos humanos consagrados en declaraciones solemnes a partir de 1776. Una historia parcial y limitada de miras, por ende, sobrevaloraría el papel de Thomas Hobbes y su *Leviatán*. A su vez, consideraría al holandés Hugo Grocio, como el iniciador de una teoría política que terminaría por fundamentar el moderno derecho de gentes. En ambos casos suelen omitirse las influencias escolásticas, ya remotas o tardías. Pocas veces se habla de las influencias nominalistas, las cuales, a su vez, constituían una importante reacción al tomismo del siglo XIII. En la historia del pensamiento jurídico no hay saltos al vacío, desde el vacío. El debate ético-jurídico que se dio, en principio en Castilla-León y eventualmente en la Monarquía Hispánica, es un eslabón insoslayable para comprender la forma y el propósito de los derechos humanos publicitados en la modernidad. De la mano de ello, el derecho humanitario contemporáneo cuya esencia es el *ius-ad bellum*, encuentra en el contenido de la polémica indianista, muchísimos antecedentes. Una lectura cuidadosa a los escritos de Vitoria, Bartolomé de las Casas, Alonso de la Veracruz o Juan de Ovando —por mencionar algunos— ya nos resulta contundente para aceptar su vínculo histórico. Aún más, si se analiza en el derecho vivo, es decir, las soluciones jurisprudenciales *in situ*, resulta sorprendente la riqueza doctrinal que sustentó las diversas soluciones jurídicas. El producto fue, en síntesis, el conocido derecho indiano.

como un antecedente valioso de la presente experiencia internacional y política, aunque no sean idénticas la terminología ni la individualidad histórica en cada caso.¹¹

No debe de tomarnos por sorpresa que haya sido un teólogo uno de los primeros autores sistemáticos de la concepción de los derechos universales. En primer lugar, en el siglo XVI Castilla-León y la eventual Monarquía Hispánica, conservó la influencia escolástica en el seno de su educación universitaria. Hubo autores de corte humanista (típicamente renacentistas) como Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573) o Juan Luis Vives (1492-1540), sin embargo, el auge intelectual en la Península ibérica se dio con la Escuela de Salamanca o sea, con los discípulos de Vitoria que mantuvieron el discurso tomista en sus escritos. Los nombres son imponentes: Domingo de Soto (1495-1560), Melchor Cano (1509-1560) o Luis de Molina (1535-1600), entre otros. Retornando a Vitoria, hay que tener presente que como todo pensador, sus ideas no surgieron de manera espontánea. Empero, fue un eslabón crucial en el debate indiano. Los precedentes próximos a las soluciones por él aportadas, fueron las denuncias de sus hermanos de religión Bartolomé De las Casas y Julián Garcés. El sevillano es de sobra conocido, y su impronta es más que sobresaliente. Aunque susceptible de matices, basta por ahora traer a cuento la siguiente aseveración de Mary Ann Glendon:

Cuando, en el siglo XIX, las naciones latinoamericanas consiguieron mayor independencia, esas dos líneas convergieron en una más universalista, amparada en el derecho natural. El resultado fue un discurso de derechos claramente latinoamericano. Paolo Carozza ha sido capaz de encontrar las raíces de ese discurso en la aplicación específica y, por extensión, de la filosofía moral tomista de las injusticias de las conquistas españolas en el Nuevo Mundo.

La figura clave en ese desarrollo parece haber sido Bartolomé De las Casas, obispo español del siglo XVI que condenó la esclavitud y lideró la causa de los indios sobre la base de su derecho natural a ser libres, amparado en el hecho de ser miembros de la única comunidad humana. “Todas

¹¹ Zavala, Silvio, *La filosofía política en la conquista de América*, México, FCE, 1993, p. 21.

las personas del mundo son humanos —escribió— y todas las razas de la humanidad son una”.¹²

El texto exacto dice así:

Todas las naciones del mundo son hombres y cada uno de ellos es una no más la definición; todos tienen entendimiento y voluntad, todos tienen cinco sentidos exteriores y sus cuatro interiores, y se mueven por los objetos de ellos, todos huelgan con el bien y sienten placer con lo sabroso y alegre, y todos desechan y aborrecen el mal y se alteran con lo desabrido y les hace daño.¹³

De las Casas fue la figura más sonora, tanto en Indias como en la Península. Empero, bien merece la pena escuchar la advertencia de Bartolomé Clavero: “Las Casas no puede decirse que fuera un buen jurista... Su ciencia jurídica, igual que la teológica, era tardía, atropellada, torpe y de acarreo”.¹⁴ Otras voces tuvieron el peso suficiente para influir en el derecho positivo en razón de su agudeza y rigor. Julián Garcés (1452 - 1542), si bien es cierto que es menos recordado que De las Casas, consiguió que su defensa de los derechos de los indígenas americanos llegara a Roma, luego de saltar las barricadas del Regio Patronato. El que fuera primer obispo en Tlaxcala, con más argumentos antropológicos que jurídicos consiguió conmover al papa Paulo III, el cual publicó en 1537 la bula *Sublimis Deus*. Para Silvio Zavala, este documento será una verdadera declaración en la defensa de la libertad de los indios:

Un eco importante de este pensamiento (defensa de la libertad cristiana) se encuentra en la famosa bula del papa Paulo III, de 9 de junio de 1537. Ella declara con una autoridad ante el mundo cristiano de que carecían las opiniones de los tratadistas, que: “la misma Verdad, que no puede engañar ni ser engañada, cuando enviaba los Predicadores de su fe a ejercitar este oficio, sabemos que les dijo *Id y enseñad a todas las gentes*, a todas dijo, in-

¹² Glendon, Mary Ann, “El crisol olvidado, la influencia latinoamericana en la idea de los derechos humanos universales”, *Nuestro Tiempo*, Pamplona, año LIX, núm. 604, octubre de 2004, pp. 104 y 105.

¹³ Historia de las Indias, libro II, capítulo LVIII.

¹⁴ Clavero, Bartolomé, *Genocidio y justicia. La destrucción de las Indias, ayer y hoy*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 50.

diferentemente, porque todas son capaces de recibir la enseñanza de nuestra fe... aquestos mismos indios, como verdaderos hombres... son capaces de la fe de Cristo... declaramos que los dichos indios y todas las demás gentes que de aquí adelante vinieren a noticia de los cristianos, aunque estén fuera de la fe de Cristo, no están privados, ni deben serlo, de su libertad ni del dominio de sus bienes... han de ser atraídos y convidados a la dicha fe de Cristo...” La serena confianza con que se dice que todos los hombres son capaces de recibir la enseñanza de la fe y que no deben perder su libertad ni sus bienes, rebasa cualquier noción fundada en la experiencia; pues eso se afirma de los indios ya conocidos y de “todas las demás gentes que de aquí adelante vinieren a noticia de los cristianos”.¹⁵

¹⁵ Zavala, Silvio, *op. cit.*, nota 11, pp. 87 y 88. Merece la pena una lectura detenida del texto completo de la bula *Sublimis Deus*: “Paulo obispo siervo de los siervos de Dios: a todos los cristianos que las presentes letras vieren salud y bendición apostólica: El excelso Dios de tal manera amó al género humano que hizo al hombre de tal condición que no sólo fuese participante del bien, como las demás criaturas, sino que pudiese alcanzar y ver cara a cara el Bien sumo inaccesible, y como quiera que según el testimonio mismo de la Sagrada Escritura, el hombre haya sido creado para alcanzar la vida y felicidad eternas, y esta vida y felicidad eternas ninguno la puede alcanzar sino mediante la fe de nuestro señor Jesucristo; es necesario confesar que el hombre es de tal condición y naturaleza que pueda recibir la fe de Cristo y que quien quiera que tenga la naturaleza humana es hábil para recibir la misma fe. Pues nadie se supone tan necio que crea poder obtener el fin, sin que de ninguna manera alcance el medio sumamente necesario. De aquí es que la Verdad misma que no puede engañarse ni engañar, sábese que dijo al destinar predicadores de la fe al oficio de la predicación *Euntes docete omnes gentes*. A todas dijo sin ninguna excepción como quiera que todos son capaces de la doctrina. Lo cual, viendo y envidiando el émulo del mismo género humano que se opone a todos los buenos a fin de que perezcan, escogió un modo hasta hoy nunca oído para impedir que la palabra de Dios se predicase a las gentes para que se salvaran y excitó a algunos de sus satélites, que deseos de conocer su codicia, se atreven a andar diciendo que los indios occidentales o meridionales deben reducirse a nuestro servicio como brutos animales poniendo por pretexto que son incapaces de la fe católica y los reducen a esclavitud apretándolos con tantas aflicciones cuantas penas usarían con los brutos animales de que se sirven. Por lo tanto nosotros que, aunque indignos, tenemos en la tierra las veces del mismo señor nuestro Jesucristo, y que con todas nuestras fuerzas procuramos reducir a su aprisco las ovejas de su grey de él, que nos han sido encomendadas y que están fuera del su aprisco. Teniendo en cuenta que aquellos indios, como verdaderos hombres que son, no solamente son capaces de la fe cristiana, sino que (como nos es conocido), se acercan a ella con muchísimo deseo; y queriendo proveer los convenientes remedios a estas cosas, con autoridad apostólica por las presentes determinamos y declaramos, sin que contradigan cosas precedentes ni las demás cosas, que los dichos indios y todas las otras naciones que en lo futuro vendrán a conocimiento de los cristianos, aun cuando estén fuera de fe, no están sin embargo privados ni hábiles para ser privados de su libertad ni del dominio de

Lo afirmado por el papa Farnesio implicaba un giro copernicano respecto de lo hecho por sus predecesores como Alejandro VI o Julio II. El texto de la bula —especie de decreto o acto de *motu proprio*—, no concibe la potestad del romano pontífice como un líder suprasoberano, sino que se trata de una declaración de *auctoritas* de un guía espiritual. Paulo III debió haberse encontrado con su Damasco al llegar a la cátedra de Pedro. Mas que ser el típico papa renacentista, fue un auténtico reformista, reconociendo en 1540 a la Compañía de Jesús, que había fundado el inmenso Ignacio de Loyola. En 1546 Farnesio convocó al histórico Concilio de Trento. Desde luego auspiciado por Carlos V —¿acaso un intento de volver al cesaropapismo?—, de quien era en cierta manera deudor. Pero, a la luz del pontificado de Paulo III, es más larga su estela espiritual, que lo que tuviese tintes de un Papa más involucrado en el mundo, como sus antecesores. Ahora bien, ¿Será la bula *Sublimis Deus* el primer documento declarativo de derechos humanos con tal carácter universal? Hay autores que así lo sostienen, y no cabe duda que al respecto no se ha dicho la última palabra.¹⁶ En estas notas, no quisiera hacer una afirmación de tal contundencia. Además de que los derechos humanos —como concepto moderno— se conciben en el seno de una filosofía política determinada y en el contexto del nuevo régimen, en primera instancia, la bula no llegó a tener la difusión deseada en virtud del pase regio conservado por el emperador Carlos, a la sazón titular del Real Patronato de Indias.¹⁷ De acuerdo a Ismael Sánchez Bella, el Pase Regio era:

sus cosas, más aun, pueden libre y lícitamente estar en posesión y gozar de tal dominio y libertad y no se les debe reducir a esclavitud, y lo que de otro modo haya acontecido hacerse sea irrito, nulo y de ninguna fuerza ni momento, y que los dichos indios y otras naciones sean convertidos a la dicha fe de Cristo por medio de la predicación de la palabra de Dios y del ejemplo de la buena vida; y que a las copias de las presentes letras firmadas de la mano de algún notario y corroboradas con el sello de alguna persona constituida en dignidad eclesiástica, se ha de prestar la misma fe”. Transcripción y traducción de Mariano Cuevas, en Cuevas, Mariano, *Documentos inéditos para la historia de México*, México, Porrúa, 1975, pp. 84-86.

¹⁶ Véase Osuna Fernández-Largo, Antonio, *op. cit.*, nota 10, p. 27.

¹⁷ El Real Patronato Indiano, consistió en un conjunto de privilegios jurídico-cánonicos concedidos por el Romano Pontífice, a la Corona de Castilla. Explica Ismael Sánchez Bella “Según el derecho canónico (canon 1448 del Código de Derecho Canónico de 1917), Patronato es “la suma de privilegios con algunas cargas, que competen por concepción de la Iglesia a los fundadores católicos de iglesia, capilla o beneficio, o también a aquellos que tienen causa con ellos”. Es decir, a quien hace una Iglesia o establece un beneficio, etcétera..., la Iglesia le concede privilegios (por ejemplo presentar a quien haya

Un derecho que se arrogan los Reyes (consistente en) retener las bulas papales y ver si lesionan o no sus privilegios eclesiásticos. El Rey o sus Consejos reciben la Bula y la analiza; si estima que lesiona sus derechos, no la publica; en caso contrario, le da curso legal. Es por tanto, una retención ilícita de Bulas; ha sido condenado en numerosas ocasiones por los Papas: Leon X en 1508, Clemente XI en 1714, Pio IX en 1853, y en 1870 por el Concilio Vaticano I. Una Bula que condenaba estas prácticas (Bula “In coena Domini”, del siglo XVI), también fue retenida...¹⁸

Así pues, la bula *Sublimis Deus* se vio frenada por Carlos V, a quien no le agradó del todo su contenido. Sin embargo, el texto —de nuevo contando con los buenos oficios de Julián Garcés— llegó a las Indias, y causó impronta, basta traer a colación al incansable apóstol del indio, el sevillano Bartolomé De las Casas.¹⁹ Pero en un campo más riguroso (desde la perspectiva científica), será con Francisco de Vitoria que la semilla de Paulo III (inclúyanse los esfuerzos de Alonso de la Veracruz y otros) rinda frutos.

Existe una polémica casi interminable en torno a la obra de Francisco de Vitoria (1485-1546) y su influencia. ¿Fue o no el padre del *ius gentium* moderno? ¿Su doctrina implica una conexión entre el pensamiento bajo-medieval y el moderno? Y podríamos seguir. Consideraremos al siguiente párrafo de Juan Antonio Carrillo Salcedo, como la referencia a tomarse en cuenta:

...cuando ante el hecho del descubrimiento Francisco de Vitoria se planteó la cuestión de los títulos jurídicos que podían legitimar la presencia de

de dirigir la iglesia construida)” Sánchez Bella, Ismael, *Lecciones de historia del derecho español, Segunda parte*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1984, p. 164. Concretado al gobierno de la América Española, José María Ots Capdequí precisa que “por virtud del Regio Patronato, correspondió a la Corona la presentación de todas las dignidades eclesiásticas de las Indias, cualquiera que fuere su jerarquía, y la percepción de los diezmos, con la obligación, por parte de los monarcas, de atender cumplidamente a los gastos de la erección de iglesias y a los de su sostenimiento.” Ots, José María, *El Estado español en las Indias*, México, FCE, p. 67.

¹⁸ Sánchez Bella, Ismael, *Lecciones de historia, ibidem*, p. 164.

¹⁹ De hecho, fray Bartolomé citó completamente la bula *Sublimis Deus* en su obra conocida como *De unico vocationis modo*, texto presentado por Agustín Millares Carló y Lewis Hanke en una edición contemporánea. Véase Casas, Bartolomé de las, *Del único modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión*, trad. de Atenógenes Santamaría, México, FCE, 1975, 476 pp.

los españoles y su dominio sobre nuevos territorios y sus poblaciones (en su *Relectio de Indis recenter inventis*, de 1539), no sólo abordó el problema ético de la conquista sino que, además, contribuyó decisivamente a la creación del moderno derecho internacional al rechazar los títulos tradicionales y, en particular, la pretendida autoridad universal del pontífice. De este modo, al afirmar el derecho natural de los autóctonos a constituir sociedades políticas independientes y no admitir otro título que el *ius communicationis*, Francisco de Vitoria y la escuela de teólogos y juristas que se conoce con el nombre de Escolástica española sentaron las bases de una concepción universal de la comunidad internacional, constituida por Estados soberanos e independientes.²⁰

Si a de Vitoria se le puede atribuir tal paternidad o no, no es nuestra preocupación en esta introducción.²¹ Sin embargo, lo que implica ese derecho natural de los autóctonos sí. Para entender el salto cualitativo que implicó este planteamiento expuesto brillantemente por el profesor de la Universidad de Salamanca, hay que tener presente el trato jurídico bajo medieval que se concedía a los infieles (es decir, aquéllos que no habían sido bautizados). Éstos no se encontraban en una posición jurídica de igualdad. En la práctica y en razón de tal pretexto, no se reconocían derechos universales, si acaso concesiones particulares.²² Los resultados de la Junta de Burgos de 1513 no fueron alentadores. En este orden de ideas, Silvio Zavala, delimita dos periodos en la solución del problema jurídico del dominio peninsular en Indias. En el primero (anterior a la *Relectio* de Vitoria):²³

...se comenzaron a pensar títulos que los europeos podían considerar justos, pero que se fundaban: o en la ampliación de jurisdicciones y valores

²⁰ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *El derecho internacional en perspectiva histórica*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 17.

²¹ Sobre esta polémica, véase Ortiz Treviño, Rigoberto Gerardo, "La naturaleza jurídica del *ius gentium* de acuerdo con la doctrina de Francisco de Vitoria. Estudio breve en honor al pensamiento de Antonio Gómez Robledo", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, 2005, t. 17, pp. 25-52.

²² En otro lugar hablaremos de ciertos derechos reconocidos mediante pactos entre los reyes y minorías. No hay duda de que se trató de saltos cualitativos para la historia del derecho, pero la desigualdad subsistía, negando lo que realmente importa: el fundamento del carácter universal de los derechos elementales de toda persona humana.

²³ Una *relectio* o reelección es una especie de conferencia magistral, de carácter extraordinaria, ya que la *lectio* era la clase ordinaria en la vida universitaria. Han trascendido muchas reelecciones vitorianas, sobre todo de temas de teología moral.

propios de Occidente (autoridad temporal del papa, jurisdicción temporal del emperador), o en deprimir la categoría jurídica del indio por ser bárbaro, pecador, infiel, vicioso; hallado alguno de estos títulos se concluía el deber de los indios de someterse pacíficamente, y que si se resistían, podían los europeos declararles guerra justa.²⁴

Es cierto que de Vitoria no había descubierto el hilo negro. La personalidad jurídica del indio había sido defendida por los ya mencionados Montesinos, De las Casas o Garcés. La peculiaridad en el burgalés fue la hondura jurídica con que lo argumentó, y es por ello que su legado es más sólido. En la *Relectio de Indis recenter inventis*, antes de refutar ciertos títulos invocados tanto por el derecho positivo como por la doctrina, de Vitoria se preocupa por analizar la capacidad de dominio (*verii domini*) de los naturales de América, desarmando, paso a paso lo sofismas en contrario: "...para proceder con orden, preguntamos primero si los indios, antes de la llegada de los españoles, eran verdaderos dueños en el orden privado y en el orden público, si eran verdaderos propietarios de sus cosas y de sus haciendas, y si había entre ellos algunos que eran sus príncipes y señores".²⁵

Esta tesis fue el punto de partida para poder entrar de lleno en el debate sobre los justos títulos. La *Sublimis Deus* ya había asestado un fuerte golpe para los defensores de la servidumbre natural o por causas de infidelidad, empero, había que apuntalar desde las aulas universitarias lo que Paulo III había dictado en la Cátedra de Pedro:

²⁴ Zavala, Silvio, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, México, Porrúa, 1988, p. 15. Basta ilustrar lo anterior con un fragmento del nada célebre "Requerimiento que de parte de su majestad se ha de hazer a los Indios": "...uno de los pontífices passados que en lugar deste sucedió en aquella silla e dignidad que he dicho, como señor del mundo, hizo donación destas islas y Tierra Firme del mar Oceáno a los dichos rey e reyna y a sus subcessores... Por ende, como mejor puedo vos ruego y requiero que entendáis bien ésto que os he dicho, y tomeis para entenderlo y deliberar sobre ello el tiempo que fuere justo, y reconocáis a la Iglesia por señora... y al rey y a la reina, nuestros señores, en su lugar, como superiores e señores y reyes desas islas y Tierra Firme... Si no lo hiciéredes, o en ello dilación maliciosamente pusiéredes, certificoos que con el ayuda de Dios yo entraré poderosamente contra vosotros y vos haré guerra por todas las partes y maneras que yo pudiere... y tomaré vuestras personas... y los haré esclavos", Cedulaire De Encinas, IV, pp. 226 y 227.

²⁵ Vitoria, Francisco de, *Doctrina sobre los indios*, edición facsimilar, traducción y notas de Ramón Hernández Martín, Salamanca, San Esteban, 1989, pp. 65 y 66.

Si no era viable argüir con la irracionalidad, era necesario inventar otros motivos para el total vasallaje. ¿No serán estos indios esa clase de hombres a los que Aristóteles llama siervos por naturaleza? Nuestro gran americanista (De Vitoria) se pregunta —para dar respuesta a ese interrogante— “si antes de la llegada de los españoles a aquellas tierras, los indios eran verdaderos dueños pública o privadamente”.

Los antiindigenistas pretenden fundar bien su conducta en los moralistas y juristas clásicos. Siervos por naturaleza serían, según la terminología de Aristóteles, “los que no tienen la suficiente razón para regir ni siquiera a sí mismos, sino que sólo les vale su entendimiento para hacerse cargo de lo que se les manda...”.²⁶

Además del pensamiento aristotélico, había otro autor para rumiar. Era el caso del teólogo John Wyclif.²⁷ Sigamos la síntesis de Zavala:

...como ejemplo de otra posición que debilita el derecho del infiel ante el avance cristiano, recordemos la teoría de Juan Wycliffe (1324-1384): todo derecho humano (*sic*) presupone como su causa el derecho divino; en consecuencia, todo dominio que es justo según los hombres, presupone un dominio que es justo según Dios. Como la gracia falta al hombre injusto (entiéndase aquí “infiel”) o que está en pecado mortal, no tiene propiamente dominio.²⁸

En un principio, el burgalés tuvo que rebatir en el terreno de Wyclif, es decir, el teológico. No es mi intención divagar, pero en este aspecto, se puede llegar a la médula de lo que Jacques Maritain (1882-1973), años después, formulará como dignidad del ser humano, es decir, el fundamento de los derechos que nos ocupan en esta introducción. Para entonces, el neotomista francés habrá contado incluso con las aportaciones del pensamiento kantiano y la corriente personalista, ya fuese para aderezar lo que De Vitoria planteó de raíz, o incluso —cosa que ya se verá en

²⁶ Hernández, Ramón, Francisco de Vitoria, *Vida y pensamiento internacionalista*, Madrid, BAC, 1985, pp. 281 y 282.

²⁷ John Wyclif nació en el Yorkshire e hizo sus estudios teológicos en Oxford. Es un precursor del protestantismo, destacando su menosprecio ontológico y axiológico al infiel. Luego de su muerte, su posición fue condenada por el Concilio de Constanza. Bowden, John, *Who's Who in Theology*, Londres, SCM Press, 1991, p. 131.

²⁸ Zavala, Silvio, *op. cit.*, nota 11, p. 26.

su oportunidad— distorsionarlo. Por lo pronto veamos como el burgalés desarmó a su oponente:

Algunos han defendido que el título del dominio es la gracia y, por consiguiente, que los pecadores, al menos los que están en pecado mortal, no tienen dominio sobre ninguna cosa. Éste fue el error de los pobres de Lyon o valdenses, y después de Juan Wicleff, de quien fue condenado en el Concilio de Constanza este error: nadie es señor civil mientras está en pecado mortal...

Contra esta sentencia establecemos la siguiente proposición: el pecado mortal no impide el dominio civil y el verdadero dominio...²⁹

Desde luego, la descalificación por argumentos de autoridad (por ejemplo “lo dijo tal Concilio”), no es lo que nos ocupa, sino las argumentaciones meramente jurídicas, que son el siguiente paso:

Si uno peca, no tiene dominio civil, según dicen los contrarios; luego tampoco tiene el dominio natural o de propiedad. Ahora bien, esto es falso, luego también es falso que no tenga el dominio civil. La razón es que también el dominio natural es un don de Dios, como el civil e incluso más, porque el civil parece más bien de derecho humano (entiéndase aquí derecho positivo). Por tanto, si por el pecado el hombre pierde el dominio civil, también pierde el natural. La falsedad de lo segundo es evidente, porque no pierde el dominio de los propios actos y sobre los propios miembros.³⁰

Este planteamiento será extendido para argumentar la defensa de infieles y herejes. Zavala resume: “Como esta teoría reconoce que la base del dominio es la simple potencia racional del hombre, no la condición religiosa del mismo, se halla en aptitud de ser más tolerante con los derechos de los infieles”.³¹ En efecto, Francisco de Vitoria fue un defensor de la *naturalis ratio*, es decir “...la razón que pregunta por el fin y el sentido de las cosas”.³² Una *naturalis ratio* que no era obscurecida por el pecado, infidelidad o herejía, como lo sostuvieron los valdenses,

²⁹ Vitoria, Francisco de, *op. cit.*, nota 25, pp. 67 y 68. El Concilio de Constanza tuvo verificativo entre 1414 a 1418, fue el 16 ecuménico. Los errores de John Wyclif fueron condenados en la sesión octava del 4 de mayo de 1415.

³⁰ *Idem.*

³¹ Zavala, Silvio, *op. cit.*, nota 11, p. 27.

³² Verdross, Alfred, p. 147.

Wyclif o Martín Lutero. Explica Verdross: “Se podría considerar como el *leitmotiv* de todos los trabajos de Vitoria la conocida frase de Santo Tomás (de Aquino): la gracia no modificó la naturaleza humana, sino al contrario, edificó sobre ella, perfeccionándola (*gratia ordinem naturae non mutat, sed perficit*)”.³³ De Vitoria defendió la capacidad de dominio de los indios, incluso contra otros argumentos, que pretendían reducirles al nivel de niños o hasta de amentes. La apología tanto de la *naturalis ratio*, como de la consecuente capacidad de dominio, remiten a fuentes más remotas que la obra de Santo Tomás de Aquino, es decir, nos llevan en ruta directa al derecho romano clásico. Gayo (*circa*. S. II d.C.), en sus *Institutas* describió el *ius gentium* de la siguiente manera: “(*ius gentium est*) *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*”, es decir: “(el derecho de gentes es) el que la razón natural establece entre todos los hombres, ése se observa uniformemente entre todos los pueblos y se llama derecho de gentes, como si dijéramos el derecho que usan todas las naciones.”³⁴ Este derecho de todas las naciones es definido, luego de tratar acaezca del derecho propio o derecho civil. Comenta Hervada: “Evidentemente, Gayo nos está diciendo que hay un *derecho positivo* (establecido por cada pueblo) y un *derecho natural* (el que ha establecido la *naturalis ratio*)”.³⁵

Al admitir Gayo que existe una común razón entre todos los seres humanos, llega a sostener que ningún esclavo es cosa, aunque pueda ser tratado como tal en determinadas circunstancias previstas por el *ius civilis* (derecho positivo romano): “*Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*”.³⁶ Gayo refleja con simplicidad —la de alguien con una profunda vocación didáctica— un pensamiento que caló hondo en el concepto de dignidad: el de la *Stoa*.³⁷

³³ *Idem*.

³⁴ Gayo, *Institutas*, I, 1, edición de Domingo Oslé, Rafael (coord.), *Textos de derecho romano*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2002, p. 39.

³⁵ Hervada, Javier, *op. cit.*, nota 7, p. 79.

³⁶ “Ciertamente, la primera división del derecho de personas es ésta: todos los hombres o son libres o son esclavos”, Gayo, *Institutas*, I, II, 9, *cit.*, nota 34, p. 40.

³⁷ Explica Francisco Carpintero: “los romanos parecen oscilar entre dos ideas muy distintas de este derecho (derecho natural). De un lado lo entienden al modo de San Pablo, como una ley escrita en el corazón del hombre que le lleva a discernir lo bueno de lo malo; ésta sería la actitud de Celso o Paulo, entre los jurisperitos romanos. Pero otros

Sin embargo, merece la pena hacer un alto, y enfatizar porqué la defensa de la capacidad de dominio (y de la *naturalis ratio*), fue la piedra angular de lo que será denominada como dignidad de la persona, y algo más, del resultante carácter universal de los derechos humanos. Con todo lo que hemos dicho hasta ahora, debemos dar una definición, aunque provisional, del término dignidad. Javier Hervada señala que "...la dignidad humana consiste en la eminencia o excelencia del ser humano...".³⁸ Tal eminencia encuentra su fundamento precisamente en que la persona es un ser capaz del autodomínio, toda vez de que posee razón y voluntad. A esto le llama Hervada "libertad fundamental o radical":

Esta radical libertad fundamental es propia de la intensidad de ser, que otorga a la persona un ser completo en sí –al menos en la esfera más íntima y radical, lo que quiere decir que posee mayores capacidades o potencias de ser, aunque no necesariamente en su grado máximo (salvo que hablásemos de Dios). En virtud de ello el ser personal domina su propio ser...³⁹

Contando con tal fundamento antropológico, en la segunda parte de la histórica *Relectio*, de Vitoria desarrolla lo que denominó "Títulos Legítimos de la Ocupación de las Indias por los Españoles". El burgalés ahora pretenderá justificar la ocupación de las Indias.⁴⁰ El título primero "De la sociabilidad y comunicación natural", es el que le ha concedido el título de paternidad del derecho internacional moderno. Esto se considera así al perfeccionar el concepto de *ius Gentium* que Gayo había expuesto en sus Institutas, y que será menester retomar: *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custodi-*

juristas entienden perfectamente que el derecho natural es un estadio originario de la humanidad que se ha caracterizado por la *communis omnium possessio* y la *omnium una libertas*, según la terminología que contribuyó a popularizar Isidoro de Sevilla." Carpintero Benítez, Francisco, *Historia del derecho natural, un ensayo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 329.

³⁸ Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 1992, p. 452.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ De Vitoria dicta la *Relectio* en comento en 1539. Muchos hechos estaban ya consumados, basta pensar que en 1535 ya se había establecido el Virreinato de la Nueva España. De Vitoria concluye en la *Relectio* una extraordinaria posibilidad: "de toda la relectión parece seguirse que, si cesasen todos estos títulos de tal manera que los indios no dieran motivo de guerra justa, ni quisieran tener a los españoles por jefes, etc. Cesaría toda expedición de este género, con gran perjuicio de los españoles". Vitoria, Francisco de, *op. cit.*, nota 25, p. 105.

*tur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.*⁴¹ De Vitoria habla ya del *jus inter gentes*, es decir, un orden jurídico que rige las "...relaciones entre los pueblos".⁴² Verdross distingue 7 principios rectores en tal doctrina:⁴³

41 "...el que la razón natural establece entre todos los hombres, ése se observa uniformemente entre todos los pueblos y se llama derecho de gentes, como si dijéramos el derecho que usan todas las naciones." Gayo, *op. cit.*, nota 34, p. 39.

42 Verdross, Alfred, p. 147.

43 *Cfr.* Verdross, *op. cit.*, pp. 148 y 149. Véase el siguiente fragmento del texto De Vitoria: "el primer título puede nombrarse de la sociedad y comunicación natural.

2. Y acerca de esto sea así la primera conclusión: los españoles tienen derecho de recorrer aquellas provincias y de permanecer allí, sin que puedan prohibírseles los bárbaros, pero sin daño alguno de ellos.

Se prueba, en primer lugar, por el derecho de gentes, que es derecho natural o del derecho natural se deriva, según el texto de las Instituciones "Lo que la razón natural estableció entre todas las gentes se llama derecho de gentes". Mas en todas las naciones se tiene como inhumano el tratar y recibir mal a los huéspedes y peregrinos sin motivo alguno especial, y, por el contrario, es de humanidad y cortesía comportarse bien con ellos, a no ser que los extranjeros reportaran daño a la nación.

Segundo. Al principio del mundo (como todas las cosas fuesen comunes), era lícito a cualquiera dirigirse y recorrer las regiones que quisiese. Y no se ve que haya sido esto abolido por la división de las tierras, pues nunca fue la intención de las gentes evitar la mutua comunicación de los hombres por esta repartición; y en tiempos de Noé fuera ciertamente inhumano.

Tercero. Todas las cosas que no están prohibidas o que no van en perjuicio e injuria de los otros son lícitas. Pero, como suponemos, la tal peregrinación de los españoles no injuria ni daña a los bárbaros; luego es lícita.

Cuarto. No sería lícito a los franceses prohibir a los españoles recorrer la Francia ni aun establecerse en ella, o viceversa, si no redundase en su daño o se les hiciera injuria; luego tampoco a los bárbaros.

Quinto. El destierro se cuenta entre las penas capitales; luego es lícito desterrar a los huéspedes sin culpa alguna.

Sexto. Compete al derecho de guerra negar la estancia en la ciudad o provincias a los que se consideren como enemigos y arrojar de ella a los que ya se encuentran allí establecidos. Y pues que los bárbaros no están en guerra justa con los españoles, supuesto que estos no les sean dañosos, no les es lícito negarles residir en su patria.

El séptimo argumento lo forma aquello del poeta:

¿Qué raza de hombres es ésta, o qué nación tan bárbara es ésta que permite un tal trato? ¿Se nos veda el abrigo y hospedaje de sus costas!

Octavo. Todo animal ama a su semejante. Luego la amistad entre los hombres parece ser de derecho natral, y contra la naturaleza el impedir la compañía y consorcio de los hombres que ningún daño causan.

- a) La comunidad internacional no se basa en una fe determinada sino en la ley natural (expresión normativa de la común naturaleza de todo ser humano).
- b) En consecuencia, las naciones se encuentran ligadas por la ley natural.
- c) El orden jurídico de cada nación debe fundarse en la ley natural.
- d) Esto descalifica las pretensiones de dominio por parte del Papa o de un supuesto Emperador universal (deseo de Carlos V), ya que no hay títulos de derecho natural al respecto.
- e) Entre las naciones hay una comunidad natural tanto para comunicaciones como para comercio.
- f) Hay bienes (como ríos navegables o el mar) que son comunes a todas las naciones.
- g) La guerra pudiera justificarse en virtud del derecho natural, cuando implica la legítima defensa de un agresor o para reparar una injuria cometida por una nación enemiga.
- h) Una nación puede intervenir en otra en virtud de la defensa de los inocentes.

El noveno argumento lo forma aquello de San Mateo: fui huésped y no me disteis hospitalidad. Por consiguiente, como parezca ser de derecho natural el recibir a los huéspedes, aquel juicio de Cristo se establecerá con todos y para todos.

Décimo. “Por derecho natural, comunes a todos son las aguas corrientes y el mar; lo mismo los ríos y los puertos; y las naves por derecho de gentes es lícito atracar a ellos”, según se dice en las Instituciones. Y por la misma razón parecen públicas esas cosas, luego nadie puede prohibir el huso de ellas. De donde se sigue que harían injuria a los españoles los bárbaros, si se lo prohibieran en sus regiones.

Undécimo. Porque si no fuera lícito a los españoles viajar por aquellas provincias, ello sería por derecho natural, por derecho divino o por derecho humano. Por derecho natural y divino es cierto que se puede. Si, pues, hubiera alguna ley humana que sin causa alguna prohibiera lo que permite el derecho natural y divino, sería inhumana e irracional, y, por consiguiente, no tendría fuerza de ley.

Décimo tercero. O los españoles son súbditos de ellos o no. Si no son súbditos no se les puede prohibir. Si son súbditos están obligados a tratarlos debidamente.

Décimo cuarto. Los españoles son prójimos de los bárbaros, como se ve por la parábola del samaritano en el Evangelio de San Lucas. Pero tienen obligación de amar a sus prójimos como a sí mismos, luego no les es lícito prohibir el acceso a su patria a los españoles sin motivo alguno. Que, como dice San Agustín: “Cuando se dice amarás a tu prójimo es manifiesto que todo hombre es prójimo”. Vitoria, Francisco de, *Relecciones del Estado, de los indios, y del derecho a la guerra*, con una introducción de Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 1984, pp. 59-72.

Los incisos g y h, se refieren al título legítimo número 5, que es el fundamento de lo que se conocerá posteriormente, como injerencia por causas humanitarias, y que dicho sea de paso, le otorga a De Vitoria otra paternidad, la del derecho internacional humanitario:

Otro título podría establecerse a causa de la tiranía o de los mismos señores indios, o de las leyes inicuas e inhumanas, por ejemplo, porque sacrifican a hombres inocentes o porque matan para comerlos, etcétera. Afirmo que, hasta sin la autoridad del papa, pueden los españoles apartar a los indios de toda nefasta costumbre, porque pueden defender al inocente de la muerte injusta.⁴⁴

El título resultó sorprendentemente innovador en su momento, y lo veremos reconocido por la comunidad internacional siglos después en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. En este sentido, comenta Romualdo Bermejo:

Fue precisamente en este contexto (derecho medieval), en el que el *ius ad bellum* era considerado como un derecho soberano, cuando surgió en el siglo XVI la Escuela Española de Derecho internacional, la cual elaboró una espléndida construcción sobre la guerra justa (*iustum bellum*). Así para los teólogos como Francisco de Vitoria..., la guerra justa es aquélla que ha sido desencadenada a causa de una injuria recibida, para castigar a aquél que ha violado un derecho o para la protección de inocentes.⁴⁵

El adjetivo “espléndido”, sólo lo podemos emplear a favor de la defensa de los inocentes. En contrapartida, respecto de la justificación de una guerra como venganza a una injuria —planteamiento típicamente medieval— la Carta de San Francisco la ha abolido sin dejar ningún lugar a dudas.⁴⁶ El pensamiento de Francisco de Vitoria nos daría para mu-

⁴⁴ Vitoria, Francisco de, *op. cit.*, nota 25, p. 102.

⁴⁵ Véase Bermejo García, Romualdo, *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites*, Madrid, Universidad de Navarra Facultad de Derecho y CIVITAS, 1993, p. 24.

⁴⁶ Caso distinto es la legítima defensa ante una agresión de otro Estado. Véase *ibidem*, 1993, pp. 395-406. La Carta de la Organización de las Naciones Unidas en su Capítulo VII establece los siguiente: “Capítulo VII acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”

Artículo 39: El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá

chas páginas más, pero para no extraviarnos de nuestro propósito, y a modo de conclusión parcial, consideraremos la siguiente opinión de Ramón Hernández:

Dos perspectivas nuevas tendrá en cuenta aquí Vitoria (se refiere al apartado de los justos títulos) en la formulación y estudio de los derechos humanos: una microcómica o internacionalista, que mira a las exigencias de los pueblos o sociedades civiles, y otra microcómica o individualista, que se fundamenta en la dignidad de la persona humana con sus derechos inalienables. Se inspira para ello en la doctrina evangélica, en el derecho antiguo y en la teología tomista, pero logra ofrecernos una visión tan personal de sus contenidos, que justamente puede considerarse como el creador del derecho internacional moderno o entre los diversos Estados, y el primer teorizante de los derechos humanos individuales y sociales.⁴⁷

Pero, ¿qué secuelas dejó este pensamiento? De Vitoria, aunque logra dar un golpe de timón en la historia del *ius gentium*, es un precursor del pensamiento moderno, más no un autor que pueda ser considerado como integrante de tal escuela (o conjunto de escuelas, cosa que ya precisaremos en su oportunidad):

La influencia de Vitoria fue determinante también en los primeros juristas no españoles que contribuyeron a la creación del Derecho Internacional moderno. El primer teorizador del derecho internacional, el holandés H. Grocio, recibe una fuerte influencia vitoriana, y tras él otros importantes

que medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

Artículo 40: a fin de evitar que la situación se agrave, el Consejo de Seguridad, antes de hacer las recomendaciones o decidir las medidas de que trata el artículo 39, podrá instar a las partes interesadas a que cumplan con las medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables. Dichas medidas provisionales no perjudicarán los derechos, las reclamaciones o la posición de las partes interesadas. El Consejo de Seguridad tomará debida nota del incumplimiento de dichas medidas provisionales.

Artículo 41: El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.

⁴⁷ Hernández, Ramón, Francisco de Vitoria, *Vida y pensamiento internacionalista*, Madrid, BAC, 1985, p. 320.

juristas como Gentili y Pufendorf; asimismo se pueden citar también representantes de la filosofía política y del derecho: Bodin, Althusius, E. Ranzovius, Locke y otros, hasta el siglo XIX.⁴⁸

En efecto, como precursor, puede notarse una influencia más directa en el pensamiento del holandés Hugo Grocio (1583-1645) autor de las obras *De mare liberum* (1609) y *De Iure belli ac pacis* (1625). En el capítulo siguiente nos ocuparemos de Grocio, por ahora sólo apuntaremos que este teólogo "...construyó el primer sistema de derecho internacional de la historia. Pero su influencia no se limitó a dicha disciplina, sino que iluminó también a la totalidad de la filosofía moderna del derecho".⁴⁹ A su vez, de Vitoria influyó como lo hace un maestro en todo lo que conlleva tal palabra, impactando tanto en discípulos como en el derecho positivo. Esto último, lo ilustra perfectamente Manuel María Salord Bertrán:

A mediados del siglo XVI, se produce un gran cambio en las normas jurídicas sobre la conquista y la libertad del indio. Propiciadora de ese cambio es la fe cristiana de los pueblos de España que exige una autorreflexión sobre los errores cometidos; es la fe de los misioneros, pero también la de los conquistadores y hombres de gobierno, muchas veces en dura pugna con sus intereses económicos y de poder. Dentro de esta realidad, la obra de Vitoria sobre los indios —obra que supera amplísimamente las directrices de la experiencia colonizadora de los países europeos del siglo XIX en humanidad— se erige en conciencia de la nación, en cauce y catalizador de los esfuerzos humanizadores de las situaciones y de las leyes y aporta, sin duda, la fundamentación teológica-jurídica para que sea posible el cambio hacia el ideal de justicia en los pueblos de América.

Las Leyes Nuevas de Indias (1542) y algunas de las leyes que las sucederán, en clara sintonía con ellas, constituyen una verdadera carta magna de los derechos de los indios y no pueden concebirse sin la intervención de la genialidad de Francisco de Vitoria.⁵⁰

Las coloquialmente conocidas como Leyes Nuevas fueron promulgadas por Carlos V el 20 de noviembre de 1542, contando con una secuela que firmó Felipe II el 4 de junio de 1543 en Valladolid. En su contenido,

⁴⁸ Belda Plans, Juan, *La Escuela de Salamanca y la renovación de la teología en el siglo XVI*, Madrid, BAC, 2000, p. 395.

⁴⁹ Verdross, Alfred, p. 177.

⁵⁰ Salord Bertrán, Manuel María, *La influencia de Francisco de Vitoria en el derecho indiano*, México, Porrúa, 2002, pp. 287 y 288.

destaca la reforma hecha al Consejo de Indias, órgano auxiliar del rey en el gobierno de la América Española. José María Ots precisa que “en sus manos (del Consejo) estuvo todo el gobierno político y administrativo de los territorios de las Indias: Jurisdicción civil y criminal en última instancia; nombramiento de funcionarios; presentación de preladados; aprestos de flota; expediciones de descubrimientos; hacienda colonial; tratamiento de los indios”.⁵¹ En este último apartado —abordado por las leyes en comento— se nota la impronta vitoriana, ya que las Leyes Nuevas regularon el trabajo de los indios, entre otros aspectos, también se prohíbe la esclavitud —salvo el caso de los indios de guerra— y se programa la desaparición de la desprestigiada institución de la encomienda.⁵² En opinión personal, creo que la impronta vitoriana se nota, sobre todo, en las ordenanzas sobre nuevos descubrimientos y poblaciones del 13 de julio de 1573 —las Leyes Nuevas de 1542 son influidas más bien por De las Casas—. Las Ordenanzas en comento, fueron redactadas de puño y letra por Felipe II, inspiradas sin embargo, en el ideario de Juan de Ovando, a la sazón presidente del Consejo de Indias. Ovando fue discípulo de Vitoria, lo cual se hace notar, tanto en su actitud a las Indias, como en su rigor intelectual e incluso laboral. Juan de Ovando, por instrucciones de Felipe II fue visitador del Consejo de Indias en 1568, tarea que emprendió con un celo notable, como lo destaca Alfonso García-Gallo:

Comienza por reunir una amplia información interrogando detenidamente a toda suerte de personas —eclesiásticos, letrados, funcionarios, conquis-

⁵¹ Ots, José María, *op. cit.*, nota 17, p. 64.

⁵² El gran crítico de la encomienda, más que Vitoria, fue Bartolomé De las Casas, quien escribió al propio emperador en 1542, lo siguiente: “Que V. M. ordene, mande y construya... en solemnes Cortes, por sus premiticas sanciones e leyes reales, que todos los indios... se pongan y reduzcan e incorporen en la Corona Real de Castilla y León... como súbditos y vasallos libres que son, y ningunos están encomendados a cristianos españoles... que ni ahora ni ningún tiempo jamás perpetuamente puedan ser sacados ni enajenados de la dicha C. R. ni dados a nadie por vasallos ni encomendados, ni dados en feudo, ni en encomienda” Casas, Bartolomé de las, Entre los remedios que don fray Bartolomé De las Casas, obispo de la Ciudad Real de Chiapa, refirió por mandato del Emperador rey, nuestro señor, en los ayuntamientos que mandó hacer Su Majestad de preladados y letrados y personas grandes en Valladolid, el año de mil quinientos cuarenta y dos, para reformatión de las Indias, edición facsimilar de FCE “Tratados” transcritos por Juan Pérez de Tudela Bueso y traducidos por Agustín Millares Carlo y Rafael Moreno, t. 2, México, 1974, pp. 757-759.

tadores, comerciantes...— Contrastando los hechos y ordenándolos, remontándose de lo particular a lo general e indagando la causa de los malos observadores, Ovando llega a la sorprendente conclusión, expuesta al rey en consulta de 1571, de que todas las causas del fracaso del Consejo de Indias en su función rectora del Nuevo Mundo, pueden reducirse a tres: desconocimiento de las Indias y de sus problemas, desconocimiento en ello y en el Consejo de la legislación dictada, y descuido en el nombramiento de consejeros y funcionarios, al designarles más en servicios que en atención a su capacidad. Al mismo tiempo que lleva a cabo esta información, Ovando adopta las medidas necesarias para combatir las causas de los males. Y así prepara un amplísimo cuestionario que habrá de enviarse a todas las autoridades y ciudades de Indias para que informen detalladamente sobre sus respectivos lugares... Juan de Ovando puede no solo informar cumplidamente sobre la situación del Nuevo Mundo sino también ofrecer soluciones concretas, que pongan fin a los males denunciados. Y a lo que parece obtener la aprobación de ellas.⁵³

Con el trasfondo teórico de Salamanca y la sólida información asimilada con la visita, Ovando concluyó el debate indiano. Felipe II le habrá dado la forma jurídica en las ordenanzas de 1573. Un par de años antes de las célebres disposiciones del Rey prudente, Ovando emprendió una trascendente reforma al Consejo de Indias. Ahora quedaría claro que la tarea más importante del Consejo era velar tanto por la evangelización de los naturales como por su defensa. Destaca así, el mandamiento de buen tratamiento a los indios, ordenado por Felipe II en 1571 y recogido por Felipe IV en 1636, constante en la Recopilación de 1680:⁵⁴

Por lo que deseamos favorecer y hacer bien á los Indios naturales de nuestras Indias, sentimos mucho qualquier daño, ó mal se les haga, y de ello nos deservimos, por lo qual encargamos y mandamos á los de nuestro Consejo de las Indias, que con particular afecto y cuidado procuren siempre, y provean lo que convenga para la conversion y buen tratamiento de los Indios, de forma, que en sus personas y haziendas no se les haga mal tratamiento, ni daño alguno, antes en todo sean tratados, mirados y favorecidos como vassallos nuestros, castigando con rigor á los que lo contrario

⁵³ García-Gallo, A., en varios autores, "Recopilación de leyes de los reynos de las Indias, Estudios Histórico-Jurídicos", 1987, XIVII-XIVIII, artículo "Génesis y desarrollo del derecho indiano".

⁵⁴ Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias, 1680, libro II, t. 2, l 9.

hizieren, para que con esto los indios entiendan la merced que les deseamos hazer, y conozcan, que haverlos puesto Dios debaxo de nuestra protección y amparo, ha sido por bien suyo, y para sacarlos de la tiranía y servidumbre en que antiguamente vivían.

Esto constata la actitud cuyo trasfondo antropológico ha sido ya precisado. No quisiera dejar pasar otra influencia —en este caso doctrinal— de Francisco de Vitoria. De manera breve, algo hay que decir acerca del pensamiento de Alonso de la Veracruz. Nacido en 1507, en Caspuelas, Guadalajara, estudió en Alcalá de Henares y en Salamanca. En esta última universidad tuvo la fortuna de haber sido discípulo de Vitoria. Todo apunta a una fecha clave —1535— para definir la vocación de quien tenía por nombre de pila, el de Alonso Gutiérrez. En la fundada opinión de Prometeo Cerezo de Diego, fray Alonso escuchó la *relectio* vitoriana *De eo ad quod tenetur veniens ad usum rationis*.⁵⁵ *Relectio* capital, precedente de las grandiosas *Relectio de Indis*. En la *Ad usum rationis*, De Vitoria externaba su preocupación por la situación de los nativos de Indias, era ya la preparación de la *Relectio* de 1539. Las palabras del burgalés alcanzaron la conciencia de Alonso Gutiérrez, encontrando la respuesta a sus inquietudes vitales: Debía ir a evangelizar a aquéllas almas. Sin dudar, renunció a una prometidora carrera peninsular, haciéndose a la mar en Sevilla. Tras llegar a la Nueva España el 22 de junio de 1536, tomó el hábito agustino y cambió su nombre, al del puerto que le recibió, la Villa Rica de la Veracruz. Esto marcaba su signo: un espíritu indianista pleno. Como agustino, fray Alonso fundará importantes *generali studiorum*, comenzando en Michoacán, con Tiripitío. Hay quienes consideran que se trató de la primera universidad novohispana, pero en realidad, era un centro de estudios propios para un clérigo, empero de nivel superior.

Fray Alonso llega a la Real y Pontificia Universidad de México con la responsabilidad de impartir la *Prima Teología*. Así, se integra a un pequeño, pero cualitativo claustro. Es difícil afirmar si fue un humanista del estilo de Cervantes de Salazar, pues siempre será un riguroso tomista, más que un cultivador del diálogo literario. Alonso siguió las huellas de su maestro, y dirigió en el seno de la novel universidad su propia *relectio*. La obra eventualmente será ampliada y hoy día, Roberto Heredia

⁵⁵ Cerezo e Diego, Prometeo, *Alonso de Veracruz y el derecho de gentes*, México, Porrúa, 1985, p. 9.

Correa nos obsequia con una edición bilingüe del *De Dominio infidelium et Iusto Bello* I-II. De la *relectio*, nos sitúa Antonio Gómez Robledo:

Teniendo en cuenta que la Universidad de México empezó a funcionar en 1553, y por otra parte que en 1556, fecha de la publicación del *Speculum coniugiorum*, su autor alude a la *Relectio de dominio infidelium* como a una otra ya terminada, la fecha en que fue pronunciada ante el claustro universitario tiene que ubicarse por fuerza dentro del trienio 1553-1556.⁵⁶

En opinión de Roberto Heredia Correa, la *relectio* ya presentada como tratado debe ser de finales de 1555 o mediados de 1556. Lo cierto es que se trató de una expresión académica *in situ* de la defensa de los indios americanos, así como de precisiones de la naturaleza del poder, su autonomía y la ilicitud de determinados títulos de conquista. Veamos un párrafo que ilustra la hondura de las ideas del de Caspuelas:

Pero no es así acerca del dominio de los pueblos, porque el dominio de un pueblo siempre estuvo desde el principio en el pueblo mismo y nunca fue cosa derrelicta. Y si tenían un señor, como éstos tenían uno a modo de rey y superior, y otro bajo aquél, no pudo haber justicia en el ocupante; porque, si no ocupó por la fuerza y aun por la guerra, entonces fue necesario que la guerra fuera justa, la cual no puede ser justa por parte de un hombre particular que ocupa. Si por causa injusta de guerra, no puede tener dominio por ello, ya que oprimir injustamente atañe a la tiranía. Si posee no por la fuerza sino pacíficamente, entonces es necesario que sea por voluntad del príncipe o de la república. Pero tal voluntad no existe sino más bien es contraria. Por tanto nadie que tiene sin título un pueblo, lo posee justamente.

Gómez Robledo concluye su análisis con una advertencia, y una valoración en justicia:

No obstante las deficiencias de que pueda adolecer, y que no hemos tratado de ocultar, notoriamente tal vez el predominio ocasional del pensamiento teocrático, el tratado veracruziano está bien imbuido en general de los principios más altos y más puros del derecho de gentes. Por sus páginas corre ese *grand soufflé d'humanité* que, según dice un jurista francés,

⁵⁶ Gómez Robledo, Antonio, *El magisterio filosófico y jurídico de Alonso de la Veracruz*, México, Porrúa, 1984, p. XLI.

es claramente perceptible en los fundadores del derecho internacional, en Vitoria y Grocio. En México, además, y en las circunstancias en que fue redactado, significó, para los vencidos, la defensa de su derecho y de su dignidad. Después de una hibernación de tres siglos, la conciencia de estos atributos resurgirá intacta de 1810.⁵⁷

Dominio de sí y dominio sobre las cosas. La capacidad de dominio, tan profundizada por los romanos, es la expresión de la excelencia o dignidad humana, y no es patrimonio de unos cuantos, sino de todo ser humano, es universal. Esto es la piedra angular de los derechos humanos, trascendente al mero consenso y tan sólida como lo es la existencia en sí misma.

⁵⁷ *Idem.*

es claramente perceptible en los fundadores del derecho internacional, en Vitoria y Grocio. En México, además, y en las circunstancias en que fue redactado, significó, para los vencidos, la defensa de su derecho y de su dignidad. Después de una hibernación de tres siglos, la conciencia de estos atributos resurgirá intacta de 1810.⁵⁷

Dominio de sí y dominio sobre las cosas. La capacidad de dominio, tan profundizada por los romanos, es la expresión de la excelencia o dignidad humana, y no es patrimonio de unos cuantos, sino de todo ser humano, es universal. Esto es la piedra angular de los derechos humanos, trascendente al mero consenso y tan sólida como lo es la existencia en sí misma.

⁵⁷ *Idem.*