

V. JUAN FRANCISCO DE MONTEMAYOR Y CÓRDOBA DE CUENCA

Don Juan Francisco de Montemayor y Cordoba de Cuenca¹¹³ nació en el año de 1620 en La Luenga, provincia de Huesca, y falleció el 25 de agosto de 1685 en Huesca. Su cuerpo fue trasladado a la iglesia de Alfocea, de cuya villa era señor, “y allí se conserva su retrato de cuerpo entero, con su elogio y escudo de armas”.¹¹⁴

¹¹³ Sobre Montemayor, véase el estudio de Barrientos Grandón, Javier, *Juan Francisco Montemayor. Un jurista aragonés en las Indias*, Zaragoza, Diputación Provincial de Zaragoza, 2001. También nuestros trabajos: Cruz Barney, Oscar, “Estudio introductorio: piratas, soldados y batallas ¿para quién es el botín?”, en Montemayor y Córdoba de Cuenca, Juan Francisco de, *Discurso político, histórico, jurídico del derecho y repartimiento de presas y despojos aprehendidos en justa guerra, premios y castigos de los soldados*, Juan Ruiz Impresor, 1658, ed. facsimilar, Conaculta-INAH-ICAVE, Colección de Historias de San Juan de Ulúa en la Historia, vol. IV, Pablo Montero (coord.), México, 2001, y Cruz Barney, Oscar, “La bibliografía del discurso político jurídico del derecho y repartimiento de presas y despojos aprehendidos en justa guerra. Premios y castigos de los soldados de don Juan Francisco de Montemayor y Córdoba de Cuenca”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, núm. XIV, 2002. Asimismo, véase de Rodríguez Sala, M. Luisa y B. de Erice, Miguel, “Montemayor y Córdoba de Cuenca, abogado”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, núm. IX, 1997. Para la bibliografía de Montemayor, véase Toribio Medina, José, *Biblioteca hispanoamericana (1493-1810)*, Santiago de Chile, edición facsimilar del Fondo Histórico y Bibliográfico, José Toribio Medina, 1961, t. IV (1701-1767), y del mismo autor, *La imprenta en México (1539-1821)*, México, edición facsimilar de la UNAM, 1989, ts. II y III; asimismo, Palau, ts. V y VI; Jiménez Catalán, Manuel, *Ensayo de una tipografía zaragozana del S. XVII*, Zaragoza, Tip. La académica, 1925; Herrera Gómez, Néstor y González, Silvino M., *Apuntes para una bibliografía militar de México, 1536-1936*, México, Secretaría de Guerra y Marina, Comisión de Estudios Militares, Biblioteca del Ejército, Sección de Estudios Militares del Ateneo, 1937.

¹¹⁴ Medina, José Toribio, *La imprenta en México (1539- 1821)*, México, edición facsimilar de la UNAM, 1989, t. II, p. 401.

En la Universidad de Huesca llevó a cabo los estudios de cánones y leyes, graduándose de licenciado y doctor hacia 1640.¹¹⁵

Montemayor sirvió al rey en la defensa de Aragón entre 1640 y 1642, y el 22 de octubre de ese año, a la edad de veintidós años, fue nombrado juez de enquestas en el Reino de Aragón.¹¹⁶ Posteriormente actuó como auditor general en Cataluña,¹¹⁷ cargo que sirvió en tres distintas ocasiones.¹¹⁸

Por real provisión del 30 de marzo de 1649 es nombrado oidor supernumerario de la Real Audiencia de Santo Domingo, en la Isla Española, de la que llegó a ser presidente, iniciando su actuación en 1650 hasta 1654.

Es precisamente en ese periodo donde se desarrolla una de las actuaciones militares más brillantes de Montemayor en contra de la piratería, al llevar a cabo el desalojo de los filibusteros de la Isla de la Tortuga.

Al fallecer don Andrés Pérez Franco, gobernador de la Española, Montemayor fue nombrado gobernador y capitán general interino,¹¹⁹ y se encargó durante los últimos meses de 1652, de preparar y ejecutar el plan definitivo de expulsión de los filibusteros y rescate de la Tortuga. El 30 de diciembre de ese año partieron de Santo Domingo las tropas españolas, embarcadas en cinco naves con rumbo a la población pirata, a la que después de

¹¹⁵ Véase Rodríguez-Sala, María Luisa y B. de Erice, Miguel, “Juan Francisco de Montemayor y Córdoba de Cuenca, abogado, oidor y recopilador del siglo XVII”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, año IX, 1997, pp. 194 y 195.

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ Sánchez Bella, Ismael, “Estudio introductorio”, *Rodrigo de Aguiar y Acuña y Juan Francisco Montemayor y Córdoba de Cuenca, sumarios de la recopilación general de leyes de las Indias Occidentales*, con licencia en México, Impresos por Francisco Rodríguez Lupercio, 1677, México, ed. facsimilar, Fondo de Cultura Económica-UNAM, p. XXXV.

¹¹⁸ Medina, José Toribio, *op. cit.*, p. 401.

¹¹⁹ Peña Battle, Manuel A., *La Isla de la Tortuga, plaza de armas, refugio y seminario de los enemigos de España en Indias*, 3a. ed., Santo Domingo, Editora Taller, 1988, p. 185.

una campaña de diez días y una aplastante victoria, obligaron a embarcarse y a abandonar definitivamente el lugar.

De la acción militar se obtuvo un importante botín de guerra que se trasladó a Santo Domingo, y se dejó en la Tortuga una fuerte guarnición para evitar su reocupación.

Sin embargo, los ingleses mantuvieron su interés en recuperar la isla y en apropiarse de La Española, cuya fortificación y defensa en 1653-1655 correspondió nuevamente a Montemayor, quien logró nuevamente una victoria sobre los atacantes. Señalan atinadamente Rodríguez-Sala y Erice que “La consecuencia histórica de este triunfo español preservó su dominio sobre Santo Domingo y evitó su posesión por parte de miembros de la cultura anglosajona como fue el caso de Jamaica”.¹²⁰

Esta acción le mereció a Montemayor innumerables críticas y fue sometido a la actuación injusta de su juez de residencia y de otros enemigos; sin embargo, sus meritos de guerra le merecieron la promoción a oidor de la Real Audiencia de México el 22 de septiembre de 1654.¹²¹ Lo anterior, como señalamos, en razón a sus méritos y a su “Suficiencia y buenas letras y singularmente al acierto con que dispusisteis se desalojase al enemigo de la Isla de la Tortuga y demás poblaciones que ocupaba a la banda del norte de essa de Santo Domingo”.¹²²

Montemayor arribó al puerto de Veracruz el 27 de marzo de 1658, y el 14 de abril, se presentó en la Real Audiencia a tomar posesión de su cargo. En junio de 1659 se le comisionó para averiguar la actuación del oidor Francisco Calderón Romero en la pesquisa contra el presidente de la Audiencia de Guadalajara, arribando a aquella ciudad el 16 de mayo de 1660, en donde re-

¹²⁰ Rodríguez-Sala, Maria Luisa y B. de Erice, Miguel, *op. cit.*, p. 199.

¹²¹ Schafer, Ernesto, *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, 1947, t. II, p. 447.

¹²² Barrientos Grandón, Javier, “La literatura jurídica indiana y el ius commune”, en Alvarado Planas, Javier (coord.), *Historia de la literatura jurídica en la España del antiguo régimen*, Madrid, Marcial Pons, 2000, vol. 1, pp. 249 y 250.

sidió por dos meses hasta su partida el 14 de julio, llegando a la Ciudad de México el 13 de agosto.¹²³

Participó en el Auto General de Fe celebrado en la Ciudad de México, llevado a cabo el miércoles 19 de noviembre de 1659,¹²⁴ no solamente en su carácter de oidor de la Real Audiencia, sino de miembro del Santo Oficio de la Inquisición.¹²⁵

Le correspondió a Montemayor hacerse cargo de la rebelión indígena de las provincias de Tehuantepec, Nexapa e Ixtepec, en 1660, que desembocó en la muerte del alcalde mayor del pueblo de Guadálcazar. La actuación de Montemayor en este caso fue no solamente en el campo militar, al condenar a los líderes de la rebelión a muerte, sino también en el campo del derecho, al preparar cuatro nuevas ordenanzas relativas al cobro y ordenamiento de los tributos y conocimiento de los tributarios, en enero de 1662.¹²⁶

Montemayor desempeñó otras actividades, tales como juez general de bienes de difuntos, juez de alzadas del consulado, alcalde de policía y comisionado de la ciudad ante la real aduana para el cobro de las alcabalas al pulque.¹²⁷

La estancia del oidor en la Nueva España se prolongó hasta 1679, año en que retorna a España, ya con la autorización dada tiempo atrás el 28 de febrero de 1676,¹²⁸ para ordenarse sacerdote, que llevó a cabo ese mismo año.

Llegó a ser consejero del Consejo de Indias y consultor de la Suprema Inquisición en España.¹²⁹

¹²³ Rodríguez-Sala, María Luisa y B. de Erice, Miguel, *op. cit.*, pp. 201 y 202.

¹²⁴ Plaza y Jaén, Christobal Bernardo, *Crónica de la Real y Insigne Universidad de México de la Nueva España escrita en el siglo XVII por el bachiller...*, México, versión paleográfica, proemio, notas y apéndice por el prof. Nicolás Rangel de la Academia Mexicana de la Historia, 1931, t. I, p. 461.

¹²⁵ Rodríguez-Sala, María Luisa y B. de Erice, Miguel, *op. cit.*, p. 201.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 201 y 202.

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 213-216.

¹²⁸ Si bien Barrientos Grandón señala que la real cédula es de 3 de julio de 1677, *op. cit.*, p. 250.

¹²⁹ Beristain de Souza, José Mariano, *Biblioteca hispano-americana septentrional, ó catálogo y noticia de los literatos, que ó nacidos, ó educados, ó florecientes en la América septentrional española, han dado á luz algun escrito, ó lo han dexado preparado para la prensa. La*

Aparentemente, pasó los últimos años de su vida en la villa de Alfocea, en donde erigió y dotó una iglesia dedicada a la purísima concepción de nuestra señora, y fundó en su carácter de sacerdote un capítulo eclesiástico de prior y racioneros.

El 17 de septiembre de 1684, dictó su testamento ante el notario de la capital provincial huesca, don Josef Lucas Vicente Malo, para fallecer, como señalamos, un año después.¹³⁰

En 1658 publica su *Discurso político, histórico, jurídico del derecho y repartimiento de presas y despojos aprehendidos en justa guerra, premios y castigos de los soldados* (México, Juan Ruiz Impresor). Esta obra de Montemayor, a decir de Ismael Sánchez Bella,¹³¹ tuvo como razón inmediata la de responder a la crítica hecha por sus enemigos en Santo Domingo a la acción militar emprendida en enero de 1654 contra la Isla de la Tortuga, cuando desempeñaba el cargo de gobernador, capitán general y presidente de la Real Chancillería de Santo Domingo. El relato de dicha expedición se publicó en ese mismo año tanto en Madrid como en Sevilla. Como general de la gente de tierra, se encontraba Gabriel de Roxas Valle y Figueroa, y al frente de la Armada, el maestro de campo Juan Morfa Geraldino.

El *Discurso político, histórico, jurídico del derecho y repartimiento de presas y despojos aprehendidos en justa guerra, premios y castigos de los soldados*,¹³² firmado por el autor el veinte de diciembre de 1655

escribía el doctor don..., del claustro de las universidades de Valencia y Valladolid, caballero de la Orden Española de Carlos III, y comendador de la Real Americana de Isabel La Católica, y dean de la Metropolitana de México. Y la publica don José Rafael Enriquez Trespalacios Beristain, sobrino del autor, México, Oficina de don Alexandro Valdés, 1819, ed. facsimilar, UNAM-Instituto de Estudios y Documentos Históricos, A. C.-Claustro de Sor Juana, 1981, p. 323.

¹³⁰ Rodríguez-Sala, María Luisa y B. de Erice, Miguel, *op. cit.*, pp. 197 y 198.

¹³¹ Sánchez Bella, Ismael, “Estudio introductorio”, *op. cit.*, p. XXXVIII.

¹³² Montemayor y Córdoba de Cuenca, Juan Francisco de, *Discurso político, histórico, jurídico del derecho y repartimiento de presas y despojos aprehendidos en justa guerra, premios y castigos de los soldados*, Juan Ruiz Impresor, 1658, ed. facsimilar, Conaculta-INAH-ICAVE, vol. IV, Pablo Montero (coord.), compilación y estudio introductorio de Óscar Cruz Barney, México, 2001.

y dedicado a Francisco Fernández de la Cueva, duque de Albuquerque y virrey de la Nueva España (1653-1660), se divide en diez capítulos más un índice alfabético.

En su *Discurso...*, Montemayor trata del desalojo que llevó a cabo el 19 de enero de 1654 de los invasores franceses que habitaban la Isla de la Tortuga, y cuya principal ocupación era la piratería en contra de los intereses españoles. La Tortuga se encontraba gobernada por M. Timoleon Othman de Fontenay, al mando de más de quinientos hombres que defendieron el castillo, del asalto español.

En aquella acción de guerra se apresaron el castillo, bastimentos para más de un mes, armas, pólvora, balas, cuerda y otros pertrechos, 46 piezas de artillería, once embarcaciones menores y tres bajeles en puerto, de los que se entregaron dos a los franceses rendidos para que se trasladaran a Francia.¹³³

La Real Hacienda gastó en esta acción 192U795 reales, a los que se restaron 100U876 que había reunido Montemayor, importando un total de 91U919 reales de gasto. De la venta de la presa de guerra se reunieron 245U937, cantidad de la que se extrajeron el quinto real y lo demás que por derecho le correspondía al rey sumado a los bastimentos de la gente de mar y guerra que se cobró de lo que de la presa tocaba al ejército,¹³⁴ sumando un total de 143U271 reales que se entregaron al rey, junto con la isla, castillo, armas, bastimentos y con 56U675 reales de plata de ganancia.¹³⁵

Mediante *real cédula* del 13 de septiembre de 1654, se ordenó por el rey el despoblamiento de la Isla Tortuga y la demolición del castillo.

Montemayor, cuestionado por el premio dado a los soldados que participaron en la acción, hace una defensa y explicación

¹³³ Montemayor y Córdoba de Cuenca, Juan Francisco, *op. cit.*, fol.3.

¹³⁴ Pues si bien al rey le correspondía ordinariamente cubrir dichos bastimentos, en “esta plaza”, señala Montemayor, se acostumbra que los soldados paguen sus bastimentos.

¹³⁵ Montemayor y Córdoba de Cuenca, Juan Francisco, *op. cit.*, fol. 3v.

del derecho de repartimiento de presas, afirmando que “tan bien deseada quanto es bien devida la fatisfacion, y agradecimiento de los fervicios y tan natural fu obligacion, que no folo es injusticia el negarla, pero aun es conocido agravio el diferirla”.¹³⁶

La obra de Montemayor tuvo una importante recepción entre los juristas que abordaron esos temas. Tanto Joseph Veitia Linaje y, posteriormente, Félix Joseph de Abreu y Bertodano tuvieron a la vista la obra de Montemayor. El primero señaló, al finalizar el capítulo XXVI, libro II, de su *Norte de la contratación de las Indias Occidentales*, que sobre la materia de presas

llegó á mis manos un libro deste argumento, impresso en Mexico, compuesto por Don Juan Francisco Montemayor de Cuenca, Oydor de la Audiencia Real de aquella Ciudad en q. hallará discurrido con toda erudición el punto el que necessitare, quisiere verle mas ex professo.¹³⁷

Esto nos da una idea bastante clara de lo que significó en su momento en materia de presas la obra de Montemayor. Tanto así, que la obra mereció una reedición en Amberes en 1683,¹³⁸ y en 1685.

Abreu y Bertodano, aunque en la advertencia que hace al inicio de su libro: *Tratado jurídico-político sobre pressas de mar, y calidades que deben concurrir para hacerfe legitimamente el corfo*, escribe que

...quando entre los muchos Libros, que tuve á la mano, encontré uno, que trataba fobre el repartimiento de Preffas (fu Author Don Juan Francifco de Monte-Mayor de Cuenca) creí haver hecho un gran hallazgo; léile con el mayor cuydado; pero luego notè, que fiendo fu principal afumpto ajuftrar, y defender el repartimiento de una Preffa, llevada á la Isla Española de Santo Domingo, en las Indias Occidentales (en cuya Audiencia hizo de Prefidente) nada

¹³⁶ *Ibidem*, fol. 6.

¹³⁷ Veitia Linaje, Joseph de, *Norte de la contratación de las Indias Occidentales*, Sevilla, por Juan Francisco de Blas, 1672, lib.II, cap.XXVI, núm.21.

¹³⁸ Ismael Sánchez Bella, *op. cit.*, p. XL.

tocaba a cerca de las cuestiones, que me parecían indispensables para este Tratado.¹³⁹

Pese a tales comentarios, Abreu al tratar en su libro de la necesidad de la previa denuncia de la guerra o clarificación, prácticamente transcribe a Montemayor, al cual constantemente cita a lo largo de toda su obra.

Como puede verse, la obra de Montemayor es de las pocas escritas sobre la materia en las Indias y es un documento indispensable para la investigación en materia de presas.

El *Discurso* puede catalogarse dentro de lo que se denomina “literatura jurídica circunstancial”, entendiéndose por ella al amplio grupo de piezas que obedecen a un problema jurídico concreto: litigioso, prejudicial, relativo a la jurisdicción voluntaria, o a polémicas que tratan íntimamente aspectos del derecho.¹⁴⁰ En este caso, la obra de Montemayor se refiere a un problema jurídico concreto: el repartimiento de la presa llevada a cabo en la Isla de la Tortuga y su justificación jurídica.

Lo anterior se ve reflejado en la gran cantidad de citas que hace Montemayor al acudir a literatura tanto jurídica como histórica o de carácter exegético y de comentario sobre textos bíblicos.¹⁴¹

En materia histórica antigua y materia literaria cita a autores como Cicerón, Lucano, Aulo Gelio, Apiano, Claudiano, Cornelio Tácito, Curcio, Dion Casio, Filón de Alejandría, Flavio Josefo, Herodoto, Juvenal, Tito Livio, Tertuliano, Zósimo, Zonarás,

¹³⁹ Abreu y Bertodano, Félix Joseph de, *Tratado jurídico-político sobre presas de mar y calidades que deben concurrir para hacerse legítimamente el Corso*, Cádiz, Imprenta Real de Marina, 1746.

¹⁴⁰ Mayagoitia, Alejandro, *Notas para servir a la bibliografía jurídica novohispana: la literatura circunstancial*, México, UNAM, 1992, t. I, p. LXXXVIII.

¹⁴¹ Sobre este punto véase Cruz Barney, Oscar, “La bibliografía del discurso político jurídico del derecho y repartimiento de presas y despojos aprehendidos en justa guerra. Premios y castigos de los soldados de don Juan Francisco de Montemayor y Córdoba de Cuenca”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, núm. XIV, 2002.

Xiphilino y otros. Cita la *Crónica* de Hartmann Schedel y las *Relaciones universales* de Juan Botero, así como el *Theatro* de Laurent Beyerlinck.

Para historia de España, cita al Padre Mariana, a Salazar de Mendoza y a Jerónimo de Zurita, entre otros.

Cita obras de ciencia política, como el *Politicorum* de Adam Contzen, al cardenal César Baronio, Diego de Saavedra Fajardo en su *Corona gótica* y a fray Juan de la Puente.

La literatura jurídica citada es particularmente extensa, acudiendo a autores del *Ius Commune*, como Baldo de Ubaldis, Bartolo de Saxoferrato y Acursio, entre otros, así como a Antonio Gómez, Antonio Ayerve de Ayora, Ioannes Balbus, Baiardus, Alfonso de Azevedo, Roberto Belarmino, Gerónimo Castillo de Bobadilla, Juan de Hevia Bolaños y Luis de Molina; cita asimismo a juristas indios, como Juan de Solórzano y Pereira, y Gaspar de Escalona.

Cita desde luego obras de autores que tratan directamente del tema de la guerra, del derecho marítimo y del combate al contrabando, como Baltasar de Ayala, Christophoro Besoldus, Carlos Coloma, Francisco Arias de Balderas, Hugo Grocio, John Selden, Pedro Bellini, Pedro González de Salcedo y Flavio Vegecio.¹⁴²

Montemayor trata el tema de la justicia de la guerra en la introducción a su tratado, denominada *Sobre el despojo que se ganó al enemigo francés en la expugnación de la Isla de la Tortuga; y la presa de uno de los baxeles de su conserva que se le cogió quando volvió contra lo capitulado à invadirla*. Señala que la guerra en la que se hacen presas debe ser justa, porque no siéndolo, no se puede retener los bienes en ella apresados, ni los prisioneros lo son legítimamente, y en consecuencia debe todo ser restituido.

Sostiene, siguiendo a Santo Tomás, que para que la guerra sea justa deben concurrir tres cosas:¹⁴³

¹⁴² En la mayoría de los casos, Montemayor únicamente señala el nombre o el apellido del autor de la misma, sin indicar el título de esta, o bien incluye únicamente una abreviatura del mismo.

¹⁴³ Montemayor y Córdoba de Cuenca, Juan Francisco de, *op. cit.*, núm. 22, fol. 18v.

- Primera: legítima autoridad del príncipe soberano que la resuelva.
- Segunda: causa justa.
- Tercera: recta intención.

“Con que faltando todas, ò alguna dellas, no será justa, ni por el consiguiente lícita, según resolución del Angelico Doct. Santo Thomas, y del resto de los Doctores y Sumistas”.¹⁴⁴ Las autoridades citadas por Montemayor en este punto son Luis de Molina,¹⁴⁵ Domingo de Soto,¹⁴⁶ Melchior de Valencia,¹⁴⁷ Pedro Augusto Morla¹⁴⁸ y Christophorus Besoldus.¹⁴⁹

Sostiene, con el cardenal Belarmino,¹⁵⁰ que hay alguna diferencia entre los dos primeros requisitos y el tercero, porque el defecto de aquellos siendo contrario a la caridad y a la justicia,

¹⁴⁴ *Idem*.

¹⁴⁵ Molina, Luis de, *De Justitia et Jure tomii sex, Hac postrema editione emendati insuper summarijs et indicibus aucti*, Antuerpiae, apud Ioannem Keerbergium, 1615. Tuvimos a la vista la siguiente edición: Molina, Ludovici, *De Iustitia et Jure Opera Omnia, tractatibus Quinque, tomisque totidem comprehensa. Editio Novissima*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Marci-Michaelis Bousquet, 1733, 5 ts.

¹⁴⁶ Soto, Domingo de, *De Iustitia et Jure libri decem*, Salmanticae, M.A. Terranova, 1556. Hay ediciones en 1558, 1559, 1563, 1566, 1569, 1573, 1580, 1582, 1589, 1596, 1601 y 1619. Tuvimos a la vista la siguiente edición: Soto, Domingo de, *De la justicia y del derecho*, versión castellana e introducción del doctor P. Venancio D. Carro, O.P., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Sección de Teólogos Juristas, 1968, 5 ts.

¹⁴⁷ Con alguna de estas dos obras: *Epistolicae iuris exercitationes sive Epistolae ad Antonium Fabrum iuris consultū Sebastianum: cum eiusdem Anton. Fabri responsis*, Salmanticae, excudebat Antonia Ramirez, 1625 (hay una edición de 1615), o su *Illustrium iuris tractatum, seu Lecturarum Salmanticensium liber secundus...*, Salmanticae, apud Hyancintum Tabernier, 1630.

¹⁴⁸ Morla, Pedro Augusto de, *Emporium utriusque iuris questionum, in usu forensi admodum frequentum in quinque divisum partes*, Valentiae, per Alvarum Franco, & Didacum de la Torre, 1599.

¹⁴⁹ Besoldus, Christophorus, *Dissertatio philologica de Arte Jureque Belli*, Impensis Heredum Lazari Zetzneri, Argentorati, 1642.

¹⁵⁰ Belarmino, Roberto, *Officio del príncipe christiano del cardenal Roberto Belarmino y auisos utiles para el gouerno político militar y domestico: en tres libros*, trad. de Miguel de León Soarez, Madrid, por Iuan Gonzales, 1624.

además del pecado, obliga a la restitución. Si el que falta es el último, no siendo contrario a la justicia, sino a la caridad, acarrea pecado mortal, pero no la obligación de restituir.

Se refiere a la necesidad de la denuncia o declaración de la guerra, señalando que si se omitiera, los que no la declararan faltarían al derecho de gentes, y por ello no habría obligación de guardarles buena correspondencia, pasaje ni cuartel, que por las leyes militares comúnmente suele guardarse a los enemigos vencidos o rendidos, “sino tratarlos como a ladrones, piratas y traidores. Supuesto que quien obra y procede contra leyes, pierde el beneficio dellas; cuyo auxilio injustamente pide quien las desprecia y atropella”.¹⁵¹

El requisito de la declaración previa de la guerra se denomina clarificación, y “es tan preciso como en el fuero contencioso la citación”.¹⁵² Sostiene Montemayor que los que se defienden no tienen necesidad de denunciar la guerra, porque están relevados de esta diligencia por el derecho natural de la defensa. Aclara que no la denuncian en dos casos: los que ya son declarados enemigos, y cuando se procede contra rebeldes, sediciosos o piratas: porque con estos, no se guarda el derecho de gentes.

La omisión de la declaración de guerra se considera una suerte de traición calificada, al no dar oportunidad de prevenirse o resguardarse. Sostiene que suele permitir Dios que tengan mal fin en estas guerras los que proceden de manera injustificada en su dirección, y da un ejemplo:

Como lo avemos experimentado, y visto en la armada Inglesa, que no solo sin este requisito, pero faltando a toda buena ley de amistad, llegó a invadir esta plaza de Santo Domingo en 23 de Abril pasado, con cincuenta Baxeles de muy buen porte, y mas de nueve mil hombres, y doscientos cavallos, y aviendolos echado en tierra casi todos, y marchando a la Ciudad (desesperados de

¹⁵¹ Montemayor y Córdoba de Cuenca, Juan Francisco de, *op. cit.*, núm. 24, fol. 20 f.

¹⁵² *Idem.*

poder acometer por el puerto, por la nueva platafoma que fabriqué, y tuve dispuesta en el, à la lengua del agua) procedieron tan floxamente, y con tan corta providencia, y disciplina militar, que rechazados à vista de las murallas, y desbaratados (con el favor de Dios) por dos veces de nuestra gente; huvieron de retirarse afrentosamente con muerte, y perdida de mas de tres mil hombres... conservando tan importante plaza à su Magestad, y por ella en consecuencia, el seguro tráfico, comercio, y utilidad de las Indias por el puesto y paraje en que está constituyda...¹⁵³

Señala que una vez que se hace la debida denunciación o declaración de guerra, los denunciados adquieren el carácter de enemigos públicos u *hostes*, con quienes recíprocamente corren los derechos de la guerra, de manera que lo apresado entre las partes en estas guerras es conforme a derecho, de quien lo aprehende. Destaca que los cautivos o prisioneros en guerra justa pasan a ser esclavos de quien los captura (esto es un medio que introdujo el derecho de gentes para evitar la muerte a los prisioneros en las guerras justas), habiéndolos puesto en sus presidios o dentro de sus muros y no antes, precisamente por el denominado derecho de postliminio. El *ius postlimini* era el derecho

...en cuya virtud el ciudadano romano que había caído en cautividad del enemigo, al escapar de ésta y volver al suelo romano borra retroactivamente su cautividad, volviendo a la situación jurídica en que se hallaba antes de ser aprehendido por el enemigo.¹⁵⁴

El cautivo de guerra que volvía voluntariamente a Roma recuperaba no solo su ciudadanía y su posición familiar, sino que

¹⁵³ *Ibidem*, núm. 24, fols. 21f y 22f.

¹⁵⁴ Gutiérrez Alvíz y Armario, Faustino, en *Diccionario de derecho romano*, Madrid, Reus, 1982, *sub voce* “ius postlimini”. Asimismo D’Ors, Alvaro, *Derecho privado romano*, 7a. ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1989, §.208. Juan Iglesias dice que si “el cautivo retorna *in confines romanos* -dentro de Roma o de una ciudad aliada de Roma- con la intención de quedar en la patria..., se reintegra en todos sus derechos por virtud del *postliminium*”. Véase Iglesias, Juan, *Derecho romano, instituciones de derecho privado*, Barcelona, Ariel, 1982, p. 128.

también todos sus antiguos derechos. No recuperaba su situación de hecho como era el matrimonio (si es que este era *sine manu*, ya que la *manus* como derecho sí se recuperaba) o la posesión.

La adecuada declaración de guerra permite saber quiénes son los verdaderos *hostes* o enemigos y como deben aplicarse las disposiciones jurídicas para distinguirlos de los que no lo son o de los que son ladrones y piratas.