

## UNIVERSALISMO MORAL Y DERECHO DE GENTES EN FRANCISCO DE VITORIA

JAVIER PEÑA\*  
 Universidad de Valladolid

### RESUMEN

En este artículo se desarrolla el lugar y la función posible del concepto de *ius gentium* en Francisco de Vitoria, en relación con la fundamentación de un marco normativo, jurídico y moral, universalista para la intervención española en América y la relación con los miembros de otros pueblos y culturas. Este trabajo sostiene que la noción del *ius gentium* permite concebir un marco cosmopolita de entendimiento y reglas de interacción compartidas, basado en el consenso efectivo en ciertas prácticas y reglas de la comunicación entre hombres y pueblos, un presupuesto más débil y susceptible de acuerdo que los del derecho natural o la teología cristiana. Y las obras de Vitoria y otros escolásticos españoles apuntan interesantes ideas en esa dirección.

**PALABRAS CLAVE:** Ius gentium - Derecho natural - Cosmopolitismo - Universalismo moral - Injerencia humanitaria - Escolástica española.

### ABSTRACT

This paper discusses the place and the possible function of the concept of *ius gentium* in Francisco de Vitoria's thought, with regard to the foundation of a universalistic normative, legal and moral, frame for the Spanish intervention in America and the relation with the members of other peoples and cultures. This article supports that the notion of *ius gentium* allows to conceive a cosmopolitan frame of understanding and shared rules, based on the effective consensus of certain practices and rules of the communication between men and peoples, as an assumption being weaker and more capable of agreement than those of the natural law or the Christian theology. And the works of Vitoria and other Spanish Scholastics advance interesting ideas in this direction.

**KEY WORDS:** Ius gentium - Natural law - Cosmopolitanism - Moral universalism - Humanitarian intervention - Spanish Scholasticism.

---

\* Profesor Titular de Filosofía Moral en la Universidad de Valladolid. Dirección postal: Departamento de Filosofía, Plaza del Campus s/n, E-47011 Valladolid, España. Correo electrónico: javierp@fyl.uva.es

## I. INTRODUCCIÓN

Puesto que este artículo se refiere a la doctrina escolástica del derecho de gentes desde la perspectiva de algunos problemas y planteamientos contemporáneos, puede ser conveniente empezar por introducir algunas advertencias respecto a la interpretación del pensamiento de autores de otros tiempos, y sobre todo respecto a los intentos de establecer analogías entre sus problemas y respuestas y los nuestros.

Existe sin duda el riesgo de incurrir en “presentismo”, si uno propone una interpretación según la cual los escolásticos se habían adelantado ya a construir doctrinas o conceptos que se consideran ordinariamente posteriores, e incluso actuales, como por ejemplo una teoría del derecho internacional, o de los derechos humanos. Con toda razón observa Pagden que en la época del franquismo, y por razones ideológicas, muchos “trataron a los autores del siglo XVI como si se hubiesen enfrentado a los mismos problemas de justificación que, desde todos los puntos de vista, son hoy los nuestros. Se ignoró el contexto histórico de su discurso, el léxico y los esquemas conceptuales, las tradiciones e incluso los verdaderos problemas para los que aquellos *reclamaban* una discusión”<sup>1</sup>. Y es que no podemos entender a estos autores si prescindimos del hecho de que son teólogos y argumentan en tanto que tales, o de que escriben en una época en la que aún no se había desarrollado el sistema de estados que adquirió carta de naturaleza tras la paz de Westfalia.

Por otra parte, sin embargo, sostener la hipótesis de una inconmensurabilidad total de problemas y discursos, dando por supuesto que se trata de contextos sin parangón posible, dejaría a su vez sin sentido la relectura de estos autores, salvo el valor de satisfacer la curiosidad del erudito. Pero lo cierto es que las circunstancias en las que estos autores escribieron y debatieron les forzaron a plantearse ideas como la de una comunidad mundial, y a esbozar, cuando menos, la noción de un marco jurídico transnacional; les movieron a plantear una doctrina sobre la legitimidad de la guerra, y de las prácticas en la guerra, así como sobre la intervención coactiva por razones religiosas o morales (que hoy denominamos “humanitaria”). Naturalmente, ellos plantearon los problemas en su propio contexto histórico y desde su particular horizonte cultural. Pero sus soluciones -incluyendo los límites y carencias de las mismas- pueden servir de ayuda a nuestras reflexiones actuales sobre cuestiones como la de la universalidad y la diferencia, la relación entre ética y política, la idea de derechos humanos, los límites morales de la autoridad, etc. Al mismo tiempo, quizá los planteamientos actuales respecto a esos mismos problemas pueden ayudarnos a entender mejor su aportación. En suma, podemos hablar con los clásicos sin reducirlos a nuestro horizonte, ni sustituir tampoco nuestra perspectiva por la suya.

---

<sup>1</sup> PAGDEN, Anthony, *La caída del hombre natural. El indio americano y los orígenes de la etnología comparativa* (1986, trad. cast. Madrid, 1988), p. 16.

II. UNIVERSALISMO MORAL, DIFERENCIA CULTURAL  
Y PLURALIDAD POLÍTICA

Este trabajo expone una reflexión sobre el papel que desempeñó y el que pudo desempeñar el concepto de derecho de gentes, tal como se desarrolla en la Escolástica española moderna, y en particular en Vitoria, en la solución dada al problema de la legitimidad de la conquista española, que hace aflorar de modo dramático el problema de la conjugación del universalismo moral y religioso con el reconocimiento de la diferencia cultural y moral y la pluralidad política.

No por tópico deja de ser cierto, y merece ser resaltado, que el llamado (desde la perspectiva europea) “descubrimiento” de América, y la posterior colonización de este continente tuvieron entre otras consecuencias la de situar a los europeos cristianos ante una alteridad cultural radical<sup>2</sup>. Los europeos, y en primer lugar los españoles, se encontraron ante individuos aparentemente humanos, pero cuya forma de vida, así como sus creencias, organización social, lenguas, etc., eran totalmente diferentes de las suyas. Hubieron de cobrar plena conciencia de la complejidad y diversidad de la naturaleza humana<sup>3</sup>.

Es verdad que los indios no eran los únicos “otros” para la *respublica christiana* europea. Lo eran también las sociedades no cristianas, singularmente las musulmanas, y los infeas -musulmanes y judíos- que habitaban desde hacía siglos en los reinos y territorios cristianos; lo eran hasta cierto punto los herejes, e incluso minorías étnicas como los gitanos. Pero sin duda los indios americanos resultaban mucho más extraños, porque no los distinguía sólo la diversidad de creencias, sino una diferencia cultural de proporciones muy superiores<sup>4</sup>. Además, mientras que en otros casos el desarrollo cultural y técnico podía ser considerado equiparable, en éste parecía manifiesta la superioridad de civilización de los descubridores<sup>5</sup>, lo que hacía más difícil concebir una coexistencia de culturas en pie de igualdad.

Y pronto surgieron reflexiones que, dejando a un lado los títulos jurídicos que podían aducirse para justificar la dominación española y portuguesa, como las Bulas papales, trataban de hallar una explicación racional que permitiera hacer compatible la afirmación de la unidad de la naturaleza humana con la heterogeneidad cultural, y proporcionar una legitimación intelectual de la dominación española.

Un fundamento posible lo proporcionaba la distinción entre civilización y barbarie. Aun reconociendo el carácter humano de los salvajes americanos, ciertas actitudes y modos de vida<sup>6</sup> eran considerados en aquella época como muestra de

---

<sup>2</sup> Véase, entre otros, GÓMEZ-MULLER, Alfredo, *Alteridad y ética desde el descubrimiento de América* (Madrid, 1997).

<sup>3</sup> Véase TODOROV, Tzvetan, *La conquista de América. El problema del otro*<sup>o</sup>. (1991, trad. cast. México, 1998).

<sup>4</sup> Véase en particular PAGDEN, Anthony, *La caída*, cit. (n. 1), *passim*.

<sup>5</sup> Téngase en cuenta, no obstante, que los españoles encontraron culturas indias desarrolladas, como las de incas, mayas y aztecas.

<sup>6</sup> Se atribuye a los indígenas americanos el desconocimiento de la ciencia y la cultura, canibalismo, idolatría, incontinenencia sexual, carencia de propiedad privada, etc. Cf. PAGDEN, Anthony, *La caída*, cit. (n. 1).

una inferioridad que algunos estimaban permanente. Esto justificaría una posición de tutela y administración de los europeos respecto a quienes eran incapaces de valerse por sí mismos; una distinción que, aun si en formas más atenuadas, ha seguido utilizándose por parte de los colonizadores occidentales hasta el siglo XX.

La teoría aristotélica de la esclavitud natural constituía aparentemente una sólida base para esta posición. Como sabemos, fue el nervio central de la argumentación de Sepúlveda en la famosa “controversia de Valladolid”. Y el mismo Las Casas acepta en su exposición la premisa básica: su esfuerzo se orienta a mostrar que los indios no son del tipo de los esclavos por naturaleza a los que se refiere Aristóteles.

Sin embargo, la tesis de una desigualdad ontológica como la existente entre el amo y el esclavo “natural” era en rigor incompatible con el reconocimiento de una humanidad común. (De hecho, el mismo Aristóteles se encuentra en una situación embarazosa al atribuir al esclavo el estatus de “instrumento animado”, capaz de comprender órdenes, pero no de razonamiento práctico –de prudencia–, y reconocer, sin embargo, al mismo tiempo que el esclavo es humano y que puede existir cierta amistad entre amo y esclavo<sup>7</sup>). Y los teólogos escolásticos españoles coinciden en rechazar la tesis de que la supuesta inferioridad de los indígenas sea suficiente para considerarles incapaces de dominio<sup>8</sup>.

Un argumento alternativo, de carácter teológico, que justificaría la servidumbre como consecuencia del pecado<sup>9</sup>, tampoco parecerá convincente (por razones que luego veremos) a los teólogos tomistas españoles, los cuales optarán por abordar el problema de la justificación de la conquista en el terreno de los argumentos ontológicos y antropológicos, creando así una doctrina de la mayor importancia en el campo moral, jurídico y político.

Estos teólogos escolásticos parten, siguiendo una dilatada tradición universalista que se remonta al menos al estoicismo, de la tesis de que en la común humanidad compartida por los hombres de todos los pueblos se funda implícitamente un marco normativo universal, que puede servir de base tanto para el entendimiento como para la resolución de los conflictos entre individuos y sociedades diversas.

Ese marco normativo es, en la filosofía escolástica, el derecho natural. Es decir, un conjunto de normas que, en cuanto correspondientes al orden de la naturaleza instituido por Dios, constituyen una base objetiva de valoración moral que ha de ser comprendida y compartida por todos los hombres y por todos los códigos normativos positivos, con independencia de las diferencias culturales, que son secundarias con respecto al núcleo central. (Eso si es que tales diferencias son reconocidas, algo que difícilmente encontramos en los planteamientos de la época<sup>10</sup>).

<sup>7</sup> Véase ARISTÓTELES, *Et. Nich.* 1161 b 2-7; *Politica*, 1253 b 26-34; 1255 b 12-14.

<sup>8</sup> TUCK, Richard, *The Rights of War and Peace* (Oxford, 1999), pp. 70-71, observa que Tomás de Aquino hace una novedosa e influyente interpretación del controvertido pasaje de la *Política* 1256b 20-25, en el que Aristóteles parece justificar la guerra contra esclavos naturales como justa naturalmente: introduce la salvedad de que han de cumplirse los criterios de una guerra justa para que lo sea la guerra contra los esclavos que se niegan a someterse.

<sup>9</sup> Recuérdese la posición de SAN AGUSTÍN, *De civitate Dei*, XIX, 15 “*Prima ergo servitutis causa peccatum est*” [en *Obras completas de San Agustín* (Madrid, 1988), p. 596].

<sup>10</sup> Cf. PAGDEN, Anthony, *La caída*, cit. (n. 1). Esto hace más notable el valor de posiciones como la de Las Casas.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el concepto de derecho natural, tal como es entendido por la Escolástica, se asienta en presupuestos ontológicos muy fuertes y controvertidos, como la noción misma de “naturaleza humana”: los intentos de concreción de sus rasgos constitutivos chocan siempre con la diversidad efectiva de interpretaciones de lo humano esencial. Y los propios escolásticos españoles, por más que tendieran a identificar, desde un enfoque etnocéntrico, lo natural y lo occidental cristiano, fueron conscientes de que el discurso del derecho natural se fundaba en presupuestos metafísicos que difícilmente podrían ser manifiestos para interlocutores como los nativos de las Indias, que vivían en un marco social e intelectual tan diferente.

Ahora bien, encontramos también en el discurso de estos autores escolásticos una noción procedente del Derecho romano, la del *ius gentium*, que en sus planteamientos está próxima al derecho natural, pero que toma como base ciertos usos que de hecho son comunes a los distintos pueblos (*gentes*). Y cabe pensar que un código que recoge reglas comúnmente aceptadas y efectivamente reconocidas, podría tal vez ofrecer una segunda vía de entendimiento intercultural más accesible, y un código más fácilmente conocido y común, ya que no presupone necesariamente fundamentos metafísicos ni teológicos compartidos por quienes concuerdan en sus preceptos. Al derecho de gentes le bastaría el fundamento “débil” del acuerdo empíricamente comprobado, aunque pudiera inferirse, desde una perspectiva iusnaturalista, que tal acuerdo es índice o expresión de la naturaleza compartida que subyace a su universalidad.

No pretendo con esto decir que los autores a los que me refero concibieron el derecho de gentes de este modo; un planteamiento semejante es, sin duda, ajeno a su horizonte intelectual. Sin embargo, el lugar en el que aparece esta noción y el uso que hacen de ella, -empezando por Vitoria, quien apela al hecho de la comunicación y la interdependencia entre los hombres como contexto de las reglas cuasi universales del derecho de gentes-, permite conjeturar que sirve implícitamente de apoyo a una noción embrionaria de “derecho cosmopolita”.

Además, en torno a esta noción del “derecho de gentes” aparecen problemas e intentos de solución que presentan cierta semejanza con los que se plantean en el actual proceso de intensa y creciente interacción e integración planetaria. Son, en particular, aquellas cuestiones que tienen como marco el desarrollo de una perspectiva ética, jurídica y política de alcance mundial, asociada a los procesos económicos, técnicos y culturales usualmente etiquetados con el término de globalización: cosmopolitismo jurídico y político, justicia internacional o transnacional, derechos humanos, intervención o injerencia humanitaria<sup>11</sup>. De manera que una reflexión sobre el derecho de gentes en la Escolástica puede ser útil para afrontar algunas cuestiones propias de la filosofía moral y política contemporánea.

---

<sup>11</sup> Sobre esto, véase en particular CAVALLAR, Georg, *The Rights of Strangers. Theories of International Hospitality, the Global Community and Political Justice since Vitoria* (Vermont, 2002).

## III. LA RECEPCIÓN DEL “IUS GENTIUM” EN LA ESCOLÁSTICA ESPAÑOLA

Con la noción de *ius gentium* del Derecho romano, aparece por primera vez la idea de un código jurídico universal<sup>12</sup>. No es extraño; como observa Kaser<sup>13</sup>, el desarrollo y expansión de Roma a partir del siglo III a. C. hizo necesario un ordenamiento que regulara las relaciones entre ciudadanos romanos y no romanos (y las de éstos entre sí), no sujetas al ordenamiento jurídico romano (al *ius civile*), partiendo de la base de que las normas de este otro tipo serían comunes a todos los pueblos. Posteriormente, los juristas romanos designaron este conjunto (no sistematizado) de normas como “*ius gentium*”, que es entendido en el sentido de “derecho de todos los hombres”.

Hay que tener en cuenta, por tanto, que la noción de *ius gentium* se refiere en principio (aunque no exclusivamente) a relaciones entre individuos humanos en tanto que tales, más que al “derecho de gentes” entendido como derecho “internacional” o “interestatal”<sup>14</sup>. Y es también esta acepción del término –derecho de gentes como derecho de todos los hombres– la que más nos interesa a la hora de considerar el concepto en relación con la Escolástica española y con el tema que nos ocupa, en la medida en que introduce la idea de una comunidad universal de derecho, y no sólo la de un conjunto de reglas jurídicas para las relaciones entre entidades políticas. Dicho sea de paso, seguramente la gran aportación de Vitoria y Suárez no haya sido la creación del Derecho internacional, que presupone precisamente la perspectiva de un sistema de estados, difícil de concebir sobre todo en la época de Vitoria, sino la idea de un orden moral y jurídico transnacional, es decir, a través de y más allá de las entidades políticas particulares: un orden cosmopolita. Y así, como observa Hamilton<sup>15</sup>, la perspectiva medievalizante de estos autores resulta paradójicamente moderna.

El *ius gentium* se basa en la consideración de que hay instituciones y normas jurídicas comunes a todos los pueblos, y esta tesis se deriva, no sólo de la verificación empírica de las coincidencias de este *ius gentium* con los derechos de los diferentes pueblos, sino también de la convicción, procedente del cosmopolitismo estoico, de la pertenencia de todos los hombres a una sociedad cósmica natural. Fue Cicerón quien introdujo esta fundamentación filosófica del *ius gentium* en el mundo romano<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Si bien la idea filosófica de un *nomos* universal aparece ya en algunos sofistas, en Aristóteles y en los estoicos, como es bien sabido.

<sup>13</sup> KASER, Max, *Ius gentium* (1993, trad. cast. Granada, 2004).

<sup>14</sup> El sentido que recoge en cambio el término alemán *Völkerrecht* (e igualmente Rawls en su *The Law of Peoples*).

<sup>15</sup> HAMILTON, Bernice, *Political Thought in Sixteenth Century Spain: a study of the political ideas of Vitoria, De Soto, Suárez and Molina* (Oxford, 1963).

<sup>16</sup> CICERÓN, *De officiis libri tres*, 3, 17, 69: “*Hoc quamquam video propter depravationem consuetudinis neque more turpe haberi neque aut lege sanciri aut iure civili, tamen naturae lege sanctus est. Societas est enim –quod, etsi saepe dictum est, dicendum est tamen saepius– latissime quidem quae pateat, omnium inter omnes, qui eiusdem gentis sint, propior eorum, qui eiusdem civitatis. Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse vulerunt: quod civile, non idem continuum gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet*” (Milán, Mondadori, 1965, p. 184).

Casi dos siglos después, el jurista Gayo (siglo II) vuelve a hacer referencia al *ius gentium*. Afirma que todos los pueblos que tienen leyes y costumbres se sirven en parte de un derecho propio que cada pueblo estableció para sí, el *ius civile*, y en parte de aquel “*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*”<sup>17</sup>.

En ambos autores, la validez del *ius gentium* aparece fundada en la naturaleza, que es lo que permite aplicarlo a todos los hombres sin distinción de ciudadanía<sup>18</sup>. En este sentido, podría decirse que *ius gentium* y *ius naturale* se identifican. En general, se puede decir que “las ideas jurídicas que existen en los ordenamientos de todos los pueblos y que, por tanto, son *ius gentium*, también corresponden en toda regla a las leyes de la naturaleza y, por lo mismo pueden ser explicadas a partir de la naturaleza”<sup>19</sup>. El derecho de gentes se explica por la común humanidad, que hace que ciertas normas, como la legítima defensa, aparezcan a la razón como evidentes, sin necesidad de demostración o de consenso positivo.

Sin embargo, el mismo romanista observa que “sería erróneo equiparar *ius gentium* y *ius naturale* sin ninguna excepción; éste concibe el surgimiento de la idea jurídica a partir de la naturaleza y, con ello, por su *causa*, mientras que el *ius gentium* señala la validez para todos los hombres como una *consecuencia* de aquello”<sup>20</sup>.

Podemos interpretar esta afirmación del siguiente modo: mientras el derecho natural se basa en la noción metafísica de una naturaleza común, de la que se seguiría la universalidad de sus normas, el derecho de gentes se obtiene a partir de la constatación de la universalidad efectiva de ciertas normas, que nos permite inferir como explicación la existencia de una naturaleza común<sup>21</sup>.

Así se explica que a partir del momento en que se generaliza la ciudadanía romana, con la “*Constitutio Antoniniana*” de 212, la noción de *ius gentium* venga a entenderse como el derecho que abarca una serie de contenidos referidos sobre todo a las relaciones que anacrónicamente podemos denominar “internacionales” (en contraposición a la perspectiva “interna” del *ius civile*). San Isidoro ofrece una relación de los mismos en sus *Etimologiae*<sup>22</sup> que servirá para la comprensión del concepto de *ius gentium* por parte de los autores medievales.

<sup>17</sup> Inst. Iust. 1, 2, 1: “[...] que la razón natural estableció entre todos los hombres, que entre todos los hombres es igualmente mantenido y se llama *ius gentium*, como si dijéramos el derecho que usan todos los pueblos”.

<sup>18</sup> Igualmente, según observa el mismo Kaser, autores no juristas, como Tácito o Séneca, utilizan el término en relación con reglas que tienen validez en todas las épocas, en todos los lugares y para todos los hombres. (Respecto a Tácito, véase el estudio de Andrés Santos, Francisco Javier, *Ius gentium en la obra de Tácito*, en *Labeo. Rassegna di diritto romano* 47 (2001), pp. 438-446.

<sup>19</sup> KASER, Max, cit. (n. 12), p. 72.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Véase al respecto GROCIO, Hugo, *De iure belli ac pacis*, I, 12 sobre la demostración *a priori* y *a posteriori* de que algo es de derecho natural.

<sup>22</sup> SAN ISIDORO, *Etimologiae*, V, 6: “*Ius gentium est sedium occupatio aedificatio, munitio, bella, captivitates, servitudes, postliminia, foedera pacis, indutiae, legatorum non violandorum religio,*

Y es esta perspectiva de la universalidad obtenida empíricamente la que explica que el *ius gentium* incluya contenidos que los escolásticos no consideran propios del derecho natural. Así, por ejemplo, la esclavitud. Puesto que es generalmente admitida por los pueblos antiguos, ha de considerarse una institución *iuris gentium*, aunque de acuerdo con el derecho natural haya que afirmar que todos los hombres nacen libres. Es decir, el *ius gentium* deja margen para tolerar la existencia de prácticas no razonables e injustas, al menos según un criterio racional estricto. Lo cual no elimina, sin embargo, la paradoja de admitir simultáneamente la validez de la norma sobre la base de una universalidad constatada empíricamente, y considerar sin embargo que es contraria en parte a las exigencias de la ley natural, basada en la naturaleza humana universal (que no es reconocida como tal en la práctica).

La vecindad entre los conceptos de derecho natural y derecho de gentes hace difícil deslindarlos, y mueve a confundirlos. La dificultad se manifiesta con claridad ya en la recepción del concepto de *ius gentium* por Tomás de Aquino, quien, por razones obvias, fue una autoridad de la mayor importancia para los representantes de la Segunda Escolástica. El teólogo dominico ofrece en su *Summa Theologiae* una solución de compromiso, y a decir verdad poco clara, respecto al *status* del *ius gentium*. Pues, por una parte, el *ius gentium* aparece arraigado en el derecho natural y la recta razón, pero por otra resulta ser un derecho positivo, y atenido a las condiciones efectivas de la vida social.

Así, en I<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, q. 95, a. 4, Santo Tomás afirma, siguiendo a San Isidoro, que el *ius gentium* es derecho positivo, aunque más próximo al derecho natural que el derecho civil. Pues, si toda ley humana legítima deriva del derecho natural, “*ad ius gentium pertinet ea quae derivantur ex lege naturae sicut conclusiones ex principiis*”<sup>23</sup>; por ejemplo, las condiciones justas en compras y ventas, que en último término son condiciones indispensables para la convivencia. Mientras que en el caso del derecho civil la relación con el derecho natural es sólo mediata o indirecta; así, por ejemplo en el caso de las normas que establecen lo que en un determinado caso es conveniente para la prosperidad de una sociedad política. De manera que “*ius gentium est quidem aliquo modo naturale homini, secundum quod est rationalis, inquantum derivatur a lege naturali per modum conclusiones quae non est multum remota a principiis. Unde de facili in huiusmodi homines consenserunt*”, aunque no es estrictamente “natural”, en el sentido en el que lo son las tendencias comunes a todos los animales<sup>24</sup>.

Sin embargo, en II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup> q. 53 a. 7, el *ius gentium* había aparecido como una subdivisión del derecho natural. Aunque Tomás de Aquino quiere salvar la distinción

---

*connubia inter alienigenas prohibita. Et inde ius gentium, quod eo iure omnes fere gentes utuntur*” (“El derecho de gentes es ocupación de fincas, edificación, fortificación, guerra, cautividad, esclavitud, “postliminio”, tratados de paz, treguas, obligación de respetar la inmunidad de los embajadores, prohibición de matrimonios entre personas de distinto origen”).

<sup>23</sup> SANTO TOMÁS, *Summa theologiae*, I<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, q. 95, a. 4 (Madrid, 1966), p. 173: “[...] al derecho de gentes pertenecen aquellas cosas que se derivan de la ley natural como las conclusiones se derivan de los principios”.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 175. Obviamente, aquí está presente la clasificación del derecho de Ulpiano recogida por S. Isidoro, y particularmente el paso en el que se refiere al derecho natural como aquello “*quod natura omnia animalia docuit*”.



de Ulpiano entre derecho natural, civil y de gentes, el *ius gentium* es considerado en último término como natural, si bien no en el sentido absoluto en que lo es, por ejemplo, la relación entre macho y hembra para la generación, sino en tanto aparece ligado a las consecuencias que racionalmente cabe inferir de la naturaleza, como la propiedad para el cultivo y pacífico uso de la tierra.

Esta ambigüedad es heredada por Vitoria y los demás escolásticos españoles, que mantienen una controversia más o menos explícita acerca del *status* del *ius gentium*<sup>25</sup>, al que algunos acercan más al derecho natural (como Gabriel Vázquez, para quien es un tipo de derecho natural, un derecho natural secundario, o el mismo Soto) y otros al derecho positivo (como Suárez). Si bien las distintas interpretaciones coinciden, por otra parte, en algunos puntos, como observa Hamilton: se trata de un tipo de ley humana, común a todos o casi todos los pueblos, al que se ha llegado por un proceso de razonamiento natural, pero sin reunión y convención humana, a diferencia del derecho positivo civil. Pero lo que más nos interesa aquí es saber por qué se ocupan del derecho de gentes, y qué tesis subyacen a las distintas interpretaciones.

Hace notar Höpfl que los autores de la época a los que nos referimos no podían pasar por alto un concepto que figuraba en el *Digesto* y las *Institutiones*, cuyas citas constaban en las *Etimologías* de Isidoro de Sevilla, en el *Decretum* de Graciano, y en el mismo Santo Tomás. Podríamos interpretar entonces, en primer lugar, que la referencia al *ius gentium* venía obligada por el procedimiento académico canónico del comentario; nadie podía pasar por alto, al menos en apariencia, la autoridad del teólogo napolitano. Pero, como advierte el mismo Höpfl, tal noción “parecía, sin embargo, introducir sólo complicaciones innecesarias. Todos los preceptos que las autoridades adscribían al *ius gentium* podían ser reasignados al derecho positivo o al natural, y por consiguiente el concepto parecía tropezar con el principio de la navaja de Ockham”<sup>26</sup>.

Era sin duda un concepto incómodo, como lo muestra la aludida disparidad de interpretaciones en el período que consideramos. Pero el descubrimiento de América, al mostrar lo que ciertamente podía ser considerado un nuevo mundo, con pueblos o “gentes” tan diversas, hizo del estudio del *ius gentium* algo cuyo interés iba más allá del puro ejercicio académico, porque no podía eludirse el problema de encontrar un código normativo que pudiera abarcar la diversidad de sociedades y la universalidad efectiva de las relaciones interhumanas e “internacionales”. Y, pese a su ambigüedad, o quizá por ella, el concepto de derecho de gentes, por estar a caballo entre derecho natural y derecho positivo<sup>27</sup>, parecía poder servir a un doble propósito, que estaba fuera del alcance tanto del primero como del segundo.

<sup>25</sup> Véase SUÁREZ, *De legibus*, II, 17, que en cierto modo resume y cierra el debate. Una exposición de las diversas posiciones puede verse en PEREÑA, Luciano, *La génesis suareciana del ius gentium*. Estudio preliminar a SUÁREZ, Francisco, *De legibus (II, 13-20)* [Corpus Hispanorum de Pace (Madrid, 1973), XIV, pp. xix-lxii].

<sup>26</sup> HÖPFL, Harro, *Jesuit Political Thought. The Society of Jesus and the State c. 1540-1630* (Cambridge, 2004), pp. 301-302.

<sup>27</sup> Cf. SUÁREZ, Francisco, *De legibus*, II, 17, 1.

El derecho de gentes, en tanto que es derecho natural o algo muy próximo al derecho natural, suministra el fundamento de universalidad y “naturalidad” que legitima la acción e intervención de los conquistadores allí donde no hay un código positivo común, apelando simplemente a la constatación del reconocimiento universal de ciertos principios y normas, que parece argumento suficiente para inferir su arraigo en la misma naturaleza humana.

Por otra parte, en cuanto es derecho positivo, el derecho de gentes permite explicar, y hasta justificar, la existencia y vigencia de ciertas instituciones, como la esclavitud, que no serían estrictamente admisibles o susceptibles de fundamentación por vía iusnaturalista, y que suponen una cierta aceptación “política” de lo que el razonamiento ético considera irracionalidad e injusticia.

Además, y en buena medida al margen de la intención consciente de sus expositores, la noción, tal como es usada por ellos, encierra potencialmente consecuencias importantes para la filosofía moral, jurídica y política posterior<sup>28</sup>.

Pero la consideración del tratamiento del concepto de derecho de gentes en la Escolástica española en su conjunto excede con mucho los propósitos de esta exposición. Aquí me limitaré a considerar qué sentido y alcance tiene este concepto en el pensamiento de Francisco de Vitoria, que no sólo merece especial atención por encabezar la llamada “escuela de Salamanca”, sino porque sus tesis lo convierten en primer exponente moderno de una posición que puede calificarse de cosmopolita<sup>29</sup>, en buena medida a través del concepto de derecho de gentes.

#### IV. EL PAPEL DEL “IUS GENTIUM” EN EL UNIVERSALISMO MORAL Y POLÍTICO DE VITORIA

Se ha dicho que el universalismo de Vitoria encuentra un contexto favorable de recepción en el humanismo renacentista<sup>30</sup>. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la posición de Vitoria no debe entenderse como defensa de una supervivencia del pasado –pues el dominico es claro en su oposición a las tesis en favor del dominio universal del Papa o del Emperador, como enseguida veremos-, sino más bien como una respuesta acorde con las realidades políticas de su tiempo<sup>31</sup>, y que presupone la concepción de la comunidad política particular como “república perfecta”, según expone en su relección *De iure belli* (II, 3). La idea de un orden moral y jurídico ecuménico no es una continuación de la idea del Imperio universal, sino algo diferente (que mira más al futuro, al *ius publicum Europaeum*, e incluso a Kant).

Pero es cierto que en Vitoria encontramos una nueva perspectiva, que desborda

<sup>28</sup> Es a ellas a las que se refieren estas páginas, que no se ocupan del derecho de gentes desde una perspectiva jurídica, sino filosófica.

<sup>29</sup> CAVALLAR, Georg, *The rights of Strangers*, cit. (n. 11). CAVALLAR, Georg, *Cosmopolis. Supranationales und kosmopolitisches Denken von Vitoria bis Smith*, en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 53 (2005) 1, pp. 49-67.

<sup>30</sup> Así, MARAVALL, José Antonio, *Estudios de historia del pensamiento español*. Serie 2ª: *La época del Renacimiento* (Madrid, 1984).

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, José Antonio, *El estado, la guerra y la paz. El pensamiento político español en el Renacimiento, 1516-1559* (Madrid, 1988).

el horizonte de la Cristiandad medieval, para hacerse literalmente cosmopolita. Así puede entenderse el tantas veces citado pasaje de su reelección *De potestate civili*: “*Habet enim totus orbis, qui aliquo modo est una respublica, potestatem ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt in iure gentium*”<sup>32</sup>. La idea de una singular república de la humanidad, con su propia autoridad y código legal, está expresada aquí con toda claridad.

Se ha dicho que esto contrasta con posiciones posteriores más escépticas al respecto, como la de Soto<sup>33</sup>. Pero lo que Soto hace es negar la existencia (y la conveniencia) de una entidad política mundial, en relación con la vieja idea de un imperio universal. Por su parte, Suárez, lejos ya del sueño del Imperio universal, afirmará, casi un siglo más tarde: “*Ratio autem huius partis et iuris est quia humanum genus, quantumvis in varios populos et regna divisum, semper habet aliquam unitatem, non solum specificam, sed etiam quasi politicam et moralem, quam indicat naturale praeceptum mutui amoris et misericordiae quod ad omnes extenditur, etiam extraneos et cuiuscumque nationis*”<sup>34</sup>. De modo que a lo sumo puede distinguirse una diferencia de énfasis entre la afirmación de Vitoria en 1528, y las posiciones de estos otros escolásticos, e incluso con su propia posición posterior, respecto al carácter de la comunidad universal; pues todos están de acuerdo en que esa comunidad tiene una cierta realidad, no es meramente moral, lo que implica que el *ius gentium* sea derecho, y no meramente doctrina moral (otra cosa es que en su planteamiento el derecho no pueda entenderse sino sobre la base de un fundamento moral y en continuidad con él).

Esta idea de una comunidad universal de los humanos, no sólo moral, sino de alguna manera jurídica, es de extraordinaria importancia. Implica el reconocimiento, no sólo de una semejanza de naturaleza, sino de un vínculo universal entre los hombres. Y tal vínculo posibilita y exige un código normativo igualmente universal al que todos, con independencia de sus creencias y de su pertenencia política estén igualmente sujetos, y sobre el que pueden fundarse los derechos de unos y los límites de los derechos de todos, que quedan así de algún modo igualados. La importancia, y aun la actualidad de Vitoria, estriban en haber adoptado este enfoque. Como señala Cavallar, las nociones de hospitalidad, comunidad global y justicia global están conectadas por la pregunta subyacente de si podemos encontrar principios sustantivos que nos unan de manera igual y conjunta incluso si no estamos de acuerdo en un bien sustantivo superior. E igualmente se le plantea a Vitoria la cuestión de si es posible fundamentar estos principios, y cómo: un

---

<sup>32</sup> VITORIA, Francisco, *De potestate civili en Obras de Francisco de Vitoria, Relecciones teológicas* (Ed. de Teófilo Urdáñez, Madrid, 1960), § 21, p. 191. Es verdad que en la misma reelección Vitoria había sugerido la hipótesis de una “república de repúblicas” cristiana, como se recordará más adelante.

<sup>33</sup> Así, TUCK, Richard, cit (n. 8), p. 75, n. 67.

<sup>34</sup> SUÁREZ, Francisco, *De legibus*, II, 19, 9; cit. (n. 24), p. 135: “La razón de ser de este derecho [sc. de gentes] consiste en que el género humano, aunque de hecho está dividido en pueblos y reinos, mantiene, sin embargo, en todo momento una cierta unidad, no ya sólo la específica, sino cuasi política y moral, como lo indica el precepto natural de la solidaridad y la ayuda mutua que se extiende a todos, incluso extranjeros y de cualquier nación”.

problema que sigue siendo hoy tan acuciante como difícil de resolver. Las modernas concepciones de los derechos humanos, de la intervención humanitaria legítima, de la justicia internacional, remiten en último término, frente al énfasis positivista en la soberanía estatal, a un marco ético que tiene mucho en común con lo que Vitoria sostiene sobre la base del derecho natural y el derecho de gentes. A juicio de Cavallar, “la base del derecho de gentes de Vitoria es idéntica a los rasgos de la justicia política imparcial que remite a la universalidad y al libre consenso, posible o virtual, de todos los pueblos, que son iguales en sentido normativo”<sup>35</sup>.

Ciertamente, la posición de Vitoria debe ser considerada en su propio contexto histórico y teórico, para no incurrir en el presentismo arriba criticado. Por una parte, el iusnaturalismo de Vitoria está inserto en el marco de una concepción teológica que sitúa el derecho natural, y lo que en lenguaje moderno llamaríamos derechos individuales, en el marco ontológico y moral de un orden universal creado por Dios, ámbito de lo objetivamente justo a partir del cual puede entenderse todo pretendido derecho subjetivo; y esto tiene importantes consecuencias respecto a su alcance y contenido. Por otra parte, la idea de que todos los hombres pertenecen a una comunidad moral universal convive, con inevitable tensión<sup>36</sup>, con la perspectiva de la *respublica christiana*, que aparece como modelo y patrón de lo humano, y desequilibra las posiciones en la relación entre culturas. A la postre, Vitoria no parece capaz de superar el etnocentrismo.

Sin embargo, lo que nos importa, más allá de la intención y los límites del planteamiento de Vitoria, son los instrumentos y vías de respuesta que emplea para responder a cuestiones que, como se ha indicado ya, tienen importantes puntos de coincidencia con las nuestras.

Es interesante considerar cómo se plantea el problema de un fundamento de legitimidad de la dominación española en las reelecciones *De indís*. Como es sabido, Vitoria es el primero en situar el problema de la legitimidad de la conquista en una perspectiva iusnaturalista.

Para empezar, el Emperador no es señor del mundo. Vitoria abandona la idea de una monarquía universal, aún recogida más o menos veladamente en *De potestate civili*<sup>37</sup>. Este supuesto título es rechazado ahora apelando tanto a los hechos, como a la inexistencia de un fundamento legal para su dominio (que en todo caso sería además de jurisdicción, no de propiedad). Tal reivindicación no se adecuaba ya a la realidad del “pluriverso” político europeo, ni convenía a la política hispánica.

Así mismo, la legitimidad de la conquista no podía ser fundada en las bulas papales (como habían hecho en los años inmediatamente siguientes a la conquista juristas como Palacios Rubios y Matías de Paz): el Papa no es señor del orbe, y

<sup>35</sup> CAVALLAR, Georg, *The Rights of the Strangers*, cit. (n. 11), p. 71.

<sup>36</sup> Como señala José María HERNÁNDEZ en su *Introducción* a PAGDEN, Anthony, *La Ilustración y sus enemigos* (Barcelona, 2001).

<sup>37</sup> VITORIA, Francisco, *De potestate civili* § 14, cit. (n. 32), p. 180: “Item, quia aliquando genus humanum habuit istam potestatem, scilicet eligendi monarcham, ut patet a principio antequam feret divisio. Ergo et nunc potest. Cum enim illa potestas esset iuris naturalis, non cessat”. Sobre la idea del “dominium mundi” del Emperador o del Papa, cf. TUCK, Richard, cit. (n. 9) pp. 58-63.

menos aún un señor patrimonial, que pueda dar potestad temporal a los príncipes seculares. (No obstante, Vitoria sostendrá que el Papa tiene una potestad indirecta en lo que toca a la salvación, por lo que puede conceder un derecho exclusivo de evangelización; portillo éste por el que Vitoria acabará justificando un derecho exclusivo de comercio y conquista<sup>38</sup>, de modo incongruente con la perspectiva iusnaturalista que dice adoptar).

Tampoco se puede apoyar el dominio hispánico, piensa Vitoria, en argumentos teológicos como los invocados por autores heréticos, como los valdenses o Wycleff, según los cuales quienes están en pecado mortal no tienen dominio legítimo, pues éste proviene de la gracia divina, y por tanto los indios, paganos, no son verdaderos señores de sus tierras. Vitoria niega que el dominio se pierda por el pecado.

Ni por la infidelidad. La tesis criticada por el maestro salmanticense sostiene que si todo dominio justo viene de Dios por la fe y la mediación del vicario de Cristo, quienes se resistan a recibir la fe y reconocer la autoridad del Papa pueden ser sometidos por la guerra<sup>39</sup>. Entre otros argumentos, interesa recordar aquí aquél en el que Vitoria sostiene, apelando a Santo Tomás: “[...] *fides non tollit nec ius naturale nec humanum; sed dominia sunt vel de iure naturali vel humano; ergo non tolluntur dominia per defectum fidei*”<sup>40</sup>. Así, los derechos sobre el propio cuerpo, y los de defensa propia, son naturales e inalienables. Cabe añadir que en ese momento era arriesgado fundar la legitimidad del poder en la rectitud moral o en la ortodoxia religiosa, en primer lugar porque en la Europa de la Reforma esto sometería la legitimidad de la propiedad y del gobierno a una disputa sin solución previsible, y en segundo lugar porque difícilmente podría exigirse a los indígenas americanos la aceptación de unas doctrinas que no podían conocer<sup>41</sup>.

Igualmente desecha el teólogo español el argumento de la incapacidad o inferioridad mental de los salvajes americanos como fundamento del dominio de los españoles. Incluso si considerásemos que los indios son como niños o disminuidos mentales, seguirían siendo sujetos de derechos. Pero además, no es éste el caso: no se puede negar que han desarrollado instituciones que dan prueba de su uso de razón (ciudades, matrimonios, magistrados y leyes, oficios, religión<sup>42</sup>). No puede

<sup>38</sup> VITORIA, Francisco, *Relectio de indis* (Edición crítica bilingüe por L. Perea y J. M. Pérez Prendes, Madrid, 1967), III, 9].

<sup>39</sup> Recuérdese que ésta es una tesis agustiniana, sostenida por los canonistas: el Papa puede privar a los infieles, por serlo, de sus derechos. Por lo que se refiere a América, es John Mair, en su *Comentario a las Sentencias* (1510) el primero en fundar la legitimidad de la conquista en la infidelidad de sus moradores. Cf. PAGDEN, Anthony: *Dispossessing the barbarian: the language of Spanish Tomism and the debate over property rights of the American Indians* en PAGDEN, Anthony (ed.), *The Languages of Political Theory in Early-Modern Europe* (Cambridge, 1987), pp. 79-98.

<sup>40</sup> VITORIA, Francisco, *De indis*, cit. (n. 38), I, 4, p. 20.

<sup>41</sup> Vitoria admite, sin embargo, la confiscación de bienes por razón de herejía. Esto puede explicarse porque Vitoria considera que lo que permite la confiscación no es la desviación religiosa como tal, sino el *delito* de herejía. Ahora bien, ¿en virtud de qué es delito la herejía? La distinción entre delito y pecado dista aún de ser clara.

<sup>42</sup> Cavallar hace notar que Vitoria presenta precisamente una versión modificada de las condiciones que Aristóteles considera necesarias para la existencia de una sociedad política.

sostenerse el argumento de una diferencia cualitativa, imposible si mantenemos que son seres de la misma especie, si se acepta el principio estoico y cristiano de la igualdad y comunidad esencial de los hombres: suponer en los indígenas una incapacidad permanente requeriría negar la posibilidad misma de evangelización. La inferioridad que actualmente se aprecia en los indios ha de entenderse que es más bien debida a sus condiciones de vida, de la misma manera que a esto atribuimos la diferencia de condición de los rústicos respecto a los habitantes de las ciudades. (No obstante, Vitoria no cierra del todo la posibilidad de justificar un dominio con un argumento paternalista, a diferencia de su discípulo Melchor Cano, que niega taxativamente el derecho de los más sabios –los españoles– a gobernar a los bárbaros por serlo<sup>43</sup>).

Al argumentar así, Vitoria estaba implícitamente situando a los indios en un plano de igualdad con los españoles, al menos en principio. La superioridad cultural no justificaba diferencia entre ellos y los europeos en cuanto a la titularidad del dominio. Y ni siquiera la negativa a recibir la fe, aun en el supuesto de que les hubiera sido expuesta razonada y pacíficamente, bastaría para que fuera legítimo hacerles la guerra o desposeerles de sus bienes.

La argumentación tiene que situarse entonces en el plano de la ley natural, que ha de entenderse común a cristianos y no cristianos. Si los bárbaros son responsables de conductas antinaturales, como la antropofagia, el incesto o la sodomía, parece que podría hacerseles la guerra apelando a las exigencias de la humanidad. Pero aun esto niega el teólogo dominico: al fin y al cabo, no se admite que los príncipes cristianos puedan ser desposeídos por sus pecados contra la ley natural por la autoridad del Papa; lo mismo ha de valer para los bárbaros, que tienen menor conciencia de la disconformidad de esas prácticas con la ley natural. De entre las razones que opone Vitoria, me interesa destacar aquí la afirmación siguiente: *“Item nec omnia peccata contra legem naturae possunt evidenter ostendi, saltem omnibus”*<sup>44</sup>.

Implícitamente, Vitoria viene a reconocer la dificultad de determinar el contenido de la ley natural, al menos de modo que sea evidente para cualquiera<sup>45</sup>. Con lo que se pone de manifiesto una dificultad considerable para el establecimiento del derecho natural como código universal capaz de regir las relaciones entre las diferentes comunidades humanas.

Es entonces, ante la imposibilidad de justificar la conquista sobre la base de fundamentos como los mencionados, que no pueden satisfacer la pretensión de universalidad (al menos subjetivamente), cuando el profesor de Salamanca adopta una estrategia diferente. Argumenta en términos de derechos y obligaciones inherentes a las relaciones entre los humanos (hoy diríamos en términos de “derechos humanos”). En concreto, apela a un derecho “de sociedad y comunicación natural”, fundado en la participación de todos los hombres en un

<sup>43</sup> Cf. CANO, Melchor, *De dominio indorum*, I, 19.

<sup>44</sup> *De indis*, II, 22, cit. (n. 38), p. 71.

<sup>45</sup> Poco más abajo (loc. cit., p. 72) reconoce que: *“Item profecto maiores probationes habemus ad probandum legem Christi esse a Deo et esse veram quam ad probandum quod fornicatio est mala, vel querenda alia, etiam lege naturali prohibita”*.

territorio compartido, que lleva a la comunicación y el comercio entre ellos<sup>46</sup>. La división histórica de los bienes, que ha de suponerse que en un principio fueron comunes, no ha abolido este derecho originario de comunicación. Es en virtud de este título por lo que “*Hispani habent ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi, sine aliquo tamen nocumento barbarorum, nec possunt ab illis prohiberi*” (III, 1)<sup>47</sup>. El mismo título autoriza igualmente a los españoles a comerciar con los indios y a participar en los bienes comunes (sin propietario privado) como el oro de las minas o las perlas del mar o de los ríos, así como a establecerse como residentes y “ciudadanos”<sup>48</sup>.

Podemos dejar de lado la cuestión de hasta qué punto el propósito de Vitoria era justificar la dominación española, o la constatación de la presencia en su exposición de argucias argumentativas que distorsionan hechos y razones a favor de la posición de la Corona española o los intereses de la Iglesia<sup>49</sup>, así como la utilización del derecho de gentes en forma que limita la autonomía de los indios y amplía el espacio de utilización y beneficio para los europeos<sup>50</sup>. En cualquier caso, lo cierto es que la argumentación de Vitoria implica el reconocimiento de una comunidad universal de derecho<sup>51</sup>, sin la cual no tendría sentido la reivindicación de un derecho de “sociedad y comunicación”, así como la limitación de la autonomía estatal por los derechos de libre circulación, residencia y comercio, que traspasan toda frontera, incluidas las de los mismos estados europeos – en virtud de los cuales franceses y españoles han de reconocerse mutuamente el derecho a circular y establecerse en el territorio de jurisdicción del otro, afirma. Y lo que importa considerar aquí es el fundamento teórico sobre el que se establece tal marco normativo.

---

<sup>46</sup> Argumento que, como es bien sabido, recogerá dos siglos después Kant como premisa de un derecho cosmopolita.

<sup>47</sup> *De indis*, III, 1, cit. (n. 38), p. 78.: “Los españoles tienen derecho a recorrer aquellos territorios y permanecer allí, aunque sin hacer daño a los bárbaros, y ellos tampoco pueden prohibírselo”

<sup>48</sup> Se ha observado a menudo que, para ser coherente, Vitoria debería admitir que también son comunes los recursos marítimos o fluviales de los países europeos, y que puertos y caminos deben estar abiertos a todos ellos. En realidad, el argumento considera abiertos a cualquiera los bienes propios de una comunidad particular – que son, en todo caso, comunes para los habitantes de ésta. Según Fernández Buey “la clave de la justificación vitoriana del primer colonialismo europeo es una ampliación del viejo derecho del descubridor a las cosas que no son de nadie hasta la conversión en derecho a cosas que siendo comunes (o sin propietario definido, o cuya propiedad no ha sido planteada) en la otra cultura, caen supuestamente bajo un derecho internacional de gentes que empieza a ser definido justo en aquel momento y en función de los intereses y de la jerarquía de valores de los colonizadores europeos”. FERNÁNDEZ BUEY, Francisco, *La gran perturbación. Discurso del indio metropolitano* (Barcelona, 1995), p. 55. Ya SOTO, Domingo, *De iustitia et iure libri decem*, V, 3, 3 (versión castellana de Marcelino González Ordóñez, Madrid, 1968), observa que no se puede pasar por alto la voluntad de la comunidad nativa.

<sup>49</sup> Respecto al peso de los intereses de la Corona, de la Iglesia y de la orden dominicana en el pensamiento de Vitoria, puede verse una exposición muy crítica en MIRANDA, José, *Vitoria y los intereses de la conquista de América* (México, 1947).

<sup>50</sup> Véase FERNÁNDEZ BUEY, Francisco, cit. (n. 48), pp. 77 ss.

<sup>51</sup> Al menos incoactivamente; no hay aquí un orden jurídico internacional en sentido propio. Cf. CAVALLAR, Georg, *Cosmópolis*, cit. (n. 29), p. 54.

Pues bien, este supuesto derecho de sociedad y comunicación se basa en el derecho de gentes, “*quod vel est ius naturale vel derivatur ex iure naturali*”<sup>52</sup> - según dice con cierta imprecisión Vitoria, apelando justamente al texto de Gayo en las *Instituciones* justinianeas arriba citado, que como hemos visto funda el derecho de gentes en la razón común a los hombres. Al fin y al cabo “*videtur quod amicitia ad omnes homines sit de iure naturali*”, sugiere el teólogo dominico, basándose en el afecto natural que los miembros de las diversas especies animales sienten hacia sus semejantes, y, como señala el Digesto, en una afirmación de clara resonancia estoica que cita Vitoria, “*Inter homines omnes cognationem quandam natura constituit*”<sup>53</sup>. De manera que parece afirmar aquí que el derecho de gentes se identifica con el derecho natural<sup>54</sup>, o al menos es un derecho natural secundario o derivado del mismo, como luego sostendrán Soto y Vázquez.

Sin embargo, la prueba de que los preceptos del derecho de gentes se fundan en la naturaleza humana reside en que “*Apud omnes enim nationes habetur inhumanum sine aliqua speciali causa hospites et peregrinos male accipere; e contrario autem humanum [et officiosum] se bene habere erga hospites*”<sup>55</sup>. Es el consenso efectivo en el reconocimiento de ciertas prácticas, manifiesto en las costumbres, la base para inferir la universalidad y naturalidad de las mismas. (Por cierto, se trata de un consenso que no es propiamente “*inter gentes*”, inter-nacional o inter-estatal -como, por ejemplo, los acuerdos sobre la libertad de navegación en el derecho internacional posterior-; se refiere a la humanidad como conjunto de individuos que, como tal, atraviesa las fronteras políticas). Con lo cual parece abrirse un segundo nivel de justificación de los llamados “derechos de sociedad y comunicación”: no ya la intrínseca correspondencia con la naturaleza humana, reconocible por la razón, sino el visible consenso espontáneo respecto a ciertas prácticas en todas las sociedades humanas. Un nivel de argumentación de menor peso intelectual, pero más accesible y aceptable.

Esta dualidad de niveles aparece con mayor claridad en la argumentación de la proposición que afirma que los bárbaros no pueden prohibir a los españoles la participación en los bienes comunes (como los recursos minerales antes mencionados). Basándose en el régimen de las *res nullius*, afirma: “*Et quia multa hic videntur procedere ex iure gentium. [Nota quod, si ius gentium derivatur sufficienter ex iure naturali, manifestam vim habet ad dandum ius et obligandum. Et dato quod non semper derivetur ex iure naturali, sequi videtur consensus maioris partis totius orbis, maxime pro bono communi omnium]*”<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> *De indis*, III, 1, cit. (n. 38), p. 78.

<sup>53</sup> *De indis*, III, 2, cit. (n. 38), p. 81.

<sup>54</sup> Atribuye el derecho natural el uso común del mar, ríos y puertos, por ejemplo.

<sup>55</sup> VITORIA, F., *De indis*, III, 1, cit. (n. 38), p. 78.

<sup>56</sup> *De indis*, III, 3, cit. (n. 38), p. 82: “Muchas cosas parecen proceder del derecho de gentes. Advierte que, si el derecho de gentes se deriva suficientemente del derecho natural, tiene manifiesta fuerza para conceder derechos y crear obligaciones. Y aunque no siempre se derive del derecho natural, parece que basta el consentimiento de la mayor parte del orbe, sobre todo si está encaminado al bien común de todos”. Cita como ejemplos la inmunidad de los embajadores, la comunidad de los mares, la reducción a la esclavitud de los prisioneros de guerra, y la hospitalidad con los extranjeros.



Aquí se presenta una fundamentación de normas universales en dos niveles: el nivel de la inferencia racional (conclusiones derivadas de la razón —o, si se quiere, impresas por Dios en la razón humana—) y el del consenso —tanto más fuerte, obsérvese, cuando la norma o institución es de interés común a todos los hombres<sup>57</sup>.

Como vemos, no se acaba de exponer un criterio claro de ubicación del derecho de gentes. El consenso parece remitir a la universalidad que es propia de lo natural, pero puesto que hay instituciones del derecho de gentes que es dudoso que puedan ser consideradas exigencias de la naturaleza, y por tanto de derecho natural (como, para los teólogos de la época, la esclavitud de los prisioneros de guerra, o la propiedad privada), este acuerdo espontáneo puede considerarse base suficiente (y diferente) para justificar la pretensión aducida.

De ahí la tendencia a considerar el derecho de gentes como derecho positivo (tal como acabará haciendo Suárez), y como había sostenido el mismo Vitoria en su comentario de la *Summa theologiae* de Santo Tomás (II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, q. 57, a. 3), escrito entre 1526 y 1529.

Vitoria recuerda en este escrito que Tomás de Aquino distingue en el derecho natural entre lo que es adecuado o justo por sí mismo, absolutamente, y lo que es adecuado o justo en relación con sus consecuencias. (Por ejemplo, la propiedad, que considerada en sí misma no tiene por qué atribuirse a uno más que a otro, puede considerarse naturalmente justificada por la conveniencia para el cultivo y el uso pacífico de los bienes). Esta distinción permite establecer una diferencia entre el derecho natural, intrínsecamente adecuado al orden natural objetivo, y el derecho de gentes, que establece una justicia por relación con algo en sí mismo justo, apreciada por la razón.

Podría pensarse entonces que el derecho de gentes es un derecho natural secundario o derivado, como sostuvo el jesuita Vázquez. Vitoria cree, sin embargo, que el derecho de gentes debe ubicarse más bien dentro del derecho positivo, al tratarse de algo que no tiene de por sí adecuación (*aequitas*) a la naturaleza, sino que “*ex conducto hominum sancitum est*”<sup>58</sup>. En otras palabras: es de derecho natural aquella norma que es en sí misma e inmediatamente conforme al orden objetivo de la naturaleza, con independencia de su reconocimiento efectivo por una comunidad o individuo humano; mientras que hay otras normas cuya adecuación a la ley natural deja un margen de determinación que es establecido por un acuerdo humano.

No obstante, Vitoria admite que se trata de un derecho positivo peculiar, porque proviene de un pacto público universal: procede “*ex communi consensu omnium gentium et nationum*”<sup>59</sup>. Y además, no hay sólo una diferencia de alcance

<sup>57</sup> CASTILLA URBANO, Francisco, *El pensamiento de Francisco de Vitoria: filosofía política e indio americano* (Barcelona, 1992), p. 162, n. 19, lo interpreta así: “En nuestra opinión, Vitoria hace del *ius gentium* un *ius naturale* sólo limitado por su propio origen y cierta adaptabilidad a las situaciones concretas: es la razón de los humanos la que da lugar al derecho de gentes, mientras que es Dios el que imprime el derecho natural en el hombre”.

<sup>58</sup> VITORIA, Francisco, *In 2. 2. de iustitia*, q. LVII, a. III, 2 (Edición de V. Beltrán de Heredia, Madrid, 1934), p. 14. En el mismo sentido argumentarán Soto y Suárez.

<sup>59</sup> VITORIA, Francisco, q. LVII, a. III, 3, cit. (n. 58), p. 15.

respecto a la otra clase de derecho positivo (la que proviene de un pacto particular); es que no se puede observar el derecho natural sin el derecho de gentes<sup>60</sup>. Pero reconocer esto conduce al autor a una nueva dificultad: si el derecho de gentes es necesario para el derecho natural, ¿no es también derecho natural?

La solución que propone el teólogo español muestra la dificultad de hallar una solución definitiva a la cuestión del estatus del derecho de gentes. Por una parte, afirma que el derecho de gentes no se sigue necesariamente (no se deduce) del derecho natural<sup>61</sup>. Por otra, reconoce que tal derecho es “*pene necessarium*”, como condición para que pueda cumplirse del derecho natural. Según lo cual, parece que habría que concluir que, paradójicamente, el cumplimiento de los preceptos del derecho natural depende de la existencia de un derecho positivo, un derecho por tanto susceptible de ser modificado o suprimido. Y Vitoria tiene que admitir la posibilidad de que así sea: por ejemplo, el derecho de gentes autoriza la reducción a la servidumbre de los prisioneros hechos en guerra justa, pero esto no se admite entre cristianos. Ahora bien, entonces hay que admitir que hay instituciones del derecho de gentes que no son condición de posibilidad de la realización del derecho natural, sino convencionales<sup>62</sup>.

Pero si se admitiera el carácter meramente convencional del derecho de gentes, normas e instituciones (casi) universalmente aceptadas quedarían sin base de sustentación. Hay, sin embargo, algo que distingue a esta convención: precisamente esta aceptación (casi) universal. A ello apela Vitoria: lo que ha sido establecido por el consenso de todos, no puede ser abrogado sin el acuerdo de todo el orbe. Y un acuerdo semejante, sostiene el teólogo dominico, es imposible. Pero, podemos preguntarnos, ¿por qué es imposible? No basta con decir que es sumamente improbable; bastaría con la mera posibilidad de esa abrogación para reducir la validez del derecho de gentes a un nivel semejante al de otra norma positiva. Sin duda, Vitoria está convencido de la imposibilidad de un acuerdo para la abolición del derecho de gentes porque el acuerdo revela implícitamente que todos los individuos de todos los pueblos, como sujetos racionales, ven intuitivamente el vínculo existente entre esas normas y las exigencias fundamentales de la vida y relaciones humanas. Que es, por cierto, lo que puede explicar que haya habido un consenso para su creación, un consenso de otro modo tanto o más improbable que el que exigiría la abrogación.

En suma, el derecho de gentes, tal como es concebido en Vitoria (y, en general, en la Escolástica española) no puede ser entendido de manera positivista –como lo será el derecho internacional moderno–; expresa un acuerdo (casi) universal que es entendido como signo de aproximación, cuando menos, a lo que es objetivamente justo (a lo justo natural, para decirlo con Aristóteles). Desde la perspectiva de

<sup>60</sup> Por ejemplo, no se puede buscar la paz, que es de derecho natural, sin garantizar la inmunidad de los embajadores, como prescribe el derecho de gentes.

<sup>61</sup> Por ejemplo, del precepto “debemos buscar la paz” no se deduce necesariamente “debemos garantizar la inmunidad de los embajadores”.

<sup>62</sup> Así, normas como la que prescribe no dar muerte a los prisioneros una vez terminadas las hostilidades, o la que autoriza que los bienes muebles pasen a poder del vencedor (cf. VITORIA, Francisco, *De iure belli*, II, 6).

la época de Vitoria, ningún consenso, por amplio y espontáneo que sea, puede determinar lo que es natural, y por tanto no puede convertirse en criterio moral ni jurídico. El postmetafísico lector actual, sin embargo, no puede menos de ver en el consenso la marca de una universalidad no sustentada ya en una base metafísica, sino en el reconocimiento de intereses y necesidades semejantes<sup>63</sup>. Por eso, el derecho de gentes aparece a nuestros ojos como una primera figura de un discurso cosmopolita, no desarrollada aún por Vitoria y los pensadores de su época, pero indicativa de una posible vía de construcción de normas universales. Una vía fallida, por tanto, a corto plazo, pero prometedora de cara al futuro.

#### V. DERECHO DE GENTES Y ORDEN COSMOPOLITA

Quizá esta lectura en clave cosmopolita de la doctrina del *ius gentium* en Vitoria puede ayudar a entender mejor el sentido e importancia de su aportación, al tiempo que contribuye a poner de manifiesto ciertos problemas que el cosmopolitismo de base moral tiene planteados aún hoy.

Una vez más, hay que advertir de que dejaremos de lado la intención con que el mismo Vitoria proponía esta doctrina, o los intereses a los que servía. Se trata de ver el significado y consecuencias de sus tesis, fueran o no queridas conscientemente por el teólogo dominico.

Sin duda, él pretendía que el derecho de gentes fuera un instrumento jurídico en sentido estricto, eficaz para la regulación de las normas en la comunidad universal de los humanos; y no sólo en las relaciones internacionales entre entidades políticas, sino también en las relaciones entre los humanos como tales. Como observa Pagden<sup>64</sup>, Vitoria introduce un principio novedoso y potencialmente radical, ya que viene a afirmar que hay derechos individuales naturales que priman sobre la jurisdicción estatal, de manera que “la posibilidad de que una noción vagamente definida de comunicación natural humana, o incluso la noción clásica de hospitalidad, pudiera convertirse en un principio jurídico, amenazaba con colapsar todo el sistema de la soberanía nacional que acababa de emerger hacia el final del siglo XVI”. Vitoria viene a resultar un adelantado en la propuesta de un marco jurídico ecuménico de derechos “humanos”, capaz de limitar la autonomía estatal.

Por otra parte, Vitoria entiende que el derecho de gentes, como todo derecho, debe estar basado en la justicia. Por consiguiente, no puede ser autónomo respecto a la moral. Y es este moralismo político del teólogo, que no distingue suficientemente derecho y moral, el que a juicio de muchos críticos hace problemático el derecho de gentes.

Las relaciones interestatales han de ser regidas, según el maestro de Salamanca, por las normas de un derecho que procede “de la autoridad del orbe entero”. Como cualquier otra norma jurídica positiva, las normas del derecho de gentes

---

<sup>63</sup> Véase CAVALLAR, Georg, *The Rights of Strangers*, cit. (n. 11), sobre la idea de una universalidad “tenue” en Walzer y la teoría discursiva de Habermas.

<sup>64</sup> Pagden, Anthony, *Las tres grandes tradiciones históricas. Una genealogía de la posmodernidad (seguido de diez tesis)* en *Cuadernos de la Fundación Juan March* (Madrid), nº 8 (2002), p. 24.

requieren que la autoridad esté dotada de la fuerza coactiva suficiente para hacerlas cumplir a las partes, y que esté por encima de éstas. En la práctica, sin embargo, y a falta de instituciones adecuadas con las cuales pueda la comunidad internacional imponer su autoridad para garantizar la justicia, es un príncipe el que “súbitamente, se ve elevado al papel de juez internacional”<sup>65</sup> y ejecutor de la potestad del orbe: “[...] *princeps non tantum habet auctoritatem in suos sed etiam in extraneos, ad coercendum illos ut abstineant se ab iniuriis; et hoc iure gentium et orbis totius auctoritate*”<sup>66</sup>.

Pero el problema no es sólo que el derecho de gentes no esté en manos de un árbitro imparcial, que además no cuenta con un código preciso y reconocido de preceptos que sean de aplicación en los conflictos internacionales. El recurso a un derecho de gentes asimilado al derecho natural, o próximo a él, como base de las relaciones humanas “internacionales”, supone que Vitoria convierte un conjunto de normas morales, o al menos fundadas en último término en principios morales, en base de legitimación directa, e incluso en exigencia moral, de intervenciones punitivas o bélicas destinadas a garantizar la justicia. A lo que hay que sumar que la interpretación de las exigencias del derecho natural respecto a la justicia se efectúa sobre la base de los principios y valores religiosos cristianos (es de derecho natural lo que los teólogos católicos sostienen como tal), lo que conduce al fin y a la postre a la posición de Vitoria a un universalismo etnocéntrico, que convierte el punto de vista particular de una cultura en patrón de lo universal.

En términos modernos, se diría que Vitoria viene a proponer un derecho de injerencia humanitaria, sobre la base de su doctrina de la guerra justa. Y los puntos problemáticos de su posición son los mismos con los que topan las doctrinas contemporáneas de los defensores de los derechos humanos y de la limitación moral de la soberanía estatal en este punto.

En efecto, Vitoria, que ha negado a los españoles el derecho de conquista (de dominación política) por títulos legales o religiosos, admite, sin embargo, un derecho de intervención que surge por la vía de la sociabilidad natural<sup>67</sup>, en la que se fundan derechos humanos universales que habría de admitir cualquiera, y que valen con independencia de la soberanía de las distintas comunidades. Así, leyes tiránicas como las que ordenan el sacrificio de hombres inocentes o las matanzas de hombres sin culpa con el fin de devorarlos autorizan la intervención de cualquiera para librarlos “*a tali tyrannide et oppresione*”; y particularmente la de los príncipes. Y si los bárbaros se niegan, “*hac ratione potest eis bellum inferre [et iura belli in eos persequi]; et si aliter tolli non potest sacrilegus ritus, possunt mutare dominos et novum principatum inducere*”<sup>68</sup>. Más generalmente, si los bárbaros quisieran impedir a los españoles el ejercicio de los derechos que pertenecen al derecho

<sup>65</sup> FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, José Antonio, cit. (n. 31), p. 119.

<sup>66</sup> VITORIA, Francisco, *Relectio de iure belli*, IV, 1, 5 (Madrid, 1981), p. 136.

<sup>67</sup> CARRO, Venancio, *La teología y los teólogos-juristas españoles ante la conquista de América*<sup>2</sup> (Salamanca, 1951), p. 455: “El pecado, en cuanto pecado, no confiere derecho alguno de intervención, pero *estos crímenes* que incluyen la *injuria* son causa de un derecho, el derecho de intervención”.

<sup>68</sup> VITORIA, *De indis*, III, 14, cit. (n. 38), pp. 93-94.

de gentes, como la circulación, comunicación y comercio, pese a que aquellos les hubieran mostrado con razones y hechos sus intenciones pacíficas, será lícito que los españoles recurran a medidas defensivas, y en último término a la guerra, incluso ocupando sus ciudades y sometiénolos, *“Postquam autem (ut dictum est) licet hispanis bellum suscipere, vel etiam, si necesse est, inferre, ergo licet omnia facere necessaria ad finem belli, scilicet ad obtinendam securitatem et pacem”*<sup>69</sup>.

Paradójicamente, un código universal sirve para reforzar el predominio de la parte más fuerte, puesto que los indios no están en condiciones de ejercer una intervención semejante al otro lado del Atlántico. Aquí parece que encontraría pie una crítica del tipo de la célebre de Schmitt a la injerencia que invoca razones de humanidad; que en realidad una parte se apropia de la idea de Humanidad en su favor frente a otra parte, legitimando así cualquier acto ante un enemigo al que se le viene a negar la condición de humano. ¿Hasta qué punto una crítica semejante está justificada?

Podemos encontrar una justificación análoga de la intervención a favor de los derechos de los inocentes en Suárez<sup>70</sup>, y en otros autores escolásticos. Pero es igualmente cierto que encontramos en ellos reservas y cautelas que no permiten considerar tal teoría como una mera pantalla para justificar una posición efectiva de dominio. Así, Melchor Cano advierte que el *ius praedicandi* y el derecho de comunicación natural no impiden que un príncipe controle el movimiento de extranjeros en sus tierras, y hace notar que los españoles se han presentado en las Indias no como comerciantes y viajeros, sino como conquistadores<sup>71</sup>. Soto, aparte de poner en duda la existencia de sacrificios humanos entre los indios, no probada, sugiere que podrían deberse a una falsa creencia, y por tanto no serían tanto delitos (injurias), cuanto pecados<sup>72</sup>. Y advierte que los españoles no pueden legítimamente aprovecharse de los tesoros de los indios sin consentimiento de éstos<sup>73</sup>. Más riguroso es aún el jesuita Molina, que exige una extrema necesidad para que sea superado el derecho de la comunidad al control exclusivo de su territorio y bienes<sup>74</sup>. Y el propio Suárez advierte de que los sacrificios humanos podrían ser una forma ritual de ejecución de la pena de muerte contra los malhechores, en cuyo caso estaríamos ante una práctica propia de otra cultura que no contradiría las reglas universales del derecho natural y de gentes.

<sup>69</sup> VITORIA, *De indis*, III, 6, cit. (n. 38), p. 85.

<sup>70</sup> *De Fide*, XVIII, 1, 4: “[...] *nam unaquaque respublica habet potestatem defendendi innocentes, qui gravem a potentioribus patiuntur iniuriam*”; XVIII, 4, 4: “[...] *nam ad defendendos innocentes, licitum est vim inferre his infidelibus, ne sacrificent infantes Diis suis, quia hoc iuxta ordinem charitatis licet, imo praeceptum est, si commode fieri possit*”: en SUÁREZ, Francisco, *Opera omnia* [editio nova, a Carolo Bretón (París, 1858), XII, pp. 438 y 449-450].

<sup>71</sup> CANO, Melchor, *De dominio indorum* en PERENA, Luciano, *Misión de España en América, 1540-1560*. Madrid, 1956, II, 14, p. 142; “[...] *sed an indi fecerint unquam iniuriam, cum sint inermes et pusillanimes, neque constat unquam inhumaniter tractasse, maxime quia hispani non ut peregrini sed ut invasores, nisi vocetur Alexander peregrinus*”.

<sup>72</sup> SOTO, Domingo, *De iustitia et iure*, IV, 2, 2.

<sup>73</sup> Op. cit., V, 3.

<sup>74</sup> MOLINA, Luis de, *De iustitia et iure*, 2, 105 [Los seis libros de la justicia y del derecho. Traducción, estudio preliminar y notas de Manuel Fraga Iribarne. (Madrid, 1941)].

De manera que la invocación de derechos universales tiene dos caras, como se muestra una vez más. Por un lado sirve para legitimar la intervención de una potencia superior bajo la bandera de la defensa de un valor universal. Pero, por otra parte, cuestiona la legalidad positiva en nombre de derechos universales y reclama el reconocimiento de criterios éticos como límite de validez del derecho positivo. Si bien la intervención que apela a valores universales despierta recelos justificados, no parece que la respuesta pueda o deba ser la des-moralización de la política, y la desconexión del derecho respecto a la moral. Y en ese sentido, el derecho internacional “clásico”, que prescinde de la apelación a la justicia y se conforma con reglas formales y procesales de relación entre los estados, y con un *ius in bello* entre sujetos que defienden sus intereses en un litigio en pie de igualdad con los demás contendientes, no resulta del todo satisfactorio.

En conclusión, podemos especular con la hipótesis de que el derecho de gentes configurado por los escolásticos españoles podría haber sido la base de un acuerdo respecto a ciertos principios jurídicos básicos, de alcance internacional y transnacional, que pueden ser reconocidos a partir de la propia experiencia de la comunicación e interdependencia entre hombres y sociedades, sin necesidad de ser entendido por todas las partes como fundado en una doctrina de la naturaleza humana, y menos aún en presupuestos teológicos previos. No fue así y, como hemos dicho, tal hipótesis quedaba lejos de la representación del mundo y del derecho propia de la época. Pero fue un primer paso que ninguna crítica debería dejar de reconocer.

[Recibido el 9 y aprobado el 31 de mayo de 2006].