
CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DEL FUNDAMENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO: LA ESCUELA DE LA PAZ

PABLO SANDONATO DE LEON

Profesor adscripto de Derecho Internacional Público en la Universidad Católica del Uruguay.

SUMARIO¹:

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA. II. NOTA HISTÓRICA INTRODUCTORIA. III. LA ESCUELA ESPAÑOLA DE LA PAZ.
IV. ELENCO DE LAS PRINCIPALES MATERIAS DE DERECHO DE GENTES ESTUDIADAS
POR LA ESCUELA ESPAÑOLA DE LA PAZ. V. SÍNTESIS Y PROYECCIÓN.

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Un tema central a la hora de entender el Derecho Internacional Público (DIP) es el de su origen, es decir, el de su fundamento. En doctrina este tema ha sido objeto de tratamiento por diversos publicistas y filósofos del derecho. Entre ellos, algunos reconocen este mérito a un conjunto de teólogos juristas españoles del s. XVI aproximadamente, y que se conoce como la *Escuela Española de la Paz* (EEP). Con todo, los manuales de DIP raramente dedican más de un párrafo a esta Escuela, dejando consecuentemente un vacío en la formación académica de los estudiantes.

En este espíritu, en el presente artículo desarrollaremos de manera general los puntos centrales de la EEP, para de este modo dar los elementos de juicio necesarios para una formación *justa*.

Como premisa metodológica cabe aclarar, por tanto hemos preferido comentar solamente a dos autores: el iniciador de esta Escuela, el dominico Fray Francisco de Vitoria y el último exponente de la misma, el jesuita Francisco Suárez. Realizando así, una especie de glosa de la EEP.

II. NOTA HISTÓRICA INTRODUCTORIA

Así como no es posible la comprensión cabal de un instituto jurídico sin conocer su evolución, es decir, la historia del mismo, de igual manera no es posible comprender una corriente de pensamiento sin una remisión a sus fuentes. De esta manera, para comprender el carácter innovativo de la EEP hemos creído necesario mencionar las fuentes de la misma.

A) Primeras manifestaciones

El pensamiento de los Padres de la Iglesia, que se conocer como Patrística, presenta los primeros indicios para el desarrollo ulterior del DIP.

Resulta todavía claro que, justamente por su alto contenido teológico y aún primitivo, no es ciertamente posible atribuir a los Santo Padres el calificativo de internacionalistas, y, cuanto menos aún la "autoría" del DIP.

¹ Se siguen los lineamientos trazados por: URDANOZ o. p. (Teófilo): *Edición crítica del texto latino, versión española, introducción general e introducciones con el estudio de su doctrina teológico-jurídica* en: "Obras de Francisco de Vitoria". Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1960, para el pensamiento de Fray Francisco de Vitoria; y PEREÑA (L.), ABRIL (V.) et SUÑER (P.) *Edición crítica bilingüe* en: "Corpus Hispanorum de Pace: Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore" t. IV (II 13-20). Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1973, para el pensamiento de Fray Francisco Suárez.

Estos indicios se pueden apreciar en los escritos de *San Agustín* (354-430), Obispo de Hipona. En *De Civitate Dei*, (La Ciudad de Dios), San Agustín desarrolla la idea de un derecho común para todos los estados y para todos los hombres, un *ius gentium*. No obstante su fuerte contenido *iusnaturalista* y especialmente teológico, el Obispo realiza preclaros aporte internacionalista. En su Epístola, al § 205 distingue la guerra justa (la que tiene causa justa y fundamento legal) de la guerra injusta y aconseja el cumplimiento de los pactos (*pacta sunt servanda*), así el respeto de las reglas de la guerra, haciendo un llamado general a la humanidad para su organización sobre la base de la paz, el amor y la justicia.

Otro de los autores que se ubican en esta línea fue un Obispo de Sevilla, San Isidoro² (s. VI-VII), conocido justamente como *San Isidoro de Sevilla*. sigue la óptica de San Agustín.

San Isidoro siguiendo la óptica agustiniana, nos lega una acertada definición del Derecho de Gentes (DG) como aquel del “que casi todas las naciones hacen uso de él.”³

De igual modo Isidoro esboza la idea, por cierto reiterativa en la Escuela del Derecho Natural, de una mancomunidad internacional de la humanidad toda, regida por un derecho.

Merece particular atención el desarrollo de este derecho por Isidoro, al que reputa como universalmente obligatorio por su sola aceptación general. Otro de los aportes interesantes existe en la triple gradación de la organización social: el primero y elemental, constituido por la *domus* (que es la hogar o, mejor entendido, la familia). Un grado ulterior de organización lo constituye la *urbs*, que es la sociedad política, una ciudad, o incluso su manifestación institucional actual en el Estado. Por último, ubica la *orbis*, que es la institucionalización de las comunidades menores, es decir, la comunidad internacional en sí misma. De esta manera, San Isidoro de Sevilla evidencia la existencia de un triple orden de organización social, institucional y jurídica, cada una con su propio derecho, informados por preceptos comunes a la conciencia humana.

B) Ubicación de la EEP:

La EEP se ubica dentro de una corriente mayor de pensamiento que fue la Escolástica, que dominó el pensamiento iusfilosófico y teológico de durante los siglos XIII a s. XVI.

En los escritos de su máximo exponente, Santo Tomás de Aquino (1224-1274) *Doctoris angelici* de la Iglesia, es posible encontrar preclaros desarrollos relacionados al DG.

El aquinista afirma la importancia de la observancia de buena fe de los pactos⁴, de la costumbre jurídica como fuente de derecho⁵ y de la existencia de una entidad propia y distinta del simple conjunto de estados, una verdadera Comunidad Internacional⁶. Otro de los temas que Tomás estudia es el de la guerra. Particular atención le merece el estudio de los supuestos de su licitud⁷, es decir cuando el lícito hacer la guerra; tema de un *Ius ad Bellum*. Pero más importante aún, son sus desarrollos en materia de *Ius in Bello*, es decir el relativo a la conducción de las hostilidades.

Un tema al que Tomás dedica especial atención, y que lastimosamente guarda plena vigencia, es el de la guerra. Tomás busca limitar las causas de su licitud y la conducta de los beligerantes en la misma. La humanidad es su punto cardinal: “aún cuando la guerra pueda ser lícita, no todo es lícito contra el enemigo puesto que la guerra no es un estado de naturaleza sino contra naturaleza dada la sociabilidad del hombre⁸.”

III. LA ESCUELA ESPAÑOLA DE LA PAZ

La EEP fue la corriente de pensamiento de teólogos juristas españoles de los siglos XVI a XVII que buscan encontrar los principios válidos sobre los cuales basar el Derecho en general e, inclusive aquel que regula las relaciones internacionales.

La Escuela Española formula así un derecho fundamentado, por un lado: en las Sagradas Escrituras, el Derecho Canónico, la filosofía y la teología y, por el otro: en la razón y el derecho natural como expresión de la ordenación natural de la creación. Así entendido el DG es parte de una ley de la naturaleza.

² Particularmente ilustrativos pueden resultar los siguientes párrafos: *De Civitate Dei*: 1.4, C.15; 1.12, C.21; 1.19, C.17; 1.19, C.7:PL 40,633. *Etymologiarum*: capítulos 4 y 6.

³ de SEVILLA (S. Isidoro): *Libri Etymologiarum sive originum* libri XX lib. 5, cap. 5

⁴ Secunda sec., quest. XL, art. 3.

⁵ *Summa...* 1-2, 97, 3; 2-2, 79, 2 ad 2; 100 2c.

⁶ *Summa...* 1-2; 106; 4c.

⁷ Secunda sec., quest. XL, art. 1.

⁸ *Summa Theologica* 1-2, 1, 8; 3, 8 ad 2; 2-2, 39, 2 ad 2.

Por cuanto hace a su evolución cronológica, acertadamente señala PEREÑA VICENTE⁹ que la misma puede dividirse en 3 generaciones:

- 1) *creadora*: que abarca de 1528 a 1560 aproximadamente y que busca legitimar la ocupación española en Indias. Su primer exponente es Fray Francisco de Vitoria y su último Domingo de Soto, notable discípulo de Vitoria. También es posible ubicar en esta generación a Diego de Covarrubias y Leiva, quien tiene el mérito de fundamentar en perspectiva jurídica la teoría de la paz como condición esencial de vida.
- 2) *de expansión*: que abarca aproximadamente de 1560 a 1585. La EEP expande su base material, especialmente en todo lo relativo a las guerras surgidas a partir de la ocupación. Destacan en esta generación Juan de la Peña, Antonio de Córdoba, Pedro de Aragón, Fray Luis de León, Bartolomé de Medina, Pedro de Sotomayor, Sebastián Pérez y Juan de Guevara.
- 3) *de sistematización doctrinal*: comprende aproximadamente desde los 1585 a 1612. Como el nombre lo indica, se evidencia una especie de glosa de los desarrollos precedentes. Destacan en esta generación Martín de Azpiricueta, Fernando Vázquez de Menchaca, Batolomé de Medina, Baltasar de Ayala, Domingo de Molina, Gregorio de Valencia, Antonio de Córdoba, Pedro de Tapias y Luis de Alcázar. De todos, especial mención merece Francisco Suárez quien, con su máximo *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore* (Tratado de la ley con Dios como legislador), “integra pacíficamente las conquistas científicas de todos un siglo”¹⁰

En lo relacionado exclusivamente al ámbito iusinternacionalista, el mérito fundamental de la EEP fue justamente su objetivo central: el estudio jurídico de los *casus belli*, es decir, de los supuestos en que es lícito hacer la guerra, así como del trato humanitario a los que hoy denominamos combatientes y personal civil. Por otra, a la EEP se debe también el mérito de haber consagrado el principio general de la libertad, el reconocimiento del estatuto privilegiado de los enviados extranjeros y el sentar las bases de la personalidad internacional de las naciones y la defensa de la comunidad internacional bajo el ideal del “*bonum orbis*, razón de ser última del derecho positivo de gentes.”¹¹ Desde nuestro punto de vista, en cambio, la mayor contribución de la EEP a la teoría general del DIP y a la filosofía del Derecho, es el haber enseñando y demostrado que no habrá verdadera paz entre los pueblos hasta tanto no se proscriba y acepte definitivamente el uso de la violencia, y la justicia impere en las relaciones internacionales. Hace de esta manera, digno honor al calificativo de Escuela de la Paz.

De esta manera, puede concluirse que el mérito de la EEP consiste en haber realizado los primeros *desarrollos* del DIP. Es justamente a partir de estos desarrollos que los tratadistas posteriores, principalmente los iusnaturalistas racionalistas de los siglos siguientes, darán forma definitiva a los mismos, cercenándolo de sus elementos naturales y creando así lo que se ha dado en llamar DIP clásico.

No obstante cuanto pueda afirmarse, la EEP logra, a través de un siglo, separar al DIP de la Teología y dotarlo autonomía científica y normativa.

Por último, correspondería en esta breve descripción el estudio de las causas del cuasi anonimato, cuando no lisa y franca ignorancia, de la EEP. La respuesta la proporcionó ya mucho antes que nosotros el Prof. Manuel Miaja de Muela: la causa es la decadencia española a partir del siglo XVII.¹² El decaimiento del poder político y militar y a la larga económico y cultural de España a partir del s. XVII, trajo como consecuencia “la consideración de Hugo Grocio, como el fundador del derecho internacional moderno y, junto con ello, el olvido de muchos de los principios rectores de la doctrina española de paz.”¹³ A partir de entonces se critica a la EEP por falta de unidad y conciencia temática. Miaja de la Muela¹⁴ rebate la falta de unidad al recordar que la EEP se caracteriza por su:

- i) universalidad: es decir la aplicación del DG a todas las gentes, a todos los pueblos sean cristianos y no cristianos;
- ii) igualdad: de las diferentes gentes o comunidades políticas;

⁹ PEREÑA VICENTE (Luciano): *La Escuela Española de la Paz en: “Cuadernos Hispanoamericanos”,* num. 339. pg. 484. Madrid, 1978: citado por: MOYANO BONILLA (César): *Aproximación a la Escuela Española de la Paz en: “Homenaje a Fray Francisco de Vitoria y la Escuela Española de la Paz”,* pg.23. Montevideo, 1986.

¹⁰ MOYANO BONILLA (César): *Aproximación a la Escuela Española de la Paz en: “Homenaje a Fray Francisco de Vitoria y la Escuela Española de la Paz”,* pg.23. Montevideo, 1986.

¹¹ PEREÑA (Luciano): *La génesis suareciana en el ius gentium en: “SUAREZ (Francisco): Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore (II 13-20) de iure gentium.. Estudio Preliminar,* pg. XXVI. Madrri, 1973

¹² MOYANO BONILLA (César): *Op. Cit.* pg. 24.

¹³ MOYANO BONILLA: *Op. Cit.*, pg. 25

¹⁴ MIAJA de la MUELA (Manuel): *De la existencia de una escuela internacional española de los siglos XVI y XVII en: “Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria”,* Madrid, 1949; citado por MOYANO BONILLA: *Op. Cit.*

iii) solidaridad internacional: que existe por sobre el concepto de soberanía y de organizaciones políticas o institucionales. “Propia del género humano”, se dirá más tarde;

La crítica a la falta de unidad sistemática, que podría evidenciarse en la ausencia de una obra específicamente titulada y dedicada al DG es un argumento tan débil que cae ante el menor estudio histórico, no que por su propio peso. Como se verá más adelante, las *Relecciones* vitorianas no son una única obra, sino varias (obvio el título plural, por cierto) y, en este aspecto, Vitoria dedicó no una, sino dos obras al DG, las llamadas *Relecciones internacionalistas* (*De Indi* y *De iure belli*). Se rebaten así ambas críticas: la formal: si existen obras específicas de DIP; y la material: el contenido de las mismas obras es realmente de DIP. De esta manera, semejantes críticas no pueden que demostrar la falta de conocimiento de tan elementales textos.

A) Fray Francisco de Vitoria¹⁵

Francisco de Vitoria nace en Burgos (aunque la ciudad de Vitoria también ha disputado su filiación) en 1492, fecha esta también discutida.

Vitoria realiza su profesión religiosa a los 14 años, que era la edad mínima requerida por la legislación entonces vigente, e ingresa al Convento dominico en Burgos donde estudia humanidad. En 1510, es decir a los 18 años, se traslada a París para estudiar teología en la Universidad de París. La segunda etapa de su estancia parisina Vitoria la inicia con su ingreso a la enseñanza de la teología en el Colegio dominico de San Santiago. A los 30 años se licencia, y el 21 de junio de 1522 recibe el doctorado.

Finalizados sus estudios, sus superiores le reclaman en España para divulgar allí su ciencia. Parte año siguiente y es designado Profesor de Teología y Regente del Colegio de San Gregorio en Valladolid (Castilla). A los 33 años, en 1525, su Orden lo designo como Maestro de Sagrada Teología, alcanzando así el mayor honor en la enseñanza de la Teología. Al año siguiente, con 34 años, le es confiada la Cátedra de Prima de Teología en propiedad en la Universidad de Salamanca a la que, como sincero docente, permanecerá entregado por veinte años, hasta el final de su vida terrenal.

Francisco de Vitoria “[H]abía recibido del cielo el ‘don de enseñar’, como dicen los antiguos biógrafos, y el arte de hacer interesantes las materias más áridas. Como decía su discípulo Melchor Cano, ‘el maestro Vitoria podía tener discípulos más sabios que él, pero ni los más doctos de entre ellos enseñaban como él’. Se ve, por los muchos testimonios, que el maestro ejercía sobre su auditorio una impresión enorme, siendo escuchado como un oráculo. Su persona y su doctrina ejercían una atracción irresistible. ‘Parecía en verdad un milagro de la naturaleza’, escribe Vaseo para expresar el carácter insólito de su competencia como profesor.”¹⁶

La *Relecciones*¹⁷ son la obra principal de Vitoria y se enmarcan en la problemática del descubrimiento y conquista del Nuevo Mundo. Conternado por los relatos de los misioneros Vitoria no podía que plantearse los problemas que el descubrimiento generaba: las guerras de conquista, la esclavización, las encomiendas, la evangelización de los indios, (sentenciada en principio como imposible por incapacidad de aquellos y que el maestro tacha de herejía y que en 1537 el Papa Pablo III confirmó con Bula *Sublimis Deus* “en la que se determina, como cosa de fe, que los indios son verdaderos hombres como los demás, capaces de la salvación y de todos los sacramentos”).

Fray Francisco de Vitoria muere el 12 de agosto de 1546.

¹⁵ Una desarrollada biografía, de la que nosotros no hacemos sino una rápida mirada, puede encontrarse en: URDANOZ o. p. (Teófilo): *Introducción Biográfica en: “Obras de Francisco de Vitoria”*, pgs. 1 a 84. Madrid, 1960.

¹⁶ URDANOZ o. p. (Teófilo): *Op. Cit.* pg. 23.

¹⁷ Las *Relecciones, Relecciones o Repeticiones* era una tesis que el Catedrático debía, obligatoriamente al menos una vez al año, exponer en forma de lección o clase, pública (pues podía asistir toda la Universidad) y solemne (pues no eran admitidas interrupciones ni cuanto menos cuestionamientos). Duraban aproximadamente dos horas y culminaban sin discusión, mientras que las lecciones ordinarias terminaban con un ejercicio académico (objeción de la tesis propuesta). Vitoria debió dictar alrededor de quince Relecciones incluso cuando algún año, a causa de su persistente enfermedad, no haya podido cumplir. Hoy, se conservan lamentablemente sólo trece, que son: *de potestate Ecclesiae* (De la potestad de la Iglesia) en 1532 y 1533, *De potestate civili* (De la potestad civil) en 1528, *De potestate Papae et Concilii* (De la potestad del Papa y del Concilio) en 1534, *De indis prior* (De los indios) en 1539, *De indis posterior seu de iure belli* (De los indios y del derecho de la guerra) en 1539, *De matrimonio* (Del matrimonio) en 1531, *De augmento caritatis et diminutione* (Del aumento y disminución de la caridad) en 1535, *De temperantia* (De la templanza) en 1537, *De homicidio* (Del homicidio) en 1530, *De simonia* (De simonía) en 1536, *De magia* (De la magia) en 1540, *De eo quod tenetur homo cum primum venit ad usum rationis* (De aquello a que está obligado el hombre cuando llega al uso de razón) en 1535. Es posible que haya dictado una *De silentii obligatione* en 1527 pero no existen rastros escritos de ella. En 1543 podría haber dictado la última *De magia posterior* pero, debido a su mal estado de salud, Urdanoz sostiene que no debió redactarla. *Vide*: URDANOZ o. p. (Teófilo): *Op. Cit.* pg. 80 y 81.

1) El pensamiento de Vitoria:

El pensamiento vitoriano marca una clara distinción con el pensamiento medieval, obsesionado aquél con la primacía del poder espiritual sobre el temporal y con la evangelización, causa y fin, de la conquista.

La innovación del pensamiento vitoriano consiste en analizar el problema del descubrimiento en perspectiva jurídica, y estudiante la evangelización del nuevo mundo como *colonización*. Así, no justifica la conquista de los indios por su esclavitud natural, derivada del estado de salvajismo en que se encuentran en comparación con los españoles, sino a partir del hecho jurídico del descubrimiento como justo título de dominio del Rey de España sobre dichas tierras. De hecho, y como nota marginal, creemos necesario recordar que estas tierra americanas no fueron nunca una colonia española, sino territorios del Reino de Indias.

La legitimidad de la adquisición de territorios, que Vitoria aborda en 1539, es no sólo un tema recurrente en su obra, sino con el cual se podría decir pasará a la historia. Con "sus dos relecciones *De indis* y *De iure belli*, que le consagran a la vez como el primer internacionalista y creador del derecho de gentes y el defensor de un sistema de colonización en plena armonía con su ideal de pacifismo universal y de organización del mundo en una sociedad universal que hiciera innecesaria la guerra."¹⁸ En la perspectiva vitoriana, el hombre es el centro de gravedad de la paz, como ser, como miembro del estado y como integrante de la comunidad internacional.

2) Las Relecciones y el Derecho de Gentes

Como mencionáramos, son dos las Relecciones relativas al DG. La quinta, y seguramente la más conocida, es *De Indis*, donde el maestro salmantino "niega el derecho de dominar por la fuerza á los demás países, reconociendo así su personalidad é independencia, y combate la atribución que se hacen los Papas de repartir las tierras habitadas por paganos. Sostiene que los Españoles solo tienen derecho á comerciar en el nuevo mundo, y si ese derecho les fuese negado, á vindicarlo por la fuerza y garantizarlo por la conquista, pero que no hay derecho á hacer la guerra por creencias religiosas."¹⁹ Analiza también la cuestión de la capacidad jurídica de los indios, los casos de legitimidad e ilegitimidad del uso de la fuerza contra ellos, estudia cuestiones relativas a la libertad (en el mundo, de los mares y navegación, de comercio, residencia, circulación), la nacionalidad, domicilio, colonización, autodeterminación, libre asociación, validez de los tratados y otros que se verán.

La sexta Relección es enteramente dedicada al Derecho Internacional bélico, no en vano lleva el nombre: *De jure belli*. En ella Vitoria "demuestra el derecho que tienen los cristianos para hacer una guerra defensiva y aun ofensiva para reivindicar un derecho desconocido y llega á estas tres conclusiones : 1ª Que solo la necesidad puede justificar la guerra.- 2ª. Que el objeto de la guerra no es la destrucción del enemigo sino el restablecimiento de la paz.- 3ª. que la victoria debe responder al objeto de la guerra, y no debe ser un motivo de opresión ni de despojo para el vencido"²⁰. Esta Relección a su vez, se subdivide en cuatro en cuatro partes: i) la licitud de las guerras, ii) la autoridad competente para hacer y declarar la guerra, iii) causa justa de la guerra y iv) límites del derecho de guerra o *ius in bello*. Como se aprecia, el objetivo del maestro salmantino sigue siendo la limitación del recurso bélico y la tutela de la persona humana y su dignidad. Tan es así, que en un cierto sentido podría decirse que Vitoria fue el primero en desarrollar una doctrina del Derecho Internacional Humanitario.

3) La cuestión de los indios y su capacidad

De indis está dividida en dos partes: los títulos ilegítimos y los títulos legítimos por los cuales pudieran venir los bárbaros, es decir los indios, a dominio los españoles.

La Relección va precedida de una introducción donde analiza los problemas de la capacidad y dominio de los indios, y concluye que aquellos son tan capaces y capaces de dominio, antes de la llegada de los

¹⁸ URDANOZ o. p. (Teófilo): *Op. Cit.* pg. 53.

¹⁹ PÉREZ GOMAR (Gregorio): *Curso Elemental de Derecho de Gentes, precedido de una Introducción sobre el Derecho Natural*, t. II, pg. 216. Montevideo, 1866

²⁰ PÉREZ GOMAR (Gregorio): *Op. Cit.*, pg. 217.

españoles, como cualquier príncipe cristiano lo es sobre sus tierras²¹. Con lo cual, hecha por tierra las pretensiones de aquellos que negaban hasta la naturaleza humana a los indios americanos.

4) Títulos no legítimos para la conquista

El primer capítulo de la Relección lo dedica al estudio de los títulos no legítimos para dominar tierra americanas. Con un criterio bastante restringido para la época, Vitoria niega muchos de los títulos de dominio usualmente admitidos, por ejemplo el dominio universal del emperador, o incluso el dominio universal del Papa o la voluntad de Dios. Niega también que las Indias puedan ser dominadas por el título del descubrimiento, o incluso por causa de la infidelidad de los indios, o de los vicios en que vivían.

Hay dos títulos que le merecen especial atención a Vitoria. Uno es el derecho de descubrimiento. Afirma, con razón, que la única ocupación (o descubrimiento) que es título legítimo para adquirir el dominio es la efectuada sobre bienes públicos o privados que han sido abandonados y que ninguno reclama, *res nullius*. En el caso de las tierras americanas Vitoria no acepta este título, pues las mismas estaban ya en poder de los nativos cuando llegaron los españoles. Concluye así, célebremente, afirmando que de ser lícito lo contrario (es decir: de ser lícita la ocupación por lo españoles de tierras dominadas por los indios), tanto lo habría sido si hubieran sido los indios a conquistar Europa. *“Ex dictis patet quod hispani, cum primum navigaverunt ad terras barbarorum, nullum ius secum afferebant occupandi provincias illorum”*²²

El otro título al que dedica especial atención es la cesión de soberanía. En esta parte Vitoria estudia, en el s. XVI, los requisitos de validez de los tratados internacionales como instrumento hábil de cesión de soberanía. Al igual que el título anterior, afirma el Padre dominico, en puridad este es título sería aceptable, pues “nada más natural que dar por válida la voluntad de un propietario que quiere transferir su dominio a otro dueño”²³. Sin embargo, el caso concreto revisa particularidades que lo excluyen: la falta del cumplimiento de los requisitos esenciales para la validez de los tratados, diríamos hoy. De esta manera, llegados los españoles a América en nombre del Rey de España, podrían los indios todos (y no su jefe por decisión propia) haber aceptado al Rey de España como propio Señor, realizando de esta manera una cesión soberana del dominio sobre sus tierras. Como él mismo afirma: *“Sed ego pono CONCLUSIONEM: Nec iste titulus est idoneus. Patet primo, quia deberet adesse metus et ignorantia quae vitiant omnem electionem. Sed haec maxime intervenit in illis electionibus et acceptationibus. Nesciunt enim barbari quid faciunt, imo forte nec intelligunt quid petunt hispani. Item hoc petunt circumstantes armati ab imbelli turba et meticulosa.”*²⁴ “De esta manera, en el s. XVI Vitoria hecha las bases del moderno Derecho de los Tratados²⁵.

Normas imperativas de Derecho internacional:

Unos de los mayores avances del DIP en el s. XX, a pesar de la fuerte influencia positivista, fue el desarrollo de una particular jerarquía de ciertas normas que buscan proteger valores fundamentales para comunidad internacional en su conjunto (*ius cogens*). Las mismas no hacen, que explicitar el necesario contenido axiológico de las normas fundamentales de todo ordenamiento jurídico.

En el DIP, la preclara visión internacionalista del maestro dominico, evidenció ya la existencia ciertas normas cuya violación afecta a cualquier miembro de la comunidad. El más elemental criterio de temporalidad interpretativa permite excusar al dominico el no referir expresamente a esta categoría por la denominación dada en el siglo XX. Sin embargo, el maestro tenía bien claro el tema, pues reconocía que entre las normas de DIP existían algunas de especial y superior importancia cuya violación constituía un verdadero “atentado” contra el sistema todo. En efecto, desde hace cuatrocientos años Vitoria nos enseña que: *“Habet enim totus orbis... potestatem ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt in iure gentium. Ex*

²¹ “Quod barbari nec propter peccata alia mortalia, nec propter peccatorum infidelitatis impediuntur quin sint veri domini, tam publice quam privatam. Nec hoc titulo possunt a christianis occupari bona et terrae illorum” (Que ni el pecado de infidelidad ni otros pecados mortales impiden que lo bárbaros sean verdadero dueños o señores, tanto publica como privadamente, y no pueden los cristianos ocuparles sus bienes por este título). *Relectio De Indis* 1^o. n. 19.

²² “... por sí solo no justifica la posesión de aquellos bárbaros, no más que si ellos nos hubieran descubierto a nosotros.” *De indis*, p. 2, n.7.

²³ *De indis*, p. 2, n.16.

²⁴ Yo, en cambio establezco esta conclusión: Tampoco este título es idóneo. Es bien patente, primero, porque debían andar ausentes el miedo y la ignorancia que vician toda elección. Pero esto es precisamente lo que más interviene en aquellas elecciones y aceptaciones, pues lo bárbaros no saben lo que hacen, y aún quizá ni entienden lo que les piden los españoles. Además, esto lo piden gentes armadas que rodean a una turba desarmada y medrosa. *De indis*, p. 2, n.16.

²⁵ Recuérdese lo dispuesto por los artículos: 48, 49, 50, 51 y 51 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

*quo patet quod mortaliter peccant violantes iure gentium, sive in pace sive in bello. In rebus tantem gravioribus, ut est de incolumitate legatorum, neque licet regno nolle teneri iure gentium; est enim latum totius orbis auctoritate.*²⁶ De esta manera, existirían dos tipos de pecados: unos simples y otros graves. Quienes cometan pecados simples pecan, digamos, simplemente y; en cambio, quienes cometan pecados graves pecan mortalmente. Habría así, dos tipos de sanciones: la no mortal y la mortal. Ahora bien, cabría preguntarse ¿qué hace que unos pecados sean mortales y otros no? En términos jurídicos, la respuesta sería: el bien jurídico tutelado por la norma. Por lo tanto, existirían normas que regulan asuntos simples y otras que regulan asuntos graves. De ello se sigue, que quienes violan una norma simple pecan “simplemente”, y quienes violan una norma grave pecan mortalmente.

Pero el maestro va más allá, y hace una aparentemente inadvertida precisión. Vitoria habla de “asuntos *tan* graves”. De esta manera, existiría una subespecie de asuntos graves, aquellos que son “*tan*” graves, es decir, más graves que graves normales. Por ejemplo, la extensión del mar territorial podría catalogarse como una cuestión menor del DIP²⁷, mientras que la legítima defensa sería uno de esos asuntos graves o importantes en el DIP. Ahora bien, por encima de la legítima defensa existe otra norma de superior jerarquía, uno de esos asuntos *tan* graves, como la proscripción del uso o de la amenaza del uso de la fuerza. ¿Cuáles serían pues esas normas tan graves a que hace referencia? Vitoria nos da un ejemplo: la inviolabilidad de los legados, y todos aquellos que el DG considera como fundamental. Al igual que en la concepción actual de las normas de *jus cogens*, Vitoria afirma que no es tampoco la violación de cualquier norma la que produce ese efecto, sino sólo aquellas norma muy graves, como por ejemplo: la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza, la autodeterminación, la no intervención, el uso de los propios derechos sin perjuicio de los demás²⁸, la protección internacional de los Derechos Humanos, la salvaguardia del medio ambiente, etc.²⁹

Como aspecto metodológico, la remisión a un elemento de orden teológico sería ciertamente criticable desde una perspectiva pura del derecho. De nuestro punto de vista, la misma vale como una suerte de “desviación profesional” si se nos permite la expresión. Es claro que cuando un científico o artista tiene necesidad de expresarse en asuntos de su ciencia o arte más fácil le resultará utilizar las expresiones propias de su ciencia o arte que las de otro, justamente por el conocimiento detenido de la misma y la mayor propiedad de su lenguaje en esa área. Igual en el caso de Vitoria. La transpolación de conceptos de orden teológico al orden jurídico, permite fácilmente concluir en su pionera visión de normas de importancia fundamental para la comunidad internacional cuyo no cumplimiento constituye una violación grave del DIP, como reconoce la moderna doctrina.

5) Títulos legítimos para la conquista

La Relección prosigue luego con el estudio de los títulos que hacen lícita la ocupación española de América, estudiando en esta parte de la obra, temas centrales del DIP, mostrando así su preclara erudición.

Al inicio de su obra, Vitoria nos da un concepto de lo que ha de entenderse por DG, adaptando la antigua máxima romana según la cual el *Ius gentium* era “*Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*”³⁰ por “*Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit*”³¹. Como afirma, con razón URDANOZ “[T]al feliz cambio gramatical no parece que se deba al azar. Tampoco parece error de copista, ya que no se encuentra variante de ella en ningún manuscrito o edición. [...] Este, en efecto, adquiere sentido y contornos precisos en la nueva definición modificada, como expresión de un orden jurídico objetivo que se extiende a todo el orbe, y del que son miembros inmediatos los pueblos o naciones, no las personas individuales. El derecho interna-

²⁶ Es que el **orbe todo...** tiene el poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como las del derecho de gentes. De donde se desprende que **pecan mortalmente** los que violan los derechos de gentes, sea de paz, sea de guerra, en los **asuntos tan graves** como en la inviolabilidad de los legados. Y ninguna nación puede darse por no obligada ante el derecho de gentes, porque está dado por la **autoridad de todo el orbe**. *De potestate civile*, n. 21.

²⁷ Que no excluye las arduas discusiones para su acuerdo final.

²⁸ *Sic utere tuo ut alienum non lædas*.

²⁹ En el DIP contemporáneo el Profesor Roberto Ago nos proporciona valiosos ejemplos como “fundamental rules concerning the safeguarding of peace, and notably those which forbid recourse to force or threat of force; fundamental rules of a humanitarian nature (prohibition of genocide, slavery and racial discrimination, protection of essential rights of the human person in time of peace and in war); rules prohibiting any infringement of the independence and sovereign equality of States; the rules which ensure to all members of the international community the enjoyment of certain common resources (high seas, outer space, etc.)” [AGO (Roberto): “*Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*”, Vol. 134 (1971), p. 324 nota de pie 37, en: *I.C.J. Reports 1996 (I)*, pg. 496, La Haya, 1996].

³⁰ Es lo que la razón natural estableció entre todos los **hombres**.

³¹ Es lo que la razón natural estableció entre todos los **pueblos**.

cional nace, pues, de la pluma de Vitoria como la ley que rige las relaciones jurídicas de la comunidad de pueblos o naciones del mundo entero. Los Estados son ahora el sujeto primario de los derechos y deberes de la comunidad supranacional.”³² Vitoria parte del concepto romano de *Ius Gentium*, como aquel derecho aplicable a las gentes no romanas³³ y evolucionado de la jurisprudencia pretoria, y desarrolla toda una nueva concepción del *Ius Gentium*, como el derecho rector de las relaciones entre los pueblos, no ya entre las gentes privadas. Un *ius inter gentes* y no ya el *ius intra gentes*.

6) La Comunidad Internacional y su Derecho

El concepto que ya San Agustín había iniciado y Santo Tomás ampliado es desarrollado en su justa medida por el Padre Vitoria.

La natural sociabilidad de los seres humanos³⁴ lleva a que unos y otros por común utilidad y necesidad, que es el bien de todo el orbe (o comunidad internacional)³⁵, se relacionen entre sí. Pues, así como el neonato no sobrevive sin su madre ni el niño sin sus padres, constituyendo la familia la organización social básica, los individuos, por iguales móviles, se unen en una organización superior y estas, a su vez, en otra mayor³⁶, siendo cada nación parte de todo el orbe³⁷. Y visto también que el Estado posee un derecho que lo ordena, por aquello de que *ubi societas ibi ius*, también esa comunidad de toda la humanidad se dará, naturalmente, sus propias normas³⁸, las que tienen verdadera fuerza obligatoria de ley³⁹ y no tan sólo la de simples acuerdos que se han desarrollado por pactos, sino principalmente por común consentimiento de todas las naciones, por lo cual no es lícito a ninguna de ellas apartarse.

La Comunidad Internacional (CI) vitoriana es una *respublica*⁴⁰: así como los hombres conforman naciones o estados, las naciones o estados conforman las gentes, es decir, la Comunidad Internacional.

Esta doble relación podría esquematizarse del siguiente modo:

hombres ⇒ pueblos o naciones ⁴¹
pueblos o naciones ⇒ gentes (comunidad internacional)

La limitación de la soberanía estatal constituye por tanto un presupuesto necesario para integrar la CI, pues la actuación de cada integrante singular ha de estar ordenada al bien común⁴². Puede entonces afirmarse que la CI de Vitoria se caracteriza por ser: una, natural, organizada y legislativa; “la idea vitoriana del *totus orbis* ofrece la figura jurídica de una organización mundial de todas las gentes y naciones con potestad de legislar”⁴³. Tal estado de organización, que catalogaríamos como constituye, aún hoy, un ideal aún por lograr. En nuestros días, gran parte de la vida internacional sigue basada en un derecho de fuente convencional o consuetudinaria, cuando no en la simple conveniencia política, el lugar de aquel ideal donde cada estado adecuara su propia conducta en el sólo interés del bien común de la comunidad. No obstante, las reglas actualmente en vigor, sean convencionales que consuetudinarias, tienen y conservan plena y verdadera fuerza positiva y obligan como tales. En lo relativo al derecho convencional por la máxima según la cual *pacta sunt servanda*. Igual consideración vale para la costumbre, a la que reconoce como fuente principal de DG: “... después de los primeros tiempos de criado el mundo... la mayoría de los hombres estableciere que

³² URDANOZ o. p. (Teófilo): *Introducción a la primera* reelección pg. 568 y sgts. en: “*Obras de Francisco de Vitoria*”. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1960. Para el lector interesado recomendamos especialmente este excelente análisis.

³³ En este sentido el derecho de gentes romano guardaba más similitudes con el actual DI Privado que con el DI Público.

³⁴ por ejemplo: *De Potestate civile* n. 4, pg. 156. También: *De indis*, p. 3, n. 2. En ésta última especialmente el argumento decimocuarto.

³⁵ *De Potestate civile*, n. 7.

³⁶ *De Potestate civile*, n. 13.14.21.

³⁷ *De Potestate civile*, n. 13, tercer corolario.

³⁸ Su iluminación es bien digna de cita: “*Habet enim totus orbis, qui aliquo modo est una respublica, potestati ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt in iure gentium [...] neque licet uni regno nolle teneri iure gentium; est enim latum totius orbis auctoritate*”(Es que el orbe todo, que en cierta manera forma una república, tiene el poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes [...]) Y ninguna nación puede darse por no obligada ante el derecho de gentes, porque está dado por la autoridad de todo el orbe). *De poteste civile*, 21, pg. 191.

³⁹ “el derecho de gentes no sólo tiene fuerza por el pacto y convenio de los hombres, sino que tiene verdadera fuerza de ley. y es que el orbe todo, que en cierta manera forma una república, tiene poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes”. *De Potestate civile* n. 21, pg. 191.

⁴⁰ Obviamente en sentido jusfilosófico y no constitucional.

⁴¹ Las que conservarán siempre cierta unidad cuasi política o moral, dirá después Suárez.

⁴² *vide infra* número 33.

⁴³ URDANOZ o. p. (Teófilo): *Op. Cit.* pg. 576.

*los legados en todas partes fueran intangibles, que los mares fueran comunes, que los cautivos de guerra fueran esclavos, y que convenía que los huéspedes no fueran expulsados, ciertamente esto tendría fuerza de ley, aunque algunos otros se opusieran.*⁴⁴

Los ejemplos que cita Vitoria son, obviamente, los propios de su tiempo, el trato de humanidad entre (de y hacia) españoles y bárbaros⁴⁵, no impedirse mutuamente el tránsito⁴⁶, residencia⁴⁷, hospitalidad⁴⁸, comercio⁴⁹ y trato humano⁵⁰. Incluso “si a algún español le nacen allí hijos y quisieran éstos ser ciudadanos del país, no parece que se les pueda impedir el habitar en la ciudad o el gozar del acomodo y derechos de los restantes ciudadanos”⁵¹.

Motivado siempre en la protección de la persona humana, Vitoria reconoce también a los hombres sujetos de derechos fundamentales, cuya violación trasciende las fronteras de los asuntos internos. Siendo de esta manera de los primeros en proclamar el carácter internacional de la protección de los Derechos Humanos. Como tales, los individuos son sujetos de esta CI. En este aspecto, la idea del actual derecho internacional privado ya estaba presente en Vitoria. En lo relativo en cambio, a la subjetividad internacional de la persona humana en el campo del DIP Vitoria continúa siendo un pionero que, ciertamente, la práctica internacional concluirá por confirmar.

7) Los principios generales de la conducta de los Estados

El tema siguiente en el que se detiene Vitoria es la determinación de los derechos que corresponden a los españoles y que su violación constituye un *casus belli*. Derechos que, en realidad, son una serie de postulados generales que rigen la conducta internacional de los Estados, ya mucho tiempo antes de la postulados vattelianos⁵², y que tienen por nota común su relatividad. Es decir, su sometimiento al bien común.

El jurista desarrolla ahora el *Principio de libertad de los mares*⁵³ (usualmente atribuido a Grocio). Sostiene que, habiendo sido al principio lícito a todos los hombres recorrer el mundo, no se ve razón alguna por la cual ello haya cambiado. De esta manera, los españoles pueden establecerse en América siempre que no sea en perjuicio de los indios, que ya ocupaban y dominaban dichas tierras. Del mismo modo: “*Iure naturali communia sunt omnium et aqua profluens et mare: item flumina et portus atque naves iure gentium undecumque licet applicare*” *Instit. de rerum divisione, et eadem ratione videtur publice. Ergo neminem licet ab illis prohibere.*⁵⁴”

El *Derecho a la propia existencia y vida de cada nación*: como el derecho de cada Estado a existir, y a ser reconocido como tal en tanto que entidad organizada y capaz de cumplir con sus compromisos internacionales. Como se aprecia, este enunciado guarda profunda relación con el principio de autodeterminación y del reconocimiento de estados.

El *Derecho de conservación y defensa de la propia integridad* del Estado se deriva del anterior y vendría a ser una especie de correspondiente institucional al derecho de cada individuo. Consiste en la facultad acordada al Estado para adoptar todas las medidas necesarias para mantener la propia existencia: seguridad y orden interior, defensa, relaciones exteriores, etc.. Es posible evidenciar los corolarios de este principio en el derecho natural (inmanente) de legítima defensa y en el Estado de Necesidad, sobre el que después nos detendremos.

El *Derecho a la soberanía interna*: es el que posee todo estado de gobernarse a sí mismo en la forma que estime más conveniente a su bien, sin lesión de la comunidad, pudiendo incluso libremente decidir desaparecer como tal, como sería el caso, por ejemplo, de la incorporación.

El *Derecho al propio desenvolvimiento y expansión*: es un corolario del principio de existencia y de la soberanía interior, y que consiste en la hoy denominada autodeterminación y no intervención en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción doméstica.

⁴⁴ *De indís*, p. 3, n. 4.

⁴⁵ *De indís*, p. 3, n. 2.

⁴⁶ *De indís*, p. 3, n. 2, argumento segundo y décimo, respectivamente.

⁴⁷ *De indís*, p. 3, n. 5.

⁴⁸ *De indís*, p. 3, n. 2, argumentos quinto, sexto y noveno.

⁴⁹ *De indís*, p. 3, n. 3.

⁵⁰ Véase: *De indís*, p. 3, n. 2.

⁵¹ *De indís* p. 3, n.5.

⁵² VERDROSS (Alfred): *Derecho Internacional Público*. Madrid, 1957.

⁵³ Iguales consideraciones serían aplicables al Espacio Exterior, en tanto que el principio general de libertad que rige en él.

⁵⁴ “Por derecho natural, comunes a todos son las aguas corrientes y el mar ; lo mismo los ríos y los puertos ; y las naves por derecho de gentes es lícito atracar a ellos” según se dice en las *Instituciones*. Y por la misma razón parecen públicas esas cosas, luego nadie puede prohibir el uso de ellas.” *De indís* p. 3, n.2, 10^{mo}.

El *Derecho a la independencia política*, que es el aspecto exterior de la soberanía interna, y que se deriva igualmente del principio de propia existencia y de soberanía interna. Este principio consagra lo que conocemos hoy con el nombre de ‘soberanía exterior’⁵⁵. Corolario, por otra parte de la independencia política y la soberanía exterior, es la igualdad jurídica de la que se deriva la inmunidad jurisdiccional del estado y la de sus agentes⁵⁶. A partir del derecho a la independencia política el salamantino expone su posición en lo relativo al tema de la hoy llamada “intervención humanitaria”⁵⁷. Como afirma quien más ha estudiado el tema “la soberanía e independencia de los Estados queda limitada ante las exigencias de solidaridad o del bien común. En virtud de esta misma ley internacional existe, pues, el derecho y hasta el deber de intervención, sobre todo en defensa de los derechos e intereses superior de la humanidad contra la barbarie”⁵⁸.

El *Derecho a la igualdad jurídica con los demás estados*, que Vitoria afirma enérgicamente, está destinada a poner en pie de igualdad a los indios (en un momento en que incluso se discutía su naturaleza humana) con los españoles y con el género humano en general. Igualdad de derecho que, como reconoce el propio Vitoria, se ve atenuada por la notable diferencia fáctica.

El *Derecho a la estima y buen nombre o respeto del honor*. Los Estados como las personas deben abstenerse de ofender a los otros, *sic utere tuo, ut alienum non ledas*. Es la aplicación de esta antigua máxima que, su inobservancia, genera una nueva situación de cosas, imponiendo a quien al responsable, la obligación de *restaurar* el nuevo estado de cosas. También en el ámbito internacional estos desarrollos guardan plena vigencia a la luz de la doctrina y práctica en materia de responsabilidad internacional de los Estados⁵⁹. Vitoria reconoce el derecho del ofendido a buscar y obtener la reparación de su honor.

La *Fidelidad en el cumplimiento de los pactos*, no es otra cosa que la aplicación vitoriana de la *pacta sunt servanda*, sancionada por los romanos y verdadera regla que nos llega “de tiempos inmemoriales”⁶⁰. Regla que, por otra parte, ha sido no sólo recogida por la generalidad de los derechos internos (análisis allende nuestro objeto, pero confirma su positividad) sino que ha sido recogida o codificada⁶¹ por la legislación escrita de DIP (art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

El *Derecho fundamental de comunicación*. Este es un principio cardinal en el pensamiento vitoriano. Su *ius communicationis* adquiere relevancia en todo el ámbito del DG: cada miembro de las *urbs* mantiene un mínimo de comunicación con otro. En otras palabras, el aislamiento es una situación tan antinatural en los estados como en los hombres. Este principio viene así a relacionarse directamente con la nacionalidad (en tanto que vinculación entre la persona y la nación), el domicilio (en tanto que vinculación de la persona con la sociedad en lo relativo a su asiento físico permanente), al tránsito o peregrinaje y recíprocamente los deberes de los estados hacia los extranjeros (igualdad jurídica de todos los extranjeros, derecho de trabajo y propiedad, residencia, derecho a no ser expulsado en tiempo de paz y sin justa causa). Nos limitamos solamente a su enunciación, pues el lector comprenderá la enorme proyección de los mismos en prácticamente todo el DIP e incluso en el DI Privado, por ejemplo en todo lo relativo al derecho de extranjería.

Otro aspecto derivado del *ius communicationis* es típicamente la libertad de los mares y su corolario, la libertad de pesca, comercio internacional. Principio general de libertad que luego glosará Grocio (con la oposición de Selden) y terminará por imperar indiscutidamente en nuestros días⁶².

8) Intervención por violación del “*ius communicationis*”

Prueba de la centralidad que ocupa el *Ius Communicationis* en el pensamiento vitoriano los constituye la legitimación al recurso bélico por su violación. De cuanto vienen de estudiarse *supra* no parece exagerado ver en Vitoria a un amante de la libertad y del imperio del Derecho.

En concreto, el recurso a la intervención, por violación del *ius communicationis* es legítimo:

⁵⁵ Cfr.: SANDONATO (Pablo) *et al.*: *La Orden de Malta en el orden jurídico eclesial e internacional*, en: *Ius Canonicum*. n. 87, vol. XLIV Enero-Junio 2004 Navarra. 2004.

⁵⁶ Cfr.: SANDONATO (Pablo): *El Estatuto Jurídico de los Agentes Diplomáticos Nacionales y, o Residentes Permanentes del Estado Receptor* (inédito).

⁵⁷ Un interesante estudio es el realizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Canadá. Cfr.: *La Responsabilidad de Proteger*, v: www.iciss-ciise.gc.ca

⁵⁸ URDANOZ o. p. (Teófilo): *Op. Cit.*, pg. 596.

⁵⁹ Cfr.: Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 53 período de sesiones: Cap. IV: Responsabilidad Internacional de los Estados, en: www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm

⁶⁰ Digesto 1.3.32.1 (Julianus) donde se afirma que: “Inverterata consuetudo pro lege non immerito custodiatur”, así como en CICERÓN: *De inventhione rhetorica*, 2.22.7.

⁶¹ MARESCA (Adolfo): *Il Diritto dei Trattati, la Convenzione codificatrice di Vienna del 23 maggio di 1969*, pg. 405. Milano, 1971.

⁶² Art. 87 de la Convención de Montego Bay sobre el Derecho del Mar de 1982.

i) como medio excepcional de solución de una controversia. Surgido el diferendo, Vitoria impone a los españoles el deber de buscar una solución pacífica. Imposición hecha a los españoles, justamente en atención al mayor grado de civilización; y sólo si los indios “acuden a la violencia, los españoles pueden defenderse y tomar todas las precauciones que para su seguridad necesiten”⁶³. La intervención armada en autorizada así como última solución y como defensa contra la agresión indígena. Fracasados así los medios pacíficos, queda expedita para los españoles la vía armada, que debe revestir las características de una legítima defensa: “porque es lícito rechazar la fuerza con la fuerza”⁶⁴. Pero el genio de Vitoria va más allá de la exclusión de la antijuridicidad en la legítima defensa sino que la admite sólo como respuesta racional a la injuria causada, evidenciándose así el elemento de la efectividad (inmediatez, racionalidad del medio, y necesidad de la respuesta). En palabras del maestro: “*sin excederse y guardando la moderación de una justa defensa, y sin que puedan usar de los demás derechos de la guerra, como sería, obtenida la victoria y seguridad, el matarlos, despojarlos y ocupar sus ciudades... deben los españoles defenderse; pero en cuanto sea posible, con el mínimo daño de ellos, pues es guerra defensiva solamente.*”⁶⁵ No obstante, si los indígenas persistieran en su malicia y trabajaran la perdición de los españoles pueden estos tratarlos como pérfidos enemigos, pues el fin de la guerra es la paz y la seguridad. Acá cambia ya el supuesto de guerra defensiva a guerra ofensiva o ataque, usando así de todos los derechos de la guerra: conquistando sus tierras, destruyendo a sus señores, y aún siempre “moderadamente y según la calidad del asunto y de las injurias.”

Vitoria impone por tanto la solución pacífica como solución primera, y sólo si inútilmente tentada esta se podrá recurrir a la intervención armada y aún sólo para la defensa. Ahora, si no obstante ello, la parte contraria (en este caso los indios) persistiera en su intención agresiva y destructiva, se autoriza la guerra ofensiva, es decir, exenta de los límites de la legítima defensa. Aún en este caso, Vitoria recuerda a los beligerantes la necesidad del respeto de las reglas de humanidad.

ii) Otro de los supuestos que habilitaría el recurso a la guerra sería el caso de pueblos con “costumbre y rito nefasto”. Desde nuestro punto de vista esta es una “causal humanitaria” y que autoriza el uso de la fuerza a fin de evitar a la población sufrimientos graves con posible riesgo de vida para sus miembros⁶⁶. El título va dirigido más al aspecto humanitario que al político, lo cual confirma la centralidad antropológica del ordenamiento jurídico vitoriano por sobre consideraciones circunstanciales.

iii) También sería lícito a los españoles ocupar un territorio americano si los indios voluntariamente aceptan al Rey de España como su príncipe. En este caso operaría una cesión, como título hábil para transmitir la soberanía, en ejercicio de la autodeterminación, hoy imperativamente reconocida. Aunque el principio valió base jurídica del proceso de descolonización también sería lícito aplicarlo para el caso inverso: un estado que decida unirse completamente a otro o, permaneciendo libre, se le asocie.

iv) Tal como la doctrina contemporánea reconoce⁶⁷, también es lícito el recurso a la fuerza para la defensa de terceros. De esta manera “puede la república pedir auxilio a los extranjeros para vengar las injurias hechas”. En el bien entendido, este título autorizaría alianzas defensivas entre varios Estados, desarrollo que, por otra parte, la práctica también confirma⁶⁸.

v) Un tema que ni la doctrina ni el DIP positivo aceptan hoy en el derecho, o deber, de colonización. Según este, habría pueblos, o naciones no civilizadas, que no estarían aptas para gobernarse evidenciando un grado primitivo de desarrollo. Para ello, la Sociedad de las Naciones primero y las Naciones Unidas⁶⁹, estructuraron un sistema de administración fiduciaria, *lato sensu*. La intervención en casos de pueblo no civilizados, no llevaría de modo alguno a su asimilación ni mucho menos a su aniquilación; el espíritu es justamente uno altruista, diríase: “el bien y utilidad de ellos y no solamente por el provecho de los españoles”.

vi) Admite también otros títulos de orden jurídico-religioso que no vienen al caso en este estudio, como la propagación de la fe cristiana, y otros de la misma especie.

⁶³ *De indís*, p. 3, 5^a prop.

⁶⁴ *ibidem*.

⁶⁵ *ibidem*.

⁶⁶ En este sentido, se recuerda la *infra* 56.

⁶⁷ CONFORTI (Benedetto): *Diritto Internazionale*, pg. 384. Nápoles, 2002; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (Eduardo): La legítima defensa, en: *Derecho Internacional Público, obra dirigida por Eduardo Jiménez de Aréchaga*, t. II, pg. 319. Montevideo, 1995; RONZITI (Natalino): *Diritto Internazionale dei Conflitti Armati*, pg. 51. Torino, 2001.

⁶⁸ Notablemente el caso del Tratado del Atlántico Norte, y del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca. Lo fue también el Pacto de Varsovia.

⁶⁹ Desde 1994 el Consejo de Administración Fiduciaria ha dejado de reunirse periódicamente, al poner fin al último de los 11 Acuerdos de Administración Fiduciaria, que era Territorio en Fideicomiso de las Islas del Pacífico (Palau), administrado por los Estados Unidos. Cfr: www.un.org/spanish/aboutun/organs/tc.htm

9) La cuestión de la Guerra y su licitud

Como ya se explicara Vitoria sostiene que es lícito hacer la guerra sólo en ciertos casos. A fin de comprender el pensamiento del Padre Vitoria, y de la EEP toda, en lo relativo a la guerra, es necesario detenernos un momento más en este tema.

Como primera cosa, es necesario distinguir la guerra defensiva de la guerra ofensiva, pues ambas se regirán por principios distintos. Así, mientras la primera busca frenar el ataque de otro, pues es lícito repeler la fuerza con a fuerza; la guerra ofensiva busca la satisfacción de las injurias causadas y aumentar la seguridad de la república cuando el enemigo se apresta al ataque⁷⁰. Aunque claramente distinguidas una de otra en el plano teórico, también resulta clara la dificultad en la individualización práctica, puesto que la guerra ofensiva podría ser el complemento circunstancial de la guerra defensiva cuando las circunstancias lo habiliten⁷¹.

De todos modos, Vitoria concibe la guerra siempre como un instrumento excepcional y nunca como un derecho. No existe en Vitoria en derecho "fundamental" a hacer a la guerra, a lo sumo, existiría una *facultad* o habilitación legal que excluiría su antijuridicidad, pero nunca un derecho subjetivo. Como enseña el Padre "... *ex fine et bono totius orbis. Prosus enim orbis consistere in felici statu non posset, imo esset rerum omnium pessima conditio, si tyranni quidem et ladrones et raptores possent impure iniurias facere et opprimere bonos et innocentes, nec liceret vicissim innocentibus animadvertere innocentes.*"⁷²

Después de estudiar la competencia interna en materia de declaración de guerra (que atribuye al Jefe del Estado⁷³), Vitoria se dedica al estudio de la tercera cuestión relacionada a la licitud de la guerra: la justas causas. "*Unica est et sola causa iusta inferendi bellum, iniuria accepta*"⁷⁴. De esta manera Vitoria limita la guerra a la respuesta contra una ofensa, es decir, como lícita reacción contra una agresión extranjera. Pero la grandeza del jurista dominico puede apreciarse en la calificación de la agresión: "*no basta una injuria cualquiera para declarar la guerra.* Se prueba. Porque ni aun a los propios súbditos es lícito imponer castigos graves, tales como la muerte, el destierro o la confiscación de sus bienes, por una culpa cualquiera. Y como todas las cosas que en la guerra se hacen son graves y atroces, pues son con matanza, incendios y devastaciones, no es lícito castigar con la guerra por injurias leves a sus autores, porque la dureza de la pena debe ser proporcional⁷⁵ a la gravedad del delito"⁷⁶ que "conviene examinar con grande diligencia de la justicia"⁷⁷

La guerra vitoriana adquiere de esta manera, las características típicas de la legítima defensa, que además claramente denomina: "guerra defensiva".

Consecuencia, y mérito principal de su desarrollo, es la limitación del instrumento bélico como medio de solución de controversias⁷⁸. La guerra debe evitarse por todos los medios⁷⁹. Es obligación del príncipe evitar la guerra a toda costa, pues éste "*está obligado* a examinar el asunto diligentemente y a oír pacíficamente las razones de la parte contraria, por si puede llegar a algo cierto, bien a su favor, bien en el de otro"⁸⁰

En resumen, pues, la guerra sólo será lícita cuando se verifiquen aditivamente todos los requisitos siguientes:

- i) sea para **defenderse** de una injuria (o ataque);
- ii) que la **injuria sea grave y atroz**;
- iii) la respuesta sea **proporcional** al daño causado;
- iv) se recurra a ella como **última solución**, habiendo fallado los medios pacíficos

⁷⁰ *De iure belli*, c. 1, sexta prueba.

⁷¹ véase *infra* n. 52.

⁷² "... por el fin y el bien de todo el orbe. Porque de ninguna manera el orbe podría permanecer en un estado feliz, es más, llegaríamos al peor estado de cosas, si los tiranos, los ladrones y los raptores pudiesen impunemente hacer injurias y oprimir a los buenos e inocentes y no fuese lícito a estos últimos repeler sus agresiones y escarmentarlos." *De iure belli*, c. 1, séptima prueba.

⁷³ *De iure belli*, c. 2, n. 7.

⁷⁴ "La única y sola causa justa de hacer la guerra es la injuria recibida." *De iure belli*, c.3, prop. 4^a.

⁷⁵ Por ejemplo en *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996 (I)*, pg. 246.

⁷⁶ *De iure belli*, c. 3, n.14.

⁷⁷ *De iure belli*, c. 3, n.21.

⁷⁸ Así, por ejemplo, el Pacto de la Sociedad de Naciones, limitaba el recurso a la guerra imponiendo a los miembros el previo sometimiento de los propios diferendos al arreglo judicial, arbitral o al del Consejo de la Sociedad y, sólo en caso de fallar estos podría recurrirse a ella.

⁷⁹ Entre varios textos: *De iure belli*, n. 24 y 60.

⁸⁰ *De iure belli*, n. 29.

10) El Derecho Humanitario en Vitoria⁸¹

Admitido entonces, que se hubieran verificado estos supuestos se abre la vía al uso de la fuerza.

Sin embargo de llegarse a un tal estadio, no es lícito todo contra el enemigo, pues de la racionalidad del medio y la finalidad en última instancia pacífica de la guerra (ofensiva o defensiva), se extrae la limitación de los medios de guerra. Es decir, que los efectos del estado de "guerra" deben limitarse estrictamente a los objetivos militares y a los combatientes puesto que de atentarse contra civiles, mujeres, niños, etc. la recta intención del instrumento bélico (la defensa) se trunca.

Se evidencia así la definida vertiente humanitaria del maestro salamantino quien antepone el respeto a la persona humana y su dignidad⁸² a la necesidad de la guerra: "*quod oportet cavere ne ex ipso sequantur maiora mala quam vitentur per ipsum bellum.*"⁸³ Así, realizando un neto estudio jurídico, se cuestiona, entre otros temas, si es lícito matar a inocentes como niños y mujeres. Su respuesta no puede ser que negativa: la guerra no la hacen los inocentes y por tanto no deben sufrir ellos las consecuencias; y, además, porque no se habrá de castigar a los buenos por los delitos de los malos.

Otro tema que estudia, es el de la esclavitud que era un instituto vigente en su tiempo⁸⁴. Su posición, en cambio, es fuertemente limitativa. Afirma que sólo podían tomarse por esclavos a sarracenos, pues "por derecho de gentes, parece admitido entre los cristianos que en la guerra entre ellos mismos no se hagan esclavos, sino para exigir rescate por ellos."⁸⁵

Además de la persona humana, el DIH regula la situación de los bienes, públicos o privados y muebles o inmuebles, durante el estado de conflictualidad. También este tema es estudiado por el Padre Vitoria, con una solución que mantiene grandes similitudes con el derecho vigente en la materia:

- *bienes del estado enemigo*: admite la ocupación a título de indemnización;
- *ciudades enemigas*: admite su saqueo pero sólo por causa de necesidad de guerra;
- *bienes privados de nacionales del estado enemigo*: admite su confiscación, pero sólo por causa de necesidad de guerra;
- *bienes de particulares nacionales de terceros estados situados en territorio enemigo*: no admite su confiscación, con la sola excepción de la necesidad de guerra.

Por último, finalizada la guerra Vitoria admite la posibilidad que sea necesario adoptar ciertas medidas (*sanciones de guerra*) para obtener suficiente indemnización y seguridad futura. Las mismas son evidenciadas por Vitoria, y serían:

- a) ocupar fortalezas, ciudades y partes de territorios enemigos⁸⁶;
- b) imponer multas⁸⁷;
- c) deponer a los príncipes vencidos⁸⁸.

A modo de resumen, se adopta el esquema de Urdanoz⁸⁹ sobre el *Ius in Bello* vitoriano, el que se presenta de la siguiente manera:

- a) *fin general de la G.*: el restablecimiento de la justicia y del derecho, cuya violación por el adversario es causa de la guerra;
- b) *fin superior*: la paz (n.18)⁹⁰;
- c) *fin inmediata*: - la defensa de la nación, vidas y bienes de sus miembros (n. 44);
 - recuperar bienes y derechos sustraídos por el adversario (n. 16);
 - reparar los daños inferidos injustamente por el enemigo, resarcándose y compensándose de los bienes del mismo (n. 17);
 - tomar las medidas de seguridad necesarias para obtener una paz estable y evitar el peligro de guerra: destruir fortificaciones enemigas, apoderarse de territorios, armas, rehenes y otras garantías (n. 18);

⁸¹ Principalmente en *De iure belli*, pero también en *De indis* en: p. 3, n. 2.

⁸² *V. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996 (I), pg. 303.*

⁸³ ... se ha de precaver que de la guerra no se sigan mayores males de los que por ella se hayan de evitar." *De iure belli*, n. 37.

⁸⁴ Sobre este tema puede consultarse un completo estudio en: BARREIRO ZORRILLA (Gastón): *Castilla es mi Corona*. Montevideo, 1992.

⁸⁵ *De iure belli*, n. 42.

⁸⁶ Como fue el caso de los territorios del Trentino en Italia después de las 2GM.

⁸⁷ Como fue el caso de Alemania después de la 1GM.

⁸⁸ Como le sucedió al Emperador Hiro-hito del Japón y al Rey Umberto II de Italia (en este último caso, los acuerdos no preveían la deposición de Su Majestad, mas el llamado a un referéndum para definir la forma institucional del Estado).

⁸⁹ URDANOZ o. p. (Teófilo). *Op. Cit.*, pg. 802.

⁹⁰ También en: *De indis*, n. 7.

- el castigo ulterior de la injuria por medio de la imposición de penas correspondientes a la gravedad de los delitos (n. 19);

d) *principio general*: permisión de todas aquellas acciones con daño al enemigo que sean necesarias para conseguir esos fines (pues no implican intrínseca ilicitud).

Lo antedicho por cuanto refiere a los primeros desarrollos de la EEP, correspondientes todos a Francisco de Vitoria.

La EEP continuó dando notables exponentes, como ya se viera⁹¹, y culmina con la obra de Francisco Suárez, que condensa la totalidad en su *Tractatus...* los logros de todo un siglo. A él su momento.

B) Francisco Suárez

Francisco Suárez, *Doctor Eximio y Pío* de la Iglesia, nace en Granada en 1548 y a los 16 años entra en la Compañía de Jesús y estudia Teología en Salamanca y Derecho y Filosofía Política.

Es Profesor de Teología en la Universidad de Salamanca y ocupó también diversas Cátedras en Alcalá y Coimbra. y Roma. En 1612 Suárez publica su máxima obra, el *Tractatus de Legibus ac Deo legislatore* donde presenta una sistematización general del Derecho. Dos años antes, en 1610 Suárez había aceptado la invitación del Nuncio de Su Santidad en Madrid para participar una polémica con el Rey de Inglaterra Jacobo I y el Cardenal Belarmino relativa al poder real y sus relaciones con el poder espiritual. Producto de su intervención en el debate Suárez publica, en 1614, la *Defensio Fidei*. En ella el jesuita ofrece solución al problema de las relaciones entre ambos poderes y desarrolla la teoría del poder indirecto del Papa, echando a tierra la posición protestante.

Como se ha afirmado “[E]l pensamiento político de Suárez expresa la continuidad de una tradición integralmente católica. Aunque sus ideas están lejos de recibir el asentimiento de todos los católicos, corresponden a la orientación fundamental de una Iglesia romana en plena renovación, cuyas posiciones conservan una importancia capital.”⁹²

Francisco Suárez muere en Lisboa en 1617.

1) La filosofía suareciana del DG

La concepción romana del derecho efectuaba una bipartición general del derecho: el derecho civil y derecho natural. El derecho civil como el sancionado por los hombres, y el derecho natural, que subdividía en aquel aplicable a todos los seres animados (*lex naturalem communem*⁹³ o ley natural común) y la ley natural propia de los hombres (*ius gentium*⁹⁴ o Derecho de Gentes). En la concepción romana por tanto, el DG era parte integrante⁹⁵ del derecho natural romano.

Suárez inicia su estudio del DG aceptando en principio esta concepción, pero entendiéndola en su justo sentido, es por ello realiza algunas precisiones. Enseña Suárez que mientras el derecho natural, en su verdadera acepción, está escrito en el corazón de los hombres y se conoce mediante un simple acto intelectual, el DG no se conoce así simplemente sino que surge de un complicado proceso de deducciones⁹⁶, ya que, de lo contrario se calificaría como DG a institutos ajenos a este, como la propiedad privada, la esclavitud y otras. En cambio, explica Suárez, el DG no se deduce tan directamente ni se aplica como necesidad cuando ha sido razonado e introducido libre y voluntariamente por los hombres en toda comunidad humana. En otras palabras: el Padre Suárez determina el objeto del Derecho Internacional Público al enseñarnos que el DG surge solamente en virtud de la razón natural, pero que “no es aplicable a los hombres absolutamente considerados sino en cuanto integrado en alguna sociedad humana. Por eso se diferenciaría del derecho natural primario en cuanto que es una especie de derecho natural secundario que llamamos derecho de gentes.”⁹⁷ (*De Legibus*, L.II 13-20, C. XVIII, 3). En otras palabras, el DG es una derivación del derecho natural.

⁹¹ V. *supra* pg. 3.

⁹² TOUCHARD (Jean): *Historia de las ideas políticas*, pg. 236. Madrid, 1999.

⁹³ “Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit; nam ius istud non solum humani generis proprium est, sed omnium animalium quæ in terra nascuntur, avium quoque commune est” Inst 1, 2, pr.

⁹⁴ “Ius gentium est quo gentes humanæ utuntur.” Dig. 1, 1, 1, 4.

⁹⁵ Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peræque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur”: Dig. 1, 1, 9.

⁹⁶ *De Legibus* L. IV (II 13-20) c. XVII, n. 8.

⁹⁷ “ius haberi ex vi solius rationis naturalis; tamen non convenire hominibus absolute spectatis, sed ut congregationis in aliqua societate humana; et ideo distingui a primario iure naturali tanquam secuadarium vocarique ius gentium.” [*De Legibus*, L.IV (II-13-20), c. XVIII, n. 3]

La contradicción con Vitoria es sólo aparente pues al derecho natural secundario, o sea el DG, no se llega por acto creador, sino por un acto de la razón, un acto de descubrimiento. Ese proceso de “llegar” ha de ser el verdadero sentido de la expresión “*el derecho de gentes surge en virtud de la razón natural*”. En este bien entendido puede seguirse que si bien en muchas cosas el derecho natural y el de gentes coinciden “se dan diferencias formales y específicas entre ellos. *Coinciden*, en primer término, en que ambos derechos son de algún modo comunes a todos los hombres [...] En segundo lugar, coinciden en que, del mismo modo que el contenido del derecho de gentes es aplicable a los hombres solamente (en tanto que comunidad), así también el derecho natural, en su totalidad o en su mayor parte, es peculiar de los hombres [...] La tercera coincidencia entre el derecho de gentes y el natural consiste en que los dos contienen prohibiciones y concesiones o permisiones⁹⁸... Por otra parte, el derecho de gentes *difiere del natural*, primero y principalmente, en que la obligación de cumplir sus mandatos, por lo que a los preceptos afirmativos se refiere, no deriva únicamente de la naturaleza del objeto a través de un proceso de conclusiones deducidas evidentemente de principios naturales. Todo lo que cumple esas conclusiones es derecho natural... De igual modo, los preceptos negativos del derecho de gentes no prohíben un acto por ser esencialmente malo, pues estas prohibiciones son también meramente naturales. Por tanto, desde el punto de vista de la razón humana, el derecho de gentes no es sólo indicativo de lo que es malo, sino constitutivo del malo.⁹⁹ Así no se prohíbe un acto malo por ser un acto malo, sino que al prohibirlo hace que sea malo... Por consiguiente... el derecho de gentes no puede ser tan inmutable¹⁰⁰ como el natural. Porque la inmutabilidad nace de la necesidad. Y lo que no tiene igual grado de necesidad, tampoco puede tener igual grado de inmutabilidad”.¹⁰¹

La extensión de la cita permite demostrar la independencia del DG del derecho natural y su carácter obligatorio. Es lícito entonces afirmar que mientras el derecho natural no puede dejar de ser obedecido más que por error, el DG puede dejar de ser obedecido por la sola voluntad humana. De esta manera, el DG evidencia la debilidad propia de toda norma humana: la posibilidad de su incumplimiento y la consecuente¹⁰² necesidad del elemento coactivo. “*Ius autem gentium non semper omnibus sed regulariter et fere omnibus commune est, ut Isidorus loquitur.*”¹⁰³. De esta manera, Padre Suárez, funda el DG en el jusnaturalismo, pero, a la vez, separado del derecho natural.

2) El fundamento del Derecho de Gentes

Así como el Derecho tiene su fuente en la natural sociabilidad humana (*ubi societas ibi ius*), también el DG –que es parte del Derecho todo- tiene su *ratio* en la sociabilidad. Como enseña el propio Suárez “*humanum genus, quantumvis in varios populos et regna divisum, semper habet aliquam unitatem, non solum specificam, sed etiam quasi politicam et moralem, quam indicat naturalæ præceptum mutui amoris et misericordiæ quod ad omnes extenditur, etiam extraneo et cuiuscumque nationis. Quapropter, licet unaquequæ civitas perfecta, respublica aut regnum, sit in se communitas perfecta et suis membris constans, nihilominus universi, prout ad genus humanum spectat. Numquam enim illæ communitates adeo sunt sibi sufficientes sigillatim, quin indigeant aliquo mutuo iuvamine et societate ac communicationes, interdum vero etiam ob moralem necessitatem et indigentiam, ut ex ipso usu constat.*”¹⁰⁴ ¹⁰⁵

⁹⁸ Pues en el DIP encontramos tanto normas permisivas, en el sentido de impositivas de una conducta, como prohibitivas, en el sentido de abstención.

⁹⁹ Así el deber de no intervención no es *per se* malo si se lo entiende materialmente como un consejo; la maldad de la conducta es constitutiva, se crea positivamente por la voluntad legislativa expresada en la norma, para imponer un límite a la actividad de otros estados respecto de sus pares y lograr así un *minimum* de protección a la actividad estatal,

¹⁰⁰ La mutabilidad del DIP ya convencional ya consuetudinaria es un dato de la realidad y un hecho pacíficamente aceptado por la doctrina. Así por ejemplo: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996 (I)*, pág. 276.

¹⁰¹ *De Legibus*, L. II, c. XIX, n. 2.

¹⁰² Sobre la accesoriedad de la coacción a la norma, puede consultarse un excelente estudio de MESSINEO. V. MESSINEO, A.: *Il Diritto Internazionale nella Dottrina Cattolica*. Roma, 1944.

¹⁰³ *De Legibus*, L. II, c. XIX, n. 2.

¹⁰⁴ “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 [de toda la raza humana], sino cuasi política y moral como lo indica el precepto natural de la solidaridad y ayuda que se extiende a todos, incluso extranjeros y de cualquier nación. Por lo cual, aunque un Estado -monarquía o república- sea naturalmente comunidad perfecta y esté dotada de sus propios elementos constitutivos, sin embargo, cualquiera de los Estados es también, en algún sentido y en relación con el género humano, un miembro de esta comunidad universal. Porque estos Estados, aisladamente considerados, nunca gozan de autonomía tan absoluta que no precisen de alguna ayuda, asociación y común intercambios, unas veces para su mayor bienestar, progreso y desarrollo y otras incluso por verdadera necesidad moral y a falta de medios, como demuestra la experiencia misma.”

¹⁰⁵ *De Legibus*, t. II, c. XIX, n. 9.

Los hombres pueden dividirse o asociarse, según como se entienda el asunto, en organizaciones políticas de mayor o menor grandeza, pero mantienen siempre una cierta unidad, la propia de los hombres como cuerpo moral (humanidad) y la unidad como cuerpo político (comunidad). Así, pues como las personas se asocian entre sí, también los Estados tienden a asociarse y a establecer lazos de amistad entre ellos, creando de esta manera esa suerte de comunicación o relación, que hoy llamamos exterior.

Suárez fundamenta el derecho internacional a partir de algunas conclusiones a las que ha arribado durante su estudio. Afirma que el DG es:

- i) un dato empírico: pues la humanidad se ha dividido en varias comunidades particulares;
- ii) un hecho de la naturaleza: pues aunque dividida, la humanidad conserva siempre una cierta unidad: política y moral, constituyendo a la vez que varias comunidades particulares, una comunidad universal, una *hominum communitate*; y que cada una de esas comunidades particulares por necesidad o utilidad se ha dado particularmente un derecho para sí que las rige;
- iii) el derecho de esa comunidad internacional.

Como el mismo Suárez afirma: "*nihilhominus ut illæ communitates sese mutuo iuvare et inter se in iustitia et pace conservari possent (quod ad bonum universi necessarium erat), oportuit ut aliqua communia iura quasi communi foedere et consensione inter se observarent, et haec sunt quæ appellantur iura gentium, quæ magis traditione et consuetudine quam constitutione aliqua introducta sunt, ut diximus.*"¹⁰⁶ "Nace así el DG en su moderna acepción como aquél derecho común a la comunidad internacional la que, bien por necesidad bien por utilidad, se ha dado para regir las relaciones entre sus miembros y que está constituido principalmente por normas consuetudinarias, aunque también por convencionales.

3) La costumbre y los principios generales de derecho como fuente del DG

En lo relativo a las fuentes del DG la solución actualmente adoptada (art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) no varía de la ofrecida por *Patrem Suarez* y por la EEP hace cuatrocientos años.

Nos enseña que la fuente principal¹⁰⁷ del DG es la costumbre¹⁰⁸ por oposición a lo que para en los derechos de los estados (el así llamado Derecho Civil *lato sensu*), donde este primado lo ocupa la ley.

Un aspecto por demás relevante en la teoría de la costumbre jurídica internacional es el carácter de la *generalidad*¹⁰⁹, sancionada la Corte Permanente de Justicia Internacional¹¹⁰. Esta misma generalidad, que se traduce en la no necesaria aceptación de una práctica por todos los Estados, es evidenciada por el Padre Suárez justamente al decir que basta que una costumbre sea aceptada por "casi todas las naciones". La explicación la ofrece el mismo Suárez: "*no hay que pasar por alto con ligereza la partícula casi. Con ella se indica que no se da en este derecho una necesidad absolutamente intrínseca y natural; y que tampoco es preciso que sea común absolutamente a todas las naciones, incluso prescindiendo de ignorancias y errores; es suficiente que hagan uso de él casi todas las naciones bien organizadas.*"¹¹¹

La otra fuente a la que dedica un estudio particular son los principios generales de derecho, como aquellos inferidos de la práctica estatal, es decir: "una ley que cada uno de los Estados o reinos cumple dentro de su territorio, pero que se llama derecho de gentes por ser comparables y coincidir las naciones en su reconocimiento."¹¹² Estos principios, que el maestro llama segunda clase de DG, comprenden "ciertos preceptos, formas y modos de vida que intrínseca y directamente no dicen relación a todos lo hombres... Los establece cada Estado a través de un proceso jurisdiccional y de acuerdo con los procedimientos constitucionales. Sin embargo son de tal naturaleza, que casi todas las naciones coinciden en la práctica de semejantes usos o leyes, llegando a veces a cierto paralelismo con el ordenamiento global y otras casi hasta en sus normas".¹¹³

¹⁰⁶ "Pero para que éstos (los hombres) pudieran ayudarse mutuamente y conservar la paz y la justicia en sus mutuas relaciones (que es esencial para el bienestar universal de todos los pueblos) fue conveniente que en sus mutuas relaciones pusieran en vigor como por acuerdo y común consentimiento algunas leyes comunes. Es por ello que se llama derecho de gentes, que ha sido instituido por costumbre y tradición más que por decretos positivos expresos, como ya hemos dicho." *De Legibus, Additiones...* 3.

¹⁰⁷ *De Legibus, Additiones...* 3.

¹⁰⁸ Además, puede consultarse al final del tomo, las *Additiones Suarecii ad Ius Gentium*, n. 4.

¹⁰⁹ Como había ya sostenido San Isidoro de SEVILLA en: *Libri Etymologiarum sive originum* libri XX lib. 5, cap. 4.

¹¹⁰ PCIJ, asunto del Lotus. (Serie "A", n. 10).

¹¹¹ *De Legibus*, l. II, c. XIX, n. 6.

¹¹² *De Legibus*, l. II, c. XIX, n. 8.

¹¹³ *De Legibus*, l. II, c. XIX, n. 10.

A diferencia de la costumbre, donde el elemento de la generalidad supera el voluntarismo estatal, en esta segunda clase de DG (es decir los principios generales de derecho) al haber sido creados por cada reino o Estado, “puede cambiarlo un reino o Estado particular para su propio territorio nacional.”¹¹⁴ De esta manera “aquella ley, en cuanto está vigente en ese Estado es sin más e intrínsecamente (por así decir) puro derecho civil, y lo llamamos derecho de gentes únicamente por comparación y paralelismo con los ordenamientos de otros Estados; o porque son leyes tan próximas al derecho natural, que dan origen, en consecuencia, a que se las considere universales para todas o casi todas las naciones. Pero de suyo y en cuanto está vigente en cada uno de los Estados, ese derecho de gentes depende de las particularidades, autoridad y costumbres de cada pueblo considerado individualmente y con independencia de las demás naciones.”¹¹⁵

Es decir, que en la concepción suareciana el DG se integra con la costumbre como elemento central, surgida del consenso general, por los acuerdos (como ya viéramos con Vitoria), y por los principios generales de derecho como elemento secundario pero, y a la vez, informantes de aquel. Teoría de las fuentes del DIP actual.

4) La Comunidad Internacional en la concepción suareciana.

Como ya hemos afirmado, la sociabilidad es un elemento común en la persona que en los estados. Suárez sus *Addiciones ad Ius Gentium* explicando que dos pueden ser las acepciones de “Comunidad Internacional”. Una, como un simple aglomerado de hombres sin ningún orden ni unión física o moral, no formando un todo ni física ni moralmente, los que “no forman, propiamente hablando, un cuerpo político”¹¹⁶. El otro sentido, es el sentido propio de Comunidad Internacional como “*corpus politicum*”, en el que los hombres “*quatenus speciali voluntate seu communi consensu in unum corpus politicum congregatur uno societatis vinculo et ut mutuo se iuvent in ordine ad unum finem politicum, quomodo efficiunt unum corpus mysticum, quod moraliter dici potest per se unum; illudque consequenter indiget uno capite.*”¹¹⁷

Suárez concibe la CI como un cuerpo político y moral de hombres que, aunque dividido en varios estados, conserva siempre una cierta unidad política y moral. Le jesuita expresa que la unidad, o mejor dicho la división del cuerpo político-moral, es de tipo parcial. La humanidad no está totalmente dividida en comunidades “estancas”, y la misma no se ha operado por una razón natural (la sociabilidad) pero tampoco ha logrado unirse totalmente en una comunidad internacional perfecta existiendo, ya en el s. XVII cuanto en el XXI, comunidades políticas menores “*nam licet universitas hominum non fuerit congregata in unum corpus politicum, sed in varias communitates divisa fuerit.*”¹¹⁸

La CI concebida por *Patrem Suárez*, que sigue los lineamientos de la CI de la EEP, supone que el poder de cada miembro no es absoluto, sino limitado al común bien. La soberanía no es absoluta o ilimitada sino al contrario porque en un todo orgánico internacional el miembro tiene que limitarse para que pueda existir la comunidad, como ya enseñara Vitoria. En otras palabras, la EEP reconoce una soberanía estatal que no absoluta, sino con atributos que corresponden a la CI en sí misma.

5) Caracteres del IG suareciano

“El *ius gentium* deriva del consentimiento virtual de todo el orbe, aunque no haya sido formalmente convenido. Comprende el conjunto de normas jurídicas introducidas en el curso de la historia por la práctica continuada de las naciones, en cuanto miembros de la comunidad.”¹¹⁹

Se caracteriza por ser:

- **jurídico**, pues regula las relaciones entre pueblos (*ius inter gentes*) pero también entre individuos de diferentes pueblos (*inter homines*). En este último sentido no es exagerado decir que Suárez refiere a lo que hoy conocemos como Derecho Internacional Privado¹²⁰;

¹¹⁴ *De Legibus*, l. II, c. XX, n. 7.

¹¹⁵ *De Legibus*, l. II, c. XX, n. 7.

¹¹⁶ *De Legibus*, l. II, *Additiones Suarecii ad Ius Gentium*, 1.

¹¹⁷ “se integran en un solo cuerpo por medio de un vínculo social “para ayudarse mutuamente en orden a un fin político; de este modo, forman un solo cuerpo “místico” que puede llamarse uno en sentido moral.” *De Legibus*, l. II, *Additiones...* 1

¹¹⁸ “La totalidad de los hombres no ha llegado a integrarse en un solo cuerpo político, sino que más bien se ha dividido en varios Estados.” *Additiones...* 1.

¹¹⁹ PEREÑA (Luciano): *La génesis suareciana en el ius gentium* en: “SUAREZ (Francisco): *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore (II 13-20) de iure gentium... Estudio Preliminar*, pg. XXV. Madrid, 1973.

¹²⁰ Vitoria ya había distinguido el derecho entre naciones y entre personas de distintas naciones (como oportunamente viéramos). Suárez, en cambio, adopta una visión universalista del derecho internacional.

- obligatorio, pues crea vínculos que deben ser respetados;
- positivo¹²¹, pues ha sido sancionado mediante el consentimiento de todos los pueblos, *ex communi consensu omnium gentium et nationem*, mediante leyes o costumbres, y;
- universal pues es aplicable a toda la humanidad.

IV. ELENCO DE LAS PRINCIPALES MATERIAS DE DG ESTUDIADAS POR LA EEP¹²²

En las páginas que anteceden nos hemos detenido en las cuestiones fundamentales del Derecho Internacional Público: su esencia, su fundamento, y su fuentes, así como otras importantes consideraciones como el derecho bélico y el humanitario.

Además de estas cuestiones fundamentales, la EEP dedicó sus páginas al estudio sistemático de las materias que actualmente componen la currícula general y particular del DIP.

En una mención meramente enunciativa, hay que recordar: el principio general de la libertad¹²³; la libertad de comunicación¹²⁴; la libertad de navegación, de los mares y de pesca¹²⁵; la libertad de comercio¹²⁶; los institutos democráticos de gobierno directo¹²⁷, el sufragio¹²⁸; los deberes de los Estados para con los extranjeros¹²⁹; los modos de adquisición del dominio territorial del Estado¹³⁰; la Pacta sunt servanda¹³¹; la autodeterminación¹³²; la solución pacífica de controversias¹³³; la obediencia debida y la objeción de conciencia contra ordenes injustas¹³⁴; la nacionalidad y sus formas de adquisición¹³⁵; el domicilio como ley regulatoria de la relación jurídica¹³⁶; la administración colonial¹³⁷; y las normas imperativas de derecho internacional¹³⁸.

También la libertad de celebrar tratados y de su objeto lícito¹³⁹; el arbitraje y mediación¹⁴⁰; en Derecho humanitario: la esclavitud¹⁴¹; y la postliminio¹⁴². La prohibición de la guerra como práctica¹⁴³; y los supuestos de su licitud¹⁴⁴; la prohibición de atacar al enemigo en tiempos de tregua¹⁴⁵; la legítima defensa¹⁴⁶. Y en materia de Derecho diplomático el derecho de legación¹⁴⁷; y la inmunidad de los embajadores¹⁴⁸.

¹²¹ En lo que se aparta de Vitoria, pues según éste el DG deriva del Derecho Natural.

¹²² Como nos propusiéramos al inicio del presente, sólo se reportan los propios a los autores estudiados.

¹²³ *De indís*, p. 3, n. 2.

¹²⁴ *De indís*, p. 3, n. 2. En la jurisprudencia contemporánea, por ejemplo: *Oil Platforms, Islamic Republic of Iran v. United States of America, Preliminary Objection, Judgement, I. C. J. Reports 1996 (I)*, pg. 803 en adelante.

¹²⁵ *De indís*, p. 3, n. 2 y 4.

¹²⁶ *De indís*, p. 3, n. 3.

¹²⁷ *De indís*, p. 2, n.16.

¹²⁸ *De indís*, p. 2, n.2.

¹²⁹ *De indís*, p. 3, n.2, conclusión 1^{ra}.

¹³⁰ *De indís*, p. 3, n. 2.

¹³¹ *De potestate civile*, n. 21 y *Tractatus...* L. II, c. XVIII, 5 y c. XIX, n. 7 y 8.

¹³² *De indís*, p. 2, n. 16.

¹³³ *De iure belli*, n. 29.

¹³⁴ *De iure belli*, n. 24.

¹³⁵ *De indís*, p. 3, n. 5.

¹³⁶ *De indís*, p. 3, n. 5.

¹³⁷ *De iure belli*, n. 15 y 16.

¹³⁸ *De potestate civile*, n. 21.

¹³⁹ *Tractatus...* L. II, c. XIX, n. 7.

¹⁴⁰ *Tractatus...* L. II, c. XIX, n. 8.

¹⁴¹ *Tractatus...* L. II, c. XIX, n. 8.

¹⁴² *Tratatus...* L. II, c. XVIII, n. 5.

¹⁴³ *Tratatus...* L. II, c. XVIII, n. 5.

¹⁴⁴ *Tratatus...* L. II, c. XIX, n. 8.

¹⁴⁵ *Tratatus...* L. II, c. XVIII, n. 5.

¹⁴⁶ *Tratatus...* L. II, c. XVIII, n. 5.

¹⁴⁷ *Tratatus...* L. II, c. XVIII, n. 5 y c. XIX, n. 7.

¹⁴⁸ *Tratatus...* L. II, c. XVIII, 5 y c. XIX, n. 7.

V. SÍNTESIS Y PROYECCIÓN

A) Síntesis

Al llegar al final de este estudio podemos concluir en el determinante aporte de la Escuela Española de la Paz a la evolución del Derecho de gentes y al desarrollo del moderno Derecho Internacional Público.

Su primer exponente, el dominico Fray Francisco de Vitoria, inicia una corriente de pensamiento que, progresivamente, irá independizando el DG/DIP de sus aspectos teológicos y, en la medida de su exceso, del Derecho Natural a un plano más *puro*, para usar una palabra cara a los positivistas. Carácter determinante de los aportes vitorianos al DG que permiten a no pocos estudiosos reconocer en Vitoria al verdadero fundador DIP¹⁴⁹. Será sin embargo la Escuela por él iniciada la que, a lo largo de poco más de cien años, desarrolle el DIP como unidad sistemática y con independencia de objeto. El pensamiento de la EEP constituye la cúspide del pensamiento iusnaturalista evolucionado desde los primeros tiempos de nuestra era. Vitoria, en dos magnos estudios, analiza las reglas fundamentales que deben regir entre las naciones en tiempos de paz y en tiempos de guerra, y desarrolla un sistema en donde la persona humana y su dignidad constituyen el centro y fin último del sistema de derecho (Principio de humanidad) y donde la libertad constituye una situación de principio frente a la intervención estatal (Principio de subsidiariedad).

Asimismo, la EEP tiene el mérito de ser la primera en entender al DIP en su actual concepción, no como derecho interestatal (de relaciones entre Estados como centros aislados de poder) sino como un derecho comunitario (de la comunidad internacional, como entidad diversa de la sus miembros integrantes).

El DIP para la EEP no es una enunciación deontológica descubierta puramente por la razón vaya uno a saber de donde, sino y justamente lo contrario, basado en hechos de la realidad y en principios naturales, vivos, actuales y universales existentes en el seno de la comunidad internacional. La vida internacional, como la creación misma, tiene un orden, y la labor del jurista será deducir de la conducta natural, auxiliado por los postulados generales de la razón, las normas que han de regirla.

B) Proyección

La evolución del pensamiento iuspublicista a la luz de los avances de la EEP se presenta de manera espiral: habiendo surgido inspirada por consideraciones de orden axiológico, habiendo atravesado luego una etapa de pseudopurificación principalmente durante el s. XX. En la actualidad, y a partir de los la segunda mitad del siglo pasado, el DIP de la mano de la doctrina y de la jurisprudencia ha vuelto sobre sus pasos y ha reconocido la existencia de ciertos elementos que interesan a la comunidad internacional como un todo y que exceden a la decisión singular de un miembro, como por ejemplo la protección de los Derechos humanos, el respeto del medioambiente. Las conquistas de los últimos decenios del siglo pasado, como la descolonización, el reconocimiento de la necesidad de proteger ciertos valores fundamentales para la salvaguardia de la comunidad internacional en su conjunto, los principios generales del moderno Derecho del Mar, la protección de la persona humana en tiempo de conflicto armado son todos corolarios del *Totus orbis* vitoriano,

Nos auguramos que los derechos internos sepan seguir la justa vía evolucionada del DIP y retomen los caminos iniciales.

¹⁴⁹ Se coincide por tanto con PEREÑA al afirmar que "Grocio aparece como sucesor de Suárez, aprovechándose de sus trabajos y de sus concepciones. El más ligero examen de esas obras bastará para probar que no sólo la piedra fundamental, sino los materiales de todo el sistema de Grocio le fueron proporcionados por los grandes maestros entre los que se encuentra Suárez. Es poco o nada lo nuevo en su tratado general sobre el derecho internacional, concluye T. A. Walter (*A history of the Law of Nations*, p. 330). Su sistema es fundamentalmente idéntico a la idea señalada por Suárez. Un análisis más interno del *ius gentium* ha llevado a J. Larequi (*Influencia suareciana en la filosofía de Grocio*, p. 11-44) a detectar más exactamente la influencia suareciana en la filosofía de Grocio. Existe un absoluto paralelismo ideológico y a veces hasta literal ente las fórmulas de Grocio y los textos de Suárez al definir la sociabilidad natural de los Estados (*De iure belli ac pacis*, prolegomena, n. 22 = *De Legibus* II, XIX, 9), necesidad de un derecho de gentes (*De iure belli ac pacis*, prolegomena, n. 23 = *De legibus* II, XIX, 9), su fin en la utilidad de la comunidad internacional, carácter consuetudinario del derecho de gentes (*De iure belli ac pacis*, prolegomena, n. 2; 48; 40 = *De legibus* II, XIX, 7; XIX, 9; III, II, 6) y la evolución del derecho internacional (*De iure belli ac pacis* I, XIV, 1; II, VIII, 1, 2; II, III, 5,1 = *De legibus* II, XIX, 2; II, XIX, 19; II, XX, 7)" PEREÑA (Luciano): *La génesis suareciana en el ius gentium* en: "SUAREZ (Francisco): *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore t. IV (II 13-20) de iure gentium.. Estudio Preliminar*, pg. LXX. Madrid, 1973.