
La doctrina de los bienes comunes de Francisco de Vitoria como fundamentación del dominio en el Nuevo Mundo

Francisco de Vitoria's doctrine of common goods as a basis for the domination of the New World

RECIBIDO: 2013-01-07 / ACEPTADO: 2013-02-18

María Cecilia AÑAÑOS MEZA

LL.M.

Cristiana Albrechts Universität zu Kiel

ceciliaan@web.de

Resumen: En los últimos años se ha producido un renacimiento de la antigua idea de los bienes comunes como opción alternativa a las formas actuales de propiedad privada y pública, cuyos propulsores hacen referencia a su fuente más cierta, el derecho romano. Aunque es poco o nada conocido, esta idea fue empleada en el siglo XVI por el dominico español Francisco de Vitoria como una parte fundamental de su teoría del dominio que no sólo le va a servir para elaborar su análisis sobre la licitud de la conquista del Nuevo Mundo, sino también va a jugar el papel de fundamentación o justificación moral y jurídica del dominio español en éste. Una reconstrucción de su trabajo a la luz de la teoría de dominio se hace necesaria para hacer visible esta doctrina.

Palabras claves: Francisco de Vitoria; bienes comunes; *res communes*; teoría del dominio; *relectio de Indis*; relectaciones; Nuevo Mundo; sociedad y comunicación natural; primer título; dominio; *dominium*; ocupación; *ius gentium* natural; *ius gentium* positivo; *ius communicationis*.

Sumario: I. Introducción. II. La idea previtoriana de los bienes comunes. III. El dominio en Francisco de Vitoria. IV. El dominio en la *Relectio de Indis*. V. El principio de *naturalis societatis et communicationis* y la doctrina de los bienes. VI. El principio de *naturalis societatis et communicationis* y los demás títulos legítimos. VII. Aportes de la doctrina de los bienes comunes de Vitoria al derecho internacional. VIII. Conclusión.

Abstract: In the last years, the ancient idea of the “*commons*” has experienced a revival as an option to the current forms of property, namely private and public property, whose supporters use to resort to its most certain source, roman law. Although it is hardly known or even not absolutely known, this idea was used in the 16th century by the Spanish Dominican Francisco de Vitoria as a fundamental component of its *dominium* theory, which not only was employed for his examination of the justice of the conquest of the New World, but it also played the role of being the moral and legal basis or justification of Spanish ownership of it. A reconstruction of his work in the light of the *dominium* theory is essential for the visibility of this doctrine.

Key words: Francisco de Vitoria; commons; *res communes*; dominium theory; *relectio de Indis*; relections; New World; natural partnership and communication; first title; *dominium*; ownership, occupation; *ius gentium* naturale; *ius gentium* positivum; *ius communicationis*.

Summary: I. Introduction. II. The pre-vitorian idea of common goods. III. The domain in Francisco de Vitoria. IV. The domain in the *Relectio de Indis*. V. The principle of *naturalis societatis et communicationis* and the doctrine of goods. VI. The principle of *naturalis societatis et communicationis* and the other legitimate titles. VII. Contribution of the doctrine of common goods of Vitoria to International Law. VIII. Conclusion.

* Doctora en Derechos Fundamentales (Madrid, España), *Magister Legum* en Derecho Internacional Público y Derecho Público (Kiel, Alemania), licenciada en Derecho, docente y traductora.

I. INTRODUCCIÓN

La idea de los bienes comunes que es tan antigua como nuestra civilización occidental y que en el presente parece haber sido olvidada, no sólo sigue existiendo como *idea* en el mundo liberalizado e individualizado en que vivimos, sino también como *realidad*, aunque aún de forma muy modesta o exigua. El sistema internacional conoce de la existencia de bienes comunes, e incluso cuenta con un régimen más o menos perfilado para un número más limitado de ellos.

En el primer caso, es visible un proceso de renacimiento de bienes comunes en estos últimos decenios, demostrable por un lado, en la creación de bienes comunes modernos o *commons* de naturaleza inmaterial o intangible como el régimen de *open access* en la ciencia, el software libre o código abierto, el hardware libre, o fuentes de conocimiento como la enciclopedia libre Wikipedia; y por otro lado, en su revalorización actual producida por la larga y constante investigación sobre bienes comunes materiales o tangibles, como el agua, los bosques o reservas pesqueras, realizada ante todo por *Elinor Ostrom*, quien ha contribuido decisivamente al desarrollo de una nueva ciencia de los bienes comunes con su teoría de la “economía institucional de los bienes comunes” o “teoría de la acción colectiva institucional basada en normas”¹. Hechos todos estos que son bienvenidos por representar una propuesta de organización económico-social más allá de los parámetros del mercado y del Estado, y por recuperar, desde la perspectiva del derecho, principios casi perdidos en el sistema internacional como los de sociabilidad, cooperación, reciprocidad y solidaridad.

En el segundo caso, existe un régimen jurídico internacional sobre un número muy reducido de bienes como los Fondos Marinos, el Espacio Ultraterrestre y los Cuerpos Celestes, que han sido declarados por la sociedad internacional como *comunes* y que son conocidos en su denominación moderna de “patrimonio común de la humanidad”². Se trata aquí de un cuerpo normativo internacional que en sus inicios abrazó la idea de los bienes comunes pero

¹ OSTROM, E., *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las Instituciones de acción colectiva*, Fondo de Cultura Económica, México 2000, pp. 25s. Precisamente por su valiosa contribución al concepto de los bienes comunes se le otorgó el Premio Nobel de Economía de 2009.

² La Antártida es también considerada dentro de esta categoría, *vid.* WOLFRUM, R., “Common Heritage of Mankind”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University

que aún no está lo suficientemente desarrollado para que estos bienes tengan tal denominación, ni incluye a otros bienes comunes globales como el aire, la atmósfera o el clima³, pero que aún con estas insuficiencias, representan un paso no desdeñable hacia esta idea.

Todos estos esquemas y regímenes modernos de bienes comunes, cuyo estudio es ya un tema bastante complejo por reflejar, ante todo, un alto grado de coherencia y organización de los hombres para alcanzarlos, se inspiran en la antigua idea de los bienes comunes. Los artífices modernos de ellos recurren a los términos latinos de *res communis*, *res communes humanitatis* o también al de *res communis omnium*⁴, existentes en el derecho romano. Más exactamente, su origen se encuentra en el pensamiento antiguo griego, pero su desarrollo en la antigua Roma donde se incorporó como parte del derecho y como elemento fundamental de la teoría del dominio. Esta idea en sus dos formas, como derecho y esquema teórico, fue a lo largo de los años transmitida, conservada, desarrollada y reelaborada por la Cristiandad Occidental hasta llegar a la Escolástica de la Edad Media y la Escolástica Tardía de los albores del Renacimiento, y a sus miembros más prominentes de ellas: Tomás de Aquino y Francisco de Vitoria. Mas es éste último, teólogo y jurista español de renombre, considerado el fundador del derecho internacional público moderno, quien sobresale en la idea de los bienes comunes, porque gracias a él y a su uso creativo y práctico de ella, la misma experimenta una reaparición intensa aunque corta en el siglo XVI. El dominico burgalés no sólo le dio gran énfasis en su teoría del dominio, sino que además, la empleó al caso concreto de la justificación de la política colonial de España sobre América, que, desde el punto

Press, 2012, pp. 452-458, pp. 453s. No la incluímos en ella por su carácter jurídico incierto y por existir reclamaciones nacionales de dominio sobre esta zona.

³ El clima no es jurídicamente considerado como bien común; conceptos que apenas se le acercan son el de “common concern of mankind”, “common interest” o “common responsibility and co-operation”, sobre esta cuestión WOLFRUM, R., “Common...”, *op. cit.* (n. 2), p. 454.

⁴ Nos referimos a los promotores de la idea del “patrimonio común de la humanidad”: Avid Pardo, sobre los Fondos Marinos, UN Doc A/C.1/PV1515 del 1 de noviembre de 1967, p. 8; y Aldo Armando Cocca, sobre el Espacio Ulterior y Cuerpos Celestes, COCCA, A.A., *Consolidación del Derecho Espacial*, Astrea, Buenos Aires, 1971, pp. VÍs, 107ss. De forma similar, las referencias a Aristóteles de OSTROM, E., *El gobierno...*, *op. cit.* (n. 1), p. 27. Sobre esta cuestión KISS, A., “The Common Heritage of Mankind: Utopia or Reality?”, *International Journal*, 40 (1985), pp. 423-441; también BASLAR, K., *The Concept of Common Heritage of Mankind in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 1998, pp. 40ss.; HELFRICH, S. *et al.*, *Gemeingüter – Wohlstand durch Teilen*, Fundación Heinrich Böll, Berlin 2009, pp. 4, 9, <http://www.boell.de/downloads/Gemeinguetter_Report_Commons.pdf> [5.12.12].

de vista moral y jurídico, preocupaba en los círculos académicos españoles de su tiempo. La empleó precisamente como contenido del primer argumento o título de justificación jurídico-moral válido de la conquista y dominio de América, adquiriendo con ello esta idea la calidad de doctrina política fundada en el derecho y la moral; aspecto que no ha sido debidamente investigado o ha pasado desapercibido en las investigaciones sobre Vitoria.

Objeto de nuestro estudio será aportar luz a la idea de los bienes comunes que influyó en Vitoria y la que conforma el sistema teórico vitoriano, así como la aplicación de ésta al tema concreto de la justicia de la conquista de América; haciéndose finalmente un balance de su doctrina y legado al derecho internacional público postcolonial.

II. LA IDEA PREVITORIANA DE LOS BIENES COMUNES

No se puede decir con exactitud cuándo nace la idea de los bienes comunes ni a quien se debe su paternidad. Sólo se puede asegurar que es un producto de las especulaciones filosóficas de los estoicos y era lugar común dentro de la filosofía griega en general, como lo prueba el modelo de comunidad de bienes de Platón en su polis ideal y las referencias, aunque negativas a ella, de Aristóteles⁵. Los estoicos divisaron entonces la idea de un estado original de comunidad de bienes con su subsiguiente primera ocupación (*prima occupatio*), la que va a influir decisivamente en el derecho y pensamiento romano.

En el derecho romano los bienes comunes o *res communes omnium* existen como una forma especial de propiedad o dominio, y eran aquellas cosas (*res*) que por su condición específica natural no eran susceptibles de apropiación privada, quedando entonces fuera del comercio jurídico⁶. Estas *res communes omnium*, o como Marciano las denominaba “*naturali iure communia omnium* –bienes comunes que la naturaleza proporciona a todos los hombres–, estaban abiertas al uso común de todos y comprendían el aire, el agua de los

⁵ PLATÓN, *La república*, libro V; Aristóteles, *Política*, libro II, cap. 3.

⁶ La cosa (*res*) como objeto del *dominium* o *proprietas* era diferenciada en su posibilidad o no de apropiación. Mientras en la primera se encontraban las *res privatae*, en las últimas las *res communes omnium*, al lado las *res divini iuris*, *res publicae* y *res universitatis*. Sobre esta cuestión GARCÍA GARRIDO, M., “Res communes”, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Dykinson, Madrid 2000, pp. 305, 301; GARCÍA GARRIDO, M., *Derecho Privado Romano. Casos, acciones, instituciones*, XI ed., Ediciones Académicas, Madrid, p. 102.

ríos y lluvias, los mares y sus costas”⁷, estando regidos por el derecho natural y el *ius gentium* que permitían su uso igual para todos los hombres y pueblos. Mas estas *res communes omnium* conducían en algunos casos al uso exclusivo de bienes y dejaban abierta la posibilidad de apropiación originaria por ocupación, haciéndose así fluido el paso del dominio común al de propiedad privada, tal como se observa de los derechos de pesca y construcciones en el litoral o en el mar, derivados del uso común del mar y sus costas, los que estaban condicionados a que no hubieran otros que usen de ellos. En este caso el usuario adquiere un derecho de propiedad por ocupación de *res nullius*, que es verificada y autorizada por el pretor, y su impedimento daba lugar –por lo menos en el periodo clásico– a la *actio iniuriarum* contra el perturbador.

En el pensamiento romano de finales de la época republicana la concepción del dominio de origen estoico adquiere contornos más concretos a través de Cicerón, quien alberga la idea de que todas las cosas de la Tierra eran al principio comunes, pues por naturaleza no hay propiedad privada; pero ésta, una vez surgida, debe ejercerse sin generar daño y en beneficio de los demás. En su teoría del dominio se distinguen cuatro principios: 1) la existencia originaria de una *comunidad de bienes o posesión común*, entendida en sentido histórico; 2) la subsiguiente implantación de la propiedad y distribución de bienes a través de una primera ocupación (*prima occupatio*); 3) la protección de este nuevo orden por el derecho natural, que prohíbe intervenciones en los bienes de otros, pero que a la vez impone a la propiedad privada una carga moral de obligación social orientada al uso común en beneficio de la comunidad, y 4) un deber de intervención del Estado en la propiedad sólo para el bienestar común⁸. Estos

⁷ “Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris”. Marciano en Dig. 1,8,2,1; Inst. 2,1,1; *vid.* KASER, M., *Ius Gentium*, Böhlau Verlag Köln, 1993, pp. 107s.; WEIGAND, R., *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, Max Hueber Verlag, München, 1967, pp. 85s. Bajo la influencia estoica-griega son *res communes* para Marciano los bienes en posesión natural de todos y un ideal jurídico a la vez, llamándolas ‘bienes’ antes que ‘cosas’ para alejarlas de la idea de la propiedad, como anota Kaser, KASER, M., *Ius...*, *op. cit.*, p. 108; similarmente, las *res communes* romanas como influencia de la especulación literaria-filosófica de Cicerón y Séneca en Vogtensperger, VOGTENSPERGER, R., *Der Begriff des ‘ius naturale’ im Römischen Recht*, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1952, p. 38.

⁸ CICERÓN, M.T., *De Officiis* I 21; en ediciones castellanas: libro I, cap. 7. El Estado que surge del instinto natural de sociabilidad del hombre, no debe imponer tal “obligatoriedad social” al dominio privado. Cfr. BROKER, M., *Arbeit und Eigentum, Der Paradigmenwechsel in der neuzeitlichen Eigentumstheorie*, Wiss. Buchges, Darmstadt 1992, p. 32.

elementos van a influir a grandes rasgos en el *Corpus Iuris Civilis* justiniano⁹ y van a constituir el modelo teórico básico del cual partirán todas las teorías del dominio hasta el siglo XVII, pasando por las recepciones e interpretaciones de la Patrística, legistas, decretistas, teólogos morales, la Escolástica y la Escolástica Tardía.

Las teorías del dominio medioevales con su doctrina de los bienes comunes se nutrieron básicamente de este esquema teórico del derecho y pensamiento romano. La *Patrística* no sólo reelaboró la teoría ciceroneana del dominio adaptándola a las ideas del cristianismo de sus orígenes, sino que le dio a la idea de los bienes comunes un lugar prominente en ella. Así, se refirió a una *communis omnium possessio* de los hombres como un mandato de derecho natural que exige validez, oponiéndolo a la propiedad privada que es concebida como un estado antinatural, antilegal, creado en pecado original, siendo la ocupación, una apropiación ilegal de la posesión común¹⁰; concepción que sin embargo hace a la propiedad privada irreconciliable con el derecho natural pero tolerada como un estado no ideal y provisorio, que debe acercarse al estado ideal del dominio común y contener una fuerte obligación social, demostrable en la práctica de la caridad de los que tienen para que compartan sus cosas con los necesitados¹¹. *Graciano* sigue este esquema de los bienes comunes como orden de derecho natural y la propiedad privada de derecho humano, pero a diferencia de la *Patrística*, no ve a ésta contraria al derecho natural. A partir de *Graciano* entonces, la preocupación de los académicos que se ocuparon del tema fue cómo justificar o conciliar la propiedad privada con el estado ideal –de derecho natural– de los bienes comunes; de la solución a este problema dependía el lugar que se le daba a los bienes comunes dentro del dominio. Los decretistas, quienes partiendo de los mismos postulados –comunidad de bienes por derecho natural y propiedad privada por derecho humano– tratan de resolver esta incompatibilidad con diversos argumentos¹² como el de domi-

⁹ Inst. II, 1. En este cuerpo normativo se encuentra bosquejado el estado original de derecho natural de posesión común, seguido del surgimiento de la propiedad privada por un acuerdo de los hombres (*ius gentium*) para beneficio recíproco y que tiene a la ocupación como su forma originaria, cfr. BROCKER, M., *Arbeit...*, *op. cit.* (n. 8), pp. 33s.

¹⁰ Así Ambrosio, Juan Crisostómo, Basilio el Grande, Tertuliano, entre otros. Más detalles en BROCKER, *Arbeit...*, *op. cit.* (n. 8), pp. 35 ss.

¹¹ Era el llamado de Cipriano, Lactancio, Clemente de Alejandría, Gregorio, Basilio, Gregorio de Nisa, Ambrosio, Agustín, Jerónimo, entre otros; BROCKER, M., *Arbeit...*, *op. cit.* (n. 8), p. 38, n. 57.

¹² Cfr. WEIGAND, R., *Die Naturrechtslehre...*, *op. cit.* (n. 7), pp. 311ss.

nio común como directriz o recomendación de derecho natural¹³, el dominio de Dios sobre toda la creación con su concesión de uso y goce a los hombres¹⁴, el argumento histórico del dominio común original con su subsiguiente surgimiento de la propiedad privada por pecado, y el argumento social-ético del dominio común iusnatural.

Éste último, el argumento social-ético del dominio común iusnatural, que tiene un fuerte énfasis en los bienes comunes, es relevante en nuestro estudio por existir una conexión en su contenido y expresión con el formulado por Vitoria en la *Relectio de Indis*, que nos lleva a suponer que lo incluyó dentro de sus deliberaciones para la elaboración de su primer título legítimo de dominio sobre América. El mismo nos dice que el dominio común iusnatural no es otra cosa que compartir (*communicanda*) lo que se posee en propiedad privada con otros en tiempos de necesidad “*tempore necessitatis communicanda*”¹⁵. Su exponente más sobresaliente, Huguccio (1140-1210), recalca la doctrina de la obligación del compartimiento o comunicación de los bienes, que consiste en que todos los hombres sólo debemos retener lo necesario y compartir el resto con los necesitados en tiempos de necesidad, por ser un pedido de la razón¹⁶;

¹³ Defendido por Rufino, para quien tanto la propiedad común como la libertad de todos los hombres son sólo directrices, opinión mayoritaria y aceptada por las demás escuelas, *vid.* WEIGAND, R., *Die Naturrechtslehre...*, *op. cit.* (n. 7), p. 316.

¹⁴ Escuela francesa, *Summa Parisiensis*, seguida también por las demás escuelas, *vid.* WEIGAND, R., *Die Naturrechtslehre...*, *op. cit.* (n. 7), pp. 323ss.

¹⁵ Donde la palabra ‘*communicanda*’ significa ‘compartir’ algo. “v. communis omnium possessio: sed si esset, ut uolunt quidam, uel *communicanda* in necessitate, uel negatiue, id est iure naturali non est aliquid alicui appropriatum”. D. 1 c.7. Paris 15994 s. 2vN (la cursiva es mía), citada en WEIGAND, R., *Die Naturrechtslehre...*, *op. cit.* (n. 7), pp. 327s. Esta doctrina apareció primero en la *Summa Tractatus Magister* de la escuela francesa (siglo XII) y tuvo difusión y aceptación general; fue incorporada en otras summas como la “De iure canonico tractatus” de la Escuela anglo-normanda, la “*Quaestionum*” de Richardus Anglicus, *ibid.*

¹⁶ En Huguccio se hace reiterativa la obligación de “comunicar” o “compartir”, donde emplea repetidas veces la expresión “*communicandum*”, siendo notoria su fuerte influencia de la Patrística; en otra cita dice: v. Communis omnium possessio: Id es *communicatio* omnium que possidemus tempore necessitatis; hoc de eo iure naturali quod dicitur ratio uel iudicium rationis quo approbamus nil nobis preter necessaria retinere, reliqua proximis distribuere tempore necessitatis” (la cursiva es mía), WEIGAND, R., *Die Naturrechtslehre...*, *op. cit.* (n. 7), p. 330. *Vid.* también HÖVER, G., “Solidarität und Entwicklung”, en HUNOLD *et al.* (ed.), *Die Welt für Morgen*, Kösel-Verlag, München 1986, pp. 142-154, p. 149. De forma similar entre otros en la glosa de Florian III, en la *Summa Queritur*; en la *Summa Reginensis* (v. Communis omnium possessio: Id est res possessa omnibus *communicanda*, D. 1 c. 1); en Alanus, Laurentius; en Johannes Teutonicus, que la da por la idea preponderante, y fundamenta este compartimiento de la propiedad en tiempos de necesidad en la equidad natural y en el derecho divino, y cita además el ejemplo de los náufragos

pero aún en este autor la comunidad de bienes es sólo una recomendación o directriz de derecho natural de hacer todo para ayudar a los necesitados en tiempos de necesidad.

En Tomás de Aquino (1225-1274) su teoría del dominio no se aparta del esquema teórico básico del dominio de la Patrística, que parte de un dominio común iusnatural de bienes de todos los hombres concedido por Dios, “*secundum ius naturale omnia sunt communia*”, y del origen de la propiedad privada por pecado original del hombre, que resulta de derecho humano¹⁷. Pero el mismo va a sufrir una adecuación de acuerdo a las necesidades de la época en que vivió el Aquinate y al estatus privilegiado que éste representaba dentro de la sociedad. Un aspecto resaltante de su concepción del dominio para nuestro estudio es la revalorización ética de la propiedad privada con su institución jurídica, la ocupación, que no sólo lo demuestra al confirmar su compatibilidad con la *omnia communia*, sino además, al elevarla a la categoría de “derecho natural derivado”, superpuesto a su carácter de *ius gentium*¹⁸, ello debido a sus propiedades positivas de ser conveniente, razonable, necesaria y complementaria al derecho natural, además de ir respaldada por los argumentos aristotélicos de mayor utilidad y eficiencia de los bienes propios, de un mejor orden en las competencias, tareas y res-

que están en el deber de compartir todo lo que tienen (D. 1 c.7); también en Raimundo de Peñafort; en la Summa *Duacensis* de la escuela francesa, en el apparatus de glosas “*ecce vicit leo*”, *ibid.*, pp. 331ss. Siguió esta doctrina también legistas como Azo y Accursio, quienes concibieron el dominio común en sentido de *compartir* con los que están en necesidad y en tiempos de necesidad; que el necesitado tiene un derecho a apoyo del propietario. Así Accursio dice: “*v. discrete gentes: ... Nam quod dicitur communis omnium possessio est de iure naturali exponitur: id est communicanda...*”, “*Et si dicatur, ‘omnia sunt communia iure naturali’ expone id est communicanda*” (la cursiva es mía). Dig. 1,1,5, citado en WEIGAND, R., *Die Naturrechtslehre...*, *op. cit.* (n. 7), p. 91.

¹⁷ Tomás de Aquino, *Summa Teológica* (ST) II-II, q. 66 a.2. *Vid.* BROCKER, M., *Arbeit...*, *op. cit.* (n.8), pp. 41ss. Autor que ya emplea un concepto ampliado de dominio, es decir, como poder o posibilidad (*potestas*) de disposición sobre las acciones y cosas materiales (*res exteriores*) que se practican en virtud de la voluntad y razón. Para un estudio del *dominium* en el tomismo, *vid.* BRUFAU PRATS, J., “La noción analógica del *dominium* en Santo Tomás”, Francisco de Vitoria y Domingo de Soto en BRUFAU PRATS, J., *La Escuela de Salamanca ante el descubrimiento del Nuevo Mundo*, Ed. San Esteban, Salamanca 1988, pp. 11 ss.

¹⁸ En el Aquinate la propiedad privada se origina de un pacto o “*conductum humanum*” que ha generado un orden de división del dominio que es de *ius gentium* pero también de derecho natural derivado. Su defensa de la propiedad privada está en oposición a movimientos sociales y religiosos como el de los valdenses, las órdenes mendicantes y algunos franciscanos que la impugnaban y predicaban la comunidad de bienes.

ponsabilidades frente a la propiedad común, y de la promoción de la paz. Mas el orden de los bienes comunes tampoco desaparece completamente en el Aquinate, sino sigue existiendo como obligación moral de asistir a los pobres y necesitados en tiempos de necesidad, esto es, como un compartimiento, ‘*communicet*’, de la propiedad con ellos, sin haber un derecho a exigirlo por parte de los necesitados¹⁹; idea ésta que en su voz “compartir” va a ser también tenida en cuenta por Vitoria en su primer título legítimo de dominio en la *Relectio de Indis*.

La teoría del dominio común iusnatural o comunidad de bienes es compartida en general por legistas²⁰ y decretistas²¹, y parece constituir el punto de partida de las teorías de dominio de diferente proveniencia, al mismo tiempo que académicos como Bártolo, Tomás de Aquino, teólogos morales como Gerson, Maior, Summenhart van preparando el camino hacia un concepto de *dominium* que en el siglo XVI no sólo va a ser comprendido en forma amplia sino identificado con el derecho o “*ius*”, con el resultado de su irradiación a todas las posiciones jurídicas y a todos los derechos. En este tiempo el *dominium* va a ser visto ante todo como la categoría interpretativa del comportamiento social y como una forma unilateral de practicar la autonomía privada²², siendo predecesor del concepto de derechos humanos; pero también como categoría de derecho público²³, antecesor del concepto de soberanía.

¹⁹ BROCKER, M., *Arbeit...*, *op. cit.* (n.8), p. 45. De igual forma que los legistas y decretistas, para el Aquinate la *omnia communia* es un derecho natural dispositivo, no preceptivo, OTTE, G., *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, Böhlau Verlag, Köln 1964, p. 48.

²⁰ De forma similar, en estos autores el dominio tiene su origen en un derecho natural de comunidad de bienes (Irnerio, Placentin, etc.), surgiendo la propiedad privada con el derecho civil y el *ius gentium*; siendo considerada compatible con el derecho natural, e incluso de derecho natural si equiparaban al *ius gentium* con el derecho natural, cfr. WEIGAND, R., *Die Naturrechtslehre...*, *op. cit.* (n. 7), p. 99.

²¹ Estos autores consideraban la propiedad privada compatible con el dominio común, pero no dejó de ser vista negativamente como una *iniquitas* o contravención de la equidad original de derecho natural o como consecuencia del pecado original.

²² GROSSI, P., “La proprietà nel sistema della seconda scolastica”, *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*. Incontro di studio Firenze 16-19 ottobre 1972, Milano, 1973, pp. 117-222, p. 124.

²³ Covarrubias ve en el *dominium* el concepto central de un derecho público moderno y lo define como “la totalidad de las relaciones jurídicas de poder sobre hombres y cosas”, REIBSTEIN, E., *Johannes Althusius als Forsetzer der Schule von Salamanca*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1955, p. 207. Es interesante su triple clasificación: el *dominium iurisdictionis*, el *dominium universale* y el *dominium particulare*, *ibid.*, p. 206. Suárez a su vez, diferenciaba entre un *dominium iurisdictionis* y un *dominium proprietatis*.

III. EL DOMINIO EN FRANCISCO DE VITORIA

Francisco de Vitoria (1483-1546) sigue el modelo teórico tradicional de dominio de sus antecesores arriba descritos, pero el mismo va adquirir algunas notas propias de su autor. Primero, se vale de un concepto amplísimo de *dominium* que sigue la línea de Duns Scoto, Gerson y Summenhart²⁴. Segundo, es ecléctico por no sólo recibir la influencia de Tomás de Aquino, sino sobre todo de otras fuentes distintas como las de Cicerón, el derecho romano, la Patrística, Graciano, los legistas y decretistas, Bártolo de Sassoferrato, Duns Scotus²⁵, Juan Gerson y Konrad Summenhart (Conrado). Y tercero, tiene el sello peculiar y único de constituir la base teórica de su análisis de la justicia de la conquista española en el Nuevo Mundo en su *Relectio de Indis*²⁶, y a la

²⁴ Sobre el contenido amplio del *dominium* en Vitoria y su importancia en el siglo XVI, *vid.* FOLGADO, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo de El Escorial 1960; GROSSI, P., “La proprietà...”, *op. cit.* (n. 22); WILLOWEIT, D., “Dominium und proprietates – Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft”, *Historisches Jahrbuch der Görres-Gesellschaft* (1974); DECKERS, D., *Gerechtigkeit und Recht. Eine historisch-kritische Untersuchung der Gerechtigkeitslehre des Francisco de Vitoria (1483-1546)*, Univ.-Verl. Freiburg Schweiz, 1991; BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, Siebeck UTB, Tübingen 2006, pp. 354s.; STARCK, Chr., “Menschenrechte -aus den Büchern in die Verfassungen”, en NOLTE, G.; SCHREIBER, H.-L., *Der Mensch und seine Rechte*, Wallstein, Göttingen, 2004, 9/27, pp. 15ss. Según estos autores, en el concepto ampliado de dominio se encuentra la idea de los derechos naturales subjetivos que incluyen los conceptos de propiedad, libertad y poder político. Vgr. para Deckers, el *dominium* vitoriano está dado por la idea de que el hombre es titular de derechos naturales subjetivos, *ibid.*, p. 190; Starck puede asegurar que en la protección de la propiedad está el origen de los derechos humanos, *ibid.* p. 19; Böckenförde ve una clara conexión entre *dominium* y libertad, *ibid.*, pp. 354s.; cfr. también SEELMANN, K., *Die Lehre des Fernando Vazquez de Menchaca vom Dominium*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1979; SEELMANN, K., “Die Denkfigur des ‘subjektiven Rechts’ in der spanischen Spätscholastik”, en MATE, R. y NIEWÖHNER, F., *Spaniens Beitrag zum politischen Denken in Europa um 1600*, Harrassowitz Verlag, Wiesbaden 1994, pp. 141-151.

²⁵ Es en la cuestión del *dominium* donde Vitoria se aleja del Aquinate para nutrirse de la teoría del *dominium* y del origen del *dominium* de Duns Scotus, OTTE, G., *Das Privatrecht...*, *op. cit.* (n. 19), pp. 33, 41 s.

²⁶ En este sentido Deckers, para quien la justicia de la conquista española en el Nuevo Mundo se revela como una cuestión del *dominium* de los amerindios en el plano privado y público (“Die Frage nach der Justitia der conquista entpuppt sich als Frage nach dem dominium der ‘Barbaren’ der Neuen Welt vor der Ankunft der Spanier im privaten und im öffentlichen Bereich”), DECKERS, D., *Gerechtigkeit...*, *op. cit.* (n. 24), p. 230; en otro lugar el mismo autor observa la función justificadora del dominio español de esta elección, DECKERS, D., “Barbaren, Menschenwürde und Völkerrecht: Francisco de Vitorias *Relectio de Indis recentior inventis*”, *Periplus: Jahrbuch für Außereuropäische Geschichte*, Jg. 2 (1992); 1/14, pp. 3, 13, Ya Urdanoz hacía referencia al dominio como tema de fondo de los títulos legítimos e ilegítimos pero sin vincularlo a la teoría del do-

vez, ser el contenido justificador de ésta a través de la doctrina de los bienes comunes²⁷.

La exposición más extensa del *dominium* se encuentra dentro de la cuestión de la restitución en los Comentarios a la II-II q. 62²⁸, donde análoga o fusiona los conceptos de derecho (*ius*) y *dominium*, entendiéndolo a éste último como “*facultas quadam ad utendum re aliqua secundum iura*” o “poder de disposición de una cosa y poder político” dado por Dios al hombre²⁹, el mismo que contiene todos los derechos reales y de obligación que garantizan el uso de una cosa³⁰, siguiendo en esto principalmente a Konrad Summenhart (Conrado)³¹. Así, el *dominium*, que es también *ius*, o “*facultas utendi re*”, es un derecho que sólo compete a los hombres –no a los animales– y presupone la racionalidad, la voluntad y el libre arbitrio para hacer uso de un bien, o en palabras de Vitoria, el dominio del hombre sobre sus actos o “*dominium suorum actuum*”³². Concepción ésta que le sirve para el desarrollo de su teoría del *origen del dominium*.

La teoría del *origen del dominium* vitoriana parte del postulado tomista de Dios como primer dueño o *dominus* de todo lo existente, quien ha dado este dominio original al hombre como ser superior de la creación. La misma

minio, URDÁNOZ, T., *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas*, Madrid 1960, pp. 518ss; y más adelante toca la cuestión de los derechos del amerindio bajo el concepto de dominio, pero sin establecer el vínculo con la teoría del dominio de la II-II q. 62, URDÁNOZ, T., “Síntesis teológico-jurídica de la doctrina de Vitoria”, VITORIA, F. DE, *Relectio de Indis* CSIC-CHP, Madrid 1967, XLIII-CXLII, pp. LXVIss.

²⁷ Vid. AÑAÑOS MEZA, M.C., “El título de ‘sociedad y comunicación natural de Francisco de Vitoria’. Tras las huellas de su concepto a la luz de la teoría del Dominio”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII (2012), pp. 525-596, pp. 562, 588s., donde se pudo adelantar la importancia justificadora de los bienes comunes en Vitoria.

²⁸ II-II, q.62, a.1, VITORIA, F. DE, *De Iustitia*, ed. Beltrán de Heredia, T. I, Madrid 1934.

²⁹ “Tertio modo capitur dominium largius prout dicit facultatem quamdam ad utendum re aliqua secundum iura, etc., sicut deffinit Conradus q. 1 De contractibus, ubi dicit quod dominium est *facultas utendi re secundum iura vel leges rationalbiliter institutas*” (la cursiva es mía), II-II q. 62 a. 1 (n.28). Esta definición rompe con la tradición tomista del *dominium* puesto que al Aquinate le era desconocido este concepto como *jus* o *facultas utendi re* y el *dominium* no tenía una función fundamental en su teoría de la justicia, DECKERS, *op. cit.* (n. 24), p. 151.

³⁰ II-II q.62 a.1. (n.28). Vid. OTTE, G., *Das Privatrecht...*, *op. cit.* (n. 19), pp. 12, 41ss.; SEELMANN, K., *Die Lehre...*, *op. cit.* (n. 24), p. 1.

³¹ La interdependencia de ambos conceptos es influencia directa de Summenhart, quien a su vez se basó en Gerson, DECKERS, D., *op. cit.* (n. 24), p. 165.

³² VITORIA, F. DE., *De Indis* I, 1, 12 (siehe n.49), pp. 27s. Este *dominium actionum suarum* es condición para el “*dominium externarum rerum*”, SEELMANN, *Die Denkfigur...*, *op. cit.* (n. 24), p. 147.

abraza los dos órdenes tradicionales que se suceden uno al otro: el *dominium omnium* o *communis omnium possessio*, y la propiedad privada. El primero se da en un estado natural (*status naturae*) donde no había ni propiedad privada ni dominio político, sólo prevalecía un dominio común o *dominium omnium* de derecho natural –“*a principio mundi omnia erant communia*”³³–, u orden en que todos los hombres poseen todo en común, teniendo cada persona un derecho a la totalidad de los bienes y estando autorizada a servirse de los bienes disponibles para satisfacer sus necesidades, con la limitación de que no dañe a otros. Se trata pues, de un estado en que todos los hombres eran iguales y libres³⁴; sin embargo esta “*omnia communia*” no está regida por un derecho natural preceptivo sino concesivo (*concessio*), ya que era posible apartarse de él por derecho humano³⁵.

El paso del *dominium omnium* a la partición de las cosas o *divisio rerum* se hizo por los hombres por pacto de división (“*conductum humanum*”) a través de un “*consensus communis*” virtual³⁶, el que da origen a la propiedad privada. La *divisio rerum* no es consecuencia inmediata del pecado original y la expulsión del paraíso, sino es un proceso que empieza con la primera división en Adam y Noé, y tiene a la ocupación como su primera forma de manifestación. Este nuevo orden de propiedad privada así surgido, está regido por el derecho positivo humano, en especial, el *ius gentium*, y no contradice el derecho natural por las razones que extrae de Tomás de Aquino y los argumentos aristotélicos de utilidad y convivencia pacífica.

Pero un aspecto digno a resaltar de la teoría vitoriana del *origen del dominium*, es la idea de que el estado natural sigue perdurando aún después del pecado original y de la expulsión del paraíso, siendo así que el *dominium omnium* natural de cada persona no ha sido derogado sino sigue siendo válido en la tierra, teniendo con ello los hombres un *dominium omnium* y, por tanto, siendo libres e iguales por derecho natural. Este *dominium omnium* aparece o cobra validez en dos situaciones particulares. La primera, en los derechos

³³ II-II q. 62, 1. n. 9 (n. 28).

³⁴ “...*omnes homines de jure naturali erant aequales; nullus erat princeps de jure naturali*”, II-II q. 62 a.1 n.21. (n.28). En esta idea está la clave de la comprensión de la teoría vitoriana del *dominium*, OTTE, G., *Das Privatrecht...*, *op. cit.* (n. 19), p. 46.

³⁵ II-II q. 62, n. 20. (n. 28). *Vid.* SEELMANN, K., *Die Lehre...*, *op. cit.* (n. 24), p. 113; BROCKER, M., *op. cit.* (n. 8), pp. 46ss.

³⁶ DECKERS, D., *op. cit.* (n. 24), pp. 183ss.

de caza, pesca y provisión de leña, que sólo deben ser limitados por razones justificables; y la segunda, cuando alguien pierde sus bienes o se encuentra en estado de extrema necesidad –“*In extrema necessitate omnia sunt communia*”³⁷– y conduce a un derecho natural del necesitado de tomar lo necesario para cubrir sus necesidades.

Como puede verse, es en su explicación del *origen del dominium* bajo las coordenadas del *dominium omnium* y la *divisio rerum*, donde se encuentra el núcleo central de su teoría del dominio, el mismo que sirve a su vez de fundamento teórico de la institución social de la propiedad privada y del poder político y cuya importancia es medular para comprender su empleo en la ética de la conquista española del Nuevo Mundo³⁸.

IV. EL DOMINIO EN LA *RELECTIO DE INDIS*

Es precisamente este esquema teórico del dominio expuesto en los Comentarios a la II-II, con su primer bosquejo de la ética colonial española en América en la q.62 a.1³⁹, que es empleado por Vitoria para solucionar el problema de la justicia de la conquista del Nuevo Mundo en la *Relectio de Indis*⁴⁰. En esta relectión el burgalés no hace otra cosa que confirmar y complementar su teoría del dominio y del origen del dominio, a la vez que va a tratar temas altamente relevantes del derecho internacional público moderno a raíz de las relaciones internacionales que surgieron del descubrimiento de América. Ya en su primera parte, la más elemental, llega a solucionar la cuestión del dominio lícito español sobre el Nuevo Mundo⁴¹ basado fundamentalmente en su teoría del

³⁷ II-II q.62 a.5; n.15. (n.28). Situación que sólo se da en Vitoria cuando el necesitado está amenazado de muerte sin contar con ayuda alguna y sólo al tomar lo que necesita de los que tienen en abundancia, *vid.* DECKERS, D., *op. cit.* (24), pp. 212s; también OTTE, G., *Das Privatrecht...*, *op. cit.* (n.19), pp. 52ss.

³⁸ Así también Deckers, quien también nota su relevancia para la teoría del Estado, DECKERS, D., *op. cit.* (24), pp. 203s, 226. 229.

³⁹ II-II q.62 a.1. n.28. (n.28), apartado escrito en 1535, *vid.* DECKERS, D., *op. cit.* (n. 24), pp. 228s.

⁴⁰ Leída en 1939. A lo largo del trabajo nos basamos en la *Relectio de Indis*, Edición crítica bilingüe por L. Pereña y J. M. Pérez Préndes, CHP-CSIC, Madrid 1967.

⁴¹ Toda la *Relectio de Indis* parte de la simple cuestión especial, de si es lícito bautizar a los hijos de los infieles del Nuevo Mundo, la que resuelve solucionando primero la forma lícita del dominio de los españoles en el Nuevo Mundo en la primera parte. Esta primera parte está dividida en tres capítulos desarrollados de acuerdo a tres cuestiones: el dominio de los amerindios antes de

dominium, ello después de haberse ocupado del concepto, definición, formas de aparición, requisitos, límites, así como de las formas de adquisición y pérdida del *dominium*; pudiéndose abstraer esta relección en el solo concepto de ‘dominio’ o *dominium*.

En el primer capítulo de esta primera parte, Vitoria expone la base teórica del posterior desarrollo de la *Relectio de Indis*. Formula el concepto, formas y condiciones del dominio en general y se extiende en la teoría del origen del dominio⁴², ello a fin de resolver la cuestión concreta de si los amerindios poseían dominio antes de su encuentro con los españoles. Así, concibiendo el *dominium* como *ius* o *facultas utendi re*⁴³, lo define como “el derecho de usar una cosa para la propia utilidad”. Asimismo, establece sus dos formas principales: privada y pública. Mientras la primera es un derecho que tiene cualquier persona sobre una cosa, en la segunda se trata de un derecho público o “*dominio superioritatis*” o derecho de los príncipes de gobernar a sus súbditos. Otras formas de dominio que distingue, de acuerdo a su origen y siguiendo las formas del *ius*, son el *dominium naturale* y el *dominium civile*, siendo el primero de origen divino, mientras el segundo se inclina a ser de derecho humano⁴⁴. Nota a resaltar es que el *dominio superioritatis* vitoriano constituye el antecesor del concepto moderno de soberanía que con tal denominación recién se estaba formando en el siglo XVI.

En esta parte Vitoria se ocupa también de los presupuestos fundamentales del *dominium*. El primero es la calidad de hombre, diferenciable de los animales, y el segundo, la capacidad de *dominium*, que sólo tienen los hombres por poseer “uso de razón”, al haber sido creados por Dios a su imagen y semejanza. Estos dos elementos, hombre y uso de razón, son la medida sustancial de la existencia del dominio, y se complementan con otros requisitos, como el de tener dominio sobre sus propios actos y miembros, que presupone a la vez una capacidad de elección, y la capacidad de recibir o padecer injusticia. En-

la llegada de los españoles, los títulos no legítimos de dominio y los títulos legítimos de dominio. Las dos últimas partes sólo son consideraciones derivadas de lo que ha resuelto en la primera y tienen importancia sólo en conexión con ésta.

⁴² Vale recalcar su referencia al tema de la restitución, VITORIA, F. DE., *De Indis* I, 1-2, p. 14.

⁴³ Su confirmación de la homologación de *dominium* con derecho (*ius*) y su remisión a Konrad Summenhart “Probat, quia dominium nihil aliud est quam ius utendi re in usum suum”, VITORIA, F. DE., *De indis*, II, 11-14, p. 26.

⁴⁴ El *dominium* en Vitoria es siempre de origen divino, puesto que Dios es el creador del mundo y del hombre.

tonces, sólo se está impedido de dominio o se pierde el mismo cuando faltan estos elementos, y no por servidumbre natural, pecado mortal⁴⁵, infidelidad o por la condición de amente o idiota. Ello le permite concluir que los amerindios tenían *dominium* en su dimensión íntegra –pública y privada– por el hecho de ser también seres humanos y tener uso de razón⁴⁶, considerando ilegítima toda privación de sus bienes bajo tales argumentos. Pero este reconocimiento de la capacidad de dominio del amerindio es debilitado al dejar entrever este autor que tal “condición de hombre” es imperfecta por su ignorancia de la fe y su “educación mala o bárbara”, y al aceptar para este caso la doctrina aristotélica de la servidumbre natural modificada en servidumbre “civil”. Entonces, la aserción de que los amerindios “son hombres” no tiene un carácter general ni proclamativo, sino sólo es válida para establecer su capacidad de dominio y en cuanto se opone a argumentos que negaban categóricamente su naturaleza humana⁴⁷; la misma que va a constituir la base para el desarrollo de los subsiguientes capítulos que se ocuparán de las formas de cómo va a perder el amerindio su dominio y cómo lo obtendrán los españoles.

En los siguientes dos capítulos de la primera parte, el segundo y tercero, Vitoria se ocupa fundamentalmente de las formas de adquisición y pérdida del dominio, que sistematizándolas se distinguen en formas lícitas e ilícitas, generales y específicas, así como originarias y derivadas. De sus formas lícitas generales reconoce cinco: la *ocupación primera y pacífica* de tierras que son *res nullius*, el *descubrimiento o ius inventionis*, la *guerra justa*, la *elección voluntaria o libre voluntad (deditio)* y el *sometimiento libre y voluntario de los convertidos al cristianismo* para ser regidos por príncipes cristianos. De todas éstas, las dos últimas constituirían formas derivadas de adquisición y/o pérdida del dominio por tratarse de actos voluntarios del traslado de dominio; mientras que las tres primeras estarían dadas por sus formas originarias, incluyendo el dominio perdido y/o obtenido por guerra justa. Ahora, para resolver la cuestión de si estas formas lícitas y generales son aplicables a la conquista del Nuevo Mundo,

⁴⁵ “Peccatum mortale non impedit dominium civile et verum dominium”, VITORIA, F. DE, *De indis*, I I, 2-3, p. 17; haciéndose en este lugar visible el *dominium* como derecho natural subjetivo, DECKERS, D., *op. cit.* (n. 24), p. 218.

⁴⁶ Con la expresión de ser “a su modo”, VITORIA, F. DE, *De indis*, I I, 13-15, p. 29, signaliza más un reconocimiento de complacencia que de convicción.

⁴⁷ El reconocimiento de su carácter humano constituye un avance moral frente a la duda generalizada de su hominidad, animada por defensores que categóricamente la negaban como Juan Ginés de Sepúlveda.

Vitoria no se pone enseguida a examinarlas a este caso concreto, sino primero emprende el arduo camino de ocuparse de sus formas ilícitas o insuficientes y de su correspondiente argumentación, método propio de la Escolástica. Así pues, concluye al final que los amerindios no pierden el dominio en siete situaciones, las que pueden ser resumidas en las siguientes: por existir un dominio del Emperador y del Papa, por derecho de descubrimiento o *inventionis*, por infidelidad e incursión en pecados mortales, por elección voluntaria o libre voluntad de aceptar el dominio español y por donación papal.

En cuanto al *dominio del Emperador y del Papa*, y comprendiendo el *dominium* como potestad sobre *cosas y personas*, los rechaza por no ser existentes. Frente al primero, descarta la validez de su dominio universal, incluyendo del Nuevo Mundo, por carecer de fundamento en el derecho natural, divino y humano. Frente al segundo, rechaza el dominio civil y temporal del Papa sobre todo el orbe⁴⁸, también por faltarle fundamento en el derecho natural, humano y divino, admitiendo únicamente su potestad espiritual o potestad temporal sobre las cosas espirituales de todos los cristianos, incluyendo a los amerindios fieles y convertidos a la cristiandad. Su potestad no alcanza pues, a los amerindios no conversos, a quienes no se les debe obligar a aceptar este título de dominio, ni se les debe hacer guerra o despojarlos de sus bienes y territorios por el rechazo del mismo. Conclusión ésta que tiene una implicación política de la época, pues Vitoria está quitando indirectamente sustento moral y jurídico a la institución del requerimiento que se practicaba en el Nuevo Mundo. En este lugar, más exactamente al tratar el dominio universal del Emperador, Vitoria citó la frase del Aquinate de que “*por derecho natural los hombres son todos libres*”⁴⁹ tan sólo para remarcar que ningún hombre está bajo el dominio de autoridad terrenal universal alguna, incluyendo a los amerindios como beneficiarios de esta libertad a consecuencia de su naturaleza humana. De aquí no es posible desprender ninguna proclamación general de libertad para los amerindios; por el contrario, Vitoria acepta la servidumbre y esclavitud como instituciones jurídicas impuestas por el derecho humano, y correspondientemente acepta en los amerindios su condición de servidumbre civil, e incluso natural bajo condi-

⁴⁸ “El Papa no es señor civil o temporal de todo el orbe, hablando de *dominio y potestad civil* en sentido propio” (la cursiva es mía), VITORIA, F. DE, *De Indis*, I 2, 4-5. p. 46; se trata de un rechazo abierto a la doctrina heliocéntrica del dominio universal del Papa que ya fuera impugnada por Cayetano (1512-1522?).

⁴⁹ VITORIA, F. DE, *De Indis*, I 2, 2, p. 36.

ciones, la intervención religiosa y la evangelización aún por la fuerza, así como su esclavitud como resultado de la guerra justa⁵⁰.

El título de *descubrimiento* o *inventionis*, propio de esta época de viajes de descubrimiento en ultramar y fuertemente defendido por conquistadores, juristas y sectores oficiales españoles, fue visto por Vitoria como un derecho análogo a la ya antigua y conocida institución jurídica de la “ocupación” (*occupatio*)⁵¹, vigente dentro del derecho de gentes de su época y que no sólo exige para su validez el acto de posesión efectiva de territorio, sino que éste sea *res nullius*; de allí que considerándolo como una forma válida de adquisición del dominio, ve sin embargo que no es suficiente en sí para fundamentar título de dominio en el Nuevo Mundo porque tales tierras no eran *res nullius*.

La *infidelidad* y los *pecados mortales de los amerindios*, que indirectamente, es decir, mediante un derecho de guerra, llevarían a la pérdida de dominio, y que constituyen los títulos ilegítimos cuarto y quinto, se dan en diferentes situaciones. La primera es su *pecado de infidelidad* al rechazar su conversión a la fe cristiana después de la predicación y exhortación y que con base en el argumento de la ignorancia invencible fue descartado. La segunda situación está dada por sus *pecados mortales*, al incumplir sus obligaciones religiosas de *escuchar* la predicación y *conocer* la fe; así como de *recibir* la fe si se les es predicada con argumentos razonables y probables y con el testimonio (ejemplo) de una vida digna y diligente, de acuerdo con la ley natural y de forma pacífica, sin coacción, amenazas o inducción de temor. Vitoria es enfático en rechazar todo derecho de guerra en tales casos, siendo las consecuencias más de carácter religioso –pecado mortal– que jurídico⁵². La tercera situación está dada

⁵⁰ Ven una proclamación de libertad de los amerindios entre otros HERNÁNDEZ MARTÍN, R., *Derechos humanos en Francisco de Vitoria*, ed. San Esteban, Salamanca, 1984, p. 45; GOTI ORDENANA, J., *Del tratado de Tordesillas a la doctrina de los derechos fundamentales en Francisco de Vitoria*, Universidad de Valladolid, Valladolid 1999, pp. 266 s.

⁵¹ La ocupación en el derecho romano era una forma original de adquisición de la propiedad permitida sólo sobre *res nullius* como animales salvajes, *res hostiles* (botín de guerra) y *res derelictae*, que surtía efectos con el poder efectivo sobre la cosa. Estaba regida por el *ius gentium*, pero también por el derecho natural debido a su identificación de aquél con éste. Las *res nullius* son cosas sin propietario cuyo uso está permitido a todos, pero que pueden ser objeto de apropiación por ocupación en ciertos casos, Inst. II, 1(12).

⁵² Desde el IV Concilio de Toledo, cap. 57 (633) se estableció el deber de misionar con persuasión y sin uso de la fuerza frente a judíos y sarracenos, de ahí que sólo estaba permitido una coacción indirecta en la conversión de los paganos. Este cuarto título religioso debe ser interpretado en consonancia con los títulos legítimos religiosos II, III, IV y VI que contienen derechos de intervención religiosa contra amerindios infieles y contradicen toda forma de libertad religiosa.

por los *pecados mortales violadores de la ley natural*, como el canibalismo, incesto, fornicación, adulterio, los sacrificios, etc.⁵³, que fue también rechazada debido, sobre todo, a la carencia de jurisdicción espiritual sobre ellos y a la indeterminación de los pecados que violan la ley natural que sean válidos para todos los hombres.

La *elección voluntaria o libre voluntad*, que forma el sexto título ilegítimo, es tenido por Vitoria como un derecho o acto válido del traspaso de dominio, asentado en las Instituciones de Justiniano; pero lo considera inaplicable a los amerindios por exigir este derecho la inexistencia de vicios de la voluntad, siendo que precisamente en ellos median vicios del consentimiento como el miedo e ignorancia. Sin embargo, Vitoria acepta como acto válido de traspaso de dominio la *voluntad del pueblo* para someterse al dominio español⁵⁴, figura conocida en la historia del derecho internacional como *dedition*, que se da cuando existe un rendimiento incondicional o sumisión de un pueblo para evitar los estragos que traería la guerra del extranjero ocupante⁵⁵. El argumento *de una donación especial de Dios* a causa de una condena a los amerindios por sus costumbres, que constituye el séptimo y último título, es también rechazado sin perder el tiempo en fundamentar su falta de sustento.

Después de haber desarrollado los títulos ilegítimos o insuficientes, Vitoria se vio frente al problema de que el dominio sobre el Nuevo Mundo no puede ser fundamentado sin más, en los títulos originarios de la ocupación o *descubrimiento o ius inventionis*; pero tampoco en sus formas derivadas como *la elección voluntaria o libre voluntad (deditio)* y el *sometimiento libre*. De allí que necesitaría de una construcción teórica más general y compleja que abarque un sistema más vasto de principios y derechos que sí den paso a tal dominio, y esta construcción compleja se la proporciona su teoría del dominio y del

⁵³ Se trata aquí del quinto título ilegítimo, que aunque fuera rechazado, no dejó de ser condenado por las transgresiones a la ley natural, lo que contradice también toda forma de libertad de conciencia.

⁵⁴ Que presupondría un acto de consultación. De ahí que se sostenga que Vitoria reconoció derechos soberanos a los pueblos amerindios, PEREÑA VICENTE, L., *La idea de la justicia en la conquista de América*, MAPFRE, Madrid 1992, pp. 109ss; o un derecho de autodeterminación de los pueblos, URDÁNOZ, T., *op. cit.* (n. 26), p. 547; GOTI ORDEÑANA, J., *Del tratado...*, *op. cit.*, p. 301. Esta interpretación no es sostenible porque el derecho de autodeterminación protege la libertad de un pueblo de toda forma de influencia o dominio extranjero y precisamente aquí ocurre un acto –aunque voluntario– de sometimiento a la regla extranjera.

⁵⁵ Cfr. PREISER, W., *Macht und Norm in der Völkerrechtsgeschichte*, Nomos, Baden-Baden 1978, p. 36.

origen del dominio, que es tan general como flexible –por abarcar tanto el orden del derecho natural como el de derecho humano– para integrar en su sistema algunas de las formas de dominio que por sí solas fueron descartadas por Vitoria.

V. EL PRINCIPIO DE *NATURALIS SOCIETATIS ET COMMUNICATIONIS* Y LA DOCTRINA DE LOS BIENES COMUNES

El principio llamado por Vitoria de “sociedad y comunicación natural” (*naturalis societatis et communicationis*), o conocido corrientemente como “*ius communicationis*”, constituye el primer argumento o título legítimo de importancia cardinal en el sistema teórico vitoriano, no sólo por ser el primer título que este autor propone como válido para la pérdida de dominio del amerindio y su adquisición por el español, sino sobre todo, por estar fundamentado principalmente en la doctrina de los bienes comunes. Vitoria lo introduce con la frase: “*El primer título puede llamarse de sociedad y comunicación natural*”⁵⁶; pero como ya se mencionó en otro lugar, este título es enigmático porque su autor no lo definió ni reveló sus fuentes directas, y además, por haber sido completamente desconocido con tal formulación⁵⁷. No obstante, es posible conocerlo mediante las fuentes que cita a lo largo de sus argumentaciones, que son predominantemente las del derecho romano complementadas con las del derecho canónico, Patrística, doctrina tomista y citas bíblicas, así como a través de un examen conceptual del mismo. Pero antes que todo, es importante aclarar el término “comunicación” con un primer examen etimológico y semántico por ser clave para entender este título y para disipar confusiones que se han tejido sobre él en los comentadores de Vitoria.

Desde la perspectiva etimológica y semántica, la expresión “sociedad y comunicación natural” contiene el término “comunicación”, que deriva del sustantivo latín “*communis*” que significa “común”, y de su forma verbal “*communicare*”, que significa “poner en común, compartir algo, dejar compartir algo, reunir, participar e intercambiar, los que hacen referencia a una acción

⁵⁶ “*Primus titulus potest vocari naturalis societatis et communicationis*”, VITORIA, F. DE, *De Indis*, I 3, I, p. 77.

⁵⁷ Cfr. con más extensión AÑAÑOS MEZA, M.C., *op. cit.* (n. 27), pp. 573ss.

social que implica participación en algo que se hace o construye como algo común, de todos⁵⁸. Dentro de estas acepciones sinónimas, resaltan las de “poner en común” o “compartir”, por ser sobre todo éste último un verbo clave de las doctrinas del dominio, como se ha visto arriba, y expresar una relación tridimensional entre personas sobre un objeto o bien que se usa y “comparte”.

Desde la perspectiva conceptual, existe una conexión entre el concepto de *naturalis societatis et communicationis* vitoriano y el de *communitatis et societatis humanae* de Cicerón, ya que ambos encierran un claro mensaje de la doctrina de los bienes comunes.

La *communitatis et societatis humanae* está comprendida por Cicerón⁵⁹ como un principio universal fundamentado en la naturaleza, cuyo primer principio se halla en la comunidad de todo el género humano, que no sólo tiene en común la razón y el habla, sino que éstos lo acercan y lo unen; o en sus palabras, es “*aquel, que forma con tan estrecho vínculo la sociedad universal del género humano, y consiste en la razón y el habla [ratio et oratio], que enseñanado, aprendiendo, comunicando, disputando y juzgando, concilia a los hombres entre sí y los une en una sociedad natural*”⁶⁰. Continúa diciendo:

“Esta es la sociedad tan dilatada, que abraza todo el género humano; *en que deben ser comunes todas aquellas cosas, que crió la naturaleza para el uso común*: de suerte que en orden a la separación de ellas, tengan las leyes civiles su vigor, y efecto en las posesiones particulares; y en lo demás se observe puntalmente aquel adagio griego, en que se dice: los bienes de los amigos *son comunes*. De ello concluye una obligación: “... que todo quanto podamos *comunicar* sin de-

⁵⁸ La voz ‘comunicar’ en el sentido de “hacer a otro partícipe de lo que uno tiene” se ha conservado hasta el presente; es la primera de diez acepciones en el Diccionario de la Lengua Española, RAE, Ed. XXII.

⁵⁹ “Vida social humana y sociedad humana”, CICERÓN, M. T., *Los Oficios*, trad. M. de Valbuena, Imprenta Real, Madrid, 1788, I XVI, p. 87. Concepto conexo con el de *naturalis societas* (“sociedad natural”), CICERÓN, M. T., *De legibus*, Ed. bilingüe por A. D’Ors I, 5, p. 65, o sociedad propia de los seres humanos racionales y sociales unidos por vínculos naturales de amistad y solidaridad humana; el de *societas hominum* o sociedad del género humano, CICERÓN, M. T., *De Officiis*, Liber Primus, 1: 17, 20; y con el de *ius humanae societatis* o derecho del género humano, CICERÓN, M. T., *Los oficios* (trad. Valbuena) I, VII, p. 38; *vid.* MIAJA DE LA MUELA, A., “El derecho *totius orbis* en el pensamiento de Francisco de Vitoria”, *Revista Española de Derecho Internacional*, XVIII (1965), pp. 341-364, pp. 344s, que ve en este concepto una de las fuentes doctrinales del *ius inter gentes* de Vitoria.

⁶⁰ “Sed qua natura principia sint *communitatis & societatis humanae*, repetendum altius videtur, [...]” (la cursiva es mía), CICERÓN, M.T., *Los Oficios* (trad. Valbuena, n.59), I, XVI, p. 87.

trimento nuestro, debemos darlo aún al que no conocemos: de donde nacen aquellas obligaciones comunes de no estorvar el uso del agua corriente, permitir tomar lumbre de la nuestra á quien la quiera, dar buen consejo al que le haya menester: cosas que ceden en provecho de quien las reciben, y al que las dá no le cuestan nada. Y así conviene que sea *libre, y universal el uso de ellas*, y contribuir siempre con algo de nuestra parte á la utilidad común”⁶¹.

En este pasaje salta a la luz la teoría del dominio ciceroneana basada en el dominio común de derecho natural, el que sigue existiendo aún después de la partición de los bienes. Esta sociedad ideal obliga moralmente a los miembros de ella, en virtud del vínculo de solidaridad humana, a compartir o ceder de sus propios bienes en beneficio de los que han de necesitarlos y a hacer uso común de los bienes comunes. Idea que es captada por Vitoria en el principio de “sociedad y comunicación natural”, cuyo contenido no es otro que el descrito por Cicerón. No cabe duda que la *communitatis et societatis humanae* ciceroneana es mejor comprendida en los tiempos de Vitoria como una *naturalis societatis et communicationis* porque pone el acento en la sociedad de derecho natural y en la “comunicación” en sentido de compartir bienes comunes en virtud de la amistad y solidaridad de los hombres.

En Vitoria la *naturalis societatis et communicationis* es un principio fundamental del *ius gentium natural*, en virtud del cual debe organizarse la comunidad mundial (*totus orbis*), y del cual se derivan otros principios como los de amistad, solidaridad, reciprocidad, hospitalidad, cortesía, humanidad y comunicación o participación de los bienes que uno posee. Por tratarse de un principio de derecho natural, es universal, y por tanto, válido para todos los hombres independientemente de su pertenencia nacional o cultural; pero es también necesario para la humanidad, pues este orden social no sólo presupone la sociabilidad natural del hombre y el compartimiento de los bienes comunes como algo natural y esencial, sino los exige por derecho natural. Por tanto, los derechos que se derivan de este principio matriz van a tener carácter imperativo u obligatorio y van a ser causa justificante de intervención y hasta guerra justa en caso del no acatamiento o de la violación de alguno de ellos; sus consecuencias son entonces jurídicas y punibles y no solamente religiosas o morales; teniendo su ejercicio el único límite de no generar daño o detrimento

⁶¹ (La cursiva es mia) CICERÓN, M.T., *Los oficios* (trad. Valbuena, n.59), libro I, cap. XVI, pp. 49s.

a los demás ni agredir contra la vida pacífica. Tales derechos se agrupan en el *ius peregrinandi et degendi*, el *ius negotiandi* y el derecho de comunicación y participación de bienes comunes.

Las libertades contenidas en los dos primeros grupos de derechos, el *ius peregrinandi* y *ius degendi* o libertad de los extranjeros de transitar, inmigrar y residir en tierras extranjeras⁶², y el *ius negotiandi* o libertad de ejercer el comercio, sirven al principio matriz de *naturalis societatis et communicationis* y posibilitan el uso de los bienes comunes en el Nuevo Mundo; de allí que entre las obligaciones de no prohibir tales libertades, tratar bien a los extranjeros, no impedir la comunicación y el trato entre los hombres, no desterrar, no estorbar el comercio y comunicación entre los hombres, recibir a los huéspedes y no expulsar a los extranjeros, se encuentre también la obligación de *no vedar el uso de los bienes comunes*. Ambos grupos de derechos están sustentados sobre todo en el *ius gentium naturalis*⁶³, tienen un carácter necesario y obligatorio y están condicionados a que su ejercicio sea pacífico y esté ausente de cualquier agravio, perjuicio o daño a los habitantes nativos. Su impedimento constituye un acto grave que otorga derecho de guerra a los españoles. Una consecuencia política que salta a la vista es que en el *ius peregrinandi et degendi* está en juego el acceso libre a las tierras del Nuevo Mundo en favor de los españoles, mientras que en el *ius negotiandi*, el resguardo del desarrollo y expansión económica de los españoles.

El derecho de comunicación y participación de bienes comunes es el tercer derecho derivado del principio de *naturalis societatis et communicationis* y el que está más estrechamente ligado a la doctrina iusnatural de los bienes comunes de la teoría del dominio, pero también es el más incógnito en los estudios sobre Vitoria. A esto el burgalés dice:

“Si hay entre los bárbaros *cosas comunes* a los nacionales y a los extranjeros, no es lícito que los bárbaros prohíban a los españoles la *comunicación y participación* de esas cosas”⁶⁴.

⁶² VITORIA, F. DE, *De indis*, I 3, I, pp. 78ss. Otros derechos conexos son los de ciudadanía y nacionalidad a hijos de españoles nacidos en el Nuevo Mundo y españoles residentes en función del principio de hospitalidad.

⁶³ Aunque también en el derecho divino y derecho natural.

⁶⁴ (La cursiva es mía) “Tertia Propositio: Si quae sunt apud barbaros communia, tam civibus quam hospitibus, non licet barbaris prohibere hispanos a communicatione et participatione illorum”, VITORIA, F. DE, *De Indis* I 3, 3-4, pp. 81s.

Basándose en el derecho romano, Vitoria considera como bienes comunes a amerindios y españoles, el aire, el agua corriente, los ríos, el mar, los puentes y también las ‘tierras’ o ‘campos’, sin indicar aquí, a qué tierras o campos se refiere; sin explicar tampoco, sobre la base de qué norma o argumento llega a esta aserción⁶⁵, pues si los amerindios tenían dominio público y privado antes de la llegada de los españoles, que se supone que era excluyente, ¿cómo es posible que los españoles a su entrada en el Nuevo Mundo como ‘peregrinos’ y ‘residentes’ sean beneficiarios de bienes comunes con respecto a ‘tierras’ o campos que no estaban considerados como tales por el derecho romano o, por lo menos, no estaban incluidos en la clasificación de bienes comunes? Su explicación sólo podemos reconstruirla con ayuda de su teoría del dominio que acepta la existencia de bienes comunes aún después de la partición o *divisio rerum* en un orden creado por la propiedad privada, pero Vitoria hace aquí más diferenciaciones como veremos enseguida. Valga decir por lo pronto que, por tratarse de bienes comunes cuyo uso y/o goce es libre a todo hombre y pueblo, los productos valiosos que se extraen de ellas como oro o plata, pueden ser usados y explotados por los españoles si los amerindios no los usan o explotan, los mismos que conducen por último a la apropiación por ocupación. Por lo demás, este *derecho de comunicación y participación de bienes comunes* tiene en Vitoria un carácter general y amplio; es plenamente válido después de la partición o *divisio rerum* y tiene igual fuerza imperativa que los derechos anteriores. Su ejercicio también está condicionado a la ausencia de daño o perjuicio a sus habitantes y contiene la obligación para los amerindios de no prohibir a los españoles su uso y comunicación o su participación en ellos, y el de no impedirles la adquisición de cosas sin dueño o *res nullius*.

Aquí parece hacer Vitoria una distinción entre “tierras” con dueño y “tierras” sin dueño en el Nuevo Mundo. Sólo en el primer caso se estaría tratando de bienes comunes a españoles y amerindios que parecen presuponer la existencia de un derecho previo y válido de *descubrimiento* o *ius inventionis* –que como dijimos arriba no es más que una forma moderna de la ocupación–, pero que al estar tales “tierras” habitadas y tener como dueños a sus habitantes nativos, no pueden ser adquiridas por los españoles sino sólo usadas en dominio común; es decir, han de ser “compartidas” tanto por españoles como por amerindios. Esta doctrina estaría conciliando la posesión efectiva de los españoles

⁶⁵ VITORIA, F. DE, *De Indis*, I 3, 3-4, p. 82.

por *ius inventionis* con el dominio de los amerindios, fundamentalmente en virtud del principio ciceroneano de *communitatis et societatis humanae*. De otra manera no se entendería su referencia a las “tierras que son comunes”.

Para el caso de cosas sin dueño o *res nullius*, Vitoria recurre nuevamente a la ocupación, como institución del *ius gentium positivo*, y confirma su plena validez como forma originaria de adquisición del dominio, pues ya lo había hecho en la introducción de esta *Relectio* al confirmar la legitimidad de la conquista del Nuevo Mundo por “*pacífica posesión y de buena fe*” de los Reyes españoles⁶⁶, que es también expresión del derecho de *descubrimiento* o *ius inventionis*, que en esencia es la ocupación. En sus palabras, las *res nullius* están regidas por el derecho de primera ocupación. Con ello no sólo está reconociendo que en el Nuevo Mundo existen territorios no habitados o *res nullius*, sino también que las riquezas que se encuentren en ellos se rigen por el derecho del primer ocupante, que es igualmente válido para españoles y amerindios. Aquí nuestro autor deja el plano del *ius gentium natural* para reconocer también diversas instituciones del *ius gentium positivum* como la inviolabilidad de los embajadores, el uso común de los mares⁶⁷, la esclavitud por cautiverio y la no expulsión de los extranjeros, que fueron establecidos por el hombre a través del consentimiento de la mayoría del orbe⁶⁸ y destinados al bien común.

Como ya se anotó arriba, las consecuencias del incumplimiento y/o violación de las libertades y derechos derivados del principio iusnatural de *naturalis societatis et communicationis* son jurídicas y punibles, es decir, constituyen una “transgresión o violación” de ellos equivalente a una “*iniuria*”⁶⁹ y ésta es causa

⁶⁶ VITORIA, F. DE, *De Indis* I 1-2, p. 5, donde da por zanjada desde un comienzo la cuestión de la licitud del dominio español en el Nuevo Mundo, legitimizándolo *ex post facto* sobre la base del derecho de primera ocupación.

⁶⁷ En este lugar se ha hecho referencias a una declaración de “libertad de los mares”, así URDÁNOZ, T., *Obras...*, *op. cit.* (n.26), p. 600; SODER, J., “Die Idee der Völkergemeinschaft. F. de Vitoria und die philosophischen Grundlagen des völkerrechts”, en *Völkerrecht und Politik*, T. 4, 1955, 1/143, p. 137, la que debe entenderse aquí como dominio común, en este sentido también Reibstein, para quien el argumento principal de la libertad de los mares tiene el carácter de derecho real, REIBSTEIN, E., *Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts*, Bern 1949, pp. 231ss.

⁶⁸ El consentimiento de la mayoría del orbe sólo tiene lugar en Vitoria dentro del *ius gentium positivo*, pero no en los principios y derechos del *ius gentium natural*, ya que éstos son *per se* universales y absolutos, y están regidos por la razón. Este “consentimiento” parece ser entendido por Vitoria más como una fuente del *ius gentium* que como un estado ideal.

⁶⁹ Son tenidos como actos injustos entre otros, el destierro sin justa causa, la obstrucción del comercio de españoles entre sí y de españoles con los amerindios, la obstrucción del uso y goce de los bienes comunes y del paso inocente de naves, la prohibición infundada a los españoles

justificable de guerra, la que llevaría a la pérdida del dominio por parte de los amerindios y a la adquisición de dominio legítimo sobre el Nuevo Mundo y sus habitantes por parte de los españoles, pareciendo tener tal adquisición el carácter de originaria en Vitoria. Reduciendo las consecuencias a pocas palabras, se trata pues, de la pérdida y adquisición de dominio por guerra justa. Naturalmente que Vitoria establece también los parámetros a los que se sujeta este derecho de guerra. Partiendo de los postulados tradiciones de la guerra justa y de la rectitud de la guerra de los españoles por el impedimento del goce de las libertades y derechos derivados del principio de *naturalis societatis et communicationis*, nos revela su concepción de guerra justa, los requisitos, alcance, límites de ella, etc., tema sobre el cual no nos extenderemos en este lugar⁷⁰.

Concluyendo se puede decir lo siguiente: en el principio de *naturalis societatis et communicationis* es la idea de los bienes comunes un aspecto central de él; e igualmente, en los bienes comunes está el origen del derecho de dominio español sobre el Nuevo Mundo.

Resumiendo lo expuesto, el principio de *naturalis societatis et communicationis* resguarda la doctrina de los bienes comunes, que si bien es cierto proviene de un solo modelo teórico básico de dominio, el cual se remonta a Cicerón, lleva una construcción compleja como producto de influencias diversas. Por su parte, los derechos y libertades que se desprenden de él, se basan en instituciones jurídicas del *ius gentium* romano que sirven a su vez al principio matriz de forma coherente. Indudablemente que surgen incoherencias en el desarrollo de este principio, pero desde ya debe decirse que ellas no se encuentran a nivel del principio mismo ni en la doctrina de los bienes comunes que lo contiene y fundamenta, sino a nivel de los derechos y libertades que se le derivan; para ser más precisos, en su amplitud, carácter imperativo, punibilidad, en la vía bélica a que llevan para su cumplimiento, así como también en la ampliación del derecho de guerra a casos nunca antes contemplados o tratados. Tales derechos y libertades son tan amplios y numerosos que entran ya en el ámbito de la intervención e imponen a la vez un número correspondiente de obligaciones, conociéndose de antemano las posiciones reales de sus destinatarios; ello

de entrar y residir en territorio americano. Otras causas como la imposición de la religión, la expansión del dominio, la propia gloria o el ejercicio violento de los derechos, están fuera de justificación.

⁷⁰ Básicamente parte de los postulados tradiciones de la autoridad legítima, intención justa y razón justa. Cfr. AÑÑOS MEZA, M.C., "El título...", *op. cit.* (n. 27), pp. 582ss.

produce necesariamente un desequilibrio aún más acentuado en la relación asimétrica entre el español y amerindio que desde ya era más desfavorable para éste. La cuestión ética que necesitaría un examen mayor es conocer si estos derechos y libertades se encuentran en contradicción con los presupuestos fundamentales de la guerra justa, de su teoría del dominio⁷¹, del *ius gentium*, de la teoría de la justicia y de principios éticos en general válidos en su tiempo.

VI. EL PRINCIPIO DE *NATURALIS SOCIETATIS ET COMMUNICATIONIS* Y LOS DEMÁS TÍTULOS LEGÍTIMOS

El principio de *naturalis societatis et communicationis* es considerado en Vitoria como el primer título que justifica el dominio de los españoles sobre América, pero no el único. El mismo viene acompañado de un segundo título, de carácter religioso, el *ius praedicandi et annunciandi* o derecho de evangelización para la conversión a la fe cristiana, que en la visión de Vitoria ya no está basado en la doctrina de los bienes comunes ni en el principio de *naturalis societatis et communicationis*, sino tiene una fundamentación completamente distinta que radica en el derecho divino positivo y en principios de fraternidad y corrección fraterna. Considerando la evangelización no sólo como un derecho sino también como una obligación, va a tener este derecho, al igual que el primer título, un carácter imperativo, por ser exigible aún en contra de la voluntad de los amerindios y comparte además las consecuencias de éste, es decir, su impedimento u obstrucción injustificada equivale a una *iniuria*, la que es causa justa de un derecho de intervención religiosa⁷² por parte de los españoles, que puede llegar al nivel de la guerra justa. Con este segundo título, Vitoria cierra el círculo de títulos absolutos y correctos; calidad que no la tienen los demás cinco títulos que les siguen. Éstos a su vez, tienen importancia en Vitoria en cuanto sirven a estos dos primeros títulos, como lo hacen los títulos religiosos tercero, cuarto y sexto, o por otras consideraciones de derecho natural, *ius gentium* y éticas, que resultan ser de importancia no menor para el derecho internacional público moderno por incluir algunas figuras jurídicas modernas.

⁷¹ Deckers nota en varios lugares de la tercera parte (títulos legítimos) contradicciones con la teoría del origen del dominio, DECKERS, D., *op. cit.* (n. 24), pp. 238ss.

⁷² Vitoria no emplea la palabra “intervención” por ser éste un término moderno.

Así, los títulos tercero y cuarto contienen derechos de intervención religiosa como el de intervención en favor de amerindios conversos o cristianizados para impedir su retorno a la idolatría y el derecho de intervención del Pontífice para sustituir príncipes infieles por cristianos sobre amerindios cristianizados, para los fines de conservación del cristianismo; así como también el sexto título confiere un derecho a los amerindios cristianizados de elegir a príncipes cristianos cuando constituyen la mayoría de la población, a lo que llamó el mismo Vitoria “verdadera y libre elección”. El quinto, séptimo y octavo título descansan en consideraciones del derecho natural, del *ius gentium* y éticas. El quinto título es un derecho de *intervención de humanidad y guerra justa en defensa de terceros inocentes*, que corresponde a la denominación moderna de “intervención humanitaria” y “responsabilidad de proteger”⁷³; en el séptimo título se encuentra un *derecho de intervención de los españoles en defensa de terceros aliados* y pueblos amigos de los españoles que libran guerra justa con otros pueblos amerindios o *guerra justa en defensa de aliados*, que corresponde a la figura de la defensa colectiva; y en el octavo título menciona un *derecho de tutela* de los españoles debido a la incapacidad de los amerindios de gobernarse a si mismos, conocida modernamente como doctrina paternalista⁷⁴ que ha sido reavivada a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI en proyectos modernos de gobernabilidad mundial como el de la “construcción del Estado” y/o consolidación de la paz de la ONU.

VII. APORTES DE LA DOCTRINA DE LOS BIENES COMUNES DE VITORIA AL DERECHO INTERNACIONAL

Antes de revisar los aportes de la doctrina de los bienes comunes al derecho internacional público postcolonial, no está demás decir que la *Relectio de indis* no sólo es un trabajo que revela gran conocimiento y destreza intelectuales

⁷³ La intervención se entiende en favor de amerindios víctimas de leyes o costumbres que ordenan sacrificios humanos o ritos de antropofagia considerados como pecado contra la naturaleza y una forma de tiranía u opresión aún participando el mismo pueblo y las víctimas; defendida casi unánimemente por conquistadores, el Estado, clérigos y académicos españoles. En Vitoria este título es cierto pero no relevante como los dos primeros títulos.

⁷⁴ Sobre esta cuestión desde la perspectiva iusfilosófica *vid.* GARZÓN VALDÉS, E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico”, *Doxa*, n° 5 (1988); el mismo, “Intervencionismo y paternalismo”, *Revista latinoamericana de filosofía* (1990); PÉREZ LUÑO, A-E., *La polémica sobre el Nevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 79ss.

del dominico en la cuestión del dominio y en el derecho natural y derecho de gentes que lo sustentan, sino también muestra ser una creación bien deliberada, no existiendo en ella, ni menos entre los títulos legítimos e ilegítimos significativas contradicciones, si es leída en clave de dominio. Aunque escrita en un lenguaje y forma de difícil acceso incluso para el lector académico, esta relección representa el primer tratado extenso sobre la ética de las relaciones económico-políticas y jurídicas entre dos tipos de pueblos, los españoles cristianos y los pueblos nativos de América, en una situación problemática de oposición de intereses sobre la base de una desigualdad o asimetría fáctica, en las que están en juego cuestiones del dominio sobre los propios territorios, recursos y soberanía de éstos últimos. Este situación sigue perenne en las relaciones internacionales del presente aún después de la abolición formal del colonialismo⁷⁵.

El principio de *naturalis societatis et communicationis*, regido por un *ius gentium natural* romano en el sentido concebido por Gayo o “*ius inter gentes*” de derecho natural, está fundamentado en la doctrina de los bienes comunes, que constituye a la vez el origen del derecho de dominio español sobre el Nuevo Mundo; de allí que los derechos y libertades que se le derivan, cuales son el *ius peregrinandi et degendi*, el *ius negotiandi* y el derecho de comunicación y participación de bienes comunes, sirven a los fines de realización de este principio. Pero en esto no queda la construcción teórica vitoriana del dominio en el Nuevo Mundo. Para garantizar la realización de este principio matriz, Vitoria no sólo robustece estos derechos y libertades con su carácter imperativo y absoluto sino, sobre todo, éstos están respaldados fuerte y decisivamente por el *ius gentium positivo* o humano y en especial, por la institución jurídica de la ocupación, que salta a la luz sólo después de un examen más minucioso de este título.

La ocupación en Vitoria es una forma originaria de adquisición del dominio privado y público que no sólo se restringe a las *res nullius* sino también a las *res hostiles* como producto de la victoria en una guerra justa. La misma es una institución del derecho de gentes positivo, a través de la cual se ha ido haciendo efectiva la adquisición del dominio español sobre el Nuevo Mundo;

⁷⁵ Sobre el papel del colonialismo en el derecho internacional moderno *vid.* ANGHIE, A., *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2007, pp. 12, 117.

y ciertamente ella, como parte del derecho internacional público positivo, era en el siglo XVI la única forma jurídica palpable de adquisición originaria del dominio, como también lo sigue siendo hasta el presente siglo XXI, con la reserva de que ahora se la entiende en sentido más restringido, es decir, sólo referente a las *res nullius*. En el lenguaje de la teoría del dominio se puede entender mejor su dimensión: del dominio común hay también en Vitoria un paso fluido a la propiedad privada que tiene como institución central a la ocupación o posesión física, la que primero se da sobre tierras no habitadas, es seguida de la conquista de territorios ya habitados en guerra, y después es sustituida por las demás formas derivadas de adquisición como el contrato, trueque, etc.⁷⁶. Entonces, puede decirse que la ocupación es importante en Vitoria en cuanto garantiza el paso conforme de los bienes comunes al orden de propiedad privada, así como la debida apropiación de *res nullius* y *res hostiles*. Es por último en la conjugación de los bienes comunes y de la ocupación donde está la clave del dominio español en el Nuevo Mundo de acuerdo a este primer título vitoriano de dominio.

Además de la doctrina de los bienes comunes y la ocupación, resaltan también otros elementos del principio de *naturalis societatis et communicationis* como el principio de la igualdad iusnatural de los hombres y de los pueblos, los principios ciceronianos de amistad y solidaridad entre los pueblos y del bien común del orbe; así como también se encuentran los gérmenes de las instituciones iusinternacionales modernas de la intervención, la defensa colectiva y seguridad colectiva, el principio de proporcionalidad y la doctrina de las normas imperativas de *ius gentium* o *ius cogens*.

Sin embargo, el principio matriz de *naturalis societatis et communicationis* no fue retomado por la doctrina iusinternacional contemporánea ni posterior, debido principalmente a su construcción intrincada, enigmática, ecléctica, y a los escasos datos sobre sus fuentes directas. De las pocas referencias que se conocen de él en los años y siglos posteriores, casi todas interpretan libremente este título y sólo lo entienden en sus derechos de *ius peregrinandi et degendi* y *ius negotiandi*⁷⁷, obviando completamente la doctrina de los bienes comunes. Sólo se conoce una recepción de él en el término “comunicación” del jesuita

⁷⁶ Sucesión del dominio ya divisada por Cicerón, cfr. BROCKER, M., *Arbeit...*, *op. cit.* (n. 8), pp. 30s.

⁷⁷ Las que hasta el siglo XIX fueron en su mayoría críticas, como las de Las Casas, Luis de Molina, Diego de Covarrubias, Pufendorf, Zouch, Wolf y Emeric de Vattel.

José de Acosta (1540.1660)⁷⁸, quien igualmente lo empleó de forma libre y para fines de sus estudios empíricos. En el siglo XX este principio llega a ser reivindicado y difundido abundantemente por los comentaristas de Vitoria, provenientes en una buena mayoría del campo filosófico, iusfilosófico y iusinternacional, pero igualmente basados en una interpretación que tampoco hace referencia al tema de los bienes comunes.

Puesto que la doctrina de los bienes comunes como verdadero fundamento del principio de *naturalis societatis et communicationis* ha permanecido “sin descubrir” en los comentaristas de Vitoria, no ha sido tampoco posible establecer conexión alguna entre ésta y la idea moderna de los bienes comunes. Es por ello que en los debates actuales sobre los bienes comunes, reavivados gracias al renacimiento de bienes comunes modernos, a las investigaciones sobre ellos y a la existencia del régimen iusinternacional del “patrimonio común de la humanidad” se hacen referencias a Aristóteles, al derecho romano, e incluso a Hugo Grocio, sin mencionar a Vitoria quien en realidad es su exponente más vasto y creativo, independientemente de los problemas éticos que trae consigo su aplicación a las relaciones entre españoles y habitantes del Nuevo Mundo. Su doctrina de los bienes comunes es tan actual como relevante en los debates actuales y futuros de bienes comunes porque en éstos se presentó y presenta aún el problema fundamental de que terminan conduciendo a la división o propiedad privada⁷⁹. En nuestros tiempos, un régimen de bienes comunes puede volcarse fácilmente en uno de propiedad privada si permite o tolera alguna vía de apropiación. Actualmente no se trata tanto de apropiación directa o toma de nuevos territorios, sino más que todo, de la apropiación de vastos recursos naturales de bienes declarados “patrimonio común de la humanidad”; debates que se suscitarán a raíz de la intensificación de las exploraciones en los Fondos Marinos y Espacio Ultraterrestre y del descubrimiento de nuevas formas de su explotación económica con fines de lucro individual. Se trató en el siglo XVI y se trata en el siglo XXI de recursos de suma importancia vital y económica para el desarrollo de los pueblos, como

⁷⁸ Cfr. PAGDEN, A., *The Fall of Natural Man: the American Indian and the origins of comparative anthropology*, Cambridge University Press, London 1986, pp. 159ss.

⁷⁹ Los problemas que trae consigo el *common* global clima tienen que ver más que todo con su manejo o trato por el hombre ya que aún no es posible su ocupación o apropiación privada. Problema más acuciante es su creciente deterioro incluyendo sus efectos negativos en la diversidad biológica del Planeta.

lo reconoció el propio Vitoria en su tiempo frente a los recursos minerales del Nuevo Mundo, resultando ser una constante entre los pueblos de la Tierra la fuerte pugna sobre ellos que llega a la guerra cuando es preciso asegurar su abastecimiento individual.

En el ámbito político, el principio de *naturalis societatis et communicationis* con los derechos que se le derivan cumple la función de reemplazar el requerimiento por una gama de amplios derechos y libertades que llegan a la intervención. Los efectos políticos más importantes fueron la cimentación de la política colonial española en América y del *status quo* de la conquista, lo que a su vez repercute en la preservación del colonialismo y marca el comienzo del colonialismo como institución permanente del *ius gentium*, y de su sucesor, el derecho internacional público.

VIII. CONCLUSIÓN

El principio de *naturalis societatis et communicationis* está fundamentado en la doctrina de los bienes comunes que está encrustada en la teoría del dominio y es el resultado de una amalgama de diferentes componentes provenientes de los aportes del derecho romano y de teorías del dominio encarnadas principalmente en Cicerón, la doctrina social-ética del dominio común *iusnaturalis* y la teoría del dominio de Konrad Summenhart (Conrado). Del derecho romano se sirve de la institución jurídica del dominio con sus formas de adquisición y pérdida. De Cicerón confluye la idea de la “*communitatis et societatis humanae*” con su mensaje universal del compartimiento de bienes comunes y los principios de sociabilidad y amistad. De la doctrina social-ética del dominio común *iusnaturalis*, representada por Huguccio, tomó la doctrina de comunicar y compartir los bienes con otros cuando se hallan en necesidad. Y por último, de la teoría del dominio de Konrad Summenhart (Conrado) empleó su noción ampliada y subjetiva de dominio. Algunas de estas fuentes, como la doctrina social-ética del dominio común *iusnaturalis* fueron empleadas de forma modificada para adaptarlas a la situación especial del Nuevo Mundo⁸⁰.

⁸⁰ Los decretistas sólo comprendían un deber *moral* de comunicar y compartir los bienes con otros cuando se hallan en necesidad.

En el principio de *naturalis societatis et communicationis* se encuentran confluendo pues, los dos elementos esenciales de la teoría del dominio: la doctrina de los bienes comunes regida por el derecho natural, y la *divisio rerum* o división con la ocupación que está regido a su vez por el derecho humano, y más exactamente por el *ius gentium positivo*. De acuerdo a este principio, los españoles llegan al disfrute de los bienes comunes del Nuevo Mundo que no otorgan propiedad en si, pero que van a conducir a ésta mediante ocupación. Entonces, de la idea de los bienes comunes depende el dominio español sobre el Nuevo Mundo.

Al haberse servido de la ocupación como institución del derecho de gentes positivo y elemento vital del principio de *naturalis societatis et communicationis*, que sucede al régimen de bienes comunes y abre paso al dominio español sobre el Nuevo Mundo, no sólo en cuanto a sus tierras y recursos naturales, sino en cuanto al dominio sobre los hombres o soberanía sobre ellos, se comprueba aquí que Vitoria se valió del *ius gentium positivo* para cimentar este nuevo orden en la realidad del encuentro español con el hombre americano. Quizás sea el empleo de la institución jurídica de la ocupación el aporte más significativo de Vitoria para el derecho internacional postcolonial por ser paradigmático en las relaciones entre pueblos que están obligados a relacionarse de alguna manera aún siendo notoria sus diferencias en el grado de progreso técnico y cultural y frente a la situación de ventaja y desventaja en la que se encuentran el uno a otro.

No sería honesto relativizar la importancia de Vitoria como fundador del derecho internacional por el solo hecho de haberse valido en su análisis del justo título en el Nuevo Mundo principalmente de fuentes tradicionales del dominio, del derecho natural y del derecho de gentes. Ello no sucede si se reconoce su obra teórica como un trabajo arduo que ha exigido un conocimiento vasto de la ética, el derecho, la política y teología para llegar al empleo de elementos de las más diversas fuentes y poder armonizarlos cada uno para construir su propia teoría del dominio aplicable a la relación entre el español y el hombre americano. Precisamente aquí se muestra su vasto conocimiento y creatividad. Sin lugar a dudas es en su teoría del dominio donde lucen los dones intelectuales del dominico, y sólo sobre la base de ella se debe valorar la *Relectio de Indis*. Finalmente se puede decir, que a través del dominio Vitoria no sólo pudo valerse del derecho de gentes natural, sino, y aún más importante, del derecho de gentes positivo, del cual se origina y desarrolla el derecho internacional público positivo de la Modernidad o derecho internacional público postcolonial.

BIBLIOGRAFÍA

- ANGHIE, A., *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2007.
- AÑAÑOS MEZA, M.C., “El título de ‘sociedad y comunicación natural de Francisco de Vitoria’. Tras las huellas de su concepto a la luz de la teoría del Dominio”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII (2012), pp. 525-596.
- ARISTÓTELES, *Política*.
- BASLAR, K., *The Concept of Common Heritage of Mankind in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 1998.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, Siebeck UTB, Tübingen 2006.
- BROCKER, M., *Arbeit und Eigentum, Der Paradigmenwechsel in der neuzeitlichen Eigentumstheorie*, Wiss. Buchges., Darmstadt 1992.
- BRUFU PRATS, J., “La noción analógica del *dominium* en Santo Tomás, Francisco de Vitoria y Domínigo de Soto”, en Brufau Prats, J., *La Escuela de Salamanca ante el descubrimiento del Nuevo Mundo*, Ed. San Esteban, Salamanca 1988.
- CICERÓN, M. T., *Los oficios*, trad. M. de Valbuena, Imprenta Real, Madrid, 1788.
- *De legibus*, ed. bilingüe por A. d’Ors, IEP, Madrid 1953.
- COCCA, A.A., *Consolidación del Derecho Espacial*, Astrea, Buenos Aires, 1971.
- DECKERS, D., *Gerechtigkeit und Recht. Eine historisch-kritische Untersuchung der Gerechtigkeitslehre des Francisco de Vitoria (1483-1546)*, Univ.-Verl. Freiburg Schweiz, 1991.
- “Barbaren, Menschenwürde und Völkerrecht: Francisco de Vitorias *Relectio de Indis recenter inventis*”, *Periplus: Jahrbuch für Außereuropäische Geschichte*, Münster; Hamburg, Jg. 2 (1992), pp. 1-14.
- FOLGADO, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo de El Escorial 1960.
- GARCÍA GARRIDO, M., “Res communes”, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Dykinson, Madrid 2000.
- GARZÓN VALDÉS, E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico”, *Doxa*, nº 5 (1988).
- “Intervencionismo y paternalismo”, *Revista latinoamericana de filosofía* (1990).
- GOTI ORDEÑANA, J., *Del tratado de Tordesillas a la doctrina de los derechos fundamentales en Francisco de Vitoria*, Universidad de Valladolid, Valladolid 1999.
- GROSSI, P., “La proprietà nel sistema della seconda scolastica”, *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*. Incontro di studio Firenze 16-19 ottobre 1972, Milano 1973, pp. 117-222.
- HELFRICH, S. et al., *Gemeingüter – Wohlstand durch Teilen*, Fundación Heinrich Böll, Berlin 2009.

- HERNÁNDEZ MARTÍN, R., *Derechos humanos en Francisco de Vitoria*, ed. San Esteban, Salamanca, 1984.
- HÖVER, G., Solidarität und Entwicklung, en HUNOLD *et al.* (ed.), *Die Welt für Morgen*, Kösel-Verlag, München 1986, pp. 142-154.
- KASER, M., *Ius Gentium*, Böhlau Verlag Köln, 1993.
- KISS, A., “The Common Heritage of Mankind: Utopia or Reality?”, *International Journal*, 40 (1985), pp. 423-441.
- MIAJA DE LA MUELA, A., “El derecho *totius orbis* en el pensamiento de Francisco de Vitoria”, *Revista Española de Derecho Internacional*, XVIII (1965), pp. 341-364.
- OSTROM, E., *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las Instituciones de acción colectiva*, Fondo de Cultura Económica, México 2000.
- OTTE, G., *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, Böhlau Verlag, Köln 1964.
- PAGDEN, A., *The Fall of Natural Man: the American Indian and the origins of comparative anthropology*, Cambridge University Press, London 1983.
- PEREÑA VICENTE, L., *La Idea de la justicia en la conquista de América*, MAPFRE, Madrid 1992.
- PÉREZ LUÑO, A-E., *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 1992.
- PLATÓN, *La república*.
- PREISER, W., *Macht und Norm in der Völkerrechtsgeschichte*, Nomos, Baden-Baden 1978.
- REIBSTEIN, E., *Johannes Althusius als Forsetzer der Schule von Salamanca*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1955.
- SEELMANN, K., “Die Denkfigur des ‘subjektiven Rechts’ in der spanischen Spätscholastik”, en MATE, R. y NIEWÖHNER, F., *Spaniens Beitrag zum politischen Denken in Europa um 1600*, Harrassowitz Verlag, Wiesbaden, 1994, pp. 141-151.
- *Die Lehre des Fernando Vazquez de Menchaca vom Dominium*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1979.
- SODER, J., “Die Idee der Völkergemeinschaft. F. de Vitoria und die philosophischen Grundlagen des völkerrechts”, *Völkerrecht und Politik*, t. 4 (1955), pp. 1-143.
- STARCK, Chr., “Menschenrechte -aus den Büchern in die Verfassungen”, Nolte, G. y Schreiber, H.-L. (eds.), *Der Mensch und seine Rechte*, Wallstein, Göttingen 2004, pp. 9-27.
- URDÁNOZ, T., “Síntesis teológico-jurídica de la doctrina de Vitoria”, en VITORIA, F. DE, *Relectio de Indis* CSIC-CHP, Madrid, 1967.
- *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas*, BAC, Madrid, 1960.
- VITORIA, F. DE, *De Iustitia*, ed. V. Beltrán de Heredia, Asociación F. de Vitoria, t. I, Madrid, 1934.
- *Relectio de Indis*, Edición crítica bilingüe por L. Pereña y J.M. Pérez Préndes, CHP-CSIC, Madrid 1967.

- VOGGENSPERGER, R., *Der Begriff des 'ius naturale' im Romischen Recht*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1952.
- WEIGAND, R., *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, Max Hueber Verlag, München, 1967.
- WILLOWEIT, D., "Dominium und proprietas – Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft", *Historisches Jahrbuch der Görres-Gesellschaft* (1974).
- WOLFRUM, R., "Common Heritage of Mankind", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 452-458.