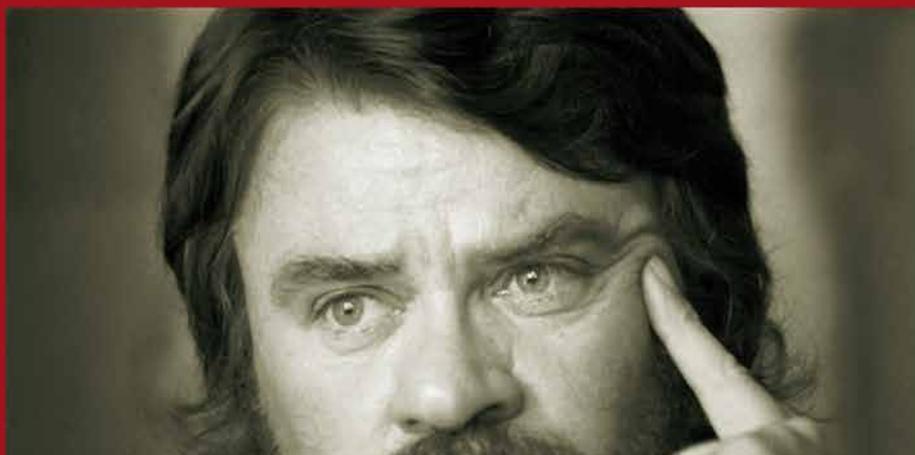


HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

TOMO I



Capítulo 18

COMITÉ EDITOR

Jorge Avendaño Valdez
Alfredo Bullard González
René Ortiz Caballero
Carlos Ramos Núñez
Marcial Rubio Correa
Carlos A. Soto Coaguila
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-888-3

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

EL MAESTRO DOMINGO DE SOTO Y LA ESCUELA ESPAÑOLA DE DERECHO NATURAL

*Alberto David Leiva**

Es bien sabido que, como creación doctrinaria, el derecho común fue controversial desde su origen y por ese motivo, en su desarrollo, dio lugar por vía de alegación a la llamada «común opinión de los doctores», que encontró en Castilla tan buen terreno que hasta floreció en las leyes. Pero también sabemos que en la España del siglo XVI, las guerras de religión y sobre todo la aparición del hecho americano, desbordaron con mucho las posibilidades del derecho heredado, dominado por el casuismo. La naturaleza casuista del derecho determinaba que el tejido con el cual trabajaba el jurista estaba formado por leyes y opiniones en pugna, con cierto desdén o indiferencia hacia la construcción de principios, o el despliegue de esquemas abarcadores, que por aplicación de la misma técnica surgieron en cambio de los escritos de los teólogos.

Es comprensible que los teólogos del siglo XVI suplieran esta falencia ejerciendo, con su autoridad y prestigio, una influencia mediata pero segura en las transformaciones del derecho. Sus escritos eran utilizados frecuentemente y adoptadas de ordinario sus opiniones en las obras y comentarios de los jurisconsultos¹. Se preocuparon, como cosa natural, de las realidades de su actualidad.

Las universidades, y en especial Salamanca, desempeñaban entonces un papel de primer plano en la formación del espíritu público. Su aporte sería la aplicación de los principios generales de la moral cristiana y del derecho natural, heredados del pensamiento antiguo y medieval, a la situación cambiante de su tiempo.

Durante el siglo XVI, la sabiduría jurídica tocaba estrechamente a cada paso lo teológico, y todavía se profesaba un saber jurídico vinculado a la aceptación de

* Abogado. Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet) y del Instituto de Investigación del Historia del Derecho de Argentina.

¹ Recuérdese las frecuentes citas de Covarrubias y Leiva y Vázquez Menchaca al *De iustitia et iure* de Soto.

la noción de justicia como valor, no solo exterior a cualquier orden normativo, sino siempre superior a él.

Desde otro punto de vista cabe recordar que, por aquella época, los juristas estaban entrenados para concordar el orden divino eterno e inmutable, comprendido por el saber teológico, con el orden humano reflejado en el derecho positivo, y buscaban demostrar su armonía por medio de constantes remisiones a los dos ordenamientos.

Durante muchos años los juristas solían insistir en exigirle al juez que imitase por sobre todas las cosas y en todos los casos posibles, la decisión de Dios.

Este saber combinado fue una realidad cotidiana en la medida en que —después de recorrer un camino conjunto durante siglos— estaba todavía en sus inicios el proceso de separación y especialización de la materia que en la actualidad se suele llamar jurídica, hasta que llegó la rebeldía religiosa del siglo XVI, que en un primer momento se canalizó por cauces eclesiástico-teológicos de la mano de Lutero y Calvino, pero pronto alcanzó también al terreno jurídico y en general, ético: el derecho natural de la Edad Moderna fue un producto de los protestantes en su lucha contra una cultura que suponían propia de los católicos. La «ratio corrupta» que había proclamado Lutero invalidaba toda reflexión filosófica y ética que hubiera existido antes que él, la de los paganos, la de los padres de la Iglesia y muy especialmente la de los doctores escolásticos².

Sin negar la existencia de Dios, pero preocupados por desautorizar la tradición cristiano-católica anterior, los juristas de la llamada escuela de derecho natural racionalista, dijeron entonces que el derecho existiría aunque Dios no existiese, y que existiendo no se cuidaría de las cosas humanas³. Además, presentaron sus obras de una forma externa pretendidamente sistemática: el «sistema» fue una de las exigencias de los descontentos de la cultura tradicional, que rechazaban el casuismo propio de la cultura jurídica romanista⁴.

Acostumbrados a la dogmática jurídica posterior a la aparición del sistema, e ignorando que las fronteras disciplinarias se modifican con el devenir histórico, la mayoría de los juristas contemporáneos consideran hoy que las obras de los teólogos españoles de los siglos XVI y XVII son ajenas al mundo del derecho.

Digo la mayoría y no todos, porque uno de los primeros historiadores del derecho, Eduardo de Hinojosa, escribió hace 124 años, ya en plena vigencia del sistema, que «la teología, tal como se profesaba en los siglos XVI y XVII no solo

² CARPINTERO BENÍTEZ (1988: 383-410), ha publicado un verdadero catálogo de los insultos con que los protestantes desautorizaron la tradición cristiana-católica existente hasta Lutero.

³ En realidad, si Dios no existiera desaparecería todo derecho y toda libertad, porque se borraría todo criterio para distinguir lo justo de lo injusto.

⁴ CARPINTERO BENÍTEZ (1999: 338).

era ciencia de Dios, sino ciencia de la razón y de la conciencia del hombre, y que tanto entendían los que trataban de ella en la Sagrada Escritura, como en las leyes civiles, económicas o políticas [...]».

Efectivamente, todo indica que para aquellos hombres la figura del teólogo, como la del filósofo para los griegos, o el jurista para los romanos representaban un papel protagónico en la vida de la sociedad. Aquellos teólogos del Siglo de Oro consideraban la teología a la manera que Cicerón la ciencia del derecho: «como conocimiento de las cosas divinas y humanas, y ciencia de lo justo y de lo injusto»⁵. La misión y objeto de la teología son tan amplios —dijo el dominico Francisco de Vitoria (1480-1546) al comenzar su Relección sobre la potestad civil— que «no hay asunto, investigación ni materia que parezcan ajenos a su profesión».

Bien se ha dicho que los teólogos, acostumbrados a contemplar los problemas desde lo alto, fueron grandes juristas, precisamente por ser teólogos, porque sin desconocer ni negar la diferenciación de las ciencias, buscaron y descubrieron la urdimbre que las pone al servicio de una misma realidad, prestándose mutua ayuda para ampliar los horizontes del conocimiento, pero no hay que pensar que este fue un resultado no querido. Baste recordar que los teólogos en general y sobre todo los de la talla de un Domingo de Soto eran de por sí maestros en el problema de la especificación de las ciencias.

El maestro Domingo de Soto —en el proemio de su tratado *De iustitia et iure*— también reivindicó el derecho de filósofos y teólogos a opinar sobre temas jurídicos. Destacando la íntima relación entre el derecho y la filosofía, explicó que la teología sirve de base al derecho canónico y la filosofía al derecho civil. Partiendo de la base de que todo lo jurídico es ético, aunque no todo lo ético es jurídico, enseñó que el derecho es un capítulo de la filosofía moral.

LA ESCUELA DE SALAMANCA

Todos los doctores bajomedievales estudiosos del derecho romano tropezaban, ya en las primeras líneas del Digesto y de la Instituta con declaraciones acerca de la igual libertad de todos los hombres en el estado de naturaleza. Las escuelas empezaron a hablar muy pronto un lenguaje que insistía en que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres, y que la única sujeción adecuada a la libertad natural era la que provenía del propio consentimiento. Con toda razón se ha dicho entonces, que la mentalidad contractualista avanzó de hecho en la misma medida que la enseñanza y el estudio del derecho de Roma, pero fue con el triunfo definitivo del pensamiento de Santo Tomás cuando alcanzó su

⁵ DE HINOJOSA (1890: 78).

máxima expresión en el ambiente favorable de la monarquía castellano-aragonesa del siglo XVI.

Esa enseñanza tomista fue minoritaria en los claustros hasta que la propagó Francisco de Vitoria, encabezando lo que hoy llamamos Segunda Escolástica o Escolástica Tardía Española. Esta escolástica española dista mucho de componer una unidad: Francisco de Vitoria dio origen a la corriente que llamamos los salmantenses, que se mostró muy activa fundamentalmente en la primera mitad del siglo XVI. Podemos considerar que llegó a su máximo esplendor con Domingo de Soto. Más tarde, a finales del siglo, fueron los jesuitas los que impusieron sus libros, especialmente Francisco Suárez. Estos últimos fueron llamados los conimbricenses, ya que actuaron preferentemente desde la Universidad de Coimbra.

Claro que la relación entre los de Salamanca y los de Coimbra no es de sucesión, ni de precedente a realidad madura. En las dos universidades, el claustro de profesores era una soberbia galería de retratos. Más bien los conimbricenses desarrollaron una filosofía propia, y podemos decir sin exageración que Soto y Suárez han sido los teólogos españoles más influyentes en la Europa de comienzos de la Edad Moderna. Una de las notas características de la escuela es haber logrado dar un tinte jurídico a las ideas filosófico-morales de la escolástica, haciendo posible la difusión del pensamiento de Santo Tomás entre los juristas, como se ve muy claro al analizar la trascendencia de Domingo de Soto.

La más destacada nota de los escritores de este ciclo, es la de la originalidad con que supieron esbozar, adelantándose a su tiempo, teorías y disciplinas jurídicas que se tienen hoy por muy modernas.

Pero, insisto, no todos son contemporáneos, y esto es fundamental, Vitoria y Domingo de Soto son renacentistas y Suárez, barroco. Para citar correctamente las opiniones de estos autores, es imprescindible respetar el orden cronológico.

LA DIFICULTAD QUE PRESENTAN ESTAS OBRAS

Independientemente del momento en que se escriba, toda construcción jurídica utiliza siempre un lenguaje técnico para expresar sus propuestas. Los teólogos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII, son inolvidables por la apasionada convicción que ponían en su ciencia, puesta al día con todo el bagaje erudito del renacimiento, aplicando a la interpretación de los textos todas las luces filológicas de las lenguas antiguas. Pero en sus obras, se utilizan términos cuyo valor histórico es muy diverso. Algunos, son fórmulas derivadas de los glosadores o de los escritores de los siglos XIV y XV, que expresan de una forma primitiva las cualidades del poder que el príncipe ejerce en la comunidad; otros son términos del derecho romano clásico que se insuflan de un nuevo sentido: hay por último

nuevas locuciones latinas o castellanas, deliberadamente formadas para expresar la reciente realidad del siglo XVI. Como hasta el siglo XVII no se encuentran obras jurídicas escritas en castellano, salvo los incipientes prácticos, es la lengua latina la que suministra esos materiales a los pensadores españoles, y entonces sobre cada término se descarga inevitablemente el peso del sentido clásico, dando lugar a algunas incongruencias o retrasando el sentido final de la interpretación. Este es el motivo principal que nos impide hoy analizar la totalidad de las fórmulas jurídicas en que se va cifrando esta doctrina.

Hecha esta aclaración, pasemos a repasar algunas que tienen sentido más claro en la doctrina jurídica del maestro Domingo de Soto, aclarando para comenzar, que en sus escritos, lo mismo que en los de casi todos los teólogos, hay alguna imprecisión en el uso de la palabra derecho, y muchas veces se emplea ley como sinónimo de derecho, pero hay que puntualizar que identifican perfectamente al derecho como el objeto de la justicia (como Santo Tomás). En el caso de Soto, usa exactamente las mismas palabras en el mismo contexto, derecho como objeto de la justicia, pero también derecho como regla o ley. Naturalmente, Soto acepta la idea de ley propuesta por Santo Tomás, pero no se limita a hablar de «ordenación», sino que habla de «mandato», pero siempre el concepto de derecho está unido indisolublemente a la idea de justicia.

Las leyes, inequitativas no obligan en conciencia y pueden ser rechazadas.

Tratando acerca de la justicia de la ley, Soto explicaba que si una ley es injusta, aunque esté promulgada en documentos oficiales, ni es ley ni obliga en conciencia. ¿Por qué? Porque hay otra ley, la verdadera ley, que no está publicada, ni escrita, pero se halla en la recta razón, que la contradice y que nos obliga en conciencia. Por eso la promulgación pasiva no es de esencia de la ley ni la constituye, aunque sea necesaria en las leyes humanas para exigir ante el juez su cumplimiento. Lo que importa es la promulgación activa del pueblo, no la promulgación pasiva o su divulgación. Esta brevísima referencia cobra sentido en una Europa que marcha hacia el absolutismo y mantiene hasta hoy su importancia en pleno siglo XXI. No consideraba nuestro autor, como legítimo, otro poder que el emanado del consentimiento tácito o expreso de la sociedad, que muchos han identificado después como pueblo. Esta exigencia de la aceptación por parte del pueblo todavía se ve después en Covarrubias, y va de contramano con el creciente poder de los reyes, que pronto comenzaron a llamarse soberanos.

EL REY ESTÁ BAJO LA LEY

El maestro segoviano fue amante del robustecimiento del poder real, pero absoluto impugnador del cesarismo. La fórmula del siglo XIII, de que el príncipe es como el

emperador en su reino, que no reconoce autoridad superior a la propia, y aparece claramente en el espéculo, en Soto se registra explícitamente. Para Soto, ni consta históricamente una tal potestad universal, ni sería útil, ni podría sostenerse después del descubrimiento de América. Contradijo claramente al jurista piamontés Mercurino Arborio de Gatinara, fallecido en 1530, un humanista cautivado por la obra dantesca *De Monarchia*, que pretendía que Carlos V tomando como modelo a Carlomagno, ejerciera una monarquía universal.

Para Soto el poder viene de la república (del pueblo diríamos hoy). Los reyes obtienen el poder para servir a la nación, para amparar los derechos de todos, no para anularlos, destruirlos o atropellarlos. No es la nación para el rey, sino el rey para la nación, repetían frecuentemente sus discípulos en la universidad de Salamanca.

Soto participa de la mentalidad que sostiene que el pueblo es el titular primario del poder, pero tiene una idea muy avanzada de la institución real. El príncipe, dice, tiene mero imperio, que consiste en la potestad que reside en los soberanos, y por su disposición en los jueces y magistrados, para imponer a los delincuentes la pena que corresponda.

La sociedad aparece concebida como un orden jerárquico y orgánico, cuyo vértice natural es el príncipe. La idea del príncipe como representante de la comunidad que ejerce la potestad suprema en su nombre, se reitera en función de la idea de cuerpo místico en que el príncipe es la cabeza⁶.

El príncipe, dice Domingo de Soto, no está fuera de la comunidad sino dentro de ella, aunque en puesto preeminente como cabeza. La evocación de la idea del cuerpo místico apoya simultáneamente la concepción jerárquica y la pertenencia al todo del miembro que como cabeza preside esa jerarquía⁷.

El príncipe no está *legibus solutus*: porque no está fuera de la comunidad, sino dentro de ella, aunque en puesto preeminente.

Es bueno recordar que no se trataba de posiciones puramente teóricas. Mientras los contemporáneos de Francisco I llegaban a sostener que el rey está sobre la ley, Soto y sus colegas enseñaban que el rey está bajo la ley, y Santo Tomás Moro (1478-1535) subía al cadalso el 6 de julio de 1535 entregando su vida por defender los mismos principios.

Aunque por derecho natural la república traspasó su potestad o imperio y jurisdicción al príncipe, no le dio sus posesiones, que solo puede usar para la defensa y administración de la misma república. El rey es el servidor de la nación, no su propietario. Soto reconoce a la nación el derecho a deponer al rey cuando degenera en tirano, pero no indica el procedimiento si llegara el caso.

⁶ *De iustitia et iure* I,VI, 7.

⁷ SÁNCHEZ AGESTA (1959: 37).

EL DERECHO DE GENTES

Una nota muy interesante del pensamiento de Soto que ha destacado Félix Adolfo Lamas es que «para establecer el derecho de gentes no se precisa la reunión de todos los hombres en determinado lugar, puesto que la misma razón les enseña lo mismo a todos» con lo cual también este dominico evita enrolarse en la corriente pactista para justificar la existencia de la comunidad internacional y el derecho de gentes.

También ha destacado Lamas el formal rechazo que hace Soto de las tesis propiciatorias de un estado mundial. El niega en primer lugar que haya un estado mundial, o que exista una autoridad mundial con justo título, y argumenta: «Para que una sociedad instituya un rey, o un emperador, a quien traspasar su autoridad, se requiere que se reúna en asamblea general, o que por lo menos la mayor parte de ella consienta en tal elección». Como es obvio que nunca hubo tal asamblea, no existe autoridad mundial. Pero lo más interesante, dice Lamas⁸ es que a continuación Soto avanza mucho más y afirma que de realizarse tal asamblea o reunión, tal unidad mundial sería contraria al derecho natural, invocando dos argumentos: uno de Aristóteles y el otro de San Agustín. El primer argumento: «una sociedad no es más perfecta porque sea mayor, y un solo príncipe no debe tener bajo su gobierno más que lo que cómodamente pueda él por sí mismo o sus ministros administrar». El segundo argumento lo expone así: «San Agustín en el libro 4 de la Ciudad de Dios dijo que fue la iniquidad la que extendió más de lo necesario los reinos. Y una vez dominados los pueblos, dilatar el reino, a los malos les parece una dicha y a los buenos una necesidad; porque con la guerra se suprimen los enemigos peligrosos y se les incorpora al imperio».

EL PROBLEMA JURÍDICO DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA CONQUISTA DE AMÉRICA

En su reelección *De dominio* (1534), que permaneció inédita muchos años y ha llegado trunca hasta nosotros —pero que debe ser con justicia considerada como una de las piezas fundacionales del derecho internacional moderno— Domingo de Soto planteó el problema jurídico de la justificación de la conquista de América y se anticipó a algunas de las tesis de Francisco de Vitoria sobre los títulos justificativos de la ocupación.

Cinco años después, en 1539, Vitoria expuso ante el claustro salmantino sus dos famosas reelecciones *De indis* y *De iure belli*. La primera reacción del poder, encarnado por Carlos V, es, según la tradición, un grito airado: «¡Que callen esos

⁸ LAMAS (1974: 68).

frailes!». Efectivamente, en el mismo año el emperador escribió al prior del convento de san Esteban en que residían los profesores dominicos de la universidad, mandándole hacer una información sobre lo que hubieran enseñado sobre «el derecho que nos tenemos a las Indias, islas y tierra firme del mar océano» y que les prohíba «de nuestra parte y vuestra que agora ni en tiempo alguno, sin expresa licencia nuestra, no traten, ni prediquen ni disputen de lo susodicho, ni hagan imprimir escritura alguna tocante a ello porque de lo contrario yo me tendré por muy deservido y lo mandaré poner como la calidad del negocio lo requiere»⁹.

Pero la monarquía del Siglo de Oro mantenía el recuerdo de la muy antigua obligación real de mantener al reino en justicia. Por sobre todo arbitrio personal, el rey debía acatar las leyes; pero además se consideraba obligado al cumplimiento del derecho natural, y estaba decidido a gobernar con el consejo de varones prudentes. Cumpliendo la antigua obligación de aconsejar al señor, los mejores vasallos señalaban problemas y le ofrecían soluciones. De manera que la primera actitud de Carlos I dejó pronto paso a la reflexión¹⁰. El 31 de marzo de 1540 el emperador le escribió a Soto pidiéndole que pasara al nuevo continente. Es sabido que el maestro segoviano no viajó, pero mandó a América muchos excelentes dominicos de su convento de Salamanca¹¹ para colaborar en la consecución de los objetivos de la corona.

En realidad tanto Domingo de Soto como Francisco de Vitoria eran hombres de grandísimo prestigio intelectual, escuchados en la corte, con gran influencia sobre los españoles; y sus ideas nunca quedaron sin efecto práctico. Enunciaron los nuevos títulos legítimos de la conquista, contribuyendo fuertemente a la elaboración de la legislación de protección de los naturales promulgada en 1542 con el nombre de Leyes Nuevas, y a toda la creación inicial del orden jurídico que hoy identificamos con el nombre de Derecho indiano.

Soto niega el poder universal del emperador y del Papa. Destaca el carácter natural de la potestad civil y el sobrenatural de la potestad eclesiástica, de manera que el Papa tiene nula potestad en el orden temporal, por eso no puede dar a los reyes el dominio de las indias o del nuevo mundo. La potestad eclesiástica es sobrenatural, instituida por Cristo en vistas al reino de los cielos y reside en los ministros instituidos por Cristo. En la cima de esta jerarquía está el Sumo Pontífice, vicario de Cristo y sucesor de san Pedro, cuyos poderes no pueden ser disminuidos por la república cristiana. Hay por consiguiente dos potestades, la eclesiástica es superior, pero no de modo que la civil se derive de ella. Las dos proceden de Dios una por ley natural (civil) y otra por ley sobrenatural. Si Cristo no fue rey temporal, menos

⁹ GALLEGOS ROCAFULL (1946: 26).

¹⁰ CARRO (1958, volumen 36: 107-108).

¹¹ CARRO «La teología y los teólogos juristas españoles ante la conquista de América» (p. 91).

lo será el Papa. Antes y después de Cristo hubo príncipes legítimos. Aunque fueran infieles los cristianos les deben respeto. Por el texto de las bulas, los castellanos solo tienen derecho a predicar el evangelio. Los Papas no tienen ninguna potestad temporal, pero tienen la suprema potestad espiritual como vicarios de Cristo sobre toda la república cristiana. Las bulas de Alejandro VI están desprovistas de trascendencia jurídica temporal, no dan más derecho que a predicar, porque el Papa no tiene otra potestad, pero son fecundas en derechos espirituales¹².

Así como descarta el dominio temporal del Papa como título para estar en América, Soto excluye la vía del pecado de los indios como derecho de intervención y derecho a la guerra, y en cambio concede esos derechos por la vía de la sociabilidad, cuando a la condición de pecado se añade la injuria a la sociedad universal, cuya defensa compete a todos los poderes de la tierra.

Para Soto ni la infidelidad, ni la idolatría, ni los pecados contra naturaleza, ni el culto a los ídolos, pueden fundar algún título legítimo de conquista, por la sencilla razón de que los príncipes cristianos no tienen autoridad sobre los indios. Nadie duda, dice, que los hombres que cometen estos pecados son dignos del mayor castigo. Los mismos príncipes que los toleran y amparan son también reos de tales pecados. Pero la justicia vindicativa exige, no solo la existencia del crimen sino también autoridad en el juez que ha de sentenciar e imponer el castigo. El criminal debe ser juzgado por su propio juez, es decir por quien tiene potestad de jurisdicción sobre el reo. Solo Dios tiene jurisdicción sobre todo el orbe, y en los príncipes cristianos este poder se limita a los propios vasallos.

No se puede hacer la guerra a los que en nada nos ofendieron, salvo que hubiere agresión por parte de los infieles. El derecho divino que procede de la gracia no anula el derecho humano que procede de la razón natural, y por lo mismo no anula el derecho a la libertad, de modo que mandar que los infieles puedan ser reducidos a servidumbre por el solo delito de ser infieles, sin quebrantar un derecho natural y humano, sería hacer odiosa nuestra fe a los infieles. En la misma elección dice que apoyarse en la escritura para herir con la espada material a los que profesan otra religión, es falsearla torpemente. A los infieles se les debe impugnar con la palabra de Dios.

¿Qué falta han cometido quienes no pudieron alcanzar inteligencia más elevada y perspicaz, si esta no les fue dada y otorgada por el Sumo Creador? Es más propio mirar por ellos y auxiliarlos, que perseguirlos. Llevar la guerra a otros bajo la capa de civilización es pura hipocresía. El defender que hay siervos por naturaleza le parece pura tiranía: «para poder practicar con mayor libertad la tiranía, el saqueo y la violencia se esfuerzan en justificarla con ficticios nombres,

¹² CARRO «La teología y los teólogos juristas españoles ante la conquista de América» (p. 364).

considerándola como doctrina provechosa». El título principal para estar en América, es la conversión de los indios y su bienestar. Todas las leyes y ordenanzas deben encaminarse a su conversión y bienestar.

Resulta interesante descubrir que por la vía de impugnar las propuestas de Ginés de Sepúlveda, Soto traza un verdadero plan para evangelizar a los naturales americanos y para defender la civilización sin armas. No podemos obligarlos a oírnos ni a creer, dice, pero sí podemos obligar a sus príncipes para que nos dejen libre paso por sus reinos para predicar; con un único límite: evitar el escándalo y el daño a la misma fe. Podemos hacerles la guerra si no permiten la predicación, pero no podemos obligarlos a escuchar los sermones ni a creer. Nadie puede forzar al infiel a recibir la fe y a bautizarse.

Soto fue decidido defensor de la evangelización pacífica, y discrepó con Francisco de Vitoria cuando el maestro salmantino opinaba que si un príncipe y su gobierno pueden adoptar las leyes de otro pueblo —como los hicieron algunos emperadores de Roma— también podría el príncipe infiel convertido a la fe cristiana, imponer esta misma fe a todos los vasallos sin consultar con ellos y aun contra su voluntad.

Soto niega rotundamente esta posibilidad, exponiendo que las leyes civiles de los príncipes solo se extienden a los actos exteriores, pues los seres humanos solo pueden juzgar por ellos, pero la ley evangélica afecta nuestro corazón (nuestra inteligencia y voluntad) y para imponerla hace falta el consentimiento personal de cada uno de los hombres. El creer es un acto personal, donde no caben suplantaciones, sustitutas ni violencias. Ni con el voto de toda una nación puede obligarse a nadie a creer. Cristo dijo: «id y predicad», no «id e imponed por la fuerza mi doctrina». Dicho de otro modo: el que no creyera se condenará a sí mismo, pero no será condenado por los hombres por ser infiel.

Para invalidar la conversión por la fuerza, Soto recuerda que la experiencia histórica demostró su ineficacia en el caso de la conversión de los musulmanes, porque los nietos y bisnietos de los sarracenos que quedaron en España seguían siendo —a su juicio— tan infieles como sus bisabuelos. Su formación tomista y el resultado nefasto de la conversión forzada de los moriscos, le enseñaron a Soto a no cometer el mismo error en el caso americano.

Igual que Vitoria y De las Casas, Soto rechaza indignado la esclavitud de los etíopes, con que traficaban los portugueses, flamencos y genoveses. La superioridad de raza y cultura tan llevada y traída en los siglos posteriores, nada cuenta para este teólogo español del siglo XVI. Al puntualizar que la fe es ley de libertad, que no autoriza a los cristianos para reducir a los infieles a servidumbre, ni los priva del dominio de sus bienes; aquel que está bajo la gracia divina no posee un derecho especial sobre las cosas ajenas de aquel que está en pecado. El dominio natural no se acrecienta por la gracia ni disminuye por el pecado dice Soto.

Como se ve, Soto liga los derechos de los indígenas al concepto de dignidad humana, fundado a su vez en el hecho de ser todos los hombres creados a imagen de Dios¹³.

En el caso de los naturales de América, explica que su rudeza no da derecho a conquistarlos por las armas. Son libres y por lo tanto pueden ser dueños de sus tierras. «El buen gobierno debe atender a todas las partes del imperio, sin sacrificar ninguna. Se pecaría contra esto si, por ejemplo, los reinos de Ultramar de España hubieran sido conquistados y se administrasen de tal modo que todos sus bienes fuesen para utilidad nuestra solamente, sin tener en cuenta sus necesidades y el bienestar de aquellos reinos»¹⁴. Esto así porque la ley debe favorecer el bien particular, pero siempre a través del bien común.

Vale la pena destacar que en 1550, tanto Bartolomé de las Casas como su contendiente Sepúlveda en las controversias de Valladolid razonaban ambos en términos de república cristiana, pero Soto lo hace dentro del *jus publicum europaeum*. De las Casas reconoce la dignidad humana de los indígenas, mientras que Domingo de Soto —como lo había hecho Vitoria— reconoce la dignidad política de los naturales americanos. En aquella primera mitad del siglo XVI Soto enfrentó el problema del reconocimiento de los principados indígenas americanos y declaró la legitimidad política de los reyes paganos con la misma valentía con que lo había hecho su maestro.

Si bien Soto no se muestra favorable a castigar a los indígenas infieles, por ser libres y no estar sometidos ni al emperador, ni al Papa, admite plenamente que se pueda luchar contra los herejes europeos porque, a diferencia de los indígenas, estos son rebeldes a la autoridad de la Iglesia y en el caso de los holandeses, también lo son al rey de España. Sobre este punto cabe recordar que, no solo la admiración intelectual fue causa de que estos conceptos se difundieran rápidamente. También los numerosos conflictos que se sucedieron en el teatro europeo, fueron causa de que Vitoria y Soto pronto fuesen imitados. La guerra naval entre España e Inglaterra fue la fuente de inspiración del inglés de origen italiano Albericus Gentilis (1551-1608) y del hispano belga Baltasar de Ayala (1549-1584) que aplicaron estos conceptos a la guerra de los rebeldes holandeses¹⁵. Respaldándose en los autores clásicos, consideraron que la guerra santa era injusta y, por tanto, un reino cristiano no podía declarar la guerra a un infiel amparándose únicamente en el motivo de no ser cristiano.

¹³ No son, por ello, estos derechos susceptibles de ser redefinidos por gobiernos nacionales y declaraciones internacionales, como ocurre con los actuales derechos humanos, basados en ideas de los pensadores iluministas del siglo XVIII, y en las revoluciones americana y francesa.

¹⁴ DE SOTO. *De iustitia et iure*. Libro I q.1. artículo 2.

¹⁵ Era natural de Amberes, aunque de padre español, estudio en Lovaina y fue auditor del ejército de Flandes.

IDEAS DE SOTO SOBRE LOS DELITOS Y LAS PENAS

Es cosa sabida que la escuela española de derecho natural encaró con éxito a través de los escritos del franciscano Alfonso de Castro (1495-1558) —mucho antes que Beccaría— el intento de construir una teoría jurídica del derecho de penar.

Lo mismo que Alfonso de Castro, su contemporáneo Domingo de Soto, insiste en que hay que desterrar los vestigios de venganza de sangre que subsisten en Europa, que los particulares no pueden ejercer la función punitiva, y que solamente la autoridad pública puede encarcelar o detener.

Para Soto el fin de la pena es la defensa de la sociedad, la que no podría subsistir si los crímenes quedaran impunes¹⁶.

Por eso la pena impuesta por el poder público no se endereza a procurar la enmienda ni el bien del culpable, sino el bien público, atemorizando a los demás¹⁷. «Apoya la pena de muerte igual que Castro¹⁸, acudiendo también a la comparación de la pena capital con la necesaria amputación de un miembro podrido para salvar al cuerpo social de la gangrena.

Como un reflejo de su posición en la sociedad, el príncipe no está facultado para decretar el indulto de los delincuentes, dejando de lado la decisión de los jueces, porque eso redundaría, dice Soto, en «daño para la república».

EL DERECHO DE PROPIEDAD

En la cosmovisión de Santo Tomás de Aquino, la economía estaba reglamentada por la justicia y fundamentada en la propiedad privada y en el intercambio. Los escolásticos que siguieron a Santo Tomás abordaron temas como las ganancias, los salarios y los intereses como tópicos de justicia conmutativa, concluyendo que no era función del gobierno determinar salarios, ganancias e intereses. Aunque la economía no era considerada aún una disciplina independiente, formaba un consistente cuerpo de doctrina, de acuerdo a la cual las relaciones económicas debían estar regidas por las leyes de la justicia distributiva y conmutativa.

Durante el siglo XVI tuvo lugar un cambio fundamental en el funcionamiento de la economía, porque los descubrimientos y conquistas de los españoles y portugueses habían dado lugar, por primera vez en la historia de la humanidad, a la existencia de una economía mundial.

¹⁶ *De iustitia et iure* 1.q.2 a.2.

¹⁷ *De iustitia et iure* I.VI.q.5.a.2.

¹⁸ *De iustitia et iure* I.V. q.1n.2.

Con actividad creciente, los autores de los incipientes opúsculos mercantilistas buscaban influir en la política económica, generalmente en dirección favorable a sus intereses privados. Pero, en rigor de verdad, el mercantilismo nunca fue más que un conglomerado de prescripciones no coordinadas, en tanto que la economía escolástica gozaba de la incuestionable superioridad de ser parte integrante de un sistema filosófico coherente, que siguió pronunciándose sobre temas económicos.

Como una pauta de las circunstancias de la época, recordemos que en 1517, cuando Francisco de Vitoria explicaba en la Sorbona las doctrinas de San Antonino de Florencia, sobre la perversidad intrínseca de la usura, se produjo una célebre consulta de los comerciantes de Amberes, sobre si podían continuar pagando y cobrando intereses por los préstamos. Evidentemente, si lo que estaba en riesgo era la salvación del alma, tendrían que abandonar la actividad económica.

Años después, Domingo de Soto miraba con la mayor desaprobación la regulación del precio por parte del poder político, defendiendo el precio de mercado al sostener que una cosa vale aquello por lo que puede ser vendida, excluida la violencia, el fraude y el dolo; hoy diríamos que vale el precio libremente debatido en un mercado en competencia.

Haciendo una brillante defensa de la propiedad privada, se opuso a la vez a todo tipo de propiedad coercitivamente común, expresando que sin la propiedad privada la virtud de la liberalidad sería imposible.

Escribió Soto, refiriéndose al tipo de propiedad coercitivamente común, que:

[...] si quisieran que los terrenos fueran comunes, los hombres tomarían motivo de aquí para la desidia y flojedad, porque es indecible el amor ardiente que se tiene por las cosas propias y lo desidioso y flojo que es para las cosas comunes [...]. Y como consecuencia uno arrebataría cuantos frutos le fuera posible, cosa que en esta ocasión intentarían todos en provecho propio, dada la sed de riquezas de los hombres. Por este camino era inevitable que se perturbara la paz y tranquilidad entre los ciudadanos y la amistad [...] ¹⁹.

La concepción de Soto en materia de propiedad, descansa sobre una jerarquía de seres donde Dios aparece como primer propietario, pues tiene dominio sobre la entera creación. También los ángeles tienen *dominium*, en cuantos seres dotados de inteligencia y libertad, como los hombres. Existen, por tanto, tres tipos de *dominium*: *naturale*, *divinum* y *humanum*. En cuanto al dominio natural, el hombre tiene absoluto dominio sobre todas las cosas creadas, incluso sobre las estrellas lejanas. Esta forma de derecho es pues, de derecho natural. Pero el dominio

¹⁹ *De iustitia et iure* (Libro V, Cuestión III); citado por A. A. Chafuén en *Argumentos post Tomistas en favor de la propiedad privada*. Libertas, N° 3, ESEADE.

humano es distinto al natural y al divino, porque se despliega entre el derecho de gentes y el derecho civil. En este punto, la conclusión de Soto diferirá ligeramente de la posición clásica de Tomás de Aquino, que consideraba la propiedad como una cuestión derivable inmediatamente del derecho natural.

La propiedad sobre las cosas está representada por la palabra latina *dominium*, que Soto distingue de la *possessio*, del *usus*, y del *usufructus*. El derecho del *dominus* se ejerce en beneficio de este, sin embargo este ejercicio del derecho esta limitado por la ley. Tengamos presente que la palabra *dominium* designaba el derecho real de propiedad, a diferencia de la *proprietas*, que tenía aun entonces un significado ante todo procesal, como correspondiendo a la acción que compete a todo propietario para reclamar lo que es suyo. Porque Soto estimaba que la base de todo el derecho que componen los contratos y todo tipo de convenciones era el dominio, de forma que el derecho real de propiedad es la categoría básica y radical de la justicia conmutativa. ¿Qué es el dominio, se pregunta este teólogo? Es una facultad sobre las cosas, pues es lo mismo que la facultad de disponer libremente sobre las cosas. Tenemos así tanto la pretensión de construir un sistema jurídico tomando como punto sistemático de referencia el derecho de propiedad, como la identificación de este derecho con una facultad. Si añadimos estos datos a la doctrina sobre el fundamento, naturaleza y límites del poder político, obtendremos un conjunto jurídico-político netamente moderno.

Como hijo espiritual de Santo Domingo de Guzmán, el maestro segoviano fue además extraordinariamente sensible ante la pobreza evangélica. En 1545, con ocasión de proyectos de reglamentación benéfica en varias ciudades de Castilla, le dedicó una de sus obras: la *Deliberación en la causa de los pobres* (1545).

LOS DISCÍPULOS DE SOTO

Me acerco al fin de la exposición destacando que el calificativo de maestro, que he aplicado a Soto a lo largo de estas líneas, no es gratuito. Como la mayoría de sus colegas, contemporáneos en las aulas salmantinas, Domingo de Soto fue un maestro que intencionadamente esmaltaba la explicación de citas, referencias y alusiones a personas y sucesos que llenaban el mundo, haciéndola actual, e interesando en ella todas las facultades de los alumnos, que lloraron su pérdida.

Sin ánimo de contrafactuar, podríamos hoy llegar a preguntarnos cuánto más hubieran tardado en aparecer un Domingo Bañez, un Vázquez Menchaca un Covarrubias y Leiva, un Francisco Suárez, un Luis de Molina, o si hubiesen alguna vez aparecido, en caso de que hubiera faltado la enseñanza directa de un Domingo de Soto; o la lectura de sus libros. Baste decir para ilustrar este último punto, que la obra de Domingo de Soto *De iustitia et Iure* se imprimió veintisiete

veces entre los años 1553 y 1600, y muchas veces en el extranjero, en Amberes, en Venecia, en Lyon²⁰.

Cuando Domingo de Soto enseñaba en Salamanca, Báñez era estudiante, y quiso el destino que él mismo asistiera personalmente a la muerte del maestro. Su primer biógrafo fue el agustino fray Luis de León, que nos ofrece un esquema de la vida de Domingo de Soto en las últimas páginas de la oración fúnebre que pronunció por encargo de la universidad de Salamanca en las exequias solemnes del maestro. Es una pieza maestra escrita en latín renacentista, de un inapreciable valor literario. «Yo tengo una razón especial para dolerme, pues fue mi maestro y como a un padre lo estimaba», y así «lo lloro como se llora la pérdida de un óptimo padre» (*ut parentem optimum amissum defleo*). «La posteridad, oh Soto, recordará todas estas cosas. Aunque gran parte de ti las conservamos en tus escritos, la pérdida de tu presencia nos deja misérrimos».

Para terminar diré que, cada vez que se habla de la escuela española de derecho natural, es un lugar común hablar de una escolástica tardía, lo que da la sensación de que se tratase de una supervivencia, de un movimiento retrasado, cuando en realidad es un humanismo cristiano rigurosamente contemporáneo al tiempo en que se desenvuelve. ¿Fue Domingo de Soto una figura epigonal? Entre Santo Tomás y Soto corrieron tantos años y pasaron tantas cosas, que bien podría hablarse de una renovación escolástica.

Hoy, cuando el derecho enfrenta más que nunca nuevas situaciones, brota de la lectura de sus obras tal atmósfera de contemporaneidad, que comprendemos claramente que todo pasado es prólogo; y podemos cerrar esta exposición diciendo junto con Fray Luis de León: «Soto, no hay razón para pensar que has muerto» (*non est cur te, Soto, interiisse putemur*).

BIBLIOGRAFÍA

BARCIA TRELLES, Camilo

1949 *Interpretación del hecho americano por la España universitaria del siglo XVI. La escuela internacional española del siglo XVI*. Montevideo.

BELTRÁN DE HEREDIA, Vicente

1960 *El pensamiento político de Domingo de Soto y su concepción del poder*. Salamanca.

CARO BAROJA, Julio

1985 *Las formas complejas de la vida religiosa (siglos XVI y XVII)*. Madrid.

²⁰ CARRO «La teología y los teólogos juristas españoles ante la conquista de América» (p. 86).

CARPINTERO BENÍTEZ, FRANCISCO

1988 «La modernidad jurídica y los católicos». En *Anuario de Filosofía del Derecho V*.

1999 *Historia del Derecho natural. Un ensayo*. México.

CARRO, Venancio

1930 *Domingo de Soto y el Derecho de Gentes*. Madrid.

1943 *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*. Madrid.

1958 «El emperador Carlos V ante las controversias teológico jurídicas de Indias». *Cuadernos hispanoamericanos*. Volumen 36, Nº 107-108.

CASTÁN TOBEÑAS, José

1950 *El Derecho y sus rasgos en el pensamiento español*. Madrid.

CORTS GRAU, José

1949 *Los juristas clásicos españoles*. Barcelona.

DEL VECCHIO, Giorgio

1960 *Filosofía del Derecho*. Barcelona.

GALLEGOS ROCAFULL, José M.

1946 *El hombre y el mundo de los teólogos españoles de los siglos de oro*. México.

HINOJOSA, Eduardo de

1890 *Influencia que tuvieron en el derecho público de su patria y singularmente en el derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo*.

LAMAS, Félix Adolfo

1974 *Los principios internacionales desde la perspectiva de lo justo concreto*. Buenos Aires.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis

1959 *El concepto del Estado en el pensamiento español del siglo XVI*. Madrid.

SOTO, Domingo de

1922-26 *Tratado de la Justicia y el derecho*. Versión castellana de RIPIO, Torrubiano J. 2 volúmenes (incompleta). Madrid.

1964 *Relección «De dominio»*. Edición crítica y traducción por BRUFAU PRATS, Jaime. Granada.

1965 *Deliberación en la causa de los pobres*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

1967-68 *De la Justicia y el derecho*. Edición facsímil del texto latino y versión española del P. M. Ordóñez. 5 volúmenes. Madrid.