

LA RECEPCIÓN DEL *BELLUM IUSTUM* EN LAS PARTIDAS Y EN LAS LEYES DE INDIAS

ANTONIO DÍAZ BAUTISTA
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Murcia

Cuando leemos la expresión “guerra justa” no es posible reprimir un estremecimiento de desagrado. La guerra es la violencia desatada, el furor ilimitado, lo más lejano al equilibrio de la justicia. La Justicia sólo se alcanza por el imperio de la razón, y la guerra es exactamente la más exaltada expresión de la irracionalidad humana. Si nos detenemos a pensarlo, la única guerra justa es la que no se declara jamás, aquella en que la confrontación fue eliminada dando a cada cual lo suyo. Sin embargo, no debe el historiador ignorar los esfuerzos intelectuales que ha hecho la Humanidad para conciliar conceptos tan antitéticos como Guerra y Justicia, y cómo, desgraciadamente, sigue intentándolo. Incluso hay que reconocer, con cierto sonrojo, que la aspiración a definir la “guerra justa” y a establecer un “Derecho de la guerra” ha servido en muchos momentos para evitar contiendas o para limitar los efectos desastrosos de las mismas.

La reflexión nos viene del Mundo Antiguo, cuando las guerras eran menos devastadoras que ahora, pero tan frecuentes que la paz se solía presentar como unas inesperadas vacaciones en la rutina bélica. Esto nos lleva a dudar sobre si la guerra era en el Mundo Antiguo una situación excepcional o cotidiana. El

(1) Esta comunicación fue presentada al I Congreso de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, celebrado en Granada en 1995. La preparación del II Congreso impidió a su autor enviarlo para la publicación en las Actas granadinas por lo que se aprovecha ahora para darlo a la imprenta.

tema está en relación con muy antiguas visiones filosóficas de la Historia. Para una concepción parmenidiana o estática sería la guerra una transgresión pasajera, como las ondas que la piedra genera en el estanque y que tienden a volver a la “normalidad”. La guerra sería una anomalía, por más que fuera habitual: el estanque debería presentar una superficie tersa, aunque en la práctica cayeran sobre él las piedras con demasiada frecuencia. Para una concepción dinámica que podríamos llamar “heraclítea”, pero también “hegeliana”, sería la guerra la forma normal de manifestarse la Historia, en devenir constante, como el discorrir tumultuoso de un torrente. Y no olvidemos que las concepciones políticas surgidas a la luz de la dialéctica hegeliana, fascismo y comunismo, se han servido de expresiones bélicas como “conquista del Estado” o “lucha de clases”.

La tesis tradicional, sostenida por Mommsen, Momigliano y Vernant, entre otros, afirmaba la “hostilidad natural” del hombre antiguo. La paz no sería más que una “interrupción contractual” de la guerra. Pero, más recientemente, subraya Ilari cómo también en el Mundo antiguo eran frecuentes los intentos de evitar la guerra, de reducir sus efectos destructores, o de someter a ciertas reglas la actividad bélica.

Por otro lado, el Derecho, que tiene mucho de violencia ritualizada, toma elementos de resonancia bélica especialmente en lo referente al proceso, donde las acciones semejan lanzas mientras las excepciones son escudos. Si recordamos en Derecho romano el *imperium* militar de los magistrados y del *Princeps*, el comicio centuriado, el *testamentum in procinctu*, la *provocatio ad populum* y el crimen *maiestatis*, el *testamentum militis*, el *peculio castrense*, o la estamentalización del ejército en el Bajo Imperio, concluiremos que guerra y Derecho, en cuanto realidades sociales, no son dos mundos tan distantes como pudiera parecer.

Si se pretende aplicar criterios jurídicos a la actividad guerrera hay que distinguir dos núcleos de cuestiones: dos enfoques o puntos de vista a la hora de examinar el problema. Ilari los sintetiza bajo la denominación de “concepción judicial” y “concepción agonal” de la guerra. La “concepción judicial” hace referencia a la justificación ético-jurídica de la guerra, a su licitud, pero se desentiende de su desarrollo. Si la guerra es justa “vale todo”. La concepción “agonal”, en cambio, se ocupa de la reglamentación de la guerra una vez iniciada, sin hacer cuestión de su licitud. Sea o no justa la guerra, en todo caso ha de lucharse sometiéndose a ciertas reglas, a menudo fundadas en la idea de reciprocidad.

En el Mundo griego predominó concepción “agonal”, siendo frecuentes, al

menos en los tiempos más remotos, las convenciones pre-bélicas, depositadas en los templos, por las que los pueblos decidían previamente las condiciones de una eventual guerra, las armas que se emplearían, y ciertas limitaciones a la violencia para evitar la destrucción total, los asedios por hambre y sed, o las profanaciones de lugares sagrados. A veces también estas convenciones, o anfictionías preveían la posibilidad de arbitrajes.

Aunque en la dilatada historia bélica de Roma podemos encontrar rastros de ambas concepciones, es evidente que predominó la primera, es decir, la concepción que Ilari llama “judiciaria”, manifestada en las normas del *ius fetiale*.

Seguramente los romanistas hemos prestado poca atención al colegio de los feciales en Roma, porque su carácter sacerdotal nos ha llevado a pensar en funciones exclusivamente religiosas. Pero no hay que olvidar que el sacerdote romano es más un enviado del pueblo ante los dioses que un enviado de los dioses ante el pueblo, y por ello su intervención en cuestiones jurídicas y políticas, es decir en asuntos “laicos” podía llegar a ser bastante relevante. Un breve examen de la actividad de los Feciales pone de relieve que no sólo se trataba de sacerdotes encargados de celebrar ritos relacionados con la guerra y los tratados internacionales, sino que actuaban como una verdadera Cancillería asesorando la política exterior romana.

Los feciales eran un grupo de veinte magistrados-sacerdotes que tenían la misión de representar al pueblo romano en todos los asuntos de relevancia internacional. La información más completa nos la da un conocido texto de Nonius (529,17) cuando nos cuenta que los Feciales según los antiguos romanos eran los que tenían el sagrado oficio de enviados ante aquellos que cometían hostilmente violencia o rapiña contra el Pueblo Romano, habiéndose hecho un tratado establecían las garantías jurídicas; no se iniciaba una guerra, a la que llamaban “piadosa “ (es decir “justa”) antes de hubiesen dictaminado los feciales.

Fetiales apud veteres Romanos erant qui sancto legatorum officio ab his, qui adversum populum Romanum vi aut rapinis aut iniuriis hostili mente commoverant, pignora facto foedere iure repetebant: nec bella indicebantur, quae tamen pia vocabant, priusquam id fuisset Fetalibus denuntiatum.

Su introducción se remontaba, según la tradición, a los legendarios reyes latinosabios, porque parece que ya existían en otros pueblos de Italia. Eran elegidos por ellos mismos, es decir por cooptación, entre las familias más aristocráticas, aunque posiblemente, y el tema está discutido, se dio entrada también a los plebeyos en un momento posterior.

Entre las competencias del colegio fecial tiene especial interés para el

jurista su intervención en la redacción y firma de tratados internacionales de alianza. Los feciales estudiaban el tratado, redactaban sus cláusulas, llevaban las negociaciones con el otro pueblo, y finalmente lo proponían al Senado para que lo aprobase. Cuando el pueblo con el que se firmaba el tratado no tenía representante oficial en Roma, el Senado Romano, que había aceptado el proyecto de tratado propuesto por los feciales, enviaba una comisión de feciales, presididos por el *pater patratus*, o *princeps fetialum*; llevaban en la cabeza una hierba sagrada (*verbena*), símbolo de su inviolabilidad, y se reunían con los representantes del otro pueblo en un lugar convenido. Allí se leía el tratado y se pronunciaba un juramento en el que se invocaba a los dioses mientras se hería a un cerdo, advirtiendo que quien violase el tratado sería herido como aquel animal.

También intervenían los feciales en los temas de extradición. Cuando algún romano violaba un tratado podían, los feciales decidir su extradición (*deditio*); en tal caso, el *Pater patratus* lo entregaba al pueblo perjudicado, de un modo semejante a la entrega noxal de los esclavos o los hijos.

El acto más importante que realizaban los feciales era la declaración de guerra puesto que ellos examinaban las causas de la guerra, su conveniencia, su posible justificación y cumplían las formalidades preestablecidas para declararla. Esta intervención de los feciales, y la observancia de los ritos, eran imprescindibles para que la guerra se considerase justa. En la mentalidad romana sólo la guerra justa era posible: Roma no podía declarar jamás una guerra injusta, es decir una guerra no ajustada al *ius fetiale*. Se trata, evidentemente de la concepción llamada “judiciaria” que pone el acento en la licitud de la declaración y no en el desarrollo de las hostilidades. Pero conviene que no nos dejemos llevar por el formalismo ritual del *ius fetiale* y no es lícito pensar, como hace Laurent, que la guerra más injusta del mundo se convertiría en justa si el fecial había pronunciado las fórmulas sagradas. Quedarnos en el mero ritual sería minimizar la labor de estos feciales que, recordémoslo, eran sacerdotes pero también magistrados. Parece claro que los feciales examinaban las causas por las que se podía declarar la guerra en cada caso concreto y dictaminaban sobre su conveniencia.

Si los feciales consideraban que la ofensa cometida por el pueblo enemigo era suficiente para declararle la guerra, iban a la ciudad enemiga y recitaban una fórmula solemne, llamada *rerum repetitio* en la que “reclamaban” la devolución de las cosas, o los terrenos quitados a los romanos, o, en general la reparación de la ofensa e invocaban a los dioses. Conocemos esta fórmula por Tito Livio 1,32,6 y sigs.

Audi, Iupiter..., audite fines..., audiat fas; ego sum publicus nuntius populi romani, iuste pieque

legatus venio verbisque meis fides sit... si ego iniuste impieque illos homines iilasque res dedier mihi exposco, tum patriae compotem me nunquam siris esse.

Después volvían a Roma y esperaban durante treinta días una respuesta positiva del pueblo enemigo. Si en este plazo no había una satisfacción volvían a la ciudad e invocaban a todos los dioses (tanto celestes como infernales) avisando a los enemigos de que iban a informar al Senado de la actitud rebelde de aquel pueblo.

Audi Iupiter et tu Iane Quirine diique omnes caelestes vosque terrestres vosque inferni audite! Ego vos testor, populum illum... iniustum esse, neque ius persolvere. Sed de istis rebus in patria maiores natu consulemus, quo facto ius nostrum adipiscamur.

Tras esto, volvían a Roma e informaban al Senado garantizando que habían cumplido escrupulosamente todas las formalidades. Si el Senado y el Comicio aceptaban declarar la guerra, iban los feciales, a la frontera, con su jefe (pater patratus) quien, revestido de las insignias sacerdotales, y con la cabeza cubierta con un manto, declaraba solemnemente la guerra y lanzaba simbólicamente una lanza en señal de hostilidad al territorio enemigo.

Quod populi Priscorum latinorum homininesque Prisci Latini adversum populum Romanorum Quiritum fecerunt deliquerunt, quod populus Romanus Quiritium bellum cum Priscis Latinis fieret, ob eam rem ego populusque Romanus populis Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis bellum indico facioque.

Si se habían cumplido todos estos requisitos del ius fetiale la guerra se consideraba “justa” y a partir de ese momento se trataba de una “guerra total” en la que no había limitaciones a la violencia y el vencido quedaba a merced del vencedor. De ahí ciertas consecuencias, habituales en el Mundo antiguo, aunque repugnantes a la sensibilidad actual, como la aprehensión del botín de guerra con la consiguiente venta sub hasta, las asignaciones de tierras tomadas al enemigo, o la esclavitud de prisioneros.

Ahora tenemos que preguntarnos cómo reaparece la doctrina del bellum iustum en la Recepción española. Naturalmente sería empeño desmesurado un estudio exhaustivo de las fuentes legales y doctrinales. Por eso nos limitamos ahora a dos obras legislativas cumbres de nuestra tradición jurídica: las Partidas y las Leyes de Indias, y adelantemos que la asunción de este tema presenta en uno y otro caso diferencias muy significativas.

Encontramos en primer lugar una alusión a la guerra en la Part. 2,1,2, bajo la rúbrica Que poder ha el Emperador, e como deue usar del Imperio. Allí se distingue entre poderío de derecho y de hecho. Respecto al poderío de derecho establece una larguísima enumeración de poderes del Emperador y entre ellos

incluye que ...por su mandado deuen fazer guerra, e tregua e paz. Esto significa que para el Sabio Rey la guerra, la tregua y la paz son manifestaciones de un poder jurídico concedido al gobernante y no de una mera violencia fáctica situada extra muros del orden jurídico. Así lo entiende Gregorio López que siguiendo a Bártolo y a otros autores escribe: ... quilibet habens jurisdictionem potest bellum indicere.

Pero es algo más adelante, en el Tít. 23 de la misma Part. 2 donde se desarrolla el pensamiento alfonsino sobre la contienda bélica. El proemio introductorio de este título comienza aceptando el fatal contrapunto que preside cualquier reflexión jurídica sobre la guerra. Dice así:

Guerra es cosa que ha en si dos cosas. La vna del mal. La otra del bien.

Y más adelante:

Ca el guerrear, maguer ha en si manera de destruyr, e de meter departimiento e enemistad entre los omes; pero con todo esso, quando es fecha como deue, aduze despues paz, de que viene asosegamiento, e folgura e amistad. E porende dixeron los Sabios antiguos, que era bien sofrir los omes los trabajos, e los peligros de la guerra, por llegar despues por ellos a buena paz, e a folgura. E pues que el mal que ha en ella, aduze bien, e por aquella sospecha se mueuen los omes a fazerla, deuen los omes que la quieren comenzar, ser mucho enuisos, ante que la comiencen....

Como vemos la justificación ética de la guerra es la de obtener después la paz, pero se aprecia una lejana recepción de la idea romana del bellum iustum cuando señala que esta guerra que conduce a la paz es quando es fecha como deue, y también se insinúa una concepción romana “judiciaria”, al poner el acento no en desarrollo de las hostilidades sino en la licitud de la declaración, deuen los omes que la quieren comenzar, ser mucho enuisos, ante que la comiencen....

La concepción “pacifista” y por tanto negativa de la guerra que la presenta como situación excepcional, aunque sea frecuente o necesaria, es la que nos describe el Rey Sabio en las primeras líneas de la Ley 1 del Tít. 23 de esta Part. 2ª bajo la rúbrica Que cosa es Guerra, e quantas maneras son della:

Los Sabios antiguos que fablaron en fecho de guerra, dixeron, que guerra es estrañamiento de paz, e mouimiento de las cosas quedas, e destruymiento de las compuestas. E avn dixeron, que guerra es cosa de que se levanta muerte, e captiuerio a los omes, e daño, e perdida, e destruymiento de las cosas.

Como vemos, esta descripción responde a la concepción que hemos lla-

mado al principio estática o parmenidiana.

A continuación entra a catalogar los tipos de guerra que son cuatro:

- *La Primera que llaman en latín justa, que quiere dezir en romance, como derechurera. E esta es cuando ome la faze por cobrar lo suyo de los enemigos, o por amparar a si mismos, e a sus cosas dellos.*
- *La segunda manera llaman en latín injusta, que quiere tanto dezir, como guerra que se mueue por soberuia, e sin derecho.*
- *La tercera llaman ciuilis, que quiere tanto dezir, como guerra que se levanta entre los moradores de algund Lugar, en manera de bandos, o en el Reyno, por descuerdo que ha la gente entre si.*
- *La quarta llaman plusquam ciuilis, que quiere tanto dezir, como guerra en que combaten, non tan solamente los Cibdadanos de algund Lugar, mas aun los parientes de un lugar vnos con otros, por razón de bando...*

En la primera de estas categorías, la guerra justa, aparece todavía un recuerdo de la *rerum repetitio* de los *feciales* cuando habla de que el ome la faze por cobrar lo suyo de los enemigos, la glosa de Gregorio López subraya este carácter de *debitum de jure gentium* para calificar la guerra de justa, pero, por lo demás no hay como en Roma una atribución concreta a un órgano especializado que informe sobre la licitud de la declaración guerra, ni menos una ulterior remisión a una asamblea consultiva como era el Senado para que adopte la decisión. Tampoco aparece en las Partidas un procedimiento formalista de declaración de guerra cuya observancia sirva para calificarla de “justa”.

La ley siguiente, la número tres, cuando describe la guerra justa, la que se hace “con razón y con derecho” se refiere a la defensa de la Fe, al servicio y honra del Señor, esto es del gobernante, y la propia defensa del pueblo y de su territorio. En suma, podemos concluir que la idea de *bellum iustum* en las Partidas, presenta algún eco de la concepción romana, pero vago y distante, asentándose más bien en las ideas de la ética cristiana medieval. Consecuentemente, la larguísima glosa de Gregorio López que acompaña a esta Ley se refiere casi exclusivamente a obras de teólogos y especialmente a la *Summa* tomista.

Sin embargo nos encontramos con un precepto de las Leyes de Indias donde la resonancia romana es más patente. En la Recopilación, Lib. 3, tít. 4, ley 9 se recoge una disposición del Emperador Carlos V dada en Valladolid el 26 de junio de 1528 que dice así:

Establecemos y mandamos, que no se pueda hacer, ni haga guerra á los Indios de ninguna Provincia para que reciban la Santa Fe Católica, ó nos

dén la obediencia, ni para otro ningun efecto, y si fueren agresores y con mano armada rompieren la guerra contra nuestros vasallos, poblaciones y tierra pacífica, se les hagan ántes los requerimientos necesarios una dos y tres veces, y las demás que convengan, hasta atraerlos á la paz, que deseamos, con que si estas prevenciones no bastaren, sean castigados como justamente merecieren, y no mas; y si habiendo recibido la Santa Fe, y dádonos obediencia, la apostataren y negaren, se proceda como contra apóstatas y rebeldes, conforme á lo que por sus excesos merecieren, anteponiendo siempre los medios suaves y pacíficos á los rigurosos y jurídicos. Y ordenamos que si fuere necesario hacerles guerra abierta y formada, se nos dé primero aviso en nuestro Consejo de Indias, con las causas y motivos que hubiere para que Nos proveamos lo que mas convenga al servicio de Dios nuestro Señor, y nuestro.

En esta pragmática, junto a la justificación ética de la guerra, siempre defensiva, se establece un ritual que es causahabiente directo de la vieja tradición romana: el triple aviso a los enemigos, que antaño hacían los feciales, y el examen previo por una Cámara consultiva, que, a imagen del Senado, es ahora el Consejo de Indias.

Habría que preguntarse por qué esta ley de Indias recoge la práctica romana con más apego que las propias Partidas, habitualmente tan respetuosas con lo que dixerón los Sabios antiguos. Me parece que se trata de un detalle revelador de diferencias entre la Recepción medieval y la renacentista. Las noticias de los feciales y de su actividad, nos llegan tan sólo de la mano de historiadores y gramáticos. Si se consulta el Thesaurus se encuentra que no aparecen citas del Corpus Iuris. En el siglo XIII estos autores son menos conocidos, menos leídos y, sobre todo, no son tenidos en cuenta por los glosadores y los maestros de las incipientes universidades que se limitaban al estudio de la Compilación justiniana. Pero en pleno apogeo del Humanismo, en 1.523, el estudio historicista y filológico hace que los juristas, aunque no se acojan abiertamente al mos gallicus, tengan presentes estos datos, especialmente sugestivos cuando se remontan a los tiempos remotos de la Monarquía y la República.

Creo que lo anterior es un dato más para una apreciación histórica que no ha sido suficientemente valorada. La dimensión renacentista de la conquista americana. Cuando, hace tres años, celebramos el V Centenario, nos preocupamos de la exaltación sentimental de la gesta y, sobre todo, de cargar responsabilidades sobre los españoles de hoy por las tropelías que cometieron los antepasados de quienes ahora pueblan los países hermanos de América. Posición a mi

entender tan ridícula como sería cargar sobre los italianos de ahora las culpas por los atropellos que pudo cometer Roma en su expansión imperialista. Pero pienso que sería útil, para entender aquella hazaña, recordar cómo el hombre del siglo XVI se encandilaba con los recuerdos de la cultura grecolatina. Es cierto que la conquista americana fue obra de soldados que no declamaban hexámetros ni saboreaban los refinamientos del humanismo. Pero está demostrado que su nivel cultural era, en general, relativamente alto para la época. La gran mayoría de los soldados sabía leer y escribir, cosa muy rara en aquel tiempo, y algo más: muchos de ellos eran veteranos que habían combatido en Italia junto al Gran Capitán, es decir que habían transitado por la cuna misma del Renacimiento. No hay que olvidar que las masas populares son mucho más permeables de lo que parece a las ideas de las élites, y con frecuencia las simplifican y esquematizan, reduciéndolas a los aspectos más fácilmente digeribles. El soldado castellano que “pasaba a Indias” compartía, quizás sin darse cuenta, aquellos ideales renacentistas de glorificación personal, de magnificación de la epopeya bélica, propios del mundo clásico y quería, al menos, asemejarse a los guerreros triunfantes, de músculos tensos y mirada feroz, que había visto esculpidos en los medallones de las fachadas. Buscaban tierras fantásticas, cuyas noticias procedían de la Mitología antigua. Al igual que Roma, inició Castilla su expansión imperialista tras un largo y duro periodo de conquistas, dentro de sus penínsulas, partiendo de una base mínima, y luchando contra pueblos de organización muy superiores. En ambas expansiones jugaron, desde luego un papel muy importante las ambiciones materiales, por lo común frustradas, pero también el deseo de glorificación personal, de manifestar la virtud. Incluso la “técnica” expansionista, en ambos casos presenta paralelismos: alianzas con pueblos amigos, conquista de los pueblos enemigos de los aliados, por un deber impuesto por la fides, y después la acusación al aliado de haber vulnerado esta misma fides, lo que justifica que sea también sojuzgado. En una y otra expansión surge un inusitado cultivo de la literatura histórica, exponente de la conciencia que tenían sus protagonistas de la excepcionalidad de la empresa. La misma concepción de la expansión como un proceso de incorporaciones, trasplantando a los territorios conquistados la organización política y jurídica de la metrópoli, presenta grandes semejanzas en el caso romano y en el español.

Podríamos buscar muchos ejemplos concretos de aplicación de conceptos jurídicos y políticos del mundo romano a la conquista y colonización española en América. Pero ahora hemos de limitarnos simplemente a llamar la atención sobre estos paralelismos, bien conocidos, pero frecuentemente olvidados. El

imperialismo romano y el español, con sus luces y sus sombras, han sido acontecimientos históricos de tal singularidad que es más interesante explicarlos que alabarlos o condenarlos. Jamás sabremos si nuestro mundo actual sería mejor o peor de no haberse producido estas conquistas.