

Cuestiones de Derecho Internacional en Antúnez de Portugal

I. MARE CLAUSUM, MARE LIBERUM

Primero en 1924 y después en 1937, el ilustre historiador portugués del Derecho, Paulo Merea, se ocupaba de los jurisconsultos portugueses y la doctrina del «mare clausum». Tuvo entonces ocasión de señalar cómo Antúnez recogía y hacía suyas «con grande copia de erudição» las tesis de Benito Gil y Serafín Freitas, añadiendo que la obra más amplia de Selden, *Mare clausum*, la más celebre de las suyas era citada en cada momento por Domingo Antúnez, en el examen de la cuestión contenida en el capítulo VIII del libro tercero de *Donationibus*¹. Es, por tanto, cierto para Meréa que Antúnez se

¹ El «*Tractatus de donationibus jurtum bonorum Regia Coronae*» fue editado en Lisboa, el primer tomo en 1673 y el segundo en 1675; posteriormente se editó en un solo volumen en 1688, en Lyon, que es la edición que se ha utilizado para este trabajo. Consta de un primer tomo de 510 páginas y un segundo de 484, más un índice sin numerar; como es normal, todo el texto en latín de esa época, que ha sido necesario traducir. La estructura y forma de la obra de Domingo Antúnez de Portugal es sencilla. Aparece en forma de tratado, dividido en dos partes. La primera de ellas está a su vez dividida en dos libros, que se ordenan en un total de treinta y cinco capítulos, conteniendo el libro primero dos preludios que tratan de la definición de la donación, la cuestión de si la misma se puede incluir entre los contratos nominados, las categorías modificatorias de la donación (bajo modo condicional, matrimonial, etc.). La segunda parte consta de un solo libro, que se señala con el número tercero, para acentuar la clara continuidad de la obra, pese a haber sido editada en un principio en dos tomos diferentes y con el intervalo de dos años.

La importancia de Domingo Antúnez de Portugal como tratadista de Derecho público fue apuntada ya en 1923 por Paulo Meréa, quien en sus «*Leções de Historia do Direito Portugues*» apuntaba (p. 109), «e muito importante o seu tratado “De Donationibus” sobretudo como exposição das doutrinas de direito publico do tempo (se. XVII)». Pero no se le menciona entre los jurisconsultos recogidos en la *Exposição Sucinta do Direito Portugues*, siguiendo las lecciones de

inscribe en el grupo de los partidarios de limitar la navegación frente a la teoría grociana de la libertad ².

En realidad, Antúnez se ocupa de la cuestión en dos puntos de su obra. La primera al tocar, siguiendo a Gregorio López (lo que implica seguir a Vitoria) ³, la incorporación de las islas descubiertas en las navegaciones exploratorias o de descubrimiento, cuestión esta que Meréa no hace ninguna alusión. La segunda, cuando se ocupa de estudiar las «res communes omnium», estudia la navegación.

En lo referente a la primera cuestión (las islas), Antúnez mantiene el principio de que si se halla una isla en el mar, ésta pertenece al príncipe en cuyo territorio haya sido descubierta y no pone en duda que todas las islas del mar que pertenecen a un príncipe están bajo su jurisdicción y constituyen una regalía propia del monarca.

También nos advierte Antúnez que la legislación portuguesa sólo incluye entre las regalías la isla de mar y no las de río, ya que éstas pertenecerán a los predios que están junto a la ribera.

Al tratar las «res communes omnium», Antúnez nos recuerda las ideas generales relativas a que en un principio todas las cosas fueron creadas por la misma naturaleza para utilidad y conservación del género humano, y consta que en ese momento eran comunes, sin que estuvieran bajo el dominio de nadie. Pero una vez que la naturaleza humana fue manchada con el pecado original y el género humano se propagó hasta tal extremo que todos no podían vivir en comunidad, la razón exigía (es más, la misma necesidad obligaba) a que el dominio de las cosas se separara, tanto para evitar las discordias (que la vida en común suele producir, incluso entre los hermanos) como para que cada uno buscara con diligencia su forma de vivir y alimentarse tanto él como los suyos. Sobre todo, porque no suele apreciarse lo que se posee en común.

Para evitar las confusiones, se distinguieron los dominios de las cosas según el Derecho de gentes. No obstante, algunas cosas no fueron ocupadas por nadie, para que su uso revirtiera en utilidad general, permaneciendo comunes a todos. Así, permanecieron comunes el aire, el mar y sus litorales.

Estas cosas «comunes» también se llamaron «públicas», en cuanto que la palabra público se toma en su significación más general. Y esa es la razón por la que las cosas humanas se distinguen entre «públicas» y «privadas»; siendo

Paulo Meréa en 1921-1922, que editaron en Coimbra, 1922, A. Marques y C. Cardoso. El propio Meréa, en su trabajo de «De André de Resende a Herculano, Sumula Histórica da Historia do Direito Portugues» (en *Estudios de Historia do Direito*, Coimbra, s.f., p. 12) lo menciona como uno de «alguns poucos» entre los jurisconsultos que «fornecen contribuiçao dalguna valia para a historia do direito nacional», pero le separa (inexactamente como tendremos ocasión de contemplar en varias ocasiones) de «os juristas e escritores políticos que... formam a ben conhecida pleiada da Restauração». Es cierto que Meréa se refiere al grupo encabezado por João Pinto Ribeiro, pero no lo es menos que el espíritu y los temas que desarrolla este grupo son también detectables en Antúnez como pone de manifiesto en su «De Donationibus».

² MERÉA, M. P., «Os jutisconsultos protugueses e a doutrina do mare clausum», en *Novos estados de Historia do Direito*. Barcelona, 1937, pp. 19 ss.

³ VICTORIA F. de, «Relictio de potestate civili», ed. BAC. Madrid, 1960.

«públicas» aquellas que por derecho natural son comunes a todos, no teniéndose por bienes de nadie. Por analogía, también pueden considerarse públicas, por Derecho «civil» o por Derecho de gentes, las que pertenecen a la comunidad o al pueblo.

En cuanto al mar, Antúnez mantiene la idea de que pertenece al territorio de la «ciudad», es decir del Estado que está más cerca de él, y por tanto el príncipe tiene la jurisdicción en ese mar para castigar los delitos que allí se cometen, y argumenta en apoyo de su tesis con varios razonamientos.

En primer lugar, entiende que, incluso después que fueron repartidos los dominios y el Derecho de gentes reservó el uso de las cosas comunes para utilidad de todos (de tal manera que el dominio de estas cosas no pertenecía a nadie, para que así se conservara mejor el género humano, siendo esta razón deducida de los principios de Derecho natural) esa misma razón natural en la que se apoya el Derecho de gentes exige que, después de crecer la agresividad de las gentes con la aparición de los Estados litigantes, el príncipe pueda adquirir tal derecho en el mar y en sus litorales que se los pueda prohibir a otros, para que no sea invadido, expoliado u ofendido por ellos. Basado en estas razones, todo príncipe puede sostener que este derecho le corresponde tanto por razón natural como por el Derecho de gentes, que reconoce y protege esa razón.

Un segundo argumento reside en hecho reconocido de que el príncipe puede promulgar leyes mediante las cuales prohíba el comercio en ciertas naciones y sobre algunas cosas; y en esta prohibición del comercio se incluye también la de navegación y la del uso de litoral. Tal ley sería ciertamente válida y así fue además costumbre común entre los antiguos. Luego el príncipe puede prohibir el comercio por una determinada causa a algunos.

En tercer lugar, el mar y los litorales son del Emperador o de otro príncipe en cuanto a la protección o a la jurisdicción, como muy bien trata Baldo, entre otros. Por eso el príncipe puede exigir común justicia, gabelas e imponer impuestos, exigir mercancías a los que circundan el mar, al menos dentro de las cien millas. Baldo asegura que este derecho se usa en todo el mundo, afirmando que los peajes se pagan tanto en el mar como en la tierra. Luego si el mar y los litorales son del príncipe, ciertamente podrá prohibir la navegación a otros.

En cuarto lugar, se advierte esa jurisdicción en el ejercicio del derecho de pesca y de caza, que es común a todos por el Derecho de gentes, y puede, sin embargo, ser limitado por el príncipe, quien lo puede prohibir o restringir por una causa justa, como ocurre cuando el príncipe ejercita el derecho de prohibir la pesca de ciertos peces que se llaman «reales» como son la ballena u otros.

A continuación, Antúnez critica la idea del «mare liberum» de Grocio y cita continuamente (realmente resume) a Selden, como ya advertimos al principio, en los siguientes términos ⁴.

⁴ Sobre esta polémica y su valoración en el contexto de las doctrinas y las políticas llevadas a cabo realmente, cfr. FAHL, G., *El principio de la libertad de los mares. Práctica de los Estados de 1493 a 1648*. Madrid, 1974.

Selden se enfrenta con el autor de la tesis del mar libre, Hugo Grocio, escribiendo una refutación en favor del «mare clausum», donde en su segunda parte sostiene que el Océano Atlántico pertenece a los ingleses con prohibición para otras naciones. De este modo responde no sólo a los argumentos de Hugo Grocio, sino que favorece el derecho que reclaman los reyes lusitanos en el Mar Índico, para prohibir a otras naciones su uso. La argumentación prolusitana de Antúnez se resume en los siguientes puntos:

Primero.—El Océano no fue navegable antes de la navegación de los lusitanos, ni los pueblos indios fueron conocidos por nuestros europeos. Aunque los geógrafos, poetas e historiadores hubiense dividido el Océano en zonas, la llamada «Media Torrida», fue considerada inaccesible para los antiguos, pues se negaba el tránsito del Ártico al Antártico, según Virgilio, Ovidio, Pedio, Ptolomeo y otros. Por eso el infante Enrique el Navegante (hijo de Juan I de Portugal y patrono de Alfonso V) comenzó a dirigir la navegación hacia las playas orientales, argumentando además que con ello ofrecía a Dios un máximo obsequio. Así, con su trabajo y esfuerzo, el mar se hizo navegable hasta las Indias. Como quiera que fuese necesario enviar tropas para llevar a cabo dicha navegación, Vasco de Gama, con el ejército entregado por el rey Manuel I, llevó a cabo la navegación y penetró en otro orbe.

Segundo.—Hay que considerar que, en otro tiempo, nadie dudó jamás de que la posesión del Mar Índico pertenecía a los lusitanos, con derecho a imponer prohibición para otras naciones. Luego, hay que confesar que en algún momento los lusitanos se les reconocía aquel derecho de navegación, con facultades de prohibición respecto a otras naciones.

Tercero.—El principal punto radica en la cuestión de la *prescripción* como causa adquisitiva del derecho que Antúnez quiere atribuir a su patria, usando para ello los argumentos que Selden esgrime contra Grocio. Este debate y la aplicación «per domo sua» que realiza Antúnez, constituye el núcleo de su reflexión.

Según el Derecho de gentes, las cosas comunes a todos pueden prescribir, lo cual puede suceder con el uso del mar y del río público, tanto para navegar como para pescar, con derecho de prohibir a otros de aquel derecho, según lo ejemplifican comúnmente los doctores, todos los cuales enseñan que los vénetos son dueños del Mar Adriático, con la prohibición respecto a otras naciones, por la posesión inmemorial y o por la costumbre. Así, Antúnez alega como ejemplo básico que Selden dedica todo un capítulo a confirmar que los vénetos adquirieron por prescripción el Mar Adriático, y por analogía entiende justo que los lusitanos consiguieran la posesión del Mar Índico por prescripción y costumbre, con la posibilidad de ejercer prohibición de su uso con respecto a otras naciones. Añade que, basados en este derecho, lo usaron sin contradicción y con conocimiento de todos los príncipes de Europa y en las naciones en que había conocimiento de este hecho, con excepción de los «bátavos», quienes después de haber cumplido la prescripción, ciertamente de forma injusta y con mala fe, se atrevieron a navegar por las regiones indicadas incluso después de que el dominio fuera repartido

entre los reyes españoles, que entonces unían a su Monarquía el reino de Portugal, y a cuyo favor estima Antúnez que Hugo Grocio escribió su alegato jurídico en favor del libro sobre el mar libre. Ciertamente, sin embargo, para nuestro autor, el dominio del Mar Índico había prescrito ya a favor de los lusitanos, y recuerda cómo Juan Selden sostiene que entre Sebastián, rey de Portugal, e Isabel, reina de Inglaterra, surgió una discrepancia sobre si los lusitanos habían adquirido el dominio de esta navegación y esa cuestión se resolvió a favor de los lusitanos.

Antúnez se cuida mucho de probar las inspiraciones y vinculaciones de Grocio con la doctrina española, y así afirma que contra esta prescripción inmemorial y legítima surge el libro de Grocio sobre el mar libre, cuyo fundamento principal reside en la autoridad de Fernando Vázquez de Menchaca, de quien extrae el siguiente texto ⁵: «de lo anterior aparece que sospechosa es la sentencia de los que creen que los vénetos y los genoveses pueden impedir sin injuria a otros navegar por el golfo o utilizar las playas de sus mares, como si hubieren prescrito en otro tiempo; esto que no solamente

⁵ VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversias fundamentales*, ed. Rodríguez Alcalde F. Valladolid, 1934, v. IV, pp. 426-428:

«Ex quibus apparet quam suspecta sit sententia eorum quos supra um. 4, retulimus, existimatum Genuenses, aut etiam Venetos posse non injuria prohibere alios navigare per gulfum aut pelagus sui maris, quasi aequora ipsa praescripserint, id quod non solum est contra dict. 1. quod in littore, ff. de acquirend. rerum domini. leg. feina. in princip. ff. de usucapionib. a flumina verb. omnibus, institu. de rerum division. 1. si quisquam, ff. de divers. & temporalibus praescription. leg. sane si maris, ff. de injuriis, sed etiam est contra ipsum jus naturae, aut gentium primaevum, quod matri non posse diximus. Quod sit contra illud jus constat, quia non solum maria aut aequora eo jure communia erant, sed etiam reliquae omnes res immobiles! licet ab eo jure postea recesum fuerit ex parte dominium jure naturae commune, distinctum divisum, sicque ab illa comunione, distinctum divisum, sicque ab illa comunione segregatum fuit, 1. ex hoc jure, ff. de justi. & jure § jus gentium & § jus autem gentium, institu. de jure naturali, tamen diversum fuit, & es in dominio maris, quod ab origine mundi ad hodiernum usque diem est, fuitque semper in comuni, nulla ex parte immutatum, ut est notum! & quanvis ex Lusitanis magnam turbam saepe audiverim. in hac esse opinione, ut eorum rex ita praescripserit navigationem Indici occidentalis ejusdemque vastissimi maris, ita ut reliquis gentibus aequora illa transferet non liceat & ex nostrismet Hispanis vulgus in aedem opinione fere esse videatur regiones, quas potissimi reges nostri Hispaniorum subegerunt, reliquis, mortalium navigare, praeterquam Hispanis jus minime sit, quasi ab eis id jus praescriptum fuerit, tamen istorum omnium non minus insanæ sunt opiniones quam eorum quod Genuenses & Venetos in eodem fere somnio esse ad solen, quas sententias ineptiri, vel ex eo delucidius apparet, quod istarum nationum singulae contra se ipsas nequeunt praescribere, hoc est, non respublica Venetiarum contra semetipsam, non respublica Genuensium contra semetipsam, non regnum Hispanorum contra semetipsum, non regnum Lusitanorum contra semetipsum, leg. sequitur, §. si vian, ff. de usucapion. §. sic itaque. institu. de action. esse enim debet differentia inter agewntem, & patientem, ut dictis juri-bus, & 1. cum filio ubi multa per Balto & Jasonem, ff. de legatis 1.1. Contra reliquas vero nationes longe minus praescribere possunt, quia jus praescriptum est mere civile, ut fuisse ostendimus supra part. 1. principali, quaestio. 3 & 4. ergo tale jus cessat, cum res egitur inter principes, vel populos superiores non recognoscentes in temporalibus. Jura enim mere civilia cujuscumque regionis quam exteros populos, nationes vel etiam homines singulos, non magis est in consideratione, quam si revera non esset tale jus, aut unquam fuisset, & ad jus commune gentium primaevum vel secundarium recurrendum est. eoque utendum, quo jure talem maris praescriptionem & usurpationem admissam non fuisse unquam constat, ergo & c.»

va en contra de las leyes cesáreas sino contra el mismo derecho natural o contra el Derecho de gentes primitivo que, como dijimos, no se puede cambiar. Contra ese derecho consta: que no solamente los mares eran comunes en virtud de ese derecho, sino todas las demás cosas inmuebles. Y aunque de ese derecho después se prescindió en parte, como respecto al dominio y propiedad de las tierras que en un principio era común por derecho natural y que después se separó y dividió, con lo que fue separado de la comunidad; sin embargo, algo muy distinto sucedió con el dominio del mar, que desde el origen del mundo hasta nuestros días permaneció común y no cambiado en ninguna de sus partes como es notorio. Y, aunque entre los lusitanos oí con frecuencia que una gran mayoría se mantenía en esa opinión, con el fin de que su rey prescribiera la navegación occidental y de su inmenso mar, de tal manera que al resto de las gentes les estuviera prohibido cruzar dichas aguas, incluso entre los mismos hispanos el vulgo parece mantener casi la misma opinión, con el fin de que por el inmenso mar que lleva a las Indias, que están sometidas a los potentísimos reyes hispanos, no tengan otros ese derecho (como si ese derecho hubiese prescrito para ellos). Sin embargo, las opiniones de todos éstos no son correctas, como tampoco lo son las de aquellos que suelen echar a los genoveses y vénetos en el mismo suelo. Estas sentencias parecen ridículas y se aclaran con el hecho de que cada una de estas naciones puede prescribir contra sí mismas; esto es, la república de los venecianos no pueden prescribir contra sí misma, ni la república de Génova contra sí misma, ni el reino de los españoles contra sí mismo, ni el reino de los lusitanos contra sí mismo. Debe existir una diferencia entre el agente y el paciente. Contra las demás naciones mucho menos puede prescribir: porque el derecho de prescripción es meramente civil. Luego tal derecho cesa cuando el asunto se ventila entre los príncipes o entre los pueblos que no reconocen superior en los asuntos temporales, pues los derechos civiles de cualquier región, respecto de los pueblos extranjeros y a los individuos concretos, no deben ser tenidos en mayor consideración que si realmente no fueran tales derechos o como si nunca hubiesen existido, debiendo recurrirse al derecho común primario o secundario para usar de él; consta que amparados en ese derecho nunca estuvo admitida la prescripción y usucapión del mar».

No sin cierto gracejo, comenta Antúnez que Grocio adorna ampliamente esta opinión de Menchaca, pero el árbol cae cuando se corta la raíz. Así, entiende que con la «reconocidísima autoridad» de Vázquez de Menchaca se derrumban los fundamentos esgrimidos por Grocio. Ciertamente, Antúnez admite que Menchaca consiguió demostrar, «con la inmensa gracia de su genio», cómo lo que carece de fundamento se derrumba por sí mismo.

Para nuestro autor, Menchaca se apoya en razones manifiestamente falsas y que no atañían a la cuestión. Ahora bien, no hace otra cosa que traducir a Selden cuando éste alega que, frente a quienes sostienen que el mar, desde el origen del mundo y hasta nuestros días, fue siempre común, sin que haya variado en alguna de sus partes. Ciertamente, tal idea no es muy clara

para aquellos que han sondeado las costumbres recibidas de las gentes a través de los siglos y sus derechos, frente a las fuentes que sostienen lo contrario. Esto es, los mares en algún tiempo pasaron, en virtud de un derecho reconocido, al dominio y patrimonio tanto del príncipe como de los privados.

Y también considera falso Antúnez que cese mutamente entre los extranjeros la prescripción, con el alegato de que nunca fue considerada de Derecho de gentes, sino de Derecho civil solamente, de forma que no podría darse la prescripción entre dos príncipes supremos, al no estar sometido uno al Derecho civil del otro. De nuevo es aquí Selden el apoyo de Antúnez: «No se puede pensar en algo más absurdo. Casi todas las cosas en las que ha intervenido el Derecho de gentes han sido conseguidas por prescripción o por una costumbre inveterada que con el consenso continuo de los usuarios han adquirido estabilidad. Por este medio los principos han conseguido el derecho sobre sus reinos y los mantienen, no solamente por las armas, sino también por la prescripción, cuando desde un principio los reinos no se obtuvieron por el justo título; luego la prescripción procede en contra del derecho de gentes».

Para sostener aún más su teoría, nos recuerda Antúnez que ha de tenerse en cuenta que Grocio, que dijo que el mar no podía caer bajo el dominio de nadie, y posteriormente escribió: «Así las tierras, los ríos y si alguna parte del mar pasó a ser propiedad de alguien, debe constarle a aquel que intenta cruzarlo». Luego reconoce que el mar puede pasar a ser propiedad. Después trata de la propiedad de los ríos y escribe: A modo de ejemplo, dice, parece que el mar pudo ser ocupado por aquel que posee las tierras de ambos lados, aunque como quedó ya claro, debe tratarse de un lago o un estrecho: siempre que la parte del mar no sea de tal magnitud, que su proporción no sea equiparable a la de la tierra. Y lo que es lícito a un pueblo o a un rey, lo mismo parece ser lícito para dos o para tres, si de forma paritaria quisieran ocupar el mar incluido entre sus lugares. Lo mismo que los ríos que riegan dos pueblos y por ambos han sido ocupados, después deben ser divididos, del mismo modo reconocen que el mar puede hacerse propio y ser ocupado.

Concluye Antúnez que las regiones de las Indias y el mar que conduce hacia ellas fueron cedidas por los Sumos Pontífices a los reyes de Portugal ⁶, siendo ellos verdaderos dueños y pudiendo prohibir a otro la navegación, y nos indica que los reyes y príncipes supremos se han apropiado del Derecho de gentes y reivindican el dominio del mar; así, los reyes lusitanos y castellanos se atribuyen el pleno dominio del mar Océano, los reyes ingleses el golfo británico, Dinamarca el Báltico y los venecianos retienen el dominio del Mar Adriático, haciendo propio lo que durante mucho tiempo había estado en común.

⁶ MATEOS, F., «Bulas Portuguesas e españolas sobre descubrimientos geográficos», en *Congreso Internacional de Historia dos descubrimientos*. Lisboa, 1961. Es quizás el mejor trabajo sobre este tema junto con el de DEWITTE, Ch. M., «Les bulles pontificales et l'expansion portugaise au xv siècle», en *Revue d'Historie Ecclesiastique* (1958), 48 (1953), 49 (1954), 51 (1956) y 53 (1958).

II. LA TEORÍA DE LA GUERRA JUSTA

En una materia como ésta, que ya en su tiempo estaba sumamente desarrollada ⁷, Antúnez se nos presenta como un buen autor que sabe resumir la especulación realizada hasta el momento en que escribe.

Nuestro autor parte del principio de que para considerar justa una guerra se requiere, entre otras cosas, la autorización de algún príncipe que no reconozca superior ⁸, quien debe sólo declarar guerras consideradas justas, pues las injustas no están permitidas ni por el derecho divino ni por el de gentes ni por el canónico.

Su concepto de guerra justa es, en realidad, una selección de las citas más clásicas al respecto y recoge el texto de San Agustín, «Iusta utem bella diffiniri solent quae ulciscuntur iniurias, si gna gens, vel civitas, quae bello pretenda est, vel indicare neglexerit, quod a suis improbe factum est, vel reddere, quod per iniurias ablatum est» ⁹, etc.

Así, pues, para Domingo Antúnez, es guerra justa la que se hace para defender la patria, la propia ciudad, la tenencia de las cosas propias, para castigar a los súbditos rebeldes, y sobre todo contra los infieles agresivos, contra los cristianos, como es el caso de los turcos, perpetuos enemigos de la fe ortodoxa («vel quod suscipitur pro defensione patrie, propriaque civitate aut pro defensione rerum, aut contra subditos rebelles et masime contra turcas infideles perpetuos hostes fidei orthodoxae»).

La inclusión de la defensa de la patria y de la propia ciudad es, en cierto modo, una justificación de la guerra civil cuando se da el segundo supuesto, pues si la propia ciudad es atacada desde fuera del territorio por invasores, estaríamos a presencia de la primera posibilidad (defensa de la patria), y la segunda (defender la propia ciudad) sólo existiría como causa específica, en caso de que el ataque viniese de dentro, es decir, en el supuesto de guerra civil.

Se concibe también guerra justal ¹⁰, la que se hace para vengar una injuria que se nos ha hecho a nosotros, o a los nuestros; por ejemplo, si agredieron a nuestros legados, los violaron, o los trataron ofensivamente. Por esta causa, justifica Antúnez, David hizo la guerra contra los amonitas.

La regla para medir la justicia de la guerra requiere, según Antúnez, cinco condiciones, relativas, respectivamente, a la persona, asunto, causa, ánimo y autoridad.

La *persona* ha de ser seglar, no eclesiástica; el *asunto* exige que la guerra se haga para recuperar bienes legítimos y para la defensa de la patria; la *causa*, impone que la guerra se haga por necesidad, como dice Aristóteles ¹¹: «haz que

⁷ ANTÚNEZ DE PORTUGAL, D., *op. cit.*, t. I, p. 347.

⁸ *Íd.*, L., C., t. I, p. 348.

⁹ *Íd.*, L., C., t. I, p. 348.

¹⁰ *Íd.*, L., C., t. I, p. 349.

¹¹ *Íd.*, L., C., t. I, p. 355.

la guerra sea tu último esfuerzo». *Ánimo* para que no se haga por odio o por insaciable avaricia, sino con una buena intención; y respecto a la *autoridad*, que se declare con autoridad de un príncipe que no reconoce superior.

De estas condiciones, resulta que *los elementos* necesarios en toda guerra para que sea justa pueden reducirse a tres: *autoridad del príncipe, causa justa e intención recta* en los beligerantes. Así, pues, en la mente de Antúnez las cinco condiciones señaladas por Baldo¹² engendran esos tres elementos.

Si ellos intervienen, la guerra será justa, pero si faltan los tres conjuntamente, o uno de los dos primeros, la guerra será injusta, como cuando sin la autorización del príncipe supremo se inicia la guerra. Se trata de banderías que llevan a cabo particulares, las cuales deben ser consideradas como latrocinios y depredaciones.

Si falta la causa justa, la guerra tampoco puede llegar a serlo. Dos son, dice Antúnez, los orígenes de las guerras, las que son justas y las que son injustas. No estudiar estos matices, y declarar la guerra sin preocuparse de indagar su justicia, es vicio que excede de toda medida humana. De los que así actúan, dice Séneca¹³: «Puede decirse que no se trata de crueldad, sino de fiereza la de aquellos para quienes el deseo es crueldad. Podemos llamarla infamia; pues son varias las clases, pero ninguna más clara que la que desemboca en la muerte de los hombres». Es así que el acto justo proviene del motivo que lo es y, al contrario, el injusto del motivo opuesto a lo justo; luego debe ser justa la causa de la guerra para que esté justificada ésta. Lo cual acontece, sobre todo, en el caso que la guerra se haga por necesidad o para conseguir la paz, de modo que podamos vivir en paz y sin injurias. Atendiendo a estos rasgos, cabe una clasificación de las guerras que nos permite hablar de guerra de defensa o de recuperación, o, incluso, de justa ofensa, lo que lleva a dividir las guerras en defensivas u ofensivas. Son defensivas, cuando con ellas se trata de defender la vida, la patria, el honor y el patrimonio. Son ofensivas o agresivas, cuando se declaran para satisfacer, mediante la venganza, una injuria recibida.

El elemento que se requiere es la recta intención de los beligerantes, que solamente interviene cuando la guerra se lleva a cabo por el bien común, y para conseguir la paz, o para evitar un mal. Si la guerra se hace por odio o por insaciable avaricia será injusta.

Los efectos de la guerra son un argumento a favor de lo necesario de observar las cinco condiciones y los tres elementos, puesto que es inevitable que muchos de los beligerantes mueran o, lo que es peor, que pierdan grandes bienes y reciban enormes sufrimientos. Por ese gravísimo efecto no se deben hacer guerras por causas leves. Los males que toda guerra acarrea llevan a

¹² En realidad, Antúnez pretende reducir a tres las cinco condiciones de guerra justa en Baldo; pero nos permitimos nosotros introducir la distinción «Condiciones/Elementos», que de esa forma no aparece contrapuesta en nuestro autor de modo expreso, para recoger mejor su pensamiento. Sobre la recepción de Bártolo en España, véase a GARCÍA Y GARCÍA, A., *Codices Operum Bartoli a Saxoferrato recensiti. Iter hispánicum*. Florencia, 1973.

¹³ ANTUNEZ DE PORTUGAL, D., *op. cit.*, t. I, p. 356. Nuestro autor recoge la cita de Séneca.

rechazar, incluso, las propias guerras que en principio estarían motivadas por causas justas, e imponen una consideración previa muy meditada y con expresión de la opinión de muchos. No basta la mera justicia de la causa, pues los males que la guerra se siguen —el que siempre sea toda guerra compendio y farrago de cuantas inhumanidades y fierezas se cometen en todo el mundo— deben ser objeto siempre de consideración previa a la declaración. Toda actuación cruel trae consigo un cúmulo de injurias y de insolencia, como dice Plutarco. Por esa razón, decía San Agustín, que el hacer la guerra es la felicidad de los malos, pero sólo angustia inconsolable para los buenos ¹⁴.

Acabado su alegato, Antúñez da muestras de nuevo de su portuguesismo (y de la exaltación de ciertas «étites» de ese reino en el momento en que vive), poniendo como ejemplo la guerra de la «restauração»: «En los últimos años lo hemos experimentado cuando hicimos la guerra cruel y justa contra los castellanos por espacio de ventisiete años» ¹⁵. Obviamente se refiere Antúñez al tratado de paz entre Portugal y España de 5 de enero (13 de febrero) de 1668 y el plazo de 27 años de situación de guerra abierta y no cerrada, pues la declaración de Juan IV fue el 15 de diciembre de 1640, lo que lleva a comenzar realmente la guerra en 1641. Así, pues, Antúñez revisaba o redactaba esta parte de su obra después de 1668.

Por estos motivos, la guerra no debe hacerse si no es por necesidad y cuando exista una inevitable presión. Frecuentemente debe renunciarse al derecho propio para evitar la guerra. Lo cual nuestro autor recuerda ser piadoso y recto entre los cristianos, a quienes exhorta a imitar el ejemplo de Cristo, recordándoles que quiso morir por todos los impíos y pecadores, y rogó al Padre por sus perseguidores.

Añade Antúñez que está muy obligado el príncipe a tener en cuenta tales riesgos, no sea que por hacer la guerra ocasione a sus súbditos mayores y más graves daños, gastos, calamidades, que los que podían venirles de los mismos enemigos. Incluso (según la que califica de verdadera jurisprudencia y la sentencia de los teólogos) las guerras justas no deben ser iniciadas por los príncipes. Antúñez se muestra aquí epígono de Vitoria, quien ya afirmó ¹⁶: «Ninguna guerra es justa si consta que va a producir a la república mayor mal que bien y utilidad; aunque por otro lado existan títulos y razones para considerar a la guerra justa» ¹⁷.

Tales presupuestos se prueban para Antúñez, porque la república no tiene potestad para declarar la guerra si no es para defenderse y defender sus bienes, es decir, para protegerse: luego si estos objetivos se debilitan más que se aumentan por la guerra, ésta será injusta, tanto si es llevada a cabo por iniciativa del rey como por la comunidad; y para redondear su discurso alega a este punto a Aristóteles, cuando afirma que se hace la guerra de forma justa cuando no pueden enmendarse de otra manera el derecho y la injuria.

¹⁴ *Íd.*, L., C., t. I, p. 356.

¹⁵ *Íd.*, L., C., t. I, p. 357.

¹⁶ *Íd.*, L., C., t. I, p. 357.

¹⁷ VITORIA, F., *op. cit.*, p. 17.

Finalmente, debe hacerse la guerra para poder vivir en paz. Ésta debe ser la recta intención de los beligerantes, quienes deben buscar la paz para preparar la guerra, sino que sólo deben hacer la guerra para conseguir la paz. Al respecto se apoya en Cicerón¹⁸: «Ninguna guerra es llevada a cabo por la ciudad óptima si no es en favor de la fe o de la salud». Matizando que el gran orador romano no usa la palabra «fe» en el mismo sentido que tiene en la religión católica, sino que significa «pacto», según las reglas del Derecho. Respecto de la voz «salud» contenida en el mismo texto, recuerda que ya San Agustín interpretó que se trata no de la salud del cuerpo individual sino del cuerpo místico de la república¹⁹.

Respecto a los *requisitos*, Antúnez exige como necesaria la declaración de guerra, y de ahí deduce que los efectos de la misma son lícitos después de esa denuncia, pero nunca antes.

Finalmente, pertenece al derecho real, en razón de su suprema potestad, la facultad de poder obligar a los súbditos a acudir a combatir en la guerra exponiéndose incluso a la muerte para defender la patria²⁰; tanto si es defensiva, como si es ofensiva, siempre, desde luego, que sea justa y declarada por causas justas.

Alega aquí Antúnez la autoridad de varios personajes bíblicos, en los que se refiere cómo el pueblo fue impulsado a la guerra²¹. Cualquier vasallo está obligado a exponer su vida y sus bienes por el rey y por la república, siempre que el peligro sea el máximo y urgente y exista esperanza de evitarlo con ese sacrificio. Aunque, los actos que tienden directamente a la muerte no pueden ser lícitos, de tal manera que ni por la salvación de la república pueda nadie ofrecerse voluntariamente a una muerte cierta; sin embargo, en la guerra, aunque el peligro de muerte sea inminente, la muerte no es cierta, de tal manera que cualquiera puede ir voluntariamente a la guerra y el príncipe puede obligarle válidamente para que se ponga en tal peligro de muerte en la guerra, y por la patria, y por la salvación de la república, aunque de él se siga la muerte.

Si la guerra es lícita no se puede imputar al príncipe aquel mal que haya sucedido independientemente de su voluntad.

Consta claramente que puede ser lícito y meritorio todo acto positivo y afirmativo, que no conduce a la muerte, sino se dirige hacia un fin justo y suficientemente bueno, aunque circunstancialmente esté próximo a la muerte y contenga un gravísimo peligro. Puesto que la guerra no conlleva necesariamente a la muerte, puede justamente el príncipe obligar a los vasallos a par-

¹⁸ CICERÓN, *De Republica*. Madrid, 1997, p. 87.

¹⁹ ANTÚNEZ DE PORTUGAL, D., *op. cit.*, t. I, p. 359.

²⁰ Sigue a este respecto Antúnez la idea de F. Vitoria que, como sabemos, está influenciado en este punto por la de Santo Tomás. En este punto, son de gran interés las reflexiones llevadas a cabo por el profesor TORRES LOPEZ, M., en «La doctrina de Santo Tomás sobre la guerra justa y sus influencias en Francisco de Vitoria», *Anales de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Granada*, 4 (1928), pp. 5-26.

²¹ ANTÚNEZ DE PORTUGAL, D., *op. cit.*, t. I, pp. 358-359.

ticipar en la guerra y a que se expongan a peligros por defender a la patria, según la frase de Horacio, «dulce et decorum est pro patria mori»²².

Añade Antúnez que no corresponde al sabio evitar los peligros que acechan a la república, pues como dice Cicerón: «nullum est periculum, quod sapiens prosalute patria vitandum arbitretur», de forma que el cuidado de la patria corresponde a la persona de aquel que principalmente la dirige, como en su cabeza suprema. Para San Agustín: «general pactum societatis unae obdire regibus», y como por la salvación de la cabeza se pone en peligro la vida, lo mismo es lícito poner en peligro la mano para salvar la cabeza, según el sentir de Antúnez²³.

III. LAS REPRESALIAS

Constituyen estas figuras (variadísimas en sus ejemplos históricos) una especie de institución jurídica (perceptible tanto en las relaciones internacionales como en las internas de un Estado), cuyos *elementos* son dos: la existencia de un ilícito por una parte y la imposición de una reparación o castigo por parte del superior a aquel que ejecutó el ilícito. El fenómeno así estudiado minuciosamente por Ruy de Albuquerque, en una monografía²⁴ que incluye tanto los hechos que afectan a la historia portuguesa como a su análisis teórico por los tratadistas de los siglos XV y XVI, pero no toca la visión del problema en Antúnez de Portugal, sino muy esquemáticamente.

Para Antúnez, lo mismo que pertenece a la suprema potestad del príncipe el derecho de declarar la guerra, así también le corresponde el derecho de conceder represalias²⁵. Las represalias suponen la respuesta a una de dos causas (unas veces públicas y otras privadas), las que se originan por una causa pública las lleva a cabo el príncipe que no reconoce superior contra otro príncipe y sus súbditos, que han hecho enemigos, cuando injustamente ocupan los bienes, lugares y castillos del mismo príncipe o de otro federado, o cuando ladrones o piratas u otros hombres de algún pueblo llevan a cabo homicidios, rapiñas u otros crímenes, a cuya corrección no entiende el superior de quién las ejecuta. En este caso, las represalias se conceden de *motu proprio* del príncipe y contienen una venganza pública y cierta especie de castigo de los crímenes. Es más, se hacen y se conceden por derecho de la guerra y con fuerza militar, porque a los agresores, por sus mismas acciones, es como si el príncipe les declarara la guerra.

²² *Id.*, L., C., t. I, p. 357.

²³ *Id.*, L., C., t. I, p. 360.

²⁴ ALBUQUERQUE, R. de, «As represalias. Estado de historia do direito portuguez (secs. XV e XVI)». Lisboa, 1972, 2 vols. Sobre Antúnez, principalmente, v. I, pp. 456 y 457, aparte de otras menciones más reducidas a la mera cita de algún pasaje.

²⁵ ANTUNEZ DE PORTUGAL, D., *op. cit.*, t. I. p. 361.

En este caso, aunque la represalias, las pignoraciones, etc., sean reprobadas y odiosas por derecho (llegando algunos autores a afirmar que están prohibidas por todo derecho), sin embargo, cuantas veces la guerra sea pública, tantas veces serán permitidas las represalias, lo mismo que la guerra es permitida por todo derecho. Antúnez recuerda lo frecuente de llevar a cabo represalias de un príncipe contra otro y contra sus vasallos, poniendo ejemplos lógicos dada su mentalidad (Juan IV contra los castellanos en 1640), a lo que añade otras realizadas por el rey de Castilla contra los franceses mientras se llevaban a cabo guerras contra otras naciones ²⁶.

Sin embargo, para nuestro autor, se debe mantener la sentencia contraria, porque el monarca no se debe decidir a aplicar represalias, a no ser por aquellas causas que motivan las declaraciones de una guerra justa. Y lo mismo que en la guerra justa pueden ser ofendidos los inocentes (si no de forma principal, sí accidentalmente, cuando de otra manera no se puede llevar a cabo la guerra), así también las represalias pueden declararse contra los libres de culpa. La razón de ello residiría en que la totalidad es un cuerpo que consta de partes, y si el príncipe negó la justicia e infirió injusticia a otros, todos los súbditos son culpables con el príncipe; argumentaciones éstas en las que Antúnez sigue los criterios de Molina, si bien Albuquerque le sitúa más en relación con el portugués Arias de Mesa.

Están exceptuadas de las represalias los legados y sus bienes; porque según el Derecho de gentes se deben conservar incólumes. Del mismo modo, están exentos de la concesión de represalias los clérigos y sus bienes, y las iglesias; de tal manera que, si es el particular el que la aplica y nos las revoca en el plazo de una mes, incurre en excomunión.

Hablando de las represalias concedidas por el Sumo Pontífice contra otro poder que no reconoce superior, cuando sus vasallos se oponen a ellas y combaten, señala Antúnez, que los clérigos no están contenidos en cierto modo en la denominación de «vasallos del rey» sino en la del pueblo, porque son ciudadanos, parte del pueblo y miembros de la república temporal. Por esta razón, aunque están exentos de tributos y colectas, no gozan de la exención en el momento de una necesidad que sobreviene repentinamente: como es el caso que el príncipe sea invadido por los enemigos. Es más, en un momento de necesidad por causa de guerra, el príncipe puede tomar los vasos de oro y plata de la iglesia, y con ellos remediar la necesidad. Por otra parte, cuando son los clérigos los enemigos de los vasallos del príncipe, éste, al estar obligado a socorrerlos, podrá conceder represalias en cuanto a los bienes de aquéllos.

Cierra su análisis Antúnez con una síntesis de la práctica de las represalias en el reino de Lusitania, donde no se dan las represalias contra sus propios súbditos y vasallos, sino solamente suelen concederse frente al príncipe y contra el cual se está haciendo la guerra y sus vasallos.

²⁶ *Id.*, L., C., t. I, p. 362.

IV. TRATADOS Y PACES, REHENES Y LEGADOS

Por coherencia con sus planteamientos bélicos es lógico que Antúnez entienda que, al igual que es potestad regia declarar la guerra, es también regalía suya firmar la paz, ya que toda declaración de paz es el fin de la discordia y el principio de la concordia y armonía que deben existir entre los hombres. Por eso, Antúnez sostiene que el jefe del ejército no tiene capacidad de suyo para concertar la paz con los enemigos, aunque puedan hacer una promesa en ese sentido de naturaleza provisional, ya que no tendrá firmeza mientras no sea ratificada por el rey²⁷. Sin embargo, puede firmarse la paz mediante procurador designado con una orden especial del rey.

La paz llevada a cabo por el rey no se entiende tanto en su favor como en el de sus súbditos, y afecta tanto a la situación presente como a la de futuro. Todos los vasallos, incluso los eclesiásticos, resultan implicados, y en cuanto a la forma precisa Antúnez que toda paz se debe concretar mediante pacto preciso y claro²⁸.

Especial mención nos merece el trato dado por Antúnez a los *Rehenes de paz* y el envío de *legados*.

Propiamente pueden ser *rehenes* el príncipe y quienes no conocen superior en la república, y pueden hacerlo por causa de la paz, en los tiempos de tregua, en confirmación de la promesa dada o por causa del pacto firmado con los enemigos²⁹.

En cambio, entre las personas privadas, y por una causa particular pecuniaria de tipo intersubjetivo, señala que no se pueden dar rehenes que garanticen la observancia de los pactos o de la cosa juzgada. La razón reside en que la prenda del hombre libre se constituiría como un derecho real de una hombre sobre otro, lo que esté prohibido por Derecho. Conoce Antúnez la práctica de la «obnoxatio», y observa que aunque el hombre libre que, para recibir el precio, soportó ser vendido, se haga esclavo por Derecho civil romano, sin embargo, en los reinos cristianos se introdujo en sus costumbres que no se constituya en esclavo quien es vendido por un precio.

Los rehenes concedidos por una causa no pueden ser retenidos por el príncipe por otra.

Finalmente, se tendrá en cuenta que, lo mismo que el derecho de prenda del cautivo redimido se extingue con la muerte del cautivo, así también el rehén dado por el precio del cautivo queda libre con la muerte de aquél, puesto que ya no se debe ningún precio.

Cerraremos este punto con la síntesis de la doctrina de Antúnez sobre los *legados*. Para nuestro autor, pertenece su régimen a los mayores derechos

²⁷ ANTUNEZ DE PORTUGAL, D., *op. cit.*, t. I, p. 363.

²⁸ En este punto hay que resaltar que el autor dedica un amplio capítulo de su obra a analizar detenidamente los pactos de paz de su reino y de otros, incluido Castilla. Véanse las pp. 365 ss. del tomo I de su tratado.

²⁹ *Íd.*, L., C., t. I, p. 369.

regios que eran inherentes a los «huesos de la corona». Es de los monarcas, la facultad de enviar y recibir de la majestad de aquellos que ostentan la suprema potestad, no reconociendo ningún superior. Luego, también podrán hacerlo las repúblicas que tampoco renonozcan superior, así como incluso aquellos duques, marqueses y condes que tengan derechos de imperio y puedan mandar y recibir legados. También el procurador del rey o su tutor pueden mandarlos y recibirlos, ya que a ellos les está permitido ejercer en nombre del rey los derechos regios. Aprovecha Antúnez para criticar a la monarquía inglesa, por haberse negado durante un tiempo a recibir los legados del rey portugués.

El legado no debe intentar nada que exceda de su misión concreta. Considera fundamental nuestro autor, advertir que el legado representa a la persona del príncipe y desempeña las funciones de dos personas o cuerpos físico y político, como ocurre con en el mismo rey, es decir, la suya propia y la del príncipe; por lo que debe actuar con máximo cuidado en cada una de sus acciones, para aparecer siempre como titular de tal facultad doble, en forma que, dejando sobre sus hombros la condición de hombre privado, manifieste sobrellevar la carga pública vistiéndose de la mente del príncipe, cuya persona perciben las gentes en el legado como en un espejo, y ahí está obligado a ensalzar con su porte exterior la magnificencia y autoridad del príncipe a quien representa.

V. RELACIONES CON LA IGLESIA, PATRONATO REGIO Y COMÚN

Era imprescindible en este trabajo incluir las relaciones con la Iglesia y el Patronato regio. Nos ofrece Antúnez una interpretación del Patronato regio en materia eclesiástica que parte de una caracterización general de la «protección», para situar luego el caso específico de la que los reyes prestan a la Iglesia. De tal manera, entiende nuestro autor que es propio del rey la facultad de otorgar protección que la considera como un atributo natural del gobierno y una cualidad inherente a los «huesos y la substancia de la Corona»³⁰. Así, la

³⁰ Existe una amplia bibliografía portuguesa sobre el *padroado regio* que no es del caso transcribir aquí. Por lo que a las circunstancias políticas que forman el encuadramiento externo del momento en que Antúnez escribe, cabe recordar que, fundada en 1622 la Sagrada Congregación de Propaganda Fide, hasta 1640 las relaciones con Roma fueron buenas en cuanto se hacían a través de los reyes españoles, pero desde esa fecha hasta que se firma el Tratado de Paz con España en 1668 las relaciones entre la Congregación y el Padroado cambiaron de signo. Poco después de 1668 se suscitaron conflictos diversos entre Roma y Portugal por las misiones de Oriente que actuaban en la diócesis del Padroado portugués. Ese es el ambiente en el que escribe Antúnez de Portugal, que no cesaría hasta que, en 1823, el breve *Muito preclarae* extinguió el Patronato en las tierras de soberanía portuguesa. Cfr. MATEOS, F., *Bulas Portuguesas y españolas sobre descubrimientos geográficos*. Lisboa, 1961; y DA SILVA REGO, A., «O Padroado portugues do Oriente e a sua historiografia (1850-1950)», en *Actas do Coloquio: A Historiografia Portuguesa de Herculano a 1950*. Lisboa, 1978 (brevisimo resumen); y SORGE, G., *II Padroado*

facultad de ejercer el gobierno y prestar la protección constituyen una unidad inseparable, y es por eso que afirma pertenecer esta protección a las regalías mayores, que corresponden al príncipe en señal de suprema potestad. Así, pues, es facultad que solamente compete al rey y no puede ser concedida a los señores mayores, ni ser transferida a otros, ni se considera concedida en la donación general de la jurisdicción hecha a los duques y a otros señores territoriales investidos de mero y mixto imperio. No es este derecho que afecte a los duques, y a a otros señores inferiores, ya que solamente corresponde a los príncipes que no reconocen superior; es más, tampoco puede ser adquirida en contra del rey mediante prescripción.

Esta protección real puede practicarse de tres formas, siendo la primera aquella que recae sobre los súbditos, eclesiásticos o laicos, cuando están oprimidos por los dueños de la tierra. Segunda, cuando tanto los seglares como los eclesiásticos padecen opresión y violencia por los jueces eclesiásticos, o cuando éstos no observan el Derecho natural respecto tales súbditos. Tercera, cuando se procede conociendo jurisdiccionalmente por parte del príncipe causas que, o bien se reserva específicamente, o sobre las que aplica la preeminencia del rey cuando actúa como verdadero juez, idea que si bien puesta en entredicho por algún investigador respecto de la monarquía medieval, en la época actual el profesor Antonio Marongiu (siguiendo a Boloñes) ha vuelto a señalar como válida en su afirmación, que parece sacada de la obra de Antúnez, de que en esos modelos jurídicos «el rey que no hace justicia no es verdadero rey»³¹.

Dentro de este contexto sitúa Antúnez el derecho de *Patronato real*, que según él debe ser considerado con gran cuidado y diligencia, en cuanto que pertenece a las regalías. Por tanto, si el patronato fuese donado por el rey, esta donación se regula igual que las demás hechas por la corona real; pues la donación se hace a un laico o a un obispo, pero no en cuanto obispo, sino como a un señor temporal de algún castillo, por lo que la donación no es absoluta en favor de la iglesia. Cuando la donación se hace a la iglesia de forma absoluta y simple, no le cabe duda a nuestro autor de que el derecho de patronato se hace eclesiástico, pierde su primera condición y asume la del donatario. Pero si el derecho de patronato fue concedido a un laico, o a un obispo para sus vidas, o a perpetuidad, y se vincula a un feudo o castillo, entonces, como el dominio directo permanece en poder de la corona, queda regulado por las mismas normas que el resto de los bienes de la corona real, reteniendo su condición primera y original. Por consiguiente, si surge pleito entre el prelado donatario del patronato de la corona y el procurador del rey, debe resolverse ante los jueces de la corona. Lo mismo habrá de decir si surge pleito entre los donatarios sobre un mismo patronato.

regio e la S. Congregazione De Propaganda Fide, nei secoli XIV-XVII. Bolonia, 1985; obra sobre la que deberán tenerse en cuenta la serie de precisiones que le formula GARCÍA Y GARCÍA, A., en el *AHDE*, 56 (1986), pp. 1138-1139.

³¹ Véase MARONGIU, A., «Il regno aragonese di Corsica nel suo episodio culminante: la convocazione parlamentare del 1420» (*Estratto di studi urbinati*, 1934).

A la autoridad y preeminencia del rey y a esta misma regalía pertenece que el monarca pueda conocer en Derecho de las causas de los eclesiásticos y llamar a los obispos, los cuales están obligados a obedecer el mandato del rey, matizando Antúnez que si el obispo es llamado al mismo tiempo por el Papa y por el Rey, está obligado a obedecer al Pontífice antes que al Rey³². En definitiva, como puede apreciarse, recibe nuestro autor los criterios que los historiadores del Derecho canónico llaman «regalismo»³³ y concibe el poder del patronato eclesiástico que los reyes propugnan más como un fruto de sus facultades en cuanto cabeza del Estado moderno, que como un piadoso exceso de fe. El profesor Pérez Prendes trató de analizar el problema de la relaciones entre la Iglesia y el Estado en la Edad Moderna, representándolas bajo el doble aspecto de que por una parte los príncipes se constituyen en defensores de la religión católica contra la herejía y el cisma (actitud que determinó la política general de los Austrias) y de otra mantienen con energía frente a la Iglesia y al Papado lo que consideran prerrogativas regias en cuestiones eclesiásticas, y tienden al protagonismo en estos asuntos, mediante la política de intervención en los mismos que se ha llamado Regalismo. Todo ello con una notable continuidad y homogeneidad de iniciativas entre Austrias y Borbones, siendo esta última dinastía simplemente aplicadora coherente de un proceso teórico y práctico, acumulado mucho antes³⁴.

Hechos estos planteamientos cabe completar la doctrina de Antúnez al respecto señalando los principales rasgos teóricos y prácticos del derecho de patronato que se ejerce por personas distintas e inferiores a los monarcas. Respecto a ese tipo de derecho de patronato, señala que encierra dos modelos, uno puramente eclesiástico y laico el otro.

El primero es el que corresponde a un clérigo respecto a una iglesia o beneficio, que se obtienen por quienes lo ejercen y es inherente a las iglesias o dignidades eclesiásticas. Hay que advertir que no es eclesiástico, sino laico, el derecho de patronato adquirido por un clérigo sobre cualquier fundación, construcción o dotación de alguna iglesia del propio patrimonio, no de los bienes adquiridos a través de la iglesia.

El segundo modelo aquí contemplado es el que corresponde (por razón de alguna fundación, construcción o dotación a una iglesia) a los particulares

³² ANTÚNEZ DE PORTUGAL, D., *op. cit.*, t. I, p. 419.

³³ Véase:

– LÓPEZ ORTIZ, F. J., «El regalismo indiano en el gobierno eclesiástico-pacífico de don Fray Gaspar de Villaroel». Madrid, 1947.

– EGAÑA, A. de, «La teoría del regio Vicariato español en India», en *Analecta Gregoriana*. Roma, 1958.

– ALONSO, S., *El pensamiento regalista de Francisco Salgado de Somoza (1595-1565). Contribución al estudio del regalismo español*. Salamanca, 1973.

³⁴ Sobre esta cuestión debe verse PÉREZ PRENDES, J. M., «Relaciones Iglesia-Estado en la formación del Estado Moderno. El Real Patronato. Aportación para un estado de la cuestión», en *État et eglise dans la Genese de L'État Moderne*. Madrid, 1966, pp. 250-255.

que la erigen y cuidan, pero señaladamente a los príncipes en cuanto difunden y mantienen la fe cristiana en sus reinos³⁵. Existe otro modo de derecho de patronato que se denomina mixto y pertenece en parte al ámbito eclesiástico y en parte al laico.

Respecto de quién adquiere el derecho de patronato y de quién es considerado capaz de ejercerlo, la regla general es que todos son capaces de adquirir y poseer el derecho de patronato, menos aquellos a quienes expresamente se lo prohíbe el Derecho. Así fue concedido por un privilegio particular para todos que se sienten estimulados en esa edificación, fundación o dotación de iglesias: por eso corresponde a todos sin excepción. Por tanto, es naturaleza de la institución que todos deben ser admitidos a ella, a no ser que a alguno le esté prohibido por ley.

De todo esto se deduce que los laicos son inicialmente capaces del derecho de patronato, sin necesidad de privilegio o dispensa para adquirir esa capacidad. Los textos hablan indistintamente de que el derecho de patronato corresponde a todos los patronos, incluso laicos. Luego, al no mencionar de nuevo como laicos en ninguna cuestión específica, se les presupone con capacidad en toda la materia. Además, el derecho de patronato, por su propia naturaleza, es una facultad temporal, aunque vaya unida a otras espirituales. De todo ello resulta que los laicos son capaces de ese derecho, ya que no se les prohíbe su titularidad ni ejercicio por ninguna ley.

No solamente el varón, sino también la mujer es capaz del derecho de patronato. Y aunque algún texto se refiere sólo a aquella mujer constituida en dignidad, procede también, sin embargo, en la mujer privada. Es cierto que existen textos en los que se habla de patronato de la abadesa, interpretándose que le corresponde en razón de la dignidad; sin embargo, de ahí no se deduce que las mujeres sean incapaces de ese derecho, cosa que para que existiese habría que formularla expresamente³⁶. Por otro lado, aunque los textos hablan de «hombres», designan también a las mujeres, ya que en este caso y desde antiguo tal denominación ha sido tomada de forma general. Señala, sin embargo, Antúnez, que si así es la norma jurídica, resulta que en la práctica a la mujer se le considera indigna de ocupar determinados cargos y oficios públicos.

Por último, si al patrono se le confiscan todos sus bienes, cabe preguntarse si el derecho de patronato mismo se incluye en la confiscación, cuestión que Antúnez resuelve estimando que no ha lugar a tal inclusión cuando la confiscación se ordene por sentencia de juez seglar.

³⁵ TORRES LOPEZ, M., indica en su trabajo sobre «Las Iglesias propias», cómo es el origen de este derecho: «La doctrina de las iglesias propias en los autores españoles», *AHDE*, 2 (1925), pp. 403-461, y «El origen del sistema de iglesias propias», *AHDE*, 5 (1928), pp. 82-217.

³⁶ Vease también al respecto PÉREZ PRENDES, J. M., «La mujer en el Derecho público medieval castellano-leones», en *La Condición de la Mujer en la Edad Media*. Madrid, 1986, pp. 97-106.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Antúnez de Portugal utiliza la donación como un pretexto para elaborar un extenso tratado, donde aborda y reflexiona sobre gran diversidad de temas y de ideas, que van encaminadas a plantear de forma contundente la propia legitimidad de rey para, con base en las llamadas regalías, gobernar de forma absoluta, criticando abiertamente el uso y el abuso del principio de «utilidad pública», que es esgrimido constantemente por el monarca para realizar verdaderas cesiones del territorio del reino, muchas veces de forma arbitraria, y abusando del poder conferido a su persona. Valga de muestra lo reflejado en este trabajo, que es un resumen de lo que nosotros hemos denominado cuestiones de «Derecho internacional», dejando para otro estudio más amplio la figura del Rey y el poder de la Cortes siguiendo la doctrina de este autor.

JORGE J. MONTES SALGUERO