

## UNA VISIÓN INDIANA DE LA JUSTICIA DE LA GUERRA\*

Oscar CRUZ BARNEY\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Tercer Concilio Provincial Mexicano de 1585*. III. *El canonista Pedro Murillo Velarde y Bravo*. IV. *Juan Francisco de Montemayor y Córdoba de Cuenca*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Dentro de las polémicas indianas destaca la de la justicia de la guerra. Preocupaba a los juristas y teólogos, tanto en la península como en las Indias, determinar si la guerra contra los indígenas era justa, de ahí el desarrollo de diversas teorías al respecto.

Para el estudio de las teorías sobre la guerra justa, es necesario repasar la expuesta por santo Tomás de Aquino, en la que se basaron los teólogos-juristas y los juristas españoles, algunos de los cuales veremos a continuación.

\* El presente texto, presentado como ponencia en Xalapa, Veracruz, fue el punto de partida para nuestro libro: *Una visión india de la justicia de la guerra*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

\*\* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; senador de la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados UIBA; expresidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México. Cruz Distinguida de Primera Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort, Gran Cruz al Mérito en el Servicio de la Abogacía que concede el Consejo General de la Abogacía Española, Cruz de San Ivo del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza. Medalla de Honor del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Medalla al Mérito del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, Miembro de Honor del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Mención de Honor del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla; investigador nacional, nivel III; académico de número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación; académico honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

Tomás de Aquino<sup>1</sup> sostiene que “La guerra es justa, siempre que sea declarada por autoridad legítima, con justa causa y recta intención”. De ello se derivan los siguientes tres elementos:

1. Que sea declarada por autoridad legítima. Ésta la tiene el príncipe, y no otra persona privada.
2. Una causa justa. Es decir, que a quienes se les hace la guerra merezcan ésta por alguna culpa.
3. Recta intención. Que se busque promover el bien o evitar el mal. Una guerra declarada por la autoridad legítima y con una causa justa puede convertirse en ilícita si no existe una recta intención.

El planteamiento de la polémica de la justa guerra en las Indias tomó rumbos diferentes que en España. Las discusiones tanto en Nueva España y tiempo después en el Perú planteaban más que el tema de la ética de la conquista en torno al justo título, el tema de los métodos de evangelización y los modos de atraer a la Corona de Castilla a las poblaciones del nuevo mundo.

No se trata ya en este lado del Atlántico, de la ética de la conquista en general, sino de la justificación de una segunda conquista por medio de guerra a las naciones de los confines del imperio en América, como las llamadas chichimecas, que en un primer término se mostraron pacíficas ante la presencia española y luego se alzaron en una creciente rebelión ante el dominio europeo.<sup>2</sup>

## II. EL TERCER CONCILIO PROVINCIAL MEXICANO DE 1585

El Tercer Concilio Provincial Mexicano se llevó a cabo cuando era arzobispo de México Pedro Moya de Contreras. Fue aprobado por el papa en

<sup>1</sup> Santo Tomás trata de la guerra en las cuestiones XXIX y XL de su *Suma Teológica, IIa IIae*. La cuestión XXIX trata de la paz, y la XL, de la guerra en particular. Véase Aquino, Tomás de, *Suma Teológica*, trad. del latín de Hilario Abad de Aparicio, revisada y anotada por el R. P. Manuel Mendía, Madrid, Moya y Plaza Editores, 1882, t. III. Puede verse también la edición de la Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1989-1995.

<sup>2</sup> Carrillo Cázares, Alberto, “Tratados novohispanos sobre la guerra justa en el siglo XVI”, en Bataillon, Gilles *et al.* (coords.), *Las teorías de la guerra justa en el siglo XVI y sus expresiones contemporáneas*, México, UNAM, CIDE, Facultad de Filosofía y Letras, Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos-Embajada de Francia en México, 2008, p. 50.

1589, y por la Corona en 1621, fecha en que autorizó la impresión de sus constituciones.

En sesión del 31 de julio de 1585, en vista de la relación sobre la guerra que se estaba haciendo a los chichimecas, y vistos los pareceres de las órdenes religiosas y consultores sinodales, decretó:<sup>3</sup>

1. Que no se puede hacer la guerra a fuego y a sangre a los chichimecas ni el cautiverio de ella derivado.
2. Que se debe examinar no sólo la causa que los españoles tienen contra los indios, sino también la que los indios tienen contra los españoles.
3. Que antes que por guerra, se debe intentar la pacificación por medio de poblamiento y buenas obras.
4. Que para llevar a cabo este remedio, el rey tiene obligación de gastar toda su real hacienda si es necesario.

Se estableció en el concilio, que los obispos y gobernadores debían tener presente que ningún otro cuidado les está más estrechamente encomendado que el proteger y defender con todo el afecto del alma y paternales entrañas a los indios recién convertidos a la fe, mirando por sus necesidades espirituales y corporales. Porque la natural disposición de los indios debía mover a cualquiera, obligándolos a defenderles y compadecerse de sus miserias, “antes que causarles las molestias, injurias, violencias y extorsiones con que todos los días en tanto tiempo les están mortificando toda clase de hombres”.<sup>4</sup>

Se exhortaba a los gobernadores y justicias a reprimir la insolencia de sus ministros y de todos aquellos de quienes los indios reciben malos tratos y agravios, “haciendo que los tengan y traten como a gente libre, y no como a esclavos...”.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>4</sup> *Concilio III Provincial Mexicano, celebrado en México el año de 1585*, México, Mariano Galván Rivera (ed.), 1a. ed. en latín y en castellano, Eugenio Maillefert y Compañía, 1859, libro V, tít. VIII, núms. I y II.

<sup>5</sup> Véase también Martínez Ferrer, Luis (ed.), *Decretos del concilio tercero provincial mexicano (1585), Edición histórico crítica y estudio preliminar por Luis Martínez Ferrer*, México, El Colegio de Michoacán, Universidad Pontificia de Santa Cruz, 2009, t. II, núms. 545 y 546.

### III. EL CANONISTA PEDRO MURILLO VELARDE Y BRAVO

Hijo de Jacinto Murillo Velarde y Ocaña y de Magdalena Bravo y Valdivia, nace el 6 de agosto de 1696 en Laujar. A los tres años se traslada la familia a Granada.<sup>6</sup>

Ingresó a los colegios de la Compañía de Jesús en Murcia y Toledo. Vuelto a Granada, ingresó en el Colegio de San Miguel de la Universidad de Granada para estudiar ambos derechos. De ahí pasó al Colegio Mayor de Cuenca de la Universidad de Salamanca, donde alcanzó el grado de bachiller en sagrados cánones. Ingresó al noviciado de los jesuitas de Madrid el 23 de octubre de 1718, y en 1719 pasa al colegio jesuita de Alcalá de Henares para estudiar filosofía y teología.

Pide destino en Filipinas, a donde arriba, partiendo de Acapulco el 27 de octubre de 1723 en calidad de teólogo. Entre los años de 1737 a 1742 impartirá prima de teología en la misión de San Miguel en Manila.

Regresa a España en 1749, y no logra, pese a todos sus esfuerzos, retornar a Manila, pues la muerte le alcanza. Fallece en el puerto de Santa María el 30 de noviembre de 1753, cuando se disponía a embarcar.<sup>7</sup>

Pedro Murillo Velarde aborda el tema de la justicia de la guerra en su *Cursus juris canonici, hispani, et indici*, publicado por vez primera en Madrid en 1743.<sup>8</sup>

Dedica el título XXXIV del libro I, denominado *De la tregua y de la paz*, a tratar el tema, y cita a san Agustín (*in C.3.23. q. 1.*):

No penséis que uno que se dedica a las armas no puede agradar a Dios: en ellas estaba el Santo David, a quien Dios otorgó testimonio tan grande, en ellas también muchos justos de aquel tiempo. La voluntad debe abrazar la paz, la necesidad y conserve en la paz: porque la paz no se busca para provocar la guerra, sino que se hace la guerra para alcanzar la paz.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Una biografía completa de Pedro Murillo Velarde en Díaz de la Guardia y López, Luis, "Pedro Murillo Velarde y Bravo", en *Curso de derecho canónico hispano e indiano*, México, El Colegio de Michoacán, Facultad de Derecho, UNAM, 2004, vol. I, libro primero, pp. 70 y ss. Seguimos de cerca de este autor en la nota biográfica de Murillo Velarde.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 76 y 77.

<sup>8</sup> Murillo Velarde, Pedro, *Cursus Juris Canonici, Hispani, et Indici*, Matriti, Ex Typographia Emmanuelis Fernandez, 1743, 2 vols. Véase Palau, t. V, p. 270. La tercera edición se publica en 1791, y de ella se hace la traducción al castellano a que nos hemos referido líneas arriba.

<sup>9</sup> Murillo Velarde, Pedro, *Cursus Juris...*, cit., t. V, p. 424.

Sostiene, con santo Tomás, que la guerra es la discordia de los príncipes o de las repúblicas que mutuamente se infieren violencia con las armas. Si la contienda se hace entre particulares, se llama *duelo o riña*; en cambio, si sucede entre el príncipe y el pueblo a él sujeto, se llama *rebelión*; si entre los ciudadanos y la república: *sedición*, si la república está dividida entre los ciudadanos, será *guerra civil*.

Considera Murillo que la guerra puede ser *defensiva* u *ofensiva*. La guerra defensiva “es aquella por la que se rechaza la violencia o la injuria hecha o por hacer, pues todos los derechos permiten repeler la fuerza con la fuerza”. La guerra ofensiva o agresiva “es aquella por la que también se venga o repara la injuria o el daño hecho”.

Para que la guerra sea justa, se requiere, siguiendo a santo Tomás:<sup>10</sup>

1. Autoridad legítima, que reside en el príncipe supremo.
2. Causa justa, que debe constar al que declara la guerra, aunque no conste a los soldados, que deben presuponerla.
3. Recta intención a saber, por la que se intente promover el bien y evitar el mal.

Como testimonio de la buena intención del príncipe, y para que proceda con seguridad, debe hacer examinar cuidadosamente su derecho y el de la parte contraria por varones doctos y de buena conciencia. Sostiene que “... si la mayor probabilidad está a favor de aquél que no posee la cosa, puede buscarla con la guerra: porque la mayor probabilidad hace exceso de derecho y, como por sentencia de un juez se le adjudicaría la cosa, así también, puede buscarla por la guerra y por las armas”.

Si el poseedor es el que tiene el derecho menos probable, también le es lícito hacer la guerra, porque la posesión suple el defecto de derecho y da derecho al que posee a retener justamente. Aquel que tiene el derecho menos probable y además carece de la posesión de la cosa no puede lícitamente declarar la guerra ni hacerla. Si alguno hace la guerra injustamente, peca gravísimamente, y está obligado a resarcir, tanto a los enemigos como a los súbditos, todos los daños de los que fue causa injusta.

Para Murillo, las causas justas para declarar la guerra son:

1. Para recuperar una provincia o una cosa debida y no dada por otro.
2. Para vengar una grave injuria u ofensa hecha al príncipe, de aquí que el capitán español, en cuya nave está levantada la bandera real, si aparece otra nave en nuestro mar, aunque sea de un príncipe amigo y

<sup>10</sup> *Idem*.

aliado, y no manda *arriar bandera*, ni dispara sus cañones, en señal de honor, entonces, nuestro capitán para el honor regio y para vindicar la injuria, puede y debe perseguir hostilmente y atacar la nave, aun de un príncipe amigo y aprehenderla y dividir el botín, conforme a la costumbre.

3. Para tomar venganza del príncipe que auxilia el enemigo, que hace una guerra injusta.
4. Para llevar justo auxilio a los aliados.
5. Para reclamar aquellas cosas que son permitidas por el derecho de gentes, cuando injustamente son negadas. Y si en todos estos casos, después de comenzada ya la guerra se ofrece conveniente satisfacción, debe cesarse en ella.
6. A un príncipe católico le es lícito hacer la guerra para defender la verdadera fe y el evangelio, principalmente si los infieles impiden su promulgación. Justifica la guerra contra los indios al señalar: “De aquí que son lícitas las guerras hechas por españoles contra los indios. Porque nuestro rey, en nombre de la iglesia, protege y promueve la predicación del evangelio, en estas vastas regiones y justamente hace la guerra a los que impiden la promulgación de la fe y la predicación del evangelio”. Cita a Gregorio López en *l. 2. V. Acrescentar*; y a Juan de Solórzano y Pereyra en su *Indiarum Iure*, tom. 1, lib. 2, ex cap. 10.

Aclara que hacer la guerra, precisamente para gloria, interés y extensión del dominio del que la hace, es tiránico e injusto: por lo mismo, invoca a Hugo Grocio en su *De Jure Belli ac Pacis*, lib. 2 cap. 1. 17, al señalar que tampoco es lícito provocar la guerra por el temor de que crezca demasiado una potencia vecina, pero si por esa causa fuere lícito, por la misma deberá ser prudente.

Considera que a los obispos y a los clérigos, si bien les es lícito hallarse en las guerras para exhortar a los soldados a combatir con valor, y, principalmente, para asistirlos espiritualmente, no les es lícito combatir por propia mano, y aclara que no porque esto sea pecado, sino porque al hacerlo así no imitarían perfectamente la mansedumbre de Cristo, que deben representar, y porque tal ejercicio los distraería de la contemplación de las cosas divinas, de la alabanza de Dios y de la oración, si bien en caso de urgente necesidad pueden por propia mano luchar por su vida, por la iglesia y por la patria.

Sobre lo que es lícito hacer en una guerra justa, sostiene que es lícito todo aquello que es medio necesario o conducente para alcanzar el fin, y por lo

tanto es lícito matar hombres o capturarlos, devastar los campos, derribar fortalezas, entregar la ciudad al pillaje o a la espada y ocupar las tierras; más aún, quemar la iglesia y sus bienes. Y algunas veces, al menos indirectamente, es lícito matar a los inocentes; porque, al sitiarse, ataca con derecho las plazas fuertes con máquinas de guerra, aunque prevea que con sus disparos habrá de matar a algunos inocentes, lo que sucede sin intención, y, por lo mismo, no se imputa como culpa. Y también es lícito matar a los enemigos capturados en la guerra si son dignos de muerte, porque conscientemente provocaron una guerra injusta, a no ser que se hayan rendido bajo la condición aceptada de no darles muerte. Que si todos, o muchos, son culpables, entonces, la caridad cristiana aconseja que los autores de la guerra injusta sean muertos y se mitigue el rigor hacia los demás. Pero si los capturados en la guerra son excusables por la ignorancia o la duda acerca de la justicia de la guerra obtenida la victoria, no deben ser ejecutados.

Señala que en el fragor de la guerra es lícito matar a todos los que combaten en la parte contraria, aunque mueran inocentes, si bien aclara que no puede matarse directamente a los inocentes, y considera tales a los siguientes:

1. Las mujeres
2. Los ancianos
3. Los niños
4. Los religiosos
5. Los clérigos
6. Los mercaderes ambulantes y
7. Los campesinos

Sin embargo, pueden ser despojados de los bienes externos si esto es necesario para terminar la guerra. Y las mujeres y los niños pueden ser tomados como cautivos, aunque si son cristianos no deben someterse a servidumbre, mas si son infieles háganse así.

Respecto a las represalias o cobro de daños, señala que son lícitas cuando algunos de la otra república causaron un perjuicio, y ni éstos ni sus príncipes, aun después de advertidos, quieren satisfacer. Porque entonces pueden confiscarse los bienes de aquella república aunque aquellos cuyos bienes se enajenan no hubieran hecho el daño. Mas no debe infligirse, por las represalias, un daño mayor que el que exige la justa satisfacción.

A los soldados les es lícita la recolección de pastura en la tierra enemiga, pero no en la amiga si pueden comprar con dinero las cosas necesarias. También es lícito indirectamente, quemar las iglesias, y sacar de ellas a los

enemigos, si ahí se defienden. Las celadas y estratagemas, llamadas “de dolo bueno”, también son lícitas en la guerra,

Aclara que no es lícito hacer aquellas cosas que son intrínsecamente malas, y que con ninguna prudencia se pueden precaver, como el usar de amuletos y de magia o maleficio, o poner veneno en las fuentes, o en las armas, “porque las guerras deben realizarse no con veneno y maleficios, sino con el valor de los hombres, con las armas y con la prudencia”. Sostiene que al hacer uso de insidia, más se engañan los enemigos a sí mismos, que nosotros los engañamos. Los espías pueden, por ejemplo, en tierras de infieles, simular que son turcos y usar sus vestiduras, e ir a sus templos.

En cuanto a la propiedad de los bienes capturados al enemigo, sostiene que los bienes inmuebles capturados en la guerra pasan a poder del príncipe, o de la república, pero los bienes muebles, por derecho de gentes, pasan a los que los toman. Algunas veces se dividen entre el príncipe, los generales y los soldados, según sea la guerra en mar o tierra, en lo cual debe atenderse qué cosa permiten los pactos y la costumbre. Destaca que en España al rey se le debe la quinta parte o *quinto* parte que, por cierto, se cede a los generales de la escuadra de Indias.

Es notable su opinión sobre si era lícito celebrar alianzas con los herejes y con los turcos. Murillo señala que aunque alguna vez fuera lícito, en la práctica pocas veces lo es. Considera que “...los príncipes católicos deberían entablada la lucha, exterminar tal nación, porque, ¿para que ocupa la tierra?”. Para Murillo no es lícito proporcionar armas a los enemigos, principalmente si son infieles: porque este delito se castiga con excomunión reservada, en la bula *in coena Domini* o *bula de la cena*.<sup>11</sup> Y si los fieles las facilitan con la intención de ayudar a los infieles en la guerra contra los cristianos, pueden los inquisidores conforme al grado de sospecha, atormentar a los que así los llevan y castigarlos como a factores de los herejes. Pero si lo hacían con el ánimo de lucrar y eran plebeyos, se les debía castigar con azotes; pero si no, con el destierro, y multárseles con dinero, en la cantidad que valieran los caballos y las armas.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Así se le llama a la bula que se leía todos los años en Roma, el Jueves Santo, por un cardenal diácono en presencia del papa, acompañado de los demás cardenales y obispos. Las censuras de la bula *In coena Domini* van principalmente dirigidas a los herejes, a los piratas y a los corsarios, a los que falsifican las bulas y demás letras apostólicas, a los que maltratan a los prelados de la Iglesia, a los que alteran y quieren restringir la jurisdicción eclesiástica, a los que usurpan bienes de la Iglesia, etcétera. Véase el *Diccionario de derecho canónico arreglado a la jurisprudencia eclesiástica española antigua y moderna*, París, Librería de Rosa y Bouret, 1854, *sub voce* *Bula in coena Domini*.

<sup>12</sup> Murillo Velarde, Pedro, *Cursus Juris...*, *cit.*, t. V, p. 427.

#### IV. JUAN FRANCISCO DE MONTEMAYOR Y CÓRDOBA DE CUENCA

Don Juan Francisco de Montemayor y Córdoba de Cuenca<sup>13</sup> nació en 1620 en La Luenga, provincia de Huesca, y falleció el 25 de agosto de 1685 en Huesca. Su cuerpo fue trasladado a la iglesia de Alfocea, de cuya villa era señor “y allí se conserva su retrato de cuerpo entero, con su elogio y escudo de armas”.<sup>14</sup>

En la Universidad de Huesca llevó a cabo los estudios de cánones y leyes; se graduó de licenciado y doctor hacia 1640.<sup>15</sup>

Montemayor sirvió al rey en la defensa de Aragón entre 1640 y 1642, y el 22 de octubre de ese año, y a la edad de veintidós años, fue nombrado juez

<sup>13</sup> Sobre Montemayor, véase el estudio de Barrientos Grandón, Javier, *Juan Francisco Montemayor. Un jurista aragonés en las Indias*, Zaragoza, Diputación Provincial de Zaragoza, Área de Cultura, 2001. También nuestros trabajos Cruz Barney, Oscar, “Estudio introductorio: piratas, soldados y batallas ¿para quién es el botín?”, en Montemayor y Córdoba de Cuenca, Juan Francisco de, *Discurso político, histórico, jurídico del derecho y repartimiento de presas y despojos aprehendidos en justa guerra, premios y castigos de los soldados*, ed. facsimilar, Juan Ruiz Impresor, 1658, Conaculta-INAH, ICAVE, coordinador Pablo Montero, México, 2001, y Cruz Barney, Oscar, “La bibliografía del discurso político jurídico del derecho y repartimiento de presas y despojos aprehendidos en justa guerra. Premios y castigos de los soldados de don Juan Francisco de Montemayor y Córdoba de Cuenca”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. XIV, 2002. Asimismo, véase de Rodríguez Sala, M. Luisa y B. de Erice, Miguel “Montemayor y Córdoba de Cuenca, abogado”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. IX, 1997. Para la bibliografía de Montemayor véase Toribio Medina, José, *Biblioteca hispanoamericana (1493-1810)*, Santiago de Chile, edición facsimilar del Fondo Histórico y Bibliográfico José Toribio Medina, 1961, t. IV (1701-1767), y del mismo autor *La imprenta en México (1539-1821)*, edición facsimilar de la UNAM, México, 1989, ts. II y III; asimismo Palau, ts. V y VI; Jiménez Catalán, Manuel, *Ensayo de una tipografía zaragozana del siglo XVII*, Zaragoza, Tip. La Académica, 1925; Herrera Gómez, Néstor y González, Silvino M., *Apuntes para una bibliografía militar de México, 1536-1936*, México, Secretaría de Guerra y Marina, Comisión de Estudios Militares, Biblioteca del Ejército, Sección de Estudios Militares del Ateneo, 1937.

<sup>14</sup> Medina, José Toribio, *La imprenta en México (1539-1821)*, edición facsimilar por la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, t. II, p. 401.

<sup>15</sup> Rodríguez-Sala, María Luisa y B. de Erice, Miguel, “Juan Francisco de Montemayor y Córdoba de Cuenca, abogado, oidor y recopilador del siglo XVII”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, IX, 1997, pp. 194 y 195.

de Enquestas en el Reino de Aragón.<sup>16</sup> Posteriormente, actuó como auditor general en Cataluña,<sup>17</sup> cargo que sirvió en tres distintas ocasiones.<sup>18</sup>

Por real provisión del 30 de marzo de 1649 es nombrado oidor supernumerario de la Real Audiencia de Santo Domingo en la isla La Española, de la que llegó a ser presidente, iniciando su actuación en 1650 hasta 1654.

Es precisamente en ese periodo cuando se desarrolla una de las actuaciones militares más brillantes de Montemayor en contra de la piratería, al llevar a cabo el desalojo de los filibusteros de la isla de La Tortuga.

Al fallecer Andrés Pérez Franco, gobernador de La Española, Montemayor fue nombrado gobernador y capitán general interino,<sup>19</sup> y se encargó durante los últimos meses de 1652 de preparar y ejecutar el plan definitivo de expulsión de los filibusteros y rescate de La Tortuga. El 30 de diciembre de ese año partieron de Santo Domingo las tropas españolas embarcadas en cinco naves con rumbo a la población pirata, a la que después de una campaña de diez días y una aplastante victoria obligaron a embarcarse y a abandonar definitivamente el lugar.

De la acción militar se obtuvo un importante botín de guerra, que se trasladó a Santo Domingo, y se dejó en La Tortuga una fuerte guarnición para evitar su reocupación.

Sin embargo, los ingleses mantuvieron su interés en recuperar la isla y en apropiarse de La Española, cuya fortificación y defensa en 1653-1655 correspondió nuevamente a Montemayor, quien logró nuevamente una victoria sobre los atacantes. Señalan atinadamente Rodríguez-Sala y Erice, que “La consecuencia histórica de este triunfo español preservó su dominio sobre Santo Domingo y evitó su posesión por parte de miembros de la cultura anglosajona como fue el caso de Jamaica”.<sup>20</sup>

Esta acción le mereció a Montemayor innumerables críticas, y fue sometido a la actuación injusta de su juez de residencia y de otros enemigos; sin embargo, sus méritos de guerra le merecieron la promoción a oidor de

<sup>16</sup> *Idem*.

<sup>17</sup> Sánchez Bella, Ismael, “Estudio introductorio”, *Rodrigo de Aguiar y Acuña y Juan Francisco Montemayor y Cordoba de Cuenca, Sumarios de la Recopilación General de Leyes de las Indias Occidentales*, con Licencia en México, Impreffos por Francifco Rodriguez Lupercio, 1677, México, ed. facsimilar, Fondo de Cultura Económica-UNAM, p. XXXV.

<sup>18</sup> Medina, José Toribio, *op. cit.*, nota 2, p. 401.

<sup>19</sup> Peña Battle, Manuel A., *La Isla de la Tortuga, Plaza de Armas, refugio y seminario de los enemigos de España en Indias*, 3a. ed., Santo Domingo, Editora Taller, 1988, p. 185.

<sup>20</sup> Rodríguez-Sala, María Luisa y B. de Erice, Miguel, *op. cit.*, nota 3, p. 199.

la Real Audiencia de México el 22 de septiembre de 1654.<sup>21</sup> Lo anterior, como señalamos, en razón a sus méritos y a su “Suficiencia y buenas letras y singularmente al acierto con que dispusisteis se desalojase al enemigo de la Isla de la Tortuga y demás poblaciones que ocupaba a la banda del norte de essa de Santo Domingo”.<sup>22</sup>

Montemayor arribó al puerto de Veracruz el 27 de marzo de 1658, y el 14 de abril se presentó en la Real Audiencia a tomar posesión de su cargo. En junio de 1659 se le comisionó para averiguar la actuación del oidor Francisco Calderón Romero en la pesquisa contra el presidente de la Audiencia de Guadalajara; arribó a aquella ciudad el 16 de mayo de 1660, en donde residió por dos meses hasta su partida el 14 de julio; llegó a la ciudad de México el 13 de agosto.<sup>23</sup>

Participó en el auto general de fe celebrado en la ciudad de México el miércoles 19 de noviembre de 1659,<sup>24</sup> no solamente en su carácter de oidor de la real Audiencia, sino de miembro del Santo Oficio de la Inquisición.<sup>25</sup>

Le correspondió a Montemayor hacerse cargo de la rebelión indígena de las provincias de Tehuantepec, Nexapa e Ixtepec en 1660, que desembocaron en la muerte del alcalde mayor del pueblo de Guadálcazar. La actuación de Montemayor en este caso fue no solamente en el campo militar al condenar a los líderes de la rebelión a muerte, sino también en el campo del derecho, al preparar cuatro nuevas ordenanzas relativas al cobro y ordenamiento de los tributos y conocimiento de los tributarios en enero de 1662.<sup>26</sup>

Montemayor desempeñó otras actividades, tales como juez general de bienes de difuntos, juez de alzadas del Consulado, alcalde de policía y comisionado de la ciudad ante la Real Aduana para el cobro de las alcabalas al pulque.<sup>27</sup>

<sup>21</sup> Schafer, Ernesto, *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, 1947, t. II, p. 447.

<sup>22</sup> Barrientos Grandón, Javier, “La literatura jurídica indiana y el *ius commune*”, en Alvarado Planas, Javier (coord.), *Historia de la literatura jurídica en la España del antiguo régimen*, Madrid, Marcial Pons, vol. 1, 2000, pp. 249 y 250.

<sup>23</sup> Rodríguez-Sala, María Luisa y B. de Erice, Miguel, *op. cit.*, nota 3, pp. 201 y 202.

<sup>24</sup> Plaza y Jaén, Christobal Bernardo, *Crónica de la Real y Insigne Universidad de Mexico de la Nueva España escrita en el siglo XVII por el bachiller...*, México, versión paleográfica, proemio, notas y apéndice por el prof. Nicolás Rangel, de la Academia Mexicana de la Historia, 1931, t. I, p. 461.

<sup>25</sup> Rodríguez-Sala, María Luisa y B. de Erice, Miguel, *op. cit.*, nota 3, p. 201.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 201 y 202.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 213-216.

La estancia del oidor en la Nueva España se prolongó hasta 1679, año en que retorna a España, ya con la autorización dada tiempo atrás el 28 de febrero de 1676,<sup>28</sup> para ordenarse sacerdote, que llevó a cabo ese mismo año.

Llegó a ser consejero del Consejo de Indias y consultor de la Suprema Inquisición en España.<sup>29</sup>

Aparentemente pasó los últimos años de su vida en la villa de Alfocea, en donde erigió y dotó una iglesia dedicada a la Purísima Concepción de Nuestra Señora, y fundó en su carácter de sacerdote un capítulo eclesiástico de prior y racioneros.

El 17 de septiembre de 1684 dictó su testamento ante el notario de la capital provincial, Huesca, Josef Lucas Vicente Malo, para fallecer, como señalamos, un año después.<sup>30</sup>

En 1658 publica su *Discurso político, histórico, jurídico del derecho y repartimiento de presas y despojos aprehendidos en justa guerra, premios y castigos de los soldados* (México, Juan Ruiz Impresor). Esta obra de Montemayor, a decir de Ismael Sánchez Bella,<sup>31</sup> tuvo como razón inmediata la de responder a la crítica hecha por sus enemigos en Santo Domingo, a la acción militar emprendida en enero de 1654 contra la isla de La Tortuga, cuando desempeñaba el cargo de gobernador, capitán general y presidente de la Real Chancillería de Santo Domingo. El relato de dicha expedición se publicó en ese mismo año, tanto en Madrid como en Sevilla. Como general de la gente de tierra se encontraba Gabriel de Roxas Valle y Figueroa, y al frente de la Armada, el maestro de campo Juan Morfa Geraldino.

El *Discurso político, histórico, jurídico del derecho y repartimiento de presas y despojos aprehendidos en justa guerra, premios y castigos de los*

<sup>28</sup> Si bien Barrientos Grandón señala que la real cédula es del 3 de julio de 1677, *op. cit.*, nota 10, p. 250.

<sup>29</sup> Beristain de Souza, José Mariano, *Biblioteca hispano-americana septentrional, ó catálogo y noticia de los literatos, que ó nacidos, ó educados, ó florecientes en la América Septentrional española, han dado á luz algun escrito, ó lo han dexado preparado para la prensa. La escribía el Doctor Don... del claustro de las universidades de Valencia y Valladolid, Caballero de la Orden Española de Carlos III. y comendador de la Real Americana de Isabel La Católica, y Dean de la Metropolitana de México. Y la publica Don José Rafael Enriquez Trespacios Beristain, sobrino del autor*, México, Oficina de D. Alexandro Valdés, 1819, ed. facsimilar, UNAM, Instituto de Estudios y Documentos Históricos, Claustro de Sor Juana, 1981, p. 323.

<sup>30</sup> Rodríguez-Sala, María Luisa y B. de Erice, Miguel, *op. cit.*, nota 3, pp. 197 y 198.

<sup>31</sup> Sánchez Bella, Ismael, "Estudio introductorio", *Sumarios de la Recopilación...*, p. XXXVIII.

*soldados*,<sup>32</sup> firmado por el autor el veinte de diciembre de 1655 y dedicado a Francisco Fernández de la Cueva, duque de Albuquerque y virrey de la Nueva España (1653-1660), se divide en diez capítulos más un índice alfabético.

Es en su *Discurso...*, en donde Montemayor trata del desalojo que llevó a cabo el 19 de enero de 1654 de los invasores franceses que habitaban la isla de La Tortuga, y cuya principal ocupación era la piratería en contra de los intereses españoles. La Tortuga se encontraba gobernada por M. Timoleon Othman de Fontenay, al mando de más de quinientos hombres que defendieron el castillo del asalto español.

En aquella acción de guerra se apresaron el castillo, bastimentos para más de un mes, armas, pólvora, balas, cuerda y otros pertrechos, 46 piezas de artillería, once embarcaciones menores y tres bajeles en puerto, de los que se entregaron dos a los franceses rendidos para que se trasladaran a Francia.<sup>33</sup>

La Real Hacienda gastó en esta acción 192U795 reales, a los que se restaron 100U876 que había reunido Montemayor, importando un total de 91U919 reales de gasto. De la venta de la presa de guerra se reunieron 245U937, cantidad de la que se extrajeron el quinto real y lo demás que por derecho le correspondía al rey, sumado a los bastimentos de la gente de mar y guerra que se cobró de lo que de la presa tocaba al ejército,<sup>34</sup> sumando un total de 143U271 reales, que se entregaron al rey, junto con la isla, castillo, armas, bastimentos y con 56U675 reales de plata de ganancia.<sup>35</sup>

Mediante real cédula del 13 de septiembre de 1654, se ordenó por el rey el despoblamiento de la isla La Tortuga y la demolición del castillo.

Montemayor, cuestionado por el premio dado a los soldados que participaron en la acción, hace una defensa y explicación del derecho de repartimiento de presas, afirmando que “tan bien deseada quanto es bien devida la fatifacion, y agradecimiento de los fervicios y tan natural fu obliga-

<sup>32</sup> Montemayor y Córdoba de Cuenca, Juan Francisco de, *Discurso político, histórico, jurídico del derecho y repartimiento de presas y despojos aprehendidos en justa guerra, premios y castigos de los soldados*, Juan Ruiz Impresor, 1658, ed. facsimilar, Conaculta-INAH, ICAVE, Colección Historias de San Juan de Ulúa en la Historia, vol. IV; coordinador: Pablo Montero; compilación y estudio introductorio: Oscar Cruz Barney, México, 2001.

<sup>33</sup> Montemayor y Córdoba de Cuenca, Juan Francisco, *Discurso político, histórico, jurídico del derecho y repartimiento de presas y despojos aprehendidos en justa guerra, premios y castigos de los soldados*, México, Juan Ruiz Impresor, 1658, fol. 3.

<sup>34</sup> Pues si bien al rey correspondía ordinariamente cubrir dichos bastimentos, en “esta plaça” señala Montemayor se acostumbra que los soldados paguen sus bastimentos.

<sup>35</sup> Montemayor y Córdoba de Cuenca, Juan Francisco, *op. cit.*, nota 35, fol. 3v.

cion, que no folo es injufticia el negarla, pero aun es conocido agravio el diferirla”.<sup>36</sup>

La obra de Montemayor tuvo una importante recepción entre los juristas que abordaron esos temas. Tanto Joseph Veitia Linaje, y posteriormente Félix Joseph de Abreu y Bertodano, tuvieron a la vista la obra de Montemayor. El primero señaló, al finalizar el capítulo XXVI, libro II, de su *Norte de la contratación de las Indias Occidentales*, que sobre la materia de presas “llegó á mis manos un libro deste argumento, impresso en Mexico, compuesto por Don Juan Francisco Montemayor de Cuenca, Oydor de la Audiencia Real de aquella Ciudad en q. hallará discurrido con toda erudición el punto el que necessitare, quisiere verle mas ex professo”.<sup>37</sup> Esto nos da una idea bastante clara de lo que significó en su momento en materia de presas la obra de Montemayor. Tanto así, que la obra mereció una reedición en Amberes en 1683,<sup>38</sup> y en 1685.

Abreu y Bertodano, en la Advertencia que hace al inicio de su libro *Tratado jurídico-político sobre pressas de mar; y calidades que deben concurrir para hacerfe legitimamente el corfo*, escribe que

...quando entre los muchos Libros, que tuve á la mano, encontré uno, que trataba fobre el repartimiento de Preffas (fu Author Don Juan Francifco de Monte-Mayor de Cuenca) creí haver hecho un gran hallazgo; leile con el mayor cuydado; pero luego notè, que fiendo fu principal afumpto ajuftrar, y defender el repartimiento de una Preffa, llevada á la Isla Española de Santo Domingo, en las Indias Occidentales (en cuya Audiencia hizo de Prefidente) nada tocaba a cerca de las queftiones, que me parecian indifpenfables para efte Tratado.<sup>39</sup>

Pese a tales comentarios, Abreu, al tratar en su libro de la necesidad de la previa denuncia de la guerra o clarificación, prácticamente transcribe a Montemayor, al cual constantemente cita a lo largo de toda su obra.

Como puede verse, la obra de Montemayor es de las pocas escritas sobre la materia en las Indias, y es un documento indispensable para la investigación en materia de presas.

<sup>36</sup> *Ibidem*, fol. 6.

<sup>37</sup> Joseph de Veitia Linaje, *Norte de la contratación de las Indias Occidentales*, Sevilla, Por Juan Francisco de Blas, 1672, lib. II, cap. XXVI, núm. 21.

<sup>38</sup> Sánchez Bella, Ismael, *op. cit.*, nota 5, p. XL.

<sup>39</sup> Abreu y Bertodano, Félix Joseph de, *Tratado jurídico-político sobre pressas de mar y calidades que deben concurrir para hacerse legitimamente el Corso*, Cádiz, Imprenta Real de Marina, 1746.

El *Discurso* puede catalogarse dentro de lo que se denomina “literatura jurídica circunstancial”, entendiéndola por ella al amplio grupo de piezas que obedecen a un problema jurídico concreto: litigioso, prejudicial, relativo a la jurisdicción voluntaria, o a polémicas que tratan íntimamente aspectos del derecho.<sup>40</sup> En este caso, la obra de Montemayor se refiere a un problema jurídico concreto: el repartimiento de la presa llevada a cabo en la isla de La Tortuga y su justificación jurídica.

Lo anterior se ve reflejado en la gran cantidad de citas que hace Montemayor al acudir a literatura tanto jurídica como histórica o de carácter exegetico y de comentario sobre textos bíblicos.<sup>41</sup>

En materia histórica antigua y literaria, cita a autores como Cicerón, Lucano, Aulo Gelio, Apiano, Claudiano, Cornelio Tácito, Curcio, Dion Casio, Filón de Alejandría, Flavio Josefo, Herodoto, Juvenal, Tito Livio, Tertuliano, Zósimo, Zonarás, Xiphilino y otros. Cita la *Crónica* de Hartmann Schedel y las *Relaciones Universales* de Juan Botero, así como el *Theatro* de Laurent Beyerlinck.

Para historia de España cita al padre Mariano, a Salazar de Mendoza, y a Jerónimo de Zurita, entre otros.

Cita obras de ciencia política, como el *Politicorum* de Adam Contzen, al cardenal César Baronio, Diego de Saavedra Fajardo en su *Corona Gotica*, y a fray Juan de la Puente.

La literatura jurídica citada es particularmente extensa, acudiendo a autores del *ius commune* como Baldo de Ubaldis, Bártolo de Saxoferrato y Acursio, entre otros, así como a Antonio Gómez, Antonio Ayerve de Ayora, Ioannes Balbus, Baiardus, Alfonso de Azevedo, Roberto Belarmino, Gerónimo Castillo de Bobadilla, Juan de Hevia Bolaños y Luis de Molina; cita asimismo a juristas indianos como Juan de Solórzano y Pereira y Gaspar de Escalona.

Cita desde luego obras de autores que tratan directamente del tema de la guerra, del derecho marítimo y del combate al contrabando, como Baltasar de Ayala, Christophoro Besoldus, Carlos Coloma, Francisco Arias de Balderas, Hugo Grocio, John Selden, Pedro Bellini, Pedro González de Salcedo y Flavio Vegecio.

<sup>40</sup> Mayagoitia, Alejandro, *Notas para servir a la bibliografía jurídica novohispana: la literatura circunstancial*, México, tesis de grado, UNAM, 1992, t. I, p. LXXXVIII.

<sup>41</sup> Sobre este punto véase Cruz Barney, Oscar, “La bibliografía del *Discurso político jurídico del derecho y repartimiento de presas y despojos aprehendidos en justa guerra. Premios y castigos de los soldados* de don Juan Francisco de Montemayor y Córdoba de Cuenca”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. XIV, 2002.

En la mayoría de los casos, Montemayor únicamente señala el nombre o el apellido del autor de la misma, sin indicar el título de ésta, o bien incluye únicamente una abreviatura del mismo.

Montemayor trata el tema de la justicia de la guerra en la introducción a su tratado, denominada *Sobre el despojo que se ganó al enemigo francés en la expugnación de la Isla de la Tortuga; y la presa de uno de los baxeles de su conserva que se le cogió quando volvió contra lo capitulado à invadirla*. Señala que la guerra en la que se hacen presas debe ser justa, porque no siéndolo no se puede retener los bienes en ella apresados, ni los prisioneros lo son legítimamente, y en consecuencia debe todo ser restituido.

Sostiene, siguiendo a santo Tomás, que para que la guerra sea justa deben concurrir tres cosas:<sup>42</sup>

- Primera: legítima autoridad del príncipe soberano que la resuelva.
- Segunda: causa justa.
- Tercera: recta intención.

“Con que faltando todas, ò alguna dellas, no será justa, ni por el consiguiente lícita, según resolución del Angelico Doct. Santo Thomas, y del resto de los Doctores y Sumistas”.<sup>43</sup> Las autoridades citadas por Montemayor en este punto son Luis de Molina,<sup>44</sup> Domingo de Soto,<sup>45</sup> Melchior de Valencia,<sup>46</sup>

<sup>42</sup> Montemayor y Córdoba de Cuenca, Juan Francisco de, *Discurso político, histórico, jurídico del derecho y repartimiento de presas y despojos aprehendidos en justa guerra, premios y castigos de los soldados*, Juan Ruiz Impresor, 1658, núm. 22, fol. 18v.

<sup>43</sup> *Idem*.

<sup>44</sup> Molina, Luis de, *De justitia et jure tomii sex, Hac postrema editione emendati insuper summarijs et indicibus aucti*, Antuerpiae, apud Ioannem Keerbergium, 1615. Tuvimos a la vista la siguiente edición: Molinae, Ludovici, *De Iustitia et Jure Opera Omnia, tractatibus Quinque, tomisque totidem comprehensa. Editio Novissima*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Marci-Michaelis Bousquet, 1733, 5 tomos.

<sup>45</sup> Soto, Domingo de, *De Iustitia et Jure libri decem*, Salmanticae, M. A. Terranova, 1556. Hay ediciones en 1558, 1559, 1563, 1566, 1569, 1573, 1580, 1582, 1589, 1596, 1601 y 1619. Tuvimos a la vista la siguiente edición: Soto, Domingo de, *De la justicia y del derecho*, versión castellana e introducción del Dr. P. Venancio D. Carro, O. P., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, sección de Teólogos Juristas, 1968, 5 tomos.

<sup>46</sup> Con alguna de estas dos obras: *Epistolicae iuris exercitationes sive Epistolae ad Antonium Fabrum iuris consultum Sebusianum: cum eiusdem Anton. Fabri responsis*, Salmanticae, excudebat Antonia Ramirez, 1625 (hay una edición de 1615) o su *Illustrium iuris tractatum, seu Lecturarum Salmanticensium liber secundus...*, Salmanticae, apud Hyancintum Tabernier, 1630.

Pedro Augusto Morla<sup>47</sup> y Christophorus Besoldus.<sup>48</sup> Sostiene, con el cardenal Belarmino,<sup>49</sup> que hay alguna diferencia entre los dos primeros requisitos y el tercero, porque el defecto de aquéllos, siendo contrario a la caridad y a la justicia, además del pecado, obliga a la restitución. Si el que falta es el último, no siendo contrario a la justicia sino a la caridad, acarrea pecado mortal, pero no la obligación de restituir.

Se refiere a la necesidad de la denuncia o declaración de la guerra, señalando que si se omitiera, los que no la declararan faltarían al derecho de gentes, y por ello no habría obligación de guardarles buena correspondencia, pasaje ni cuartel, que por las leyes militares comúnmente suelen guardarse a los enemigos vencidos o rendidos, “sino tratarlos como a ladrones, piratas y traidores. Supuesto que quien obra y procede contra leyes, pierde el beneficio dellas; cuyo auxilio injustamente pide quien las desprecia y atropella”.<sup>50</sup>

El requisito de la declaración previa de la guerra se denomina clarificación, y “es tan preciso como en el fuero contencioso la citación”.<sup>51</sup> Sostiene Montemayor que los que se defienden no tienen necesidad de denunciar la guerra, porque están relevados de esta diligencia por el derecho natural de la defensa. Aclara que no la denuncian en dos casos: los que ya son declarados enemigos y cuando se procede contra rebeldes, sediciosos o piratas: porque con éstos no se guarda el derecho de gentes.

La omisión de la declaración de guerra se considera una suerte de traición calificada, al no dar oportunidad de prevenirse o resguardarse. Sostiene que suele permitir Dios que tengan mal fin en estas guerras los que proceden de manera injustificada en su dirección, y da un ejemplo:

Como lo hemos experimentado, y visto en la armada Inglesa, que no solo sin este requisito, pero faltando a toda buena ley de amistad, llegó a invadir esta plaza de Santo Domingo en 23 de Abril pasado, con cincuenta Baxeles de muy buen porte, y mas de nueve mil hombres, y doscientos cavallos, y

<sup>47</sup> Morla, Pedro Augusto de, *Emporium utriusque iuris questionum, in usu forensi admodum frequentum in quinque divisum partes*, Valentiae, per Alvarum Franco, & Didacum de la Torre, 1599.

<sup>48</sup> Besoldus, Christophorus, *Dissertatio philologica de Arte Jureque Belli*, Impensis Heredum Lazari Zetzneri, Argentorati, 1642.

<sup>49</sup> Belarmino, Roberto, *Officio del principe christiano del cardenal Roberto Belarmino y auisos viles para el gouierno politico militar y domestico: en tres libros*, traducido de latín en castellano por Miguel de León Soarez, Madrid, por Iuan Gonzales, 1624.

<sup>50</sup> Montemayor y Córdoba de Cuenca, Juan Francisco de, *op. cit.*, núm. 24, fol. 20 f.

<sup>51</sup> *Idem*.

aviendolos echado en tierra casi todos, y marchando à la Ciudad (desesperados de poder acometer por el puerto, por la nueva platafoma que fabriquè, y tuve dispuesta en el, à la lengua del agua) procedieron tan floxamente, y con tan corta providencia, y disciplina militar, que rechazados à vista de las murallas, y desbaratados (con el favor de Dios) por dos vezes de nuestra gente; huvieron de retirarse afrentosamente con muerte, y perdida de mas de tres mil hombres... conservando tan importante plaza à su Magestad, y por ella en consecuencia, el seguro tráfico, comercio, y utilidad de las Indias por el puesto y paraje en que està constituyda...”.<sup>52</sup>

Señala que una vez que se hace la debida denunciación o declaración de guerra, los denunciados adquieren el carácter de enemigos públicos u *hostes*, con quienes recíprocamente corren los derechos de la guerra, de manera que lo apresado entre las partes en estas guerras es conforme a derecho, de quien lo aprehende. Destaca que los cautivos o prisioneros en justa guerra pasan a ser esclavos de quien los captura (esto es un medio que introdujo el derecho de gentes para evitar la muerte a los prisioneros en las guerras justas), habiéndolos puesto en sus presidios o dentro de sus muros y no antes, precisamente por el denominado derecho de postliminio. El *ius postlimini* era el derecho “...en cuya virtud el ciudadano romano que había caído en cautividad del enemigo, al escapar de ésta y volver al suelo romano borra retroactivamente su cautividad, volviendo a la situación jurídica en que se hallaba antes de ser aprehendido por el enemigo”.<sup>53</sup> El cautivo de guerra que volvía voluntariamente a Roma recuperaba no sólo su ciudadanía y su posición familiar, sino que también todos sus antiguos derechos. No recuperaba su situación de hecho, como era el matrimonio (si es que éste era *sine manu*, ya que la *manus* como derecho sí se recuperaba) o la posesión.

La adecuada declaración de guerra permite saber quiénes son los verdaderos *hostes* o enemigos y cómo deben aplicarse las disposiciones jurídicas para distinguirlos de los que no lo son, o de los que son ladrones y piratas.

<sup>52</sup> *Ibidem*, núm. 24, fols. 21f-22f.

<sup>53</sup> Gutiérrez Alviz y Armario, Faustino, en *Diccionario de derecho romano*, Madrid, Reus, 1982, *sub voce* “ius postlimini”. Asimismo D’Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, 7a. ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1989, §.208. Juan Iglesias dice que si “el cautivo retorna *in confines romanos* —dentro de Roma o de una ciudad aliada de Roma— con la intención de quedar en la patria..., se reintegra en todos sus derechos por virtud del *postliminium*”. Véase Iglesias, Juan, *Derecho romano, instituciones de derecho privado*, Barcelona, Ariel, 1982, p. 128.

## V. CONCLUSIÓN

La polémica de la justa guerra en las Indias tomó rumbos diferentes que en España. Las discusiones en Nueva España y el Perú planteaban más que el tema de la ética de la conquista en torno al justo título, el tema de los métodos de evangelización y los modos de atraer a la Corona de Castilla a las poblaciones del nuevo mundo.

En general, se buscó examinar no sólo la causa justa que los españoles pudieran tener contra los indios, sino también la que los indios tuvieran contra los españoles.

Una posición mucho más dura asume Murillo Velarde, que si bien sigue a Vitoria en general, a un príncipe católico le es lícito hacer la guerra para defender la verdadera fe y el evangelio, principalmente si los infieles impiden su promulgación, y justifica en este sentido la guerra contra los indios. Sobre lo que es lícito hacer en una guerra justa, sostiene que es lícito todo aquello que es medio necesario o conducente para alcanzar el fin, y por lo tanto es lícito matar hombres o capturarlos, devastar los campos, derribar fortalezas, entregar la ciudad al pillaje o a la espada y ocupar las tierras; más aún: quemar la iglesia y sus bienes.

Un caso aparte es el de Montemayor y Córdoba de Cuenca, que más que a la guerra contra los indios se refiere a la guerra contra los piratas franceses, y enfoca su interés en la declaración de la guerra y en el derecho de postliminio como elementos destacables en un enfrentamiento bélico.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABREU Y BERTODANO, Félix Joseph de, *Tratado jurídico-político sobre pressas de mar y calidades que deben concurrir para hacerse legítimamente el Corso*, Cádiz, Imprenta Real de Marina, 1746.
- AQUINO, Tomás de, *Suma Teológica*, trad. del latín de Hilario Abad de Aparicio, revisada y anotada por el R. P. Manuel Mendía, Madrid, Moya y Plaza Editores, 1882, t. III.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, “La literatura jurídica indiana y el *ius commune*”, en ALVARADO PLANAS, Javier (coord.), *Historia de la literatura jurídica en la España del antiguo régimen*, Madrid, Marcial Pons, vol. 1, 2000.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Juan Francisco Montemayor. Un jurista aragonés en las Indias*, Zaragoza, Diputación Provincial de Zaragoza, Área de Cultura, 2001.

BERISTÁIN DE SOUZA, José Mariano, *Biblioteca hispano-americana septentrional, ó catálogo y noticia de los literatos, que ó nacidos, ó educados, o florecientes en la América Septentrional española, han dado á luz algun escrito, ó lo han dexado preparado para la prensa. La escribia el Doctor Don..., del claustro de las universidades de Valencia y Valladolid, Caballero de la Orden Española de Carlos III. y comendador de la Real Americana de Isabel La Católica, y Dean de la Metropolitana de México. Y la publica Don José Rafael Enriquez Trespalacios Beristain, sobrino del autor*, México, Oficina de D. Alexandro Valdés, 1819, ed. facsimilar, UNAM, Instituto de Estudios y Documentos Históricos, Claustro de Sor Juana, 1981.

CARRILLO CÁZARES, Alberto, “Tratados novohispanos sobre la Guerra Justa en el siglo XVI”, en BATAILLON, Gilles *et al.* (coords.), *Las teorías de la guerra justa en el siglo XVI y sus expresiones contemporáneas*, México, UNAM, CIDE, Facultad de Filosofía y Letras, Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, Embajada de Francia en México, 2008.

*Concilio III Provincial Mexicano, celebrado en México el año de 1585*, México, Mariano Galván Rivera (ed.), 1a. ed. en latín y en castellano, Eugenio Maillefert y Compañía, 1859.

CRUZ BARNEY, Oscar, “Estudio introductorio: piratas, soldados y batallas ¿para quién es el botín?”, en MONTEMAYOR Y CÓRDOBA DE CUENCA, Juan Francisco de, *Discurso político, histórico, jurídico del derecho y repartimiento de presas y despojos aprehendidos en justa guerra, premios y castigos de los soldados*, Juan Ruiz Impresor, 1658, ed. facsimilar, Conaculta-INAH, ICAVE, colección Historias de San Juan de Ulúa en la Historia, vol. IV, coordinador Pablo Montero, México, 2001.

———, “La bibliografía del *Discurso político jurídico del derecho y repartimiento de presas y despojos aprehendidos en justa guerra. Premios y castigos de los soldados* de don Juan Francisco de Montemayor y Córdoba de Cuenca”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, núm. XIV, UNAM, 2002.

D’ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, 7a. ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1989.

DÍAZ DE LA GUARDIA Y LÓPEZ, Luis, “Pedro Murillo Velarde y Bravo”, en *Curso de derecho canónico hispano e indiano*, México, El Colegio de Michoacán-Facultad de Derecho, UNAM, 2004, vol. I.

*Diccionario de derecho canónico arreglado a la jurisprudencia eclesiástica española antigua y moderna*, París, Librería de Rosa y Bouret, 1854, *sub voce Bula in coena Domini*.

- GUTIÉRREZ ALVIZ Y ARMARIO, Faustino, *Diccionario de derecho romano*, Madrid, Reus, 1982.
- HERRERA GÓMEZ, Néstor y GONZÁLEZ, Silvino M., *Apuntes para una bibliografía militar de México, 1536-1936*, México, Secretaría de Guerra y Marina, Comisión de Estudios Militares, Biblioteca del Ejército, sección de Estudios Militares del Ateneo, 1937.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho romano, instituciones de derecho privado*, Barcelona, Ariel, 1982.
- JIMÉNEZ CATALÁN, Manuel, *Ensayo de una tipografía zaragozana del Siglo. XVII*, Zaragoza, Tip. La Académica, 1925.
- MARTÍNEZ FERRER, Luis (ed.), *Decretos del concilio tercero provincial mexicano (1585), Edición histórico crítica y estudio preliminar por Luis Martínez Ferrer*, México, El Colegio de Michoacán, Universidad Pontificia de Santa Cruz, 2009, t. II.
- MAYAGOITIA, Alejandro, *Notas para servir a la bibliografía jurídica novohispana: La literatura circunstancial*, México, tesis de grado, UNAM, 1992, t. I.
- MOLINA, Luis de, *De Justitia et Jure tomis sex, Hac postrema editione emendati insuper summarijs et indicibus aucti*, Antuerpiae, apud Ioannem Keerbergium, 1615. Tuvimos a la vista la siguiente edición: Molinae, Ludovici, *De Iustitia et Jure Opera Omnia, tractatibus Quinque, tomisque totidem comprehensa. Editio Novissima*, Coloniae Allobrogum, Sumptibus Marci Michaelis Bousquet, 1733, 5 tomos.
- MONTEMAYOR Y CÓRDOBA DE CUENCA, Juan Francisco de, *Discurso político, histórico, jurídico del derecho y repartimiento de presas y despojos aprehendidos en justa guerra, premios y castigos de los soldados*, ed. facsimilar, Juan Ruiz Impresor, 1658, Conaculta-INAH, ICAVE, Colección Historias de San Juan de Ulúa en la Historia, vol. IV, coordinador Pablo Montero, compilación y estudio introductorio Oscar Cruz Barney, México, 2001.
- MURILLO VELARDE, Pedro, *Cursus Juris Canonici, Hispani, et Indici*, Matriti, Ex Typographia Emmanuelis Fernandez, 1743, 2 vols.
- PALAU Y DULCET, Antonio, *Manual del librero hispano-americano*, Madrid, Julio Ollero Editor, 1990, t. V.
- PEÑA BATTLE, Manuel A., *La isla de la Tortuga, Plaza de Armas, refugio y seminario de los enemigos de España en Indias*, 3a. ed., Santo Domingo, Editora Taller, 1988.
- PLAZA Y JAÉN, Christobal Bernardo, *Crónica de la Real y Insigne Universidad de Mexico de la Nueva España escrita en el siglo XVII por el ba-*

- chiller...*, México, versión paleográfica, proemio, notas y apéndice por el prof. Nicolás Rangel, de la Academia Mexicana de la Historia, 1931, t. I.
- RODRÍGUEZ SALA, M. Luisa y ERICE, Miguel B. de, “Montemayor y Córdoba de Cuenca, abogado”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, núm. IX, 1997.
- , “Juan Francisco de Montemayor y Córdoba de Cuenca, abogado, oidor y recopilador del siglo XVII”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, IX, 1997.
- SÁNCHEZ BELLA, Ismael, “Estudio introductorio”, *Rodrigo de Aguiar y Acuña y Juan Francisco Montemayor y Cordoba de Cuenca, Sumarios de la Recopilación General de Leyes de las Indias Occidentales*, con Licencia en México, Impreffos por Francifco Rodriguez Lupercio, 1677, México, ed. facsimilar, Fondo de Cultura Económica-UNAM.
- SCHAFFER, Ernesto, *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, 1947, t. II.
- SOTO, Domingo de, *De la justicia y del derecho*, versión castellana e introducción del Dr. P. Venancio D. Carro, O. P., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, sección de Teólogos Juristas, 1968, 5 tomos.
- TORIBIO MEDINA, José, *Biblioteca hispanoamericana (1493-1810)*, Santiago de Chile, edición facsimilar del Fondo Histórico y Bibliográfico José Toribio Medina, 1961, t. IV (1701-1767).
- , *La imprenta en México (1539-1821)*, edición facsimilar de la UNAM, México, 1989.
- VEITIA LINAGE, Joseph de, *Norte de la contratación de las Indias occidentales*, Sevilla, Por Juan Francisco de Blas, 1672.