

LAS BASES JURÍDICAS DE LA EXPANSIÓN HOLANDESA EN AMÉRICA Y ASIA: HUGO GROCIO Y SU MARE LIBERUM.

Francisco Javier Díaz González (Universidad de Alcalá /ACISAL).

A principios del siglo XVII, las Provincias Unidas habían logrado consolidar su independencia frente a los ataques de la Monarquía española. Muy pronto van a pasar de una lucha defensiva a una ofensiva, cuyo objetivo no va a ser «liberar» a sus vecinos del sur de Flandes, sometidos a la soberanía española, sino conquistar las fuentes de donde proviene la riqueza y prosperidad de la Monarquía hispánica, las Indias Occidentales y las Orientales. Al principio, las primeras incursiones son realizadas por particulares, agrupados en Compañías de Comercio y apoyados por el Estado. Más tarde, en vista del peligro que supone para los precios de la pimienta el elevado número de Compañías de Comercio, en 1602, todas estas Compañías se unirán en la Compañía de las Indias Orientales, el principal brazo armado y comercial de las Provincias Unidas en el océano Índico y en Insulindia. Pero esta expansión holandesa por Asia, como la que posteriormente realizarán por América por medio de la Compañía de las Indias Occidentales (la «Hermosa Estrella Brillante» fue el poético nombre que dieron sus promotores a esta Compañía)¹, tenía que estar justificada jurídicamente. Para ello, van a solicitar los servicios de un joven abogado de Delft, Hugo van Grot, más conocido como Hugo Grocio. La justificación de Grocio quedará plasmada en una de sus obras más famosas: *Mare liberum sive de iure quod batavis competit ad Indicana commercia dissertatio*².

1. El régimen jurídico sobre el dominio del mar hasta la época de Hugo Grocio.

Como señala el profesor LUCENA SALMORAL³, fueron los romanos el primer pueblo de la antigüedad que quiso hacer del Mediterráneo un *Mare Nostrum*. «Pero resulta paradójico, -afirma este autor- que ese mismo pueblo, Roma, elaborara un derecho en el que se catalogaba el mar entre las cosas comunes, aquellas sobre las cuales no podía ejercerse un derecho de propiedad ni una prerrogativa soberana». Efectivamente, el Derecho romano excluía el mar del dominio de los particulares, pues lo consideraba como una *res communes omnium*. Cualquiera de estos podía usarlo en los límites de sus necesidades, siempre que no lesionara el derecho reconocido a los demás⁴. Pero también el mar era una cosa no disponible por el Príncipe, el cual no podía prohibir la navegación por él⁵.

Aún con esta consideración que tenía el Derecho romano sobre el mar, potencias como Venecia, Génova, Pisa y la Corona de Aragón, en el Mediterráneo, y la Liga Hanseática en el Báltico, pretendieron adueñarse de los mares cercanos. Pero es a partir del siglo XV cuando se produce una innovación. Después de la conquista de Ceuta en 1415, Portugal, gracias a los impulsos del Infante don Enrique, comienza a explorar las costas africanas. Los portugueses pretenden tener el derecho «en exclusiva» de navegar por el Atlántico, con el objeto de explorar y conquistar los nuevos territorios. Para conseguir este objetivo monopolístico van a recurrir al Papa.

Conforme a la doctrina canonista de la época, recogida en las Partidas de Alfonso X el Sabio⁶, se afirmaba que el Papa, al ser Vicario de Cristo en la Tierra, tenía jurisdicción temporal plena y universal sobre todo el orbe, y que la potestad de los demás príncipes seculares, tanto cristianos como infieles,

¹ LUCENA SALMORAL, M.: *Piratas, bucaneros, filibusteros y corsarios en América*, Madrid, 1992, p. 132.

² Utilizamos la traducción que sobre esta obra realizaron al castellano L. GARCIA ARIAS y V. BLANCO GARCIA, y que fue publicada por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

³ Op. cit., p. 17.

⁴ *Digesto*, 8, 4, 13, pr.

⁵ *Instituciones*, 2, 1, 1.

⁶ *Partidas*, II, 1, 9.

dimanaba de él. Como era señor de las tierras de infieles, podía entregar el dominio de esas tierras a un príncipe cristiano con la misión de convertirlos en la fe de Cristo. Los demás príncipes cristianos tenían la obligación y el deber de respetar esa concesión que había realizado el Sumo Pontífice a uno de ellos.

Los monarcas portugueses solicitaron que el Sumo Pontífice les conceda una serie de bulas que les permitan excluir a otras naciones, especialmente a Castilla, de los lugares que ellos están explorando⁷. La primera de estas bulas fue la *Rex Regum*, de 8 de septiembre de 1436, en la que el Papa Eugenio IV concedió al Rey don Duarte todas las tierras que conquistará a los musulmanes en África. Más tarde, en la bula *Preclaris tue devotiones*, de 25 de mayo de 1437, el mismo Pontífice autorizó el comercio de los portugueses con los musulmanes, pero exceptuando de él hierro, madera, cuerdas, navíos o armas, pues a través del comercio con los musulmanes se facilitaría la conversión al cristianismo de los mismos. En la segunda bula *Rex Regum*, de 5 de enero de 1443, Eugenio IV concedía a los monarcas portugueses los privilegios de la Cruzada y todas y cada una de las ciudades, tierras, castillos y lugares que se apoderasen por las armas y liberasen de la sujeción y servidumbre de los infieles, respetando el derecho que por conquista pudiese corresponder a los reyes de Castilla en África⁸. Nueve años más tarde, el Papa Nicolás V, en la bula *Divino amore communiti*, de 18 de mayo de 1452, autorizaba a Alfonso V a hacer la guerra a los sarracenos y a invadir, conquistar y subyugar los territorios ocupados por ellos, incluso en el caso de que hubieran pertenecido o que hubieran de pertenecer a otros príncipes cristianos. Pero la más importante de estas bulas fue la *Romanus Pontifex* de 8 de enero de 1455. En esta bula, Nicolás V recordaba que los portugueses habían logrado descubrir y poblar de cristianos las islas de las Azores y Madeira, en el Océano Atlántico, y también que habían fundado iglesias y otros lugares de culto, gracias a los cuales se habían bautizado muchos indígenas. Asimismo, habían descubierto y ocupado nuevas tierras, concretamente en el Golfo de Guinea. Temiendo que gentes de otros territorios cristianos, especialmente de Castilla, pudieran arrebatar esas conquistas de la Corona de Portugal, se reconocía la soberanía de esos territorios, concretamente los territorios comprendidos entre los cabos de Bojador y de Num hasta las costas de Guinea y «más allá hasta donde se extiende la playa meridional». La última bula concedida a los portugueses fue la *Inter caetera*, de 13 de marzo de 1456. En ella, Calixto III confirmaba lo establecido en la *Romanus Pontifex* y concedía a la Orden de Cristo portuguesa toda la jurisdicción y potestad en materia espiritual desde los cabos de Bojador y Num hasta toda la Guinea y más allá, la playa «hasta los indios», en lo que hubiesen adquirido o pudiesen adquirir.

Con todas estas concesiones pontificias, los portugueses consideraban tener una base jurídica suficiente para tener el monopolio exclusivo de la navegación por el litoral africano y, posteriormente, por el océano Índico.

El competidor de Portugal en estas exploraciones fue Castilla. Desde el litoral atlántico-andaluz, había comenzado la conquista de Canarias y establecido relaciones comerciales con la costa africana comprendida entre los cabos Aguer y Bojador. Pero hay una gran diferencia entre las exploraciones castellanas y las portuguesas. Mientras que los portugueses están respaldados por la Corona, las empresas castellanas son realizadas por particulares, respaldados en ocasiones por grandes señores andaluces, como el Duque de Medina Sidonia o el de Medinaceli, pero no por la Corona⁹. Muy pronto castellanos y portugueses van a chocar. Portugal pretende la soberanía de Canarias, mientras que Castilla reclama la costa comprendida entre los cabos Aguer y Bojador. Sin embargo, el Papa Eugenio IV, en la bula *Dudum siquidem* de 1436, reconocerá a Juan II de Castilla el dominio de las Canarias. La decisión papal es aceptada por Portugal, y Castilla, como contraprestación, reconoce el monopolio portugués sobre la costa africana que ha venido reclamando, tal y como se establecía en la bula de Nicolás V *Romanus Pontifex* de 1454.

⁷ Sobre las bulas concedidas por los Papas a los monarcas portugueses, véase GARCIA GALLO, A.: *Las bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. XXVII-XXVIII, 1957-58, pp. 461-829.

⁸ RUMEU DE ARMAS, A.: *España en el África Atlántica*, en *Instituto de Estudios Africanos*, t. I, Madrid, 1956, p. 94 y *El Tratado de Tordesillas*, Madrid, 1992, pp. 64-65.

⁹ CERESO MARTINEZ, R.: *La proyección marítima de España en la época de los Reyes Católicos*, Madrid, 1991, p. 61.

Al terminar la guerra de sucesión al trono castellano en 1479, Castilla y Portugal celebran un tratado por el que van a empezar a repartirse el mundo entre las dos potencias. El 4 de septiembre de ese mismo año, en la localidad portuguesa de las Alcáçovas, los Reyes Católicos reconocían a Alfonso V de Portugal su derecho de conquista sobre el reino musulmán de Fez y su soberanía sobre las islas de Guinea, Madeira, Portosanto, Azores, Flores y Cabo Verde, admitiendo que las navegaciones al sur del cabo Bojador eran monopolio de la Corona de Portugal, comprometiéndose los monarcas a castigar a sus súbditos que quebrantaran este tratado. Por su parte, Alfonso V renunciaba a toda pretensión que pudiera tener la Corona portuguesa sobre las islas Canarias¹⁰. Como puede comprobarse, el litoral atlántico de África al sur del cabo Bojador, conforme al tratado de las Alcáçovas, era *Mare clausum* portugués, no admitiendo en esas aguas a ningún buque de otra nacionalidad.

La misma política que tomaron los reyes portugueses en su expansión por el litoral africano de solicitar al Sumo Pontífice que les concediese el dominio de esos territorios «para llevar la palabra de Cristo», la van a adoptar los Reyes Católicos en la exploración de América.

Cuando Colón arriba a Lisboa el 4 de marzo de 1493 de su primer viaje a América, Juan II de Portugal afirma que el tratado de las Alcáçovas ha sido vulnerado y que las tierras que ha descubierto Colón navegando hacia el Oeste son portuguesas, pues pertenecen, conforme al parecer de sus consejeros y geógrafos, al archipiélago de las Azores. Fernando e Isabel no van a perder el tiempo y van a solicitar del Papa, el español Alejandro VI, que se les conceda el dominio de los territorios descubiertos por el Almirante Colón. Alejandro VI va a otorgar cuatro bulas a los reyes españoles, concediéndoles, además del dominio de esas tierras, el monopolio exclusivo de navegar hacia ellas, como lo poseen los portugueses en África.

El 3 de mayo de 1493, Alejandro VI va a promulgar dos bulas a favor de los Reyes Católicos, la primera *Inter caetera* y la *Eximie devotionis*. En la primera bula, el Papa concede el dominio de las tierras descubiertas por Colón a la Corona de Castilla, excluyendo de él a otros príncipes cristianos, mientras que por la segunda, concede a los Reyes Católicos los mismos privilegios que disfrutaban los monarcas portugueses en su expansión por las costas africanas. Pero la más importante de todas es la segunda *Inter caetera* de 4 de mayo de 1493. En ella, Alejandro VI establece lo siguiente:

«Y para que la realización de un negocio de tanta importancia que se os ha encomendado por la liberalidad de la gracia apostólica, la asumais más libre y decididamente, por propia decisión, no a instancia vuestra o de otros que por vos Nos hayan dado la petición, sino por nuestra mera liberalidad y a ciencia cierta y con la plenitud de la potestad apostólica: todas las islas y tierras firmes, descubiertas y por descubrir, halladas y por hallar hacia el occidente y mediodía, haciendo y constituyendo una línea desde el polo ártico, es decir el septentrión, hasta el polo antártico, o sea el mediodía, que estén tanto en tierra firme como en islas descubiertas y por descubrir hacia la India o hacia otra cualquier parte, la cual línea diste de cualquiera de las islas que se llaman vulgarmente de los Azores y Cabo Verde cien leguas hacia occidente y el mediodía; de tal forma, que todas las islas y tierras firmes halladas y por hallar desde la citada línea hacia occidente y mediodía, que por otro rey o príncipe cristiano no estuviesen actualmente poseídas con anterioridad al día de Navidad de nuestro Señor Jesucristo próximo pasado, en el cual comienza el presente año de mil cuatrocientos noventa y tres, cuando fueron por vuestros enviados y capitanes descubiertas algunas de las citadas islas...»¹¹.

En la segunda bula *Inter caetera*, Alejandro VI había dividido las aguas oceánicas del planeta, entre Castilla y Portugal, excluyendo a cualquier otra nación. Los mares oceánicos eran, cien leguas al oeste del meridiano de los archipiélagos de Azores y de Cabo Verde, monopolio castellano, mientras que las comprendidas al este lo eran portugués. Se dice que el rey de Francia comentó que en que parte del testamento de Adán se había hecho esta división del mundo.

Por último, el 26 de septiembre de 1493, Alejandro VI promulgó la bula *Dudum siquidem*, en la que concede a los Reyes Católicos el dominio de las tierras que en un futuro se descubriesen navegando hacia el oeste.

¹⁰ RUMEU DE ARMAS, A.: *El tratado...*, pp. 81-85 y SUAREZ FERNANDEZ, L.: *La conquista del trono*, Madrid, 1989, p. 330.

¹¹ REMESAL, A.: *La raya de Tordesillas*, Junta de Castilla y León, 1994, pp. 135-136.

Juan II de Portugal no quedó satisfecho con las bulas promulgadas por Alejandro VI, especialmente con el trazado establecido en la segunda bula *Inter caetera*, lo cual, unido a la situación política que sufre Europa en esa época, «motivaron -escribe el profesor PEREZ-BUSTAMANTE- una larga serie de contacto y negociaciones que se materializaron en 1494 en el Tratado de Tordesillas»¹².

El 7 de junio de 1494, Portugal y España firmaron en Tordesillas un tratado en el cual «no tuvieron inconveniente de enmendarle la plana al Papa», como gráficamente escribe el profesor LUCENA SALMORAL¹³. En ese tratado, la original línea situada a cien leguas al oeste de los archipiélagos de las Azores y de Cabo Verde fue trasladada a trescientas setenta leguas al oeste de éste último archipiélago. Además, «la locura ibérica llegó al extremo de que los portugueses garantizaran el libre paso por «su» océano de las naves españolas que iban al «suyo», como se consignó en el tratado»¹⁴.

España y Portugal se habían dividido el dominio de los mares oceánicos en el tratado de Tordesillas, pero teniendo la base jurídica de las concesiones pontificias que desde comienzos del siglo XV se habían otorgado a cada uno de estos reinos. Sin embargo, en la propia España se empezó a dudar si era suficiente título legítimo de adquisición la donación realizada por el Papa, y también la doctrina del *Mare clausum*.

De los pensadores españoles críticos de la doctrina del *Mare clausum*, y sobre todo, de la concesión pontificia como título válido de apropiación de un territorio destacan Francisco de Vitoria y Fernando Vázquez de Menchaca.

En sus *Relecciones de Indis*, Francisco de Vitoria negaba el señorío temporal del Papa sobre el mundo y, por ello, la validez de aquellas donaciones que el Sumo Pontífice pudiera hacer a príncipes cristianos de territorios gobernados por infieles o por páganos. Sin embargo, cuando habla de los títulos legítimos que autorizan la presencia de los españoles en América, sienta las bases de la futura teoría del principio de libertad de los mares. Según Francisco de Vitoria, en virtud del principio de comunicabilidad entre las gentes, los españoles pueden viajar perfectamente a las tierras de los indígenas y comerciar con ellos, «porque si no fuera lícito a los españoles viajar por aquellas regiones, lo sería por derecho natural, por derecho divino o por derecho humano. Por derecho natural y divino es cierto que está permitido. Si, pues, hubiera alguna ley humana que sin causa alguna prohibiera lo que permite el derecho natural y divino, sería inhumana e irracional, y, por consiguiente, no tendría fuerza de ley»¹⁵. También afirma Francisco Vitoria que según el Derecho natural, «son comunes a todos el aire, el agua corriente y el mar, los ríos y los puertos», por tanto su uso no puede vedarse a nadie; por todo ello, «los bárbaros cometerían injusticia contra los españoles, si les prohibieran entrar en sus territorios»¹⁶.

Fernando Vázquez de Menchaca, en sus *Controversiarum illustrium aliarumque usa frequentium libri tres*, afirmaba que los lugares públicos y comunes, como era el caso del mar, no podían ser materia prescriptible y, por lo tanto, objeto de apropiación por parte de un particular o de un Estado. Grocio se basará en las teorías de estos teólogos españoles para elaborar la suya.

3. La formulación jurídica de Grocio.

En 1602 el almirante de la Compañía holandesa de las Indias Orientales Heemskerck, se apoderó de la carraca portuguesa «Catalina» y de su preciado cargamento en las cercanías de Malaca. Varios miembros de la Compañía, pertenecientes a la secta religiosa de los mennonitas, sentían remordimientos de conciencia por tal acto de conciencia. Paradojas del destino, como muy bien apunta el profesor LUCENA SALMORAL, «el robo de un mercante sirvió para diseñar la idea de que el mar no podía ser propiedad de nadie»¹⁷. La Compañía consultó al joven jurista Hugo Grocio sobre este asunto para que alegase conforme

¹² *Textos de Historia del Derecho y de las Instituciones Públicas de España*, Madrid, 1995, p. 105.

¹³ Op. cit., p. 18, n. 2.

¹⁴ Idem., p. 18.

¹⁵ *Relectio de Indis o libertad de los indios*, edición crítica bilingüe realizada por L. PEREÑA y J. M. PEREZ PRENDES, Madrid, 1967, p. 80.

¹⁶ Idem., p. 79.

¹⁷ Op. cit., p. 19.

a Derecho ante el Tribunal de Presas la licitud de ese botín. Las alegaciones jurídicas presentadas por Grocio fueron la base de su obra, realizada entre los años 1604 y 1605, *De iure praede commentarius*, obra que permaneció inédita hasta su descubrimiento en 1864 y fue publicada cuatro años más tarde¹⁸. Sin embargo, la Compañía solicitó en 1608 a Grocio que publicara uno de los capítulos de la obra, concretamente el XII, y en marzo de 1609 apareció en Leiden, como libro anónimo, la primera edición de *Mare liberum*.

Dos fueron los motivos que determinaron la publicación del libro. El primero, reconocido por el propio Grocio en su *Defensio capituli quinti Maris liberi oppugnati a Gulielmo Welwodo*, fue la celebración de las negociaciones entre España y las Provincias Unidas, en las que los bátavos querían ver asegurada la libertad de navegación y comercio con las Indias Orientales, y cuyo resultado fue la firma del Tratado de Amberes de 9 de abril de 1609¹⁹; y el segundo, la adopción por el Reino Unido de una política restrictiva de la libertad de pesca que los holandeses venían haciendo en los mares próximos a las Islas. «Así, pues, - escribe L. GARCIA ARIAS- el *Mare liberum* fué escrito contra Portugal, publicado contra España y utilizado contra la Gran Bretaña por los holandeses. Y de la misma manera, redactado para defender la libertad de los mares para la navegación y el comercio por todos los Océanos, fué impreso para tratar de obtener la libertad de pesca en los mares próximos».

Hugo Grocio considera que los hispánicos (castellanos y portugueses) no pueden prohibir a los holandeses el libre acceso a las Indias Orientales en base a las siguientes razones:

1. No tienen el dominio sobre las Indias Orientales, pues no disponen de títulos legítimos que aseguren esa soberanía, y los títulos que alegan, como ser sus descubridores, la donación pontificia o el pretendido derecho de conquista, no son suficientes.

2. No tienen el dominio sobre el mar o sobre la navegación hacia esos territorios.

3. No pueden impedir el comercio a otras gentes, pues conforme al Derecho de gentes, el comercio es libre.

3.1. La crítica al pretendido dominio portugués sobre las Indias Orientales.

Escribe Grocio que si los portugueses fuesen dueños legítimamente de las Indias Orientales, sería injusto que les prohibieran el acceso y el comercio, pues se vulneraría el Derecho de Gentes, Derecho común a todos los pueblos. Sin embargo, no tienen tal dominio sobre la India, por lo cual, no pueden impedir a los holandeses que arriben a esos puertos a comerciar. Los portugueses alegan una serie de títulos que, según ellos, les legitiman para adoptar este tipo de política. Grocio, utilizando argumentos que ya esgrimieron Francisco de Vitoria y Fernando Vázquez de Menchaca, como el mismo tiene el honor de reconocer en su obra, va a desmontar las argumentaciones jurídicas de sus oponentes portugueses.

El primer título alegado por los portugueses fue el del descubrimiento. Ellos fueron los primeros europeos que llegaron a las Indias Orientales, y por ello consideraban que disfrutaban del monopolio exclusivo del comercio con los habitantes de aquellos territorios. Grocio señala que esto es falso. En primer lugar, ellos no fueron los primeros que llegaron a las Indias Orientales ni quienes las descubrieron, pues ya se tenía noticia de ellos en época romana. Por otra parte, el descubrimiento solo concedería derechos sobre aquellas tierras que antes de él no pertenecieran a nadie (*res nullius*), y sin embargo,

«los hindúes,...., aunque parte de ellos eran idólatras y parte mahometanos, y envueltos en graves pecados, sin embargo tenían dominio público y privado de sus cosas y territorios, lo cual sin justa causa no se les podía quitar...»²⁰.

Sería un robo, afirma Grocio apoyándose en las mismas tesis anteriormente citadas por Francisco de Vitoria, privar a los infieles de sus territorios solamente por practicar un credo distinto al cristiano.

El segundo título esgrimido por los portugueses fue la donación pontificia a raíz de la segunda bula *Inter caetera* de 4 de mayo de 1493, bula modificada un año más tarde por el tratado de Tordesillas como arriba expusimos. Para Grocio, en primer lugar, la intervención del Papa Alejandro VI fue simplemente un

¹⁸ GARCIA ARIAS, L.: prólogo a *De la libertad de los mares* de Hugo GROCIO, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, p. 11 y LUCENA SALMORAL, M.: op. cit., p. 19.

¹⁹ GARCIA ARIAS, L.: op. cit., pp. 13 y 14, n. 7.

²⁰ *De la libertad de los mares*.... p. 72.

arbitraje, con el fin de dar solución a un conflicto planteado entre dos príncipes cristianos, Juan II de Portugal, por un lado, y Fernando e Isabel, por otro. En segundo lugar, aunque el Papa tuviera poder para entregar esos territorios, los portugueses no quedarían dueños de esos territorios si la donación no va seguida de la toma de posesión efectiva del territorio, cosa que no hicieron los portugueses. Pero el Papa, como dijera Vitoria en su *Relectio de Indis*,

«No es Señor civil o temporal de todo el orbe. Aún más, si alguno había de ejercer en el mundo esta potestad, ésta no la podría ejercer rectamente el que debe satisfacerse con la jurisdicción espiritual, y, por otra parte, este poder tampoco podría ser concedido a los Príncipes temporales. Por consiguiente, si alguien tiene esta potestad, la tiene como se dice, en orden a lo espiritual. Por todo lo cual nadie tiene esta potestad sobre los pueblos infieles, ya que no pertenecen a la Iglesia»²¹.

En cuanto al tratado, conforme al principio jurídico *res inter alios acta*, solamente obliga a esas dos naciones y no al resto de las monarquías y repúblicas del Mundo.

Tampoco los portugueses pueden alegar el dominio de las Indias Orientales conforme al Derecho de la guerra. En primer lugar, no ocuparon aquellas tierras, sino que se contentaron con comerciar con sus habitantes. En segundo lugar, no tenían justos motivos para atacarles, y no lo eran que se les negara el comercio o que no quisieran conocer la religión cristiana.

En conclusión, los portugueses no tienen la soberanía sobre las Indias Orientales por que les falta no sólo la posesión,

«sino el título de la misma, ni las cosas y poderes de la India no deben tenerse como si antes hubiesen sido *res nullius*, y ni siendo de ellos han podido ser rectamente adquiridas, y de esto se sigue que los pueblos de la India Oriental, de los cuales hablamos, no son propios de los portugueses, sino que son libres y *sui iuris*, acerca de lo cual los mismos doctores españoles no dudan»²².

3.2. La crítica al pretendido dominio portugués del mar o de la navegación a las Indias Orientales: la teoría del *Mare liberum*.

Sí las Indias Orientales no son dominio portugués por las alegaciones anteriormente citadas, menos aún lo pueden ser los mares que conducen a esos lugares o el transitar hacia ellos. Es en esta parte donde Hugo Grocio esbozara su teoría del *Mare liberum*.

Grocio, de acuerdo con lo que estableció el Derecho romano, consideró que el mar era una cosa común a todos los hombres, pues no puede ser poseído y es propio para utilidad de todos, unas veces mediante la navegación y otras practicando la pesca.

«El mar, por consiguiente, se encuentra entre aquellas cosas que no son propias de comercio, esto es, que no pueden convertirse en propiedad privada. De donde se sigue, si hablamos con exactitud, que ninguna parte del mar puede juzgarse territorio propio de pueblo alguno»²³.

De esta manera, la intención holandesa de navegar hacia las Indias Orientales descansa sobre el Derecho común, pues todos tienen permiso para navegar por el mar, aun sin licencia de monarca alguno. Es más, considera, como en su tiempo lo hizo el jurista romano Ulpiano²⁴, que quién impida a otro navegar por el mar, no tiene derecho para ello, y que aún tendría que pagar daños y perjuicios por el injusto daño causado.

Por ello, afirma nuestro autor que los portugueses no pueden alegar que tienen el dominio del mar que conduce a las Indias y prohibir a los demás pueblos transitar por él. En primer lugar, no pueden alegar

²¹ Idem., p. 76.

²² Idem., p. 83.

²³ Idem., p. 101.

²⁴ *Digesto*, 43, 8, 2.

que el mero hecho de ser los descubridores del océano Indico y de las Indias Orientales, tiene el monopolio exclusivo de transitar ellos por él, pues en época de Alejandro Magno ya se navegó por la parte oriental del Indico, desde la desembocadura del Indo hasta el golfo Pérsico, y

«Que en otro tiempo conocieron esta navegación los gaditanos es cosa suficientemente probada. Cuando gobernaba Cayo César, hijo de Augusto, se reconocieron en el golfo de Arabia restos de naves hispanas que naufragaron. Además, Celio Antipater consigna que él mismo vió quienes para comerciar se trasladaban desde España hasta Etiopia»²⁶.

Aún en el caso de que se reconociera el dominio del mar a una potencia, esto se justificaría si tuviera en su poder los puertos próximos y los litorales que rodean ese mar; pero ese no es el caso de los portugueses, pues exceptuando unas pocas fortalezas, no tienen nada que puedan llamar como propio.

Sin embargo, Grocio reconoce el mérito de los lusitanos al ser los primeros en su tiempo de descubrir esas rutas, pero no por ello pueden defender su dominio exclusivo sobre el océano Indico.

Tampoco pueden invocar los portugueses su señorío sobre el océano Indico por donación pontificia en base a que

«La donación de cosas fuera del comercio de los hombres no tiene ningún valor. Por lo cual ya que el mar o el derecho de navegar por él no puede constituir propiedad de uno solo, se infiere que ni podía ser dado por el Papa ni aceptado por los Portugueses. Aparte de esto, siguiente la opinión de los varones de sano juicio, el Pontífice no es señor temporal de todo el Orbe, y, por lo mismo, no podía ser señor del mar; más aún, admitiendo de momento que en realidad le perteneciese esa soberanía, no estaba en manos del Pontífice el traspasar ninguna parte de su derecho, totalmente inherente a su pontificado, a un príncipe o a un pueblo cualquiera, como no está en las atribuciones de un emperador el convertir para su uso personal o enajenar provincias de su imperio a su arbitrio»²⁶.

Por último, tampoco pueden alegar el monopolio exclusivo del mar o el derecho a navegar por el a título de prescripción o costumbre, pues la prescripción solamente es aplicable a relaciones entre particulares, no entre príncipes o repúblicas, y menos aún puede ser objeto de aplicación sobre cosas que no son accesibles de posesión conforme al Derecho de gentes y al Derecho natural, como ocurre con el mar, tal como en su momento había señalado Fernando Vázquez de Menchaca en sus *Controversiae illustres*.

En conclusión, los portugueses no pueden alegar ningún tipo de título jurídico que les dé el dominio y señorío del océano Indico o de la navegación sobre él.

3.3. La libertad de comercio entre los pueblos.

Según el Derecho de gentes, escribe Grocio, la libertad de comerciar es una facultad que pueden ejercitar los hombres y que no les puede ser de ninguna forma arrebatada, cosa que pretenden hacer los portugueses en las Indias Orientales.

«La libertad de comerciar, es, por lo tanto, de Derecho de gentes primario, que tiene una causa natural y perpetua, y por lo mismo este derecho no puede ser suprimido, y, aunque pudiera serlo, esto no podría realizarse sin el consentimiento de todas las naciones. Tan lejos está de lo justo, que una nación se interponga entre dos que quieran comerciar»²⁷.

Los portugueses, como en los casos anteriores, alegan los mismos títulos por los cuales les está permitido en exclusiva negociar con las Indias Orientales. Pero Grocio, de una manera brillante, desmonta los pretendidos argumentos jurídicos portugueses. En primer lugar, en lo referente al título de descubrimiento, escribe nuestro autor que

«Primeramente, el descubrimiento o la ocupación no tienen aplicación en este punto, porque el derecho de comerciar no es algo corporal que pueda ser aprehendido, ni aprovecharía a los portugueses aunque hubieran sido los primeros hombres que hubiesen comerciado

²⁶ *Mare liberum*, pp. 109-110.

²⁶ *Idem.*, pp. 116-117.

²⁷ *Idem.*, p. 143.

con los hindúes, lo cual no puede dejar de ser falsísimo. Pues como en un principio los pueblos fueron a diversos puntos, es necesario que algunos fuesen los primeros comerciantes, los cuales es completamente cierto que no adquirieron derecho alguno. Por lo cual, si los portugueses tuviesen algún derecho para ser ellos los únicos que negocian con las Indias Orientales, esto como ejemplo de cualquier servidumbre, debió nacer por concesión expresa o tácita, esto es, por prescripción y no de otra manera»²⁸.

Pero tampoco lo es por título de prescripción, pues este modo de adquisición de derechos, como dijo en su día el teólogo español Fernando Vázquez de Menchaca, no tiene aplicación entre naciones libres, y el mero lapso de tiempo no produce que el derecho de comerciar se convierta en posesión privada. Es más, junto con los portugueses, otros pueblos, como árabes y chinos, tienen sus tratos comerciales con las Indias Orientales, y han llevado a cabo este tipo de relaciones durante muchos siglos, antes incluso de llegar los portugueses a esos mercados.

Por último, los portugueses no pueden pretender retener en exclusiva el comercio con la India por donación pontificia, pues el Papa no es señor temporal del mundo, y no tiene el derecho universal del comercio, y si concediera tal derecho a una nación, realizaría una doble injuria

«... primeramente contra la India, que está fuera de la Iglesia, y según dijimos fuera de la jurisdicción del Pontífice. A los hindúes, no pudiéndoles quitar nada el Pontífice, les quitaría el derecho que tienen a negociar con cualquiera, lo cual no puede hacer. La segunda injuria sería a todos los hombres, cristianos y no cristianos, a los que no puede retirar ese derecho sin la causa dicha. Además, ni siquiera los señores temporales en sus territorios pueden prohibir la libertad de comercio...»²⁹.

Al no tener el dominio de las Indias Orientales, ni del mar o de la navegación, ni del comercio, por los pretendidos títulos jurídicos que alegaban, afirma Grocio que los únicos motivos que pueden aducir los portugueses para excluir la presencia de otros pueblos de aquellos territorios son el lucro y la especulación pues

«... no quieren que los lucros producidos por el comercio no sean repartidos entre sus semejantes y se afanan en calmar sus conciencias con aquellas razones que los mismos maestros españoles, que se encuentran en el mismo casos, refutan como manifiestamente vanas»³⁰.

Por ello, los holandeses deben mantener su comercio con las Indias Orientales, ya sea en paz, en tregua o en guerra con los pueblos hispanos, pues conforme el Derecho de gentes y el Derecho natural, ningún tipo de autoridad puede prohibir la navegación por el mar ni el comercio, y quién realizase tales actos, esta obligado a la restitución del daño causado, según el juicio de un hombre bueno.

«Según esto, un hombre bueno al conceder a los holandeses la libertad de comercio, obligaría la restitución a los portugueses y a los demás que impiden la libertad de comercio. Y para obtener esto mediante juicio, cuando ello no fuese posible, se vindicaría en una guerra justa ... Los teólogos también dicen que así como se emprende justamente una guerra en defensa de las cosas propias, así no mentos rectamente se emprende por todo aquello que según el Derecho natural debe permanecer común. Por lo cual aquel que cierra las vías de comunicación y la conducción de mercancías, aun sin esperar dictamen de la autoridad pública, puede ser rechazado *via facti*»³¹.

4. Conclusiones.

A partir de la publicación de la obra de Grocio, se desencadenó una gran polémica doctrinal durante gran parte de los siglos XVII y XVIII en torno al principio de la libertad o del dominio marítimo. Autores

²⁸ Idem., pp. 144-145.

²⁹ Idem., pp. 146-147.

³⁰ Idem., p. 152.

³¹ Idem., pp. 162-163.

como los ingleses Welwood y Selden y el jurista hispano Juan Solórzano Pereira defendieron en sus obras tesis contrarias a las expuestas por Grocio, e incluso el mismo Grocio, cuando vivía exiliado en París como embajador del rey de Suecia en Francia, comentó que podía probar las tesis contrarias a la teoría del *Mare liberum*³². La polémica sobre el principio de libertad de navegación continuaría hasta comienzos del siglo XVIII, imponiéndose definitivamente pero limitado por la nueva noción del mar territorial, que consagra el dominio soberano del Estado ribereño.

«La tesis de Grocio -escribe el profesor LUCENA SALMORAL- era verdaderamente avanzada y parecía haber desbancado la de posesión de los mares, pero lamentablemente los holandeses sólo la sostuvieron hasta que lograron adueñarse del océano Índico expulsando a los portugueses, que convirtieron en otro *Mare clausum* el suyo»³³. Efectivamente, ya antes de que Grocio elaborara su teoría, las Compañías de Comercio precursoras de la de las Indias Orientales, daban órdenes a los capitanes de sus navíos de atacar y hundir a todos los que encontrasen por su camino, incluidos los holandeses. Cuando en 1602 se crea la Compañía de las Indias Orientales, los Estados Generales la conceden el monopolio exclusivo de comerciar y navegar durante un período de veintidós años por las aguas comprendidas al este del cabo de Buena Esperanza y al oeste del estrecho de Magallanes³⁴. Así, cuando la flota de Wilhelm von Schoutten y de Jakob Le Mayre, hijo este último del armador de la flota, llegó a las Molucas procedente del Pacífico, fueron apresados sus componentes por los funcionarios de la Compañía de las Indias Orientales y enviados a Holanda por inmiscuirse en una zona cuya soberanía correspondía a la Compañía³⁵. Y el mismo poder se otorgó en 1621 a su hermana de las Indias Occidentales, a la cual «se le dio un *Mare clausum*, el americano, resultando así que Holanda, que tanto había luchado por el *Mare liberum*, caía en el mismo vicio de la propiedad de los mares: los asiáticos para su Compañía de las Indias Orientales, y los americanos para la de las Indias Occidentales»³⁶.a

³² GARCIA ARIAS, L.: op. cit., p. 22.

³³ Op. cit., p. 19.

³⁴ CORDOVA-BELLO, E.: *Compañías holandesas de navegación*, Sevilla, 1964, p. 25.

³⁵ LUCENA SALMORAL, M.: op. cit., pp. 128-129.

³⁶ *Idem.*, p. 129.