

PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LAS RELACIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO OBSERVADAS POR EL DERECHO DE GENTES

FOR

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

No todas las relaciones consideradas por el derecho de gentes son relaciones políticas entre los pueblos. Para comprobarlo basta leer el fragmento del *furtis epitomarum*, libro I, de HERMOGENIANO, recogido en el *Digesto* (1). De él sólo nos interesan aquí sus primeros incisos que se refieren a relaciones políticas: «Por ese derecho de gentes se introdujeron las guerras, se dividieron los pueblos, se fundaron los reinos». La definición de ese derecho la hallamos, en el mismo título, recogida de un texto de GAYO (2) «*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud per aequae custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*»: «pero el [derecho] que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado igualmente por todos, y se llama derecho de gentes de que se valen todos los pueblos».

Este texto de GAYO, que basa el derecho de gentes en la razón natural, choca con la referida afirmación de HERMOGENIANO, que le atribuye las guerras, y con el numeralmente anterior de ULPIANO (3), en el inciso que dice «comenzó a haber por derecho de gentes tres clases [de hombres]: libres, esclavos en oposición a éstos, y una tercera clase de libertos, esto es aquellos que ha-

(1) HERMOGENIANO, *Dig.* 1, 1, 5.

(2) GAYO, *Dig.* 1, 1, 9, inc. final.

(3) ULPIANO, *Dig.* 1, 1, 4.

bían dejado de ser esclavos». Aunque, ciertamente, el origen de la esclavitud no lo achaca al derecho de gentes, al que sí atribuye el origen de la manumisión, esta contraposición no pudo pasar inadvertida a algunos preclaros autores.

SANTO TOMÁS DE AQUINO si bien no se ocupó de estos tres textos, sí recogió la dificultad observada en una lectura de SAN ISIDORO DE SEVILLA, quien incluye al derecho de gentes en el derecho humano (4), pero advierte que «casi todas las gentes hacen uso de él», y define el derecho natural como el «común a todas las naciones» (5). Ante esa dificultad, el AQUINATENSE razona (6) que «sin las justas compras, ventas y cosas semejantes los hombres no pueden convivir entre sí, convivencia que es de ley natural, porque el hombre es por naturaleza animal social, como prueba ARISTÓTELES en *Política* I (1, 9, 12, 53 a). Pero las cosas que se derivan de la ley natural por vía de determinación particular, pertenecen al derecho civil, en virtud del cual toda ciudad determina lo más conveniente a su prosperidad». Por ello resuelve (7): «ciertamente el derecho de gentes, en cierto modo es natural al hombre, porque es algo racional, ya que se deriva de la ley natural por vía de conclusión que no está muy lejos de los principios; por eso fácilmente convinieron los hombres en él» (8).

La doble cuestión suscitada, por una parte, por los textos recogidos en el primer título del *Digesto*, y, de otra, por SANTO TOMÁS DE AQUINO, la examina y resuelve, en el siglo XVI, el PINCIANO, FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, diferenciando el dere-

(4) SAN ISIDORO, *Etimologías*, 5, 4.

(5) *Ibid.*, 5, 6.

(6) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S.Th.* 1.^a-2.^a, 95, 4, resp., vers. *Nam ad ius gentium.*

(7) *Ibid.*, ad 1.

(8) Me he ocupado de estas reflexiones del AQUINATENSE en *Observaciones de orden metodológico en torno a la concepción del derecho natural de Santo Tomás de Aquino*, IV, A.R.A.J. y L. 3, 1975, págs. 37 y sigs., recogido en mis *Estudios sobre fuentes...*, págs. 771 y sigs., donde observé que el AQUINATENSE advierte que no se usa unívocamente la expresión derecho de gentes, sino que tiene diverso significado según se le examine bajo el prisma de la racionalidad o de la positividad.

cho de gentes natural, que llama de gentes primario, y el derecho de gentes secundario.

Ambas especies de derecho de gentes las contrapone en su primera gran obra en los siguientes términos (9):

- a) «Existe un derecho de gentes al que denominamos primario —*primaevum*— o natural» [...] «derecho coetáneo con el mismo género humano nacido de la naturaleza de las cosas», citando numerosos textos literarios latinos que abonan esta afirmación. Tal derecho de gentes primario, sigue diciéndonos, «fue generado simultáneamente con el género humano siendo común indistintamente a todas las gentes»; y del mismo derivan los primeros preceptos para con Dios, la patria y los padres, y, próximos a éstos, que rechazamos la violencia y las injurias, que lo hecho en defecto de la persona se reputa hecho con justicia, y que, como la naturaleza constituye entre nosotros cierto parentesco, que no sea lícito a un hombre dirigir acechanzas contra otro, como dice la ley *Ut vtm* del título *De iustitia et ture* del *Digesto* (10) y otras que cita.

Notemos que todo el razonamiento del Pinciano, en este texto, está presidido por el § *Singularum, De rerum divisione* de las *Instituta* (11), que cita repetidamente: «Las cosas se hacen de muchas maneras por los individuos humanos: en efecto el dominio de algunas cosas lo adquirimos por derecho natural que, según dijimos, se llama derecho de gentes; el de otras por el derecho más antiguo; siendo evidentemente más antiguo el derecho natural que por la naturaleza de las cosas se produjo con el mismo género humano; en cambio los derechos civiles comenzaron cuando empezaron a fundarse las ciudades, a crearse magistrados y a escribirse leyes».

(9) FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successionis creatione*, 1, 1 y 2.

(10) FLORENTINO, *Dig.* 1, 1, 3.

(11) *Instituta*, 2, 1, 11.

- b) Otro: «Existe un segundo derecho de gentes que no fue creado al mismo tiempo que el género humano, sino, a causa de las exigencias de las necesidades humanas, mucho más tarde, por los pueblos, en especial por aquellos que se rigen por leyes y costumbres; que no fue creado de una vez, sino en tiempos sucesivos y sólo después de recibido fue aceptado como derecho. [Notemos el matiz. Así como el derecho de gentes natural era derecho conforme la naturaleza de las cosas antes de ser establecido por las gentes, este otro, por el contrario, no fue derecho sino después de establecido o recibido]. De este derecho provienen las guerras, las cautividades, la esclavitud, las manumisiones y las restantes cosas de este género que tanto se apartan de aquél derecho natural primario así como originario» [...] «y todas estas cosas que provienen de este derecho de gentes secundario se le contraponen». Invoca aquí también varios textos del *Corpus iuris*, comenzando por las leyes *Manumissiones* (12) y *Ex hoc iure* (13) del título *De iustitia et iure* del *Digesto*.

Como vemos, la cuestión de si el derecho de gentes es natural o positivo acerca de la cual los autores discutían sin ponerse de acuerdo, VÁZQUEZ DE MENCHACA, siguiendo a BARTOLO, la resuelve distinguiendo un derecho de gentes natural, el *primaevum*, y otro positivo, el *secundarium*.

Esta distinción la mantuvo viva en la última de sus obras, en la cual siguió diferenciando el *ius gentium primaevum*, «esto es, creado juntamente con el mismo linaje humano» (14), y el derecho de gentes secundario, «que no fue dado juntamente con la creación del linaje humano, sino que ha venido siendo admitido en el transcurso de la historia, por la parte de aquellos pueblos. Los cuales se rigen por costumbres y leyes y no llevan vida sal-

(12) ULPIANO, *Dig.*, 1, 1, 4.

(13) HERMOGENIANO, *Dig.*, 1, 1, 5.

(14) FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum illustratum*, 89, 24.

vaje, de modo semejante a las fieras»; «que, «en un principio, fue solamente derecho civil, pero, después, por la aprobación y la hospitalidad que le dieron las gentes comenzó a serlo de ellas». Añade que, por él, fueron creándose distintas instituciones, no todas buenas, como las guerras, el cautiverio, la esclavitud. «Por lo que este derecho de gentes secundario se dice ser no tanto derecho natural cuanto positivo y, por lo mismo, no se considera fijo, inmutable, sino mudable al igual que el derecho civil y con poca mayor dificultad que éste» (15).

En el siglo XVIII mantenía esta distinción el romanista culto FINESTRES (16), subdivide el derecho de gentes en: *primarium sive absolutum* y *secundarium, sive hypotheticum*. El primario «*esse a Deo insitum, et inheritum hominum mentibus, non ab hominibus excogitandum*». En cambio, el secundario, es aquel «*quod non tamen naturalis ratio inter omnes homines absolute constituit, quam homines sibi constituerunt ex dictamine naturalis rationis, comparantis incommodum aliquod cum utilitate, qua illi occurreretur*». Y contrapone: «*sed primum a Deo infusus mentibus hominum; alterum ab hominibus inventum*». El primero es inmutable y corresponde al que SANTO TOMÁS califica como natural de primero y de segundo grado, mientras el segundo es mudable, según las circunstancias: «*cum ex hypothesis necessitatis, aut utilitatis hominibus placuerit; ea mutata, potest non placere et mutari, ut alia hominum inventa*», y corresponde más propiamente al que califica el AQUINATENSE de natural de tercer grado (17).

Pasando de las definiciones y distinciones teóricas a las cuestiones vividas en la práctica, podemos decir que FRANCISCO DE VITORIA ha sido el iniciador del derecho de gentes moderno y del derecho internacional público, principalmente en su *Relectio de Indis*.

(15) *Ibid.*, 89, 25-26.

(16) JOSEPH FINESTRES Y DE MONSALVO, *Exercitationes academicae in Digest. «de iustitia et iure» et l. 2 Digest «de statu hominum», exercitatio*, II, 2 y 3, Cervera, Inmanuel Ibarra, 1745. págs. 26 y sigs.

(17) Nótese aquí la diferencia entre el realismo metódico reflejado en los transcritos textos de VÁZQUEZ DE MENCHACA y el ideísmo que muestra FINESTRES, en el suyo, acorde con su suarismo.

Cuando VITORIA llegó a Salamanca, en Castilla eran disputadas las cuestiones relacionadas con la presencia de los españoles en América: la personalidad y libertad de los indios; la facultad de los españoles para recorrer aquellas tierras, comerciar y explotar las riquezas inaprovechadas; la determinación de las circunstancias en que era lícito hacer la guerra a los naturales, con qué extensión intensidad y consecuencias, y el dilema planteado entre el deber de proteger a los indígenas cristianizados o aliados o bien de abandonar América a los aborígenes.

En la *Relectio de indis* (curso 1537-38) es, tal vez, donde se advierte más patentemente el empleo por VITORIA de los criterios del método aristotélico-tomista de confrontación y de ponderación de consecuencias (18).

De sus reflexiones y conclusiones (19) me he ocupado en más de una ocasión (20).

Las cuestiones de *la guerra y de la paz en las relaciones internacionales entre todas las gentes*, VITORIA las desarrolló principalmente en su *De indis, o sive de iure belli hispanorum in barbaris, relectio posterior*, que ha constituido la base del acrecentamiento de la gloria de FRANCISCO DE VITORIA, que no sólo ha sido precursor sino en buena parte inspirador de HUGO GROCIO (21). El P. GETINO (22) mostró hasta 36 páginas de textos paralelos de VITORIA

(18) La importancia de esta obra de VITORIA ha sido recordada por ALFRED DUFOUR, *Quelques problèmes juridiques de la conquête de l'Amérique par les espagnols. De la Bulle "Inter Caetera" (1493) a la dispute de Valladolid (1550 1551)*, en CADMOS 43, primavera 1991, págs. 115-135.

(19) F. DE VITORIA, *Relectio de Indis prior*, donde sucesivamente trata de la capacidad de los indios como personas racionales (4-24). «De los títulos no legítimos por los cuales los bárbaros del Nuevo Mundo pudieron venir a poder de los españoles», 1-2; «De los títulos legítimos por los cuales pudieron venir los bárbaros en poder de los españoles», 1-18.

(20) Cfr. mi artículo, *La "relectio de Indis" del padre Vitoria y la descolonización*, VERBO, 74, abril 1969, págs. 334-340, y, en síntesis, en *Perspectiva histórica*, 134, págs. 384 y sigs.

(21) Cfr. TRÓPICO URBANOZ, O.P., *Síntesis teológico-jurídica de la doctrina de Vitoria*, en la ed. de la *Relectio de Indis*, del «Corpus Hispanorum de Pace», Madrid, C.S.I.C., 1967, págs. XLVII.

(22) L. ALONSO GETINO, *Relecciones teológicas del maestro Francisco de Vitoria*, Madrid, 1935, págs. 36 y sigs.

y GROCIO, advirtiéndole que éste cita 13 veces a aquél en *Mare liberum*, unas 50 en el entonces inédito *De iure pradae*, y otras tantas en *De iure belli et pacis*.

Lo que más interesa destacar es que el planteamiento de estos temas por el ilustre dominico español respondía a realidades que eran de palpitante actualidad al ser abordadas por él.

«Cuando el ejército turco, invadió Europa oriental escribe LUCIANO PEREÑA (23), —FRANCISCO DE VITORIA, era profesor en la Universidad de París. La unidad de Europa constituyó, para él, la gran obsesión ante el peligro del imperialismo otomano. ¿Cómo podría evadirse a la ola de pánico que invadía a todo Occidente?— «Con Belgrado (1521) y Rodas (1522) caían las dos barreras de la Cristiandad, consideradas inexpugnables, contra el Imperio otomano. Europa quedaba atenazada por el norte y el mediodía».

Estaba convencido VITORIA de que «la crisis de Europa dependía en gran parte de las guerras entre Francia y España» (24). Él mismo (25) dijo paladinamente que debería desistirse de «la guerra de los españoles contra los franceses —aún teniendo por otra parte motivos justos y siendo ventajosa para España—, porque se hace esa guerra con mayor daño y fractura para la Cristiandad y dando posibilidad a los turcos de ocupar provincias de los cristianos».

Esa perspectiva europea, junto a la de las Indias que hemos contemplado, impulsó su tarea internacionalista. «El mérito fundamental de VITORIA —leemos a VERDROSS (26)— consiste en haber dado relieve especial al antiguo pensamiento estoico de la unidad moral y jurídica del universo: el mundo (*totus orbis*) integra una sola comunidad jurídica, pero no como una simple idea

(23) LUCIANO PEREÑA, *La tesis de la paz dinámica*, I, 1, *Estudio preliminar de la Relectio de iure belli o paz dinámica de F. de Vitoria*, Madrid, C.I.S.C., 1981, pág. 29.

(24) *Ibid.*, 2, págs. 34 y sigs.

(25) F. VITORIA, *De potestate civili*, 13, vers. *De quo videtur*; cfr. ed. B.A.C., pág. 168.

(26) ALFRED VERDROSS, *La filosofía del derecho en el mundo occidental*. XII, cfr. ed. México, UNAM, 1963, 147.

—según el pensamiento de la *Stoa*— sino como una comunidad concreta unida al derecho natural. VITORIA dió por primera vez el nombre de *ius inter gentes* (27) a las normas de derecho natural que regulan las relaciones entre los pueblos.

Fundamentalmente el derecho natural es un orden jurídico de todo el orbe y una comunidad natural de los Estados para las comunicaciones y el comercio —*naturalis societatis et communicationem* (28)— de los pueblos. A ella resulta contrario que los extranjeros sean excluidos de la vida comercial o que se les impida, sin una causa justa, el ingreso a un Estado (29). Existen algunos bienes —como el mar, los ríos y los puertos— que por derecho natural son comunes a los pueblos (30).

»VITORIA —concluye VERDROSS (31)—, apoyándose en las doctrinas del derecho natural de SAN AGUSTÍN y SANTO TOMÁS, desarrolló las bases de una teoría universal del derecho internacional, fundada en el derecho natural, que resultó sumamente valiosa en la mitad del siglo XVI, en el cual el cisma religioso y el descubrimiento de América habían hecho fracasar definitivamente el intento de restauración de la unidad del mundo mediante la creación de una *civitas* universal con un monarca en la cúspide.

»Por otra parte, VITORIA, al desprender de la doctrina clásica del derecho natural los principios que harían posible su aplicación al nuevo orden de cosas determinado por la presencia de una pluralidad de Estados soberanos, puso de relieve con claridad y precisión la dinámica y la riqueza de frutos de la doctrina del derecho natural de ARISTÓTELES, SAN AGUSTÍN y SANTO TOMÁS.

Está claro que lo hizo con evidentes criterios objetivos, basados «*ex ipsa natura rei*» y «*secundum aliquod quod ex ipso consequitur*».

El jesuita FRANCISCO SUÁREZ continuó el estudio de las cuestiones internacionales y las desarrolló, afirmando la existencia de un

(27) VITORIA, *Relectio prima de Indis*, de tit. legit., 2, vers. *Probatum primo*, pág. 706.

(28) *Ibid.*, 1, pág. 705.

(29) *Ibid.*, 2, pp. 706 y s.

(30) *Ibid.*, par. *Decimo*, pág. 707.

(31) VERDROSS, *loc. cit.*, págs. 149 y sig.

ámbito jurídico supraestatal. Ha hecho notar TRUYOL (32) que para SUÁREZ «el caracter soberano (por decirlo con la palabra equivalente a "perfecto" de su léxico) de las sociedades políticas», no es incompatible con la existencia de una sociedad natural de todo el género humano; como resulta de lo que en el texto muchas veces citado por él y que vuelve a traer a colación, dice el mismo DOCTOR EXIMIO (33): «el género humano (*humanum genus*), aunque dividido en varios pueblos y reinos (*in varius populus et regna divisum*), siempre tiene alguna unidad no sólo específica, sino también cuasi-política y moral (*sed etiam quasi politicam et moralem*), que indica el precepto natural del mutuo amor y la misericordia, que se extiende a todos, aún a los extraños y de cualquier nación (*etiam extraneos et cuiuscumque nationis*). Por lo cual, aunque cada ciudad perfecta, república o reino (*civitas perfecta, respublica aut regnum*) sea en sí comunidad perfecta (*sit in se communitas perfecta*) y compuesta de sus miembros, cualquiera de ellas es también miembro de algún modo de este universo, en cuanto pertenece al género humano; pues nunca aquellas comunidades son aisladamente de tal modo suficientes para sí (*sibi sufficerites singullatim*) que no necesiten de alguna ayuda, sociedad y comunicación (*aliquo mutuo iuvamine et societate ac communicatione*), a veces para mejor ser y mayor utilidad, y a veces también por moral necesidad e indigencia, como consta del mismo uso».

Resalta también TRUYOL que SUÁREZ «en otro texto menos citado pero también importante (34), confirma la naturaleza jurídica de la comunidad internacional; pues, «aunque la universalidad de los hombres (*universites hominum*) no haya sido congregada en un solo cuerpo político (*in unum corpus politicum*) sino que haya sido dividida en varias comunidades, no obstante, para que aquellas comunidades pudiesen mutuamente ayudarse y conservarse entre sí en justicia y paz (*in iustitia et pace*) (lo cual es

(32) A. TRUYOL, *Historia de la filosofía del derecho y el Estado*, vol. 2, cap. 16, Madrid, Alianza Editorial, 1988, págs. 181 y sig.

(33) SUÁREZ, *De legibus*, 2, 19, 9.

(34) *Ibid.*, 3, 2, 6.

necesario para el bien del universo), convino que observasen entre sí ciertos derechos como por común alianza y consentimiento (*alique communis iura quasi communi foedere et consensione*); y éstos son los que se llaman derechos de gentes». Y subraya TRUYOL: «En todo caso, ello supone una subordinación del bien común nacional al bien común universal (*bonum commune omnium nationum, bonum communis generis humani*)».

VERDROSS (35) comentó: «Uno de los más grandes merecimientos de SUÁREZ, consiste en el desarrollo que imprimió a la doctrina vitoriana del derecho internacional: la claridad alcanzada en su exposición permitió su adopción por los posteriores maestros de esta disciplina jurídica». Y advierte que, según el pensamiento del DOCTOR EXIMO, «urge distinguir entre el derecho natural, que proporciona las bases, y el derecho internacional mismo que se apoya en aquél. Pero como quiera que el *ius gentium* no es impuesto por una voluntad supraestatal, sino que se crea progresivamente con el asentimiento de los pueblos, se encuentra por esta razón tan próximo al derecho natural que SUÁREZ pudo decir que en la realidad resulta ser una creación impulsada por la naturaleza (*instigante natura*)».

«Según el insigne jurista español, la idea fuerza del derecho internacional es el *bonum commune omnium nationum* (36), al que también denomina *bonum commune generis humani* (37)». Principio del que «dedujo el *Doctor eximius* que, al promover su bienestar, cada Estado debe actuar dentro del marco del bienestar de la humanidad. SUÁREZ fue el visionario de una posible organización de la comunidad de los pueblos pues acentuó firmemente que los Estados, con apoyo del derecho natural, son libres para renunciar a la guerra como procedimiento restaurador del derecho violado y sustituirla por unanimidad de decisión supraestatal dotada de poder coactivo (38)».

(35) A. VERDROSS, *op. cit.*, XIII, 4 c, págs. 153 y sig.

(36) SUÁREZ, *De leg.*, 2, 20, 8.

(37) *De bello*, 6, 5.

(38) *De leg.*, 2, 9, 5.

HUGO GROCIO, considerado el fundador de la escuela del derecho natural y de gentes (39), también fue quien, en el ámbito del desarrollo de esta escuela, introdujo su concepción del «derecho de gentes o internacional público, que ya, como punto de mira, muestran los títulos de dos de sus obras más importantes: la incipiente, *De mare liberum*, y la de su madurez, *De iure belli ac pacis*, títulos que no pueden ser más significativos. En esta última, entre las cosas inapropiables, enumera el mar en su conjunto y sus principales partes (40); indicando que las tierras, los ríos y aquéllas partes del mar de las que un pueblo se hubiese apropiado deben estar abiertos a quienes por causas justas tengan necesidad de paso, sea por buscar tierras vacías, ejercer el comercio o para una guerra justa (41), y tanto para las personas como las mercancías (42).

El repaso que hasta aquí hemos dado a las muy diversas concepciones jurídicas del derecho de gentes necesita una clave explicativa. Esta clave nos la muestra genialmente CARL SCHMITT (43), utilizando para una primera meditación la palabra griega *nomos*, comprendida en su sentido original referido al espacio, concretamente a la tierra —no en el que ya aparece en PLATÓN, y por el que hoy se le traduce, de norma o ley—, tal como la emplea HOMERO al principio de la *Odisea*, en el pasaje I, 3, y que en textos de HERÁCLITO y PÍNDARO es transformada en «un acto concreto —referente al espacio— y constitutivo de ordenación y asentamiento, es decir, un *ordo ordinatus*, en una «disposición de disposiciones». En el «acto fundamental divisor del espacio, esencial para cada época histórica; se trata de la coincidencia, estructuralmente determinante, de la ordenación y asentamiento en la convivencia de los pueblos sobre el planeta que, entre tanto, ha sido

(39) Cfr. *Perspectiva histórica*, 165-171, págs. 523-545, y en brevísima síntesis, *La historia del derecho a lo largo de...*, 40, a, págs. 211-213.

(40) HUGO GROCIO, *De iure belli ac pacis*, II, cap. II, III, 1.

(41) *Ibid.*, XIII, 1.

(42) *Ibid.*, 5.

(43) CARL SCHMITT, *Der nomos der erde im volkerrecht des ius publicum europaeum*, Berlín, Duncker Humboldt 1974, cfr. en castellano *El nomos de la tierra en el ius publicum europaeum*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

medido científicamente. Este es el sentido en el que se halla [por lo menos así habla él, rehuyendo toda disputa filológica] aquí del *nomos* de la tierra; pues cada nuevo periodo y cada nueva época de la coexistencia de pueblos, imperios y países, de potestades y potencias de todo tipo, se basa sobre nuevas divisiones del espacio, nuevas delimitaciones y nuevas ordenaciones espaciales de la tierra» (44).

El conjunto de variantes en los enfoques y concepciones del derecho de gentes, observados con esa clave, nos facilitan la comprensión del conjunto y de las variantes jurídicas que se observan a lo largo de la historia, poniéndolas en relación «en cada nuevo periodo y cada nueva época con la coexistencia de pueblos, imperios y países, de potestades y potencias de cada tipo» —según palabras del mismo SCHMITT, que vuelvo a repetir—; pero que —advierto yo— no debemos dogmatizar conceptualmente para deducir silogísticamente sino utilizar como una luz para tratar de comprender.

«La toma de una tierra —dice (45)— establece derecho en dos sentidos: hacia dentro y hacia fuera. Hacia dentro, es decir dentro del grupo que ocupa la tierra, se establece, con la primera división y distribución del suelo, la primera ordenación de todas las condiciones de posesión y propiedad». Hacia fuera el grupo que ocupa una tierra «se enfrenta con otros grupos o potencias que toman una tierra».

«La historia del derecho de gentes también es una historia de tomas de la tierra, a las que se añaden en determinadas épocas las *tomas de mar*. El *nomos* de la tierra consiste entonces en una determinada relación entre tierra firme y mar libre» [...] modificados hoy [ambos] de la manera más profunda, cada uno por su parte y ambos en su relación recíproca, por un nuevo fenómeno del espacio: la posibilidad de un *dominio en el espacio aéreo*. No sólo se modifican las dimensiones de la soberanía territorial, no sólo la rapidez y eficacia de los medios humanos de poder tráfico y comunicación, sino también el contenido de la efectividad

(44) *Ibid.*, I, 4, págs. 48-65.

(45) *Ibid.*, I, 1, págs. 19-25.

[...] tanto en lo que se refiere a apoderamientos y ocupaciones de tierra como a barreras y bloqueos».

En su visión de la historia del derecho de gentes, CARL SCHMITT lo divide en derecho de gentes preglobal, derecho de gentes en la Edad Media cristiana, en la toma de tierra en un nuevo mundo, en el *ius publicum europeum* y en el nuevo nomos de la tierra en nuestros tiempos.

a) El derecho de gentes preglobal (46) lo observa cuando no existía «la imaginación de un planeta que estuviera sometido a la medición y distribución humana y que fuera común a todos los hombres y pueblos. Faltaba toda conciencia global en este sentido». Por ello, no podía existir «un *ius gentium* que abarcara la tierra y la humanidad». Incluso las «generalizaciones filosóficas de la época helénica, que convierten la *polis* en una *kosmopolis*, estaban faltas de *topos*, es decir de asentamiento, y por lo tanto no constituían una ordenación concreta».

Aunque la tierra ha estado dividida siempre de alguna manera, aun cuando los hombres no fueran conscientes de ello, en un principio «no era una ordenación espacial de la tierra en su totalidad, no era un *nomos* de la tierra en el sentido verdadero de las palabras *nomos* y *tierra*». Las diversas grandes formaciones de poder —imperios egipcios, asiáticos y helénicos, el imperio romano, quizá también imperios negros en África, e imperios de los Incas en América— «estaban relacionados de algún modo entre sí y no estaban aislados, pero a sus relaciones les faltaba el carácter global. Cada uno de estos imperios se consideraba como el *mundo*, o «como el centro del mundo el *kosmos*, la casa», fuera del cual el resto de la tierra era considerada extraña, como un espacio «libre», abierto a la conquista, a la adquisición de tierras o a la colonización.

Se ha demostrado que es errónea la creencia de que los pueblos antiguos se hallaban «en una enemistad "natural", que cada extranjero fuera un enemigo y cada guerra fuese una guerra de aniquilamiento, que todo país no aliado fuera un país enemigo

(46) *Ibid.*, 2, págs. 25-33.

mientras no estuviera concertado con él un expreso tratado de amistad», sino que «el derecho romano y su *praxis* del derecho de gentes conocía una diversidad de guerras, alianzas y tratados (*foedus aequum* y *foedus iniquum*) y de forasteros»; «fue capaz de distinguir entre el enemigo, el *hostis*, y el pirata y criminal. "*Hostes hi sunt, qui nobis aut quibus, nos publica bellum decrevimus: ceteri latrones aut predores aut praedones sunt*"» (47).

Nos recuerda que entre imperios existían relaciones mutuas, negociaciones de todo tipo y conexiones de índole amistosa o enemistosa, misiones, tratados comerciales, salvoconductos, alianzas, guerras, armisticios y tratados de paz, relaciones familiares, derecho de asilo, extradiciones, rehenes; había *comercium* e incluso *connubium*, al menos entre las familias y capas gobernantes. El primer tratado de paz, amistad y alianza que se conoce data de 1279 a. C., concertado entre el faraón egipcio Ramsés II y el rey hitita Chattusil. Y ya antes, en los siglos XIV y XV, a. C., hubieron negociaciones, alianzas, tratados comerciales, casamientos políticos, correspondencia y sistema de archivos de los faraones, los reyes de Babilonia, de Asiria, de Mitanni y Chatti, que son muestras de derecho de gentes.

b) El derecho de gentes de la Edad Media cristiana, es consecuencia —advierte C. SCHMITT (48)— de los apoderamientos de tierra durante la transmigración de los pueblos al derrumbarse el imperio romano, ya sea dentro de la reordenación del espacio ocupado, durante su caída, por visigodos, ostrógodos, borgoñones (desarrollando el principio de que el propietario de la casa debía ceder una tercera parte al *hostes* militar alojado en ella) o como conquista y ocupación de tierras a los antiguos propietarios, como hicieron vándalos, longobardos.

El hecho es que se forjó una amplia unidad denominada *Respublica christiana* y *Populus christianus* —que hoy conocemos por la *Cristiandad*—, con asentamientos y ordenaciones claras determinadas del siguiente modo: el suelo de pueblos

(47) POMONIO, *Dig.*, 50, 16, 118.

(48) CARL SCHMITT, *loc. ult. cit.*, 3, págs. 37-37.

paganos no cristianos era territorio abierto a la misión cristiana; podía ser adjudicado a un soberano cristiano, por encargo papal, para desempeñar la misión cristiana; la continuidad del imperio bizantino era un problema separado del derecho de gentes; el suelo de los imperios islámicos era considerado territorio enemigo que podía ser conquistado y anexionado por medio de cruzadas, que *eo ipso* tenían justa causa y, si eran declaradas por el papa, eran guerras sagradas; el suelo de los pueblos cristianos europeos, conforme el derecho de la época, se hallaba dividido entre casas regias y coronas, iglesias, conventos y fundadores soberanos, castillos, marcas, ciudades, comunidades y universidades de distinto tipo; dentro del territorio cristiano las guerras internas se hallan acotadas, son consideradas contiendas que no suspenden la ordenación general, estimadas necesarias pero que, dentro de la ordenación general, hacen necesaria una valoración teológico-moral y jurídica de si son o no son justas. Dentro de *Respublica christiana* «la paz no es un concepto general y normativo separado del espacio, sino siempre está emplazada concretamente como paz del imperio, paz de la iglesia, paz de la ciudad, paz del castillo, paz de la marca, paz de la asamblea o tribunal».

En esta *Respublica christiana* —observa C. SCHMITT (49)— el concepto «decisorio de su continuidad de gran poder histórico es del *Kat-echon*», en cuyo contexto, imperio «significa la fuerza histórica capaz de detener la *aparición* del anticristo, y el fin del eón presente una fuerza *qui tenet*, según palabras de SAN PABLO (*Carta a los Tesalonicenses*, 2, 2). La unidad medieval de imperio y sacerdocio en Europa occidental y central «no fue nunca una concentración de poder en manos de una persona. Estaba basada en el principio de la diferenciación entre *potestas* y *auctoritas*. Por ello, las diferencias entre emperador y papa no eran absolutas, «sino únicamente *diversi ordines*»; y las contiendas entre ambas potestades, en las diferentes situaciones políticas e históricas, fueron motivadas porque «el emperador reclama la *auctoritas* y el papa la *potestas*». «La disputa medieval entre empe-

(49) *Ibid.*, págs. 37-42.

rador y papa no es una disputa de dos *sociedades*; «tampoco es un conflicto entre Iglesia y Estado, a modo de un conflicto cultural bismarkiano o una laicización francesa del Estado»; ni «una guerra civil entre blancos y rojos, en el sentido de una lucha, socialista de clases. Todas las interpretaciones desde el ángulo visual del Estado moderno son erróneas en este caso» y «también lo es cualquier adaptación consciente o inconsciente, de las ideas unificadoras y centralizadoras que desde el Renacimiento, la Reforma y la Contrarreforma están vinculadas a la imagen de la unidad. Ni para un emperador, que hacía instituir o destituir a un papa en Roma, ni para un papa, que en Roma dejaba absueltos del juramento de lealtad a los vasallos de un emperador o un rey, era por ello puesta en duda, en ningún momento, la unidad de la *Respublica christiana*».

Por otra parte, desde el siglo XIII —observa SCHMITT (50)— la teoría del imperio se fue adaptando a la teoría aristotélica de las *comunitates perfectae* y autárquicas, capaces dentro de su ámbito de cumplir «su sentido y su fin, su meta y su principio interno, la vida buena y autárquica, el *bene sufficienter que vivere*». Desde esta perspectiva el imperio no es de índole similar al *regnum* o a la *civitas* autárquica y aún más perfecta, sino «una unidad trascendental de índole especial que establece la paz y la justicia entre las comunidades autárquicas y que sólo por este motivo es más elevada y más amplia». Por tanto, nada tenía que ver con el cesarismo, «típica forma de poder no cristiano», que «es un fenómeno moderno y que no surge hasta la Revolución francesa de 1789» —«la cual suscita las palabras y conceptos, surgidos de ese gran paralelo, de cesarismo, guerra civil, dictadura y proletariado», siendo el imperio bonapartista «el primer ejemplo más reciente y significativo de un cesarismo puro».

El mismo SCHMITT (51) recuerda como paulatinamente se produjo la debilitación de esos conceptos, desde JUAN DE SALISBURY (1159), acentuado desde que, a partir del siglo XIII, se forman unidades políticas que «se sustraen al Imperio no sólo materialmen-

(50) *Ibid.*, págs. 42-48.

(51) *Ibid.*, págs. 48 y sig.

te, sino también —y cada vez en mayor grado— jurídicamente, mientras tratan de relegar la *auctoritas* del sacerdocio a un terreno puramente espiritual.

c) La toma de tierra en un nuevo mundo

Una nueva visión del mundo fue originada por los descubrimientos geográficos en especial del Nuevo mundo, América, en 1492 (52). Lo comenta CARL SCHMITT (53): «Europea» designaría entonces «el *status normal*, que también reclamaba ser normativo para la parte no europea de la tierra. En este sentido Europa aún seguía siendo el centro de la tierra». Pero, «a Europa le había sido adjudicado, por el hecho de la aparición de un "nuevo mundo", el papel de viejo mundo».

Este hecho originó enseguida la cuestión de la partición y distribución de las nuevas tierras descubiertas, a la que respondería el primer intento de partición hispano-portuguesa, por *rayas*, y el segundo intento de la partición franco-inglesa de las *amity lines*.

La primera se produce al poco tiempo de haberse elaborado los primeros mapas y globos y de surgir las primeras teorías científicas acerca de la verdadera forma de nuestro planeta y de un nuevo mundo en el Oeste. La primera línea, es bien sabido, sería trazada por el papa ALEJANDRO VI, en la bula *Inter caetera divinae* del 4 de mayo de 1493, o sea pocos meses después del descubrimiento de América. Se trazó de polo a polo a cien millas al Oeste del meridiano de las Azores y del Cabo Verde —cifra que se explica jurídicamente por el hecho de que BARTOLO, BALDO y otros juristas calcularon la zona de las aguas territoriales como equivalente a dos días de viaje con los medios de navegación entonces existentes—; línea que fué establecida sólo para la distribución de las tierras, pero que, desde 1713, también lo fue para

(52) De esa nueva concepción y de su contraste con la antigua he hablado en mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, II, *Ordenación sistemática*, 53, textos correspondientes a las notas 9 a 16, vol. I, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2002, págs. 241 y sig.

(53) CARL SCHMITT, *op. cit.*, II, 1, págs. 74-96.

diferenciar los mares territoriales y el mar libre. El fundamento del trazado de esa raya, que es un acto contractual, se «halla en el fondo de autoridad de un *ordo* común y de una base arbitral común que, como instancia del derecho de gentes, distingue el suelo de soberanos y pueblos no cristianos de aquel de los cristianos. Si bien el Papa no adjudicaba, en aquel entonces, la propiedad de tierras sino tan sólo territorios para actividad misionera». Pero, como «era una expresión de una ordenación del espacio que distinguía el ámbito de poder de soberanos y pueblos cristianos», resultaba que, en la práctica, «no pueden separarse las zonas de la misión de aquellas de la navegación y del comercio»; «es una delimitación interna entre dos soberanos cristianos que llevan a cabo ocupaciones de tierra».

Las líneas franco-inglesas de amistad, las *amity lines*, «surgen por primera vez en una cláusula secreta —acordada al principio sólo verbalmente— añadida al Tratado de CHATEAU-CAMBRESIS (1559).

«La particularidad típica de estas líneas de amistad reside en que, al contrario de la raya, delimitan un espacio de beligerancia entre las dos partes contratantes que efectúan tomas de la tierra, precisamente porque éstas carecen de cualquier otro supuesto común, si bien, en parte, viven aún del recuerdo de la unidad cristiana común de Europa. Lo único en lo que están prácticamente de acuerdo los *partenaires* de tales relaciones es en la *libertad* de los nuevos espacios que comienzan al otro lado de la línea. La libertad consiste en que la línea delimita una zona de aplicación libre y desconsiderada de la violencia. El supuesto lógico, desde luego, es el de que únicamente soberanos y pueblos europeos cristianos pueden participar en la toma de tierra del Nuevo mundo [...] un espacio para la toma libre del suelo por los europeos, en el que no rige el derecho «antiguo», y «el *mar* libre, los océanos recién descubiertos, que son considerados por los franceses, los holandeses y los ingleses como un ámbito de la libertad».

Frente a estos dos criterios, en el siglo XVIII surgiría una nueva ordenación del espacio referida a los Estados, la del *hemisferio occidental*, con la cual el Nuevo mundo «se independiza de la

ordenación tradicional del espacio del derecho de gentes europeo y centrado en Europa, poniendo en duda, fundamentalmente, esta antigua ordenación como tal. Proceso iniciado con la guerra de la independencia de los Estados Unidos.

d) El *ius publicum europeum*, significó cambios sustanciales, interrelacionados entre sí, en la concepción del derecho de gentes. Una, el abandono de la idea del *ordo* y de la búsqueda de la definición de la guerra justa, que teólogos y filósofos habían discutido llegando hasta las mayores sutilidades pensables; y su sustitución por la determinación del concepto de «agresor». Otra, la laicización del tema —*Silte theologi in munere alieno!*, exclamó ALBERICO GENTILI—, con la consecuente desautorización del papado como arbitro y la entrada en escena de la del Estado moderno soberano, que conllevó una concepción interestatal del *ius publicum auropeum* (54). En todo esto —advierdo yo— también intervenía la visión nominalista negadora de todo *ordo* en las cosas que filosóficamente predominaba casi totalmente en Europa en la Modernidad.

Observa CARL SCHMITT (55) el paso desde el modo de enjuiciar las guerras medievales (cruzadas o contiendas) hasta la consideración no discriminatoria de las guerras entre Estados, iniciada por AYALA y consolidada por VATEL. El auditor del ejército español en los Países Bajos insurrectos, autor en 1582 de sus tres libros *De iure et officiis bellicis et disciplina militaris*, BALTASAR DE AYALA, es el autor que cree ha de mencionarse en primer lugar en esa dirección; pues, en su libro I, acorde con su posición contra los insurrectos neerlandeses, da el paso decisivo de diferenciar las guerras libradas entre portadores del poder estatal soberano, por una parte, y las guerras civiles de otra, para considerar que sólo la lucha armada entre soberanos de Estados es guerra en el sentido del derecho de gentes y los contendientes pueden corresponder al concepto de *iustus hostes*, mientras que todas las demás guerras no son sino persecución penal y supresión de

(54) *Ibid.*, 3, págs. 133-144.

(55) *Ibid.*, III, 2, págs. 174-184.

bandidos, rebeldes y piratas. La guerra privada es calificada expresamente de no guerra. «*Nam ad privatum non spectas bellum movere*». Así la cuestión del *bellum iustum*, es diferenciada de la cuestión, hasta entonces planteada, de la *iusta causa belli*. *Iustum bellum* es la guerra entre *iusti hostes*, caracterizada:

- 1.º No por la justicia material de la causa, sino por las cualidades formales de una guerra jurídico-pública, es decir, interestatal, librada por soberanos en el sentido bodiniano.
- 2.º Por el concepto de *enemigo justo*, en el sentido de *iustus hostis*, por ser también soberano estatal. Tiene el sentido de paridad e igualdad de las potencias beligerantes, no discriminatorio, porque incluso el Estado soberano beligerante sin justa causa es, como Estado, un *iustus hostis*.
- 3.º Y porque la decisión sobre si existe o no una causa justa de corresponde exclusivamente a cada soberano estatal.

Poco después de la obra de AYALA, aparece —en Londres, el año 1588— la de Alberico Gentili, *Commentatio de iure belli*, que pone el acento en la desteologización del juicio acerca de la justicia de la guerra, que es sólo competencia del Estado. Éste, como nuevo orden racional se convierte en el portador histórico de la desteologización y la racionalización.

El concepto que después tuvo la escuela del derecho natural y de gentes de guerra justa desde HUGO GROCIO a VATTEL, y hasta la determinación del *enemigo injusto* por KANT, son asimismo examinadas por CARL SCHMITT (56).

A su juicio: «todo lo esencial que aporta GROCIO al tema de la guerra justa desemboca también en una "guerra en forma" entre dos *iusti hostes*, y, en este sentido, *iustus* sólo expresa una *formale perfectio*, según ya habían destacado AYALA y GENTILE. Pero, desde luego, ve especialmente acusada en GROCIO la confusión de los conceptos, pues continúa utilizando con todo detalle las

(56) *Ibid.*, págs. 185-202.

formulaciones tradicionales de que la guerra sólo debe ser librada *ex iusta causa* como en la Edad Media teológica. Habla aún de «guerras privadas» y las reconoce como guerras en el sentido del derecho de gentes. Pero, al propio tiempo, afirma que en la definición del concepto de guerra no incluye la justicia: «*Iustitiam in definitione [belli] non includo*».

C. SCHMITT se detiene expresamente en RICHARD ZOUCH y en su obra *Iuris et iudicii feccialis, sive iuris inter gentes et quaestionum de eodem explicatio* (Oxford, 1650), y, en especial, en su consideración de la guerra como «un conflicto entre soberanos libres e iguales, o sea no sujetos a *dominatio* ni a *praepotentia* ni a *beneficium*», en la distinción entre los siguientes tipos de adversario:

- 1.º *Inimici*, enemigos entre los que no existe amistad o comunidad jurídica —que si existía entre *hospitum* o *foedus*—(como *v. gr.*, entre griegos y bárbaros, romanos y peregrinos). Como no son *hostes*, en guerras entre tales *inimici* no es respetada la propiedad. Sin embargo, refiriéndose a la tesis de BODINO, añade ZOUCH que ello ya no era válido para ellos, «*ob eam quae homine cum homine intercedit humanitatis rationem*».
- 2.º *Adversarii*, o sea adversarios, entre los que existe una *iuris communito*, que sólo está disuelta por la guerra, como por ejemplo en la guerra entre Cesar y Pompeyo.
- 3.º *Hostes*, en el sentido propio, a los cuales se puede dañar y matar, pero entre quienes debe distinguirse si poseen *iure belli* o no, o sea si son *iusti hostes* o no.

«Traidores, rebeldes que luchan contra su soberano o su Estado —explica SCHMITT— así como piratas no tienen *iure belli*. Bajo el término de *iusti hostes* se entienden aquellos adversarios de guerra frente a los cuales han de observarse las reglas de la guerra según el derecho de gentes».

Considera SCHMITT que en la obra de Vattel, *Derecho de gentes*, es alcanzada, finalmente, la transparencia del siglo XVIII ilus-

trado. «Todo el problema es desviado abierta y claramente de la cuestión de la justicia normativa hacia la nueva "forma", o sea la pura estatalidad de la guerra».

A finales del siglo XVIII, INMANUEL KANT expresa la fórmula que cristalizaría en el siglo XX. El mismo SCHMITT explica que KANT: «Por una parte, formula de manera concluyente los resultados de la fase de evolución que hemos expuesto hasta el momento. Los Estados se enfrentan en estado de naturaleza como personas morales en igualdad de derechos; cada uno de ellos tiene el mismo derecho a la guerra. "Ninguna guerra entre Estados independientes puede ser una guerra punitiva" (*bellum punitivum*). Esta guerra tampoco es una guerra de aniquilación (*bellum internecinum*), sino que rige "el derecho de gentes". Por otra parte, KANT introduce, sin embargo, de una manera extraordinariamente sorprendente el concepto de *enemigo injusto* [...] «KANT define como "enemigo injusto" a aquel "cuya voluntad manifestada públicamente (de forma verbal o agresiva) es evidencia de una máxima, según la cual si se convirtiera en regla general, no sería posible un estado de paz entre los pueblos, sino que habría de eternizarse el estado de naturaleza" [...] «Es suficiente una voluntad manifestada *verbalmente*, y es suficiente que esta manifestación sea *evidencia de una máxima*, para justificar la acción común de los que se sientan amenazados en su libertad».

CARL SCHMITT dedica todo un apartado (57) al tema de la *libertad de los mares* en la perspectiva del *ius publicum europaeum*, según el cual, aun cuando «toda la tierra del mundo es territorio estatal de Estados europeos o de Estados de la misma categoría, o bien es tierra que aún es libremente ocupable, o sea territorio estatal potencial o colonia potencial», en cambio, «el mar permanece fuera de toda ordenación específicamente estatal del espacio. No es ni ámbito estatal, ni espacio colonial, ni tampoco es ocupable. Está libre de todo tipo de soberano estatal del espacio» [...] «Es el único espacio que está libre y abierto a todos los Estados, para el comercio y la pesca y para el ejercicio libre de la guerra marítima —sin consideración a

(57) *Ibid.*, 3, págs. 202-219.

vecindades o fronteras geográficas— y del derecho de botín en la guerra marítima».

La primera cuestión que a este respecto formula SCHMITT es: si el mar libre es *res nullius* o *res omnium*. El criterio inglés es el de que el mar es *res commune*, mientras que según el criterio francés es *res omnium*. El autor al que seguimos examina el desarrollo doctrinal de ésta cuestión, y de la denominada, con palabras de ERNEST NYS, «guerra centenaria de los libros». En ella, diferencia dos grandes etapas en las líneas histórico-jurídicas de la libertad de los mares, y considera que en la fecha de la paz de Utrech de 1713 debería ser fijado cronológicamente el final de la primera y principio de la segunda, caracterizadas por dos concepciones distintas de la libertad de los mares: «En la primera etapa se impone vigorosamente el criterio primitivo y elemental de que el mar no es accesible al derecho y a la ordenación humanos, por lo cual representa un espacio libre para probar fuerzas. Tal es el sentido del trazado de líneas de amistad y de la consiguiente delimitación de un campo de batalla para el derecho del más fuerte. En la segunda etapa posterior a la Paz de Utrech, se consigue una acotación consistente en el aumento del control de los barcos piratas por parte de sus respectivos gobiernos, de manera que el corsario al estilo antiguo es degradado a pirata criminal. Pero, no obstante, el ámbito del alta mar continua fuera de la ordenación estatal del espacio de la tierra firme. De este modo surge el gran equilibrio entre la tierra y el mar que llegaría a constituir la base del *nomos* de la tierra durante dos siglos».

Examina también cual es en este periodo el criterio imperante para los cambios territoriales y específicamente el de la *occupatio belica* (58), elevada a institución jurídica del derecho de gentes. En éste —dice— convergen cinco órdenes de pensamiento cuyo contenido representa, en parte, construcciones jurídicas y, en otra parte, las siguientes ideas histórico políticas del siglo XIX:

(58) *Ibid.*, 4, págs. 220-258 y respecto de la *occupatio belica*, págs. 254 *in fine* y sigs.

- 1.º La concepción del *iustus hostis*, es decir, de la no discriminación del adversario de guerra.
- 2.º El criterio de que la guerra terrestre continental es una pura guerra de combatientes, una disputa entre ejércitos estatalmente organizados por ambos lados, y trata de separar el ámbito puramente militar de todos los demás ámbitos: la economía, la vida cultural y espiritual, la Iglesia, la sociedad.
- 3.º Los efectos del *antiguo* principio, que se legitima al ser reconocido en el Congreso de Viena, adquirió importancia por fomentar la idea general de la oposición entre el derecho y el poder, contribuyeron a la superación de la práctica del *déplacement immédiat de souveraineté* en el momento de la ocupación efectiva.
- 4.º La influencia del *nuevo* principio de legitimidad, del derecho democrático de autodeterminación de los pueblos.
- 5.º El *standard* constitucional europeo del siglo XIX, que elevó la distinción entre el derecho privado y el derecho público a *status normal* de la vida interestatal. Asignando la economía al ámbito no estatal y privado.

e) *La cuestión del nuevo nomos de la tierra* ocupa la última parte del libro. Comienza por la última toma europea conjunta de la tierra (conferencia del Congo de 1885) (59) y sigue con la comprobación de que el *ius publicum europeum* se disuelve entre 1890-1918 (60).

Quando se celebró la Conferencia del Congo de 1885, ya se había producido un hecho que debería haber parecido extraño e inquietante para un derecho de gentes centrado en Europa y consciente de sí mismo. La bandera de la sociedad del Congo

(59) *Ibid.*, IV, 1, págs. 265-283.

(60) *Ibid.*, 2, págs. 283-301.

había sido reconocida en primer lugar por el gobierno de los Estados Unidos de América el 22 de abril de 1884. Entonces fue considerado un caso periférico, pero «representaba un síntoma de que el antiguo derecho de gentes específicamente europeo se iba disolviendo poco a poco sin tenerse conciencia de ello. Ya no era posible detener el hundimiento de *ius publicum europeum* en un derecho universal sin distinciones algunas. La disolución en lo universal y general significaba, al propio tiempo, la destrucción de la antigua ordenación general y global de la tierra». Esta ampliación se reflejaría en el hecho de que las obras de autores europeos de finales del siglo XIX ya no llevaban el título de tratados de derechos europeos de gentes, sino simplemente de derecho internacional o de derecho de gentes, lo cual desde aquella época se ha hecho habitual.

El hecho de que una familia o comunidad de Estados europeos abriera su casa al mundo entero no era una extensión meramente cuantitativa, sino un desplazamiento a un nuevo plano. Pero, además, por de pronto, además era una caída hacia una universalidad no sujeta ni al espacio ni al suelo. El lugar de la ordenación extraordinariamente concreta del antiguo derecho público europeo no fue ocupado ni por la más remota sombra por una nueva ordenación concreta del espacio de acuerdo con el derecho de gentes. La declaración de la doctrina de MONROE ya había protegido, en el año 1923, el área del hemisferio occidental contra ulteriores tomas europeas de tierra. El sistema del equilibrio europeo, que fue expresión de la ordenación de los siglos XVIII y XIX, no podía ser transferido simplemente a un equilibrio mundial del globo terrestre.

Sin embargo, Inglaterra, en un momento determinado, había anunciado su pretensión de convertirse de manipuladora del antiguo equilibrio europeo, en portadora de un nuevo *equilibrio mundial global* entre los grandes espacios, y así lo logró en los inmensos espacios de los océanos mundiales. Pero el concierto de las grandes potencias europeas dejó de existir el año 1908, siendo sustituido y continuado, en apariencia durante algún tiempo, por un concierto de las potencias mundiales imperialistas, es decir, de las primeras potencias aliadas y asociadas, las *puissan-*

ces principales, en el intento de ordenación del espacio realizado en Versalles.

Pero, las normas de los tratados formaban «una red impenetrable de convenios con reservas fundamentales de índole muy variada. Mientras los acuerdos de la primera conferencia de La Haya de 1891 aún fueron firmados con escasas reservas, en la firma de los acuerdos de la II Conferencia de La Haya de 1907 ya aparecía invertida la proporción entre acuerdos y reservas. «Las reservas convertían los más bellos convenios en mera fachada. La frase *pacta sunt servanda* ondeaba como bandera jurídica por encima de una inflación completamente nihilista de numerosos pactos contradictorios entre sí y totalmente desvirtuados por reservas abiertas o tácitas» [...] «en aquella época, los juristas de derecho de gentes calificaban de no-jurídica la discusión objetiva de tales problemas» [...] «Todos los problemas auténticos, que cuestionan políticas económicas y de distribución del espacio, eran mantenidos fuera del ámbito jurídico, como no jurídicos, es decir, alejados de su propia conciencia jurídica».

Concluye este apartado SCHMITT recordando que un jurista humanista del siglo XVI, había clamado: *Silete theologi in munere alieno!*, y, en cambio: «Trescientos años más tarde, al final del siglo XIX, la propia ciencia jurídica se impuso, a través de aquello que consideraba como positivismo jurídico, el silencio en relación a todas las grandes cuestiones jurídicas de la época: *Sileamus in munere alieno*. A raíz de esta renuncia del derecho de gentes, Europa se vio empujada hacia una guerra mundial que dejaría destronado al viejo continente como centro de la tierra, y eliminaría la acotación de la guerra que hasta entonces se había logrado».

CARL SCHMITT dedica bastantes páginas a la Liga de Ginebra y al problema de la ordenación del espacio de la tierra (61), en las cuales constata el fracaso de aquella liga para resolverlo. No podía ser de otro modo, ya que no podía efectuar una ordenación universal del mundo por la sola razón de encontrarse ausentes las potencias universales modernas, la Unión Soviética y los

(61) *Ibid.*, 3, págs. 301 *in fine*, 330.

Estados Unidos de América, por lo cual no garantizaba, auténtica ni tampoco provisionalmente, la posesión de los espacios que así se ordenara.

Sí se produjo un cambio de sentido en la calificación de las guerras, que el mismo SCHMITT explica (62). La primera guerra mundial comenzó en agosto de 1914 como guerra entre Estados europeos al estilo antiguo, cuando la *agresión* todavía no era un concepto jurídico del derecho de gentes de aquella época. La declaración de guerra no representaba un acto de agresión en un sentido agravatorio o discriminatorio. Por el contrario, era un acto correcto y expresión de la «guerra en forma», en el pensamiento de que, frente a la guerra o la paz, no existe una tercera posibilidad, *tertium non datur*, como hoy lo ha sido la guerra fría. Pero pronto aparecieron indicios de un cambio de sentido en esa calificación de la guerra, cuando desde Bélgica, alegando la violación de su neutralidad por la ocupación militar de la mayor parte de su territorio, ocupado militarmente por las tropas alemanas, se hizo valer el principio de la distinción entre guerra justa y guerra injusta. Dos artículos del tratado de Versalles de 1919 revelan ya los intentos más importantes para establecer un nuevo concepto de guerra, en la rúbrica *penalties* se calificó al emperador Guillermo II de criminal de guerra; y en el Protocolo de Ginebra de 1924 se realizó un intento para criminalizar la guerra de agresión. En fin, en las Convenciones de Londres de julio de 1933 ya se tomó la nueva dirección en la definición de la agresión y del agresor. «De este modo —dice—, las fuerzas, procedentes del Oeste y del Este, llegarían a desvirtuar el concepto del derecho europeo de gentes, al pasar por encima de los Estados europeos que habían perdido la seguridad en sí mismos. Finalmente el Oeste y el Este coincidieron en el Estatuto de Londres del 8 de agosto de 1945, llegando a unirse, por un momento, y la criminalización siguió entonces su curso».

También examina SCHMITT (63) el sentido en que MONROE utiliza la palabra del *hemisferio occidental*, al trazar una «nueva

(62) *Ibid.*, 4, págs. 330-364.

(63) *Ibid.*, 5, págs. 364-384.

línea global que ya no estaba centrada en Europa, sino que, por el contrario, ponía en duda la vieja Europa. La historia jurídico-internacional pública de esta nueva línea da comienzo en el momento de la llamada doctrina de Monroe en diciembre de 1823.

El año 1939 parece en un principio que el nuevo sentido del término hemisferio occidental estaba consolidado, aunque a veces se hablara simplemente de «América», del «Continente americano», en singular, o de «regiones que geográficamente forman parte de América». El presidente del Brasil, por ejemplo, señaló a principios de mayo de 1943, en su toma de posición, acerca de la ocupación americana de la isla francesa de la Martinica, que esta isla pertenecía al hemisferio occidental.

El aspecto terrestre y el aspecto marítimo de la doctrina de MONROE experimentó una importante modificación a raíz de la Declaración de Panamá de octubre de 1939. Anteriormente, al hablar de la doctrina de MONROE no se pensaba, en general, más que en la tierra firme del hemisferio occidental y, con respecto al océano, se presuponía la libertad de los mares en el sentido del siglo XIX; en cambio, a partir de esa declaración, las fronteras de América también se extienden mar adentro, lo cual representa una forma moderna de toma del mar y eliminación de las antiguas líneas.

A juicio de CARL SCHMITT, «el término *hemisferio occidental* tiene, más allá del aspecto geográfico-matemático de la delimitación, un contenido histórico-político-universal y jurídico-universal. Aquí, en el ámbito de la política y del derecho de gentes, residen incluso sus verdaderas fuentes de poder, pero, en consecuencia, también sus límites internos. Allí se oculta su *arcantum*, el secreto de su indudable efecto histórico. Se apoya en una gran tradición histórica y está relacionado con fenómenos extraños y muy determinados de la moderna ciencia de la tierra y de la historia; pues, representa, frente a los dos tipos ya analizados de la raya y la *amity line*, el caso más importante de aplicación de lo que anteriormente hemos denominado el *pensamiento en líneas globales* del racionalismo occidental».

Termina SCHMITT el capítulo, resaltando que, como consecuencia de la separación entre Estado y sociedad, entre política

y economía, «el contenido material del Estado político se halla fuera de la política y de la constitución. Los eruditos anglosajones de la teoría del Estado, sin embargo, elevaron a principio precisamente esta relación entre Estado y sociedad, entre política y economía. En la separación entre la política y la economía reside realmente la clave para una aclaración de las contradicciones en cuanto a la presencia y ausencia en las que tiene que caer necesariamente un mundo, que ya no es nuevo, pero que aún mantiene ideológicamente su vieja novedad, cuando se trata de combinar la presencia económica con la ausencia política y de seguir desarrollando la ideología de la antigua libertad, a pesar de que no existe ya ni su situación ni su suelo. Al mantenerse el estado de conciencia de una preestabilidad no política en una realidad que ya se ha convertido en supraestatal, surge una virtualidad artificialmente prolongada cuyo dilema —dice— analizaremos en el siguiente capítulo».

Ese capítulo se refiere al cambio de sentido del reconocimiento del derecho de gentes (64), en el que sucesivamente se trata: del dilema entre el aislamiento y la intervención; la problemática del reconocimiento de rebeldes (desarrollada en base del ejemplo de la guerra de secesión norteamericana); y el cambio de sentido del reconocimiento de un gobierno extranjero.

El final de la reordenación mundial del territorio ha sido la descolonización que no puede decirse que haya sido buena para muchos pueblos, en especial de África (65).

(64) *Ibid.*, 6, págs. 384-406.

(65) FRANCISCO DE VITORIA, *Relecto de Indis prior*, I, 3, 17, refiriéndose al abandono, pretendido por algunos, de las Indias por los españoles, concluía: «Es evidente que después de que allí se han convertido muchos bárbaros, no sería conveniente ni sería lícito al rey abandonar por completo la administración y el gobierno de aquéllos territorios».

En cambio —como hice notar hace años (*La relecto de Indis del Padre Francisco de Vitoria y la descolonización*, *VERBO*, 74, abril 1969, *in fine*, págs. 339 y sig.)—, los estados europeos, en la década de los años sesenta del siglo xx, dejaban de defender a sus nacionales afincados en tierras africanas, algunos desde varias generaciones, y denegaban protección a los indígenas que habían confiado en ellos, les rechazaron la condición de nacionales para el futuro (a no ser que se refugiaran en la nación que los había abandonado), e incluso los aban-

El último capítulo del libro aborda —advierito yo— el actual problema de la guerra atendiendo a los modernos medios de destrucción (66), hoy todavía más acentuados. Lo comienza por el examen de la imagen espacial del escenario de guerra, según sea la tierra o el mar. A este efecto, advierte que la teoría de la *aequalitas hostium*, iniciada por ALBERICO GENTILI y RICHARD ZOUCHI que no llegó a ser elaborada por completo hasta los siglos XVIII y XIX, únicamente se refería a la *guerra terrestre* europea, quedando fuera de esa aplicación tanto la guerra civil como la guerra colonial.

En la guerra marítima, se desarrollaron instituciones distintas, pero también se impusieron en ella consideraciones humanas. Continuó siendo una guerra comercial y económica en la que no sólo combatían flotas de guerra estatales. Era y siguió siendo una guerra de botín dirigida contra la propiedad privada enemiga e incluso neutral. Hasta el momento de la abolición formal del corso, en la Conferencia de París de 1856, también participaban activamente en la guerra marítima personas privadas provistas de autorización estatal. Así, la ruptura de los bloqueos y el contrabando efectuado por buques neutrales se consideran actos realizados, en el espacio del mar libre, por comerciantes independientes y barcos y cargamentos que pueden ser objeto de presa o botín de guerra por un Estado beligerante. Por ello, la igualdad, pretendida en la guerra terrestre entre Estados europeos, no existe en la guerra marítima. Los buques de guerra, integrantes de las fuerzas marítimas de un Estado realizan actos hostiles directamente contra personas privadas y los bienes de ésta. Es decir, sin que jueguen los principios del *justus hostis* ni de la *aequalitas mutua*; pues, el derecho de la jurisdicción de presas admite la posibilidad de imponer también justicia y reciprocidad frente al enemigo no estatal.

donaban a una muerte ignominiosa, como hicieron los franceses con los *harkís* en Argel, e invitaba a la autodeterminación a futuros Estados en que convivían diversas comunidades, que hoy viven en encarnizada guerra, llevando así a resultados concretos inhumanos; y su tolerancia, que se autocalifica de jugar limpio, ha dado lugar hogaño a hechos que antaño producían el deshonor de quien los permitía.

(66) CARL SCHMITT, 7, págs. 406-428.

Esa imagen de tierra y mar, como dos espacios separados a efectos de la guerra, cambia necesariamente en el momento de irrumpir en la guerra la aviación. El submarino ya había provocado una modificación del espacio de amplias consecuencias, pues traería ya una modificación del espacio de la guerra en los primeros meses de la guerra de 1914, en el ejercicio del derecho de presa de mercantes, que en el mar libre eran obligados a cambiar su rumbo y dirigirse a un puerto donde eran registrados.

El avión no sólo impone el cambio de rumbo a toda clase de buques, sino que los destruye y el derecho de presa en alta mar queda reducido a pocos casos, pues la tarea esencial se desarrolla en los puertos. Además, con la participación en la guerra marítima, primero, del submarino y, después, del avión, espacios enteros del mar libre son declarados zonas de guerra o regiones cerradas, excluyéndolos del ámbito de la libertad de los mares. La guerra aérea independientemente librada contra el potencial bélico del enemigo, fuera del marco de las operaciones bélicas puramente terrestres o puramente marítimas, constituye un nuevo tipo de guerra «que no es posible definir, por analogía o paralelo, a base de las reglas de la antigua guerra terrestre o guerra marítima».

En la guerra terrestre —sigue advirtiendo el mismo SCHMITT— la aviación ha influido en acentuar el tránsito de la guerra de ocupación en guerra de destrucción.

Si, en la guerra de ocupación, la necesidad de mantener el orden por la potencia ocupante conllevaba una interrelación entre la protección por el ejército ocupante de la población ocupada y la obediencia de ésta a aquél, «no queda ni sombra» de esa relación en la guerra de destrucción. La guerra aérea independiente anula la relación entre la potencia que emplea la fuerza y la población que es afectada por ello, en un grado mucho mayor que por el bloqueo en la guerra marítima.

Esto suscita de nuevo el problema de la *guerra justa*. De ella se ocupa CARL SCHMITT al final del libro que venimos siguiendo. Si antes mostró el tránsito de la consideración de la *iusta causa* a la del *iustus hostis*, basada ésta en la estimación de cierta igualdad entre los Estados contendientes, en que ambos tienen una

posibilidad de vencer, aunque a veces sea mínima, hoy no ocurre así: «el enemigo ya no es más que el objeto de una medida coercitiva» [...] «El vencedor considerará la superioridad de sus armas como una prueba de su *iusta causa* y declarará criminal al enemigo, puesto que ya no es posible realizar el concepto de *iustus hostis*» [...] «La evolución de los medios técnicos de destrucción abre el abismo de una discriminación *moral y jurídica* igualmente destructiva».

Termina el libro invitando a que se recuerde las cinco *dubbia circa iustitia belli* que expuso VITORIA, y aún más sus nueve *dubbia quantum liceat in bello iusto*, y, con estas palabras: «Hoy recibimos la contestación a sus preguntas. Las modernas ciencias naturales y su técnica nos facilitan la respuesta: *Tantum licet in bello iusti*. De ello se deduce que son históricamente inminentes nuevas líneas de amistad. Pero no sería bueno que únicamente surgieran a través de nuevas criminalizaciones».

Después de publicada esta obra, la industria armamentística ha seguido avanzando: los misiles cada vez de más largo alcance y mayor fuerza destructiva, los aviones y bombas teledirigidos, además de la guerra subversiva con su fuerza corrosiva, y aún se añaden las amenazas de la guerra atómica, de la guerra química y la bacteriológica. Los medios son muy desproporcionados a las posibilidades de acuerdos limitativos. Sólo el recíproco miedo a las consecuencias, que pueden volverse contra quien las emplee, imponen su no utilización masiva y acucian a la búsqueda de convenios que procuren la paz y que las guerras no sean tan terriblemente destructoras como pueden ser.

Su justicia no puede juzgarla ningún juez terreno con sabiduría y eficacia; sino únicamente Dios. Pero, hoy, unos prescindan de Él y otros se consideran más que nunca el brazo armado de su cólera.

Ha transcurrido medio siglo desde que CARL SCHMITT escribió la obra que hemos venido extractando por su alto nivel orientador en el campo metodológico. En ese tiempo, el fenómeno de la aceleración de la historia ha ido acentuándose. Como observaba Mc LUHAN, hemos penetrado, ya de lleno, en la «galaxia electrónica» y en la «aldea global», a la vez que nuestros astronautas

han surcado la parte más próxima de la estratosfera, en las que hemos situado grandes artefactos que, como satélites artificiales, giran en torno de la tierra, y *robots* laboratorios informadores en la Luna, Marte y algún asteroide. Ha llegado la «globalización», a la vez que irrumpe cada vez con más fuerza la preocupación ecológica a la par que la convicción de que los hombres contribuimos al deterioro del planeta. Se hacen endémicas las guerras sectoriales, las hambrunas, impulsando el creciente fenómeno de la emigración.

Esto no puede dejar de influir en el derecho internacional público que necesita volver su orientación hacia un nuevo derecho de gentes.