

## Europa y el derecho de ultramar

*Fabio Vélez Bertomeu*

### Resumen

Este artículo intenta poner de manifiesto el papel que jugó el “mar” en el desarrollo de un derecho moderno con pretensiones cada vez más universales.

**PALABRAS CLAVE:** Schmitt, Eliade, mar, *Ius publicum europaeum*, Derecho internacional.

### Abstract

*This article tries to show the role the “sea” played in the development of modern Law with increasing universal pretensions.*

**KEYWORDS:** *Schmitt, Eliade, sea, Ius publicum europaeum, International Law.*

En 1942, Mircea Eliade, quien por entonces trabajaba para la embajada rumana en Lisboa, mantuvo un breve pero fértil encuentro con Carl Schmitt. Gracias al testimonio de sus *Memorias* podemos apreciar la huella de tan interesante interlocución:

Nos detuvimos dos días en Berlín. Uno de los agregados de prensa, Goruneanu, me condujo a Dahlem, a casa de Carl Schmitt. Éste estaba ultimando la redacción de su pequeño libro *Land und Meer* y quería hacerme preguntas sobre Portugal y las civilizaciones marítimas. Yo le hablé de Camões y en especial del simbolismo acuático [...] Desde la perspectiva de Carl Schmitt, *Moby-Dick* constituía la mayor creación del espíritu marino después de *La Odisea*; no parecía entusiasmado por *Os Lusitadas*, que había leído en una traducción alemana (Eliade, 2010, p. 32).

Hasta aquí, en efecto, no disponemos de más que un sentir sin apenas mayor o ulterior justificación. Sin embargo, cualquier lector avezado que se haya sumergido en *Tierra y mar* podría delimitar el argumento que se esconde tras el mismo. Hágase memoria: “Las empresas oceánicas de los navegantes ingleses comienzan relativamente tarde y despacio. Más de 100 años hacía que los marinos portugueses habían salido al mundo, si bien generalmente costeano tan sólo” (Schmitt, 2007, p. 32). Es decir, se podría argüir, siguiendo a Schmitt, que el motivo por el cual éste subestimaba la relevancia de las empresas portuguesas —y por consiguiente, *Os Lusíadas*— se debía a dos consideraciones concatenadas: primero, no haberse adentrado en los océanos y, segundo, no haber practicado la navegación de altura como, según él, sí habrían hecho por su parte los británicos. Al juzgar de éste, en consecuencia, una cosa sería medirse con las complejidades y los desafíos transoceánicos y, otra muy distinta, medirse en el mero cabotaje.

La historiografía ha demostrado, sin embargo, que esto no es del todo cierto (Parry, 1989; Pinhero, 1990). La mitad del éxito de las gestas portuguesas se debió en su mayor parte a una maniobra conocida con el nombre de *volta do mar*, fruto del aprovechamiento de los vientos de alta mar (una combinación de alisios y calmas ecuatoriales) y de la pericia de intrépidos pilotos que, irrumpiendo y ganando el Atlántico Central —por ejemplo, navegando en dirección oeste— conseguían asir la única manera de regresar a Europa.<sup>1</sup> Si esto es así y si como señala Felipe Fernández-Armesto, en lo que respecta a la navegación, la geografía siempre ha desempeñado el poder absoluto a la hora de determinar qué hazañas marítimas podían realizarse (Fernández-Armesto, 2012). Las preguntas que acaso mereciesen un detenimiento podrían ser las que siguen: ¿no cabría reconsiderar la tajante tesis de Schmitt? ¿No habría que releer atentamente *Os Lusíadas* con el fin de resituar, si hubiera lugar, su relevancia histórica? ¿Y si la epopeya moderna pudiera hallarse también *ahí*, en la pluma de los portugueses?

---

<sup>1</sup> De idéntica manera, aunque en este caso por error, es como según todo indica Cabral arribó a Brasil.

Desde esta anécdota, cuyo valor reside en ser punto de partida, el arco histórico del presente texto se podría acotar y cifrar en dos acontecimientos históricos ejemplares: arrancarían con el Tratado de Tor-desillas (1494), donde una línea imaginaria estableció un reparto de las zonas de conquista y anexión del Nuevo Mundo entre España y Portugal, y terminaría con la Paz de Utrecht (1713), es decir, con la resolución de un equilibrio continental entre las distintas coronas europeas, tras el vacío dejado por el Imperio español.<sup>2</sup> Pues bien, es precisamente el periodo que media entre estas dos fechas el que daría plena cuenta de la emergencia de un moderno *Ius publicum europaeum*, esto es, un derecho todavía no internacional, cercano a la *Respublica Christiana* (Suárez, 2010), y con incipientes pretensiones de alcance universal. Sería recomendable, consiguientemente, no descuidar en esta marcha los antecedentes medievales de un *Ius gentium* de tradición romano-civilista, habida cuenta de sus dos principales protagonistas: el Imperio y el Papado.<sup>3</sup>

Entre medias, es decir, a camino entre un Derecho de Gentes medieval y uno ya irreversiblemente moderno, se dan dos hechos entrelazados que desempeñarán un papel nada irrelevante en esta historia, a saber, las “guerras” de religión fruto del pulso reformista que se extendía por Europa y el posterior nacimiento del Estado (Elliott, 2010). Por decirlo de alguna manera, lo que hay después, lo que se hereda y hemos recibido, es una forma de administración y gestión política que, presuntamente secularizada del arbitraje de la *auctoritas* papal, dependería ya únicamente de la soberanía territorial de los Estados. Ahora bien, es menester cierta cautela, pues la caída y el abandono del peso de las figuras medievales no fueron inmediatas ni fulminantes. Habrá que esperar, ciertamente, hasta la Paz de Utrecht para que se pueda hablar con propiedad de una normalización en las relaciones inter-estatales más allá de una intercesión papal. Es más, precisamente por mor de ello, sería pertinente no soslayar la evolución de las distintas improntas reformistas y contra-reformistas.

<sup>2</sup> Cuya agonía, sea todo dicho, venía dilatándose desde hacía más de un siglo; el punto de inflexión se debió en gran parte a la letal sustracción que Piet Heyn —corsario holandés— arrebató a la flota de Nueva España (1628). Me permito remitir a mi “Non Plus Ultra. Arbitrios, *projects*, proyectos”, *Tonos digital. Revista electrónica de estudios filológicos* (20), 2010.

<sup>3</sup> Cfr. Dante, *Monarchia*, P. Shaw (editor), Florence: Le Lettere, 2009.

Sea como fuere, un caso paradigmático podría resultar de la lectura, ensayada por Schmitt en *El nomos de la tierra*, a propósito de la demarcación e instauración de las distintas líneas globales de jurisdicción. O mejor dicho, y con sus palabras, la evolución de las denominadas “rayas” a las “líneas de amistad”. Basten dos ejemplos para situar esta fecunda problemática del periodo señalado. Por un lado, el referido Tratado de Tordesillas donde dos o más soberanos, en el reconocimiento a una misma autoridad espiritual y religiosa, acuerdan la adquisición y toma (siempre con pretextos evangelizadores) de tierras nuevas; por otro, el tratado anglo-español del 15 de noviembre de 1630, donde dos o más soberanos deciden por sí mismos —sin la tutela de un tercero— delimitar, tras la toma de tierras, un espacio abierto a la beligerancia. De un lado (en la raya), podemos certificar las fuerzas hispano-portuguesas al amparo de las bulas papales de carácter distributivo; del otro (en la línea), los pactos franco-ingleses, pendientes en última instancia de la autonomía soberana (la mera auto-obligación) y su irreductible carácter agonal.

Otro ángulo, de igual trascendencia, se deriva no sólo del descubrimiento y la conquista de nuevas tierras, sino del descubrimiento y la pretensión de conquista de los mares y océanos que las rodean y circundan. Si el Derecho de Gentes medieval era fundamentalmente terrestre —a lo más, fluvial o marítimo—, un nuevo derecho surge de la incorporación absoluta del nuevo elemento líquido: los océanos. El desafío pasaba entonces por encontrar un equilibrio mundial entre la tierra y el mar. A las “tomas de tierra”, como se ha indicado, le secundaría el *humano muy humano* deseo de las “tomas de mar”. El argumento se puede resumir en breve: si no hay posibilidad para todos de acceder a la posesión de colonias, al menos sería esperable, apelando a un racional Derecho de Gentes, una libre disposición de los mares. O dicho de otro modo, las potencias que habían quedado fuera de las conquistas terrestres reclamaban, desde su posición de excluidos, sus respectivos e incuestionable derechos de pesca, navegación, comercio y legítima beligerancia. Recuérdese a este respecto que Francisco de Vitoria, al legitimar la conquista de los españoles, no procedía en su justificación apelando a argumentos morales o religiosos (paganismo e idolatría, canibalismo y barbarie, etcétera) sino, antes bien, atendiendo a un Derecho de Gentes que garantizaba a todos los pueblos —a todos, por ejemplo, tanto a los indígenas como, pongamos por caso, a los franceses—

derechos de hospitalidad y libre comercio (*liberum commercium, libera mercatura*). Pues bien, según se infiere de sus *Relectio de Indis*, constituiría una discriminación flagrante el único argumento que despejaría las posibles barreras para librar una “guerra justa” y, en virtud de lo cual, la presumible ocupación, anexión y avasallamiento del suelo y el pueblo americano. También en este aspecto se puede hablar de una secularización: al perderse la autoridad mediadora de la Iglesia, quedaba inexorablemente vacía y socavada la teoría de la *iusta causa* (Tuck, 2001); sólo cabía entonces una reordenación —formal y no material, jurídica y no teológica— de un Derecho de Gentes puramente inter-estatal, considerados en igualdad de derechos y tomados en igualdad de condiciones cual *iustus hostis*. Era Alberico Gentili, punto de inflexión a este respecto, quien expresaba con estas célebres palabras este profundo cambio: “*¡Silete theologi in numere alieno!*”.

De este nuevo elemento, es decir, de la suma de ambos (continentes y océanos) surge, por añadidura, una nueva conciencia global y planetaria con pretensiones de validez universal que, como no podía ser menos, pugnaba por trasladarse asimismo a la esfera del derecho. En este sentido, la experiencia científica (con sus avances en física, geografía, cartografía...)⁴ dejó tras de sí para siempre la ya por entonces inasumible visión mítica. Sólo así cabe entender que los distintos imperios históricos (egipcio, persa, griego, romano... pero igualmente inca, azteca...), aun relacionados entre sí, y poniendo de manifiesto también la existencia de algún tipo de *nomos* de la tierra, careciesen en sus interacciones de un espíritu global. De algún modo, y por así decir, cada uno de estos imperios se consideraba el *mundo*, el centro del orbe, desconsiderando de esta guisa el mundo restante y, en cierta manera, reduciéndolo a espacio libre y potencialmente accesible a conquista. Para ellos, de alguna manera, la ley llegaba hasta donde llegaba la *frontera*. Una vez más el proceso será lento: del *Ius publicum europaeum* a un Derecho Internacional, en el que otros Estados más allá de Europa dejen de ser considerados bajo estatutos particulares (es decir, colonias) y sean reconocidos bajo las mismas condiciones, será necesario como poco esperar —aunque el germen pueda reconstruirse ya en

⁴ Cfr. F. Pérez De Oliva, *Cosmografía nueva*, Salamanca: Publicaciones Universidad de Salamanca, 1985.

el XIX— a la institución de organismos como la Sociedad de Naciones (SDN) o la Organización de las Naciones Unidas (ONU), es decir, al siglo XX.<sup>5</sup>

En lo que concierne al periodo destacado, es decir, aquel que va de la firma del Tratado de Tordesillas a la Paz de Utrecht, y en el que quedaría puesto de manifiesto un Derecho de Gentes moderno, se puede intuir tras lo expuesto los problemas jurídicos, acaso irreconciliables, que el Derecho posterior intentará asumir y solventar. Los juristas de los siglos XVI y XVII se esforzarán por resolver, según interese (según la Corona que defiendan), el problema estructural: la conciliación entre las supuestas tomas de tierra y mar y sus derechos derivables (de España, Portugal), con un derecho y una razón naturales que dictan y defienden la libre navegación y el libre comercio (Inglaterra, Holanda). No es casual por ello que entonces surgiera, junto a la tradicional piratería, la actividad corsaria (Heller-Roazen, 2009). Unos mínimos de paz y concordia no llegarán hasta principios del XVIII, donde el pirata y el corsario serán criminalizados. El espacio marítimo, pese a todo, quedará a la sazón libre para el comercio y, ahora sí, en supuesto beneficio de todos.

Y así llegamos al núcleo esencial de este texto, a saber, al estudio del *nomos* del mar. Pues, a diferencia con lo que ocurre en tierra, donde el *Ius publicum europaeum* reza y vela por un mundo que sólo se contempla desde categorías estatales o coloniales, el mar permanece, fortuita o necesariamente, en un estado de excepción. Por enunciarlo de manera clara y breve, todo parece evidenciar que los Estados europeos sólo aceptan, con mayor o menor adhesión, un espacio sin ley. Y es que, como señalaba acertadamente Schmitt, el *mar* permanece fuera de toda ordenación estatal del espacio. Así es, no era ni ámbito estatal ni espacio colonial; no era siquiera apropiable. Y, por ende, escapaba en razón de lo anterior —dejando al margen la cuestión de las “costas” — a toda jurisdicción y soberanía. De ahí el debate intelectual: ¿*res nullius* o *res communis*? ¿*mare liberum* o *mare clausum*?<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Cfr. para una visión crítica, B. Clavero, *Derecho global*, Madrid: Trotta, 2014.

<sup>6</sup> Cfr. H. Grocio, *De la libertad de los mares*, L. García Arias (editor), Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1956. J. Selden, *Mare clausum*, Lawbook Exchange Edition, 2004.

Al no tener límites o fronteras, al no ser ocupable ni apropiable, era espacio que permanecía abierto y libre a los Estados para la pesca, el comercio y el ejercicio libre de la guerra marítima. Ahora bien, *mutatis mutandis*, también para piratas que, acogiéndose al disfrute de esta excepcional libertad, atesoraban un botín cada vez mayor —en ocasiones, recordemos, con patente de corso— arrebatado a las más variadas naciones. Éstos en su práctica, como ya lo advirtiera certera y prematuramente Cicerón, no encontraban acomodo en ninguna de las tipificaciones preestablecidas: eran criminales (intra-estatalmente), enemigos (extra-estatalmente) y algo más que escapaba a sendas figuras: eran “enemigos de la humanidad” (*communis hostis omnium*).<sup>7</sup> Como se puede entrever, la colisión una vez más volvía a emerger. La libertad sin control —sin orden, sin policía— era susceptible de todo (si se quiere, de lo mejor y lo peor), permitiendo el libre comercio, pero también posibles actos de piratería; o dicho de otro modo, la paz y asimismo la guerra. La contradicción exigía una solución que demandaba de suyo una intervención con miras globales.

Pues bien, en esta historia es imprescindible destacar el papel desempeñado por un país en particular: Inglaterra (Armitage, 2000). Al contrario de lo sucedido con otras naciones, como España, Francia o incluso Holanda, que a pesar de su marítimo impulso inicial terminaron asentándose políticamente sobre suelo firme, ningún otro país como Inglaterra se lanzó de manera tan decidida a la “toma” y a la práctica derivada de la libertad de los mares. Ningún señorío de esta índole tuvo un precedente equiparable: ni el turco, ni el veneciano, ni el chino. Y, para dar cuenta de esta transformación singular, es necesario detenerse en la Guerra de Sucesión española (1701-13) y su posterior resolución (Albareda 2010).<sup>8</sup>

Con el fin de amainar las diferentes tensiones imperialistas (austriacistas y borbónicas) que en una Europa dividida reclamaban por igual una tentadora sucesión dinástica, se consigue llegar tras du-

<sup>7</sup> Cfr. Cicerón, *Sobre los deberes*, José Guillén (traductor), Madrid: Alianza, 2010. Shakespeare los catalogará más tarde como “ladrones de agua” en *The Merchant of Venice* (I. iii).

<sup>8</sup> Consúltese, asimismo, las matizaciones pertinentes de P. Fernández-Albaladejo, “A propósito de *La Guerra de Sucesión de España* de J. Albareda”, *Espacio, Tiempo, Forma* (27), 2014.

ras y difíciles negociaciones a la firma de un acuerdo comúnmente conocido como el Tratado de Utrecht (1713). De esta paz, cuyos principales muñidores fueron Francia e Inglaterra, salió subrepticamente una clara vencedora. En efecto, Inglaterra no sólo consiguió disolver, gracias a un reparto y a una reordenación de carácter territorial, el posible y legítimo imperio tan deseado por Luis XIV, sino que logró adquirir tanto estratégicos puestos marítimo-comerciales (Menorca, Gibraltar, Acadia, Isla de San Cristóbal...), como la cesión de múltiples derechos comerciales con las colonias americanas (“asiento de negros”, “navío de permiso”, etcétera).

Inglaterra pensaba más allá del natural arraigo telúrico (en sintonía con una “razón de estado” mercantilista) y, por tanto, su interés se centraba en las potencialidades inherentes a una deslocalización en *hinterlands* (una suerte de libre espacio económico común). Por si esto no fuera suficiente, la habilidad de los ingleses habría contenido las tensiones sobre terreno continental europeo, sin abandonar por ello su propio proyecto imperial. Una empresa que se habría cuidado de apuntalar, aunque con cierta doblez, mediante sus aparentemente secundarias y pírricas adjudicaciones terrestres. Dirección, sea todo dicho, cuya tendencia consolidó tiempo atrás con hechos tales como la fundación de la Compañía de Moscovia (1553) —acaso la primera gran sociedad anónima— o la ocupación, bajo el Protectorado de Cromwell, de la Isla de Jamaica (1655). Sus miras, en definitiva, estaban puestas en un horizonte distinto.

Tampoco fue en vano que logaran, por la vía legal, romper el monopolio comercial que una España tan celosa y protectoramente consiguió mantener hasta la fecha. Inglaterra era sabedora de que el imperio venidero sólo podría darse por mar. Y es que el incipiente capitalismo y la inminente revolución industrial, como atisbaba Hegel, requerían como condición necesaria el mar (Hegel, 1999).

*Après* Utrecht, podríamos decir, la actividad del corsario (que no la piratería) dejará de tener sentido. Firma su acta de defunción. De igual modo, gracias a la concesión de “derechos de asiento” (fundamentalmente a Inglaterra), es decir, el otorgamiento de privilegios en lo concerniente a determinadas rutas comerciales y transacción de bienes (uno de ellos, y muy lucrativo, fue el tráfico de esclavos negros), quedaban prescritas las antiguas “rayas” y “líneas de amistad” y, con ellas, los antiguos privilegios de exclusividad. Esta intromisión y esta fisura evidenciaban el comienzo de una imparable




libertad comercial y tal vez, al decir sagaz de Schmitt, acaso la última “línea de la economía libre”. En suma: después de Utrecht lo que se observa es un intento por relegar la excepcionalidad en todas sus variantes y modos. Mar libre y libre mercado se aunaban en un concepto de libertad cuya protección, no obstante, caía en manos británicas. El problema que entonces se presentaba era uno de naturaleza económico-política: ¿puede un Estado —casi a modo de fuerza supraestatal— hacerse cargo del mar? El problema, aunque con nuevo semblante, volvía a destilar sus íntimas contradicciones: la conciliación de tierra y mar, de política y economía, de Estado e Imperio, de un derecho público y un derecho privado, de un derecho internacional y una (¿inexistente, imposible?) policía internacional.<sup>9</sup>

En resumen, en el tramo de esta historia que exponemos se dan coetáneamente distintos eventos de profundo calado histórico: por un lado, el “descubrimiento” de América, de los océanos y de la globalidad de la Tierra; por otro, la Reforma, las guerras de religión y el surgimiento del Estado; y, como consecuencia de estas dos, la necesidad de una realidad supraestatal: la necesidad de un *Ius publicum europaeum*. Efectivamente, lo que se pone de manifiesto en esta época (por medio de las “rayas”, las “líneas de amistad”, la piratería, etcétera) es tanto la arquitectura jurídico-política de la época, como las grietas y hendiduras insalvables que ésta entraña. El alcance del Estado, concebido para una secularizada Europa terrestre, se mostraba en efecto limitado ante un mundo que a todas luces era ya global. Y era este nuevo espacio, paradigma del libre comercio y de la emergente economía, al que el presente derecho enarbolando la “justa” y “legítima” bandera de la “civilización” —pretexto espurio, como el de la empresa evangelizadora (Pocock, 1985)— debía escoltar. Habrá que esperar a mediados del siglo XIX para reconocer en este mismo derecho, ya sin ambages de ningún tipo, su verdadero rostro: un Derecho Privado internacional, independiente —al menos en ambición— del Derecho de Gentes.

Para concluir, uno de los presentes y más ambiciosos proyectos que tiene el derecho por delante es la mejora (*de iure*) y la mate-

<sup>9</sup> Para un desarrollo ulterior de este punto, me permito remitir a mi lectura de C. Schmitt en “Leviatán”, *Despalabro. Ensayos de humanidades* (5), 2011, pp. 1049-53.

rialización (*de facto*) de un Derecho Internacional. Y esto no es únicamente un problema contemporáneo; tiene efectivamente su particular historia. En cierta manera es la sombra y el revés de una historia jurídica y política que arranca con la Europa moderna. Ahora bien, precisamente una de las tareas esenciales de la investigación por parte de los historiadores del derecho reside en la correcta contextualización de sus problemas y categorías o, en palabras del historiador y jurista portugués A.M. Hespanha, en “historiar la propia historia del derecho”. 

### **Bibliografía:**

- Albareda, J., *La Guerra de Sucesión de España*, Barcelona: Crítica, 2010.
- Armitage, D., *The Ideological Origins of the British Empire*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- Cicerón, *Sobre los deberes*, José Guillén (traductor), Madrid: Alianza, 2010.
- Clavero, B., *Derecho global*, Madrid: Trotta, 2014.
- Dante, *Monarchia*, P. Shaw (editor), Florencia: Le Lettere, 2009.
- Eliade, M., *The Portugal Journal*, M. Linscott (traductor), Albany: State University of New York, 2010, p. 32.
- Elliott, J., *La Europa dividida*, R. Sánchez (traductor), Barcelona: Crítica, 2010.
- Fernández-Albaladejo, P., “A propósito de *La Guerra de Sucesión de España* de J. Albareda”, *Espacio, Tiempo, Forma* (27), 2014.
- Fernández-Armesto, F., *Los conquistadores del horizonte: una historia global de la exploración*, L. Nacenta (traductor), Barcelona: Ariel, 2012.
- Grocio, H., *De la libertad de los mares*, L. García Arias (editor), Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1956.
- Hegel, G. W., *Principios de la filosofía del derecho* (segunda edición), J. L. Vermaal (traductor), Barcelona: Edhasa, 1999.
- Heller-Roazen, D., *The Enemy of All. Piracy and the Law of Nations*, Nueva York: Zone Books, 2009.
- Marques, A., *Portugal e o descobrimento do Atlântico*, Lisboa: Imprensa-Nacional / Casa da Moeda, 1990.
- Parry, J. H., *El descubrimiento del mar*, trad. J. Beltrán, Barcelona: Crítica, 1989.

- Pérez De Oliva, F., *Cosmografía nueva*, Salamanca: Publicaciones Universidad de Salamanca, 1985.
- Pinheiro Marques, A., *Portugal e o descobrimento do Atlântico*, Lisboa: Imprensa-Nacional/ Casa da Moeda, 1990.
- Pocock, J.G.A., *Virtue, Commerce, and History*, Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- Schmitt, C., *Tierra y Mar*, R. Fernández-Quintanilla (traductor), Madrid: Trotta, 2007.
- Selden, J., *Mare clausum*, Nueva Jersey: Lawbook Exchange Edition, 2004.
- Suárez, L., *La Europa de las cinco naciones*, Barcelona: Ariel, 2010.
- Tuck, R., *The Right of War and Peace*, Oxford: Oxford University Press, 2001.
- \_\_\_\_\_, “Non Plus Ultra. Arbitrios, *projects*, proyectos”, *Tonos digital. Revista electrónica de estudios filológicos* (20), 2010.
- \_\_\_\_\_, “Leviatán”, *Despalabro. Ensayos de humanidades* (5), 2011.