

GUERRA Y DIPLOMACIA EN LA EDAD MODERNA

EULOGIO FERNÁNDEZ CARRASCO

UNED

*Toda diplomacia es una guerra
continua por otros medios*

Zhou Enlai

Resumen: La guerra es juzgada como la única solución cuando los caminos de la diplomacia no sirven para resolver los conflictos. La diplomacia es el primer paso para la resolución de los conflictos y la guerra como única solución final de ello. Los términos guerra y diplomacia fueron las dos actividades interestatales principales de los reinos europeos durante la Edad Moderna. La guerra fue una actividad feudal que la nobleza se vio obligada a innovar relativamente pronto debido a la invención de las armas de fuego, cuya consecuencia inmediata fue la incorporación de personal especialmente entrenado en los ejércitos reales. Otra circunstancia a tener en cuenta fue la adscripción de la nobleza a los cargos de consejero, disponiendo en exclusividad de los del Consejo de Estado y de Guerra. Como en los Consejos de Hacienda, Indias, de Castilla, etc., las funciones que debían desempeñar los consejeros eran muy diferentes, el reclutamiento también lo era, encontrándose con frecuencia a especialistas en derecho.

Abstract: The war is judged to be the only solution when the paths of diplomacy would resolve the conflict. Diplomacy is the first step towards the resolution of conflict and war as the only final solution of this. The terms of war and diplomacy were the two major interstate activities of the European kingdoms during the Modern Age.

The war was a feudal nobility activity was forced to innovate relatively quickly due to the invention of firearms, whose immediate result was the incorporation of specially trained in the royal armies. Another fact to consider was the ascription of nobility for the positions of counselor, providing exclusive of the Council of State and War. And on the Boards of Finance, Indian, Castile, etc., Roles to be played by the counselors were very different, so was the recruitment, meeting frequently to legal experts.

Palabras clave: Derecho consuetudinario, embajador, tratados internacionales, orden jurídico, soberanía.

Key words: Customary law, ambassador, international treaties, legal, sovereignty.

Sumario: I. Introducción. II. El derecho de guerra: *ius in bellum*. III. La Diplomacia, instrumento del derecho internacional. IV. Órganos externos de la diplomacia clásica. V. Consolidación de la diplomacia moderna. VI. Privilegios e inmunidades. VII. Los Tratados Internacionales. VIII. Celebración y entrada en vigor de los Tratados Internacionales. IX. Conclusiones. X. Bibliografía general.

I. INTRODUCCIÓN

La Edad Moderna comprende desde el siglo XV hasta finales del XVIII. Se caracteriza por tener una sociedad dividida en tres estamentos, una economía basada en la agricultura, y una monarquía absoluta en la política al mismo tiempo que se apoya en un ejército permanente, en los funcionarios, la hacienda, la diplomacia y las guerras. El interés de establecer un sistema de normas internacionales para proteger las relaciones y los procedimientos entre los diferentes Estados, propició, durante la Edad Moderna, el nacimiento del Derecho que regula la Sociedad Internacional contemporánea. La coexistencia de unos Estados soberanos que se relacionaban entre sí ateniéndose a unas normas, puede considerarse el origen del Derecho interestatal fundamentado y aplicado en Europa durante los siglos XVI, XVII y XVIII. La línea de coherencia histórica que siguió su evolución nos permite rastrear unas reglas elementales, admitidas por los diferentes Estados, que se convirtieron en el Derecho regulador del *sistema europeo de Estados*, germen a su vez del denominado *Derecho Internacional clásico* vigente hasta principios del siglo XXI. Aguilar Navarro propuso la hipótesis de que el Derecho Internacional, en sus instituciones y normas, así como en su técnica jurídica está en

función de las formas históricas de Organización internacional. Interpretación histórica y valoración institucional del Derecho Internacional forman un criterio explicativo del fenómeno de Organización internacional¹.

El pensamiento de la Unidad Europea fue preconizada en múltiples proyectos a lo largo de este periodo, a pesar de que no podamos atribuir a todos la cualidad de precursores, pues la mayoría de estos *proyectos primitivos, tan utópicos como generosos de imperio universal, de paz perpetua y de organización internacional [fueron] obra de jurisconsultos o de publicistas de las más diversas nacionalidades*² se empeñaron en fortalecer la unidad cultural, pero carecían de relevancia política y, por ello, la unidad práctica de Europa fue siempre más un deseo que una verdadera cooperación entre los Estados para atender a la necesidad de unir a los diferentes pueblos en organizaciones de carácter interestatal con el fin de garantizar la paz del territorio común³. Se trata aquí pues, de antecedentes, de teorías, conceptos, normas y estructuras jurídicas que no alcanzaron su vigencia y materialización hasta el siglo XIX. Además, debemos aclarar que usamos el término *Derecho Internacional*. La expresión hoy comúnmente empleada en castellano, derecho internacional, tiene su correspondencia exacta en las demás lenguas románicas (*droit international, diritto internazionale, directo internacional, dret internacional*), las cuales la tomaron de la expresión inglesa *internacional law*, introducida por Jermías Bentham a finales del siglo XVIII. La denominación tradicional en dichas lenguas era la equivalencia del *ius gentium* romano: *law of nations, derecho de gentes, droit des gens, diritto delle genti, directo das gentes, dret de gents, drept gintilor*. Esta forma no se ha perdido, sigue usándose por responder a una terminología clásica⁴ conscientes de que su empleo, aplicado a períodos históricos anteriores al siglo XIX, retroproyecta nociones y situaciones prácticas aparecidas con posterioridad.

¹ Cfr. CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Madrid, 1976, Introducción.

² PLANAS-SUÁREZ, S.: *La política europea y la Sociedad de Naciones*, Barcelona, 1935, págs. 29-30.

³ BESNÉ MAÑERO, R.; CANEDO ARRILLAGA, J. R. y PÉREZ DE LAS HERAS, B.: *La Unión Europea: historia, instituciones y sistema jurídico*, Bilbao, 1998, pág. 21.

⁴ Para una aproximación al concepto de Derecho Internacional Público véase TRUYOL Y SERRA, A.: *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, 4ª ed., Madrid, 1977, págs. 5-25.

II. EL DERECHO DE GUERRA: *IUS IN BELLUM*

La ciencia jurídica que se desarrolló en los siglos XVI, XVII y XVIII, reflexionó sobre el Derecho de gentes y el Derecho positivo, distinguiendo entre guerras justas e injustas, en un contexto histórico de creciente expansión geográfica universal de las potencias europeas y de progresiva afirmación en el interior del continente de la *Reforma*. La doctrina jurídica adquirió nuevos fundamentos en su empeño por legitimar el uso de la fuerza armada para que los Estados se acogieran al derecho a la guerra en veintiséis *disputationes*, precisando las condiciones de una guerra beneficiara de las normas del *ius in bellum* y alcanzaran la libre determinación de su territorio. Los postglosadores vieron en el *ius gentium*, escasamente diferenciado del *ius naturale*, un conjunto de normas universales aplicables a todos los pueblos en todo el orbe, una costumbre común o uso de las *gentes* basado en la razón natural, a diferencia del derecho positivo o civil, que tenía en el derecho romano como derecho del Imperio restaurado su expresión histórica más importante. La aparición, junto al Imperio, de Estados que no reconocían subordinación jurídica alguna con respecto a él, postulaba una mayor diferenciación del *ius gentium* como ordenamiento jurídico propio de la comunidad internacional. Francisco de Vitoria, el más importante representante de la escuela española no tuvo sino que desarrollar la problemática a la luz de la nueva realidad internacional. Para ello transformó el *ius gentium* tradicional en un *ius Inter Gentes*, al cambiar en la definición de Gayo, la palabra *homines* por *gentes*: *Quod naturales ratio Inter omnes gentes constituit, vactur ius gentium*. Que tal sustitución fue consciente ha sido reiteradamente puesta de manifiesto por los expositores de Vitoria quienes añaden que las conclusiones de Vitoria están conectadas con un fenómeno político de capital importancia: el descubrimiento y dominio de América por la Corona de Castilla. Progresivamente la teoría jurídica evolucionó desde los primeros análisis realizados por Francisco de Vitoria⁵ a los de Luis de Molina, quien formuló los principios *justa*. En las discusiones de los problemas de derecho internacional y de ética colonial cabe destacar a Luis de Molina, fundador de la escuela teológica *el molinismo*. Ejerció en Portugal y se distinguió por el examen de hechos relativos al mercado

⁵ Por ello GEORG STADTMÜLLER considera que *el más importante será Francisco de Vitoria (1483-1546), al que con razón se le denomina hoy el fundador del Derecho internacional moderno*, en *Historia del derecho internacional público*. Traducción de Francisco F. Jardon Santa Eulalia. Revisión y notas de Antoni Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1961.

de esclavos. Su obra, *De iustitia et iure* se mantiene dentro de los postulados de Francisco de Vitoria pero abundando en cuestiones singulares analizadas, a diferencia de sus predecesores, desde un punto de vista más jurista que teológico⁶. Ambos constituyeron los cimientos conceptuales de la teoría de Francisco Suárez, quien añadió nuevas precisiones para hacer más flexible y práctica la teoría, adaptándola y acomodándola al ritmo de los acontecimientos. Estos juristas-teólogos, al analizar cuestiones concretas como el derecho a la guerra, la libertad de navegación o la necesidad de un orden jurídico interestatal, colocaban las bases para la consolidación de un sistema europeo de Estados. También Lalinde nos recuerda, que la máxima creación de este lusnaturalismo católico desarrollado por los autores indicados es *la de un Derecho internacional como conjunto de principios para regular las relaciones entre países y que, a diferencia del Derecho de gentes anterior, se confirma como un Derecho positivo susceptible de ser impuesto coactivamente y con la exigencia de estar adecuado al Derecho natural*⁷.

La Escuela Española de Derecho Internacional y sus componentes, trataron sobre el *ius in bellum*. Las ideas originales de Francisco de Vitoria y Luís de Molina fueron luego desarrolladas posteriormente por Francisco Suárez, quien teorizó sobre el derecho de guerra en el momento más importante de la política exterior española. En 1584 explicaba, en el Colegio Romano, el tratado de guerra ejemplificándolo con las conquistas españolas. De estas disertaciones surgió el Tratado sobre la guerra que publicó en 1613⁸ y en el que sistematizó toda la lógica de la guerra en torno a dos cuestiones fundamentales: ¿Es lícito hacer la guerra según el derecho natural?. Aunque sea lícita por su misma naturaleza, ¿está permitida a los cristianos?. Para establecer las soluciones formula tres condiciones como tres nuevos problemas: primero: sólo la autoridad legítima puede declarar la guerra; segunda: la causa justa es título de guerra y tercera: las hostilidades deben desarrollarse según las normas de la justicia y la equidad. La obra de Francisco Suárez influyó sobre sus contemporáneos, destacando por su claridad expositiva. Está considerado el mayor teólogo de su orden y en general de comienzos de la Edad Moderna. Sus dos obras prin-

⁶ Véase STADTMÜLLER, G.: *Historia del derecho internacional público*, op. cit. Especialmente el capítulo: la formación del Derecho Internacional Español, págs. 121-130.

⁷ PIÑA HOMS, R.: *Fundamentos jurídicos de Europa. Apuntes para una Historia del Derecho Europeo*, Palma, 2001, pág. 122.

⁸ SUÁREZ, F.: *Tractatus de legibus ac de Deo Legislator: in decem libros distributus. Antuerpiae: Ioannem Kerbergium, 1613.*

cipales *Disputationes metaphysicae* y *De legibus ac Deo legistatore* fueron quemadas en Inglaterra bajo el reinado de Jacobo I (1603-1625), como peligrosas para la seguridad del Estado⁹. Para alcanzar respuestas, Suárez fundamentó conceptualmente su teoría en los principios del poder legítimo y de la causa justa de Francisco de Vitoria y Domingo de Soto, preocupado por establecer la conquista como medio de adquisición de la soberanía territorial y demostrar que el principio de soberanía aparecía sujeto al Derecho Divino, Natural y de Gentes. El principio de jurisdicción de Diego de Covarrubias y el análisis jurídico de Baltasar de Ayala, junto al concepto técnico de *nocens et innocens* de Domingo Báñez ocupan todo el capítulo séptimo de su obra que destaca, entre todas las de su tiempo, por dotar de coherencia sistemática a todos los principios dispersos de la escuela española. Menos original que Francisco de Vitoria y Domingo de Soto, sin la penetración jurídica de Diego de Covarrubias y Baltasar de Ayala, menos crítico que Gregorio de Valencia, menos lógico que Gabriel Vázquez, sin añadiduras a los comentarios de Domingo Báñez, ni a los capítulos del jesuita Luis de Molina, pero más sistemático que todos ellos, con un método positivo y lógico construyó un tratado completo de guerra que sintetizaba y actualizaba toda la doctrina de la escuela española de derecho internacional¹⁰.

De igual forma, el holandés Hugo Grocio, hizo suyas las ideas de Vitoria, en el sentido de que consideraba la injuria causa justa para iniciar un conflicto bélico, si bien, a diferencia del dominico español, incluía las guerras preventivas, al admitir que también era justa una guerra por futuras injurias. Jame Brown Scout compatriota de Grocio escribe que el *Mare liberum* no tiene sino el valor de un estudio bien hecho de segunda mano, tomado a préstamo de la sabiduría española; desarrollo en su primera mitad de la idea directriz debida a Vitoria: cada pueblo tiene derecho a visitar a los otros y a comerciar con ellos; Prosigue el tema Vázquez, según el cual un derecho exclusivo de navegar sobre el Océano en todo o en parte no puede ser admitido en provecho de una nación, cualquiera que sea. En la conferencia anglo-neerlandesa de Londres, 9 de mayo de 1613, se cita a Grocio y en 1618 el embajador inglés en la Haya recibe una comunicación del Rey para que frene las tesis holandesas, *no se dejará enseñar Derecho*

⁹ Véase STADTMÜLLER, *op. cit.*, pág. 143) y MIAJA DE LA MUELA, A.: *Introducción al Derecho Internacional Público*, 6ª ed., Madrid, 1955, págs. 287-288.

¹⁰ SUÁREZ, F.: *Guerra, intervención, paz internacional*. Estudio, traducción y notas por Luciano Pereña, Madrid, 1956, pág. 12 y ss.

¹¹ GROCIO, H.: *De la libertad de los mares*. Prólogo de Luis García Arias. Traducción de V. Blanco García y L.

*de gentes ni por ellos, ni por su Grocio*¹¹. Con el transcurso del tiempo la doctrina distinguió entre guerra justa y licitud. Por ello, los Estados cumplimentaban rigurosamente las formalidades obligadas para declarar la guerra mientras que se desentendían de la causa que les guiaba, fortaleciéndose así el derecho soberano de los Estados a hacer la guerra, cuya legitimación se amparó en el recurso de ejercerlo como una prerrogativa soberana y como una función natural del Estado. Fue el Jurista francés Juan Bodino (1530-1596) quien acuñó el término de soberanía para caracterizar a los Estados independientes. En su concepción, la soberanía era la *summa potestas in cives ac subditos legibus que soluta potestas*, bien entendido que aunque semejante poder del Estado se desligaba de las leyes, aparecía sujeto sin embargo al Derecho Divino, Natural y de Gentes. Fue un decidido adversario de la concepción de Maquiavelo, a pesar de que muchas de sus opiniones habían penetrado en la sociedad de la época y se habían revestido de legalidad jurídica. Bodino, en su obra *Six livres de la république* ofrece una exposición moderna de la teoría de la soberanía política, declarando que ésta ya no emanaba del príncipe sino del Estado, cuyo poder radicaba en su capacidad legislativa. El poder del Estado en los Estados absolutos, era, en teoría, ilimitado y abarcaba la legislación, la administración y la jurisdicción. Una división de los poderes era desconocida. El antiguo paralelismo de una comunidad de Estados cristianos y otra de Estados no cristianos encontró su continuidad en la Edad Moderna, cuyo substrato se amparó en la concepción de un derecho interestatal europeo que regía en los territorios de los pueblos indígenas de las colonias¹².

La guerra es juzgada como la única solución cuando los caminos de la diplomacia no sirven para resolver los conflictos. La diplomacia es el primer paso para la resolución de los conflictos y la guerra como única solución final de ello. Históricamente, los intentos a nivel internacional, para resolver los conflictos, fueron llevados a cabo mediante la diplomacia. La guerra era algo a lo que ninguna nación quería llegar. Un peligro armado suponía el ejercicio de la violencia en las personas y los bienes del adversario, pero la exterminación del enemigo y la entera destrucción de sus medios de subsistencia contravenían las más elementales consideraciones éticas y jurídicas. Así lo expuso primero Francisco de Vitoria: *Es lícito en la guerra hacer todo lo que sea necesario para la defensa del bien público*¹³. Francisco

¹² Véase BODIN, J.: *Les six livres de la République*. Traducción de Gaspar Añastro Isonza y estudio preliminar por José Luis Bermejo Cabrero, Madrid, 1992.

¹³ *In bello licet omnia facere quae necessaria sunt ad defensionem boni publici*, en Vitoria, Francisco de.: *Relectio posterior de Indis sive de Jure belli hispanorum in barbaros*.

Suárez, por su parte, formuló el principio como un derecho y un deber al concretar sus límites: *Una vez comenzada la guerra y durante todo el tiempo que duran las hostilidades, es justo inferir al enemigo todos los daños que parezcan necesarios para obtener la satisfacción o para conseguir la victoria, siempre que no impliquen injusticias directas contra los inocentes. Porque si es lícito el fin, también lo serán los medios necesarios*¹⁴. Las declaraciones doctrinales reclamaban una adecuada proporción entre la causa de la guerra y los daños que ésta inevitablemente acarrearba y en este sentido se expresó Hugo Grocio: *Es lícito en la guerra lo que es necesario para alcanzar el fin*¹⁵. Las consecuencias de este incipiente principio de equidad se dejaron notar en los sucesivos tratados internacionales que modificaron su contenido y finalidad. Ya no se tendía exclusivamente a la conservación de la paz, también se procuraba evitar las guerras previstas o las que de antemano se consideraban inevitables. Extremo que reclamaba los buenos oficios o la mediación de las potencias europeas, práctica que sustituía la jurisdicción arbitral tan desarrollada durante la Edad Media y que a lo largo del siglo XVII sufrió un importante retroceso¹⁶.

Las monarquías europeas, constantemente necesitaron un poderío militar para imponerse a sus rivales exteriores y solucionar los obstáculos que le venían desde el interior, pero hacer la observación que para que existiera ese ejército de forma estable y poderoso (numeroso), era necesario crear unas estructuras políticas y fiscales para su sustento que solo lo podían lograr las grandes monarquías. Para ello el desarrollo de la artillería fue clave en la evolución de la guerra en el periodo bajomedieval. Además de revelar la terminación de prolongados conflictos como por ejemplo en España con Granada (1482-1492), la artillería terminó con los proyectos defensivos que tenían planeadas las guerras feudales dando comienzo a la llamada la guerra ofensiva de corrientes. Con la salvedad de que su enorme costo, hizo que se circunscribieran las guerras a las grandes monarquías, dando lugar a ello al fortalecimiento del Estado.

En España y para imitar de Francia, los reyes castellanos gra-

Utilizamos la traducción española de la obra Reelecciones sobre los indios y el Derecho de la guerra, Buenos Aires, 1946, pág. 136.

¹⁴ SUÁREZ, F.: *De Bello*. Hemos utilizado la traducción española que figura en *Guerras. Intervención. Paz internacional*, Madrid, 1956, pág. 107.

¹⁵ GROCIO, H.: *De la libertad de los mares*, op. cit., caps. I y II, pág. 64.

¹⁶ En el Occidente cristiano el arbitraje había adquirido una relevancia singular. Mediación y arbitraje papales o realizados por soberano adquirieron durante la Edad Media un cierto desarrollo, a veces muy importante. Cfr. MARIÑO, F. M.: *Derecho Internacional Público*, 3ª ed. Madrid, 1999, pág. 44.

cias a sus recursos humanos y económicos fueron los únicos que crearon un ejército moderno al estilo francés. Con Juan II (1406-1454) se crea el cuerpo de Guardas Reales. Pero fueron los Reyes Católicos los que crearon un verdadero ejército o maquinaria bélica para destruir al enemigo comenzando su demostración en la guerra de Granada. A partir de entonces, España muestra ante Europa su poderío y su voluntad política durante más de un siglo.

En resumen, en esta época decayó el recurso al arbitraje mientras se desarrollaban las embajadas permanentes, al tiempo que se instituían normas consuetudinarias relativas a los elementos del Estado: la población, el territorio, la determinación de las fronteras y el poder independiente. El comportamiento de los Estados en sus relaciones interestatales era la más de las veces político y no jurídico. Su conducta respondía con mucha frecuencia a la consecución y satisfacción de sus intereses de poder y no a las pautas que exigía el Derecho. Desde esta perspectiva, la soberanía tampoco era ilimitada, incluso los Estados más poderosos se vieron constreñidos a una cierta moderación en el plano político, aceptando las limitaciones que resultaban de sus relaciones con otros Estados independientes. Se puede afirmar que en la práctica general y por la vía de la reiteración se institucionalizaron diferentes cláusulas convencionales como la del trato de la nación más favorecida y el compromiso de no confiscación de bienes. La política de equilibrio se convirtió en regla general, desarrollando las relaciones de interdependencia entre los diferentes Estados como una necesidad.

III. LA DIPLOMACIA, INSTRUMENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Dentro de la historia de la diplomacia y dentro de este trabajo, hay que destacar dos etapas o ciclos que contienen las siguientes características más significativas:

Primera etapa. Comprende desde los orígenes griegos hasta el siglo XV. Las notas más significativas son: por un lado su carácter móvil o eventual, como consecuencia de que se solo eran enviados embajadores cuando tenía que resolverse asuntos precisos, como por ejemplo las conclusiones de los tratados de paz, declaraciones de guerra, alianzas, etc., y por otro lado la segunda nota significativa que hemos de señalar, era el carácter informal de tales conversaciones o tratados motivado todo ello por no tener establecidas reglas fijas para su desarrollo.

Segunda etapa. En la que se desarrollan los grandes descubrimientos y resplandece el Renacimiento, dando lugar a que cada pueblo o nación tenga su propia exégesis dentro del contexto de Europa. En la diplomacia de esta época, lo más significativo de este periodo, es que adquiere un carácter permanente, gracias a que Italia en el siglo XV da el carácter de permanente a sus enviados, En general está admitido que en Venecia se da por primera vez una reglamentación sobre las funciones diplomáticas y aparece la figura de *Ambasciatore* (Embajador) como representante de los enviados permanentes de los estados, Ya en el siglo XVII se generaliza el término *Ambasciatore* (Embajador). Con anterioridad a este siglo se utilizan términos como *Legatus* y su equivalente *Nuntius* para designar al funcionario que hoy se conoce como Jefe de Misión. Por otro lado tenemos que las reglas establecidas en esta época no son del todo precisas, produciéndose constantes violaciones y abusos en lo referente a los privilegios e inmunidades de estos personajes. Pero quizá donde más se signifique estos abusos, son en las precedencias en lo relativo al ceremonial y protocolo, dando lugar a constantes conflictos, Otra de las notas que podemos señalar, es que no existe una verdadera carrera diplomática con motivo de que los enviados eran solo personajes elegidos por el monarca de entre grandes figuras de juristas o alta nobleza. Por consiguiente, el enviado o embajador era la representación del monarca; pero no representaba al Estado. Por último debemos señalar la parte más importante de este periodo y es la misión que desarrollaban los enviados a otros estados, cual era la misión de vigilancia y observación. No cabe ninguna duda sobre la labor que desarrollaron en este periodo las misiones diplomáticas ya que se convirtieron en centros de espionaje e intriga. Señalar por último que el tratado de Westfalia (1648) simbolizó un equilibrio en las relaciones entre los estados europeos, demandando una vigilancia constante y a la vez recíproca de las propias naciones, dando lugar a una justa contribución para generalizar el sistema de Diplomacia permanente en Europa.

A pesar de que la diplomacia en líneas generales es tan antigua como las relaciones entre los pueblos, su institucionalización mediante la creación de legaciones permanentes se inició en la República de Venecia, durante la segunda mitad del siglo XV. La necesidad de los distintos Estados de mantener relaciones comerciales se manifestó en el fortalecimiento de la institución consular. Conforme al principio de personalidad de las leyes vigentes en la Edad Media, los comerciantes extranjeros solían organizar pequeñas comunidades a las que se les otorgaba cierta autonomía, entre ellas, la de contar

con unos Magistrados especiales que fueron el origen de los agentes consulares.

El resultado de las relaciones comerciales es que se fue estableciendo un estatuto privilegiado, dentro del cuál tuvo cabida la designación de jueces especiales, que a partir del siglo XII tomaron el nombre de cónsules. Éstos fueron ampliando sus funciones, incluyendo también la defensa y protección de los intereses de su Estado de origen y de los nacionales de éste, llegando a asumir cierta representación oficial del Estado en el siglo XVI. A partir de entonces, con el ensanchamiento y afirmación del poder estatal, las funciones consulares en lo relativo a sus funciones comerciales y en materia de navegación se ampliaron, y, como consecuencia, aumentaron en importancia.

Las figuras de embajadores eran vistas como agentes que un Estado enviaba ante otro Estado para desarrollar las relaciones internacionales entre ambos. Las funciones de los agentes estatales podían ser múltiples, pero todas ellas estaban directamente relacionadas con las relaciones diplomáticas, normalmente de paz. Para resolver las crisis interestatales influidas por factores de índole económica, política, territorial, social, etc., creadas por los propios Estados, cuya prolongación podía poner en peligro el mantenimiento de la paz, se empleaban preferentemente las negociaciones diplomáticas directas: conversaciones directas, intercambio de notas diplomáticas, de propuesta, declaraciones comunes o generales para finalizar mediante acuerdo entre las partes. Se trataba de métodos diplomáticos por excelencia y constituían el medio más importante de arreglo, siendo también el más rápido pues las conversaciones directas entre las partes no necesitaban de formalidades específicas y podían ser tratadas con mayor discreción e incluso en secreto. Con frecuencia las negociaciones directas estaban previstas en los tratados con la función de definir el objeto de la diferencia y los términos generales de la controversia.

Uno de los efectos de la consolidación del Estado fue la necesidad de organizar la actividad burocrática que generaba. En España, la profesionalidad de Felipe II, junto a la diligencia y capacidad que mostraron algunos de sus secretarios, institucionalizó un cuerpo de oficiales reales.

El gobierno necesitaba secretarios para redactar los reglamentos, escribanos para transcribirlos y una multitud de oficiales menores para asegurar su cumplimiento, junto con ministros de otro nivel para asegurarse de que los primeros habían cumplido con su cometido.

Todo esto requería una inmensa burocracia que había que reclutar y preparar [...] ¹⁷.

En la Monarquía Hispánica, la administración central se distribuyó entre diferentes consejos, siendo el de Estado el encargado de los asuntos de guerra y los negocios del extranjero.

Los términos guerra y diplomacia fueron las dos actividades interestatales principales de los reinos europeos durante la Edad Moderna. La guerra fue una actividad feudal que la nobleza se vio obligada a innovar relativamente pronto debido a la invención de las armas de fuego, cuya consecuencia inmediata fue la incorporación de personal especialmente entrenado en los ejércitos reales. Otra circunstancia a tener en cuenta fue la adscripción de la nobleza a los cargos de consejero, disponiendo en exclusividad de los del Consejo de Estado y de Guerra. Como en los Consejos de Hacienda, Indias, de Castilla, etc., las funciones que debían desempeñar los consejeros eran muy diferentes, el reclutamiento también lo era, encontrándose con frecuencia a especialistas en derecho. La alta nobleza deseaba y aceptaba los cargos palatinos pero no se sentía interesada por las magistraturas, es decir, empleos ocasionales no vinculados a una carrera. Rara vez aceptaban un empleo ¹⁸ atendiendo a esas responsabilidades. Otros cargos que le estaban reservados a la aristocracia, eran los cargos de embajador ¹⁹, gobernador o virrey, nombramiento que dependía también del Consejo de Estado. De manera que podemos considerar que, tan apetecidos como el cargo de Consejero de Estado era el de virrey, especialmente en los territorios italianos, que aseguraban poder y prestigio, y a veces estaban acompañados de importantes ingresos. Los virreinos, especialmente los italianos proporcionaban más y mejores remuneraciones *oficiales*. Pero lo sustancial eran los ingresos extraordinarios, que incorporaban una serie de conceptos como ayuda de costa, remuneración de funciones militares anejas o ingresos *per soldi, propine, luminaria e altro*. Y esto cuando ya se había abolido la costumbre de que tanto en Nápoles como en Sicilia se diera a los virreyes una parte del *donativo* que, en el primer caso, en 1610 alcanzó la suma de 300.000 ducados, bajo la excusa de que eran para la *viceregina* ²⁰.

¹⁷ En ELLIOTT, J. H.: *España y su mundo, 1500-1700*, Madrid, 1991, pág. 37.

¹⁸ Véase BARRIOS, F.: *El Consejo de Estado de la Monarquía española: 1521-1812*, Madrid, 1984, pág. 159.

¹⁹ Véase BENAVENTE y BENAVIDES, C.: *Advertencias para reyes y embajadores*, Madrid, 1643.

²⁰ Cfr. YUN CASALILLA, B.: «La aristocracia castellana en el seiscientos. ¿Crisis, refeudalización u ofensiva política?» en *Revista Internacional de Sociología*, 1, (1987), pág. 87.

El desarrollo de la embajada por lo general era honrosa pero con menos expectativas de enriquecimiento que los virreinos. Lo normal era la adscripción de las embajadas a miembros de la nobleza, con preferencia por los castellanos, pero no todos los aristócratas podían aceptar cualquier embajada, las había honrosa a la vez que ruinosas, razón por la que era importante elegir convenientemente al embajador. Durante el siglo XVII se escogieron como embajadores a unos nobles que presentaban unas características muy particulares, aunque muy diferentes en cuanto a métodos de actuación, todos ellos combinaban la astucia, la cautela, la amenaza y la violencia en dosis adecuadas para negociar por los intereses de su soberano. Representaban en Europa el prestigio que anhelaban recuperar para la Monarquía Española. El interés de la aristocracia por estos empleos no radicaba exclusivamente en la fortuna, el prestigio y la promoción eran un escalón en el *cursus honorum* de su carrera que bien podría finalizar en el seno del Consejo de Estado. Este era el órgano donde prácticamente se decidían los asuntos más importantes de la Monarquía española y el que se preocupaba fundamentalmente de distribuir y regular las relaciones diplomáticas interestatales²¹.

Como consecuencia de los Tratados de Westfalia y Augsburgo, Europa centró sus relaciones interestatales en los Tratados, encaminados no sólo a excluir la guerra, sino a eliminar las tensiones entre los Estados y a desarrollar la paz. De ellos surgió un derecho público fundamentado en el derecho de gentes europeo que constituyó la base del Derecho internacional clásico que perdurará hasta después de la primera guerra mundial²². Ejemplo de tratados que fundamentaron los intereses estatales sobre la existencia de un Derecho Natural común a la humanidad fueron el Tratado de Utrecht de 1713 entre Francia, Reino Unido y entre el Reino Unido y España y el Tratado entre España y Portugal (1778). En este contexto son famosos los tratados de Oliva (1660) celebrado entre Suecia, Polonia y Prusia. Los tratados de Nimega (1678) mediante el que Luis XIV obtuvo el Franco Condado y Ryswick (1697) entre Francia y Holanda (también España) que garantizaba los territorios cedidos por Francia a Holanda, así como los de Nystad. Este último, celebrado en 1721 dio a Rusia

²¹ MATTINGLY, G.: *La diplomacia del Renacimiento*. Traducido por el Conde de Campo Rey. Madrid, 1970, pág. 360.

²² NUSSBAUM, A.: *Historia del Derecho internacional*, Madrid, RDP, 1949, pág. 92 (Con adiciones sobre Historia de la doctrina hispánica del Derecho internacional).

los territorios de Estonia, Livonia, Ingria, Isla de Oesel y una parte de Carelia y Finlancia con la ciudad de Viburgo²³.

IV. ÓRGANOS EXTERNOS DE LA DIPLOMACIA CLÁSICA

El ejercicio de la práctica diplomática creó dos clases de agentes: los nuncios y los procuradores. El nuncio era un mensajero que hablaba en nombre de su mandante. El procurador, por el contrario, carecía de carácter representativo simbólico, pero estaba facultado para negociar. Hasta el siglo XVII, a la mayoría de los embajadores se les llama indistintamente *Embajadores* y *Procuradores* hasta que este último vocablo fue desplazado por el de *plenipotenciario*. Juan Antonio de Vera, poeta, militar, intelectual y cortesano, publicó *El Embajador* en 1620²⁴, traducido al francés y al italiano con un título más amplio, *La parfait Ambassadeur*, el cuál, debido a la frecuencia con que se cita debió ser uno de los libros sobre diplomacia más respetado. Sobre el arte de la diplomacia y la conducción de las relaciones internacionales escribieron además, Francis Bacon, el Duque de Sully, Fra Paolo Sarpi y el Padre Mariana.

Anteriormente a la salida de su país, los embajadores recibían los documentos que su misión requería: credenciales, instrucciones y acaso plenipotencias. Todo embajador tenía que estar provisto de credenciales. Los poderes, como las credenciales eran documentos públicos, pero a diferencia de éstas eran sumamente precisos. Por lo general autorizaban al portador a firmar un texto determinado. Más raros eran los casos en los que se autorizaba al portador a firmar cualquier acuerdo²⁵. En las instrucciones escritas que se daban a los enviados se les señalaba sus objetivos principales: cómo debían tratar de alcanzarlos, qué podían conceder y dónde debían mantenerse firmes. No revestían el carácter público de las credenciales y hasta finales del siglo XV fueron consideradas documentos privados reservados en exclusiva para el propio embajador. Por eso, aun estando suscritas por el mandante, no comprometían en nada a éste; y las

²³ Vid. MARTENS, F. de.: *Tratado de Derecho internacional*. Prólogo y notas de J. Fernández Prida, Madrid, págs. 133-134.

²⁴ Juan Antonio de VERA.: *El Embajador*, Sevilla, Lyra; 1620. Fue traducido al francés y al italiano con un título más amplio: *La parfait Ambassadeur* (El perfecto embajador).

²⁵ AHN. Estado, leg. 2798-1. *Reynado del s^{or} dⁿ Felipe. Copias auténticas y simples, con algunos documentos originales de Tratados de Paces, Treguas, neutralidades y Capitulaciones. Tratados 1599.*

Chancillerías, en general, al no tenerlas por documentos públicos, no guardaban formas especiales en su redacción. Eran simplemente documentos privados que por cortesía podían ser enseñados e incluso, como signo de confianza, se recomendaba que se leyeran ciertos pasajes en la audiencia pública de recepción al embajador. Rosier proponía a los embajadores que leyesen en alto pasajes de sus instrucciones pero que no las dejaran salir de sus manos. Menciona incluso la artimaña de confeccionar dos juegos de instrucciones, uno para ser enseñado y otro secreto que contuviese las verdaderas orientaciones de su misión²⁶.

V. CONSOLIDACIÓN DE LA DIPLOMACIA MODERNA

Como resultado de la Paz de Cateau-Cambrésis (1599) ya no se produjo en Europa otra reunión general de las grandes potencias, ni hubo intentos serios de resolver las cuestiones pendientes hasta el *Congreso de Westfalia* (1648). Desde 1534 se redujeron los contactos diplomáticos, salvo un espacio breve en el reinado de María I, Inglaterra ya no mantuvo Embajador en Roma y sus relaciones con Venecia fueron irregulares. Los venecianos, por su parte, ni mandaron Embajador residente a Inglaterra ni lo recibieron. En el resto de Europa también disminuyeron las representaciones diplomáticas en la medida que los Estados anfitriones fueron considerando las Embajadas como centros de irradiación de ideas extrañas y subversivas. La simple posibilidad de celebrar una Comunión anglicana en el continente estuvo a punto de suspender las relaciones Anglo-Imperiales en 1551 y cuando se suscitó de nuevo la cuestión en 1568, se interrumpió la representación inglesa en España. España mantuvo a su representante en Londres unos quince años a costa de mantener unas relaciones lógicamente muy limitadas.

Entre finales del siglo XVI y principios del XVII se produjo un nuevo impulso de la diplomacia. Tras la Paz de Vervins (1598) entre España y Francia, y entre España e Inglaterra en 1604, empezaron a restablecerse, paulatina y cautelosamente, los contactos diplomáticos. Los Embajadores Residentes se habían convertido en el instrumento político principal para la continua vigilancia y reajuste del poder en Europa. Eran a la vez los agentes y los símbolos de un sistema de pre-

²⁶ Esta práctica fue común en el siglo XVI según recuerda MAULDE-LA CLAVIÉRE, II, págs. 119-154; y D. MARZI.: *La Chancillería della republica fiorentina*, 1910, pág. 353, citado por MATTINGLY, G.: *La Diplomacia del Renacimiento*, op. cit., págs. 83-89.

siones diplomáticas. La función principal del Embajador era encaminar una corriente continua de información a su gobierno, convirtiéndose en políticos valiosos para los monarcas, a partir de entonces comenzó la diplomacia moderna. En una carta escrita a Felipe III por Juan Velásquez en Madrid el 28 de enero de 1599, explica cómo debe funcionar el servicio de inteligencias. Velásquez solicitaba al monarca, una cédula general confirmando su cargo y reconociendo sus funciones, que del dinero gastado en esta materia sólo tuviese que dar una relación jurada anual o semestral y que *todas las inteligencias y espías que asta agora ha havido y ay y adelante hubiere, acudan a mí para que las oya y examine sus avisos y procure entender sus intenciones y apure las verdades u mentiras y saque la sustancia de todo para quenta a Vuestra Majestad dello y a sus Consejos de guerra y estado*; pedía, asimismo, una cédula universal, por la cual le remitiesen todos los despachos dirigidos a él que llegasen a los puertos de mar y las personas que viniesen a verle, en compañía de alguien si había alguna sospecha, cubriendo él los gastos; y acababa señalando las dificultades con que emprendía esta tarea: *suplico a Vuestra Majestad se acuerde de en el estado que se comienza esta obra que es con tan poca luz ni aparejo para ella de espías, porque si no son las pocas que yo tengo no se otras*. Estos problemas tienen relación directa con el incipiente desarrollo de un servicio de espionaje, además de confirmar la existencia de redes de confidentes alimentadas y creadas por virreyes y embajadores²⁷.

VI. PRIVILEGIOS E INMUNIDADES

Realmente la inmunidad del Estado tiene su raíz en teorías tempranas relativas a la inmunidad personal de los soberanos o jefes de Estado. Esa inmunidad personal frente a la jurisdicción de los tribunales de otros Estados fue un concepto relativamente poco tratado por la doctrina. Se aceptaba mayoritariamente que el fundamento original de la inmunidad radicaba en la cortesía o *comitas*, sobre cuya base los soberanos extendieron a otros sus propias inmunidades. Poco a poco, la reciprocidad, la buena fe y la defensa del propio interés dieron origen a normas consuetudinarias en esta materia. De todas maneras, ni las disposiciones legislativas de los Estados europeos anteriores al siglo XIX ni la práctica jurisprudencial hacen referencia a ningún principio de inmunidad de los soberanos. Fue a partir de

²⁷ AGS., Estado. Castilla, leg. 183, f. 78. También véase ECHEVARRÍA BACIGALUPE, M. A.: *La diplomacia secreta en Flandes, 1598-1643*, Vizcaya, 1984.

este siglo cuando se comenzó a discernir la moderna teoría de la inmunidad del Estado y su práctica. La aparición de una regulación de las condiciones diplomáticas, entendidas como conjunto de reglas jurídicas precisas, sólo fue posible desde que existió el sentimiento de comunidad internacional.

Uno de los valores del soberano, como era el derecho de representación, se fundó en la suposición de que el poder supremo del Estado se concentraba en su persona. Sobreentendiéndose que para la aplicación de este derecho, los hechos y la situación jurídica disponían semejante suposición. El monarca poseía, por consiguiente, el derecho de representación dentro de los límites en que este derecho le era reconocido por las leyes de su país. Según la costumbre internacional y la práctica judicial, al príncipe se le reconocía el *derecho de extraterritorialidad* en virtud del cual, cuando se hallaba en territorio extranjero, no estaba sometidos a la acción de las leyes ni de las autoridades locales. Para explicar este derecho se creó una ficción, según la cual, los soberanos no abandonan nunca su propio territorio, aun cuando residiesen en el extranjero.

Sería conveniente destacar entre los teóricos la obra de Bernard du Rosier, que contiene algunas observaciones sobre los privilegios e inmunidades de los embajadores conforme a la doctrina de la época²⁸. Para Rosier los embajadores gozaban de inmunidad, en su persona y bienes, mientras ejercían su cargo. Este privilegio estaba consagrado en el derecho civil y en el canónico, sancionado por la práctica y garantizado por la autoridad de los Estados.

Restringir la libertad de un embajador, golpearle o lesionarle era una acción delictiva penada con la muerte. El embajador no podía ser demandado ante cualquier tribunal, ni estaba obligado a responder por actos previos al inicio de su misión. Tampoco era objeto de represalias por las acciones o deudas de sus nacionales, estaba exento de toda responsabilidad e imposición fiscal o tasa que gravase los bienes y objetos necesarios para su misión. Inmunidades que se extendían a todos los componentes de su séquito.

Señalar al autor inglés, Ricardo Zouch (1589-1660), abogado y

²⁸ Enseñó derecho en la Universidad de Toulouse y escribió un *Breve tratado de los Embajadores* (1436), cuando se encontraba en la corte del rey de Castilla. Concebido como un manual con consejos prácticos para los diplomáticos. Se amparaba en la doctrina del Digesto, lib. VII, 17; Partidas, lib. VII, tít. XXV, ley 9; los pasajes de Bartolo, op. omn. I, 1, 269,500; II, 11, 666-667; III, 11, 666,683; IV, 11, 485; y para el pensamiento del siglo XV, G. DE VILADIEGO, op. cit.; y MARTÍN DE LODI, *De Legato*. Mattingly, *La diplomacia del Renacimiento*, op. cit.

miembro del Tribunal del Almirantazgo inglés, quien escribió una obra *Solutio questionis veteris et novae, sive de Legati delinquentis indice competente*, donde estudiaba casos concretos del derecho de legación analizando con detalle cualquier situación prevista. Para el caso de que el embajador realizara actividades impropias de su cargo, por ejemplo espionaje, homicidio, violación, robo o deudas impagadas, contraídas durante una misión se consideraba que podía ser eximido del cargo y juzgado por el tribunal competente. Éste, era el de Corte, pues los asuntos de la diplomacia se reservaban para el tribunal de mayor rango. La ley aplicable era el Derecho Civil Romano que, como Derecho Común de la Cristiandad, estaban obligados a aplicar, llegado el caso, todos los Príncipes, sin que pudiera alegarse el principio de personalidad de las leyes. Sobre estos extremos no había dudas ni desacuerdos, eran aceptados unánimemente y los problemas específicos surgieron cuando los Estados empezaron a utilizar la diplomacia permanente con otros fines, camuflando sus objetivos y valiéndose de cualquier medio para obtener la información que les interesaba.

A comienzos del siglo XVII, los embajadores estaban acostumbrados a asumir responsabilidades para defender los intereses de su rey. A menudo aprovechaban la información que les llegaba a través de personajes que no tenían vinculación oficial alguna con la embajada y a los que compensaba mediante favores, pago de pensiones o simplemente mediante el soborno. Cuando los países anfitriones abrigan sospechas acerca de las actividades de algún Embajador, detenían sus correos y abrían sus despachos. Durante el siglo XVII se arbitraron distintos sistemas de cifra para eludir estos controles y los expertos se esmeraban en descifrar, cuanto antes, las nuevas claves²⁹.

VII. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Las cancillerías se constituyeron institucionalmente interfiriendo profundamente en la redacción y vigencia de los tratados³⁰, estableciéndose una práctica peculiar que desarrolló cierta estabilidad y permanencia en las relaciones interestatales, a pesar de que hasta el

²⁹ Sobre las claves en el Renacimiento, véase ALCOCER, M.: «Criptografía Española» en *Boletín de la Academia de la Historia*. 1934, págs. 105 y 331 y 1935, págs. 107 y 603.

³⁰ MIAJA DE LA MUELA, A.: *Introducción al Derecho Internacional Público*, 6ª ed., Madrid, 1974, pág. 125, El tratado como fuente del derecho internacional y como negocio jurídico.

siglo XVII no puede hablarse de la existencia de verdaderas normas consuetudinarias. La preocupación primordial de esta regulación era concertar las relaciones entre las potencias europeas, cuyo objetivo principal se dirigía a mantener el *equilibrio* entre ellas evitando que ninguna alcanzara una preponderancia relevante. Consolidado el sistema europeo de Estados, durante el siglo XVIII se desarrolló en la práctica la teoría de los Estados. Esta teoría encontró su mejor expresión doctrinal en la obra del suizo E. Vattel³¹, quien aseguraba que una nación tenía derecho *a todo lo que es necesario para su conservación* y en general, *a todas las cosas sin las cuales no pueden perfeccionarse ni ella ni su Estado*³².

En este estado tal teoría intentaba sintetizar los principios del Derecho de Gentes racionalista con el Derecho de Gentes positivo, cuya práctica más inmediata y relevante se nutría en Europa no del principio de igualdad entre las naciones sino más concretamente de los tratados de la Paz de Westfalia, que estaban penetrados del principio de la soberanía del Estado cuanto de la necesidad de la coordinación entre los diferentes entes políticos, soberanos e independientes. En realidad, en Westfalia se había diseñado un esbozo de sistema colectivo para limitar el recurso a la fuerza armada y forzar el cumplimiento del Derecho. Este sistema, sin embargo, no funcionó y de hecho no hizo más que afirmar el derecho soberano de cada Estado a recurrir a la fuerza cuando lo estimara necesario. De este modo comenzaron a ponerse las bases para una visión voluntarista del Derecho Internacional que acabó prevaleciendo en gran parte de la doctrina europea que se manifestó predominantemente positivista. La soberanía se entendía como poder de fundamento territorial, limitado no ya por principios de razón, sino por las obligaciones que voluntariamente hubiera aceptado el soberano. Junto a lo anterior, la licitud de todo recurso a la fuerza armada, con tal de que hubiera sido decidido por el soberano, formaban el núcleo esencial del derecho internacional de la época.

Por otro lado, fueron los Estados soberanos, impulsados por la necesidad, la defensa de los intereses propios y por una cierta comuni-

³¹ Derecho de gentes o principios de la ley natural aplicados a la conducta y a los asuntos de las naciones y de los soberanos 1758. Véase la traducción de M. PASCUAL HERNÁNDEZ que se editó en Madrid por la imprenta de I. Sancha en 1820.

³² *Ibid. id.*: Libro I, cap. II, § XVIII a XXIII. VATTEL incorporaba ejemplos prácticos: (...) *la ilustre nación se distingue de un modo admirable por su aflicción a todo lo que puede hacer un Estado floreciente. Una Constitución admirable pone a todo ciudadano en estado de concurrir a este gran fin y difunde por todas partes ese espíritu de verdadero patriotismo que se ocupa con celo en obsequio del bien público.*

dad de valores quienes establecieron unas normas fundamentales del orden interestatal, sobre la base de un deber de respeto mutuo a las respectivas soberanías territoriales. El principio del deber de respeto mutuo fue admitido en la propia sociedad interestatal, ahora bien, como ésta tenía un carácter básico no integral, no existió un ordenamiento jurídico específico de carácter internacional capaz de organizar de modo autónomo las funciones generales de gobierno propias de todo orden jurídico, es decir, la creación de normas, aplicación judicial y capacidad coercitiva. Por el contrario, la creación, modificación y derogación de las normas eran, en la mayor parte de los casos, actividades realizadas directamente por los propios destinatarios de aquéllas, es decir, por los Estados soberanos mismos, sujetos originarios del ordenamiento internacional.

En cualquier caso, las normas reguladoras de la función diplomática y de los privilegios y garantías de los miembros adscritos al servicio diplomático, o que ejercían funciones de este carácter, fueron en su mayor parte de origen consuetudinario. No obstante, la creación de dichas normas no estuvo atribuida a ninguna autoridad o institución competente. De manera que para conocerlas debemos analizar la conducta de los Estados soberanos y observar en qué circunstancias se obligaban para poder referirnos al fundamento de la obligatoriedad de la normativa de Derecho Internacional Público. Cualquiera que sea el modo de producción de la norma jurídica, el fundamento de la obligatoriedad se encuentra en la convicción del Estado a que dicha norma se cumpla y consecuentemente, que reconozca y acepte que tiene que regularse por un ordenamiento jurídico. Lo que nos conduce a admitir, que en el sistema europeo de Estados había un elemento cuya presencia era decisiva para identificar una regla jurídica interestatal como tal, admitida como obligatoria por los Estados sobre la base de su consentimiento, puesto que ellos son sus principales destinatarios.

En este conjunto de reglas, ninguna de ellas se manifiesta con mayor rango normativo para cumplir explícitamente con la función de dar validez jurídica a las demás. Estas normas valen como tales cuando adquieren forma dentro del *proceso consuetudinario* por la vía de la cooperación institucional. Y ello es así porque los propios Estados aceptan este proceso, no formalizado, como principio rector de eficacia. Eran los usuarios quienes adecuaban recíprocamente sus intereses en un orden internacional de estructura predominantemente interestatal. Este proceso se advierte en la importancia y aceptación de la costumbre como fuente del derecho internacional, ya que todo el derecho que se aplicó durante el sistema europeo de Estados esta-

ba formado por normas consuetudinarias y principios generales del Derecho.

De lo anterior se deduce que la costumbre está formada por dos elementos: uno material, de repetición de actos o práctica uniforme entre los Estados; el otro es el llamado elemento espiritual u *opinio iuris*, es decir, la convicción por parte de los sujetos que la practican de que dicha conducta les obliga jurídicamente. Este elemento espiritual es el que le da rango de validez y permite distinguir entre los simples usos internacionales, realizados por cortesía o *comitas gentium*, y las normas jurídicas. Sólo estas últimas pueden constituir hechos ilícitos con posibilidad de exigir responsabilidad al Estado infractor.

El procedimiento de validez de una costumbre suele desarrollarse, por lo general, de la siguiente manera: algunos Estados comienzan a comportarse de cierto modo en determinada materia de relevancia internacional. Luego, tal conducta se generaliza en el círculo de Estados próximos que la adoptan regularmente en sus relaciones, definida la conducta toma forma la *opinio*. Pero hasta que la *opinio* no se consolide, no hay norma jurídica positiva, sino *lege ferenda*. La forma de manifestarse la *opinio iuris* puede ser muy diversa, pero siempre lo hará a través de la práctica de los Estados y otros sujetos, en las notas diplomáticas, en las Conferencias diplomáticas por medio de sus delegados, al adoptar una resolución o bien al formalizar un Tratado.

VIII. CELEBRACIÓN Y ENTRADA EN VIGOR DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Hay que partir de la base de que una condición subjetiva para que los tratados internacionales sean válidamente celebrados y creen derechos con sus obligaciones, consiste en que las personas designadas para representar al Estado hayan sido previamente designadas mediante un documento formal. La ejecución de cualquier acto con relación a un tratado y muy especialmente los realizados durante el proceso de su celebración, incluida la negociación y la expresión del consentimiento para obligarse exigen atenderse al contenido de los plenos poderes que facultan a los representantes, en ellos se determina hasta donde alcanza la facultad de los mismos.

El rasgo característico en todo proceso de celebración de un tratado cualquiera es que se distinguen dos fases, una inicial de negociación, adopción y autenticación del texto del tratado y la fase final

de manifestación del consentimiento en obligarse por medio del tratado. En general, el texto de un tratado internacional suele ser elaborado y adoptado en el seno de una negociación en la que participan los Estados interesados. Así ocurrió en el Congreso en Soissons, donde se aprovechó la vía diplomática para tratar un acuerdo entre todas las potencias europeas contando con la representación francesa integrada por: el cardenal Fleury, el conde de Brancas-Céreste, embajador en Suecia, y el marqués de Fenelón, embajador en Holanda. La española formada por el duque de Bournonville, embajador de Viena, el marqués de Santa Cruz de Marcenado, don Joaquín Barrenechea y don Melchor de Macanaz. Los imperiales fueron el canciller Sizen-dorff, Pendtenriedter (a su muerte le sustituyó Fonseca) y Windisch-graetz. El coronel Stanhope, ex embajador en Madrid, Horacio Walpole, en París y Étienne Pont, en Suecia, los de Jorge II y los holandeses Hop, Goslinga y Hurgronje³³. Sin embargo, al exponer las distintas potencias sus pretensiones y reclamaciones, la negociación se vio condenada a un estrepitoso fracaso y nada de lo tratado tuvo valor jurídico alguno, ya que no se alcanzó un acuerdo final. Las peticiones españolas fueron tratadas en una reunión posterior y precipitaron en pocos meses un proyecto de tratado en el Puerto de Santa María en el que se fijaban las líneas de una liga ofensiva y defensiva para alejar el peligro de una guerra europea³⁴. Los plenipotenciarios se concedían un plazo de dos años y medio para que los comisarios nombrados fijaran un nuevo y definitivo texto que integrase los acuerdos.

La instauración de un tratado exige la autenticación del texto definitivo que, por lo general consiste, en que los representantes de los Estados coloquen su firma o rúbrica en el documento del tratado, siendo la fecha y lugar de autenticación los datos que se emplean para denominarlo. Concluido el tratado no existe una norma para determinar en que forma deben manifestar los signatarios su consentimiento. Históricamente, la ratificación ha sido utilizada como regla general por los Estados, a pesar de que dicha ratificación adquiere un carácter no necesario, en cuanto que los plenos poderes otorgados por el monarca a su representante, comportan una manifestación expresa del compromiso de ratificar lo aprobado por su representante, siempre que este actúe dentro de los límites de la autorización. De hecho, si el monarca quería reservarse la facultad de ratificar, se

³³ ALTOLAGUIRRE y DURALE, A.: *Biografía del Marqués de Santa Cruz de Marcenado*, Madrid, 1885, págs. 115-123.

³⁴ Memoria de los plenipotenciarios de 14 de Junio. A.G.S., Estado, leg, f. 7548.

debía expresar en el texto del tratado, consistiendo la ratificación en un acto formal que realiza por escrito el más alto órgano del Estado, dirigido a las otras partes del acuerdo con el procedimiento que el propio tratado fije, sin adquirir el carácter de obligatorio.

Por lo que respecta a la adhesión, denominada también accesión, es una forma de manifestar la voluntad de un Estado en obligarse por un tratado en el que no ha participado en la negociación del mismo y, por lo tanto, no lo ha firmado previamente. En última instancia, la dirección de las relaciones interestatales quedaba reservada a los príncipes y a sus ministros. Ahora bien, dado que la estructura de esta organización era preponderantemente monárquica, se acentuó la preocupación de unos y de otros en la *política de gabinete* y la *diplomacia clásica*, presentando ésta una evidente influencia en el proceso de positivación del conjunto de reglas establecidas por dicho cauce.

IX. CONCLUSIONES

Se ha demostrado a lo largo del trabajo que uno de los rasgos del Derecho Internacional clásico fue precisamente la preponderancia de los Estados más fuertes sobre los más débiles a la hora de resolver los intereses contrapuestos. Lógicamente, tal y como se configuró la sociedad internacional moderna a finales del siglo XV, condujo al reconocimiento de intereses comunes entre los Estados. El carácter predominante de esta sociedad de Estados yuxtapuestos debía ejercer su influencia en el ordenamiento jurídico de aquélla, dando lugar al nacimiento de unas normas descentralizadas y no institucionalizadas, expresión de una política de fuerza, o cortesía internacional que dieron paso a un derecho imperfecto³⁵.

Igualmente hemos comprobado el emplazamiento adecuado de la práctica de los Estados, en el siglo XVIII, las tesis iusnaturalistas fundamentaron las relaciones interestatales en el Derecho Natural para conducir la organización del Estado. La doctrina jurídica se centró en la impugnación, defensa y fundamentación del Derecho de Gentes que enlazó con la paz en la sociedad mundial, ya que ésta se veía condicionada en último extremo por el respeto a los derechos y libertades fundamentales del hombre.

Se comenzaba a apadrinar una nueva estrategia, una nueva téc-

³⁵ Véase DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, t. I, Madrid, 1978, pág. 60 y ss.

nica del pensar jurídico, que llevó a la doctrina, e incluso a los Estados a tomar plena conciencia de la incertidumbre que producía la ausencia de un proceso jurisdiccional obligatorio para la solución de conflictos internacionales. Este cambio de estrategia se correspondía con nuevos argumentos, que hicieron derivar la validez de las normas de derecho internacional de otras normas que jerárquicamente fueran superiores y que se remontaban a su vez a la norma fundamental. Se trataba del impacto de la revolución francesa en el orden internacional y con ella, del reconocimiento de los derechos fundamentales del ser humano y de los pueblos³⁶. La imposición de un nuevo orden constitucional, acarreó cambios políticos y jurídicos que, con el tiempo, influyeron también en el orden internacional.

X. BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- BÉLY, L.: *Les relations internationales en Europe (XVIIe-XVIIIe siècles)*. París, 1992.
- BLACK, J.: *La guerra. Del Renacimiento a la Revolución, 1492-1792*. Madrid, 2003.
- BOWEN, H.V. y GONZÁLEZ ENCISO, A. (eds.), *Mobilising Resources for War: Britain and Spain at Work the Early Modern Period*. Pamplona, 2006.
- CORVISIER, A.: *Armées et sociétés en Europe de 1494 à 1789*. Vandome, 1976.
- DÍEZ DEL CORRAL, L.: *La Monarquía Hispánica en el pensamiento político europeo. De Maquiavelo a Humboldt*. Madrid, 1976.
- DROZ, J.: *Histoire diplomatique de 1648 à 1919*. París, 1952.
- ECHEVARRÍA BACIGALUPE, M. A.: *La diplomacia secreta de Flandes (1598-1643)*. Vitoria, 1984.
- ELLIOT, y otros: *Revoluciones y rebeliones en la Edad Moderna*. Madrid, 1972.
- ESPINO LÓPEZ, A.: *Guerra y cultura en la época moderna. La estadística militar hispánica de los siglos XVI y XVII, libros, autores y lectores*. Madrid, 2001.

³⁶ HAZARD, P.: *La crisis de la conciencia europea (1680-1715)*. Traducción de Julián Marías, 2ª ed., Madrid, 1952, VIII. Véase también, DÍAZ, F.: *Europa: De la Ilustración a la Revolución*, Madrid, 1994.

- FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, J. A.: El Estado, la guerra y la paz. El pensamiento político español en el Renacimiento, 1516-1559. Madrid, 1988.
- GARCÍA HERNÁN, E. y MAFFI, D. (eds.), Guerra y sociedad en la Monarquía hispánica. 2 vols. Madrid, 2007.
- HALE, J. R.: Guerra y sociedad en la Europa del Renacimiento. 1450-1620. Madrid, 1990.
- KAMEN, H.: 1984: Una sociedad conflictiva. España, 1469-1714. Madrid.
- LÓPEZ OLIVÁN, J.: Repertorio diplomático español. Índice de los tratados ajustados por España (1125-1925) y de otros documentos internacionales. Madrid, 1944.
- MATTINGLY, G.: La diplomacia. Madrid, 1978.
- MENÉNDEZ VIVES, C. y TORROJA MENÉNDEZ, C.: Tratados internacionales suscritos por España y convenios entre los Reinos peninsulares (siglos XII al XVII). Madrid, Dirección de Archivos Estatales, 1991.
- NOUZILLE, J.: Histoire des frontières: l'Autriche e l'Empire Ottoman. París, 1991.
- OCHOA BRUN, M.A.: Embajadas y embajadores en la historia de España. Madrid, 2002.
- Historia de la diplomacia española. Repertorio diplomático. Listas cronológicas de representantes, desde la Alta Edad Media hasta el año 2000. Madrid, 2003.
- PARKER, G.: La revolución militar. Las innovaciones militares y el apogeo de Occidente, 1500-1800. Barcelona, 1990.
- El éxito nunca es definitivo: Imperialismo, guerra y fe en la Europa moderna. Madrid, 2001.
- RENOUVIN, P.: Historia de las Relaciones Internacionales. Madrid. 1967.
- RIVERO RODRÍGUEZ, M.: Diplomacia y relaciones exteriores en la Edad Moderna, 1453-1794. Madrid, 2000.
- TRIGO CHACÓN, M.: Manual de Historia de las Relaciones Internacionales. Madrid, UNED, 1994.
- USUNÁRIZ, J.M.: España y sus tratados internacionales: 1516-1700. Pamplona, 2006.

