

## CAPÍTULO V

### Si debe ó no ser declarada la guerra.

**1.395.** Si es necesaria la declaración de guerra.—**1.396.** Bynkershoek, Ferreira y Klüber lo niegan.—**1.397.** Lo afirman Grocio, Keffler, Bluntschli, Calvo, Twis y otros.—**1.398.** Nuestra opinión.—**1.399.** Del «ultimatum».—**1.400.** Resumen de los principios.

**1.395.** Lo único que puede ser objeto de discusiones, es si el comienzo de la guerra debe establecerse mediante la formal y solemne declaración de la misma, ó mediante la publicación de un manifiesto ó en otra forma cualquiera.

En otro tiempo se consideró necesaria la formal y solemne declaración hecha al enemigo para legitimar los actos de hostilidad contra el mismo (1). Esta costumbre estuvo en vigor, aun entre

(1) La solemne declaración de guerra fué considerada como necesaria entre los romanos para poder calificar de guerra pública la lucha á mano armada y atribuir á la parte contraria el calificativo de enemigo. *Hostes sunt*—dice ULPIANO—*quibus bellum publice populus romanus decrevit, vel ipsi populo romano caeteri latrunculi, vel praedones appellantur.* (L. 24, Dig. 49, 15), y POMONIO: *Hostes hi sunt qui nobis, aut quibus nos publice bellum decrevimus: caeteri latrones aut praedones sunt.* (L. 118, Dig. 50, 16). Por esto declaraban los romanos la guerra con toda solemnidad, enviando el *Pater patratus*, jefe de los feciales, y comenzando las hostilidades después de haber enviado los heraldos que pronunciaban las fórmulas sacramentales establecidas por el derecho fecial, cuyas formalidades se consideraban necesarias para hacer justa la guerra. *Nullum bellum esse justum*—dice CICERÓN—*nisi quod aut rebus repetitis aut denuntiatum sit et indictum.*

En la Edad Media prevaleció la costumbre de declarar la guerra mediante un *cartel de desafío*, enviado por el Soberano á su adversario por medio de un mensajero especial. El espíritu caballeresco imponía la estricta observancia de esta formalidad, que se respetó hasta el siglo xvi.

Abandonóse después la costumbre de esta formal declaración; pero de los siglos xv al xvii se introdujo de nuevo la costumbre de enviar heraldos para declarar la guerra, como hizo Eduardo IV de Inglaterra al declararla á Luis XI, y la reina María de Inglaterra al declararla á Enrique II de Francia.

Dice Twis que en el archivo de los heraldos, de Londres, se encuentran

nosotros, hasta la Edad Media, y Francia declaró la guerra á España en Bruselas en 1635, mediante heraldos y con las formalidades entonces en uso.

En tiempos más recientes ha caído en desuso tal costumbre, mas no la de publicar en el territorio del Estado que quiere emprenderla un manifiesto, en el que se anuncie solemnemente el rompimiento de las hostilidades, expresando los motivos que hay para ello; pero no están de acuerdo los publicistas en convertir semejante uso ú otro análogo en una verdadera obligación jurídica.

**1.396.** Bynkershoek se expresa en estos términos: «Los escritores de Derecho público exigen diversas condiciones para que la guerra sea legítima, entre las cuales se halla la de que se anuncie públicamente por medio de la promulgación de un edicto especial. Es indudable que, antes de venir á las manos, debe pedirse la reparación debida ó que se pretende que lo es. Pero hecha una vez esta demanda y negada por la otra parte, ¿está permitido apelar á la fuerza sin una declaración previa? Esta es la cuestión... yo entiendo que no hay razón para exigir la declaración de guerra, siendo esta una de las cosas que regularmente se acuerda, pero que no puede reclamarse como un derecho. La guerra puede comenzar con

muchas memorias de misiones semejantes. (*The law of nations*, tomo II, página 60).

En el siglo xviii se omitió toda declaración solemne, comenzando las hostilidades sin ningún género de preámbulos. La guerra entre España é Inglaterra no fué declarada, sino que se rompieron las hostilidades aun hallándose los embajadores cerca de los Soberanos de ambos países. La guerra entre Francia é Inglaterra, por las posesiones del Canadá, fué declarada cuando el rey la anunció al Parlamento, 15 de Marzo de 1755, mientras que las hostilidades se habían roto en 1754, hallándose todavía los embajadores cerca de las Cortes de los respectivos países.

En los tiempos modernos no puede decirse que prevalezca una práctica determinada. Ciertos Gobiernos han seguido la laudable tradición de proclamar solemnemente su intención de comenzar la guerra.—Uno de los ejemplos más recientes es el de la guerra entre Francia y Prusia, la cual fué declarada mediante una nota presentada por M. Lourd, encargado de Negocios de Francia, en 19 de Julio de 1870, á Mr. de Bismarck, ministro de Estado del rey de Prusia; y la guerra turco rusa fué también declarada mediante un despacho formal entregado á los encargados de negocios turcos en San Petersburgo. Confróntese: PHILLIMORE, *Int. Law*, vol. III, cap. V, § 51.—TRAVERS TWIS, *Rights and duties in time of war*.—MANNING, *Law of nations*, pág. 261.—CALVO, *Der. int.*, § 1.649.—PRADIER FODERÉ, VATTEL, tomo II, nota al § 52.—PRADIER FODERÉ, GROTIUS, tomo III, pág. 74.—BLUNTSCHLI, § 522.—FIELD, § 709.—SANDONA, parte 2.<sup>a</sup>, sección segunda, artículo 8.<sup>o</sup>

una declaración, pero se puede también dar principio á ella por medio de recíprocas violencias» (1).

Pinheiro Ferreira, refutando á Vattel, que opina que es siempre necesaria la declaración de guerra, dice que sería extralimitar la benevolencia el pretender que se advierta al enemigo y se le dé tiempo para que se prepare mejor á sostener la injusticia, cuando ésta nos obliga á pedir una satisfacción por medio de las armas. Más bien que un deber, la declaración de guerra sería una imprudencia por nuestra parte.

En efecto, suponiendo, como supone Vattel, que antes de recurrir á las armas se han agotado todos los recursos para una negociación amistosa, y si la parte contraria se ha negado á ello, ¿cómo suponer que tenga derecho á que se le comunique la declaración de guerra ó á acusar de deslealtad al enemigo que no la hiciese? (2).

También Klüber sostiene que la declaración de guerra sólo por excepción puede exigirse cuando se ha estipulado en un tratado ó cuando haya alguna esperanza de arreglo (3).

**1.397.** De más peso seguramente es la autoridad de los escritores que consideran necesaria la declaración de guerra para legalizar los actos que hace lícitos este excepcional estado.

Discurriendo Grocio acerca de los requisitos de la guerra justa, según el derecho de gentes, dice: *non sufficit inter summas utrimque potestatis geri, sed oportet, ut et publice decretum sit, et quidem ita decretum, ut ejus rei significatio ab altera partium altera facta sit* (4).

Puede sostenerse que esta es hoy la opinión de la mayoría de los publicistas, casi todos los cuales están acordes en reconocer que antes de comenzar las hostilidades es necesario anunciar de una manera solemne la intención de hacer la guerra. Así piensan Heffter, Blunschli, Field, Calvo, Phillimore y otros muchos (5), los cuales admiten, sin embargo, que no es necesaria la declara-

(1) *Quaest. jur. publ.*, libro I, cap. II: *ut bellum sit legitimum, indictio-nem belli non videtur necessariam.*

(2) Nota á Vattel, § 52.

(3) *Derecho de gentes*, § 238.

(4) *De bello justo sive solemnii jure gentium ubi de indictione*, lib. III, capítulo III.

(5) Véanse los autores antes citados y HEFFTER, § 120. WHEATON considera necesaria la publicación de un manifiesto, § 8. RAYNEVAL insiste en la necesidad de la declaración, pero considera indiferente la forma. «En cuanto á la forma de las declaraciones de guerra, dice, es muy varia; lo esencial es que sea conocida ó que pueda considerarse tal para el enemigo antes que se rompan las hostilidades». *Instit. del Der. natural y de gentes*, tomo II, lib. III, cap. II, § II.

ción solemne, y que basta que se notifique de un modo formal al enemigo y á las Potencias neutrales el comienzo de las hostilidades. Sólo Hautefeuille excluye toda otra manera, y sostiene como indispensable la formal declaración de guerra. «Páreceme incuestionable que la guerra no puede considerarse como regular sino cuando ha sido formalmente declarada al enemigo y anunciada su declaración á las naciones extranjeras». Censura á los publicistas que han sostenido no ser necesaria la declaración de guerra al pueblo interesado, y sin indicar los motivos de esta reforma y reforzando su opinión concluye: «No admitiré nunca que pueda una nación comenzar las hostilidades y atacar á su adversario de improviso y sin prevenirle oficialmente que en adelante será tratado como enemigo» (1).

**1.398.** A juicio nuestro, debe considerarse como un verdadero precepto imperativo para los beligerantes el de determinar exactamente cuándo comienza el estado de guerra y cesa el de paz, y que es necesario para esto un acto solemne. La forma de este acto podrá ser indiferente, pero será reconocida por el derecho de gentes como eficaz por sí misma para la *denuntiatio* ó la *indictio belli*, y esencial para legitimar los actos de hostilidad que son lícitos sólo en el estado de guerra (2).

Según diremos más adelante, impone ésta ciertos deberes á los Estados que no toman parte en la lucha, y estos deberes no pueden existir sino desde el momento en que comienza legalmente el estado de guerra. Esta produce, además, ciertas consecuencias jurídicas respecto de los particulares de una y otra parte, y los ciudadanos no pueden conocer con exactitud cuáles son las relaciones entre los Gobiernos de los respectivos países, é ignoran hasta el último momento si podrá ó no la acción de la diplomacia evitar la guerra. Tienen, pues, aquéllos derecho á conocer si la discusión diplomática, que no interrumpe las relaciones pacíficas, y que podría prolongarse por más ó menos tiempo, debe considerarse terminada. ¿Cómo admitir que puedan los neutrales estar obligados á cumplir los deberes que la guerra impone, si en realidad la guerra no existe? Los extranjeros que tuviesen establecimientos comerciales en ambos países, y que continuasen ejer-

(1) *Derechos de las naciones neutrales*, tomo I, pág. 137 (edición de 1858.)

(2) Casi todos los tratados concluidos de un siglo á esta parte, conceden un plazo á los ciudadanos de las dos partes para poner á salvo sus bienes en el caso de que se declare una guerra entre sus países respectivos.

ciendo el comercio mientras durasen las negociaciones diplomáticas, tienen derecho á conocer el momento en que cesan de estar en vigor el tratado de comercio y las convenciones que regulan las relaciones pacíficas entre ambos países (1).

Además de esto, sólo pueden los mismos beligerantes legitimar ciertos actos cuando se hayan efectuado después de existir realmente el estado de guerra. Tal sucede con el secuestro de la propiedad privada del enemigo, que puede llevarse á cabo con arreglo al derecho hoy vigente; pero que no se hará válidamente sino cuando se verifique después de haber declarado solemnemente la guerra (2).

La opinión de Ferreira sería sostenible si la proclamación de la guerra tuviese por objeto único prevenir al Gobierno enemigo, que por considerarse vanas las tentativas, da principio á las hostilidades; pero no puede admitirse que haya una verdadera obligación de advertir á dicho Gobierno que comenzará el ataque en un momento dado. No podrá aquél ignorarlo en modo alguno, ni podrá quejarse de haber sido deslealmente sorprendido, puesto que las comunicaciones entre los Gobiernos están hoy tan bien organizadas, que no es posible que uno pueda ignorar las intenciones hostiles del otro. Esto, además de que las guerras no pueden emprenderse sin largos preparativos, y ¡ay del Gobierno que se empeñase en una grave cuestión y esperase para prepararse la solemne declaración de que estaban rotas las hostilidades! Es, pues, evidente que, por lo que hace á los Gobiernos, debería considerarse como completamente inútil la declaración de guerra.

Repetimos, por tanto, que no es en interés de los Gobiernos, sino en el de los particulares por lo que es necesario establecer sin equívocos el rompimiento de las hostilidades; y, en nuestro sentir,

(1) Véase la nota primera puesta al núm. 1.394.

(2) En la guerra entre Francia é Inglaterra, iniciada en 1754, y que fué después solemnemente declarada ante el Parlamento en Marzo del año siguiente, y comunicada á Francia en Mayo de 1756, á propósito de los límites de las respectivas posesiones en el Canadá, cuando se negoció la paz en 1761, se pedía en el *memorandum* presentado por el Gobierno francés la restitución de todas las presas hechas antes de la declaración de guerra, ó la indemnización por las mismas, porque debían considerarse hechas contra las reglas del derecho internacional. (*Ann. reg.*, 1761, pág. 260, citado por PHILLIMORE). Véase la misma cuestión planteada á consecuencia de la guerra de 1778 entre esos mismos países, á consecuencia de la emancipación de las colonias angloamericanas y el tratado de amistad y de comercio con las colonias emancipadas.

la mejor manera de hacerlo sería la publicación del *ultimatum*, comunicándolo oficialmente y por la vía diplomática.

**1.399.** El *ultimatum* deberá contener un resumen de las razones por qué el Estado emprende la guerra (1) y la intimación definitiva para reconocer el derecho controvertido dentro de un término perentorio, transcurrido el cual, comenzarán las hostilidades.

Consideramos indispensable, y equivaldría á la declaración de guerra la comunicación diplomática del *ultimatum* á todos los Estados, incluso al enemigo, y no debemos admitir que pueda omitirse ni suplirse por otros actos equivalentes, antes bien, conveniría establecer, como regla, que cualquier acto llevado á cabo por un beligerante antes de haber transcurrido el término perentorio establecido en el *ultimatum*, debería considerarse como un acto arbitrario y como una violación del Derecho internacional en tiempo de paz. De aquí que no podamos admitir que sea potestativo en el Estado el denunciar de un modo vago su intención de hacer la guerra, y que pudiera, por ejemplo, considerarse como equivalente á la declaración de guerra, la hecha por un Estado en una nota diplomática, en que se manifestase que éste consideraba como *casus belli* ciertos actos llevados á cabo por el otro Estado, ó el llamamiento de sus agentes diplomáticos, por más que si dicho acto pu-

(1) *Interpellatio requiritur*, dice GROCIUS, obra citada, *qua constet alio modo fieri nequire ut nostrum, aut nobis debitum consequamur*.

Tenemos un documento que por su forma responde á nuestro concepto: tal es el *ultimatum* presentado á Prusia en nombre de Francia el 19 de Julio de 1870, cuando se declaró la guerra, el cual contiene los verdaderos motivos de la litis entre los dos Gobiernos.

«El Gobierno de S. M. el Emperador de los Franceses, considerando el plan de elevar al trono de España un príncipe prusiano como una empresa dirigida contra la seguridad territorial de Francia, se ha visto colocado en la necesidad de pedir á S. M. el Rey de Prusia la seguridad de que semejante combinación no podía llevarse á cabo con su consentimiento.

Como S. M. el rey de Prusia se ha negado á dar esta seguridad y ha declarado, por el contrario, al embajador de S. M. el Emperador de los Franceses que, para esta eventualidad, como para cualquier otra, se reservaba la libertad de consultar las circunstancias, el Gobierno imperial ha debido ver, en esta declaración del Rey, un pensamiento oculto que amenaza á Francia y al equilibrio europeo. Háse agravado esta declaración por la notificación hecha á los Gabinetes de negarse á recibir al embajador de Francia y á entrar con él en nuevas explicaciones. En su consecuencia, el Gobierno francés ha creído que tenía el deber de proveer sin demora á la defensa de su dignidad y de los intereses lesionados, decidido á tomar con este fin todas las medidas exigidas por la situación, y se considera desde este momento en estado de guerra con Prusia.»

diera haber sido motivado por disensiones ocurridas, podría ser considerado como equivalente á la declaración de guerra (1).

Repetimos, pues, lo dicho, esto es, que para legalizar los actos de violencia es siempre necesaria la intimación de la guerra, mediante un acto solemne y en una forma determinada reconocida como obligatoria por el derecho de gentes para la *indictio* ó la *denuntiatio belli*.

Este solo acto constituirá la prueba cierta para legalizar el rompimiento de las hostilidades (2).

Siendo las leyes del estado de guerra distintas de las del estado de paz, es indispensable precisar cuándo cesa uno y comienza el otro, á fin de decidir cuáles son las reglas de derecho que deben regir las relaciones entre dos Estados, y las de éstos con terceros Estados, así como los derechos de los particulares. Repetimos que esto debe establecerse sin equívocos, no sólo para decidir acerca de

(1) Parece necesario un término perentorio racional, y, á nuestro modo de ver, debería ser también esto un precepto imperativo. No estamos, pues, de acuerdo con Vattel, que, reconociendo á su vez como necesaria la declaración de guerra, decía: «Está, pues, permitido hacer la declaración cuando ya se ha llegado á la frontera con un ejército, y aun después de haber entrado en el territorio enemigo y haber ocupado ventajosas posiciones, aunque antes de romper de hecho las hostilidades; porque de este modo se provee á la propia seguridad y se cumple con el fin de la declaración de guerra; que es el de dar á un injusto adversario el medio de reflexionar y evitar, haciendo justicia, los horrores de la guerra.» Tomo I, libro III, cap. IV, § 60, pág. 407 de la edición de Pradier-Fodéré.

También Bluntschli sostiene que no es necesario dejar un período de tiempo entre el *ultimatum* y el comienzo de las hostilidades; pero dice que la buena fe y el principio de que la paz debería prevalecer siempre en las relaciones internacionales, exigen que se dé al enemigo un tiempo suficiente para evitar la guerra, cediendo sin tardanza. § 525.

Hemos sostenido el *ultimatum* como un precepto imperativo, además de otras consideraciones, por la misma razón que parece indispensable que medie un breve intervalo entre el *ultimatum* y el rompimiento de las hostilidades, á fin de que pueda ser conocido, ó presumirse que lo es, el estado de guerra.

(2) En los tratados entre la Gran Bretaña y Portugal estipulados en 19 de Febrero de 1816, art. 31, con el Brasil en 17 de Agosto de 1827, y entre Francia y el Brasil en 1826, entre el Brasil y Prusia en 1827 y con Dinamarca en 1828, se encuentra una cláusula en que se establece que, en caso de ruptura de las relaciones pacíficas entre los dos Estados, se entenderá declarada la guerra con la retirada de los respectivos agentes diplomáticos: «Esto no podrá equivaler al acto solemne de establecer el estado de guerra, según el Derecho internacional, porque, de hecho, el llamamiento de los agentes diplomáticos, no siempre rompe las relaciones pacíficas entre los Estados.»

En el proyecto de las leyes de la guerra presentado por el Gobierno ruso y en el votado por el Instituto de Derecho internacional, no existe ninguna disposición que haga obligatoria la declaración de guerra.

la legalidad ó ilegalidad de ciertos actos por parte de los beligerantes, y evitar toda duda respecto de este punto, sino también para reconocer si los derechos de los particulares están protegidos por el derecho de la paz ó modificados á consecuencia del estado de guerra.

Entiéndase bien que este acto no debe exigirse á las dos partes, puesto que es regla general, que el Estado agredido tiene siempre derecho á defenderse, sin que para ello tenga necesidad de anunciar públicamente que hace la guerra para rechazar la fuerza con la fuerza.

Por esta misma razón no puede considerarse necesaria la previa declaración en el caso de una guerra civil. Esta no siempre afecta el carácter de una guerra, y cuando lo asume, es un estado de hecho del que se derivan las mismas consecuencias jurídicas que de la guerra entre dos Estados. Cuando concurren las condiciones antes enumeradas para reconocer que el partido que lucha con las armas en la mano está en posesión de los derechos de soberanía, la guerra existe, como estado de hecho, sin que se exija la previa declaración solemne, sino que sea reconocida como tal.

**1.400.** Resumimos la teoría proponiendo las siguientes reglas:

a) Ningún Estado ni pueblo podrá emprender regularmente la guerra contra otro Estado ú otro pueblo sin haberla notificado públicamente. Podrá, sin embargo, equivaler á dicha notificación la publicación de un *ultimatum*, en el que se haya fijado previamente el término perentorio, transcurrido el cual comenzarán las hostilidades;

b) No se reputará necesaria la formal declaración de guerra en el caso de que sea emprendida por un partido que se halle en condiciones de ser declarado beligerante, y por consiguiente en todo caso de guerra civil, sino que será suficiente en tales circunstancias que subsistan las de poder considerar como existente la guerra de hecho;

c) Se considerará desleal y contrario al derecho moderno el procedimiento de un Estado que haya roto las hostilidades sin la previa declaración de guerra;

d) Deberá considerarse jurídicamente existente la guerra aun cuando no haya sido solemnemente declarada ni notificado el *ultimatum*, cuando de hecho exista la lucha sostenida con ejércitos organizados, para resolver una cuestión de derecho público.