

## CAPÍTULO IX

### De los derechos del beligerante sobre las personas de la parte enemiga.

**1.458.** Argumento del presente capítulo.—**1.459.** Contra qué personas puede aplicarse la pena de muerte.—**1.460.** El beligerante no debe ser cruel.—**1.461.** Personas agregadas al servicio del ejército.—**1.462.** De la negativa de cuartel.—**1.463.** Nuestra opinión.—**1.464.** Reglas y su aplicación.—**1.465.** Ciudadanos armados para luchar contra las tropas enemigas.—**1.466.** Derechos de los beligerantes sobre los mismos.—**1.467.** Nuestra opinión.—**1.468.** Correos y mensajeros.—**1.469.** Aeronautas.—**1.470.** Periodistas y personas que acompañan al ejército.—**1.471.** Tratamiento de los prisioneros de guerra.—**1.472.** Derecho de castigarlos.—**1.473.** Manutención de los mismos.—**1.474.** Obligación al trabajo.—**1.475.** Prisioneros libres bajo su palabra.—**1.476.** Derecho del beligerante sobre los mismos.—**1.477.** Cómo puede darse la palabra.—**1.478.** Prisioneros detenidos: su canje.—**1.479.** Rehenes.—**1.480.** Uso de los rehenes en la guerra franco-prusiana.—**1.481.** Enfermos y heridos.—**1.482.** Convención de Ginebra.—**1.483.** Heridos ya curados.—**1.484.** Reglas y retención de los prisioneros según la Convención de Ginebra.—**1.485.** Observaciones sobre la misma.—**1.486.** Modificaciones propuestas.—**1.487.** Tentativa para extenderla á las guerras marítimas.—**1.488.** —Muertos en batalla.—**1.489.** El derecho de guerra no es aplicable á los ciudadanos pacíficos.—**1.490.** De las personas que mantienen comunicaciones con el enemigo.—**1.491.** Reglas acerca de los espías y castigo de los mismos.—**1.492.** Excitación á la desertión.—**1.493.** Guías.—**1.494.** Parlamentarios.

**1.458.** En este capítulo nos proponemos tratar solamente de los derechos que pueden ejercitar los beligerantes durante la guerra, sobre las personas que toman parte en la misma. En otro capítulo hablaremos de los que pueden ejercer en caso de ocupación militar del territorio enemigo.

**1.459.** El derecho de guerra propiamente dicho, esto es, el de vida y muerte, puede hacerse valer contra todas las personas que tomen parte en la acción militar con las armas en la mano, ó que cometan actos de hostilidad manifiesta. Bajo este aspecto no podemos, en derecho estricto, establecer diferencia alguna entre

las personas por su grado ó por su posición social; deduciéndose de aquí que todo el que tome parte en la guerra con las armas, incluso el jefe del Estado, se expone á todos los peligros y violencias que la guerra trae consigo.

La generosidad puede aconsejar que se perdone la vida á los soberanos; pero esta generosidad debe desaparecer ante la razón suprema de la guerra y ante la necesidad de la misma.

Podemos, pues, establecer como reglas:

a) Los beligerantes pueden considerar el herir y matar á las personas de la parte enemiga como un medio para conseguir el fin de la guerra, no considerando ésta como dirigida á destruir sin objeto alguno á los que luchan para cumplir su deber;

b) El beligerante puede atacar y matar á todos aquellos que tomen parte activa en la guerra, mientras resistan con las armas en la mano ó realicen actos hostiles. Decimos *mientras resistan con las armas en la mano*, porque no puede ser lícito durante la guerra ningún acto de violencia contra las personas cuando no esté justificado por las necesidades mismas de la lucha, y no podrá ser justificable cuando se dirija contra los que no hayan tomado parte en ella ó depongan las armas rindiéndose á discreción.

Siendo la muerte de éstos inútil para los fines de la guerra, sería ilegal y tomaría el carácter de un verdadero crimen, si se ejecutase con deliberado propósito de cometer un acto de crueldad contra el enemigo.

**1.460.** El concepto que debe predominar en la guerra, según el derecho moderno, es el de la generosidad con los vencidos. El beligerante debe luchar valerosa y enérgicamente contra la fuerza armada en conjunto, pero sin ser cruel con las personas cogidas aisladamente, lo cual es propio y característico de la guerra semi-salvaje, y contrario á los sentimientos de humanidad difundidos después del establecimiento del Cristianismo. La guerra, según el concepto antiguo, significaba, como dice Laurent (1), *jay de los vencidos!*; el derecho de guerra, según el concepto moderno, prescribe el respeto al vencido, y proclama que apenas el soldado deja de resistir con las armas en la mano, adquiere todos los derechos de inviolabilidad personal que le corresponden por la ley de la naturaleza.

Estas máximas, respecto de las cuales se hallan de acuerdo todos los publicistas, están hoy sancionadas por los legisladores

(1) LAURENT, *Historia de la humanidad*, passim.

de los Estados civilizados. Vemos, en efecto, que el reglamento americano dispone en su art. 71 que «todo el que hiera intencionalmente al enemigo reducido completamente á la impotencia, lo mate, mande matarlo ó anime á sus soldados para que lo hagan, será condenado á muerte si se prueba su culpabilidad, ora pertenezca al ejército de los Estados Unidos, ora sea un enemigo cogido después de haber cometido el crimen.»

Nuestro Código penal militar dispone en su art. 287: «No existe delito cuando el homicidio, las heridas y contusiones son ordenadas por la ley, por la autoridad legal, ó por la necesidad de la legítima defensa en aquel momento»; y en su art. 254 impone la pena de trabajos forzados perpetuos por el homicidio voluntario cometido en tiempo de guerra; cuya disposición es evidentemente aplicable al que con deliberado propósito mate ó mande matar al enemigo reducido completamente á la impotencia, ó que se rinda á discreción; y es tanto más racional esta interpretación, cuanto que el reglamento para las tropas en campaña establece como máxima á su preámbulo: «La generosidad respecto de los vencidos, y la observancia del derecho de gentes constituyen el complemento de las cualidades morales del ejército de una nación civilizada.» Y entre los actos que declara absolutamente prohibidos en tiempo de guerra, se hallan «la muerte de un enemigo que se rinde á discreción» (1).

De conformidad con estos principios, hacemos votos fervientes porque se eleve á regla del Derecho internacional lo que se establece en el art. 68 de las instrucciones para el ejército de los Estados Unidos de América, y que dice así:

«Las guerras modernas no son guerras de carnicería, ó que tengan por objeto la muerte del enemigo. La destrucción de éste en la guerra moderna, y aun la guerra misma, son medios para obtener lo que el beligerante se propuso y que, en cierto modo, es extraño á la lucha.»

**1.461.** Todos aquellos que acompañan á las tropas sin tomar parte activa en las operaciones, como, por ejemplo, los agregados á la administración y á la intendencia militar, los vivanderos, los médicos, los ministros del culto, etc., están siempre expuestos á las vicisitudes de la lucha, y aun cuando fuesen heridos ó muertos durante ella, no tendría esto nada de ilegal conforme á las le-

(1) Está conforme con la disposición del proyecto de *Declaración de Bruselas*, artículos 12, 13, etc.

yes de la guerra; pero no podrán ser atacados directamente, puesto que se los debe considerar en el ejercicio de sus funciones pacíficas mientras no tomen personalmente parte en ella. Es, sin embargo, muy difícil distinguir en el calor de la pelea, y aun después, á los unos de los otros.

**1.462.** Debe considerarse como absolutamente contrario á las leyes de la guerra el negarse á dar cuartel al enemigo aun cuando se hubiese declarado así previamente. En efecto, la negativa á dar cuartel conduciría á sostener que el beligerante podía matar á los que se rindiesen á discreción.

Este proceder no perdería en ningún caso su verdadero carácter, esto es, el de un asesinato ó el de una matanza inútil de un enemigo desarmado.

Algunos publicistas no han podido romper decididamente con la tradición que autorizaba á los jefes del ejército para declarar previamente que no se había acordado dar cuartel al enemigo.

No faltan todavía algunos que, aun reconociendo que el no dar cuartel es contrario á las leyes de la guerra, han creído, no obstante, que tan inhumano procedimiento puede justificarse alguna vez como una excepción impuesta por la necesidad de las cosas.

Vemos, en efecto, que en las instrucciones americanas compiladas por el eminente publicista Lieber, se dispone lo siguiente: «Es contrario á los usos de la guerra moderna, el disponer, movidos por un sentimiento de odio ó de venganza, que no se dará cuartel al enemigo. Ningún cuerpo de ejército tiene derecho á declarar que no dará ni aceptará cuartel; pero es lícito á un jefe prescribir á sus tropas no darlo en ciertos casos extremos, cuando *su propia salvación le imposibilite para hacerse cargo de los prisioneros*» (1).

Bluntschli, que acepta el principio de que no puede dictarse la orden de no dar cuartel, admite una excepción á esta regla, sosteniendo como lícito dar esta orden á título de represalia y en el caso de necesidad absoluta, cuando sea imposible conducir consigo á los prisioneros sin comprometer la seguridad propia. Es cierto, sin embargo, que tanto en las instrucciones americanas cuanto en las reglas propuestas por Bluntschli, hallamos que, aun en la hipótesis en que por motivos legítimos se niegue el cuartel al ene-

(1) § 60.

migo, no pueden ser ejecutados aquellos que se hallan incapacitados para resistir ó son ya prisioneros de guerra (1).

Aun van más lejos las instrucciones americanas al admitir en principio, que el beligerante puede, á título de represalia, negar cuartel á las tropas enemigas que á su vez lo nieguen á las de los Estados Unidos, añadiendo después: «En el caso de que las tropas americanas hayan dado cuartel á un enemigo por un error respecto de su verdadera condición, esto no obstante, podrá condenarlo á muerte, si en los tres días siguientes al de la batalla se averiguase que pertenecía á un cuerpo que no lo daba á nuestras tropas» (2).

La misma doctrina sigue Hall, y por más que reconozca la excesiva severidad de tal proceder, y note que dicha costumbre no se sigue en las guerras entre los pueblos civilizados, admite, no obstante, como máxima que el beligerante puede hacer uso de este derecho que dicho publicista considera como un ejercicio legal del derecho de guerra (3).

**1.463.** Ya hemos dicho que, á juicio nuestro, no puede justificarse la negativa á dar cuartel á las tropas enemigas que lo pidan, ni aun en los casos especiales indicados por los publicistas. La declaración de no dar cuartel se considera generalmente como una orden de asesinato, y no puede en modo alguno legitimarse á título de represalia. Ya hemos expuesto nuestra opinión respecto de la teoría de aquéllos que, después de haber proclamado las reglas del moderno derecho de guerra, pretenden legalizar, á título de represalia, la violación voluntaria del mismo en la forma que ya hemos indicado. No podemos comprender cómo Bluntschli, que en su nota al art. 580, reconoce que el negar el cuartel «sería un verdadero asesinato», legitima luego este crimen cuando se comete á título de represalia.

La guerra no debe ser legalmente otra cosa que un medio legítimo para hacer respetar el derecho, y no puede en ningún caso legitimar un crimen. Si el enemigo, abusando de la fuerza, lo cometiese, no legitimaría esto los cometidos por nuestra parte.

La matanza de los que se rindan no puede justificarse por la dificultad de su custodia ni por lo gravoso que sería el cuidar de ellos al ser declarados prisioneros de guerra. Si esto pudiese lega-

(1) BLUNTSCHLI, § 580.

(2) *Instr. amer.*, § 66.

(3) HALL, *Int. law*, § 129.

lizar la matanza hecha en los mismos, debería también admitirse que el beligerante puede condenar á muerte á los prisioneros cuando le sea difícil custodiarlos, ó cuando el atender á ellos comprometa su seguridad propia. Nosotros no vemos diferencia alguna esencial entre uno y otro caso. Admitese por todos que no puede ejecutarse á los prisioneros de guerra ni aun en el caso en que fuese imposible custodiarlos y mantenerlos á todos; no hay, pues, razón para legalizar la negativa de cuartel, ó sea la matanza de aquéllos que piden capitulación para entregarse como prisioneros de guerra, cuando no exista otro motivo que el de la dificultad de mantenerlos y custodiarlos como tales prisioneros.

El principio que rige la guerra moderna es el de que el beligerante tiene derecho de vida y muerte contra el enemigo mientras éste resista y luche con las armas en la mano ó comete actos de hostilidad; desde el momento en que cesa de combatir, adquiere su persona todos los derechos de inviolabilidad que la ley natural le concede. Es evidente que el enemigo que pide capitular no es ya el enemigo que resiste: ¿cómo, pues, se pretende que hay derecho á matarlo y legitimar su muerte por la dificultad de encargarse de los prisioneros? Esto es aun menos sostenible después de las declaraciones hechas en la Conferencia de Bruselas, esto es, las de que la guerra moderna debe tender únicamente á paralizar las fuerzas del enemigo.

Hay, sin embargo, algún publicista que cree que el cuartel puede negarse á una guarnición que se hubiese obstinado en una inútil resistencia, tratando de justificar resolución tan bárbara como una medida de alta justicia y á título de pena contra aquéllos que hubieren ocasionado en vano mayor derramamiento de sangre. ¿Podría, empero, justificarse en este caso una resolución tan inhumana? Y, ¿cuál sería aquí el delito punible? ¿Cuáles los extremos? ¿Quién el juez? El defender la patria con las armas en la mano es un deber ineludible de todo buen ciudadano, y aun cuando su esfuerzo fuese inútil, no cabría calificar de obstinada la resistencia que se hiciera para defender cualquier posición confiada siempre al honor del comandante, pues éste se expondría á incurrir en las penas establecidas en la Ordenanza, si no la defendiese á todo trance.

De cualquier modo, no podría el beligerante ser juez en esta causa; y si hubiese verdadero delito por las circunstancias del caso, podría someter al autor de aquél al tribunal militar, pero no en modo alguno autorizar la matanza de la guarnición á título de pena

por la persistencia de su comandante en sostener, aunque inútilmente, la defensa hasta el último extremo.

**1.464.** Establecemos, pues, como reglas:

a) Todos aquéllos que tomen parte activa en la lucha en condiciones para ser considerados como enemigos públicos, y que depongan las armas y pidan cuartel, tendrán derecho á ser declarados prisioneros de guerra;

b) Este derecho corresponderá además á cualquier enemigo público armado ó agregado al ejército enemigo para un servicio activo, y que caiga en manos de su adversario, ya sea peleando, ya herido, ó entregándose en persona á consecuencia de una capitulación colectiva;

c) La declaración hecha por un comandante ó jefe de tropas, de no querer considerar como beligerantes á los que se hallen en condiciones de ser reputados tales, no podrá legalizar su negativa á aplicarles las leyes de la guerra, si cayesen en su poder, ni privarles del derecho que, según dichas leyes, les corresponden, esto es, el de ser incólumes sus personas, y ser declarados prisioneros de guerra.

Para aclarar la aplicación de la segunda regla, recordemos, en primer lugar, lo expuesto anteriormente para determinar quiénes tienen derecho á ser juzgados como enemigos públicos y pertenecientes á la fuerza armada del beligerante. Todos aquéllos que, con arreglo á los principios allí expuestos, puedan ser considerados como soldados, cualquiera que sea el cuerpo de ejército á que pertenezcan, ya militen en activo ó en la reserva, sean franco-tiradores, voluntarios, guardia nacional ó milicias que formen parte de una leva en masa, todos ellos indistintamente, y los demás que se hallen agregados al servicio y cooperen á los fines de la guerra, cualquiera que sea el modo como caigan en poder del enemigo, tendrán derecho á ser declarados prisioneros de guerra y á gozar todos los privilegios anejos á esta cualidad y que después expon-dremos.

Respecto de esto, no puede haber lugar á dudas.

**1.465.** Las dificultades pueden surgir sólo respecto de ciertas personas que toman parte activa en la lucha sin hallarse en las condiciones expuestas para ser calificadas como pertenecientes á la fuerza armada del Estado, y respecto de otras que de diversos modos prestan su concurso á las operaciones de la guerra.

El primer caso ocurrirá siempre que los habitantes de un país no ocupado todavía militarmente por el enemigo, que al acercarse

impide que aquellos que, por no haber sido llamados, no toman parte activa en la guerra, puedan oponerse con la fuerza al enemigo que invade el territorio por ellos habitado. Debe, pues, establecerse que la población que procure rechazar con la fuerza al invasor, y que, sin estar militarmente organizada, combata, como mejor sepa y pueda, al enemigo, á las órdenes y bajo la dirección de un jefe, ejercita legalmente su propio derecho y no puede considerársela por esto fuera de las leyes de la guerra.

**1.466.** De aquí que, si el beligerante quisiera tratar como bandidos ó malhechores á los individuos pertenecientes á esta región que cayesen en su poder é hiciese que los tribunales de guerra los juzgasen como tales, cometería una arbitrariedad y violaría las leyes de la guerra, que imponen el deber de considerar como prisionero al enemigo público que, armado ó herido, caiga en poder de su adversario. No podría hacerlo, ni aun en la hipótesis de que, sin darles tiempo para organizarse militarmente, tomen las armas para rechazarle.

Se ha discutido mucho sobre si este hecho ha de considerarse por sí mismo como un ejercicio legal de los derechos que de la guerra se derivan, y en qué circunstancias debe juzgarse que se hallan los ciudadanos en este caso.

Es cierto que todos los hombres aptos para empuñar las armas tienen el derecho y el deber de defender la patria amenazada por el enemigo, cuando son llamados á ello por el jefe del Estado, á quien corresponde el mando supremo del ejército. Pero si esto no lo hubiese declarado previamente, para intimidar la población é impedir la resistencia, puesto que el beligerante no tiene derecho á variar con sus proclamas la naturaleza de las cosas, ni á calificar de bandido al que la ley autoriza á ser considerado como enemigo público, ni de malhechor al que ejercita el derecho que tiene á defender con las armas su propio país contra cualquier invasor.

Respecto de este punto, puede considerarse ya fijado el principio general. En efecto, no sólo hallamos de acuerdo sobre esto á los publicistas, sino también proclamada la máxima, tanto en las Instrucciones americanas, cuanto en la Conferencia de Bruselas. El art. 10 del proyecto compilado en ésta establece que «la población de un territorio, aun no ocupado, la cual, al aproximarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para oponerse á las tropas invasoras sin haber tenido tiempo de organizarse con arreglo á

lo dispuesto en el art. 9.º, será considerada como beligerante, si respeta las leyes de la guerra.»

No hay duda que con esta disposición puede considerarse fijado ya el principio de que el beligerante no tiene derecho á declarar que tratará como bandidos ó malhechores á aquellos que, sin llevar un signo distintivo para ser reconocidos á cierta distancia como soldados y sin estar militarmente organizados, cayesen en su poder después de haber tomado las armas para rechazar la invasión. No puede decirse, por otra parte, que la regla no dé lugar á dudas sobre las circunstancias en que pueda ó no ser lícito á la población resistir con las armas á los invasores. Todo dependerá de la decisión de si el país enemigo puede ó no considerarse ocupado militarmente por el beligerante. Pero ¿cuándo podrá creerse llegado este caso? ¿Cuándo la resistencia á mano armada será el ejercicio legal del derecho de guerra? ¿Cuándo podrá calificarse esta resistencia de rebelión y ser castigada como un delito?

Examinaremos después las cuestiones que de la ocupación militar se derivan, limitándonos aquí á apreciar sumariamente cuándo puede considerarse dicha ocupación como estado de hecho, con el único objeto de apreciar la naturaleza de la resistencia por parte de la población, porque, en la regla establecida en la Conferencia de Bruselas, no se nota sobre este punto un criterio cierto. «Considerase ocupado un territorio, dice el art. 1.º, cuando se halla de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo.» De donde parece deducirse que queda al arbitrio de una y otra parte el conservar ó no el territorio, puesto ó no bajo la autoridad del ejército enemigo, de donde también se derivaría la incertidumbre acerca del derecho del beligerante á someter á los consejos de guerra á los que se resistiesen, en vez de tratarlos como prisioneros.

En realidad, cuando el beligerante haya conseguido ocupar el territorio de modo que pueda establecer en él la autoridad militar y ejercer de hecho el poder con arreglo á la ley marcial, cualquier tentativa hecha por parte de los ciudadanos, siquiera sea concertada por la población en masa para rechazar al invasor, podrá calificarse de insurrección ó rebelión y quedará sujeta, como tal, á las penas establecidas por la ley marcial.

**1.467.** Según el derecho estricto, debería decirse que el ejercicio legal del derecho de guerra compete á la población en masa mientras dure la lucha; y por esto sólo habrá razón para exigir el tratamiento de prisioneros de guerra, cuando sea numerosa y respetable la parte de los ciudadanos que tome las armas para recha-

zar la invasión, estén bajo la dirección de un jefe, y respeten las leyes de la guerra.

Conviene hacer notar, además, que deben tener muy presente los pueblos civilizados, que no es el inútil exterminio de unos cuantos lo que asegura el éxito de una guerra. El patriotismo no puede excusar el crimen cometido contra un ejército invasor, y los habitantes de un país que para rechazar al enemigo recurran á medios irregulares é ilícitos, no podrán evitar que se les trate como bandidos; pero aquellos que combatan de buena fe y con las armas á la vista, que crean poder recobrar la posición ya ocupada por el enemigo, y se hayan armado con la esperanza de obligarle á retroceder confiando en socorros prometidos para ejecutar su plan, no pueden ser juzgados como responsables de crímenes, ni son justiciables por los tribunales militares como delincuentes.

No puede, en efecto, sostenerse en derecho que cuando una posición haya sido tomada por el enemigo, y éste haya ocupado militarmente el territorio, pueda considerarse al ocupante en el pleno ejercicio de los derechos de soberanía en la porción ocupada; pues no negándose el derecho á ser tratados como enemigos públicos, ni aun á los ciudadanos que se organizan para derribar el poder legítimamente constituido, ¿habría de negarse este derecho á la población del territorio ocupado que se organizase para arrojar al invasor?

A juicio nuestro, es difícil establecer reglas precisas aplicables á todos los casos y en todas las circunstancias, y todo debe depender de las condiciones especiales, de la naturaleza de la tentativa, de los medios empleados para combatir al enemigo, y sobre todo, del hecho de respetar las leyes de la guerra, que, por regla general, dan siempre derecho á ser tratados como enemigos públicos.

La ocupación militar mientras la guerra dura, es siempre un hecho provisional que sólo se considera definitivo después de consignado en el tratado de paz, por lo que entendemos que debería establecerse como regla, que todos los ciudadanos que, en número determinado y bajo la dirección de un jefe, lleven á cabo actos de hostilidad para oponerse al enemigo que trata de invadir su país ó para expulsarlo si ya lo ha ocupado, tienen derecho á ser tratados como enemigos públicos, siempre que en la lucha observen las leyes de la guerra y lleven las armas á la vista (1).

(1) La Declaración de Bruselas contiene la siguiente disposición sobre esta materia: «Art. 10. La población de un territorio no ocupado, la cual,