personas, deben ser tratadas con la misma consideracion que los rehenes. Admitir el *talion*, seria reconocer como principio el absurdo, de que es lícito violar el derecho de gentes natural, solo porque otro lo ha violado.

Las *represalias* han de ser ordenadas por el soberano. Pero si á un súbdito se le ha arrebatado su propiedad por alguno de otra nacion, y esta se niega á hacerle justicia, el ofendido puede recibir de su gobierno autorizacion para tomar por si bienes de ciudadanos de la nacion injusta, que equivalgan á lo que se le quitó. El documento que contiene la autorizacion se llama *letras de represalia*. Favard solo presenta tres casos en que el gobierno frances las haya concedido. « En el actual « estado de la civilizacion europea es de creerse, añade, que « los gobiernos se entenderán entre sí en medio de la paz, y « harán que sus súbditos restituyan lo que pertenezca al es- « tranjero, para no esponer por intereses privados, pueblos « enteros á la terrible calamidad de la guerra. »

El último medio que las naciones tienen de defender sus derechos es esta calamidad, cuyo nombre estremece. « La guerra, « dice despues de recorrer la historia M. Lerminier (*Philoso- « phie du Droit*), es natural y social. Cuando es justamente « agresiva desenvuelve la civilizacion del mundo : este es su « aspecto positivo, indestructible. Su raíz esta en la natura- « leza humana, que como libre tiene el derecho de combatir « para permanecer libre; y como inteligente tiene el derecho « de convertir y conquistar lo que le es inferior : es la per- « suasion armada. » En ninguna parte se podrán apreciar mejor que en América los beneficios de la antigua guerra de civilizacion que hicieron nuestros padres. La conquista de estas regiones trajo á ellas el cristianismo y todas las artes de los pueblos cultos : nos amalgamó con los antiguos moradores y formó la multitud de estados que hoy encierran las esperanzas y el secreto del porvenir del mundo. Con todo, no podemos admitir la guerra como un medio ordinario de desenvolver la civilizacion en los pueblos ya civilizados. Lo que desenvuelve, de cierto, es el egoismo, el instinto de la propia defensa y de la ajena destruccion. Tales sentimientos no elevan á los pueblos en la escala de la civilizacion, aunque triunfen; y si se les vence, conforme al deseo de M. Lerminier, el sopor del vencido no es tampoco ascender, sino descender tristemente.

Si los pueblos cuya inteligencia está mas desenvuelta tienen

el derecho de conquistar á los que le son inferiores; y si la sociedad de las naciones siempre se ha de formar, como la de los individuos, de superiores é inferiores, ¿cuándo habrá paz en el mundo para recoger los frutos de civilizacion que promete M. Lerminier?

Aun respecto de los pueblos salvajes, será hoy muy raro el caso en que sean insuficientes los recursos del comercio y se haga necesario ocurrir á las armas para auxiliar su civilizacion. « En vano M. Lerminier intenta demostrar por la histo- « ria, dice M. Roussel (*Encyclopédie du Droit*) que *la guerra « es el derecho del hombre y de la humanidad :* cuanto nos ro- « dea atestigua que el hombre ha sido hecho para marchar por « camino diverso del de la destruccion. Si la guerra ha podido « servir, segun las miras de la Providencia, á desenvolver « ciertas instituciones ó abrir ciertas comunicaciones útiles, « hoy para alcanzar el mismo fin deben emplearse otros me- « dios. La guerra es la civilizacion salvaje. Conviene que haya « una autoridad moral, en derecho de gentes que preserve al « género humano en adelante de tales infortunios, ó que los « haga raros por lo menos. »

Mientras las naciones llegan á descubrir el modo de establecer esta autoridad, salvadora de su reposo y de su sangre: mientras la sociedad de las naciones llega á organizarse, con las naturales diferencias, como está organizada la sociedad de los individuos, en el supuesto de que esto esté en los planes de la providencia, ya que está en los deseos del corazon y en la perfeccion ideal que la razon busca sin descanso, la guerra es un derecho. Quien no aguarda proteccion de ninguna parte cuando es acometido; y posee fuerza para defenderse, tiene derecho de emplearla para repeler la injuria. *Justum est bellum quibus est necessarium, et pia arma quibus nulla nisi in armis relinquitur spes* (Tit Liv. l. IX, c. x). La guerra viene á ser el derecho que goza un pueblo de usar de la fuerza como el último de los medios con que cuenta para defender sus derechos.

Despues de haber procurado remediar un descuido comun de los tratadistas con esta definicion del *derecho de guerra*, conviene definir el estado en que se colocan los pueblos que lo ponen en ejercicio — *el estado de guerra*. Aunque lo que el señor Pinheiro define aquí no es el *estado* sino el arte de la guerra, bien se advierte que entiende por estado de guerra el empleo de la fuerza para impedir la accion de las fuerzas ene-

migas. Pero hemos visto, poco ha, que el derecho de gentes admite varios modos de emplear la fuerza, con el fin de impedir que se emplee con nosotros injustamente, los cuales no constituyen, sin embargo, el *estado de guerra*.

Por esto, y porque el resultado incierto de la guerra no siempre es el reconocimiento del derecho que se defiende, el señor Bello, despues de decir : « guerra es la vindicacion de « nuestros derechos por la fuerza » creyó necesario añadir : « dos naciones se hallan en estado de guerra, cuando, á con- « secuencia del empleo de la fuerza, se interrumpen sus rela- « ciones de amistad. » Y así evita el que la guerra se confunda con los actos pasajeros que llama de *talion*.

El señor Pinheiro refuta con bastante razon y de un modo triunfante, la definicion comun : « guerra es el empleo de la « fuerza para destruir la del enemigo. » No es menos fundada la refutacion que hace en sus notas á Martens de la que presenta este escritor : « guerra es un estado permanente de vio- « lencias indefinidas. » Es cierto, dice el señor Pinheiro, que mientras dura la guerra se comete entre las naciones una infinidad de violencias ; y es cierto tambien que nadie puede predecir el término de ellas : ¿mas es esto lo que constituye la guerra? ¿Se pueden deducir de tal definicion los derechos y deberes de las naciones en tiempo de guerra?

Muy lejos de lisonjearnos con la idea de presentar una definicion sin defecto, y cediendo á la necesidad de establecer alguna que, exenta de los que descubrimos en las precedentes, reuna los diferentes rayos de luz que hay en ellas dispersos, llamaremos estado de guerra : *el empleo constante de la fuerza ó el ánimo constante, suficientemente manifestado, de emplearla con el fin de vindicar nuestros derechos, conforme á la ley internacional*. Decimos que el estado de guerra 1° consiste no solo en *el* actual *empleo de la fuerza*, sino tambien en *el ánimo de emplearla*, porque, aunque la accion de la fuerza se interrumpa, nadie dirá que la paz se ha restablecido entre los beligerantes, mientras su declarada disposicion á la lucha subsista. 2° que el ánimo de usar de la fuerza ha de ser *constante*, para huir del defecto de las definiciones que confunden el estado de guerra, que es permanente, con cualquier acto pasajero de fuerza : y aquí aprovechamos la idea importante que contiene la definicion de Martens. 3° que el fin es, como dice Vatel, *vindicar nuestros derechos*, porque de otro modo la guerra no seria justa. Por la misma razon añadimos : 4° *conforme á la ley internacional ;* pues por justa que la guerra fuera, atendido su fin, degeneraria en injusticia, si la fuerza se usara de modo que violase los principios de derecho reconocido por las naciones. Este es el pensamiento que ha inspirado su definicion al señor Pinheiro, si bien al esponerlo confunde, segun su costumbre, la justicia con la utilidad.

Como el fin de la guerra es la *vindicacion del derecho*, solo puede justificarla la necesidad de usar de la fuerza para alcanzar reparacion de una injuria recibida, ó para repeler la que se nos trata de inferir. Ha de haber verdadera necesidad de emplear la fuerza, porque siendo sagradas las personas, no es lícito poner en uso este medio, sino cuando no queda ya otro de salvar nuestros derechos. La injuria puede consistir en violacion de un derecho absoluto, ó de los derechos derivados que nacen de pacto espreso ó de costumbre (nota 1, sec. 2). Las razones en que se funda la justicia de la guerra se llaman *razones justificativas*. El documento en que se alegan se llama *manifiesto* y la contestacion á este, *contra-manifiesto*.

A mas de las razones justificativas, sin las que la guerra seria un gran crímen, suelen tener las naciones otras causas de conveniencia propia, que las estimulan secretamente á ocurrir á las armas : Grocio las llama *motivos*.

Se considera tambien en la guerra, suponiendo siempre su *justicia*, la *legitimidad :* y para calificarla de *legítima* se exigen ciertas formalidades. 1° Se ha de hacer por disposicion de aquel poder público, á quien la constitucion haya reservado esta facultad, que es él que únicamente tiene el derecho de proveer á la defensa y seguridad del estado. Si las autoridades subalternas se ven precisadas á hacer uso de la fuerza, contra los estranjeros en defensa del buque, ó del lugar cuya custodia les está encomendada, cumplirán su deber en la defensa que hicieren : pero eso, sin la resolucion espresa del soberano, no constituye estado de guerra entre las dos naciones : 2° ha de preceder la esposicion del derecho y demanda de satisfaccion por la injuria que se nos haya inferido, ó declaracion de que miraremos ciertos actos del otro estado, como hostiles : 3° Sobre la *declaracion* formal de la guerra están los tratadistas divididos. Algunos la consideran como condicion necesaria para la legitimidad. Otros creen que la guerra es legítima sin ella ; y que la observancia de la condicion segunda basta, para que la nacion que comienza las hostilidades

se libre de la nota de sorpresa. Esta última opinion, porque se decide el texto, es conforme á la practica actual. Binkershoek dice: *Potest bellum incipere ab indictione, at etiam potest á vi mutua... Attamen majoris animi principes populique, ut vi manifesta honestius et gloriosius vincant, bella, nisi indicta, non facile gerunt.* (*Quæst. juris. pub.* lib. I, cap. II.)

Declarada ó no formalmente la guerra, las obligaciones de los neutrales comienzan desde que tienen conocimiento cierto del estado de guerra. Dividen la guerra en *ofensiva* y *defensiva*, convirtiendo estas palabras en sinónimas de justa é injusta. Pero como seria herir la soberanía de los estados pretender fallar sobre cual de los beligerantes tiene de su parte la justicia, no llamaremos guerra ofensiva sino á la que hace un estado que lleva las hostilidades á otro; y defensiva la que hace el que repele el ataque. Sea cual fuere el agresor y tenga quien tuviere la justicia, la guerra, con las formalidades que hemos indicado debe verse por las demás naciones como justa por ambas partes, y da á ambas iguales derechos mientras dura.

La guerra puede ser internacional ó civil. La primera es de estados, la segunda es la que se entabla entre los ciudadanos de un mismo país, para mudar las personas ó la forma de gobierno. Si el partido insurgente se hace númeroso, establece una autoridad soberana y presenta la forma de sociedad organizada, el gobierno contra quien se hayan levando, y los estranjeros neutrales deben observar respecto de ellos las obligaciones que impone la guerra internacional. Si el gobierno se empeñara en castigarlos como rebeldes, los actos de ferocidad se multiplicarian de una y otra parte inútilmente.

Los *bandidos*, esto es los criminales que se arman contra la autoridad pública, y los *piratas* no se hallan en este caso. El órden de la sociedad humana se interesa en que se les pene conforme á las leyes.

Una vez constituido el estado de guerra internacional, por la declaracion ó por haber dado principio á las hostilidades, todos los súbditos de un estado se ven como enemigos del otro, y sus propiedades como bienes del enemigo que es lícito apropiarse. Este principio se observa, por desgracia, generalmente en el mar con todo rigor.

El soberano tiene el derecho de llamar á aquellos ciudadanos que se hallen en territorio enemigo ó estranjero, y de quienes la patria necesita para su defensa, bajo las penas que

la ley señale, salvo que quieran ellos renunciar la ciudadanía (nota 4, sec. 2, pág. 219). Tiene tambien indisputablemente el derecho de prohibir el comercio y toda comunicacion con el enemigo.

De tal modo se tiene por interrumpido este comercio y comunicacion en el estado de guerra, que durante él, se suspende el cumplimiento de todo contrato anterior, ó se da este por terminado, si la suspension no es posible, como sucede con las compañías de comercio; y son nulos los que de nuevo se celebran si no es con el permiso del soberano. La circunstancia de hacerse el comercio entre los súbditos de las potencias enemigas, por medio de agentes neutrales, no lo convierte en lícito, ni lo liberta de la confiscacion.

Los ciudadanos mismos no pueden, bajo la pena de confiscacion, llevar sus propiedades del estado enemigo: á no ser que obtengan para ello permiso espreso. Por lo comun se escusa de la pena el que prueba que hizo el embarque, en buque de su nacion ó neutral antes de que comenzase la guerra, y que si las mercaderías permanecieron en aguas enemigas, fue á pesar de su voluntad y de su diligencia para partir. En Inglaterra y en Estados Unidos no se admite esta escepcion como legítima.

Mas como la prohibicion de toda comunicacion viene á redundar en daño de ambas partes, suele permitirse, dice Martens: 1° los correos en general, ó por rutas determinadas: 2° se permite tambien, espresa ó tácitamente, el comercio de mercaderías señaladas, ó de todas las que no sirven en especial para la guerra; y esto generalmente, ó en ciertos puertos. Mas en ninguna parte se tolera hoy el seguro por cuenta del enemigo. Si en la guerra hay aliados el permiso de comercio se ha de conceder por todos los aliados de comun acuerdo, para que quede libre de la confiscacion que los beligerantes tienen derecho de ejercer.

Por lo que mira á los súbditos y propiedades de la potencia enemiga, que se hallan en la nacion al declararse la guerra, se disputa sobre si será lícito apoderarse de unos y otras. Nosotros creemos necesario distinguir, entre los súbditos, que por su profesion han de servir á su gobierno en la guerra, y los que viven dedicados á ocupaciones pacíficas: entre las propiedades del estado enemigo, y las propiedades particulares. Las personas que han de servir en la guerra contra nosotros, y las propiedades del estado, que le han de

servir tambien de auxilio, sin duda pueden ser aprehendidas. Nada hay que se oponga á que se considere esto como el primer acto de hostilidad, y de una hostilidad conforme al derecho de guerra. Pero la aprehension de los particulares y la confiscacion de sus bienes, siendo así que los individuos y los bienes han entrado en el país bajo la garantía de la ley; y que el daño que sufran nada ha de influir en el exito de la guerra, no se puede dejar de ver como una inútil violacion del derecho. Desgraciadamente no es conforme á esta teoría la conducta de las naciones. Lo contrario se ha establecido en Inglaterra y en Estados-Unidos, donde es doctrina corriente el derecho de retener á cualesquiera súbditos y confiscar cualesquiera propiedades de la potencia enemiga, que se hallen en el territorio al romperse las hostilidades: lo cual se llama *embargo bélico*. Para evitar los enormes perjuicios que trae consigo tal conducta, se estipula siempre en los modernos tratados de comercio, que los bienes que se hallen en el territorio al romperse las hostilidades y los que entren en él, sin noticia del rompimiento, no estarán sujetos á embargo; sino que se podrán trasportar libremente dentro de cierto término.

(12) De la idea que hemos dado del *Derecho de hacer la guerra* y *del estado de guerra* se deduce: que se ejercen las hostilidades legítimamente sobre todo lo que constituye la fuerza que opone el enemigo. Por consiguiente: 1° sobre el ejército y armada del enemigo y sobre todos los medios materiales que le sirven en la guerra; 2° sobre los aliados que lo ayudan con sus fuerzas (nota 6, sec. 2, pág. 229). Mas los ciudadanos pacíficos, aunque son considerados en general por el derecho positivo como enemigos, no están espuestos á todas las hostilidades que se ejercen sobre los ciudadanos armados. Tampoco lo está el monarca ó jefe del estado, porque, considerándose la guerra como de nacion á nacion, no altera los sentimientos, ni las atenciones personales que debe haber entre los soberanos. Así, se considera vedado dirigir los tiros al monarca ó jefe de la nacion y á los príncipes: nunca se detiene á su familia: se deja pasar libremente todo lo que le sirve á su mesa; en fin, se suavizan respecto de su persona todos los males de la guerra; y aun se le hacen presentes.

Casi agota la materia de hostilidades el texto, en los breves

renglones que le consagra: pero no nos parece inútil lo que vamos á añadir. La hostilidad que primero llama la atencion, por el horror que inspira, es la muerte del enemigo. No podemos decir, hablando con propiedad, que haya *derecho* de matarlo, porque, en tal caso, se supondria en el enemigo *obligacion* de dejarse matar. Pero es *lícito* matarlo, cuando dirige sus armas contra nosotros. Tenemos el derecho de emplear la fuerza para vindicar nuestros derechos, y el estado ofensor contra quien nos dirigimos, está obligado á hacernos justicia reparando la injuria. Si en vez de cumplir esta obligacion natural, dirige su fuerza contra nosotros y amenaza nuestras vidas, nos es lícito salvarlas, matando al agresor, en el supuesto de que no haya, como en efecto no hay en las batallas, otro medio.

La objecion que podria oponerse es: que, colocándonos voluntariamente en aquel conflicto, se nos deben imputar sus resultados. Pero recuérdese, que hemos supuesto, que la guerra no se ha de emplear, sino como el último recurso para repeler la injuria; y que nos colocamos en el conflicto con derecho. Supongamos un padre de familia, cuya casa es atacada por ladrones nocturnos, cuando la fuerza pública no puede auxiliarlo. Como él no sabe hasta donde llevarán los facinerosos la violencia, despues de quebrantar sus puertas, tiene el derecho de armarse é intimarles que suspendan ese primer atentado, colocándose así voluntariamente en el conflicto de matar, para salvarse y salvar á su familia de todos los males que teme con razon. Esto mismo sucede con los estados. Si soportan el primer ataque á un verdadero derecho, no puede preverse hasta donde llegarán las injurias del estado ofensor, y aun las de los otros, alentados con el sufrimiento. Solo nos autoriza, segun esto, á dar la muerte la necesidad de salvar nuestra vida. Por consiguiente, no es lícito matar, ni á los habitantes pacíficos, ni al enemigo armado, estando ya rendido.

Otra hostilidad acostumbrada es la de hacer prisioneros, para disminuir las fuerzas del enemigo y tener en nuestro poder rehenes, á fin de obligarlo á entrar en las vias de la justicia. Así, no se toma prisioneros, por lo comun, sino á los militares.

Se vé generalmente como accion ruín, la de privarles de su propiedad. Que no es lícito esclavizarlos, ya lo dejamos demostrado en derecho natural. Pero se pueden tomar medidas

para la seguridad de sus personas, sin hacerles sufrir tormentos inútiles. A los oficiales, se acostumbra dejarlos en libertad, empeñando su palabra de honor de que no saldrán del lugar que se les determine; y, bajo la misma garantía, suele permitírseles volver á su patria, ofreciendo no tomar las armas, mientras dure la guerra. El prisionero adquiere la libertad por este medio : la adquiere tambien por fuga, cuando no ha empeñado su palabra de honor : por rescate y por canje. El rescate, que consiste en dar el soberano cierta cantidad de dinero por el recobró de la libertad de sus súbditos, casi no está en uso. El canje se usa comunmente, y por este medio se recobran, previa convencion, ciertos prisioneros entregando otros.

Otra hostilidad es la aprehension de las propiedades del enemigo. Y es lícito destruirlas : 1° cuando son útiles para la guerra, y sin destruirlas no se puede privar de ellas el enemigo ; 2° cuando la destruccion es necesaria para las operaciones militares; 3° cuando la destruccion sirve para privar de la subsistencia al enemigo é impedirle así que avance á ciertos lugares, ú obligarle á que abandone el que ocupa. Martens añade el caso de represalias : pero, ya lo hemos indicado, un crímen no autoriza otro crímen.

El saqueo es barbaridad que no está ya en uso. En su lugar se impone una contribucion á los que poseen bienes en el país.

La aprehension de bienes muebles, está limitada á los que toma el soldado en el campo de batalla, ó en descubiertas y correrías : se llama *botin;* y la aprehension del territorio perteneciente al enemigo, *conquista*.

(13) Los estados, que no toman parte en la guerra, á favor ni contra ninguno de los beligerantes, se llaman neutrales. Muy claro es que el derecho de soberanía ó personalidad, de que goza cada estado, envuelve el de permanecer neutral en las desavenencias de los otros, siempre que no haya pacto en contrario.

La neutralidad puede ser *voluntaria* en virtud de este derecho, y entonces la conducta de los neutros se arregla á los principios generales del derecho de gentes; ó *convencional* y en este caso la regla se halla en las cláusulas del tratado. El tratado puede celebrarse antes de la guerra, ó durante ella : con los beligerantes, y con una tercera potencia.

La neutralidad sea cual fuere su origen se divide 1° en *completa* y *limitada*. Aquella es la de los estados que no favorecen mas á uno de los beligerantes, que á otro. Esta es la que observa el estado que, por obligacion anterior, suministra socorros determinados á uno de los beligerantes. (N. 6, sec. 2, pág. 229.) ; 2° en *general* y *particular*. Neutralidad general es aquella en que los deberes y derechos que trae consigo, se estienden á todo el territorio del estado : y particular la que los limita á una parte del territorio.

El señor Pinheiro presenta dos principios que comprenden, el uno todos los derechos y el otro todos los deberes de los neutrales, y que brotan naturalmente de las ideas de guerra y neutralidad. Del primero se deduce : 1° que las personas y bienes de los neutrales, deben ser inviolablemente respetados; 2° que su comercio, mientras sea inocente, debe gozar de entera libertad ; 3° que no es lícito emplear las personas, los bienes, ni el territorio neutral para cometer hostilidades contra el enemigo.

Decimos que debe gozar de libertad el comercio de los neutros, mientras sea inocente. Pero no es comercio inocente el de artículos que sirven para la guerra, como armas, municiones, pólvora, etc.; porque la venta de estos objetos á uno de los beligerantes, es un auxilio que se le presta y una verdadera hostilidad que se comete contra el otro. Estas mercaderías se llaman *contrabando de guerra*. El beligerante contra quien han de servir, tiene el derecho de confiscarlas, si son de particulares : y si son del estado neutral, tiene además el de considerar á este como enemigo.

Tampoco se vé como inocente el comercio neutral por un puerto bloqueado. Llámase *bloqueo* de un puerto ó de un lugar la ocupacion de su entrada con buques ó con tropas suficientes para impedir la comunicacion del enemigo. Esta hostilidad se inutilizaria, si no se respetará la prohibicion del comercio de los neutrales : la cual no puede verse como injusta, porque el derecho de la libertad de comercio que tienen estos, está limitado por el derecho que tiene cada beligerante de hostilizar á su enemigo.

Pero no quebranta la neutralidad la concesion de tránsito por el territorio neutro. Y no decimos esto porque, como reflexionan algunos tratadistas, el dominio del neutral sobre su territorio lo autorize á prestar su uso á quien quiera, ó como quiera : pues conceder el tránsito, es hacer servir el

territorio como auxilio para las hostilidades, lo cual dejamos ya establecido, que no es lícito á los neutrales. La verdadera razon, porque la concesion del tránsito á las tropas de uno de los beligerantes no viola la neutralidad, nace del derecho que el neutral tiene de no envolverse en la guerra. Como impedir el tránsito al ejército, que lo considera indispensable para las operaciones de las guerra, es las mas veces ponerse en necesidad de emplear la fuerza; y siempre en la de sufrir las consecuencias de la mala voluntad que debe inspirar á aquel beligerante la negacion del favor que pretendia, es preciso reconocer en el neutral el derecho de evitar estos males concediendo el tránsito. Los principios á que debe arreglarse la conducta, tanto de la nacion que concede el tránsito, como la de aquella á quien se concede, quedan ya espuestos. (Nota 5, sec. 2, pág. 228.)

De lo que acabamos de establecer sobre neutrales resulta que tienen, durante la guerra, obligaciones que no existen en el estado de paz, y que, por consiguiente, es falsa la comun regla de que, para los neutrales la guerra es como si no existiese.

Las potencias neutrales, pueden armarse, si lo creen conveneniente, para defender sus derechos, en los casos en que no sean respetados por los beligerantes, y celebrar alianzas defensivas : pero declarando que solo emplearán sus armas en su propia defensa. Esta es la *neutralidad armada* que indica el señor Pinheiro. (V. á Kluber § 103 y siguientes, part. 2, tit. 2.)

(14) V. nota 5, sec. 2, pág. 226.

(15) Suponiendo el principio, reconocido por derecho positivo, de que cada nacion autorizada para apoderarse en el mar de los bienes de su enemigo; y el de la libertad de comercio de que gozan los neutrales, resultan graves dificultades. Ninguna hay, si el buque neutral lleva carga de propiedad tambien neutral. Pero ¿qué deberá hacerse cuando el buque neutral lleva carga del enemigo, ó cuando un buque enemigo lleva carga neutral? ¿La bandera cubre la carga, ó no? El señor Pinheiro resuelve la cuestion negativamente; pero limitándose al caso en que pertenezca al gobierno enemigo la carga del buque neutral, aunque en las reglas que gobernan actualmente á las naciones no se haya introducido

aun tal limitacion; pues segun ellas, se vé como propiedad enemiga, todo que pertenece á los súbditos enemigos.

Una nave está, como el territorio, bajo el imperio de su soberano únicamente. Y si no es lícito introducirse en el territorio neutral, para confiscar la propiedad enemiga, ¿cómo podrá fundarse el derecho de captura en buque neutral? Bynkershoek (*Quæst. jur. pub.* lib. I c. 14.) opina que, yá que nadie duda que es lícito detener á la nave neutral, para averiguar si lo es realmente, debe ser tambien lícito examinar los papeles relativos á la carga, y en caso de que por este exámen se descubra que lleva propiedad enemiga, no hay embarazo para apoderarse de ella por el derecho de la guerra. Pero esta reflexion no nos satisface; porque desde que se adquiere certidumbre de que la nave es neutral, goza de todos los derechos é inmunidades del territorio neutral. Esta consideracion, unida á la de los enormes perjuicios que causaria al comercio neutral el principio contrario, nos hace creer que, segun los principios del derecho filosófico, el pabellon neutro cubre la carga enemiga.

¿El pabellon enemigo hará enemiga la carga neutral que lleve á su bordo? Grocio establece, que, aunque se presume que pertenece al enemigo todo lo que se halla á bordo de sus buques, esta presuncion puede destruirse con pruebas contrarias. (*De jure belli et pacis*, lib. 3, cap. 6, § 6, n. 1.) Bynkershoek, es del mismo sentir. *Cape*, dice, *si potes, quodcumque est hostis tui, sed mihi redde, quod meum est, quia amicus tuus sum, et impositione rerum mearum nihil sum molitus in necem tuam.* (*Quæst. jur pub.*, lib. 1, cap. 13.) Esta es tambien la opinion de Wheaton. « The rule, which « subjects to confiscation the goods of a friend on board the « wessels of an enemy, son sus palabras, is manifestly con« trary to reason and justice. It may, indeed, afford, as Gro« tius has stated, a presumption that the goods are enemy's « property; but it is such a presumption as will readily yield « to contrary proof, and not of that class of presumptions « which the civilians call *presumptiones juris et de jure*, and « which are conclusive upon the party. » (*Elements of international law.*, t. 2, part. 4, cap. 3, § 18, pág. 162.)

Examinemos las disposiciones del derecho positivo. El *Consulado del mar*, compilacion de las leyes maritimas hecha verosímilmente en Barcelona, en el siglo XIII ó XIV, que fue mirada como la ley de todas las naciones europeas, establece

las reglas siguientes. Por lo que mira á la carga enemiga en buque neutral. 1ª Hay derecho de confiscarla, pero no al buque; 2ª debe pagarse el flete, como si la carga se hubiera conducido al puerto á que iba destinada; 3ª se puede exigir que el mismo buque trasporte las mercaderías enemigas al lugar que se le designe, pagándole el flete que se haya pactado; 4ª si no ha habido convenio se le debe pagar un flete igual al que habria ganado en su viaje, ó mayor; 5ª si el buque se niega á trasportar las mercaderías á lugar seguro y estas son en el todo ó en la mayor parte del enemigo, se le puede echar á pique, salvando las personas. Si se trata de mercaderías de una potencia amiga, esto es neutral, á bordo de buque enemigo, las reglas son: 1ª Las mercaderías no se pueden confiscar; 2ª el aprehensor debe convenir con los dueños de las mercaderías, en las propuestas justas que le hicieren sobre rescate del buque; 3ª si los dueños de las mercaderías no adoptan este medio de transaccion, el aprehensor tiene derecho de conducir el buque, como buena presa á un puerto de su nacion, en el cual debe restituir la propiedad amiga, satisfaciendo el flete, como si se hubieran trasportado al puerto de su destino; 4ª pero si el aprehensor es quien se ha negado á una justa transaccion, no tiene derecho al pago del flete y está obligado á indemnizar á los propietarios los perjuicios que hayan sufrido por el retardo de su viaje.

Toda mercaderia enemiga se confisca, aun á bordo del buque neutral: la mercadería neutral no está sujeta á confiscacion ni aun hallándose á bordo de buque enemigo. Hé aqui, en suma, el principio que establece el *Consulado del mar*. A él estuvo ajustada la práctica internacional, hasta mediados del siglo XVII, en que comenzó á ser varia. Cuando la guerra de la Gran Bretaña con sus colonias de América, no habia ya regla fija en el particular. Esto movió á la Rusia en 1780 á establecer algunos principios, en favor del comercio de los neutrales, á que accedieron Dinamarca, Suecia, Prusia, Austria, y las dos Sicilias; y formaron, para sostenerlos, la alianza defensiva que se ha llamado *neutralidad armada*. Entre los principios que defendia aquella liga, estaba el siguiente: « las mercade-
« rías pertenecientes á súbditos de los beligerantes que se
« hallen á bordo de buques neutrales, estan libres de confis-
« cacion, escepto el contrebando de guerra. Sobre la suerte
« de las mercaderías amigas, á bordo de buque enemigo, na-
« da se declaró. Ingleterra rehusó su aceptacion á estos prin-

« cipios, España y Francia, que habian tomado parte en esa
« guerra, los aceptaron, como principios que de antemano
« respetaban, y de los que no se habian separado, decia Es-
« paña, sino por la necesidad de imitar á la marina inglesa,
« que en toda guerra violaba la regla constantemente obser-
« vada con las potencias neutras. » Los Estados-Unidos accedieron tambien por decreto del congreso de 1781: pero añadiendo que la nave enemiga hace la carga enemiga.

Así se introdujeron las dos reglas que pueden llamarse hoy universales: la bandera neutral cubre la mercadería, « free ships, free goods: » la bandera enemiga hace la carga enemiga, « enemy ships, enemy goods. » Estas reglas se hallan en todos los tratados de Francia y Estados-Unidos con las demás naciones. Solo se dejan de observar con aquellas que no las reconocen. De aquí resulta una dificultad: ¿qué conducta se observará con la propiedad de una nacion que no observa estas reglas, cuando se halle á bordo de buque de nacion que las observa? En los tratados de Estados-Unidos con España y con las Repúblicas de la América Española, se halla resuelta esta dificultad. Si una de las partes contractantes está en guerra con una tercera potencia, y la otra es neutral, la bandera de esta cubrirá la propiedad de los enemigos, cuyos gobiernos reconocen este principio; pero no la de los demás. En este último caso, las mercaderías neutras, embarcadas en nave enemiga, serán libres. (V. Ortolan. *Reg internation. et diplomat. de la mer*, liv. 3, chap. 5.)

En el Perú, y quizá en la América Española, no tenemos ley á que debamos arreglarnos, con las potencias con quienes no hay tratados, sino la ordenanza dada por Carlos IV en 1801. « Las embarcaciones, dice, en cuyo bordo se hallen mercade-
« rías y efectos pertenecientes al enemigo, se detendran hasta
« que se haga constar que no niegan la inmunidad, y que an-
« tes bien la observan los enemigos: pero si no lo justifica-
« sen, serán declarados de buena presa, y se dejarán libres
« todos los demás de pertenencia neutra. Toda embarcacion
« que navegue con bandera ó patente de príncipes ó estados
« enemigos, será buena presa con todos los efectos que á
« bordo tuviere, aunque pertenezcan á vasallos mios, en caso
« de haberlos embarcado despues de la declaracion de guerra,
« y de pasado el tiempo suficiente para poder tener noticia de
« ella. » (*Nov. Recop.*, l. 4ª, tít. 8°, lib. 6°.)

¿Pero la bandera neutral cubrirá el *contrabando de guerra*,

como el señor Pinheiro lo pretende? Ya dijimos (nota 13, sec. 2ª) que no, y que hay derecho de confiscarlo. Este derecho está reconocido y se ejerce por todas las naciones. Supuesto el derecho, sobre el cual no hay disputa, lo que se necesita es determinar, qué objetos se han de considerar como contrabando de guerrar Heineccio dice, que « podemos impedir por « la fuerza, que otro pueblo suministre á nuestro enemigo ar- « mas, municiones, *víveres*, y otros auxilios, y apoderarnos « de todo esto, confiscándolo. » (*Elem. jur. nat. et gent.*, lib. 2°, cap. 9.) Vatel reserva la prohibicion de los víveres, para el caso en que se trata de reducir por hambre al enemigo (lib. 3, chap. 7). Bynkershoek, partiendo de los tratados públicos, y de los edictos de Holanda, solo aplica el nombre de contrabando de guerra á las armas y municiones. Tiene por lícito el trasporte de las materias de que pueden formarse estos objetos.

Los modernos publicistas distinguen el contrabando, en contrabando de primera, y contrabando de segunda clase. Llaman de primera clase á los objetos que solo sirven para la guerra, y de segunda clase á los que pueden servir para la guerra y para otros usos inocentes. Pero, supuesto qua hay duda sobre el destino de esta última especie de mercancías, debe prevalecer en este caso el principio incuestionable de la libertad del comercio neutral. En Inglaterra se considera una especie particular de contrabando, que llaman *contrabando por accidente*. Se tiene por contrabando en este sentido, todo objeto de comercio que, aunque se presume inocente, vá á servir de auxilio al enemigo : como sucede si se lleva al puerto, en que una escuadra enemiga se está equipando ; ó á un puerto militar, aunque por otra parte haya en él comercio lícito. Este contrabando no sufre el comiso, pero está sujeto á la preension.

Lo que todas las naciones reputan contrabando de guerra sujeto á confiscacion, son los objetos que sirven directamente para la guerra. Este principio está admitido en todos los tratados. En pocos se consideran como contrabando las municiones, navales. Las materias primeras no se colocan en esta clase, á no ser que vayan suficientemente preparadas para servir con facilidad de instrumentos de guerra, en cuyo caso hay un verdadero fraude, que no puede libertarlas del comiso.

Entre los instrumentos de guerra deben considerarse, las

personas militares, y las comunicaciones del enemigo relativas á la guerra. El buque que conduce esta especie de contrabando, está sujeto á confiscacion. El que conduce los otros instrumentos de guerra, no sufre esta pena.

La citada ordenanza de Carlos IV declara « buena presa « todos los géneros prohibidos y de contrabando que se tras- « portaren para el servicio de enemigos : y bajo de este nom- « bre se entienden armas, cañones... » Sigue enumerando los « instrumentos de guerra, y entre ellos, la pólvora, el salitre, las mechas, los caballos, y los arneses. « Tambien se consi- « deran, continúa como géneros prohibidos y de contraban- « do, los comestibles, en caso de ir destinados para plaza « enemiga bloqueada por mar ó tierra : pero no estándolo, « se dejarán conducir libremente á su destino, siempre que « los enemigos observen por su parte la misma conducta. »

(16) Acabamos de ver que cada beligerante tiene el derecho de confiscar las naves enemigas y el contrabando de guerra que conduzcan los neutrales. Este derecho lleva consigo el de pasar á bordo del buque que navega con bandera neutral, para examinar su verdadera nacionalidad y su carga, llamado derecho de *visita y registro*.

Como solo la soberanía que los neutrales tienen sobre su territorio, puede impedirnos el ejercicio de este derecho, la visita se hace legítimamente, así en nuestro territorio ó en territorio enemigo, como en alta mar.

La forma que, segun los tratados y el uso general, se observa en la visita, es esta. 1° El visitador enarbola su bandera y, para indicar que no hay en esto fraude, tira un cañonazo sin bala, lo cual se llama *afianzar la bandera*. El buque á quien se hace esta señal, debe detenerse. Si no lo hace, se dispara un cañonazo con bala; y si aun así no se detiene, se le persigue empleando la fuerza, y el visitador no es responsable de las averías que le cause. Si el buque usa de la fuerza para librarse de la visita y se le vence, es buena presa. 2° En algunos tratados se fija fuera del tiro de cañon la distancia en que se ha de colocar el buque visitador, durante la visita : pero en la práctica esto no se observa, por el riesgo que hay de que la embarcacion se escape, y por las dificultades que suele oponer la naturaleza. El artículo 18 del tratado de Estados-Unidos con Chile, ratificado en 29 de abril de 1834, dice : « el buque visitador debe quedar á la distancia que le

« permitan el objeto de la visita, el estado del mar y del « viento, y el grado de sospecha que inspire de la nave visi- « tada. » 3° Un oficial, acompañado solamente de dos ó tres hombres, debe pasar á hacer la visita. 4° Despues de examinar los papeles de mar, si concibe sospechas fundadas de que haya contrabando de guerra, puede ejercer el derecho de verdadero registro : no rompiendo los cofres, ni las escotillas, por la razon que dé el señor Pinheiro y porque lo veda un gran número de tratados; sino exigiendo que se le abran. 5° Si estas sospechas, ó las de que el buque sea enemigo, no se disipan, se conduce á este al puerto mas inmediato del visitador. 6° Lo mismo se hace si mas de una tercera parte de la tripulacion se compone de enemigos, ó si no llevan patente legítima, ó la llevan de diferentes soberanos, ó arrojan al agua los papeles de mar. 7° Cuando, conduciendo contrabando de guerra, se resiste el capitan á entregarlo, se observa tambien la regla anterior. Pero si de buena fe lo entrega, se le deja seguir su viaje despues de trasbordar las especies y darle recibo de ellas.

Papeles de mar son los documentos que debe llevar todo buque mercante para gozar de la proteccion del estado á que pertenece. Los principales son : 1° *pasaporte*, el cual manifiesta la procedencia del buque ? se renueva en cada viaje, y es indispensable para su seguridad. 2° *Patente de navegacion*, que es el permiso concedido por el soberano, para que el buque navegue protegido por su bandera, y gozando de los derechos de los buques de la nacion. 3° *Título de propiedad*, documento que acredita á quien pertenece el buque. Si ha sido construido en país enemigos, debe constar que se compró en él, antes de tener noticia de la guerra, ó al aprehensor, despues de haberse declaro buena presa. Este documento es tan necesario como el pasaporte. 4° *Rol de la tripulacion*, que espresa el número y domicilio de los oficiales y marineros. Sirve para saber si el buque se ha de considerar como neutral, segun el número de enemigos que lleva en su tripulacion. 5° *Manifiesto ó cartapartida*, que tiene el contrato de flete y un resúmen de las pólizas. 6° *Conocimientos ó pólizas*, que espresan el nombre del cargador, el del consignatario, el del puerto de donde procede y á donde se dirige, y el contenido de los fardos. Las pólizas llevan la firma del capitan y por ellas responde de la carga. Prueban la pertenencia de esta. 7° *Pasaportes de los pasajeros*, que acreditan la profesion de estos, su procedencia y destino. La falta de los papeles de mar, principalmente la del pasaporte del buque y de las pólizas, basta para detenerlo, y es una presuncion muy vehemente para declararlo buena presa : pero en Inglaterra y Estados-Unidos, se admiten, durantel el juicio, pruebas que remedien aquella falta.

La *visita y registro* de que hablamos aquí, no debe confundirse con la simple *visita ó exámen de la bandera*. En aquella se averigua la nacionalidad y la carga del buque : en esta solo la nacionalidad. La primera es, en el estado de guerra, un derecho que nace del que tiene cada beligerante de hostilizar al enemigo y proveer á la propia seguridad. Por consiguiente, en el estado de paz desaparece, y seria un atentado la independencia de las naciones : la otra se funda en la necesidad de tomar precauciones en todo tiempo, para que los piratas y bandidos no perjudiquen al comercio. Es como la policía de los mares, confiada á los buques de guerra de todas las naciones, aun en tiempo de paz. La forma de una y otra se asemejan hasta cierto punto; porque, luego que un buque de guerra afianza su bandera, á la vista de otro mercante que pretende reconocer, este debe enarbolar la suya, y permitir que pase á su bordo el oficial que mande el capitan á reconocerlo, cuando conciba recelos que exijan esta medida : mas examinados los papeles de mar que acrediten la nacionalidad del buque, debe respetarse su independencia. En la visita y registro de los beligerantes, se hace un exámen mas prolijo de todos los papeles de mar y del buque.

De la diferencia que hay entre estos dos derechos resulta, que ninguna nacion puede exigir en tiempo de paz que los buques de las otras se sometan á la visita y registro. Por eso Inglaterra, para adquirir este derecho con el objeto de abolir el tráfico de negros, ha ocurrido á los tratados, concediendo tambien á las otras naciones el derecho de visita y registro sobre sus buques. Y como un tratado no obliga sino á los que lo celebran, aquella potencia no tiene derecho de visitar indistintamente á los buques mercantes.

Sobre la propiedad neutral á bordo de buque enemigo, v. nota 15, sec. 2, pág. 255.

Hemos definido el bloqueo la ocupacion de la entrada de un lugar con buques, ó fuerzas suficientes para impedir la comunicacion del enemigo; y hemos manifestado que los neutrales no pueden negar este derecho, nota 13, sec. 2, pág. 251.