

HACIA UNA TEORIA SOBRE LAS REPRESALIAS

por Alfredo MARTINEZ ALBIACH

Capitán Capellán

En plena guerra, Pío XII (1) afirmó en la Navidad de 1940: “Presupuesto indispensable de un nuevo ordenamiento es una sincera solidaridad jurídica y económica, una fraterna colaboración, según los preceptos de la ley divina entre los pueblos, una vez que éstos estén asegurados en su autonomía e independencia”.

Sin embargo, no siempre se consigue mantener semejante solidaridad pacíficamente, y entonces es cuando hay que imponer la justicia —*opus iustitiae, pax*— por medio de la violencia. Y “otra especie de ejecución violenta de la justicia lo constituyen las represalias (2). Otro medio de defensa más frecuente, pero más suave que la guerra —cuya juricidad se base en el principio de ley natural que impone al hombre grave obligación de conservar la vida y la salud—. El último medio pacífico, anterior a la guerra; pero su proximidad a ella le da el carácter violento y, consiguientemente, odioso y desagradable.

Las definimos como una injerencia jurídica (3), por la que

(1) Pío XII, AAS 33 (1941) 12.

(2) GROCIUS, *De iure belli ac pacis* (Amstelaedami, 1735) l. 3, c. 2, IV

(3) VERDROSS, *Derecho Internacional Público* (Madrid, 1955) c. 17, p. 357.

un Estado (4), ante un motivo justo (5), responde (6), lesionando violentamente los bienes jurídicos particulares de otro Estado, que le ofendió, con la pretensión de obligarle a respetar la ley (7).

Estudiaremos, en primer lugar, el derecho a las represalias, y luego el Derecho en las mismas.

1

DERECHO A LAS REPRESALIAS

Enfrentados ante una grave injusticia, la nación lesionada no tiene otra alternativa que, a falta de otros medios, o bien sufrir tal iniquidad, o bien recurrir a la fuerza, que naturalmente desemboca, ya en la guerra, ya en las represalias, si dicha nación lesionada no tiene potencial suficiente o no quiere recurrir a los horribles daños bélicos.

Aceptada incluso la guerra ofensiva como eficaz defensa y en pro de la paz internacional (8), ¿podremos denegar semejante derecho a las represalias? Si las excluimos, caemos en atroz y

(4) OPPENHEIM, *International Law* (London, 1941) v. II, p. 44.

(5) SCHMALZGRUEBER, *Ius Ecclesiasticum Universum* (Romae, 1845) V, 2, 36; TANQUEREY, *Synopsis Theologiae Moralis et Pastoralis* (Romae, 1919) III, 2, 357; LA BRIERE, *El derecho de la guerra justa* (México, 1944) 6, 117; LE FUR, *Précis de droit international public* (Paris, 1937) 4, 867; BALLERINI, *Opus Theologicum Morale* (Pratil, 1899) II, 957; SILVESTRE PRIERIAS, *Summa Summarum* (Lugduni, 1593) I, 361-2; SYLVIVS, *Commentaria in 2-2* (Antuerplae Parisiis, 1714) p. 40, a. 6, p. 239-240; MEYER, *Institutiones Iuris Naturalis* (Friburgi Brisgoviae, 1900) II, 744; FERRERES-MONDRIA, *Compendium Theologiae Moralis* (Barcinone, 1949) VI, 511; PRUMER, *Manuale Theologiae Moralis* (Friburgo Brisgoviae, 1923) II, 130.

(6) GODHAERT, *¿Qué actos de la guerra son justificables?*, en "Revista Oxford University Press" (1941) 3.

(7) *Código moral internacional: Códigos de Malinas* (Santander, 1954) n. 167; MESSINEO, *La rappresaglia nella dottrina degli antichi*. *Civiltà Cattolica* (1941) I, 103; FAUCHILLE-BONFILS, *Droit International Public* (Paris, 1921) II, 1, 4, 10-18; ARRIAGA, *Disputationes Theologicae* (Antuerplae, 1649) V, 48, 5; VITORIA, *De iure belli*. *Obras de F. Vitoria* (Madrid, 1960) n. 19, p. 928-9.

(8) Pfo XII, AAS 49 (1957) 20-21; 41 (1949) 13; 50 (1958) 400; 46 (1954) 589; 45 (1953) 747.

terrible dilema: la guerra o sufrir una injusticia grave. Mas no se trata de que por las represalias busquemos un mal menor. Si descartamos la guerra, se nos plantea la siguiente disyuntiva: o admitimos la iniquidad del agresor —sufriéndola—, o intentamos restablecer la justicia con las represalias.

Sin embargo, queda por aclarar un punto interesantísimo que nos ofrece QUINTANO RIPOLLÉS (9): “La defensa presupone siempre un ataque no consumado, contra quien reacciona para impedirlo, mientras que la consumación se perfeccionó y agotó ya, en el previo ataque, a que la represalia responde”.

En efecto, se entiende por agresor al que actualmente ataca o realiza un hecho del que se deduce moralmente la agresión, pero no es lícito matarlo —en legítima defensa— después de haber agredido (10). Y explica ARREGUI (11): un daño moralmente presente, a no ser que la agresión perdure en sus efectos, por ejemplo, en la fuga del invasor que arrebató los bienes ajenos con notable daño ante la condición del expoliado. Tal aclaración de ARREGUI nos mueve a pensar que en las represalias la acción provocadora no ha cesado. Máxime, si observamos el objeto formal de las mismas (12). Pues si en la guerra defensiva presuponemos una injuria que se está infligiendo, una injuria *in fieri*, entendiéndolo en sentido moral (13), ¿por qué no aceptar el mismo criterio para las represalias?

(9) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Madrid, 1955) 259.

(10) NOLDIN, *Summa Theologiae Moralis* (Barcelona, 1951) II, 332-3.

(11) ARREGUI, *Summarium Theologiae Moralis* (Bilbao, 1919) 238.

(12) Son para “conseguir que vuelva el enemigo al cumplimiento de sus deberes” (MARTENS, *Précis du Droit des Gens*, París, 1864, II, 185), para “obligar a refrenar sus ilegales actos de guerra y a observar las reconocidas leyes y costumbres de guerra” (*The Encyclopaedia Britannica*, London, 1919, XIX, 168), para “inducir al respeto de las leyes y costumbres de la guerra” (BRIERE, *El derecho de la guerra justa*, 6, 177).

(13) Reparemos en el ejemplo que nos ofrece SUÁREZ (*De bello*, Parisiis, 1856, s. 1, n. 4. 6): “al que por ausencia se le han arrebatado sus posesiones o los enemigos se han apoderado de algo sin que el atacado haya tenido tiempo, al ser sorprendido, de organizar la resistencia, aun pasando un corto intervalo después de haber terminado físicamente el acto de ocupación, puede tomar las armas para rescatar sus bienes”. E incluso hemos denominado a la guerra ofensiva como eficaz defensa.

Por tanto, afirmamos que desde el momento en que el agresor injusto niega una reparación, se constituye en acto de continua agresión, si bien en la defensa privada no existe tal coyuntura —pasada ya la actualidad de la agresión—, pues queda al atropellado el recurso a la autoridad judicial, exigiendo el orden jurídico que el agraviado no actúe por cuenta propia. Pero el Estado no tiene juez superior a quien recurrir.

Las represalias, pues, se fundan en el derecho de la legítima defensa, “no sólo para la vida, sino también para otros bienes importantes, aunque de inferior condición” (14). Pero guardando el principio de la proporcionalidad entre la causa provocadora de las represalias y el efecto malo que en las mismas se permite. Y es que nos basamos —excluida la maldad intrínseca de las represalias— en la *acción del doble efecto*.

Adaptemos a las represalias las cuatro condiciones exigidas por la moral:

A) Si dicha acción es buena, indiferente o, al menos, no precisamente prohibida de tal modo que se deba impedir el efecto malo (15). La represalia es una injerencia jurídica, una irregularidad, una violación del Derecho, pero no es un acto malo en sí mismo. Hay dos clases de objetos malos en sí: una, de objetos malos absolutamente y con independencia de cualquier condición, pues de tal manera repugnan de por sí a la naturaleza racional, que ni el mismo Dios podría cambiarlos, como el odio de Dios, el perjurio; y otra, de objetos malos condicionadamente, o sea, por razón de alguna condición, la cual se somete al poder de Dios por el dominio que ejerce sobre las cosas creadas, y si Dios quita tal condición, dejan de ser malos y se convierten en lícitos, como quitar una cosa ajena, matar un hombre, etc. (16). Excluido que Dios aplique su dispensa en general para las represalias, nos centramos en el primer grupo de objetos malos. Debemos, pues, examinar si el daño ocasionado repugna a la naturaleza racional. *Litterae Marcharum aut Represaliarum non sunt per se iniustate* —afirma VITORIA (17)—. De momento nos va a bastar su testi-

(14) NOLDIN, *Summa Theologiae Moralis*, II, 334.

(15) NOLDIN, *Summa Theologiae Moralis*, I, 83-4.

(16) NOLDIN, *Summa Theologiae Moralis*, I, 71..

(17) VITORIA, *De iure belli*, núm. 41, p. 845.

monio para suponer que no repugnan de por sí a la naturaleza racional, si bien en el apartado II trataremos de precisar la justicia material en las mismas represalias.

B) Si el efecto bueno no se produce por el efecto malo, sino que de una manera igual e inmediata o, por lo menos, el efecto malo por el efecto bueno; de lo contrario, el efecto malo se intentaría como medio para un efecto bueno: "El útero grávido, afectado de un tumor o cáncer, debe extirparse, para que la madre no muera, aunque se siga también la muerte del feto incluido en el útero"; es una aplicación del principio que hace NOLDIN (18), la escisión es la acción productora de dos efectos, uno malo —la muerte del feto— y otro bueno —la salvación de la madre—; y no podemos poner reparos a la construcción finalista según la gramática del "para que la madre no muera". De modo similar, la terminología, también finalista, de los moralistas y juristas no ha de obnubilar la cuestión de las represalias, haciéndonos ver en el efecto malo un medio para conseguir un bien; las partículas finalistas tienen por objeto destacar lo que es el efecto bueno, el cual se intenta y se desea, según exige la próxima condición.

C) Si el efecto malo que se prevé seguirá, no se intente ni se apruebe, sino que meramente se permita. Es evidente la unanimidad de moralistas y juristas en el uso de las partículas gramaticalmente finalistas, de modo que llega a ofrecer serias dificultades a la segunda condición supradicha. Tal unanimidad sólo pretende poner de relieve la intención de dicha acción, a fin de que sirva de contrapeso a la irregularidad —o lesión jurídica— que de por sí entrañan las represalias; y así lo confirman los principales adversarios como QUINTANO RIPOLLÉS (19).

Dice LÉCLERCQ (20) que "es la intención la que da un valor moral; en otras palabras, es la relación de la intención con el bien objetivo percibido por la razón". Y esta recta intención de conseguir sólo el efecto bueno lo exige SUÁREZ (21) en la con-

(18) NOLDIN, *Summa Theologiae Moralis*, II, 341.

(19) Q. RIPOLLÉS, *Derecho Penal Internacional*, 259-260, crítica duramente o OPPENHEIM y a otros autores "como sutileza de matiz finalista más ingeniosa que útil".

(20) LÉCLERCQ, *Del Derecho natural a la sociología* (Madrid, 1961) p. 39.

(21) SUÁREZ, *De Censuris* (Parisiis, 1861) disp. 23, s. 4, n. 49-50.

cepción y realización de la represalia: "y su uso será justo, si se hace en debida forma e intención". De igual modo que BÁÑEZ (22) lo preceptúa según la fórmula estereotipada: *cum moderate inculpatae tutelae*. Todos intentan descartar en lo posible el efecto malo; de donde se sigue que, aunque se prevea, nunca se intenta ni se aprueba. Y en realidad siempre se lamentan los efectos terribles de las represalias, por más que no nos debería extrañar por tratarse del último recurso para restablecer la justicia, sin llegar a la guerra.

Pero no olvidemos que la guerra ofensiva es el acto supremo de la justicia punitiva (23), es la *vindicatio vindicta por iniuria accepta* como es llamada en latín la función propia del juez que impone al reo, mediante la pena, la satisfacción completa del crimen o injuria. Y esto según VITORIA (24) "por Derecho de gentes y en virtud de la autoridad de todo el orbe, y aun parece que por Derecho natural, pues de otro modo el mundo no podría subsistir, si no hubiese en algunos autoridad y fuerza para atemorizar a los malos y reprimirlos, a fin de que no dañen a los inocentes, ya que todas aquellas acciones que son necesarias para el gobierno y conservación del mundo, se incluyen en el Derecho natural".

Y si juzgamos las represalias como una guerra "en pequeño" (25), o como el último recurso de fuerza, anterior a la guerra, ¿podremos admitir el desprecio con que se las desecha por unilateralidad y sin previo juicio? ¿Quién puede impedir la aplicación perfecta del carácter de acto supremo de la justicia punitiva con autoridad de todo el orbe? ¿Se las podrá considerar tan sólo como mal? (26). Las represalias no son un mal en sí, ni siquiera un mal menor, si bien se permite.

D) Si existe un motivo proporcionalmente grave de poner la causa y de permitir el efecto malo. Recordando a MOLINA sobre la graduación de la injuria que provoca las represalias, aceptamos una causa algo menor que la exigida para la guerra, pero no

(22) BÁÑEZ, *In 2-2: De iure et iustitia* (Venetiis, 1595) q. 40, a. 1, c. 1.185.

(23) BÁÑEZ, *In 2-2* q. 40, a. 1, c. 1.179.

(24) VITORIA, *De iure belli*, n. 19, p. 828-9.

(25) PIRHING, *Ius Canonicum* (Dillingae, 1578) l. V, t. 38, n. 21-3; SCHMALZGRUEBER, *Ius Ecclesiasticum*, V, 2, 36.

(26) Q. RIPOLLÉS, *Derecho Penal Internacional*, 259-261.

leve. Ningún moralista forjará teorías sobre la inmoralidad de la guerra. Para la defensiva dirán todos: "si es lícito al hombre privado repeler la fuerza con la fuerza, también le será lícito a un Estado (27) el principio de legítima defensa"; y para la guerra ofensiva ofrecen el siguiente argumento: el Derecho natural concede a cualquiera el poder de buscar, con autoridad pública, su derecho a vengar la injuria inferida, y también al Príncipe o a la nación que no tiene autoridad visible superior, le corresponde el mismo poder de buscar su derecho y de vengar la injuria "como autoridad divina" —en frase de ANGÉLICO (28)— En definitiva, volvemos a caer en el principio de legítima defensa, cuyo derecho no es algo de lo que uno puede usar o soslayar, sino una obligación para proteger el dominio de Dios sobre todas las criaturas. De ahí que VITORIA (29) se exprese con virulencia al exponerle y aplicarlo a nuestra materia. Pero con la moderación debida. Es decir, se impone el principio de la proporcionalidad, entre la causa provocadora de las represalias y el efecto malo que en ellos se permite (30).

Mas, ¿sobre quién recaerá la responsabilidad de valorar tales circunstancias exigidas por los moralistas en la acción del doble efecto? Sólo al Príncipe —"que tiene derecho a declarar la gue-

(27) NOLDIN, *Summa Theologiae Moralís*, II, 352.

(28) S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica* (Madrid, 1952) 2-2, q. 40, a. 1, ad. 1.

(29) VITORIA, *Relec. de Potestate Civile*. Obras de F. Vitoria, n. 10, p. 166. "Si, pues, el hombre no puede ceder el derecho o facultad de defenderse..., tampoco el Estado puede ser privado del derecho de defenderse y de administrarse justicia contra las Injurias de los propios y de los extraños, lo que no puede hacer sin los poderes públicos. Por lo tanto, si todos los ciudadanos conviniesen en perder todas estas potestades, en no atenerse a ley alguna, en no mandar a nadie, su pacto sería nulo e inválido, como contrario al Derecho natural".

(30) ARRIAGA, *Disputationes Theologicae*. De bello, n. 52. "No se produzcan mayores daños que los necesarios": NOLDIN, *Summa Theologiae Moralís*, I, 84, exige cinco circunstancias para la proporcionalidad: 1) Tanto mayor debe ser el motivo, cuanto mayor sea el mal que se prevea seguirá de la causa puesta. 2) Mayor motivo se exige, si el agente, de omitir tal acción, puede impedir el efecto malo. 3) Habrá mayor motivo según la proximidad, con que la causa concorra a ejecutar el mal. 4) También según la certeza con que se prevea la consecución del efecto malo; y 5) Lo mismo para los que deban "por oficio" impedir el mal.

rra"— compete el derecho de decretar las represalias y el de valorar la justicia de su causa, menor que para la guerra, pero no leve (31). SILVESTRE PRIERIAS (32) es el moralista que mejor explica la esencia del motivo justo.

Sería natural que intentáramos precisar aún más las circunstancias que concreten los casos de represalias justas. Pero creemos se trata de algo imposible de aclarar. Es cierto que, en su nombre, se han cometido monstruosidades, pero no olvidemos que el único juez de la injuria hecha a un Estado es su Príncipe. A él corresponde defenderlo, establecer la justicia y juzgar la gravedad de la injuria. Tal derecho le compete por el poder que en él reside, y por los medios que tiene a su alcance para comprender la gravedad de los perjuicios ocasionados. Sólo pueden responder ante su conciencia y ante Dios, si bien se le exige sobre tal gravedad una certeza moral prudencial, como en la guerra: la de si una guerra es o no ofensiva, la de si una represalia es o no respuesta, es cuestión puramente política y de moralidad interna. Pero quienes tengan acceso al consejo del Príncipe, deben discutir con diligencia la verdad (33); y si no son llamados al consejo, los súbditos —incluso los militares— deben obedecer a los superiores (34), mientras no les conste la injusticia de la guerra; también en la duda, ya en la guerra ofensiva como en la defensiva, pasando de la duda teórica a la certeza práctica (35).

Ojalá no hubiere necesidad de recurrir a la violencia para restablecer la justicia. Ni siquiera a las represalias. Pues "si bien la O. N. U. —afirmó Pío XII (36)— debería tener también el

(31) MOLINA, *De Iustitia et Iure* (Coloniae Allobrogum, 1733) d. 121, n. 5.

(32) SILVESTRE, *Summa Summarum*, I, 361-2, exige: 1) Un daño notable no módico. 2) Que no quiera o descuide el corregir. 3) Que conste la falta de justicia; y 4) Que el propio juez sentencie acerca de la negligencia y de la falta de justicia.

(33) SUÁREZ, *De bello*, s. 6.

(34) VITORIA, *De iure belli*, n. 23, p. 831.

(35) VITORIA, *De iure belli*, n. 31, p. 836-8. "El Príncipe ni siempre puede ni debe dar explicaciones a sus súbditos, y si éstos sólo pudieran, luchar cuando conociesen la justicia de la guerra, peligraría enormemente la nación, exponiéndose al peligro de entregarla en manos del enemigo; lo cual sería mucho más grave que la lucha contra el enemigo con dudosa conciencia; por tanto, deben luchar".

(36) Pío XII, *AAS* 49 (1957) 20-21.

derecho y el poder de prevenir toda intervención militar de un Estado en otro..., cuando se amenaza con el uso de armas atómicas, es claro que la guerra... no podría ser considerada ilícita". Existen, pues, bienes de tal importancia para la comunidad humana, que su defensa contra las agresiones injustas está, sin duda, plenamente justificada (37). Y puede una nación levantarse en armas y defenderse (38). Exceptuada la guerra total, por falta de control humano (39) y, consiguientemente, de proporción (40).

Y con un argumento *a fortiori* hay que concluir con el derecho a las represalias, puesto que, antes del recurso bélico, se impone la obligación de agotar todos los medios pacíficos, el último de los cuales lo componen las represalias.

II

EL DERECHO EN LAS REPRESALIAS

Aun después de haber adquirido el Derecho —afirma DEL VECCHIO (41) —una figura propia y distinta, no permanece inmóvil, sino que se desarrolla, se modifica. Las normas jurídicas en su existencia histórica o positiva están sujetas a un flujo continuo: quedan en vigor por algún tiempo y después son sustituidas por otras. Esta continua renovación obedece, ante todo, a que el Derecho es un producto del espíritu humano, así como la mente humana se desarrolla, elevándose de modos de conocimiento y actividad inferiores a otros superiores, así también se desenvuelve el Derecho. Además, variando las condiciones de vida y las circunstancias de lugar y de tiempo, estas mutaciones deben reflejarse a su vez en el Derecho, porque todos los fenómenos y en especial los de la vida social (entre los cuales está también el jurídico) están concatenados entre sí. No nos sorprenda, como luego veremos, la diferencia entre nuestra época y la de la Es-

(37) Pío XII, AAS 41 (1949) 13.

(38) Pío XII, AAS 50 (1958) 400.

(39) Pío XII, AAS 46 (1954) 589.

(40) Pío XII, AAS, 45 (1953) 747.

(41) DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho* (Barcelona, 1947) 471-2.

cuela Teológica Española (de los siglos XVI y XVII) con respecto a la casuística de las represalias, acerca del sujeto paciente.

No hay que creer, sin embargo, que la evolución histórica del Derecho representa una mutación absoluta; hay además elementos constantes que se perpetúan a través de los cambios de los fenómenos, porque son inherentes a la naturaleza humana y están implícitos en la misma noción lógica del Derecho. Así, donde quiera que haya Derecho, habrá siempre varios sujetos en recíproca libertad, que a fuer de recíproca no puede ser ilimitada. En cualquier ordenación jurídica debe haber, pues, dos elementos fundamentales; un cierto respeto a la personalidad humana y una cierta limitación del arbitrio individual.

Se intenta la humanización del Derecho. Y el Derecho en las represalias debe orillar cualquier acción que sea un delito contra la humanidad. Con cierta frecuencia, pues —advierte GARCÍA AMADOR (42)—, se ha vinculado históricamente la noción del “delito contra la humanidad” a los actos que en ciertas épocas dieron lugar a las llamadas “intervenciones de humanidad”. Sin embargo, ni esta institución llega a ser definitivamente admitida en el Derecho internacional, ni tampoco, con motivo de las prácticas esporádicas que le dieron origen, se formuló una definición propiamente dicha de los actos que justificaban o provocaban estas intervenciones extranjeras en los asuntos internos de un Estado. Se recordará asimismo que aun cuando en el preámbulo de las Convenciones de La Haya de 1889 y de 1907 se hablaba no solamente de los principios del Derecho de gentes que regían la guerra, sino también de las “leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”, tampoco se definían las obligaciones y prohibiciones que resultaban de estas últimas. La Comisión de Responsabilidades de la Conferencia Preliminar de la Paz de 1919 ensayó un desarrollo de esta incipiente noción de La Haya, al recomendar en su informe que un tribunal internacional conociera de ciertas acusaciones que no eran delitos de guerra *stricto sensu*, aplicando, entre otros, los “principios del Derecho de gentes según resulta... de las normas de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”. Ni la Conferencia

(42) GARCÍA AMADOR, *Introducción al estudio del Derecho internacional contemporáneo* (Madrid, 1959) c. 7, II, p. 283-6.

aceptó esta recomendación del informe, ni en el informe mismo se define ni distingue claramente qué actos además de las violaciones de las leyes y usos de la guerra, constituirían infracciones de los otros principios del Derecho de gentes. Estos últimos antecedentes demuestran, en efecto, que la noción del "delito contra la humanidad" no es enteramente nueva, pero al mismo tiempo revelan que nunca se tuvo una idea clara y precisa de la verdadera naturaleza jurídica de esta figura delictiva, en la que realmente se la concibió como una modalidad del delito de guerra.

Consecuentemente, en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg es donde primero aparecen las características distintivas del "delito contra la humanidad" (43). Pero, al revisar su proyecto de código la Comisión de Derecho Internacional reformó la definición del "delito contra la humanidad" de la siguiente manera: "Los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil, por motivos políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúan por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia" (párrafo 11 del art. 2.º). Concebida en estos términos, la definición es suficientemente amplia para asegurar la protección penal que el Derecho internacional contemporáneo debe extender a los intereses esenciales de la persona humana.

Urge, pues, se concrete cuáles son los valores e intereses esenciales de la persona humana. La doctrina pontificia nos podrá orientar, mas no olvidemos que ella es fruto sazonado y puesto al día de la Escuela Teológica Española (siglos XVI-XVII). Consideremos y justipreciemos sus argumentos, incluso en lo que tiene de caduco su derecho en las represalias, atendiendo su continuo devenir en el correr de los siglos en pro de su humanización.

(43) Según la definición contenida en el inciso c) del art. 6.º del Estatuto, este delito consiste en "el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o las persecuciones por motivos políticos, sociales o religiosos, cuando tales actos se hubieran cometido, o tales persecuciones se hubieran llevado a cabo al perpetrar cualquier delito sometido a la competencia del Tribunal o en relación con él, independientemente de que tales actos o persecuciones violen o no el derecho interno del país en que se cometan o lleven a cabo.

Ante la duda que el maestro VITORIA se plantea de si es lícito despojar a los inocentes en una guerra justa, propone en tercer lugar que "si los enemigos se niegan a restituir los bienes injustamente tomados y el perjudicado no pudiera recobrarlos buena-mente de otro modo, puede tomar satisfacción donde pueda, bien sea entre los culpables, o bien entre los inocentes. Así, por ejemplo, si ciertos ladrones franceses cometiesen un robo en territorio español y el Rey francés, pudiendo, no quisiera obligarles a restituir, en ese caso los españoles pueden, con la autoridad de su Rey, despojar a los mercaderes y labradores franceses, aunque fuesen inocentes. Pues si bien quizá en un principio la República y el Príncipe francés no tuviesen culpa, la tienen desde el momento que descuidan reparar, como dice AGUSTÍN, el mal que los suyos han causado, y el Príncipe perjudicado puede tomar satisfacción de cualquier miembro y parte de la República. De donde las llamadas patentes de corso o de represalias, que los Príncipes conceden en estos casos, no son injustas porque la negligencia e injuria del otro Príncipe concede al propio ofendido que pueda recobrar sus bienes, aun quitándoselos a los inocentes, aunque estas medidas son siempre peligrosas y dan ocasión de rapiña" (44).

Este llamado derecho a las responsabilidades es anunciado así por VITORIA —dice su comentador URDANOZ (45)— en breves palabras como principio de justa indemnización, aun respecto de los bienes de los inocentes. Las represalias o patentes de corso eran un fenómeno bastante frecuente, bien conocidas y definidas en sus condiciones jurídicas por los legistas medievales, pues BÁRTOLO escribía un tratado acerca de las mismas. VITORIA se refiere más bien a las represalias pacíficas y define bien sus condiciones; son los actos de violencia, recuperación de bienes por embargo de los del enemigo y otras medidas, inferiores a las guerras, que se toman contra algunos particulares del Estado adversario, motivados por causa justa de una injuria contraria y con el fin honesto de resarcirse e indemnizarse de los bienes en que uno ha sido injustamente lesionado.

Cuando el Príncipe extranjero no ha castigado y obligado a sus súbditos, dedicados al pillaje, a restituir lo arrebatado a los

(44) VITORIA, *De iure belli*, n. 41, p. 845-6.

(45) URDANOZ, *Introducción*. Obras de F. Vitoria, p. 805-6.

subditos de otro país, se hace responsable de tales injusticias. El soberano de los súbditos agraviados y atropellados puede conceder a éstos que tomen represalias de cualesquiera ciudadanos del Estado adversario, sean culpables o inocentes. El Príncipe de la nación culpable deberá, a su vez, resarcir a los súbditos inocentes esos bienes, como anotaban expresamente otros teólogos, como MOLINA. Las represalias —también la guerra— sólo pueden ser permitidas por la autoridad suprema del Estado.

VITORIA declara que tal sistema de concesión de represalias “no es de suyo injusto”, aunque pueda dar ocasión a inicuas rapiñas y violencias, sin duda por la facilidad de propasarse a venganzas y violencias desproporcionadas con la injuria que las motiva.

Y para soslayar semejante peligro se movilizaron tanto moralistas como juristas; es obvio que un Estado ejercite represalias sobre lo que pertenece al Estado agresor como tal Estado. Sin embargo, como “los bienes de los gobernantes —según apunta GROCIO (46)— no son a menudo tan fácil de caer en nuestro poder como los de las personas privadas, que son más numerosos”, se plantea un grave problema. La primera y principal cuestión que ROLIN (47) se presenta es “saber si las represalias pueden ejercerse sobre los bienes pertenecientes a particulares y, especialmente, a particulares inocentes de la ofensa al Derecho internacional”, pues “no hay duda —como advierte el mismo— de que puedan ejercerse sobre bienes de particulares culpables” (48). No conseguimos, sin embargo, aclarar nuestro problema; no hemos conseguido hallar la línea divisoria. Y al introducirnos en la

(46) GROCIO, *De iure belli ac pacis*, c. 2.

(47) ROLIN, *Le droit moderne de la guerre* (Bruxelles, 1920) 108.

(48) Refrendamos este juicio del gran iusinternacionalista con el del moralista PEINADOR (*Cursus brevior Theologiae Moralis*, Madrid, 1950, II, v. I, n. 344). “Es lícito tomar justos castigos o represalias, cuando... se haga sobre culpables, perdonando a los inocentes. La razón estriba en que durante la guerra justa, quien sufre injuria puede lícitamente castigar al que la comete, no de otro modo a como en la vida privada el juez condena legítimamente al delincuente a la pena. Por lo que dichas represalias, mientras se contengan entre justos y equitativos límites, son justos castigos de delinquentes”.

cuestión, hemos de sentar un principio, que luego aplicaremos en lo posible. El principio es de VITORIA, base de todo el Derecho internacional: "para que pueda recuperar sus bienes, incluso de los inocentes", como acabamos de ver. Y a partir de VITORIA se inicia una tradición, cuyo más genuino representante es MOLINA, que da nueva luz: "todo el Estado se considera enemigo, siendo lícito castigarle en todos sus miembros con relación a sus bienes materiales y de fortuna" (49). Es el principio de la *responsabilidad colectiva*.

Cada moralista usará una fraseología propia para expresar las represalias sobre los bienes materiales y de fortuna: expoliar y ocupar (VITORIA), invadir tierras y ocupar bienes (BALLERINI), ocupar violentamente y retener cosas enemigas (BUCCERONI) (50), ect.

Todavía no hemos salido de nuestro asombro ante tal género de culpabilidad y de nuevo volvemos a MOLINA que presiona con nuevas exigencias: "También es lícito imponer a dicho Estado un tributo que haya de ser pagado por todos sus miembros, e incluso por sus descendientes, en cuanto son partes futuras de dicho Estado, aun cuando no hayan cooperado en los delitos del Estado". ¿Por qué? Y nos responde el mismo MOLINA (51): el motivo es que en tales súbditos —los inocentes, cuyos bienes han sido ocupados— se castiga al Estado que descuidó vindicar lo que debía.

Pero este argumento no es personal. Confirma la doctrina del maestro de Salamanca (52). Doctrina tradicional, mantenida y conservada por todos. BÁÑEZ (53) y MOLINA, adversarios en otros campos doctrinales, no discrepan en este principio esencial. En fin, resumamos toda la tradición teológica con la frase lapidaria de PIRHING (54): "El Príncipe o el Estado es castigado en sus

(49) MOLINA, *De iustitia et iure*, d. 121, n. 4.

(50) BUCCERONI, *Institutiones Theologiae Moralis* (Romae, 1914) v. I, *De Quinto Praecepto*, VII, n. 756.

(51) MOLINA, *De iustitia et iure*, d. 121, n. 5.

(52) VITORIA, *De potestate civili*, n. 12, p. 167. "Toda la república puede lícitamente ser castigada por la falta del rey".

(53) BÁÑEZ, *In* 2-2, q. 40, a. 1, c. 1379 E-1380 A. "Pueden expoliar a los súbditos inocentes de la nación enemiga".

(54) PIRHING, *Ius Canonicum*, V, 38, 21-3.

súbditos". Así, pues, toda la Escuela Teológica Española y los posteriores moralistas admiten el principio de la responsabilidad colectiva.

Ahora bien, en realidad, ¿quién sería el sujeto paciente de las represalias? Hemos hallado en algunos moralistas cierta gradación, si bien con alguna confusión entre ellos. Vamos a seguir al que creemos posee la clasificación más lógica. De todos modos opinamos que la confusión se debe más a las palabras que al concepto.

Afirmamos con GROCIO el siguiente principio: "Por sólo el Derecho natural, nadie está obligado por una acción ajena, a no ser el sucesor de los bienes. Se ha establecido, pues, que los bienes y las cargas pasen al dominio de las cosas. Por lo cual, el emperador Zenón juzgaba contraria a la equidad natural el que se molestara a alguien por la deuda de otro. De aquí surgen esos títulos del Derecho romano —no la mujer por el marido, ni el marido por la mujer, ni el hijo por el padre, ni el padre o la madre por el hijo—" (55). Y de ningún modo puede repugnar a la naturaleza. Si esto no proviene del Derecho natural, puede ser inducido *more et tacito consensu*. Un derecho que nace de la costumbre y del consentimiento tácito de los pueblos. El motivo es claro: los compromisarios se obligan *ex solo consensu*, sin ninguna otra causa. Libremente.

Grocio afirma que Justiniano ya conoció este nuevo Derecho. Lo definía como el constituido por *usu exigente et humanis necessitatibus a gentibus humanis*. Y añade el mismo GROCIO una razón de tipo económico para que entendamos mejor el por qué de hallarse obligados todos los miembros del país. Supone al "Cabeza o al gobernante" responsable de la falta cometida por uno de sus súbditos, mientras no la castigue. Por tanto, el Príncipe debe satisfacer al otro país lesionado. Ahora bien, los bienes de los gobernantes no son a menudo tan fáciles de caer en nuestro poder como los de las personas privadas, que son más numerosos. La conclusión se manifiesta en seguida: "el Príncipe o el Estado es castigado en sus súbditos".

Mas no por Derecho natural como afirman la mayoría de los

(55) GROCIO, *De iure belli ac pacis*, c. 2, I, p. 761.

moralistas, sino por el Derecho de gentes (56). FILLUCIO (57) y sus predecesores "eximen, por Derecho natural, de los daños de las represalias, a los peregrinos, huéspedes y otros transeúntes, mientras éstos no sean culpables". Para lo cual se apoyan en la constitución libre y voluntaria del Estado: "no son miembros de dicho Estado, por lo que no se puede pensar que sus bienes pertenezcan a éste". En realidad afirman lo mismo. Idéntico fundamento para la misma conclusión. La diversidad estriba en las palabras. Pues SANTO TOMÁS (58) definía el Derecho de gentes como Derecho natural *secundum qui, quod ex ipso (iure naturali) consequitur*. Mas esto no supone que, por otra parte, carezcamos de claros testimonios de moralistas que eximen a los peregrinos y huéspedes que hay en una ciudad enemiga, "como costumbre introducida y admitida en el Derecho de gentes". Tal es SYLVIVS (59), que además cita a GREGORIO DE VALENCIA (punto 3) y a AZOR (*Institutiones*, t. III, l. 2, c. 7), los cuales confirman su postura. Y también el Derecho canónico ha intervenido para señalar a sus patrocinados (60).

(56) GROCIO, *De iure belli ac pacis*, c. 2, VII. "Según el Derecho de gentes están sometidos a la pignoración (o represalias) todos los súbditos del que cometió la injuria; por ejemplo, los indígenas y extranjeros que viven permanentemente, no los que están de paso o de corta permanencia. Las pignoraciones (o represalias), pues, han sido introducidas a semejanza de los cargos que se inducen por pagos de deudas públicas, de las que están inmunes quienes se someten a las leyes del país sólo por un tiempo determinado. Y, por el contrario, del número de súbditos se exceptúan según el Derecho de gentes los legados no enviados a nuestros enemigos y sus bienes".

(57) FILLUCIO, *Compendium Quaestionum Moralium* (Lugduni, 1626) n. 187.

(58) S. TOMÁS DE AQUINO, 2-2, q. 57 a 3.

(59) SYLVIVS, *Commentaria in 2-2*, q. 40, a. 6, p. 240.

(60) Según BILLUART (*Cursus Theologiae, Parisiis*, 1895, V, d. 7, a. 3), "por el Derecho canónico quedan excluidos de las represalias los presbíteros, monjes, conversos, peregrinos, comerciantes y rústicos que van y vienen, los agricultores que aran y llevan simientes a los campos"; y con pena de excomunión a los que conceden o ejercen represalias sobre personas eclesíásticas y sus bienes. Semejante excomunión proviene de la célebre Decretal que Gregorio X insertó en el capítulo único de *Iniuriis et damno dato*, dentro de la constitución 28 del segundo Concilio de Lyon. Y será el pretexto para que los canonistas intervengan en

A) *Las personas de los inocentes*

Toda la Escuela Teológica Española (siglos XVI-XVII) ha protegido ardientemente las personas de los inocentes. El grito es

el problema de las represalias. Para comprender mejor su ambiente histórico, hemos de recurrir al *Acta Conciliorum et Epistolae Decretales ac Constitutiones SS. Pontificum* (Parisiis, 1714, t. VII, c. 720 D-722 A). "Puesto que en Alemania, y tal vez también en otros lugares, se había desarrollado la inicua costumbre de las impignoraciones (o represalias), donde indebidamente uno es gravado por otro, el inocente por el culpable, entonces el Papa Gregorio X publicó la Decretal en dicho Concilio contra semejantes impignoraciones... No obstante tan saludable constitución, sobrevino poca utilidad, o porque después del Concilio no se publicó adecuadamente en las provincias, o porque el precipicio de la excomunión no atemoriza a los hombres perversos. Tales son los fragmentos de los actores sinodales, que pueden hallarse entre los escritores de su tiempo". Esta noticia histórica la podemos completar con la que nos brinda HEFELE (*Histoire des Conciles*, París, 1914, t. VI, 1.^a pars, 1. 38, can. 28, p. 206). "Las aprehensiones llamadas represalias por las que una persona es gravada por otra, son contrarias a la equidad natural y deben ser prohibidas por la ley civil; nosotros —los sinodales— prohibimos, sobre todo, el empleo de tales represalias contra los eclesiásticos o los bienes de la Iglesia, no obstante toda costumbre antigua. NOTA.—La *Continuatio Altahensis*, referida por EBERARD DE RATISBONA, muestra que este abuso de las represalias era especialmente frecuente en Alemania, y que tal prohibición no sirvió para mucho, porque ella no fué suficientemente promulgada en todas partes y porque la maldad de los hombres no temía las amenazas de las penas eclesiásticas". HEFELE termina citando la *Monumenta Germaniae Historiae* (XVII, 409). Pero para mayor inteligencia y comprensión del comentario doctrinal que moralistas y juristas le han hecho, es necesario citar antes el texto que Gregorio X insertó en el Concilio II de Lyon (MANSI, *SS. Conciliorum Collectio*, Venetiis, 1780, t. XXIV, c. 101 A-C). "Aunque las pignoraciones, a las que el vulgo denomina represalias, donde uno es gravado en lugar de otro, deben ser prohibidas por el Derecho civil como graves y contrarias a las leyes y a la equidad natural; pero para que su prohibición sobre las personas eclesiásticas tanto más sea temida, cuanto en las mismas sea decretada su concesión contra dichas personas o sus bienes o, en general, so pretexto de una costumbre, que más bien juzgamos un abuso, tal vez se diga, su extensión a tales, en el presente decreto severamente declaramos: aquellos, pues, que hicieran lo contrario, contra dichas personas, bien otorgando pignoraciones o represalias, bien extendiéndolas a las mismas, a no ser que revoquen semejante presunción desde el mes a partir del día de su concesión o extensión,

unánime: "no deben ejercerse las represalias contra personas que no cometieron daño alguno". ¿Por qué?

"El motivo es que, como las represalias se permiten por la semejanza con la guerra justa, según San Agustín, de igual modo

aquéllos si son personas singulares, incurren en la sentencia de excomunión; si son universidades (o personas públicas), caen en el entredicho eclesiástico". Censura tan grave tuvo poco éxito; los historiadores aportaron las razones supradichas, que no nos convencen, pues según el comentarista del *Acta* la responsabilidad dependía de los obispos y sus consultores —moralistas y juristas—, y de los muchos autores que hemos consultado sólo trece hacen referencia explícita o implícita a la Decretal —y de éstos cinco aluden a las penas canónicas, silenciándolas las demás—. SUÁREZ (*De Censuris*, disp. 23, s. 4, n. 49-50), SCHMALZGRUEBER (*Ius Ecclesiasticum Universum*, p. 225), LAYMAN (*Theologia Moralis*, Duaci, 1635, l. II, tr. 3, c. 12, n. 13), SILVESTRE PRIERIAS (*Summa Summarum*, I, 361-2) y BILLUART (*Cursus Theologiae*, V, d. 7, a. 3) advierten de la excomunión, que omiten —si bien aluden a la Decretal— PIRHING (*Ius Canonicum*, n. 22) y BUCCERONI (*Institutiones Theologiae Moralis*, I, VII, 756). Pero RODRIGO DE ARRIAGA (*Disputationes Theologiae*, p. 576) nos depara una dificultad sacada de LORCA (*Disp.* 52), el cual se apoya en el capítulo de *Iniuriis* al creer que las leyes civiles deben rechazar las represalias por ser éstas contrarias al Derecho natural; y ARRIAGA, prescindiendo de las penas canónicas de la Decretal, rechaza la dificultad de LORCA con una razón que contradice bastante lo que Gregorio X proponía: "En estos lugares sólo se trata de aquellas pignoraciones en las que falta alguna de las circunstancias exigidas". No creemos que ARRIAGA fuera muy partidario de lo que la Decretal trataba de enseñar. En un sentido igualmente sospechoso DIEGO DE COVARRUBIAS (*In Regulam Peccatum*, Salmanticae, 1576, p. 636), propugnador acérrimo de las represalias, nos presenta a Gregorio X casi como adversario, al que luego prácticamente rebate; pregunta ingenuamente: "¿Qué hay sobre las represalias? Pues el S. Pontífice en el capítulo único sobre Injurias insinúa que no son del todo lícitas, al afirmar que se apartan algo del derecho natural y divino". Pero reparamos, sobre todo, en las palabras que con sumo cuidado elige para responder y dar solución a su interrogante: "Creo que no de otro modo son lícitas, a como es lícita la guerra por derecho natural y divino y humano". S. ALFONSO MARÍA DE LIGORIO (*Theologia Moralis*, Bassani, 1779, t. I, l. 3, tr. 4, dub. 5, a. 3, n. 410) señala como sexta y última condición para la licitud de las represalias que "no se otorguen sobre personas eclesiásticas", pero no conseguirá que todos sus discípulos incluyan en su elenco esta sexta condición. ¿La conjuración del silencio? Y la única protección de pena canónica sobre los eclesiásticos, que hoy existe, es con respecto a sus personas según el canon 2.343 del Código de Derecho canónico.

que en la guerra justa no es lícito matar con *directa intención* y obra a los inocentes, es decir, a las mujeres y niños, lo será, en cambio, de una manera *accidental*, o sea, cuando una ciudad es atacada con máquinas y fuego, lo cual ciertamente lo trae la naturaleza de la guerra, ya que no puede desarrollarse de otra forma. Por tanto, no es lícito ofender intencionadamente a las personas inocentes, matándolas o golpeándolas, por más que esté permitido arrebatarles sus bienes. Sin embargo, se consiente que, por razón de las circunstancias, *accidentalmente* se maten y golpeen inocentes, pues de otro modo las represalias, legítimamente concedidas, no podrían ejercerse por militares, ni por los que tienen el derecho público de pignorar (o ejercer las represalias) cuando los inocentes defienden sus personas, a la vez que sus bienes, o cuando la ciudad, que es atacada por motivos de represalias, no puede ser de otra forma capturada" (61).

Con este criterio podemos entender mejor la oposición de PEINADOR, que al fin de cuentas afirma lo mismo, aunque defina las represalias, como "justos castigos de delincuentes" y pese a declarar que "nunca es lícito ejercer semejante acción sobre inocentes, como, por ejemplo, atacar una ciudad abierta, un hospital, etcétera; sólo para castigar la injusta agresión enemiga sobre una ciudad abierta". Todos sus asertos los fundamenta en lo siguiente: "La razón es obvia: la pena justa no puede ser una acción necesariamente injuriosa, cual es la muerte intencionada y procurada de los inocentes" (62).

Naturalmente, con DIEGO DE COVARRUBIAS también habíamos desechado por inmoral la muerte intencionada. Sin embargo, declaramos formalmente que cuando no se intenta de forma directa matar a inocentes, todos los horrores de las represalias —siempre menores que los de la guerra justa— son lícitos. Lo que llamamos una muerte accidental o circunstancial. Sin intención. Incluso PEINADOR: "se respetará la vida de inocentes y no súbditos, mientras la distinción sea posible".

A idéntica conclusión llegan todos los moralistas y juristas que estudian las represalias. PRITING: "por consiguiente, se podrá matar y herir accidentalmente a inocentes, que se defiendan a sí

(61) COVARRUBIAS, *In Regulam Peccatum*, p. 636.

(62) PEINADOR, *Cursus brevior Theologiae Moralis*. II, I, 344.

mismos y a sus cosas; por ejemplo, en la ciudad que no puede ser de otro modo capturada, pues de lo contrario las represalias legítimamente otorgadas no podrían ejercerse". SCHMALZGRUEBER y, en general, todos repiten estas palabras exactamente y con insistencia machacona.

B) *Los bienes de los inocentes*

En todo el ámbito de estos bienes inferiores —excluida la libertad reputada por equivocación histórica como uno más por la Escuela Teológica Española (63)— se daba en la época renacen-

(63) Fué error de la época renacentista y, consiguientemente, de la Escuela Teológica Española (s. XVI-XVII), el equiparar la libertad a los bienes de fortuna. Aquella obnubilación, fruto de tantos siglos de esclavitud, no logró disiparse pese a los esfuerzos de nuestros teólogos y juristas en racionalizar y cristianizar el Derecho de gentes. Había un error de principio que les impidió solucionar el problema; les faltó apreciar una característica importante del derecho de propiedad: la diversidad axiológica. La conexión, pues, entre el sujeto y el objeto, en que el derecho de propiedad privada consiste, sólo es posible cuando entre el sujeto que posee y el objeto poseído hay una diversidad axiológica, cuando uno es fin y otro medio; cuando es dueño de sí, de sus actos y del producto de sus mismos actos, y el otro no es sino en función de otra cosa. Por tanto, el hombre, ser racional, sólo pertenece al valor-sujeto. Sin embargo, una monstruosa deformación jurídica pudo en tiempos pretéritos sancionar legalmente el ejercicio del derecho de propiedad sobre personas, ya sea un dominio directo sobre la vida, ya indirecto sobre la ejecución de las acciones honestas del esclavo. Consiste, por ende, la esclavitud en esa subversión, inadmisible axiológicamente, de convertir los fines en medios. Así, pues, la libertad pertenece a la categoría de fines intransferibles del sujeto, bien no socialmente comunicable, carente de función social —como luego explicaremos—. Ni la guerra ni las represalias podrán en ningún concepto ejercerse a costa de la privación de libertad como esclavitud directa o indirecta. Y ello viene sancionado por el Derecho de gentes, en la Convención ginebrina de 12 de agosto de 1949. En su artículo 33 prohíbe las represalias "sobre las personas protegidas y sus bienes", debiéndose entender —a nuestro juicio— sobre los bienes intransferibles únicamente, pues la función social de ciertos bienes es de carácter natural y no puede ser derogada por convención alguna positiva. Y parece aclararlo el art. 34, al referirse a la libertad, bien intransferible: "la captura de rehenes queda prohibida".

tista, según el testimonio de URDANOZ (64), plena vigencia a la concepción pagana de *responsabilidad colectiva por derecho de guerra*. Todos los miembros del Estado enemigo se consideraban solidarios y responsables en cuanto a sufrir los daños y las penas inherentes a las operaciones bélicas.

En principio se considera lícito despojar de sus bienes a los inocentes del país enemigo (65) —supuesta la legitimidad de esa ley de responsabilidad colectiva—, se aplica simplemente el principio del Derecho romano anunciado más tarde de que “en la guerra los bienes muebles del enemigo son apropiados por el ocupante” (66). Sin embargo, dicha ley es limitada por el criterio de la necesidad de la guerra. Así como la muerte indirecta de los inocentes era permitida en cuanto necesaria para efectuar las operaciones bélicas, de modo similar es lícito despojarles de sus bienes. Se permitirá siempre apoderarse de todos aquellos bienes que va a utilizar el adversario como medios o pertrechos de guerra: armas, naves, máquinas. Asimismo, la destrucción de cosechas, de animales, etc., de ciudadanos inocentes, cuando ello es de necesidad para debilitar la potencia ofensiva del enemigo. Y “en la guerra perpetua” contra los infieles hostiles es lícito despojar de sus bienes indiferentemente a culpables e inocentes, pues siempre era necesario debilitar el poder de tan terribles enemigos.

No parece lícito apoderarse de los bienes de campesinos y otros pacíficos inocentes del territorio enemigo, cuando no es necesario para las operaciones bélicas (67). Sin embargo, los bienes de que hubieran sido despojados tales inocentes en razón de las necesidades de guerra no hay obligación de restituirlos, afirma VITORIA, contra el parecer de SILVESTRE. Nunca, en cambio, es lícito despojar de sus bienes a los extranjeros en territorio enemigo, mientras no conste que sean culpables (67).

En el Derecho internacional moderno se proclama el principio de *responsabilidad individual*, también en la guerra, para los inocentes o no combatientes, eliminándose aquella falsa noción de *responsabilidad colectiva*. Se declara que todas esas personas ci-

(64) URDANOZ, *Introducción*. Obras de F. Vitoria, p. 805-809.

(65) VITORIA, *De iure belli*, n. 39, p. 844.

(66) VITORIA, *De iure belli*, n. 51, p. 851.

(67) VITORIA, *De iure belli*, n. 40, p. 844-5.

viles tienen derecho al respeto a su persona, a su honor, a sus bienes y derechos familiares. Se prohíben, en general todas las penas colectivas y medidas de coacción contra la población civil. De igual suerte, cualquier forma de esclavitud o cantiverio, así como el pillaje y la apropiación o confiscación de los bienes de los particulares, quedaron severamente prohibidos. Únicamente, por necesidad de las tropas de ocupación, se permiten las requisas, que deben ser pagadas o devueltas prontamente. Y se manda tomar todas las medidas para evitar destrucciones innecesarias de los edificios, especialmente los dedicados al culto, a la beneficencia o los monumentos artísticos.

Estas disposiciones, ya vigentes desde la segunda Conferencia de La Haya de 1907, han devuelto a su pleno vigor el principio que hace al Estado como tal el único responsable de la guerra y han restringido el criterio de las medidas que son lícitas para los fines de guerra.

Bien sabido es que los Convenios modernos de Derecho internacional han humanizado y transformado sustancialmente, también en este punto de los bienes, las leyes de guerra antiguas. Han quedado abolidos y severamente prohibidos bajo cualquier pretexto el saqueo, pillaje y la ocupación de los bienes del enemigo. Y, según la concepción actual que hace único responsable de la guerra y sus operaciones a los Estados como entidades distintas, son respetados los bienes y propiedades de los particulares.

Las represalias pacíficas, según VERDROSS (68), no podrán, por tanto, traspasar los límites del Derecho de guerra, o sea, alcanzar bienes jurídicos protegidos por aquél. Esta limitación resulta del Derecho de que las represalias pacíficas son un medio menos violento que la guerra, por lo que deben valer para ellas todas las prohibiciones existentes para aquélla. Reconocida esta limitación, no es preciso ya exigir, además, que las represalias no consistan en acciones inhumanas, pues el mismo Derecho de la guerra protege los derechos fundamentales de las poblaciones civiles y de los prisioneros. Ahora bien, durante el curso de una guerra, contra una violación del Derecho internacional por el enemigo, un Estado sólo puede reaccionar con represalias. Pero a diferencia de las represalias pacíficas, éstas no pueden verse limitadas

(68) VERDROSS, *Derecho Internacional Público*, 358-388.

por el Derecho de la guerra, porque entre los beligerantes rige sólo el Derecho de la guerra. Una represalia bélica sólo podrá, pues, consistir en una o varias intromisiones en el Derecho de la guerra. Sin embargo, determinadas violaciones del Derecho de la guerra están prohibidas incluso como represalias. Ante todo, no debe existir una *desproporción* notoria entre el acto ilícito y la represalia. En segundo lugar, no deben lesionarse las leyes de humanidad. Una importante limitación se encuentra además en el artículo 3.º del Convenio de Ginebra de 27 de junio de 1929, sobre el trato de prisioneros de guerra, que prohíbe expresamente la práctica de medidas de represalia contra los prisioneros de guerra. Esta disposición se ha hecho extensiva también a las personas civiles por el art. 33 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre la protección de las poblaciones civiles en tiempo de guerra.

Pero, ¿es completamente rechazable el concepto de *responsabilidad colectiva* que poseía la Escuela Teológica Española (siglos XVI-XVII)? Primeramente creemos que difería de la concepción pagana y, sobre todo, que —si bien carecía de nuestra moderna terminología— era poseedora de la escala de valores según la doctrina pontificia (69) y sobre el Derecho de propiedad. La

(69) PEREÑA (*Hacia una sociología del bien común*, "Colección Bien Común", 107; *Bien común y paz dinámica*, "Colección Bien Común", 68) afirma y describe la primera carta de los Derechos humanos elaborada por la Escuela Teológica Española. También URBANOZ (*Introducción*. Obras de F. Vitoria, 595), basándose en MEYER, en el Código de Malinas, en VERDROSS, TRUYOL SERRA, CARRO y Pío XII, resume en diez los derechos fundamentales del Estado y los halla implícitos en la doctrina del Maestro Vitoria. Confirmación y modernización de la escala de valores de la Escuela Teológica Española es el resumen siguiente de la doctrina pontificia:

1) *Derecho* a la existencia, a la integridad corporal y a los medios necesarios para un nivel de vida digno (Pío XII, AAS 29, 1937, 75; JUAN XXIII, AAS 53, 1961, 448; *Eclesia*, 1963, n. 1.135, p. 4), pues la vida humana es sagrada (JUAN XXIII, AAS 53, 1961, 455).

2) *Derechos* referentes a los valores morales y culturales (Pío XII, AAS, 35, 1943, 20; *Discorsi e Radiomessaggi* 12, 161; JUAN XXIII, *Eclesia*, 1963, n. 1.135, p. 4).

3) *Derecho* de honrar a Dios según el dictamen de la recta conciencia (Pío XII, *DER.* 6, 223; JUAN XXIII, *Eclesia*, 1963, n. 1.135, p. 4).

4) *Derecho* a la elección del propio estado: sacerdotal, religioso o

función social de este Derecho está reducida a la célebre división de bienes comunicables e intransferibles. Por más que de todos modos rechazamos el concepto jurídico de responsabilidad colectiva, pero apoyándonos en esta función social de bienes admitiremos la injerencia represálica de los mismos. Hay, pues, bienes cuya utilidad se agota en el servicio prestado a su propietario. Tales son los bienes de consumo, como sucede con los alimentos. Pero hay otros bienes, cuyo servicio al propietario no agota la utilidad de los mismos; por ejemplo, la maquinaria de una fábrica. Y de esta sobreabundancia de utilidad nace la función social de la propiedad, gracias a la pluralidad de fines que puede darse en la cosa poseída y que no puede consumir su propietario. Y esa utilidad sobrante debe destinarla el propietario al uso de los demás miembros de la sociedad, contribuyendo así al bien común, y aspirando a la obtención o consecución del fin de la sociedad.

Dios es el verdadero propietario de todos los bienes, que creó y conserva; el hombre, su gerente, debiendo, por consiguiente, inspirarse para su administración en la voluntad de Aquél, que se los ha confiado, y la tierra, según los designios de Dios, está destinada a proporcionar a todos los hombres aquello de que tengan necesidad para mantenerse y vivir. Por tanto, el derecho a la vida, a la propia conservación, es, según el Derecho natural, un derecho *primitivo*, y el Derecho de propiedad es un derecho *derivado* del anterior. Por eso, en un orden de prioridad, siempre ha de prevalecer el derecho primitivo sobre el derivado.

Si a esto se agrega que todos los bienes objeto del Derecho de propiedad son —conforme al Derecho natural— bienes útiles des-

matrimonial (Pío XII, AAS, 35, 1943, 20; JUAN XXIII, *Eclesia*, 1963, n. 1.135, p. 4).

5) *Derecho de asociación* (Pío XI, AAS, 299, 1937, 76; JUAN XXIII, AAS 53, 1961, 448; *Eclesia*, 1963, n. 1.135, p. 5).

6) *Derecho a ser estable* —supuesto el de migración—: es normalmente el primer responsable de su propia manutención y la de su familia (JUAN XXIII, AAS 53, 1961, 448; *Eclesia*, 1963, n. 1.135, p. 5).

7) *Derecho a la libre iniciativa* (JUAN XXIII, AAS, 53, 1961, 447), al trabajo como medio indispensable para el mantenimiento de la vida familiar (Pío XII, AAS 35, 1943 20) y a la propiedad privada, en la que está intrínsecamente inherente una función social (Acta LEONIS XIII, 11, 1891, 97-144; JUAN XXIII, AAS 53, 1961, 448; *Eclesia*, 1963, n. 1.135, p. 4-5).

tinados al servicio del hombre, de todo hombre, entonces podrá concluirse que el derecho de propiedad privada no podrá mantenerse jamás sacrificando el derecho primario del hombre, de cualquier hombre, a la vida.

Pero cuando la propiedad privada no cumpla los fines sociales según las necesidades y exigencias del bien común, entonces el Estado puede desplegar todos sus derechos sobre ella.

“La autoridad, guiada siempre por la ley natural y divina e inspirándose en las verdaderas necesidades del bien común, puede determinar más cuidadosamente lo que es lícito o ilícito a los poseedores en el uso de sus bienes” (70), pues “cuando para el fin (de la sociedad) sea un obstáculo la distribución de la propiedad, el Estado, por el interés común, puede intervenir para regular su uso o también, si de otra manera no se puede proveer equitativamente, decretar la expropiación, dando una indemnización conveniente” (71).

Así, pues, aparece una doble forma de *dominio del Estado*:

1) *A título de propiedad pública* que es el dominio que tiene el Estado sobre sus bienes propios destinados al bien común de la sociedad política, y respecto a los cuales posee vigencia la exclusividad que caracteriza el Derecho de propiedad. Los miembros del Estado tienen derecho a servirse y gozar de estos bienes públicos, pero no pueden impedir el acceso de otros miembros del Estado a dichos bienes ni pueden transmitirlos.

2) *A título de alto dominio o dominio eminente* sobre todas las propiedades u objetos de propiedad comprendidos dentro del ámbito territorial del Estado, incluso las cosas que son objeto de propiedad privada, sobre la cual podrá el Estado disponer —cuando el bien común lo exija—, ya *temporalmente* (como en caso de guerra, represalias o movilización, ocupando las fábricas, orientando la producción hacia las necesidades exigidas por fines inmediatos y urgentes, etc.), ya de un modo *estable y permanente* (como cuando se procede a la nacionalización de empresas que, por su carácter especial, requieran el control directo del Estado). “Pero también en esta materia debe seguirse el principio de subsidiaridad, según el cual no debe extender su propiedad el Es-

(70) Pto XI, AAS 23 (1931) 193.

(71) Pto XII, AAS 36 (1944) 201.

tado ni las otras entidades del Derecho público, sino cuando la exigen los motivos de manifiesta y verdadera necesidad del bien común, y no con el fin de reducir la propiedad privada, y menos aún de eliminarla. Y es que en la época moderna existe la tendencia hacia una progresiva ampliación de la propiedad, cuyo objeto es el Estado u otras entidades de Derecho público. Este hecho encuentra una explicación en las funciones siempre más vastas, que el bien común pide cumplir a los poderes públicos" (72).

Y toda esta doctrina que hoy consideramos como católica, proviene de la Escuela Teológica Española (siglos XVI-XVII) (73).

Es la consecuencia del dominio eminente que el Estado tiene sobre todas las propiedades u objetos de propiedad, comprendidos dentro del ámbito territorial. Pero el Estado lesionado queda como delegado por la autoridad del orbe a restablecer la justicia, y puede intervenir como juez en el territorio del agresor. Y si el Estado puede disponer ya temporalmente ya de un modo permanente sobre las cosas que son objeto de propiedad privada —cuando el bien común lo exija—, también el Estado ofendido por una injuria grave, podrá —en acción bélica o represálica— disponer de los mismos bienes enmarcados en la nación agresora,

(72) JUAN XXIII, AAS 53 (1961) 451.

(73) SALON (*De Iustitia, Valentiae*, 1591, q. 63, a. 2, p. 1043-5) considerara los dos poderes estatales: el de dominio —*ius dominativum*— que procura el bien común, realizando servicios o produciendo bienes útiles para todos, puestos a su servicio para disfrutarlos socialmente, pero sin poseerlos las personas privadas, son del dominio directo del Estado; y el *ius gubernativum*, poder de ordenación, de armonizar bienes particulares, estrictamente personales, los cuales secundariamente están bajo la comunidad y han de beneficiar a todos, por lo que el Estado debe impedir que dañe a cualquiera. Y entonces los bienes estrictamente particulares ordenados dentro de la comunidad, se hacen comunes, si son *socialmente comunicables*; de lo contrario, gozan de inmunidad, imponiéndose sobre la misma existencia del Estado. Y DOMINGO DE SOTO (*De Iustitia, Methymnae a Campo*, 1639, V, 1, 7) afirma que jamás se puede matar a un inocente, aunque dependiera de este acto la existencia de la República, porque la vida es un bien *intransferible*. Pero MIGUEL DEL PALACIO (*In III Sententiarum de Legibus*, c. 7; PEREÑA, *Hacia una sociología del bien común*, 24) advierte que "el ciudadano inocente puede ser perjudicado en sus bienes *socialmente comunicables*, si el Estado se halla en peligro, ya que el bien más general debe ser preferido al bien particular".

en virtud de la autoridad del orbe como exigencia del bien común internacional, que es la paz. Con autoridad de la solidaridad jurídica y económica de los hombres. Además, si la guerra constituye el acto supremo de la justicia vindicativa internacional, las represalias son el último medio pacífico al que hay que recurrir antes de iniciar la guerra. Y cuando se imponga la coyuntura de ejercerlas, surge a la vez el caso de extrema necesidad que permite la intervención estatal en los bienes privados, gracias a su función social o, en terminología de la Escuela Teológica Española, a la comunicabilidad de ciertos bienes propios de la persona humana.

Pero los bienes no comunicables serán siempre intangibles, no así los otros debido a su función social. De este modo podemos entender mejor la responsabilidad internacional de los Estados. No se trata de admitir el concepto de responsabilidad colectiva, al ejercer las represalias sobre los bienes de fortuna, sino de reconocer la legitimidad de intervención de un Estado lesionado como juez de su agresor y el derecho que el Estado posee sobre los bienes *socialmente comunicables* de sus súbditos y los del Estado ofensor, actualmente reo de un delito internacional frente al lesionado, su juez. Por tanto, el Estado ofendido “como los bienes de los gobernantes —sobre que el Estado agresor tiene dominio directo— no son a menudo tan fáciles —según el testimonio ya citado de GROCIO (46)— de caer en nuestro poder como los de las personas privadas —sobre los que el Estado tiene dominio eminente o *ius gubernativum*—, que son más numerosos”, podrá ejercer las represalias sobre tales bienes privados —de los inocentes—, socialmente comunicables, pues lo exige el bien común internacional.

Por ello, prescindiendo del principio de responsabilidad colectiva que rechazamos, usamos los elementos valiosos de la Escuela Teológica Española, que acertó en señalar la responsabilidad internacional, en el supuesto de un gobierno completamente democrático. No podemos olvidar las palabras de VITORIA (74), completadas por Pío XII (75): “Al ser instituido el Rey por la Re-

(74) VITORIA, *De iure belli*, n. 12, p. 167.

(75) Pío XII, AAS 41 (1949) 10; 37 (1945) 13. “La doctrina católica sobre el Estado y la sociedad civil se ha fundado siempre en el principio

pública, si cometiera alguna insolencia, se lo imputará a la misma República: razón por lo cual tiene obligación de no encomendar este poder sino al que justamente lo ejerce, pues de otra manera se pone en peligro”.

CONCLUSIONES

Que, por una causa menor (que para la guerra), pero no leve, existe el derecho para las represalias, último recurso pacífico, anterior a la guerra. Pero dicha injerencia jurídica sólo podrá lesionar (atendidos los principios de proporcionalidad y racionalidad, y por causa del acto de doble efecto en legítima defensa eficaz) bienes socialmente comunicables de particulares del Estado agresor, intentando así obligarle a respetar la ley.

El Estado ofendido se constituye en juez sobre el agresor con la autoridad del orbe, con lo que se arroga legítimamente el *dominio eminente* (para disponer habitual y perpetuamente) de la función social de los bienes privados —socialmente comunicables—, que un Estado tiene con respecto a sus súbditos.

Ni liberalismo ni socialismo totalitarista. Pero hay una comunidad que tiene fin y deberes comunes, y si los hombres, valiéndose de su libertad personal, negaran toda dependencia de una autoridad superior, dotada con el derecho de coaccionar, socavarían con esta desobediencia el fundamento de su propia dignidad, es decir, aquel orden absoluto de los seres y de los fines —en frase de Pío XII—.

de que, según la voluntad divina, los pueblos forman todos ellos una comunidad que tiene fin y deberes comunes... Y si los hombres, valiéndose de su libertad personal, negaran toda dependencia de una autoridad superior dotada con el derecho de coacción, socavarían con esta desobediencia el fundamento de su propia dignidad, es decir, aquel orden absoluto de los seres y de los fines”.