

José Choto

TESIS DE JURISPRUDENCIA

1894

Bina

TESIS

PRESENTADA À LA

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA

— DE LA —

Facultad de Jurisprudencia

— DE LA —

UNIVERSIDAD NACIONAL

DE EL SALVADOR

— POR —

Jose Choto,

EN EL ACTO PÚBLICO DE SU

DOCTORAMIENTO

A las..... del día..... de Noviembre de

1894

SAN SALVADOR,

IMPRESA NACIONAL, 10ª AVENIDA SUR N° 84

PERSONAL DE LA UNIVERSIDAD



Rector,

Doctor don Carlos Bonilla,

Secretario,

Doctor don Victor Jerez,

JUNTA DIRECTIVA DE LA FACULTAD

Decano,

Doctor don Salvador Gallegos,

Primer Vocal,

Doctor don Cayetano Ochoa,

Segundo Vocal,

Dr. don Francisco M. Suárez,

Secretario,

Doctor don Gonzalo Mixco,

SUPLENTE

Sub-Decano,

Doctor don Manuel Delgado,

Primer Vocal,

Doctor don Rafael Reyes,

Segundo Vocal,

Doctor don Emilio González,

Pro-Secretario,

Doctor don Rosalío A. Carrillo,



DEDICATORIA

A mis padres

Don Rafael Enríque y doña
Paula Jerez de Enríque.

No pretendo pagáros ni la más insignificante parte de los inmensos sacrificios que os habéis impuesto por proporcionarme los medios de ser útil á la Sociedad en la humilde esfera de mis aptitudes. Al dedicaros el último acto de mi carrera literaria, no quiero demostraros otra cosa que la satisfacción que experimento por haber coadyuvado, por mi parte, á la consecución de tan noble propósito.

Feliz yo si pudiera seguir las huellas que me habéis trazado: huellas que son reguero bendecido por el trabajo, la virtud y abnegación constantes!

A MI HERMANA.

Señorita María Rosaria Chota.

Cumplo con un deber gratísimo para mi corazón al consignaros este pequeño testimonio de mi cariño, bien merecido por los continuos desvelos que te he causado. Recíbela, no como recompensa de tus generosos esfuerzos, sino en prueba de mi entrañable amor.

AMI HERMANO.

Doctor Jesús Chato Jerez.

Juntos hemos sobrellevado las penalidades de la vida de estudiante y juntos también hemos de gozar del fruto de nuestros trabajos: he ahí justificada el móvil que me impulsa á pagarte esta deuda de fraternal aprecio.

A MIS MAESTROS

*Doctores don Teodosio Carranza,
don Ricardo Moreira, don Francisco
Vaquero, don Emilio González, don
Nicolás Aguilar, y á la memoria del
Doctor don Daniel Calderón.*

*Homenaje de gratitud
y de respeto.*

A LOS SEÑORES

*Don Agustín Choto, don
José María Peña, don Jo-
sés Sandoval, don Manuel
y don Prudencio Ordoñez.*

Siempre he creído que la gratitud es el más noble estímulo de los corazones jóvenes; por eso no vacilo en consignar en esta página, los nombres de las personas que acabo de mencionar y á quienes debo especial deferencia por los señalados servicios y atenciones que de ellas he recibido durante mi educación escolar.

Reciban, pues, esta manifestación sencilla, como la expresión más sincera de mi inolvidable cariño.



ESTUDIO SOBRE LAS LEYES DE LA GUERRA.

SI la guerra es un mal necesario; si son tan desastrosas las consecuencias que acarrea, aminorar esos terribles efectos, limitándolos á lo estrictamente indispensable por medio de leyes ineludibles, me parece una tarea al par que humanitaria arreglada á los principios más fecundos que proclama el Derecho Internacional.

Preciosa labor sería la de relatar los progresos que á través del campo de la Historia, han venido haciendo las leyes de la guerra que cada día tienden á identificarse más y más con los principios humanitarios de la Moral Universal, que informan hoy, gracias á la más gloriosa de las evoluciones, las máximas del Derecho Internacional moderno.

Pero, para los cortos límites de este trabajo, creo suficiente consignar, desde luego, que la teoría aceptada por los más grandes publicistas del siglo que han escrito sobre el derecho de la guerra, y que será objeto de esta tesis, se infiltra, en virtud del cumplimiento de una ley de la biología social, en las costumbres de los pueblos modernos.

Si es verdad que el estado de guerra con su cor-

tejo fúnebre de calamidades despierta y aviva las pasiones más salvajes del hombre contra el hombre; no lo es menos que la influencia bienhechora de los principios humanitarios de la filosofía jurídica, modifica con plausible evidencia, dulcificándolas, las relaciones sociales que arraigan en ese terrible estado de las naciones siempre anómalo, á pesar de las seductoras teorías de un gran filósofo inglés: Hobbes.

El Derecho de Gentes antiguo reconocía como enemigos ó beligerantes á todos los súbditos de una nación que se encontrara en estado de guerra con otra: conservaban este carácter por beligerantes, aún en el caso de que estuvieran fuera de su territorio: era lícito emplear toda clase de violencias y exacciones contra ellos en donde quiera que se les hallase, excepto en territorio de país neutro: en sus bienes, derechos, créditos y acciones pertenecientes á los beligerantes se convertían en verdadera *res nullius*: impunemente se podían apropiar esos bienes por el contrario beligerante, excepto en territorio neutral; y esta apropiación llegó á ser un título traslativo de dominio tan legítimo y legal, que las cosas por él adquiridas, podían traspasarse aún á los súbditos de las naciones neutrales.

Esta era la Jurisprudencia de la guerra antigua, según Vattel.

Bello cree que estas máximas, ya considerablemente mitigadas en la práctica, sobre todo, en lo que se refiere á la guerra terrestre, seguirán una evolución humanitaria y bienhechora, hasta convertir á la guerra en una simple contienda de soberanos, en que se respeta á las personas y propiedades particulares; limitándose á causar el daño necesario exigido por las operaciones de los ejércitos y escuadras, encaminados exclusivamente á la ocupación del territorio y de los demás bienes públicos del Estado enemigo.

Inspirado en estos principios, un publicista venezolano reconoce, que conforme al Derecho de Gentes, no tienen el carácter de beligerantes todos los que to-

man parte en una guerra; y concreta ese carácter solo á los individuos que pertenecen al Ejército regular, á las milicias ó guardias cívicas organizadas permanentemente, cuando constituyen parte integrante y legal del Ejército nacional; y á los que forman lo que se ha dado en llamar "cuerpos de voluntarios", cuando se organizaren bajo el mando de un jefe responsable, llevando armas públicamente, tomando un signo fijo y distintivo, y sobre todo, ajustándose en sus operaciones militares á las leyes de la guerra.

"El carácter de beligerante, dice el referido publicista, no se puede rehusar á la población de un territorio no ocupado que, al acercarse las tropas invasoras, tome espontáneamente las armas, sin tener el tiempo ó los medios de organizarse."

"Fuera de las tres categorías anteriormente expresadas, puede haber otros beligerantes que hayan tomado las armas para defender á su país y que se hayan ajustado al derecho de la guerra. Tales son, por ejemplo, los hombres constituidos en cuerpos francos, guerrillas ó francos voladores."

Para que esta última clase de beligerantes tenga derecho á los privilegios é inmunidades del prisionero de guerra, es necesario que estén provistos de un signo fijo y fácil de conocer á distancia y que hagan la guerra de una manera franca y abierta.

Ese signo fijo debe usarse por el portador de una manera constante y visible: cualquiera que dicho signo sea, por ejemplo, un escudo, un bordado en el vestido, una gorra especial, y aunque no tenga el uniforme reglamentario nacional.

Después de clasificar á los beligerantes, procede, en mi concepto, exponer cómo han sido tratados estos beligerantes vencidos, es decir, á los prisioneros de guerra.

El derecho público de los romanos consagraba este principio implacable: *adversus hostis aeterna auctoritas est*.

El derecho contra el enemigo vencido, autorizaba á las legiones romanas para quitarle la vida. Y así sucedía, en efecto, en las guerras antiguas.

Las protestas contra este derecho comenzaron á raíz de la edad media.

En efecto, el derecho de vida ó muerte sobre el prisionero de guerra, se convirtió en un derecho menos salvaje: *el de reducirlo á la esclavitud*.

Pero en el siglo XII las ideas humanitarias hicieron un progreso. En 1179 una decretal del tercer concilio de Letrán, prohibió terminantemente la esclavitud y la venta de los prisioneros de guerra.

No obstante esa prohibición, durante las guerras de moros y cristianos, ese infame tráfico continuó aún vigente, autorizado por la Iglesia Católica, que exigía su protección y amparo á los árabes que se hallaban fuera de su ley y comunión.

En presencia de esa sabia disposición del derecho canónico que no pudo imponerse en las costumbres de aquella época caótica, los principios humanitarios que tendían á imponerse para aliviar la triste situación del vencido, apelaron á una práctica: *el rescate*.

“La admisión del rescate, dice Calvo, señala un progreso notabilísimo en la legislación internacional. Permitido ya, aunque con tanta extensión y facilidades tan grandes, en la edad media, contribuyó poderosamente á transformar la esclavitud, preparando en cierto modo su completa extinción. No era esta, empero, todavía más que una mejora, siempre aceptable, de la miserable condición en que vivían los prisioneros enemigos, puesto que les imponía una detención ilimitada.”

Al hecho de la detención ilimitada, se substituyó una idea más progresiva y humanitaria: *el cange de los prisioneros*.

El cange fué desde su principio una institución del derecho de gentes voluntario, y por lo tanto solo ha sido efectivo cuando los beligerantes han accedido voluntariamente á ello ó cuando se ha pactado en compromisos internacionales.

En esta clase de convenios ha sido regla común el que sirva de base la estadística de la población respectiva y las aptitudes militares del prisionero cangeable.

Fundado en estos principios, la historia consigna el hecho de que Pedro el Grande, se negó á cangear los prisioneros suecos por un número igual de rusos.

Conforme al Derecho Moderno de Gentes, los pri-

sioneros de guerra están bajo las leyes más estrictas del derecho humanitario, sin perjuicio de declarárseles indignos de su protección cuando su conducta irregular diere lugar á ello. Así pues, el beligerante que capture á un enemigo no tiene más poder sobre él que ponerlo á disposición de la autoridad superior competente ó sea el Gobierno de la Nación á que el captor pertenece. Todas sus propiedades personales quedan en su poder, excepto las armas, las cuales pueden ser definitivamente confiscadas.

La regla general es que los cautivos pueden ser confinados, es decir, obligados á tener una residencia forzosa; pasar lista diariamente, y estar sujetos á una vigilancia estricta. Cuando las exigencias de la guerra lo demandaren pueden ser encarcelados; pero esta medida durará sólo el tiempo necesario; también pueden ser aprisionados cuando faltaren á la disciplina á que deben estar sujetos.

Las leyes internacionales reconocen al beligerante el derecho de conceder á su prisionero de guerra la facultad de obtener libertad bajo palabra de honor. El contrato que al efecto se estipulare es de estricto derecho, y corresponde al captor el precisar sus condiciones, determinando los actos que el liberado no deba ejecutar. Casi siempre se limita el beligerante á exigir del prisionero que no siga sirviendo durante la campaña en las filas enemigas; pero esto debe entenderse sólo para el servicio activo de campaña contra el beligerante y sus aliados, y no debe extenderse al servicio interior, como la instrucción de reclutas, mantener el orden, el trabajo de fortificaciones de plazas no sitiadas, combatir contra otros enemigos y llenar funciones civiles ó misiones diplomáticas.

El contrato de aceptar la libertad bajo palabra es potestativo, y á ninguna de las partes contratantes puede imponérsele. Todos los prisioneros, cualquiera que sea su clase ó graduación, son hábiles para celebrarlo. El hecho de que las leyes de su país lo prohiban, no los exime de la responsabilidad consiguiente, que también se extiende al gobierno á que pertenecen.

Es doctrina generalmente admitida que esta clase de contratos son de derecho público y que obligan al

gobierno de que depende el prisionero; obligándolo á no exigirle ni aceptarle ningún servicio contrario á la palabra comprometida.

En caso de que el gobierno correspondiente se niegue á dar su ratificación al contrato, el cautivo está obligado á constituirse nuevamente en prisionero de guerra, á menos de que se le exima de este compromiso por el gobierno captor.

Las represalias no son permitidas sino cuando se hacen necesarias para atajar los desmanes de un enemigo cruel y bárbaro y esto cuando no haya otro medio de hacerlo entrar en lucha leal y franca; pues el desconocimiento de las leyes de la guerra, por parte de uno de los beligerantes, no autoriza al otro al empleo de unas medidas tan injustas como ajenas al logro de los propósitos que se llevan en mira; toda vez que su uso no podría originarse más que de la venganza y ésta es innoble en todo caso. El uso de represalias puede ser también contraproducente y lejos de suavizar, empeoraría el ánimo de los contendientes y el carácter de la lucha.

De esto se deduce que está fuera de las leyes de la guerra el uso de armas, proyectiles ó materias que causaren males innecesarios, como proyectiles de vidrio molido, postas, granalla ó polvos de hierro, flechas con ganchos que contengan vidrio ó cal etc. etc.

A este propósito creo conveniente reproducir la parte dispositiva de una Declaración celebrada en San Petersburgo en 27 de Noviembre de 1868, entre Austria, Hungría, Baviera, Bélgica, Colombia, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Italia, Países Bajos, Persia, Portugal, Prusia, Rusia, Suecia y Noruega, Suiza, Turquía y Wurtemberg; que dice así:

“Las partes contratantes se comprometen á renunciar mutuamente, en caso de guerra entre ellas, al empleo por sus tropas de mar ó tierra, de todo proyectil de peso inferior á 400 gramos, que fuere explosible, ó cargado de materias fulminantes ó inflamables.”

Las leyes de la guerra reconocen necesariamente en el beligerante el derecho de reducir por la fuerza las poblaciones que no se sometan voluntariamente; pero están de acuerdo con las prescripciones de la hu-

manidad para proteger contra la violencia á las que no hacen resistencia.

Debe preceder el aviso antes de atacar ó bloquear una plaza, no solamente para estar al tanto de las disposiciones de sus defensores—dado caso que quieran rendirse—sino también para que se tomen todas aquellas medidas tendentes á poner en salvo á la población no válida. Únicamente cuando el sitiador tuviere algún motivo de gravedad particular, puede omitirse este deber de humanidad. El bombardeo se ha de dirigir contra los muros, las trincheras y otros trabajos de defensa, destinándose únicamente á destruir obras, hacerlas inservibles y á facilitar el asalto.

El bombardeo jamás es permitido contra plazas abiertas é indefensas que no oponen ninguna resistencia. A este respecto, traeré á cuenta el bloqueo del puerto de Valparaíso por la escuadra española el 2 de Abril de 1866, que levantó una protesta enérgica de todas las naciones contra ese “gran atentado internacional.”

El saqueo, resto de las bárbaras guerras de la antigüedad, bajo la influencia decisiva de la moralidad y disciplina imprimidas al ejército moderno, ha desaparecido por completo, y jamás, nunca, puede autorizarse ni permitirse.

No obstante el estado de guerra, el derecho de gentes, fundado en las leyes de caballeridad é hidalguía y en las necesidades de la misma, autoriza á los beligerantes para celebrar convenciones militares: éstas pueden consistir en *suspensión de armas, armisticios, capitulaciones y el cange de prisioneros*. Estas convenciones tienen fuerza de ley entre las partes y deben ser ejecutadas de buena fé y obligan no solamente á los contratantes sino también á los gobiernos de que estos dependen, con tal que estén provistos de poderes suficientes. La lealtad debe presidir en actos de tanta trascendencia.

Bello, resumiendo la doctrina de Vattel sobre el particular, expone lo siguiente:

“Aun es más necesaria la observancia de los pactos que se celebran en la guerra misma, como son las capitulaciones de plazas, las convenciones de tregua,

las relativas al cange ó rescate de prisioneros y otras varias de que después se hará mención. Porque no todo deber cesa, ni todos los vínculos de la humanidad se rompen entre las naciones que se hacen la guerra; y bien lejos de suspenderse en ellas la obligación de guardar fé, nunca es mas importante á los hombres; pues en el curso de la guerra hay mil ocasiones en que para poner á raya sus furores y modificar las calamidades que acarrea, la salud de ambos beligerantes exige que traten y estipulen sobre varias materias: sin lo cual la guerra degeneraría en una atroz y desenfrenada licencia, y sus males no terminarían jamás”.

En cumplimiento de tan nobles principios, en 22 de agosto de 1864 se reunieron en la ciudad de Ginebra los delegados de doce Estados europeos con el objeto de concluir una Convención que lleva el nombre de la ciudad en que se ajustó; y en la cual se han estipulado los mas avanzados y humanitarios principios del derecho de gentes tocante á minorar los males que la guerra acarrea, suprimir sus rigores inútiles y mejorar la suerte de los militares heridos en el campo de batalla.

En ese instrumento internacional se declaran neutrales las ambulancias y los hospitales de sangre y, como tales, respetados religiosamente por los beligerantes. El personal de dichos establecimientos, comprendidas las intendencias, los servicios de sanidad, de administración, de transporte de heridos etc., participará del beneficio de la neutralidad. Los habitantes del país que llevaren socorro á los heridos serán respetados y quedarán libres. Todo herido recogido y cuidado en una casa particular, servirá de salvaguardia á ésta; y la persona que lo hubiere recogido quedará exenta de dar alojamiento á las tropas, así como de una parte de las contribuciones de guerra. Los militares heridos ó enfermos, sin distinción de nacionalidad, serán recogidos y cuidados; y los Jefes están en la obligación de remitir inmediatamente al enemigo, á sus militares heridos durante el combate, cuando las circunstancias lo permitan, previo consentimiento de ambos beligerantes. Los que fueren curados serán re-

mitidos á su país con la condición de no volver á tomar armas mientras dure la guerra. Se estipuló la adopción de una bandera distintiva y uniforme para los hospitales, ambulancias y partidas, acompañada siempre de la bandera nacional. Así mismo se ha adoptado una insignia para el personal neutralizado: tanto la bandera como la insignia llevarán una cruz roja en un fondo blanco.

El Salvador es signatario de esta Convención y conforme al n.º 11 del art. 366 de las Ordenanzas del Ejército, su cumplimiento es obligatorio en campaña.

* * *

Doloroso es decirlo; pero entre nosotros los centro-americanos con mucha frecuencia se han olvidado los benéficos principios del derecho de la guerra que acabo de exponer someramente así en nuestras guerras internacionales como en nuestras contiendas civiles.

Creo que la misión más noble que á este respecto nuestros Gobiernos pueden llenar, sería la de castigar severamente todos los atentados que contra el Derecho de Gentes se cometiesen en nuestras perdurables guerras y revoluciones. Toca también el cumplimiento de ese alto ministerio á la prensa ilustrada y sensata del país, difundiendo á diario, si posible fuere, las sagradas y humanitarias máximas que el derecho internacional prescribe á las naciones civilizadas durante esa tremenda crisis humana que se llama guerra. Y acaso tampoco sería exagerado el pedir en este humilde trabajo el establecimiento de una cátedra especial del derecho de la guerra en todos los centros militares en donde se diere instrucción á nuestro Ejército.

José Choto.

PROPOSICIONES



DERECHO NATURAL.—Las leyes que establecen la religión oficial del Estado son contrarias al Derecho Natural.

DERECHO PÚBLICO CONSTITUCIONAL.—La forma parlamentaria de Gobierno no produce el efecto de descentralizar, ni en lo político ni en lo administrativo, los servicios públicos. El control del Parlamento contra el Ejecutivo, que es la esencia de aquella, está expresamente establecido en el art. 88 de la Constitución Política.

DERECHO DIPLOMÁTICO.—¿Estará obligado el Agente Diplomático acreditado por un gobierno surgido de una revolución á presentar las cartas de retiro del antecesor que representaba al gobierno caído?

DERECHO INTERNACIONAL.—Causas justificativas de la guerra.

DERECHO ADMINISTRATIVO.—Es conforme á los principios de la ciencia administrativa que los gobiernos departamentales ó provinciales tengan personalidad jurídica.

DERECHO ROMANO.—Contratos.

FILOSOFÍA DEL DERECHO.—El adulterio cometido por cualquiera de los cónyuges ataca siempre una de las condiciones esenciales del matrimonio; y por consiguiente, es motivo de su disolución.

ECONOMÍA POLÍTICA.—Ventajas de la división del trabajo.

ESTADÍSTICA.—La ciencia estadística demuestra que es más conveniente que el registro de los actos civiles del individuo no esté confiado á la autoridad eclesiástica, sinó á la administrativa.

LEYES ADMINISTRATIVAS.—Pensiones militares.

CONSTITUCIONES DE CENTRO-AMÉRICA.—
¿Cuál de esas constituciones establece el sistema electoral más conforme con los principios de la ciencia constitucional?

CÓDIGO CIVIL.—¿Serán suficientes las causales que establece la ley para proceder al divorcio absoluto?

CÓDIGO DE COMERCIO.—¿Cuáles son los efectos de la declaración de quiebra?

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.—
Sometido á arbitramento un juicio pendiente en 3ª Instancia; ¿podrá suplicarse de la sentencia que se pronuncie?

CÓDIGO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL.—¿En los delitos de hurto, absuelto el reo, quién es el dueño de las cosas?

CÓDIGO PENAL.—La resistencia á los actos ilegales de la autoridad no constituye delito de atentado.

CÓDIGO MILITAR.—El prisionero de guerra que obtiene su libertad bajo palabra de no hacer armas contra el enemigo no debiera ser penado.

CÓDIGO DE MINERÍA.—¿Cuándo hay lugar al nombramiento de interventor para el laboreo de una mina.

MEDICINA LEGAL.—Clasificación que debe darse á las lesiones.



