

EL TRATO DEBIDO AL PRISIONERO DE GUERRA SEGÚN DOMINGO DE SOTO¹

POR MARIA DEL ROSARIO DE LA FUENTE²

Domingo de Soto ubica la cuestión relativa al trato debido al prisionero de guerra en su obra *De iustitia et iure*, Libro IV, cuestión II, artículo II.³ Allí encuadra la cautividad en la guerra como una segunda especie de servidumbre legal cuando se pregunta si un hombre puede tener dominio sobre otro hombre.⁴ Este trabajo analizará los conceptos de Derecho Internacional Humanitario presentes en el pasaje pertinente de esa obra a la luz de sus fuentes expresas⁵ y del contexto histórico en que dichos conceptos fueron elaborados y expresados.⁶

Para ello, se analizará el pasaje objeto de nuestro interés en *De iustitia et iure* respetándose el esquema empleado en su tratamiento de la cuestión (I), se lo comparará con su *Relectio De dominio* donde Soto analiza este tema con precedencia y la *Relectio De Indis posterior o De Iure Belli* de Francisco de Vitoria (II) y, por último, se identificarán los conceptos de Derecho Internacional Humanitario presentes en el texto de Soto (III).

¹ Este trabajo fue presentado como ponencia en oportunidad de las I Jornadas Internacionales "De iustitia et iure en el siglo de oro" dedicadas a Domingo de Soto el 5 de septiembre de 2006 en la Pontificia Universidad Católica Argentina.

² Abogada graduada en la Facultad de Derecho de la UCA, Profesora de Derecho Internacional Público en dicha Facultad y Becaria UCA en el Doctorado en Ciencias Jurídicas.

³ Domingo de Soto, *De iustitia et iure*; introducción y traducción por Venancio Diego Carro, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, Tomo II, 288 – 291. Citaremos siempre por esta edición.

⁴ Cf. Venancio Diego Carro, *Domingo de Soto y su doctrina jurídica. Estudio teológico – jurídico e histórico*, Salamanca, Biblioteca de los Teólogos Españoles, 1944, 369s. [2º edición].

⁵ Corresponde señalar que las fuentes de la Sagrada Escritura no serán analizadas.

⁶ Entre los publicistas de Derecho Internacional que se ocupan de la Escuela de Salamanca, se destacan James Brown Scott, *El origen español del derecho internacional moderno* [1928]; Camilo Barcia Trelles, *Interpretación del hecho americano por la España universitaria del siglo XVI: la escuela internacional española del siglo XVI* [1948] e Yves de La Brière, *Le droit de juste guerre; tradition théologique, adaptations contemporaines* [1938]. Sin embargo, ninguno de ellos se ocupa del tema objeto de nuestro análisis.

I. *De iustitia et iure*, libro IV, cuestión II, artículo II, a la luz de sus fuentes expresas

La servidumbre para Domingo de Soto se clasifica en servidumbre natural y legal. La servidumbre legal se subdivide, a su vez, en: a) servidumbre del hombre que es vendido por un precio y b) prisionero de guerra. Los especialistas en Soto sostienen que este abordaje del tema se encuadra en las directrices aristotélicas.⁷

El maestro segoviense toma como punto de partida Inst.1.3.4 donde se explica que los siervos se hacen por derecho de gentes. Contrapone la definición de libertad de Florentino: "*Libertad es la natural facultad de hacer lo que place a cada cual, salvo si algo se prohíbe por la fuerza, ó por la ley*"⁸ a la servidumbre legal del prisionero de guerra que es instituida por derecho de gentes e implica que un hombre esté sujeto contra la naturaleza al dominio de otro hombre.⁹

Explica que esta especie de servidumbre legal es lícita y fruto de la misericordia ya que preserva la vida del cautivo. A partir de que el hombre cae bajo el dominio de otro hombre a causa de la guerra, no es libre. Todo lo que adquiere pertenece a su dueño.¹⁰

Concede al prisionero de guerra la facultad de huir para recuperar su libertad contrariando la glosa ordinaria del Decreto Graciano¹¹ donde se instituye que los siervos en general no pueden huir. Fundamenta su posición señalando que la prohibición sólo se aplica a los siervos que han sido

⁷ Cf. Domingo de Soto, *Relecciones y Opúsculos. Introducción general. De dominio. Sumario. Fragmento An liceat civitates infidelium seu gentilitum expugnare ob idololatriam*; edición crítica, traducción e introducciones por Jaime Brufau Prats, Salamanca, San Esteban, 1995,94.

⁸ Dig. 1.5.4pr.: *Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur* [Mommson - Krueger, 1886]. Citaremos siempre por esta edición. Las traducciones estarán siempre tomadas de Cuerpo del derecho civil romano; notas y traducción por Ildefonso L. García del Corral, Barcelona, J. Molinas, 1889, [edición bilingüe].

⁹ V. supra 5.

¹⁰ Inst. 3.28.1. y Dig. 41.1.32.

¹¹ Glosa ordinaria, Dist. 1, cap. 9 del Decreto Graciano Ad verbum servitutes.

comprados con fundamento en la Causa 17, q. 4, c.37 del Decreto Graciano. Continúa discriminando entre las obligaciones para con sus señores de los cautivos cristianos e infieles. El cautivo cristiano en poder del señor cristiano, no está obligado a servir como esclavo ni sus bienes pertenecen al señor a menos que constituyan botín de guerra.¹² Soto va aún más allá y permite al cautivo infiel en poder del señor cristiano retener los bienes recibidos por donación y herencia u obtenidos en juegos lícitos.

Procede, luego, a sostener —citando Aristóteles, I Político¹³— que es lícito someter a quienes tienen las costumbres de las fieras si se los vence en la guerra. Seguidamente, señala que estudiará con mayor profundidad la cuestión en su obra *De ratione promulgandi Evangelium*, que no ha llegado a nuestros días.

A partir de fuentes aristotélicas¹⁴ y de Santo Tomás,¹⁵ fundamenta que la servidumbre no deroga el derecho natural.

Santo Tomás de Aquino¹⁶ señala que una cosa puede ser de derecho de naturaleza de dos maneras. Una de ellas es que sea de primera inclinación de la naturaleza, como es la conservación de la especie por medio de la generación; una segunda manera es que puede ser natural accidentalmente, como es natural la corrupción sin la que no puede darse la generación.

De ello se sigue que la servidumbre no es natural según el primer modo porque la naturaleza pretende la libertad; pero accidentalmente es natural, ha sido dada como pena en razón del pecado. Por lo tanto, en la guerra la pena del enemigo es que sea siervo.

¹² Corresponde señalar que Domingo de Soto y los demás pensadores de su tiempo entienden que integran el botín de guerra tanto las armas cuanto los bienes necesarios para reparar la injuria ocasionada por la guerra.

¹³ Coincidimos con Brufau Prats, al identificar la cita de Soto con Aristóteles, Política I, 5 - 6; 1254b - 1255 a [Bekker, 1831].

¹⁴ Soto cita 2 caelo, texto 37. Hemos identificado esa cita como Aristóteles, De caelo II, 6; 288b 13-18 [Tricot, 1949].

¹⁵ Santo Tomás de Aquino, In Sent. IV dist. 36, q. 1, a. 1, ad 2 [Busa, 1980].

¹⁶ Ibidem.

La justificación del estado de servidumbre legal como consecuencia de la cautividad en la guerra parece *a priori* estar en contradicción con la igualdad de los hombres en cuanto a su naturaleza. Sin embargo, esta especie de servidumbre introducida por derecho de gentes aparece como una forma de punir y resarcir justamente los daños sufridos en la guerra.¹⁷

Soto hace referencia a una costumbre de la época según la cual los cristianos que caen prisioneros en la guerra no eran utilizados como siervos con fundamento en una glosa de Bartolo de Saxoferrato.¹⁸

El teólogo dominico cita a San Ambrosio a través del Decreto Graciano para establecer que la servidumbre entró en el mundo por el pecado.¹⁹ A su vez, menciona a San Gregorio, nuevamente a través del Decreto Graciano, fundamentando que los hombres son libres por naturaleza y se convierten en siervos por derecho de gentes.²⁰

II. Comparación con la *relectio de dominio* de Domingo de Soto y la *relectio de indis posterior o de iure belli* de Francisco de Vitoria

Equipados con el análisis de las fuentes expresas, procedemos a comparar los conceptos presentes en la *Relectio De dominio*²¹ donde Domingo de Soto aborda el tema con anterioridad a su tratado *De iustitia et iure*²² y la *Relectio De Indis posterior o De Iure Belli* de Francisco de Vitoria.²³

¹⁷ Cf. Antonio Osuna Fernández-Largo, "La escuela del derecho natural y sus doctrinas en filosofía jurídica", *Ciencia Tomista*, 1993, N° 392, 500s.

¹⁸ Soto cita Bart. 1 hostes de capt. et post. 1 rever. No hemos tenido las glosas de Bartolo de Saxoferrato a nuestra disposición para cotejar su contenido con lo expresado por el maestro segoviense.

¹⁹ Dist. 35, cap. 8 [Friedberg, 1879]. Aquí, el Decreto Graciano transcribe pasajes de los capítulos 4 y 5 del tratado *De Elia et jejunio* de San Ambrosio de Milán, cuya referencia en la Patrología Latina es PL 14:697-727.

²⁰ Causa 12, q. 2, cap. 68 [Friedberg, 1879].

²¹ La exposición académica de la reelección De dominio tuvo que tener lugar entre el 1 de marzo y el 24 de junio de 1535. Cf. Domingo de Soto, op. cit., 84.

²² Hecha por Domingo de Soto en 1556.

²³ La exposición académica de la reelección *De Indis posterior o De Iure Belli* tuvo lugar el 19 de junio de 1539. Cf. Francisco de Vitoria, *Relectio De Iure Belli o Paz Dinámica*; edición crítica por Luciano Pereña, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1981. Citaremos siempre por esta edición.

Cuando redacta *De iustitia et iure*, el ambiente doctrinal e ideológico era bastante distinto de aquel que reinaba cuando pronunció su reelección *De dominio*. Las ideas vitorianas trascendían las cátedras de Teología de la Universidad de Salamanca, expandiéndose al ambiente universitario y de gobierno de España y América.²⁴ Sin embargo, Domingo de Soto no incorporó conceptos ni fuentes empleadas por Vitoria sino que se mantuvo fiel al esquema de su reelección en el pasaje referido al trato debido al prisionero de guerra en *De iustitia et iure*. Dicha reelección presenta los mismos conceptos que ya hemos analizado.

Domingo de Soto es "más cauto y menos explícito",²⁵ "es quien trata más incidentalmente la cuestión",²⁶ ubicándola dentro del dominio.

Por su parte, Francisco de Vitoria aborda el tema luego de examinar y determinar los títulos que los españoles pueden alegar sobre las Indias en su *Relectio De Indis posterior o De Iure Belli* dentro de la cuarta cuestión principal relativa a qué actos son lícitos contra los enemigos en la guerra justa.²⁷

El maestro alavés establece que es lícito someter a cautividad y servidumbre a niños, mujeres e inocentes; no estando permitido esto entre cristianos, quienes permanecen como prisioneros y una vez alcanzada la victoria, son liberados mediante el pago de un rescate conforme las limitaciones y necesidades de la guerra. Señala que es lícito dar muerte a los prisioneros de guerra siempre y cuando se mantenga la equidad pero enuncia que por costumbre no se los mata una vez superado el peligro. Recuértese que el maestro segoviense no distingue si puede tomarse en cautiverio a mujeres, niños e inocentes. En cambio, si les otorga a los prisioneros el derecho a huir. Si bien no se pronuncia sobre la posibilidad de darles muerte, inferimos que su posición sería contraria a ello porque claramente señala que la servidumbre nacida de la guerra es fruto de la misericordia del vencedor y preserva la vida del enemigo.

²⁴ Cf. Jaime Brufau Prats, op. cit., 194-200.

²⁵ Cf. Venancio Diego Carro, op. cit., 379.

²⁶ Ibid., 385.

²⁷ Cf. Francisco de Vitoria, op. cit., 162-207.

Asimismo, refiriéndose a los bienes de los prisioneros, para Francisco de Vitoria es lícito el apoderamiento de los bienes muebles y se limita la ocupación de los inmuebles a la compensación de los daños sufridos. Téngase en cuenta que Domingo de Soto excluye de la confiscación por causa de guerra, los bienes del prisionero cristiano que no constituyan botín de guerra²⁸ y los del infiel que hayan sido adquiridos por donación y herencia u obtenidos por juegos lícitos.

Vitoria menciona como ejemplos las costumbres en las guerras contra los sarracenos y los bárbaros en el Nuevo Mundo. Soto no emplea ejemplos referidos a la cuestión indiana.

III. Identificación de los conceptos de Derecho Internacional Humanitario presentes en el texto de Soto

Habiendo examinado la servidumbre legal por cautividad en la guerra, nos hallamos en condiciones de identificar aquellos conceptos de Derecho Internacional Humanitario presentes en el ámbito académico español a través de la actividad docente y científica que Domingo de Soto ejerció en un contexto político que planteaba desafíos y realidades que precisaban respuestas jurídicas.²⁹

En este contexto, algunos de esos conceptos han llegado a nuestros días a través de las normas consuetudinarias.³⁰

El Derecho Internacional Humanitario es un conjunto de normas que, por razones humanitarias, acota los efectos de los conflictos armados protegiendo a las personas que no participan³¹ o que ya no partici-

²⁸ V. supra 10.

²⁹ Cf. Address by H. E. Judge Rosalyn Higgins, President of the International Court of Justice on the occasion of the presentation of the Francisco de Vitoria Medal to the International Court of Justice, 5 April, 2006.

³⁰ En la norma consuetudinaria, pueden identificarse dos elementos: la práctica común y reiterada de los Estados –elemento material– y la *opinio juris*, ó convicción de obligatoriedad de esa conducta.

³¹ Población civil.

pan en los combates³² y limitando los métodos y medios para hacer la guerra.³³

En 1996, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) convocó a expertos en derecho internacional³⁴ y a la comunidad internacional³⁵ para estudiar y determinar el contenido de las normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario (DIH). Ese estudio fue publicado en el año 2005 por el CICR.³⁶

Hemos identificado cuatro normas consuetudinarias de DIH que contienen conceptos presentes en el pasaje analizado. Ellas son, a saber:

Los combatientes capturados que se hallen bajo la autoridad de la parte adversaria tienen derecho a que se respete su vida.

Para Domingo de Soto, dichos combatientes eran sometidos a servidumbre legal por derecho de gentes, preservándose su vida como fruto de la misericordia del vencedor.

Las partes en conflicto pueden confiscar el material militar perteneciente a un adversario como botín de guerra.

Según el teólogo dominico, pueden confiscarse inclusive los bienes del cautivo cristiano si constituyen botín de guerra.³⁷

³² Prisioneros de guerra, combatientes heridos, náufragos.

³³ Cf. Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario del CICR, *¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario?*, Ginebra, CICR, 2004, 1s.

³⁴ El Comité Directivo estaba integrado por los profesores Georges Abi-Saab, Salah El-Din Amer, Ove Bring, Eric David, John Dugard, Florentino Feliciano, Horst Fischer, Françoise Hampson, Theodor Meron, Djamchid Momtaz, Milan Šahović y Raúl Emilio Vinuesa.

³⁵ Participaron por las siguientes regiones, África: Angola, Argelia, Botswana, Egipto, Etiopía, Nigeria, Rwanda, Sudáfrica y Zimbabue; América: Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Cuba, Estados Unidos de América, El Salvador, Nicaragua, Perú y Uruguay; Asia: China, India, Indonesia, Irak, Irán, Israel, Japón, Jordania, República de Corea, Filipinas, Kuwait, Líbano, Malasia, Pakistán y Siria; Oceanía: Australia; Europa: Alemania, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Croacia, España, Federación de Rusia, Francia, Italia, Países Bajos, Reino Unido y Yugoslavia.

³⁶ Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2005, N° 857, 175-212 [prólogo de Jean-Marie Henckaerts].

³⁷ V. supra 10.

Queda prohibido destruir o confiscar los bienes de un adversario, a no ser que lo exija una necesidad militar imperiosa.

Aquí, el catedrático salmantino distingue entre cristianos e infieles. No se permite la confiscación de los bienes pertenecientes a los primeros en tanto no constituyan botín de guerra³⁸ y no pueden confiscarse bienes adquiridos por los segundos a título de donación, herencia y juego lícito.

Los prisioneros de guerra que se fuguen y fueren aprehendidos antes de haber podido unirse a su ejército ó antes de abandonar el territorio ocupado por el ejército enemigo que los haya capturado quedarán sometidos a penas disciplinarias mientras que los prisioneros que habiendo tenido éxito en su evasión y sean posteriormente aprehendidos, no podrán ser castigados por su fuga anterior.

Respecto del derecho a huir el maestro segoviense lo acepta pero no contempla la posibilidad del fracaso de la huida ó la nueva aprehensión del cautivo que se fugare.

Actualmente el DIH consuetudinario claramente prohíbe hacer distinciones de índole desfavorable basadas en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión ó las creencias, las opiniones políticas ó de otro género, el origen nacional ó social, la fortuna, el nacimiento u otra condición, ó cualquier otro criterio análogo en la aplicación del derecho internacional humanitario. Esto no era así en los tiempos de Domingo de Soto y por ello, su obra refleja la discriminación en el trato al prisionero de guerra en base a su religión, debiendo ser más humanitario el trato dispensado al cautivo cristiano por vencedores cristianos conforme a las costumbres de la época.

Sin embargo, corresponde destacar que su concepción cristiana del hombre, hijo de Dios y creado para Dios, le permitió establecer un criterio de igualdad para todo hombre, cristiano ó infiel. Por ello, el teólogo dominico expresó: "*el derecho de gentes es igual para todas las*

³⁸ *Ibidem.*

personas".³⁹ Este es el aporte original de Domingo de Soto a la cuestión que ha pasado desapercibido entre las ideas de otros pensadores y las costumbres reinantes en su época.

Como hemos podido apreciar, el profesor salmantino no propone una doctrina original al considerar la segunda especie de servidumbre legal sino que recoge ideas comunes a la especulación científica de su tiempo.⁴⁰ Concordamos con lo afirmado por el internacionalista James Brown Scott en su obra *El origen español del derecho internacional moderno*, el derecho de gentes nace de la conjunción de la ley de la Roma Imperial y del Derecho Canónico para la Escuela de Salamanca.⁴¹ Y, a ello, agregamos que Domingo de Soto ha receptado, sistematizado y transmitido el pensamiento de Aristóteles, los preceptos del derecho romano y lo expresado por los Doctores de la Iglesia respecto del trato debido al prisionero de guerra.

³⁹ Domingo de Soto, op. cit., 289. *Ius gentium gentibus eunctis æquale est.* Cf. Venancio Diego Carro, op. cit., 393.

⁴⁰ Cf. Jaime Brufau Prats, *El pensamiento político de Domingo de Soto y su concepción del poder*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1960, 121-133.

⁴¹ James Brown Scott, *El origen español del derecho internacional moderno*, Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta, 1928, 9 [prólogo de Camilo Barcia Trelles].

ÍNDICE

Presentación 7

Sección Doctrina

El Derecho Internacional Humanitario ante la crisis que aqueja a la
Comunidad Internacional. *Por Alfons Vanheusden* 11

Aspectos jurídicos del conflicto armado del Atlántico Sur (Islas
Malvinas) *Por Carlos Horacio Cerdá* 25

El trato debido al prisionero de guerra según Domingo de Soto
Por María del Rosario de la Fuente 29

Breve comentario a la Ley 18.026 de la República Oriental del
Uruguay sobre cooperación con la Corte Penal Internacional
en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra
y de lesa humanidad.
Por Carlos Gabriel Arnossi y Exequiel José Miguel Gómez 39

Causa justa y guerra justa: el tema de la culpa del beligerante injusto
en la doctrina de la guerra de Vitoria.
Por Sergio R. Castaño 59

Sección Documentos

- Mensaje del Presidente de la Comisión del Servicio de Justicia Militar, General de Justicia Carlos Horacio Cerdá. Pronunciado en el mes de agosto de 2007 con motivo de celebrarse el Día de la Justicia Militar 89
- Desafíos para Asesores Legales de Fuerzas de Paz (Crónica del *VI International Seminar for Legal Advisors in the Armed Forces: Challenges for Legal Advisors in Peace-Keeping Operations*). Por Gustavo Alfredo Linde 92
- El Derecho Internacional Humanitario en el reciente Magisterio de la Iglesia Católica 133

Se terminó de imprimir en Impresiones Dunken
Ayacucho 357 (C1025AAG) Buenos Aires
Telefax: 4954-7700 / 4954-7300
E-mail: info@dunken.com.ar
www.dunken.com.ar
Agosto de 2009