



COMBATIENTES – LEGALES E ILEGALES TAMAR MEISELS*

Los atentados del 11 de septiembre llevaron a muchos estadounidenses a creer que Al-Qaeda había sumido a los EE.UU. en un nuevo tipo de guerra, ya conocida por algunos de sus aliados más cercanos. Los debates posteriores sobre el terrorismo moderno a menudo conllevan una especie de lamento por la desaparición de las guerras “a la vieja usanza”¹. En su libro *New Terror, New Wars* Paul Gilbert sugiere que en las guerras tradicionales, al menos sabíamos dónde se estaban llevando a cabo, quiénes estaban luchando, y por qué se estaba luchando. Lo más significativo es que en el pasado, como nos recuerda Gilbert, el estado de guerra existía entre estados soberanos, mientras que las “nuevas guerras” existe entre un estado, o una combinación de estados, por un lado, y actores no estatales por el otro”². Como señala George Fletcher, estamos en un “mundo acosado por amenazas no tradicionales de agentes a quienes llamamos ‘terroristas’”³.

Este ensayo se centra en el nuevo tipo de agentes involucrados en los conflictos armados contemporáneos, y en sus derechos. Siguiendo a Michael Walzer, entiendo por “terrorismo” una forma particular de violencia política: el asesinato aleatorio e intencional de no-combatientes indefensos, muchos de los cuales son inocentes aun con arreglo a las propias normas del atacante (por ejemplo bebés, niños, ancianos y nacionales extranjeros) con el objetivo de propagar el miedo a una amenaza de muerte contra la población civil, como estrategia diseñada para perseguir objetivos políticos⁴. El hecho

*

* Departamento de Ciencia Política, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Tel Aviv. El presente texto fue publicado originalmente con el título “Combatants – Lawful and Unlawful”, en *Law and Philosophy* 26 (2007), 31-65. Traducción a cargo de Juan Barros Moss y Andrés Constantín. Revisada por Alejandro Chetman.

1

□ George Fletcher, *Romantics at War—Glory and Guilt in the Age of Terrorism* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2003) [en adelante, Fletcher]. Paul Gilbert, *New Terror, New Wars* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2003) [en adelante, Gilbert].

2

□ Gilbert, 3, pp. 7-8.

3

□ Fletcher, 6.

4

□ Walzer, *Just and Unjust Wars* (New York: Basic Books, 1977), 197, 203 [en adelante, Walzer]. Esta definición de Terrorismo es abiertamente admitida como controvertida. Jeremy Waldron en ‘Terrorism and the uses of Terror’, *The Journal of Ethics* Vol.8(5) (2004), p. 35, ofrece diferentes definiciones tanto legales como académicas de “terrorismo”. C.A.J. Coady, ‘Defining Terrorism’, en *Terrorism – The Philosophical Issues* (Igor Primoratz ed.), (New York and London: Palgrave Macmillan, 2004), 3–14, p. 4, sugiere que hay más de cien definiciones modernas de terrorismo. George Fletcher, “The Problem of Defining Terrorism”, difundido en la conferencia sobre “Terrorism – Philosophical Perspectives”, en la Universidad de Tel-Aviv, organizada por el Departamento de Ciencias Políticas y el Minerva Center for Human Rights, Tel Aviv University, en marzo de 2003. Para más definiciones véase Ted Honderich, *After The Terror* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2002), pp. 98–99; Jacques Derrida, en Giovanna Borradori, *Philosophy in a Time of Terror, Dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida* (Chicago & London: The University of Chicago Press, 2003), pp. 85–136, esp. 102–110.

de que los blancos de los ataques sean civiles escogidos al azar, según Walzer, posiciona al terrorismo por fuera de lo que se conoce como guerra de guerrillas, que (como regla) confronta ejércitos, y de los asesinatos políticos, cuyos objetivos son blancos específicos⁵. A continuación, en pos del argumento, evitaré la controversia jurídica y académica respecto de la definición del término “terrorismo” como algo distinto de otras formas de guerra irregular del tipo de la guerrilla, los combatientes por la libertad (*freedom fighters*) y los asesinatos, entre otros. El argumento de este trabajo concierne a la guerra irregular en general, y, por lo tanto, es innecesario abordar los diversos puntos de vista jurídicos y morales sobre la definición de terrorismo en sentido estricto. La tesis aquí defendida es que los combatientes irregulares, sean terroristas o no, son combatientes ilegales y, por consiguiente, no poseen ni las inmunidades otorgadas a los soldados por la convenciones internacionales sobre la guerra, ni la protección que confiere el sistema penal. Haré hincapié en la cuestión del combate irregular primero como una cuestión jurídica y, en segundo lugar, y con mayor preponderancia, como una determinación moral. La Sección I versa sobre el desarrollo histórico de las normas de combate lícito y sostiene que las distinciones que subyacen a las leyes de los conflictos armados sirven tanto a los débiles como a los poderosos y por ese motivo (entre otros) han de defenderse⁶.

Hay, al menos en teoría, una noción de “juego limpio” que subyace a las normas del *jus in bello* que determina quiénes pueden ser considerados objetivos legítimos en tiempos de guerra. Las normas del *jus in bello* expresan, si bien con cierto romanticismo, una idea de la guerra como un combate entre oponentes que se encuentran en las mismas condiciones. La Sección II sostiene, en primer lugar, que los combatientes irregulares no siguen las normas y, por consiguiente, tampoco pueden estar protegidos por ellas. Al mismo tiempo, siguen siendo combatientes, y como tales no están protegidos por las garantías procesales reconocidas a los criminales en el derecho común. En segundo lugar, sostengo que la distinción entre combatientes legales e ilegales, que especifica quiénes pueden llevar a cabo un ataque lícitamente, sirve a la distinción más básica entre combatientes y no combatientes. Desde mi punto de vista, los irregulares no solo violan las reglas recíprocas del “juego limpio”, sino que sus tácticas de camuflaje y disfraz se aprovechan del propio incumplimiento. Los combatientes irregulares son, como mínimo, *free riders* de las prohibiciones a las que las naciones civilizadas adhieren. Más aun, al adquirir una identidad híbrida entre combatientes y civiles, difuminan el más básico de los principios morales: la distinción entre aquellos que son pasibles de ataque y los que no. Por esta razón, el vicio fundamental de los combatientes irregulares no es meramente su desorden formal, o incluso la injusticia de su causa, sino la amenaza que suponen para que una guerra transcurra de un modo “civilizado”, y la protección que eso conlleva para la población civil indefensa.

¿Cómo deben ser tratados los combatientes irregulares? Inmediatamente se me ocurren dos ejemplos de cómo confrontar las guerras irregulares. El primero es la política Israelí de asesinar a líderes políticos llamada a menudo “ejecuciones extrajudiciales”, una práctica también utilizada por los Estados Unidos⁷. La segunda forma es puramente norteamericana. Si la descripción de Gilbert acerca

5

□ Véase Michael Walzer, *Just and Unjust Wars*, cap. 11–12, pp.176–206.

6

□ Las prohibiciones del artículo 23 de la Convención de La Haya son un ejemplo de esto.

7

□ Para ver más de estos menosprecios, véase, por ejemplo, B'tselem – The Israeli Information Center for Human Rights in the ‘Occupied Territories’, at <http://www.btselem.org>. Sobre un punto de vista más académico acerca de este tipo de prácticas, de acuerdo con la izquierda israelí, véase, Michael Gross. “Assassination: Killing in the Shadow of Self-Defence” próximamente en J. Irwin (ed.), *War and Virtual War: The Challenges of Communities* (Amsterdam: Rodopi); Michael Gross, ‘Fighting by Other Means in the Mid-East: a Critical Analysis of Israel’s Assassination Policy’, *Political Studies*, Vol. 51, 2003, 350–368; Gad Barzilai, ‘Islands of Silence: Democracies Kill?’, próximamente en el *Journal of Law and Policy*. Respecto de los asesinatos llevados a cabo por los Estados Unidos, véase Alan Dershowitz, ‘Killing Terrorist Chieftains is Legal’, *The Jerusalem Post*, April 22, 2004.



de la incertidumbre del *Nuevo Terror y las Nuevas Guerras** nos dice algo, la foto de tapa de ese libro sin duda vale más que mil palabras. La fotografía muestra a un grupo de individuos capturados en Afganistán y detenidos en la base militar norteamericana en la bahía de Guantánamo, Cuba. Casi sin relación con ellos están los tribunales militares creados por orden ejecutiva del Presidente Bush en noviembre de 2001 para los terroristas y miembros de Al-Qaeda capturados en la guerra en Afganistán. Al igual que los asesinatos Israelíes, estas novedosas medidas extrajudiciales se toparon con feroces críticas en los círculos de izquierdas⁸, si bien no fueron unánimemente criticadas por los liberales⁹. La Sección III analiza estos dos debates contemporáneos y sostiene que los beligerantes en ambos casos pueden considerarse legítimamente como ilegales, y sobre esa base negárseles debidamente los derechos reconocidos a los soldados.

Sin embargo, una vez capturados y desarmados los combatientes irregulares, incluso los terroristas, deben tener garantizado un estándar mínimo de trato humanitario, que debe ser especificado y garantizado por la comunidad internacional. Al final de este ensayo sugiero que hay determinadas cosas, como la tortura, que no debemos hacer a nadie independientemente de las acciones que haya realizado.

I. UNA HISTORIA DEL COMBATE SIN REGLAS

En los meses posteriores al 11 de septiembre, un pequeño grupo de abogados conservadores dentro de la administración Bush desarrollaron una posición jurídica revolucionaria con respecto de la guerra que se estaba desarrollando en Afganistán. Según estos abogados, se trataba de un conflicto contra un vasto enemigo internacional, e ilegal, en el que las normas de los conflictos armados, los tratados internacionales, e incluso los convenios de Ginebra no eran aplicables. Si bien la administración evitó adoptar una posición oficial clara sobre estas cuestiones, el enfoque emergente parece haber sido que los enemigos de los Estados Unidos en esta guerra eran combatientes ilegales, carentes de derechos¹⁰.

Muchos norteamericanos coinciden en que Al-Qaeda no podía ser enfrentado con arreglo a las normas tradicionales. Las normas relevantes, las dictadas en los Convenios de La Haya y Ginebra, estipulan las condiciones en las que los combatientes están protegidos por los derechos de la guerra

*

* [NdT: Aquí Meisels hace referencia al título del libro *New Terror, New Wars*, citado precedentemente.]

8

□ Por ejemplo, Ronald Dworkin, 'The Threat of Patriotism', *New York Review of Books*, 28 de febrero de 2002; Jeremy Waldron, 'Security and Liberty: The Image of Balance', *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 11 No. 2 (2003), pp. 191–210; Fletcher, 112–116.

9

□ Véase, por ejemplo, Fletcher, pp. 115–116, donde critica a Laurence Tribe y a Cass Sunstein por apoyar públicamente esta desviación de la práctica constitucional.

10

□ Véase, por ejemplo, 'The Roots of Terror – The Road to Abu Graib began After 9/11, when Washington wrote new rules to fight a new kind of war: A Newsweek investigation', *Newsweek*, 24 de mayo de 2004. Fletcher, 112–113, sugiere una conexión entre el enfoque jurídico de la administración Bush y el concepto "combatientes ilegales". Sin embargo, subraya que los reglamentos en materia de defensa de 28 de Febrero de 2003, relativos a los tribunales militares – originalmente autorizados por el presidente Bush el 13 de Noviembre de 2001 para enjuiciar a cualquier terrorista o miembro de Al-Qaeda capturado durante el transcurso de la guerra – no hacen mención explícita al termino "combatiente ilegal".

correspondientes a los soldados, específicamente el derecho a ser tratado como prisionero de guerra al ser capturado¹¹. En particular, los prisioneros de guerra pueden negarse a responder preguntas que van más allá del nombre, rango, y número de matrícula, y tienen garantizado un nivel básico de trato humanitario¹². En el supuesto de que no sean responsables personalmente por atrocidades u otros crímenes de guerra, están libres de toda culpabilidad personal e inmunes frente a todo proceso penal¹³. Los estándares jurídicos para obtener los derechos de guerra de los combatientes resultan simples y claros. Con arreglo a la Convención de la Haya de 1907, para ser considerado prisionero de guerra se debe tener una señal como distintivo fijo y reconocible a distancia, y se debe llevar las armas ostensiblemente¹⁴. Otras dos condiciones importantes son: que los combatientes en cuestión formen parte de una "cadena de mando"; y que ellos mismos se sujeten a las leyes y costumbres de la guerra. Estas disposiciones estaban destinadas principalmente a distinguir entre, por un lado, los soldados y, por el otro, los espías y saboteadores, pero quizás también los guerrilleros vestidos como civiles¹⁵. Sin embargo, el derecho guarda relativo silencio respecto de esta última categoría de combatientes. ¿Qué derechos e inmunidades tienen los combatientes que no cumplan estas exigencias, es decir, que no se sujetan a las leyes de la guerra, que no llevan insignias y llevan sus armas solapadamente?

En *Romantics at War*, George Fletcher brinda una descripción detallada de un caso de 1942, en el que ocho alemanes, presuntamente espías, fueron capturados poco después de haber ingresado en territorio estadounidense y antes de dar inicio a cualquier tipo de operación relacionada con su misión. Fletcher analiza cuidadosamente el fallo del juez Harlan Stone, Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que se tomó el trabajo de explicar y excusar retroactivamente al juicio sumario que derivó en la ejecución de seis de ellos, en infracción a las normas del debido proceso. Lo importante de este fallo es que el juez Stone categorizó a los alemanes como "combatientes ilegales" al observar que habían escondido su uniforme y no portaban armas abiertamente. Sin embargo, al tiempo de su captura no habían llevado a cabo ningún acto de sabotaje o espionaje. Stone sostuvo que en vistas de su ilegalidad, derivada de su apariencia civil, fueron sometidos a juicio y castigo por tribunales militares por sus actos como beligerantes ilegales¹⁶. El análisis detallado que realiza Fletcher de este caso reconoce de manera perspicaz que la opinión judicial sirvió al Presidente Bush como precedente teórico para la improvisación de las controvertidas comisiones militares. Sostiene que el Juez Stone, escribiendo luego de los hechos, fue el primero en emplear el término "combatiente ilegal", que no

11

□ Convención de La Haya (18 de octubre 1907), anexo a la Convención, Sección I 'Sobre beligerantes', 'prisioneros de guerra' Capítulo II. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, adoptada el 12 de agosto 1949.

12

□ La Convención de La Haya (18 de octubre 1907), anexo a la Convención, la Sección I 'Sobre beligerantes', 'prisioneros de guerra' Capítulo II, sobre la integridad personal, art. 4 y siguientes. Sobre cuestionamiento y la información, ver: Art. 9. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, adoptada el 12 de agosto 1949, esp. Parte III - Cautiverio, Sección I - Comienzo del cautiverio, el artículo 17.

13

□ Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (12 de agosto 1949), artículo 99.

14

□ Convención de La Haya (18 de octubre 1907), anexo a la Convención, la Sección I 'Sobre beligerantes', Capítulo I "Las calificaciones de los beligerantes", el artículo 1. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (12 de agosto 1949), Parte I - Disposiciones Generales, artículo 4. Véase también Fletcher, 106 y Walzer, 182.

15

□ *ibid.*

16

□ Fletcher, p. 107.



aparece explícitamente ni en la Convención de la Haya ni en ninguna otra parte del derecho internacional¹⁷, a pesar de que el propio Stone haya sostenido que su opinión representaba “un consenso y práctica universales”¹⁸.

Defendiendo los derechos de los insurreccionados, la historiadora palestina Karma Nabulsi rechaza las distinciones rígidas entre civiles y combatientes elaboradas por las leyes modernas de la guerra, así como la distinción derivada de ellas entre combatientes legales e ilegales¹⁹. Su rechazo está estrechamente relacionado con un desdén más general por la dicotomía tradicional entre el *jus ad bellum* y *jus in bello*, que ella considera artificial. Sugiere, en cambio, que la justicia de la causa se debe aplicar con la misma fuerza a los orígenes y a la conducta de la guerra²⁰. Nabulsi sostiene, de manera no controvertida, que la distinción entre distintos tipos de combatientes, en última instancia, nunca se resolvió en el derecho internacional²¹. “En las leyes tradicionales de la guerra, sólo los soldados profesionales gozaban del estatus de beligerantes. ... En consecuencia, todos los civiles que participaban en las hostilidades eran considerados forajidos”²². Esto es precisamente a lo que el juez Stone de la Corte Suprema de los Estados Unidos hacía referencia cuando hablaba de “acuerdo y práctica universales” en su opinión sobre el caso de los ocho saboteadores alemanes²³. Sin embargo, según Nabulsi, este “acuerdo y práctica” respecto de los llamados combatientes ilegales no era completamente universal. “Por el contrario, aquellos que impugnaron la norma jurídica en [Ginebra en 1949] argumentaban que todos los ciudadanos que portaban armas para la nación eran combatientes legítimos. Igual de controvertido fue el asunto de los prisioneros de guerra. Los estados pequeños bregaron porque todos los defensores armados estuviesen protegidos de represalias al ser capturados (los soldados profesionales ya lo estaban)”²⁴.

17

□ Fletcher, p. 107. Este fascinante y relevante caso es discutido y analizado en profundidad en las pp. 96-112.

18

□ Fletcher, p. 107 Véase por ejemplo la descripción de Nabulsi del trato dispensado a los irregulares durante las guerras Napoleónicas. Nabulsi, p. 32.

19

□ Nabulsi, *Traditions of War*.

20

□ Nabulsi, p. 242. Esta visión es expresada en términos de “La tradición Republicana de la Guerra” pp. 177-240 que Nabulsi describe más que defiende, pero que claramente identifica.

21

□ Nabulsi, pp. 15-18, y 241.

22

□ Nabulsi, p. 16.

23

□ Véase Fletcher, p. 107.

24

□ Nabulsi, p. 17.

A lo largo de su fascinante proyecto, Nabulsi rastrea este fracaso por alcanzar un consenso a nivel internacional que permitiese distinguir entre aquellos que pueden participar legítimamente en los combates y aquellos que no, y lo relaciona con la existencia de tres tradiciones bélicas inconmensurables: la marcial, la Grociana y la republicana. Nabulsi argumenta en contra de la predominante influencia Grociana que dio lugar, de manera objetable, a un cuerpo normativo que protege a los poderosos y favorece a los fuertes²⁵. En particular, sugiere que el énfasis Grociano en la distinción entre el *jus in bello* y el *jus ad bellum*, y el intento de codificar y regular la conducta dentro de los conflictos en relación únicamente a la primera de esas dimensiones, están en el corazón de la distinción entre combatientes legales e ilegales. Nabulsi sostiene firmemente, a lo largo de su trabajo, que la distinción que legitima únicamente a los combatientes de ejércitos regulares forma parte de la renuencia a mirar más allá de la conducta en el conflicto armado, y hacia la justicia la propia guerra, especialmente en los casos de guerras de liberación nacional llevadas a cabo por los pueblos conquistados²⁶. En consecuencia, el derecho internacional ha adoptado un estilo formalista y legalista, supuestamente aspirando a la "neutralidad" u "objetividad" respecto de las razones para el combate. Del mismo modo, se dice optar por una forma (falsa) de relativismo moral con respecto a las ideologías nacionales en conflicto, tratando únicamente de regular la conducta de los conflictos armados en vez de ahondar en sus orígenes²⁷. La antigua distinción entre el *jus ad bellum* y *jus in bello*, la distinción entre combatientes y civiles, y la distinción derivada, si bien no codificada, entre combatientes legales e ilegales, se presentan como un aspecto inherente al sesgo jurídico en favor de los Estados y sus ejércitos permanentes, especialmente de los poderes ocupantes, aun cuando ellos emprenden guerras injustas contra ejércitos irregulares que, si bien desafían las normas del *jus in bello* están involucrados en una guerra justa, por ejemplo, en procura de su independencia nacional²⁸.

La discusión de Nabulsi es más histórica y política que filosófica en sentido estricto, y en ningún lado propone o defiende argumentos normativos con los cuales poder discutir. Si bien ella rechaza una variedad de distinciones bien arraigadas dentro de las leyes y convenciones internacionales, hace poco por desacreditarlas y se limita a repetir en varias ocasiones sus acusaciones de que la normativa internacional está a favor de los fuertes y poderosos a expensas de los oprimidos. Desde una perspectiva filosófica, Nabulsi rastrea el concepto de la justicia en la guerra que subyace en el derecho internacional a las aspiraciones hobbesianas-grocianas por la paz y el orden por encima de todo (incluso a expensas de la libertad)²⁹. Como corresponde a todo buen trabajo de historia (y a diferencia de uno de filosofía), se centra en el cuestionable origen del derecho internacional y en las prácticas que ella rechaza –las motivaciones sesgadas y autointeresadas involucradas en su sanción– y también describe críticamente a las figuras históricas responsables del derecho moderno de los conflictos armados. No obstante, su tesis es también parcialmente normativa y no puramente descriptiva, ya que sostiene que las leyes de la guerra están concebidas inherentemente a favor de los bandos más

25

□ Nabulsi, p. 175.

26

□ Este argumento se presenta justo al comienzo del libro, Nabulsi, p. 1.

27

□ Nabulsi, pp. 128, 142, 156, 166, 167, 170, 171, 176.

28

□ Esta es la esencia del argumento de Nabulsi.

29

□ Nabulsi, Capítulo 5, p. 163, 172



poderosos: la adopción de un (falso) relativismo moral respecto de las ideologías nacionales en conflicto tiene como único objetivo regular la conducta armada de los conflictos en lugar de ahondar en sus orígenes³⁰.

II. LA FILOSOFÍA DEL COMBATE SIN REGLAS

En *The Ethics of Killing in War*, Jeff McMahan también desafía la distinción trazada por la teoría de la guerra justa tradicional entre los principios que gobiernan el uso de la fuerza (*jus ad bellum*) y los que regulan la conducta durante el conflicto armado (*jus in bello*)³¹. En forma similar a Nabulsi, él también cuestiona la dicotomía combatientes/no-combatientes impuesta por las reglas de la guerra³². McMahan sostiene que a nivel de la moralidad profunda, las consideraciones que gobiernan la justicia de la guerra y las que gobiernan la conducta durante el conflicto necesariamente convergen, y no son independientes la una de la otra. Contra Walzer, McMahan rechaza la posibilidad de una guerra que satisfaga los requisitos del *jus in bello* mientras viola los del *jus ad bellum*. Desde una perspectiva moral, sostiene que uno no puede combatir “justamente” en una guerra injusta (a pesar de que uno puede combatir una guerra justa en forma injusta)³³. Idealmente, McMahan aspira a poner mayor responsabilidad en el soldado individual por su participación en cualquier guerra³⁴. En cuanto a la distinción tradicional entre combatientes y civiles, su tesis conlleva explícitamente que en una guerra justa “puede ser permisible, en ocasiones, atacar y hasta matar a no-combatientes”³⁵. Más aun, esta licencia no se presenta como un caso en el que regla de la inmunidad de los no-combatientes es desplazada por consideraciones más importantes, sino que McMahan considera que en determinadas circunstancias los civiles pueden ser objetivos legítimos, porque los no-combatientes a veces son moralmente responsables de los males causados al enemigo y, por ende, son pasibles normativamente de soportar la fuerza o violencia que la guerra conlleva³⁶.

30

□ Nabulsi, p. 128, 142, 156, 166, 167, 170, 171, 176, 242.

31

□ Jeff McMahan, “The Ethics of Killing in War”, *Ethics* Vol. 114 (2004), 693–733.

32

□ McMahan, *ibid*, p. 2 & sec. VIII, pp. 38-43.

33

□ McMahan, sec. V, pp. 18–29. En resumen, McMahan sostiene que las guerras injustas, por definición, nunca pueden cumplir con el requisito del *jus in bello* de proporcionalidad, por lo que una guerra injusta siempre, por su propia naturaleza, desafiará las normas que regulan los conflictos armados. Por consiguiente, según McMahan (y específicamente en contra de lo que dice Walzer), “una guerra injusta no puede ser peleada cumpliendo estrictamente con las reglas”.

34

□ McMahan, Sec. IV pp. 10–18, y Sec. VII pp. 34–38.

35

□ McMahan, Sec. VIII, p. 42.

36

□ McMahan, Sec. VIII, pp. 38–43.

Hasta aquí llega, sin embargo, la similitud entre McMahan y Nabulsi. En última instancia, McMahan distingue entre “la moralidad profunda de la guerra” por un lado, y las leyes de la guerra por el otro. Más profundamente, en el nivel puramente moral, él argumenta que uno no puede separar las consideraciones del *jus ad bellum* y el *jus in bello*. Tampoco se puede librar a los soldados o civiles de responsabilidad por participar de guerras injustas. Sin embargo, advierte que “no hay duda que las leyes de la guerra deben diferir significativamente de la moralidad profunda de la guerra... Quizás, lo que parece más obvio, el hecho de que la mayoría de los combatientes crea que su causa es justa significa que las leyes de la guerra deben ser neutrales entre combatientes justos y combatientes injustos, como sostiene la teoría tradicional respecto del *jus in bello*”³⁷.

¿Por qué hacer distinciones entre los métodos de la guerra en lugar de permitir que el lado justo adopte todas las medidas que le permitan lograr su fin deseado? La lógica detrás de la distinción moral entre civiles y combatientes, y la consiguiente diferenciación entre las causas de la guerra y quiénes son un objetivo legítimo dentro de ese conflicto, así como entre tipos de combatientes, no descansa sobre la proposición cuestionable de que la moralidad, en la guerra o en otro lado, es una cuestión relativa. El relativismo moral (verdadero o falso) no tiene nada que ver con esto. Las distinciones en cuestión descansan puramente en la observación empírica —e incuestionable— de que las partes en el conflicto tienen visiones contrarias acerca de la justicia, y cada una considera que la suya constituye la verdad objetiva. Las convicciones de un lado pueden ser objetivamente correctas mientras que el otro lado está comprometido con un acto de agresión injusto, basado en una creencia errónea. A menudo, cada combatiente tiene una parte de justicia de su lado, y en muchos casos las cuestiones de justicia resultan difíciles de discernir en términos absolutos. La distinción entre los principios de la guerra justa y las leyes de la guerra no niega la posibilidad de una respuesta objetiva a la pregunta por el *jus ad bellum*. Por el contrario, constituye una buena razón moral para centrarnos en las leyes de la guerra, en la medida en que la cuestión de la justicia de la guerra se siga disputando por medios violentos³⁸.

Si los argumentos normativos de Nabulsi tienen un núcleo de verdad, éste tiene que ver con la noción de *levée en masse*³⁹. Al examinar la Guerra de Vietnam, Walzer sostiene que cuando un movimiento insurgente logra ganar en forma definitiva los “corazones y las mentes” de la gente, el juicio *ad bellum* y el *in bello* parecen converger. Según Walzer, cuando un ejército invasor se enfrenta a un movimiento de resistencia que goza de apoyo popular sincero, las fuerzas anti-guerrilleras necesariamente pelearán una guerra injusta, porque esa guerra ya no puede pelearse justamente — los anti-insurgentes estarán en guerra contra todo un pueblo, no contra un ejército o un movimiento⁴⁰. Argumentos similares gozan de popularidad entre la izquierda Israelí en relación con la presencia de Israel en los territorios tomados de Jordania en 1967. Mientras que estos argumentos pueden facilitar la agenda política de Nabulsi, difícilmente puedan sostener su posición teórica respecto de la justicia en los conflictos armados. Cabe señalar que el razonamiento de Walzer acerca de por qué este tipo de guerra anti-guerrilla es inmoral descansa totalmente en el hecho de que ella torna imposible sostener la distinción entre combatientes y civiles que él, contrariamente a Nabulsi, considera vital. Si Nabulsi rechaza desde un comienzo esta

37

□ McMahan, p. 44.

38

□ Como observa McMahan, lo más importante es que las “guerras, cuando son inevitables, deben ser luchadas de la forma más decente y de la forma que menos daño posible produzcan a los inocentes”. McMahan, p. 46.

39

□ Agradezco a Michael Walzer por señalarme este punto. Véanse las referencias de Nabulsi sobre *levée en masse*: pp. 17, 46, 49, 53-54, 168, 173, y 235.

40

□ Walzer, p. 187.



distinción tradicional, difícilmente podrá ahora recurrir a ella como arma contra el combate frente a insurrecciones populares.

En cuanto al propio argumento de Walzer, éste sugiere que el apoyo popular a una revuelta violenta torna injusta toda oposición a ella. Walzer presupone que una *levée en masse* otorga a la lucha de la guerrilla un tipo de legitimidad democrática, y esto por consiguiente levanta una barrera moral ante los intentos por combatirla. Si bien el argumento de Walzer puede resultar aplicable al caso de Vietnam, es dudoso que el uso de la fuerza contra todos los movimientos populares sea siempre *ipso facto* injusto. A veces el apoyo popular recae sobre líderes con credenciales morales dudosas, otras en organizaciones opresivas o agresivas, y a menudo sobre terroristas. Si bien la voluntad popular y la libre determinación de los pueblos constituyen indudablemente una consideración moral importante a los efectos de evaluar a los movimientos políticos y sus causas, es menos claro que el apoyo “democrático” a un movimiento beligerante automáticamente torne injusta toda oposición, u otorgue legitimidad a sus combatientes irregulares.

En cualquier caso, no hay base legal para la proposición de que la guerra contra una guerrilla popular será necesariamente injustificada, o que el apoyo masivo a los irregulares los dota de estatus “beligerante”. Como Walzer mismo admite, “los manuales militares no plantean ni dan respuesta a estas cuestiones”⁴¹. En lo que hace al derecho internacional, las excepciones legales a las reglas hechas en nombre de los combatientes irregulares en caso de *levée en masse* son muy restrictivas. Según Walzer, las disposiciones que exigen que los combatientes utilicen una vestimenta distintiva y lleven sus armas de manera ostensible a efectos de recibir los derechos reconocidos a los soldados en un conflicto armado “a menudo se suspenden, particularmente en el caso interesante de una revuelta popular para repeler una invasión o resistir a una tiranía extranjera. Cuando la gente se revela *en masse* no se le exige que lleve uniforme. Tampoco van a llevar sus armas ostensiblemente, si pelean, como habitualmente hacen, a partir de emboscadas: al esconderse difícilmente pueda esperarse que desplieguen visiblemente sus armas”⁴². Walzer cita a Francis Lieber, que cree que los combatientes capturados en ese tipo de situación deben ser tratados como prisioneros de guerra⁴³. Sin embargo, con arreglo a la Convención de La Haya, la única exigencia que se suspende en caso de un *levée en masse* es la de tener “un distintivo fijo y reconocible a distancia”⁴⁴. E incluso esta libertad de combatir utilizando vestimenta civil está limitada temporal y espacialmente. Se aplica solamente a insurrecciones populares lanzadas al momento de la invasión y realizadas en territorios que aún no están bajo ocupación militar⁴⁵. Aun en estas circunstancias restrictivas,

41

□ Walzer, p. 187.

42

□ Walzer, p. 183.

43

□ *ibid*, con cita a Francis Lieber, *Guerrilla Parties Considered With Reference to the Laws and Usages of War* (New York, 1862).

44

□ La Convención de La Haya (18 de octubre 1907), anexo a la Convención, la Sección I "En beligerantes", Capítulo I "Las calificaciones de los beligerantes", el artículo 2. Véase también Nabulsi, 17.

45

el derecho (a diferencia de Walzer) no libera a los combatientes del requisito de desplegar sus armas ostensiblemente si ellos desean ser considerados “beligerantes”, esto es, con derecho a ser considerados prisioneros de guerra si son capturados⁴⁶. Más aun, el propio Walzer, al igual que la Convención de La Haya, no libera a los irregulares involucrados en un alzamiento popular de la obligación de respetar las costumbres y las leyes de la guerra, específicamente el requisito de abstenerse de considerar a los civiles objetivos legítimos⁴⁷.

Al examinar los requisitos especificados en la Convención de La Haya (1907) para ser acreedor del estatus de prisionero de guerra, George Fletcher explica la distinción entre distintos tipos de combatientes mediante su asociación con la protección más básica otorgada a los civiles en un conflicto armado. “Para entender la posición de la Convención de la Haya, debemos examinar las razones para distinguir entre combatientes y no combatientes. Esta distinción sirve, en última instancia, a los intereses de los civiles, ya que, en principio, permite separarlos del campo de batalla”⁴⁸. Mientras que Nabulsi sostiene que los Estados adoptaron estas distinciones puramente para apaciguar a las poblaciones conquistadas e impedir que opongan resistencia frente a la opresión, también admite que regularizar los ejércitos y distinguir entre combatientes y civiles puede interpretarse, en forma algo más comprensiva, como una medida dirigida contra algunos intereses de las fuerzas armadas, principalmente en cuanto impiden a los ejércitos llevar a cabo matanzas contra los civiles⁴⁹. Walzer adopta esta posición para defender la distinción entre los derechos de los soldados y los de los irregulares prevista, al menos de manera implícita, en las Convenciones de La Haya y Ginebra. Sostiene que la distinción entre soldados y guerrilleros es moralmente válida aun en situaciones de ocupación injusta frente a la que se erige una resistencia encomiable, en función de la protección que brinda a las poblaciones civiles (y no a sus opresores). Esto también explica porqué el permiso para abstenerse de utilizar un distintivo fijo reconocido a los irregulares al momento de una invasión extranjera no se aplica a los irregulares en los territorios ocupados⁵⁰. Como sugiere Walzer más adelante, distinguir entre soldados y civiles por medio de una insignia externa es esencial para proteger a los civiles de los ataques: “los soldados deben sentirse seguros entre los civiles si es que los civiles han de estar alguna vez seguros entre los soldados”⁵¹.

□ La Convención de La Haya (18 de octubre 1907), anexo a la Convención, la Sección I 'En beligerantes ', Capítulo I" Las calificaciones de los beligerantes », el artículo 2. El subrayado es mío. La referencia al artículo 1 se refiere a la obligación de llevar un signo distintivo

46

□ *ibid.*

47

□ Walzer, Capítulo 11: ‘Guerrilla Warfare’, pp. 176–196; Capítulo 2: “Terrorism”, pp. 197–206 La lógica de Walzer al iluminar la distinción tripartita entre la guerra de guerrillas, el asesinato político y el terrorismo sugiere que él puede querer que hagamos la distinción entre combatientes ilegales que en cualquier caso discriminan entre civiles y soldados, y los que no lo hacen. Si bien la distinción que hace Walzer entre guerrillas y terroristas es especialmente valiosa, pienso que no debería entrar en juego en esta primera etapa de la definición de la categoría de combatientes ilegales, que hace referencia a un estatus jurídico antes que a una valoración moral de sus hechos y causas específicas.

48

□ Fletcher, p. 107.

49

□ Nabulsi, p. 163.

50

□ Walzer, p. 178.

51

□ Walzer, p. 182.



De hecho, Nabulsi reconoce desde el inicio que su oposición a la distinción entre combatientes legales e ilegales socava la base misma de las leyes humanitarias de la guerra, puesto que también conlleva el rechazo de la distinción más básica entre combatientes y civiles⁵². Al igual que Fletcher y Walzer, asocia esta distinción controversial con la separación más básica de las leyes modernas de la guerra entre combatientes y no-combatientes, que yace en el centro de las leyes humanitarias de los conflictos armados. Sin embargo, considera que estos principios deben ser desestimados en razón de su sesgo contra los insurgentes irregulares.

La defensa de la distinción básica entre combatientes y civiles en tiempos de guerra está bien arraigada en el derecho internacional y ha sido el tema de numerosos trabajos⁵³. Al nivel de justificación más elemental, esta distinción fundamental representa la aspiración moralmente valiosa de minimizar el sufrimiento inevitable involucrado en el calvario de la guerra, y prevenir que los conflictos armados se conviertan en guerras totales. Si bien Nabulsi admite que su rechazo a la existencia de combatientes ilegítimos constituye un desafío a la distinción más básica entre civiles y soldados, dudo que aun ella sea capaz de reconocer a los ejércitos del derecho a ignorar de plano la inmunidad de los no-combatientes; ciertamente, nunca formula un argumento a esos efectos. En lo que hace a la distinción derivada más controversial, Fletcher continúa su explicación del criterio receptado en la Convención de La Haya para ser considerado prisionero de guerra y recibir otros derechos de la guerra (más allá de la aspiración de distinguir claramente entre civiles y combatientes) en los términos siguientes:

“...también está en juego un principio sutil de reciprocidad entre combatientes... Cuando dos soldados de ejércitos contrarios se encuentran en el frente de batalla, cada uno de ellos adquiere un privilegio y se expone a un riesgo adicional. El privilegio es el de ser capaz de matar al oponente libremente, ya sea que éste esté atacando, descansando o durmiendo. Sin embargo, el riesgo es recíproco: ambos lados están en peligro de ser atacados simplemente en virtud de utilizar un determinado uniforme. Los que se niegan a usar un uniforme o un “distintivo fijo y reconocible a distancia” no se exponen a este riesgo recíproco. De ese modo reclaman el derecho a ser agresores en tiempos de guerra sin pagar el precio, y esto no se puede hacer... La ilegalidad deriva de la negativa deliberada de compartir los riesgos de la guerra”⁵⁴.

Al describir la guerra de guerrillas, Walzer hace algunas observaciones similares al procurar atar los criterios jurídicos para ser titular de los derechos de la guerra a la protección de la población civil, y al destacar la importancia de la reciprocidad. Según Walzer, con independencia de la justicia de su causa, los guerrilleros disfrazados de civiles generan un riesgo moral en la medida en que subvierten las reglas más fundamentales de la guerra, cuyo propósito es proteger a la población civil, a través de especificar para cada individuo una identidad única: ya sea combatiente o civil. Cita el Manual Británico de Derecho Militar (*The British Manual of Military Law*) que formula esta observación con especial claridad: “cada

52

□ Nabulsi, p. 1.

53

□ Para una serie de ejemplos obvios, véase Walzer y Fletcher. Para una distinción jurídica y las protecciones acordadas a los civiles en tiempos de guerra véase: Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, Parte IV, Población Civil. Incluso Nabulsi, p. 1, admite explicación.

54

□ Fletcher, p. 108.

una de estas clases tienen privilegios, deberes e incapacidades diferentes ... un individuo debe elegir, en forma definitiva, si va a pertenecer a una clase o a la otra, y no se le podrá permitir gozar de ambas ...”⁵⁵.

El eje de las observaciones de Fletcher y Walzer parece ser que los irregulares camuflados de civiles están doblemente en falta. En primer lugar, amenazan el bienestar del resto de la población al infringir la distinción entre soldados y civiles. Al decir de Walzer, si los partisanos no mantienen la distinción de combatientes y civiles, ¿por qué han de hacerlo las fuerzas ocupantes⁵⁶? Las guerrillas vestidas de civil invitan al enemigo a subvertir la convención de la guerra. “Mediante el rechazo a adoptar una identidad única, [las guerrillas] buscan hacer imposible que sus enemigos otorguen “privilegios e incapacidades” diferentes a combatientes y no-combatientes⁵⁷.

En segundo lugar, los partisanos de civil desafían las reglas del “juego limpio”, al intentar obtener las ventajas correspondientes a los dos estatus. Según Walzer: “el problema moral principal, que el derecho recepta sólo de manera imperfecta, no tiene que ver con la vestimenta distintiva o con el llevar las armas de manera ostensible, sino con el uso de vestimenta civil como un engaño y un disfraz. (La cuestión del uso de vestimenta civil es similar al uso del uniforme enemigo)⁵⁸”. El derecho internacional trata esta forma de “fingir el estatus de civil o no-combatiente” como un caso de “perfidia”, prohibida de manera explícita por el Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra (PA I)⁵⁹. La cuestión central con el disfraz de civil, para el propio Walzer, es “el tipo y grado de engaño involucrado: el mismo tipo de engaño que se produce cuando un enemigo político que ha tomado la apariencia de un amigo y partidario, o de un transeúnte inofensivo, le dispara a un funcionario o al líder de una de las partes”⁶⁰. Walzer admite que algunos de estos incidentes pueden estar justificados en función de su causa. Sin embargo, “los asesinos no pueden reclamar las protecciones de las reglas de la guerra; ellos participan de una actividad diferente”⁶¹. Lo mismo se aplica a las guerrillas vestidas de civiles, así como también a diversos actos hostiles como el espionaje y el sabotaje realizados a escondidas, detrás de las líneas enemigas, a los que Fletcher también menciona como casos de combatientes ilegales⁶². En lo que se refiere a los agentes secretos de los ejércitos convencionales, Walzer nos dice: “Hay gran consenso en que estos agentes no están protegidos por las convenciones de la guerra, aun si su causa es justa. Ellos conocen los riesgos que sus esfuerzos conllevan.

55

□ Walzer, p. 179.

56

□ *ibid.*

57

□ Walzer, p. 180.

58

□ Walzer, p. 183.

59

□ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977, parte III: Métodos y medios de guerra - Combatientes y prisioneros de guerra de estado Sección 1 - Métodos y medios de guerra, artículo 37.

60

□ Walzer, p. 183.

61

□ *ibid.*

62

□ Walzer, p. 183. Fletcher, cap. 5, pp. 92-116, para el caso de 1942 de los ocho saboteadores alemanes que ingeniosamente conecta con el tema de los combatientes ilegales.



No veo ninguna razón para describir los riesgos que las guerrillas comprometidas en proyectos similares asumen de un modo diferente.”⁶³

Además del peligro que suponen para la inmunidad de los no combatientes, los combatientes no identificados se ven también envueltos en un dudoso quebrantamiento de las reglas: un intento de disfrutar de los beneficios de una determinada situación sin soportar sus cargas, esto es, los riesgos y peligros propios de la guerra abierta e identificada. El éxito de esa empresa engañosa e irregular depende en gran medida de la existencia y el mantenimiento de las normas que ella misma desafía. Por otra parte, el tipo de engaño que implica la vestimenta civil y el portar armas en forma solapada está relacionado con la distinción fundamental entre combatientes y civiles, porque las reglas que se burlan son aquellas diseñadas específicamente para proteger a la población circundante. De ahí la doble acusación hecha por Fletcher y Walzer contra el comportamiento no recíproco y que desafía la distinción fundamental entre combatientes y no-combatientes, por poner en peligro la inmunidad de estos últimos. Los irregulares vestidos como civiles no acatan las reglas de la guerra y, por consiguiente, no tienen derecho a estar protegidos por ellas. Además, su incumplimiento está lejos de ser incidental: infringir las reglas en las que sus adversarios se basan, y a las que adhieren, es la esencia misma de su táctica.

Alguien podría responder que hay cosas peores en el mundo que el *free riding*: la opresión, la persecución, la ocupación, la explotación económica, son sólo algunas de ellas. No obstante, el irregular vestido de civil no es un transgresor ordinario, cuya transgresión moral consiste únicamente en comportarse de manera inequitativa, u obtener una ventaja inmerecida. Lo que es peor, a diferencia de los espías y saboteadores de los ejércitos convencionales que penetran en territorio enemigo, las guerrillas disfrazadas o los guerrilleros que luchan en su propio territorio (aun justificadamente) difuminan la distinción entre combatientes y civiles, y amenazan con llevar a su adversario más poderoso a un conflicto que no hace tal distinción. No sólo se suben a un moralmente dudoso *free ride* respecto del código moral de sus adversarios, sino que específicamente reniegan de las reglas que se encuentran en el corazón mismo de las convenciones humanitarias, y que son vitales para el bienestar de la población civil, sobre todo de los miembros de la población más débil. Si bien la dicotomía combatiente-civil, y la distinción derivada entre combatientes legales e ilegales, podrían resultar beneficiosas para los ejércitos de ocupación, resultan absolutamente esenciales para la protección de las poblaciones vencidas. Tales distinciones no deben ser dejadas de lado, particularmente por aquellos que, en el fondo, están preocupados por los intereses de estas últimas. Aun en circunstancias extremas es difícil creer que la suspensión de todos los límites a la guerra y las represalias militares en nombre de una causa justa, aun de la independencia nacional, terminará en general por beneficiar a la parte con menos poder de fuego. Aquellos que se preocupan por los intereses de los débiles y vulnerables en comparación con los fuertes y poderosos, si analizan la cuestión con cuidado, considerarán que es mejor abrazar las restricciones del *jus in bello* que rechazarlas⁶⁴.

Ciertamente podría aun argumentarse que en determinadas circunstancias podría valer la pena que la población civil asumiera el riesgo que implica una guerra irregular. Recordemos el argumento de Walzer según el cual, en ocasiones puede estar justificado recurrir a la perfidia⁶⁵. Esto dependerá del tipo de

63

□ Walzer, pp. 183-184.

64

□ Las prohibiciones establecidas en el artículo 23 de la Convención de la Haya son un ejemplo de ello.

65

agresión u opresión que constituya el *casus belli* y de las chances de oponerse con éxito a esta agresión, sopesado respecto del riesgo que constituye la represalia enemiga. En el caso de un régimen opresor (o una fuerza ocupante) cruel y prolongado, no es en absoluto improbable que las chances de liberación hicieran que valiese la pena poner en peligro el bienestar de los civiles en aras del bienestar colectivo. Este punto se concede fácilmente. Walzer admite que ciertos casos de guerra irregular, sobre todo la lucha partisana contra los Nazis, estaban justificadas, a pesar del peligro que representaba para la población circundante. No obstante, el punto es que los beligerantes envueltos en dicha actividad deben asumir los riesgos consiguientes para ellos mismos, al igual que los peligros para su población civil. Sin importar cuán nobles resulten en el caso particular, los guerrilleros no están protegidos por el derecho internacional de los conflictos armados, que está diseñado para disuadir tácticas irregulares en general, con la buena causa de reducir la violencia y proteger a los civiles⁶⁶. En el caso del guerrillero noble, estaríamos justificados en aplaudir su conducta, pero no podríamos reprochar a su oponente (que puede ser objetable en otros aspectos) por negarle los derechos de un combatiente regular.

En un nivel más práctico, un régimen cruel y opresivo que enfrentase una resistencia actuaría a su vez en forma ilegal si emplease todo su poder contra los insurgentes ilegales. Si presuponemos que este régimen, u ocupante, es la parte más poderosa en el conflicto, esto convertiría la ilegalidad de la resistencia en un recurso inútil en la práctica. El débil sólo puede beneficiarse de infringir las reglas cuando la infracción es de un solo lado; de ahí la acusación de *free riding*. La lucha partisana contra la Alemania de Hitler es un ejemplo de esto. El éxito a corto plazo de las operaciones de la resistencia se basó en las propias reglas de la guerra (por ejemplo, un ataque sorpresa realizado por combatientes disfrazados de granjeros franceses desarmados se basó en el presupuesto de que los pueblos conquistados, vestidos con ropas civiles, no representaban una amenaza militar). En el largo plazo, el mero hecho de que los Nazis infringían muchas de las reglas de los conflictos armados, particularmente aquellas referentes a la inmunidad de los no combatientes, convirtió a la lucha partisana en una empresa militarmente insignificante. Los terroristas o los combatientes por la libertad (*freedom fighters*) sólo pueden tener éxito si su enemigo más poderoso no es extremadamente opresivo o injusto, respeta las reglas de los conflictos armados, y no toma represalias en especie.

En resumen: la razón detrás de las distinciones examinadas –tanto las básicas, como sus derivadas– es la moralmente digna aspiración humanitaria de proteger a los indefensos, junto al objetivo utilitarista de disminuir el ciclo de violencia en el curso del combate a través de la individualización de cierta clase de agentes, a saber, combatientes que son susceptibles de ataque de manera exclusiva⁶⁷. He sugerido que la distinción controversial entre combatientes legales e ilegales, en definitiva, es más favorable para la parte débil que cualquier alternativa moralmente creíble. Ninguna de las partes –ni el débil ni el poderoso– puede elegir legítimamente entre estas distinciones según le convenga, demandando su protección sin asumir sus cargas. Puesto que la aplicación selectiva de las reglas de la guerra (o cualquier otro principio) no es una opción moralmente viable, todas las partes (en particular la débil) estarán mejor si aceptan las cargas y

□ Walzer, p. 183.

□ Walzer, p. 182.

□ La distinción básica del *jus in bello* se da entre combatientes y no combatientes. Su explicación es una fuente de debate académico. Walzer, en su capítulo 9, argumenta que los no combatientes son, en un sentido importante, inocentes y tienen, por lo tanto, derecho a un tipo de inmunidad moral a la cual los soldados no tienen derecho. Richard Norman, en *Ethics, Killing, and War* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), Capítulo 5, argumenta que no hay diferencia de culpabilidad entre soldados y civiles, pero que matar a civiles expresa una particular falta de respeto por la vida humana. La distinción combatientes-no combatientes, sostiene Norman, busca reducir la deshumanización y despersonalización que caracteriza a la guerra en general. George I. Mavrodes, en “Conventions and the Morality of War”, 4 *Philosophy and Public Affairs* (1975), p. 117, sostiene que la distinción no tiene un fundamento intrínseco sino que es puramente convencional. La base de la distinción, según Mavrodes, es el interés mutuo de las partes en guerra por disminuir el ciclo de violencia mediante la limitación de su habilidad para luchar.



limitaciones –junto a las protecciones– que se derivan de estas distinciones, en lugar de rechazarlas. He señalado que cierto tipo de combatientes irregulares, generalmente apodados “terroristas”, son, en efecto, culpables de hacer *free riding* en el sentido de procurar beneficiarse de las protecciones que estas distinciones brindan a ellos y sus poblaciones, sin asumir las responsabilidades inherentemente ligadas a ellas. Es precisamente esta opción la que debe ser rechazada categóricamente por la comunidad internacional y su sistema jurídico si hemos de conservar al menos algún tipo de límite en tiempos de guerra.

III. PROBLEMAS GEMELOS: LOS DETENIDOS DE LOS ESTADOS UNIDOS Y LOS ASESINATOS DE ISRAEL

En los hechos, el derecho y la práctica internacionales dejan a los combatientes irregulares virtualmente sin protección, aun cuando su identidad “ilegal” no es en sí misma una conducta criminal. Como señala George Fletcher, la noción de combate sin reglas invoca un estatus jurídico antes que un crimen. Fletcher formula esta proposición haciendo uso de la distinción analítica defendida por H. L. A. Hart a comienzos de los años 1960s entre una norma que define un delito (como el espionaje) y una norma que genera la posibilidad de adquirir un estatus legal (convertirse en un combatiente legal).

La diferencia básica es que la violación del primer tipo de normas genera responsabilidad y castigo. La violación del segundo tipo simplemente conlleva que el actor no obtiene los resultados jurídicos que desea. Por ejemplo, desea convertirse en un farmacéutico habilitado y falla. Trata de escribir un testamento válido y falla. Procura gozar de los privilegios de ser un combatiente y falla⁶⁸.

Mientras la identidad híbrida del combatiente-civil no es en sí misma un delito perseguible penalmente, muchos de los actos de guerra específicos atribuidos a los combatientes irregulares son perseguibles como “crímenes de guerra”, y algunos como “terrorismo”. Dos ejemplos conocidos son los ataques del 11 de septiembre, y el ataque palestino a civiles en Israel. Los ataques contra no combatientes en el curso de un conflicto armado han sido extensamente reconocidos como crímenes de guerra en los Convenios de Ginebra y, más recientemente, en el Estatuto de Roma⁶⁹. Como es evidente, el homicidio está prohibido tanto por la ley estadounidense como la israelí. Es igualmente obvio que tanto los pilotos del 11 de septiembre, como los bombarderos homicidas en Israel, no cumplieron los requisitos de la Convención de La Haya. No se presentaron al vuelo con uniforme militar y, naturalmente, mantuvieron sus armas ocultas. Estas omisiones no constituyen en sí mismas un crimen. Sin embargo, es precisamente este incumplimiento, antes que sus actos atroces, lo que está en el centro del estatus desprotegido del terrorista. Más aun, a diferencia del caso del farmacéutico sin habilitación, o el del testamento inválido, las

68

□ Fletcher, p. 109.

69

□ Fletcher, p. 57; Walzer, por ejemplo, pp. 136-137; Véase también, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, 1977, Parte IV: Poblaciones Civiles, Capítulo II: Civiles y Población Civil, artículo 51: Protección de Poblaciones Civiles, 2. ... Actos y amenazas de violencia cuyo propósito primario es sembrar terror entre la población civil están prohibidos.

consecuencias prácticas de la incapacidad jurídica de los combatientes será por momentos más grave que la asociada con un crimen específico.

El 13 de noviembre de 2001, el Presidente Bush dictó una orden ejecutiva autorizando que tribunales militares juzgasen a cualquiera de los terroristas o miembros de Al-Qaeda que fueran capturados en el conflicto en curso en Afganistán. “Los Tribunales que Bush tenía en mente ... estarían compuestos por funcionarios militares sujetos a influencia por parte de los mandos, los procedimientos serían secretos, y podría usarse cualquier tipo de prueba que se considerase relevante. Por supuesto, no habría jurado. Los jueces podrían imponer la pena de muerte con una mayoría de dos tercios.” No habría apelación, a excepción de ante el Presidente o el Secretario de Defensa⁷⁰.

Es probable que esta forma de enjuiciamiento les espere a los detenidos en la Bahía de Guantánamo, a quienes el gobierno de Bush, no en forma inverosímil, ha calificado como “combatientes ilegales”⁷¹. En la actualidad, la actuación de estos tribunales ha sido suspendida a la espera de la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos en un caso presentado en representación de Salim Ahmed Hamdan, en el que se cuestionan los procedimientos de esos tribunales contra los sospechosos de terrorismo.* El Presidente Bush declaró a Hamdan “combatiente enemigo [sic]”, un estatus que lo hace no apto para gozar de los privilegios otorgados a los prisioneros de guerra⁷².

Aquí hay en juego dos cuestiones distintas relativas al trato dispensado a los irregulares. La primera tiene que ver con la legalidad y justicia de los tribunales. La segunda se refiere a la humanidad de la detención anterior. Tal vez el aspecto más deplorable de la detención sea su falta de transparencia. Como están las cosas, la opinión pública estadounidense continúa virtualmente desinformada respecto del destino de los irregulares mantenidos indefinidamente por las Fuerzas Armadas estadounidenses en Cuba. Informes recientes sobre el tratamiento a combatientes convencionales en la prisión de Abu Ghraib, en Irak, no pueden sino generar especulaciones horribles acerca del destino de los militantes “ilegales” de la campaña anterior de los Estados Unidos.

Con respecto a los tribunales, Fletcher señala que un aspecto particularmente perturbador consiste en la noción de “combatiente ilegal”, que subyace a la orden ejecutiva del Presidente Bush. Las personas que van a ser sometidas a juicios sumarios son “los miembros de Al-Qaeda, alguien que tuvo lazos o asistió al terrorismo internacional contra los Estados Unidos, o cualquier persona que haya protegido a un miembro de Al-Qaeda o un terrorista internacional”⁷³. Sin embargo, como señala Fletcher:

No hay forma de saber quién es un miembro de esta red sin primero hacer un juicio sobre quién es culpable de un acto de terrorismo – y esta es precisamente la cuestión a determinar en los procedimientos sumarios ante el tribunal militar. La

70

□ Fletcher, pp. 112-113.

71

□ En la actualidad, solo hay un juicio de este tipo que funciona, con la participación de tres defensores. Véase, por ejemplo, la nota en *Washington Post*, 9 de julio de 2004.

*

* [NdT: en 2006 la Corte Suprema estadounidense declaró inválidas las comisiones militares por violar tanto el Código uniforme de Justicia Militar, como el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. Las Comisiones militares han terminado funcionando primero con arreglo a la Ley de las Comisiones de 2006, y luego de la declaración de inconstitucionalidad de ésta en *Boumediene v Bush*, en función de la Ley de 2009.]

72

□ Hamdan de 34 años, supuesto chofer personal y guardaespaldas del líder de Al-Qaeda, Osama Bin Laden, fue capturado en Afganistán en noviembre del 2001.

73

□ Fletcher, p. 113.



circularidad de usar “terrorismo” dos veces – primero, como el criterio para fundar la competencia y, segundo, para la definición del crimen – nos hace preguntarnos si es posible hacer justicia en tribunales definidos de este modo⁷⁴.

Uno sólo puede adivinar el razonamiento que subyace a esta circularidad. La noción de combatientes ilegales es, de hecho, vital para esta lógica. Los abogados de Bush parecen haberle atribuido al término “terrorismo” un significado diferente en cada uno de sus usos. En el primer caso, el término es empleado con el fin de asignarle un cierto estatus inferior al acusado, a saber, el de un desprotegido “combatiente ilegal”. En el segundo, el término “terrorismo” es utilizado para describir un listado de crímenes –pertenecer a ciertas organizaciones ilegales, o participar en matanzas de civiles. Aunque la orden no lo dice, está claro que el criterio jurisdiccional está basado en el estatus atribuido a los combatientes irregulares – la presunción de que en virtud de sus omisiones no tienen derecho a las inmunidades correspondientes a los soldados, ni a los derechos acordados por ley a los criminales. Por último, el término “terrorismo” se refiere a un crimen específico: no al hecho de no usar uniforme o de no portar las armas de manera ostensible, sino a una actividad criminal específica como asistir Al-Qaeda o ayudar e instigar crímenes contra nacionales estadounidenses. Si nos detenemos en la noción de “combatientes ilegales”, resulta evidente que la orden del Presidente tiene su propia lógica interna. Sus redactores tenían en mente dos significados distintos de “terrorismo”: el estatus ilegal de los terroristas como “combatientes ilegales” desprotegidos, que los hace pasibles de ser juzgados en juicios sumarios; y el “terrorismo” como un crimen por el cual son enjuiciados.

Este entendimiento no exonera a los abogados de Bush. La terminología circular de la orden no es principalmente un error de tipo lógico, sino moral. El problema de los tribunales sigue siendo, tal como Fletcher advierte, identificar la clase de individuos sujetos a esta clase inferior de justicia –a saber, los miembros de Al-Qaeda– frente a cualquier extranjero que el gobierno de Bush considere sospechoso⁷⁵. Aun si uno acepta la valoración jurídica del gobierno según la cual se debe negar el debido proceso a los “combatientes ilegales” y se los debe juzgar con menores garantías procesales, estos procedimientos deben al menos ser usados de modo de garantizar que el individuo llevado ante al tribunal sea, de hecho, un “combatiente ilegal”.

A comienzos de 2001 – antes de que los aviones se estrellaran en Nueva York y Washington, y el Presidente Bush estableciera sus tribunales – los ataques palestinos sobre civiles en Israel habían escalado. El año anterior había visto la retirada precipitada por parte de Israel del Líbano, el colapso de los acuerdos de Camp David, y el rechazo palestino a la propuesta Clinton-Barak. Esto había hecho estallar el Segundo Levantamiento Palestino –la “*Intifada de Al-Aqsa*”–, que comenzó en septiembre de 2000. En respuesta, Israel revivió la vieja táctica de asesinar militantes palestinos de rangos medio y alto. Entre el 29 de septiembre de 2000 y finales de 2005, las fuerzas militares israelíes mataron más de 187 palestinos acusados de liderar actividades terroristas⁷⁶. Los objetivos palestinos prominentes incluyeron a: Ibrahim Bani Odeh, un conocido fabricante de bombas; el líder de Fatah, Hussein Abayyat; Yahiya Ayyash, la famosa “ingeniera”, asesinada en Gaza en 1996; el líder de Tanzim, Raed Karmi; Mahmoud Abu Hanoud,

74

□ Fletcher, p. 114.

75

□ Fletcher, pp. 113 – 114.

76

□ *B'tselem – Centro Israelí de Información para los Derechos Humanos en Territorios Ocupados*” <http://www.btselem.org>.

un comandante de Hamas de rango superior asesinado en noviembre de 2001; el líder de Hamas, Salah Shhada, asesinado por Israel en julio de 2002; y, más recientemente, el “líder espiritual” de Hamas, Sheik Ahmed Yassin, y su sucesor, Dr. Abdel Aziz Rantisi (marzo de 2004).

Se han formulado muchos argumentos morales, jurídicos y prácticos condenando la política de ejecuciones de Israel, los cuales merecen un análisis exhaustivo. Esta práctica ha sido llamada “ejecución extrajudicial”⁷⁷, e incluso equiparada con el terrorismo que pretende combatir⁷⁸. Otros se preguntan si debemos confiar al personal político y militar estas decisiones cruciales o si la práctica, aun cuando esté justificada, debe ser puesta bajo la revisión judicial⁷⁹. Algunos que están menos opuestos en principio a esta estrategia, sin embargo señalan acusadoramente las muertes de civiles ocasionadas en el curso de estas operaciones. Otros aun cuestionan la efectividad de esta política como medio para combatir el terrorismo, y concluyen que es meramente una forma de venganza o de represalias antes que una forma de legítima defensa. Así, se sugiere también que estas operaciones aceleran en vez de reducir el ciclo de violencia y muerte. Desde el punto de vista jurídico, sin embargo, no es claro, más allá de toda la retórica, que seleccionar como blanco a combatientes irregulares, ya sean terroristas o de otra clase, resulte en última instancia ilegal, o que las reglas de la guerra contengan principios básicos que deberían convertir esta práctica en ilegal.

Claramente, el principio subyacente a la política de ejecuciones de Israel es la distinción familiar entre combatientes legales e ilegales. Los terroristas en actividad, se supone, carecen tanto como los soldados, y quizá incluso más, del derecho al debido proceso. Los terroristas o las guerrillas claramente operan en la esfera militar, antes que en la civil. Además del obvio carácter bélico de la actividad en la que están envueltos y por la cual son perseguidos por sus asesinos, ellos mismos no niegan la naturaleza militar de sus acciones o su participación directa en las hostilidades en curso. De hecho, se enorgullecen de ella. Por consiguiente, ellos no tienen derecho a las protecciones otorgadas a los civiles en los Convenios de Ginebra⁸⁰. A menudo, los líderes de la guerrilla tienen títulos militares de mando. En ningún caso podrán

77

□ Este es el término utilizado por B'tzelem, *ibid*, y es frecuente entre la izquierda israelí.

78

□ Por ejemplo, *After the Terror*, p. 151. Noam Chomsky, *9-11* (New York: Seven Stories Press, 2001), p.72.

79

□ Con independencia de que esta preocupación puede ser compensada por la preocupación relativa a salvar vidas humanas, es importante notar que imponer restricciones judiciales en operaciones anti-terroristas, si bien factible y justificado en lo abstracto, colocaría el asesinato selectivo totalmente fuera de lugar con otras formas de acción militar, por razones que siguen siendo curiosas. El personal militar y político está normalmente autorizado a tomar una gran variedad de decisiones en el momento que incluyen, por ejemplo, hacer la guerra, embarcarse en batallas particulares, y una vasta colección de decisiones tácticas y estrategias que son llevadas a cabo en contextos beligerantes. Todas estas decisiones usualmente afectan la vida de numerosos individuos, la mayor parte de los cuales son totalmente inocentes. La autoridad no supervisada, puesta en manos de generales y políticos en tales situaciones, es pasible de potenciales abusos o usos no adecuado en una variedad de formas no disímiles con aquellas que plantean problemas vis-a-vis a los ataques a terroristas, y en una escala mucho mayor. Sin embargo, en nombre de la “seguridad nacional” o la seguridad personal, nos resignamos a estos efectos secundarios negativos y permanecemos satisfechos con retener sólo el poder de castigar digresiones morales graves en la toma de decisiones y acciones militares (tales como masacres u otras formas de violaciones extremas de los derechos humanos), si son descubiertas. Es curioso que la vida de los terroristas en particular genere llamados a otorgarles protecciones extraordinarias.

80

□ El Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, 1977, capítulo II: Civiles y Poblaciones civiles: artículo 51: Protección de las poblaciones civiles, claramente establece que: “(3) Los civiles deben gozar de la protección otorgada por esta sección, al menos o por el tiempo durante el cual sean partes directas de las hostilidades”. Lo controversial del término en lo que respecta a los asesinatos de Israel, es la frase “parte directa”. Hay quienes ciertamente argumentarían que ciertos objetivos de Israel, (más notoriamente el caso del “líder espiritual” de Hamas, Sheik Ahmed Yassin), no forman “parte directa” de las hostilidades y son por lo tanto “civiles” protegidos por el derecho internacional. De hecho, todos los objetivos, sin excepción, (definitivamente incluyendo a Yassin), estaban directamente involucrados en la lucha militante contra Israel, o bien instigando, u organizando,



considerarse criminales civiles o un tipo de persona protegida “que no participa directamente en las hostilidades”. De hecho, no reclaman ese trato⁸¹. Controversialmente se consideran a sí mismos “combatientes por la libertad” (*freedom fighters*) o guerrilleros, pero nunca sostienen no estar involucrados en una guerra.

Por otro lado, en tanto irregulares que no se rigen por las convenciones de la guerra, los terroristas, o las guerrillas tampoco poseen los derechos de los soldados durante el conflicto⁸². Por consiguiente, Israel supone, nunca son inmunes a un ataque, ni siquiera en sus casas o en sus camas. Al igual que los soldados, pueden ser atacados durante un conflicto armado en cualquier momento, estén o no armados, ya sea que representen una amenaza grave, o simplemente estén de pie con los brazos cruzados⁸³. A diferencia de los soldados regulares, sin embargo, pueden ser atacados en escenarios puramente civiles. Más allá de su estatus desprotegido, la explicación moral de esta consecuencia se sigue de la falta de reciprocidad en el respeto a las normas, como se examinó en la sección anterior. Los irregulares no se exponen a los riesgos convencionales, ni apoyan convención alguna sobre los contextos apropiados para el combate. Por definición nunca surgirá la posibilidad de combatir al terrorismo en un frente de batalla acordado. El terrorista, por su parte, no tendrá inconveniente en combatir a su enemigo en escenarios no convencionales. Por consiguiente, pareciera haber pocas razones morales, si es que hay alguna, para apoyar las convenciones relativas a las circunstancias óptimas para la batalla en el caso de los irregulares que prefieren, ellos mismos, no regirse por estas normas.

A diferencia del problema de identificar precisamente a los miembros de Al-Qaeda, Israel prácticamente no tiene dificultad práctica ni moral en identificar a los responsables de ataques violentos en su contra. Puedo presuponer que hay poco desacuerdo entre los liberales occidentales en cuanto a la inmoralidad de los terroristas y sus actos aborrecibles, con independencia de la justicia de su causa⁸⁴.

planeando, incitando personalmente, reclutando activamente, o llevando a cabo ataques tanto contra civiles israelíes, como soldados también. Ellos mismos serían los últimos en negar esto.

81

□ La frase “personas que no toman un rol activo en las hostilidades”, referida a un estatus protegido, fue tomada de la Convención de Ginebra de 1949 e incluye tanto civiles como prisioneros de guerra que hayan depuesto sus armas. Véase: Convenio de Ginebra relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra, 12 de agosto de 1949, Parte 1: Provisiones generales, artículo 3, (1).

82

□ En cuanto a los requisitos para tener esos derechos, tales como el estatus de prisionero de guerra, se prevén específicamente los requisitos acumulativos de acatar las reglas de la guerra, usar uniforme que los identifique y llevar las armas abiertamente, véase también nuevamente: La Convención de la Haya (18 de octubre de 1907), Anexo a la Convención, Sección I “Sobre Beligerantes”, Capítulo I “Los requisitos de los beligerantes”, Artículo 1. Convención de Ginebra relativa al Trato de Prisioneros de Guerra (12 de agosto de 1949), parte I – Provisiones Generales, artículo 4. Véase también: Fletcher, p. 106; Walzer, p. 182.

83

□ Sobre una noción más amplia de legítima defensa en tiempos de guerra y sobre los muchos contextos en los cuales es legal matar soldados enemigos véase Fletcher, p. 107; Walzer, pp. 139-142; Dershowitz, “Killing Terrorist Chieftains is Legal”, *The Jerusalem Post*, 22 de abril de 2004; Daniel Statman, “Targeted Killing”, *Theoretical Inquiries in Law* Vol. 5. 179-198, p. 195.

84

□ Hay ciertamente excepciones a este consenso putativo; por ejemplo, Ted Honderich, *After the Terror*. Esto es al menos parcialmente debido a el disenso de Honderich sobre la moralidad liberal: *After the Terror*, 46-51 y *passim*.

Tampoco hay dudas, en general, acerca de la culpabilidad de los objetivos militares a quienes se persigue. Por el contrario, los jefes terroristas y las organizaciones a las que representan siempre se enorgullecen de asumir públicamente la responsabilidad por las atrocidades que planean y ejecutan. Yassin, Rantisi, Yahya Ayyash, Raed Karmi, y Salah Shaada son todos ejemplos de ello. La transparencia tampoco es un problema en estos casos. Es posible retener la información sobre las condiciones en las que los prisioneros han sido detenidos, incluso la identidad de detenidos puntuales, pero difícilmente se pueda ocultar el asesinato de una figura prominente. Mientras algunas operaciones pueden ser llevadas a cabo en forma encubierta, ningún secreto rodea sus consecuencias.

Para defender la política de asesinatos de Israel, Daniel Statman se apoya en el punto de vista moral y jurídico extendido según el cual el asesinato de combatientes enemigos en tiempos de guerra está permitido, aun si ellos no representan una amenaza directa e inminente⁸⁵. Ciertamente es ilegal designar como objetivos a comandantes enemigos en escenarios civiles, a saber, cuando vacacionan en un hotel; esto sugiere que, si bien Israel puede atacar a combatientes en contextos militares, no puede hacerlo en contextos civiles. ¿Por qué es legítimo matar a un oficial enemigo en su oficina o en el camino hacia su oficina, pero es totalmente ilegítimo matarlo en un hotel⁸⁶? ¿Cómo es que un cambio de locación sirve para darle inmunidad moral a una persona que, de otra forma, sería ejecutada legítimamente con arreglo a un entendimiento extendido de los alcances de la legítima defensa en tiempos de guerra?⁸⁷ Statman explica esta distinción como algo fundado exclusivamente en una convención, pero sin embargo atribuye a esas convenciones un significado moral importante, en tanto contribuyen a reducir la matanza, el daño y la destrucción de la guerra⁸⁸.

En *Romantics at War*, Fletcher sugiere una explicación un poco diferente de la importancia de las distintas ubicaciones. Un soldado en uniforme, explica Fletcher, adopta una identidad colectiva como un agente enemigo, lo que lo vuelve amenazante para el otro bando y, por consiguiente, legítimamente pasible de ataque⁸⁹. Por otro lado, la tesis de Fletcher sugiere que, mientras vacaciona, el mismo individuo vuelve a su identidad civil y como tal, no puede ser seleccionado como objetivo legítimo. En cualquier caso, está claro que tales distinciones son convencionales por naturaleza, y exigen cierta forma de construcción artificial (como la noción de “identidad colectiva”). Es igualmente evidente, sin embargo, que las convenciones de la guerra están moralmente basadas en la aspiración por minimizar el sufrimiento al limitar el combate a una clase de individuos diferenciada – a saber, soldados –, y proteger a las poblaciones civiles de ataques directos.

¿Cómo se aplican estas convenciones a los combatientes irregulares que no se rigen por ellas? Recuérdese la caracterización de Fletcher de que ilegalidad en combate surge del rechazo deliberado a compartir los riesgos recíprocos que el conflicto conlleva, esto es, identificarse como objetivo pasible de ataque al usar uniforme y llevar las armas en forma ostensible⁹⁰. David Sussman expresa una intuición

85

□ Sobre esta licencia de matar soldados, ver: Fletcher, pp. 107-108; Walzer, p. 142.

86

□ Statman, “Targeted Killing”, p. 195.

87

□ *ibid.*

88

□ Statman, p. 196.

89

□

90

□ Fletcher, p. 108.



similar cuando sostiene en su artículo reciente acerca de “What’s Wrong With Torture?” [“¿Cuál es el problema con la tortura?”] que sin embargo parece moralmente razonable exigir a un terrorista capturado que brinde información que frustrará su causa. El terrorista, argumenta Sussman, es indiferente a las leyes de la guerra y de este modo pierde el derecho convencional de los soldados a rendirse sin comprometer su causa. Mientras que los combatientes regulares que son capturados mantienen su derecho a ocultar toda prueba que podría obstruir los objetivos de su país, no es necesario respetar la renuencia del terrorista a comprometer su sentido de integridad, camaradería y sus objetivos.

El terrorista rechaza el principio del combate justo, al atacar a los seres queridos de sus enemigos simplemente porque el hecho de ser importantes para el enemigo. El terrorista no se esfuerza por distinguirse a sí mismo de los civiles y otros no combatientes; de ese modo fuerza a su enemigo a la terrible decisión de librar la guerra contra personas inocentes, o no protegerse ni proteger a los suyos. Puesto que el terrorista ataca la integridad de su enemigo de esta manera, es difícil ver cómo tendría derecho a rendirse en términos que no exijan que, de algún modo, esté obligado a comprometer su causa. Resulta plausible sostener que tales privilegios deben ser reservados a los combatientes que aceptan determinados riesgos (por ejemplo, que usan uniforme, viven separados de las poblaciones civiles, etcétera)⁹¹.

Las víctimas de los asesinatos israelíes, así como los enemigos no convencionales de los Estados Unidos, son culpables de una violación grave a convenciones moralmente importantes. Si bien esto no es necesariamente cierto respecto de todos los combatientes ilegales, las organizaciones irregulares confrontadas por Israel y los Estados Unidos no se abstienen de atacar soldados en contextos civiles, ni tampoco de atacar directamente a civiles. ¿Deberían las normas de la guerra que ellos mismos desoyen, no obstante, protegerlos? Considero que la complicada realidad de la cuestión es que algunas de ellas deberían aplicárseles y otras no.

IV. LO QUE LAS NORMAS NO DICEN Y LO QUE DEBERÍAN DECIR

Hemos visto que la prohibición de atacar a combatientes en contextos civiles es producto de una convención, si bien una con un fundamento moral importante, a saber, el de limitar la magnitud del sufrimiento en tiempos de guerra. La política israelí de asesinar a los comandantes confesos y a los instigadores de la guerra irregular en escenarios no convencionales puede, de hecho, ser criticada por violar esta convención. Sin embargo, como señala Statman:

... como todas las convenciones, la fuerza moral de esta convención es contingente a que ella sea seguida por todas las partes. Por lo tanto, si una parte viola la convención la otra deja de estar obligada a respetarla. En este sentido, las reglas basadas en la convención difieren de las reglas fundadas en razones estrictamente morales, que son obligatorias sin importar lo que la otra parte haga. Dado que la matanza de niños está sujeta a esas prohibiciones estrictamente morales, estará prohibida aun si el enemigo toma ese curso de acción horrendo. Sin embargo, matar a combatientes en sus hogares (durante la guerra) no es, en sí mismo, moralmente peor que matarlos en sus cuarteles; de este modo, si una de las partes viola esta convención, ella pierde su fuerza moral⁹².

La convención contra atacar combatientes en escenarios civiles puede ser útil para reducir los horrores de la guerra y, como tal, moralmente valiosa aun sin ser intrínsecamente válida. Lo mismo ocurre mayormente con otras convenciones de la guerra⁹³. “Sin embargo, estas convenciones exigen reciprocidad.

91

□ David Sussman, “What’s Wrong With Torture?”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 33 (1), 1-33, p. 18.

92

□ Statman, p. 196.

93

De otro modo, la parte que adhiere estaría simplemente entregándose al lado que se niega a seguirla. Dado que grupos como Al-Qaeda, Tanzim y Hamás no respetan de modo alguno las convenciones de la guerra, el bando que lucha contra ellos está también exento de cumplirlas, pero ello no ocurre respecto de las reglas de conducta estrictamente morales⁹⁴.

La distinción de Statman entre reglas basadas en una convención y aquellas fundadas en razones estrictamente morales es crucial para el problema en cuestión. Las secciones previas mostraron que, mientras el derecho internacional no prevé en forma explícita ninguna distinción entre combatientes legales e ilegales, el estatus de combatiente ilegal puede ser deducido por oposición a la definición positiva de soldados con derecho a ser tratados como prisioneros de guerra, en los términos de la Convención de La Haya de 1907 y los Convenios de Ginebra de 1949. La Sección anterior sugirió que los combatientes que no portan ninguna insignia externa y llevan sus armas en secreto no tienen ese estatus jurídico particular – el de soldado – y en consecuencia no tienen derecho a los privilegios específicos que lo acompañan. La violación de ciertas normas, específicamente la de usar uniformes y llevar las armas en forma ostensible, así como la de cumplir, en general, las reglas y costumbres de la guerra, implica que el combatiente en cuestión no recibirá las inmunidades otorgadas a aquellos que cumplen estos requisitos. Ese combatiente desafía determinadas convenciones y, por lo tanto, no puede disfrutar los privilegios específicos otorgados a aquellos que siguen las normas⁹⁵. Dado que las convenciones están basadas en una relación recíproca o mutua, el no cumplimiento por una parte – en este caso, negarse a compartir los riesgos de una guerra encubierta [sic] – libera a la otra parte de sus obligaciones. En lo que concierne a las reglas de la guerra que son convencionales en su naturaleza, sin importar su fundamento moral, no resultan aplicables a los combatientes que no acatan sus especificaciones.

Es ciertamente difícil proponer una guía precisa para distinguir claramente entre normas basadas en una convención y aquellas basadas en razones estrictamente morales. Con respecto a las reglas de la guerra, hemos visto que la distinción no es siempre prístina. Aun las reglas de guerra convencionales tendrán a veces un fundamento moral fuerte, como la aspiración de poner algún tipo de límite a la guerra moderna. No obstante, resulta claro que alguna distinción entre estas líneas es necesaria y que en algunos casos relativamente sencillos podemos estar de acuerdo acerca de dónde trazarlas. El ejemplo de Statman sobre la prohibición de atacar a combatientes de alto rango en hoteles es un ejemplo de esto. No hay duda sobre la legitimidad de la selección del objetivo militar, o del permiso para matarlo con la guardia baja, incluso mientras duerme; sin embargo, tenemos buenas razones para convenir una abstención general de atacar a los combatientes en determinados contextos, y aceptar a su vez que estas razones quedarán anuladas si ambas partes no se rigen por el acuerdo. Lo mismo vale también, por ejemplo, para el uso de gas mostaza en el campo de batalla. Como señala McMahan, no hay una razón moral independiente para creer que es moralmente peor usar gas (en el campo de batalla) que balas. El acuerdo de abstenerse de su uso está basado en la aspiración moralmente loable, así como nuestro propio interés, de reducir el sufrimiento en tiempos de guerra. Resulta razonable suponer, no obstante, que si una parte viola la convención, la otra parte quedaría liberada de su compromiso contractual de respetarla⁹⁶.

□ Jeff McMahan en “The Ethics of Killing in War” sugiere otro ejemplo útil. “No es obvio, por ejemplo, que el gas tóxico es inherentemente más objetable desde una perspectiva moral que la artillería, dado que su uso está limitado al campo de batalla; aun así la convención que prohíbe su uso es obedecida extensamente, principalmente porque todos sentimos que sería peor para todos, nosotros incluidos, que el tabú sea violado”. (McMahan, p. 46).

94

□ Statman, p. 196. McMahan hace el mismo punto sobre la limitada fuerza vinculante de las convenciones: “es extensamente aceptado que la violación de la convención por una parte tiende a liberar a la otra parte de su compromiso de respetar esa convención”. (McMahan, p. 47).

95

□ Fletcher, 109.

96

□ Cf, McMahan, pp. 46-47.



La misma lógica se aplica al estatus de “prisionero de guerra”, en el caso de ser capturado. Mientras estas reglas están presumiblemente basadas en una preocupación moralmente importante respecto del trato humanitario que debe darse a los prisioneros, los derechos específicos acordados por las convenciones de La Haya y Ginebra suponen una relación mutua y la asunción de riesgos recíprocos. Esas reglas jurídicamente no se aplican a aquellos que no cumplen con los estándares estipulados, pero tampoco quienes no comparten las cargas asociadas con el regirse por sus normas pueden exigir su aplicación sobre la base de razones estrictamente morales.

Es diferente el caso de aquellas normas que se refieren más directamente a prohibiciones estrictamente morales y defienden derechos humanos básicos. Considérese el crimen de matar a civiles con gas en campos de exterminio, frente a la posibilidad de utilizar gases letales en el campo de batalla. Si durante la Segunda Guerra Mundial, alguna de las partes beligerantes hubiese utilizado gas tóxico contra los soldados, la otra parte hubiera estado presumiblemente justificada en tomar represalias en especie. Sin embargo, las Fuerzas Aliadas no hubiesen estado justificadas en vengar los horrores de los campos de la muerte Nazis estableciendo sus propias cámaras de gas para ex patriotas alemanes en los Estados Unidos. Siguiendo esta lógica, el Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra no libera a los Estados de sus obligaciones jurídicas respecto de los civiles y las poblaciones civiles, aun cuando sus adversarios violasen tales obligaciones⁹⁷. El ejemplo de Statman sobre atacar niños muestra esto mismo de manera convincente. Aun cuando los estados, o los terroristas, violan descaradamente esas normas, sus oponentes no deben tomar represalias en especie⁹⁸. Esto, me atrevería a añadir, es también presumiblemente cierto respecto de una variedad de violaciones a los derechos humanos, como el uso de tortura pura y simple, la detención y el aislamiento por períodos prolongados de individuos que no han asumido libremente la responsabilidad por las acciones que se les atribuyen, ni han sido declarados culpables públicamente. Este último ejemplo está directamente relacionado con la prohibición moral básica de castigar a inocentes, mientras que el primero refleja el compromiso moral básico de brindar un trato humanitario mínimo a los seres humanos como tales, cualquiera sea su crimen. Para repetir: la tarea de especificar una lista de derechos humanos básicos que deben ser respetados en tiempos de guerra sin importar el curso de acción del enemigo está fuera del alcance de este trabajo. A pesar de ello, sugiero que si bien los combatientes que no son soldados no pueden razonablemente exigir el derecho a ser atacados sólo en el campo de batalla, o a revelar sólo su nombre, rango y número de serie cuando son capturados, sí deben mantener un mínimo de derechos humanos básicos que no son producto de convención alguna.

V. CONCLUSIÓN

La distinción entre combatientes legales e ilegales está inherentemente unida con la aun más básica diferenciación entre combatientes y civiles, y es esencial para proteger a estos últimos. Como tal, es una distinción moralmente valiosa, que debe estar arraigada en el derecho y defendida en la práctica, en lugar de mantenerla en una especie de limbo jurídico. El derecho internacional debe dar un paso importante y reconocer explícitamente la distinción entre combatientes que luchan según las reglas de la guerra y

97

□ Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, 1977, Parte IV, Sección II, Artículo 51, #8.

98

□ Statman, p. 196.

comparten los riesgos, y aquellos que son indiferentes a ellas. Esencialmente, esto implica explicitar, antes que meramente sugerir, los requisitos que debe cumplir la conducta durante el combate y los beneficios que han de reconocerse a ella, así como también los beneficios que se recortarán a los combatientes que no se rijan por las reglas de la convención. En el nivel más práctico, en última instancia la cuestión será sacar las conclusiones adecuadas respecto de los derechos de los irregulares, o su falta de derechos, durante el conflicto y a su término.

Al hacer esto, los abogados internacionalistas deberán prestar especial atención a la distinción entre derechos y privilegios derivados de la convención, y aquellos basados en razones estrictamente morales. Si bien este trabajo no formula ninguna política o propuesta sobre el trato que debe darse a los irregulares, sí sugiere que los derechos basados en una convención presuponen reciprocidad y deben, por consiguiente, reconocerse sólo a aquellos combatientes que se rigen por ella. Por otra parte, ciertos derechos humanos básicos deben ser reconocidos a todos los seres humanos en tanto tales, independientemente de la convención o el estatus jurídico del sospechoso o de su supuesto crimen. Estos son, por ejemplo, el derecho de un combatiente capturado a no ser sometido a dolores físicos o presiones graves, el derecho a recibir una alimentación apropiada, cuidado médico y dental, el derecho a ser mantenido en un ambiente humano, así como también el derecho a evitar el encarcelamiento falso, o la detención secreta sin fin. En consecuencia, mientras el estatus ilegal de los combatientes irregulares debe ser distinguido jurídicamente del de sus contrapartes legales, esta distinción no necesariamente tendrá el significado preciso que algunos líderes de Estado en forma auto-interesada desearían otorgarle, ni les brindará el tipo de licencia especial que ellos desean adquirir.