

INTRODUCCIÓN

Alejandro Chehtman y Eduardo Rivera López*

El 28 de julio pasado se cumplieron cien años del inicio de la Primera Guerra Mundial, o la Gran Guerra, como se la denominó en su época. El aniversario de este conflicto, que inauguró una época de violencia armada sin precedentes, debe ser motivo de reflexión sobre el recrudecimiento de los conflictos armados en las circunstancias actuales. Si bien es probable que la Primera Guerra Mundial no haya marcado a fuego la cultura y el imaginario colectivo con la fuerza brutal de la Segunda, su herencia política, económica, y tecnológica es quizá equiparable. Muchas de las innovaciones introducidas en ella siguen muy presentes en nuestra comprensión básica del fenómeno bélico. A la vez, hoy en día podemos ver tanto continuidad como discontinuidad con ese conflicto y sus sucesores. Por ello, hemos decidido conmemorar este importante aniversario desde la teoría jurídica y la filosofía moral con un Dossier especial sobre algunas de las cuestiones que se plantean en los conflictos armados actuales, en relación con sus pretensiones de justicia y legitimidad. Asistimos a una etapa de reflexión y revisión profundas de muchos de los postulados fundamentales de la regulación de los conflictos armados, tanto desde el derecho como desde la filosofía. Sobre estos desarrollos nos interesa centrarnos especialmente en este Dossier. Pero antes detengámonos unos instantes en la (pesada) herencia de la Primera Guerra Mundial.

El conflicto, que sucedió a un prolongado período de paz armada, se inició con grandes expectativas. Stefan Zweig cuenta en sus memorias cómo la guerra fue recibida

* Profesor asociado de la Escuela de Derecho de la UTDT e investigador asistente del CONICET, y Profesor plenario de la Escuela de Derecho de la UTDT e investigador independiente del CONICET, respectivamente.

con cierto júbilo en Austria y en muchos países europeos.¹ Sin embargo, el optimismo inicial de los involucrados, así como las expectativas de una victoria rápida y relativamente indolora por parte de sus gobiernos, muy pronto dejó lugar a una carnicería de proporciones antes inimaginables. Según la famosa frase acuñada por Christopher Clark, el mundo ingresó como un sonámbulo en la Primera Guerra Mundial y salió de ella completamente transformado.² En palabras de Andrés Reggiani, “[n]inguna otra guerra puso fin a toda una época de una manera tan abrupta y profunda”.³

La Primera Guerra Mundial alteró radicalmente el paisaje y la experiencia de los conflictos armados tanto en tierra, como en el agua y el aire. El tipo de conflicto que se desarrolló, por su escala y posibilidades técnicas, no había sido “probado” con anterioridad. Los nuevos armamentos tenían una capacidad de fuego sin precedentes. Esto generó un rápido estancamiento en las operaciones terrestres y dio paso a una guerra de trincheras, con una cantidad de muertos en ambos bandos como nunca antes se había visto. Este tipo de confrontación hacía muy difícil para los beligerantes obtener una ventaja decisiva. El desarrollo del tanque, quizá el avance más importante en tierra, no tuvo consecuencias determinantes posiblemente debido a la falta de experiencia e ideas en su utilización (a diferencia de lo que ocurriera treinta años después, durante la Segunda Guerra Mundial). En abril de 1915, sin embargo, los alemanes lanzaron sobre las tropas enemigas en el frente belga 170 toneladas de cloro gaseoso. Poco tiempo después se utilizó el fosgeno con fines parecidos. Las armas químicas habían hecho su ingreso a los conflictos armados contemporáneos. Si bien el uso de estos gases rápidamente generó avances en materia de máscaras de gas y tratamiento médico, ellos abrieron una ventana al nuevo tipo de conflictos armados que llega hasta nuestros días,

¹ Stefan Zweig, *El Mundo de Ayer. Memorias de un europeo*. (Barcelona: Editorial Acantilado, trad. J. Fontcuberta y A. Orzeszek, 2002).

² Christopher Clark, *The Sleepwalkers: How Europe Went to War in 1914* (Nueva York: Harper, 2013).

³ “El Principio del Fin de un Época”, *La Nación*, 28 de Julio de 2014, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1713550-el-principio-del-fin-de-toda-una-epoca>.



como desgraciadamente hemos podido ver en Siria hace muy poco.⁴ Las reglas tradicionales basadas en las ideas de caballerosidad y honor, que de una u otra forma conformaban aún la base de las normas tradicionales de la guerra, fueron perdiendo incidencia en la conducta de los beligerantes. No obstante, pronto ambos bandos fueron conscientes de que ésta no era la clase de arma que les iba a permitir ganar la guerra. La cuestión seguía siendo romper con el equilibrio generado por la guerra de trincheras y los nuevos armamentos.

Así, se avanzó muy rápidamente en el uso del aire. Los aeroplanos se convirtieron en los “ojos” de los ejércitos, identificando blancos y reportando acerca de posiciones en las trincheras. Además, por primera vez en la historia, el cielo se convirtió en un campo de batalla generando quizá las únicas imágenes del conflicto que han logrado retener algo de la mística caballerosa de la guerra. Pero este imaginario no debe confundirnos. En enero de 1915 dos Zepelines alemanes atacaron la costa oriental inglesa inaugurando los bombardeos terroristas a civiles. A partir de 1917, este tipo de ataques fue llevado a cabo por aeroplanos con capacidad para bombas más pesadas. Si bien el número de víctimas no fue estremecedor según parámetros actuales (algunos calculan que hubo alrededor de 1.400 muertos en Gran Bretaña en todo el conflicto), durante buena parte de la guerra 300.000 personas se refugiaban cada noche en refugios subterráneos de Londres debido al temor que estos bombardeos generaban. La seguridad relativa de los civiles alejados del campo de batalla se había terminado para siempre.

Al igual que con el aeroplano, la Primera Guerra Mundial generó el desarrollo de los submarinos o *U-Boots*. Alemania libró una guerra sin cuartel con el fin de estrangular a Gran Bretaña. Gran Bretaña pronto desarrolló el camuflaje para barcos e ideó los *convoys* (grupos de entre 20 a 54 buques mercantes, rodeados por buques de guerra) como forma de proteger a sus embarcaciones. En última instancia, sin embargo, esta

⁴ Véase, por ejemplo, BBC, “Syria chemical weapons allegations”, 31 de octubre d 2013 (disponible en <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-22557347>).

estrategia de atacar barcos comerciales contribuyó fuertemente al ingreso de los Estados Unidos a la Guerra.

Estas nuevas tecnologías supusieron profundos cambios a nivel táctico. La guerra total, inventada por Alemania como forma de poner todo el aparato económico al servicio del conflicto bélico, significó también el primer intento coherente de economía planificada. La posguerra también generó instituciones novedosas, pero sobre todo ciertas ideas que han llegado hasta nuestros días. Por un lado el idealismo Wilsoniano llevó a la organización de la Sociedad de las Naciones, y al establecimiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional, antecedentes directos de la Organización de las Naciones Unidas y su Corte Internacional de Justicia, respectivamente. Por el otro, durante este período surgieron muchas de las ideas que se cristalizarían en Núremberg treinta años después, y que darían paso al sistema de derecho penal internacional, actualmente representado por la Corte Penal Internacional y los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda. Además, durante la Primera Guerra Mundial se produjo el ataque sistemático contra el pueblo armenio, uno de los casos de violaciones de derechos humanos más graves del siglo XX, y con él surgió el germen de la idea de los crímenes de lesa humanidad. Sin siquiera entrar a considerar la incidencia de la Primera Guerra Mundial sobre la economía mundial, sobre los cambios en el rol económico y político de la mujer, o su incidencia en el proceso de descolonización (el reparto de tierras de los anteriores imperios entre los triunfadores Francia y Gran Bretaña abonó las tensiones que actualmente persisten y explotan en Medio Oriente), es evidente que somos descendientes directos de este conflicto armado y la forma en que éste cambió para siempre el mundo en el que vivimos.

Un siglo después los conflictos armados han cambiado sustancialmente. La guerra entre Estados, con ejércitos profesionales y en condiciones de paridad relativa ha dado paso a conflictos caracterizados, cada vez más, por diferencias radicales entre los beligerantes. Los Estados hoy se enfrentan militarmente a organizaciones terroristas, grupos paramilitares y guerrillas, tanto en conflictos internos como internacionales. La

llamada Guerra Mundial Africana, que se ha cobrado millones de víctimas desde los años 90, así como el surgimiento de IS, los conflictos procedentes de la Primavera Árabe, pero también la denominada “guerra contra el terrorismo”, impulsada por los Estados Unidos y sus aliados, posiblemente tengan más cosas en común con las guerras de la temprana modernidad, que con los conflictos que definieron el siglo XX. Estos cambios pueden verse en el tipo de actores involucrados: bandas terroristas, grupos paramilitares, compañías privadas de seguridad (los nuevos “mercenarios”), y ejércitos estatales profesionales. Pero también en el tipo de tecnologías disponibles. Las armas nucleares y químicas, vulgarmente conocidas como armas de destrucción masiva, han dado paso a la irrupción de armas más discriminatorias (entre combatientes y no combatientes), como los vehículos aéreos no tripulados o *drones* y el cañón laser recientemente probado por la marina estadounidense.⁵ La irrupción de la robótica, el avance en materia de comunicaciones, y los primeros avances en materia de inteligencia artificial parecen tener la capacidad de volver a revolucionar los conflictos armados y la formas que tenemos de entenderlos. Todo esto, como es de esperar, ha tenido consecuencias importantes en términos tácticos. El auge de los homicidios selectivos, el terrorismo y la tortura no se pueden explicar sin esta nueva configuración de los conflictos.

En este contexto, se ha producido en el último tiempo, especialmente luego de la respuesta armada a los ataques terroristas del 11 de septiembre, un interés renovado sobre cuestiones teóricas acerca de la guerra, algo que no existía desde la Guerra de Vietnam (al menos no con la intensidad actual). Este interés ha girado en buena medida alrededor de los escritos de Jeff McMahan y otros autores, que han recuperado lo que ellos llaman el paradigma neoclásico de la guerra justa.⁶ En contra de la posición ampliamente aceptada durante el siglo XX, y articulada en el derecho internacional vigente, estos

⁵ Véase, por ejemplo, Spencer Ackerman, “Watch the Navy’s New Ship-Mounted Laser Cannon Kill a Drone”, *Wired* 4 de agosto de 2013 (disponible en <http://www.wired.com/2013/04/laser-warfare-system/>).

⁶ Véase, por ejemplo, Jeff McMahan, *Killing in War* (Oxford: Oxford University Press, 2009), Cécile Fabre, *Cosmopolitan War* (Oxford: Oxford University Press, 2012), y la colección de ensayos de Henry Shue y David Rodin, D. (comps.), *Just and Unjust Warriors: The Moral and Legal Status of Soldiers* (Oxford: Oxford University Press 2008).

autores sostienen que la justicia o injusticia de recurrir a la fuerza militar en un contexto determinado debe incidir en las normas a las que los beligerantes están sujetos durante el conflicto. Esta posición parte de la idea de que existe continuidad entre las normas morales que regulan los conflictos individuales y colectivos; las únicas diferencias entre ellos tienen que ver con la cantidad de individuos involucrados y sus niveles de organización. Sobre la base de este punto de partida, estos autores cuestionan los axiomas básicos del paradigma ortodoxo de la guerra justa, representado, en su versión más influyente por el libro *Guerras Justas e Injustas* de Michael Walzer.⁷ Básicamente, este enfoque revisionista, o neoclásico, rechaza la independencia o separación entre *jus ad bellum* y *jus in bello*, cuestiona que los combatientes justos e injustos estén en pie de igualdad moral y critica la división tajante entre civiles y combatientes.

Está fuera del alcance de esta breve introducción analizar las consecuencias que ha tenido este cuestionamiento al paradigma dominante de la teoría de la guerra justa. No obstante, es importante hacer dos precisiones. Por un lado, el ataque de McMahan y otros autores a la igualdad entre beligerantes así como a la distinción tajante entre combatientes y no combatientes transcurre en el nivel de lo que él llama la “moralidad profunda de la guerra”. Esto significa que es plenamente consistente con la necesidad práctica, y hasta defendible por motivos humanitarios, de mantener una igualdad jurídica entre los beligerantes en cualquier conflicto armado existente y una distinción jurídica tajante entre combatientes y población civil. La primera de estas distinciones se verá claramente reflejada en la discusión del tercer artículo del Dossier (del propio McMahan), al que nos referiremos más adelante. Por el otro lado, muchos de los teóricos contemporáneos de la guerra justa, si bien procuran determinar las condiciones con arreglo a las que es moralmente permisible, y estará justificado matar en ejercicio de la legítima defensa

⁷ Michael Walzer, *Guerras Justas e Injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos* (Barcelona: Paidós, 2001).

colectiva, defienden una posición que podemos denominar de “pacifismo contingente”.⁸ Es decir, si bien todos ellos reconocen que recurrir a la violencia armada es consistente con nuestros preceptos morales más profundos, la mayoría de ellos dirá que pocos conflictos reales (y dentro de ellos, pocas operaciones militares) satisfacen los requisitos establecidos para su permisibilidad moral. En otras palabras, la teoría de la guerra justa contemporánea tiene no solamente un aspecto importante de fundamentación, sino también una faceta igualmente importante de crítica al *status quo* existente.

El presente Dossier procura brindar una mirada sobre estos debates, y acercarlos al público de habla castellana. Hemos escogido tres artículos de distintos exponentes de este debate. Tanto la teoría de la guerra justa como la regulación jurídica de los conflictos armados suelen dividir las discusiones y las normas según un criterio que podríamos denominar cronológico. Así, las reglas del *jus ad bellum* establecen cuándo es permisible (e incluso estará justificado) recurrir a la fuerza militar. Las reglas del *jus in bello*, por su parte, determinan qué clase de comportamientos son permisibles o impermisibles en el curso del combate. En particular, regulan qué tipo de armas pueden utilizarse, qué tipo de estrategias, y cómo debe protegerse a la población civil, y a los combatientes que están fuera de combate o han sido capturados. Por último, el *jus post bellum* examina el cierre de los conflictos armados y regula los acuerdos de paz, la reconstrucción y las reparaciones, y el castigo a los criminales de guerra. Los textos del presente Dossier siguen de algún modo esta clasificación. El texto de Fernando Tesón aborda la cuestión de la intervención humanitaria, claramente un problema *ad bellum*. El texto de Tamar Meisels examina el trato que debe dispensarse a los combatientes irregulares dentro de la lucha contra el terrorismo, una cuestión *in bello*. El texto de Jeff McMahan, que cierra este Dossier, aborda la cuestión de los crímenes de guerra, una problemática especialmente importante dentro del *jus post bellum*. Detengámonos brevemente en estas contribuciones.

⁸ Sobre esta versión del pacifismo, véase Larry May, *Aggression & Crimes Against Peace* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008). Pero véase la crítica a esta versión de McMahan en “Pacifism and Moral Theory”, *Diametros* 23 (2010), 44-68.

Comenzamos entonces con las razones que pueden llevar a una comunidad política a iniciar una guerra y, por lo tanto, con la justificación de esa guerra como un todo (*jus ad bellum*). Desde el punto de vista normativo, la justificación (o justa causa) habitual y ampliamente consensuada en nuestros días para iniciar acciones bélicas es la defensa de la soberanía nacional. Hay, sin embargo, una segunda posible justa causa, respecto de la que existe menos acuerdo: la intervención militar humanitaria (IMH): intervenir militarmente un país con el objetivo de rescatar a individuos de ese país de serias violaciones de derechos humanos, en general, perpetradas por su propio gobierno.

Fernando Tesón es reconocido internacionalmente como uno de los defensores más claros y, a la vez, sofisticados, de la tesis según la cual la IMH puede ser justificada, en ciertas ocasiones, tanto desde el punto de vista moral como jurídico. En el reciente trabajo que presentamos aquí (“Las bases morales de la intervención humanitaria armada”), Tesón retoma y modifica argumentos que él ya ha presentado anteriormente en relación a la justificación moral de la IMH.⁹

El núcleo de su visión sobre el tema es el siguiente. Existe sólo una justificación posible para el ejercicio de la violencia sobre seres humanos: la defensa de la vida y los derechos humanos fundamentales de las personas. De hecho, el caso ampliamente reconocido de guerra justa (*ad bellum*) es, como dijimos, el de la guerra defensiva frente a un ataque injustificado perpetrado por una potencia extranjera. Al igual que lo que ocurre en el nivel interpersonal, la acción defensiva frente a un ataque letal injusto es permisible cuando esa acción defensiva es necesaria para detener ese ataque y no es desproporcionada. La justificación de la IMH es para Tesón exactamente la misma: la defensa de los individuos frente al ataque a sus derechos fundamentales perpetrado por el gobierno que los sojuzga.

Existe, sin duda, una diferencia entre la guerra puramente defensiva y la IMH que puede parecer relevante. En este último caso, la defensa de terceros requiere la violación

⁹ Véase Fernando Tesón, “The Liberal Case for Humanitarian Intervention”, *FSU College of Law, Public Law Research Paper*, No 39 (2001); y Fernando Tesón, *Humanitarian Intervention: an Inquiry into Law and Morality* (Dobbs Ferry, N. Y.: Transnational Publishers, Inc., 3ra edición, 2005).

de la soberanía de un Estado (el Estado que supuestamente viola los derechos humanos), cosa que no ocurre cuando la defensa es de los propios ciudadanos frente a una agresión externa. Al respecto, Tesón desarrolla y defiende tres tesis fundamentales. En primer lugar, las fronteras nacionales, en sí mismas, no posee relevancia moral. En segundo lugar, la legitimidad del Estado intervenido no es intrínsecamente relevante para determinar si una IMH es permisible, aunque pragmáticamente puede ser un indicio fuerte de que no lo es. Por último, la preservación de la cultura local del Estado intervenido no es un argumento suficiente para impedir moralmente la IMH.

Finalmente, Tesón se concentra en discutir un aspecto crucial para la permisibilidad de la IMH: la proporcionalidad. En efecto –dirá– este requisito es el más importante para discriminar intervenciones legítimas de ilegítimas. Sin embargo, es al mismo tiempo uno de los más difíciles de establecer. Toda guerra (y una IMH es una guerra) implica la muerte de personas inocentes; por lo tanto, siempre habrá que realizar un balance entre los derechos que se busca preservar y los daños (muchas veces letales) que se van a provocar. Tesón intenta, en la última parte de su trabajo, desarrollar criterios basados en la denominada “doctrina del doble efecto”, que, en su opinión, conforman un conjunto de condiciones necesarias y suficientes para la legitimidad de la IMH. En este sentido, ofrece una reinterpretación del principio de proporcionalidad que no se basa simplemente en la comparación entre costos y beneficios, sino que incluye un análisis cualitativo acerca de la urgencia moral de la intervención.

Dentro de los problemas que atañen al *jus in bello*, hemos elegido un texto de Tamar Meisels (“Combatientes – legales e ilegales”) que, al igual que el de Tesón, no aborda las temáticas tradicionales (como serían, en el caso del *jus in bello*, la cuestión de la proporcionalidad, o el problema de la discriminación entre combatientes y civiles), sino una temática más candente en los conflictos armados actuales: la cuestión del trato que debe dispensarse a beligerantes que, como ocurre con muchos grupos terroristas o guerrilleros, no se rigen por las leyes y costumbres de la guerra. Meisels denomina a este tipo de actores “irregulares”, y sostiene que debe tratárselos como combatientes ilegales.

Esta distinción entre combatientes legales e ilegales es especialmente controvertida en el derecho internacional contemporáneo. La expresión “combatiente ilegal” ha sido empleada por la Administración Bush para calificar a los militantes de Al-Qaeda, muchos de ellos trasladados a la base en Guantánamo, y para determinar el régimen jurídico al que sujetarlos. Este régimen jurídico está caracterizado por carecer casi por completo de toda protección y salvaguarda jurídica. Meisels pretende recuperar la noción de combatiente ilegal como un concepto útil para pensar las reglas a las que deben estar sujetos los enfrentamientos bélicos con grupos irregulares. Sugiere que es una noción necesaria para mantener los conflictos armados dentro de límites mínimamente razonables. A la vez, busca distanciarse de las implicancias jurídicas con las que se la ha asociado.

Para Meisels, la idea del combatiente ilegal hace referencia a un concepto mucho más limitado que la versión defendida por la Administración Bush. Esencialmente, sugiere que el problema con tales combatientes es que no se rigen por las restricciones que imponen las normas de la guerra. Al no emplear distintivos ni uniformes y llevar armas en forma solapada, estos combatientes buscan amalgamarse con la población civil. Esto evidentemente está en infracción a las normas que rigen los conflictos armados. Sin embargo, esta infracción 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. Dicho de otro modo, los irregulares no solo violan las reglas recíprocas del “juego limpio”, sino que sus tácticas de camuflaje y disfraz se aprovechan del cumplimiento ajeno de esas reglas. Como mínimo, estos actores son *free riders* de las prohibiciones a las que las naciones civilizadas adhieren: pretenden gozar de todos los beneficios sin incurrir en ninguna de las cargas que esas normas imponen. Además, sus tácticas conllevan necesariamente poner en riesgo a los actores más vulnerables en los conflictos armados, a saber, los civiles indefensos que utilizan como camuflaje. En este sentido, Meisels sostiene que la distinción entre combatientes legales e ilegales contribuye a defender la distinción más básica entre combatientes y no combatientes, en la medida en que brinda

incentivos para evitar que los irregulares busquen confundirse con la población civil. Esto la vuelve especialmente importante en el contexto de muchos conflictos armados contemporáneos.

Una vez reconocida la necesidad de contar con la noción de combatiente ilegal en los conflictos contemporáneos, Meisels deberá entonces determinar qué implica calificar a un determinado actor como combatiente ilegal. Aquí toma de Daniel Statman la distinción entre las convenciones de la guerra y las normas de la guerra que articulan principios estrictamente morales.¹⁰ El artículo no procura brindar un catálogo de normas que pertenecen a la convención de la guerra frente a aquellas que se basan directamente en consideraciones estrictamente morales. Sin embargo, reconoce que hay ejemplos que difícilmente generen discusión. Entre las primeras, menciona, por ejemplo, la prohibición del uso de armas químicas contra combatientes enemigos. Siguiendo a McMahan, Meisels sugiere que no es moralmente peor matar a combatientes enemigos por ataques con gas que hacerlo con balas, o misiles. No obstante, continúa, los beligerantes han acordado no utilizar armas químicas como forma de limitar los ciclos de violencia, destrucción y muerte que conlleva todo conflicto bélico. En este sentido, las convenciones de la guerra también tienen un fuerte contenido moral. Entre las reglas que se siguen de principios estrictamente morales y, por consiguiente, independientes de toda convención, ella señala la prohibición de matar a civiles en cámaras de gas. Así, sugiere plausiblemente que estas reglas son totalmente independientes del cumplimiento recíproco. Los Estados Unidos no habrían estado justificados en vengar los horrores de los campos de exterminio Nazis a través de establecer sus propias cámaras de gas para exterminar a los expatriados alemanes en territorio estadounidense (p. 23).

Esta distinción, sugiere Meisels, ilumina las consecuencias normativas de calificar a un beligerante como un combatiente ilegal. Los irregulares infringen la convención, y a través de esa infracción no solamente obtienen una ventaja “ilegítima” sino que además

¹⁰ Daniel Statman, “Targeted Killing”, *Theoretical Inquiries in Law* Vol. 5 (2004), 179-198. La distinción es similar a la que traza McMahan, y que hemos mencionado reiteradamente, entre la moralidad profunda y las convenciones de la guerra.

ponen en riesgo a las partes más vulnerables en el conflicto. Por ese motivo, Meisels dirá, resulta legítimo que la otra parte se considere liberada de cumplir la convención. Esto tiene consecuencias concretas. Tales actores carecen de las protecciones de las que gozan los combatientes legales. Por ejemplo, es habitualmente aceptado que tanto los combatientes legales como los ilegales pueden ser atacados en cualquier momento, mientras están en el modo de combate. La diferencia entre ellos es que mientras los primeros no pueden ser atacados cuando están en contextos civiles (por ejemplo, de vacaciones), los segundos sí. Asimismo, en caso de ser capturados, los combatientes ilegales tampoco gozan de las protecciones correspondientes a los prisioneros de guerra, entre ellas, esencialmente, no tener inmunidad frente a persecuciones penales basadas en su “mera” participación en el conflicto, así como no estar protegidos frente a todo interrogatorio que vaya más allá de su identidad y matrícula en el ejército.

Sin embargo, los combatientes ilegales, como los terroristas, no pueden perder los derechos y protecciones basados en consideraciones estrictamente morales, es decir, independientes de toda convención. En este sentido, y en consonancia con lo sostenido por el Comité Internacional de la Cruz Roja, aun los combatientes ilegales tienen derecho a determinadas protecciones fundamentales, como las reconocidas en el Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949.¹¹ Así, una vez capturados y desarmados se les deberá garantizar un estándar mínimo de trato humanitario, que debe ser especificado y garantizado por la comunidad internacional. Más aun, ella sostiene que esto abarca la prohibición de la tortura, la prohibición de ejecuciones sumarias sin juicio previo, y determinadas garantías procesales. Sobre esta base Meisels critica las políticas de los Estados Unidos, según las cuales el hecho de ser catalogado como un combatiente ilegal conlleva que ese individuo ha perdido toda protección jurídica y moral. En este sentido, critica la interpretación –sesgada y autointeresada, dirá– que se ha defendido de esta concepción.

¹¹ Véase, en un sentido similar, las decisiones de la Corte Suprema estadounidense en *Hamdan c. Rumsfeld* 548 U.S. 557 (2006) y *Boumediene c. Bush* 554 U.S. 723(2008).

El trabajo de Meisels, entonces, aborda un problema central de muchos conflictos armados contemporáneos. Dicho brevemente, nos obliga a confrontar con el hecho de que en muchos de estos conflictos uno de los bandos considerará que ciertas normas que muchos de nosotros consideraríamos indiscutibles, como la prohibición de atacar deliberadamente a civiles en tanto civiles, no se les aplican. Es difícil pensar que algo tan fundamental no deba tener ninguna consecuencia jurídica o normativa. A la vez, Meisels procura explicar cómo este hecho no permite justificar cualquier tipo de práctica, como la tortura, la detención prolongada sin juicio y en condiciones horribles, entre otras. Sin duda, la solución que propone no está libre de dificultades y puntos oscuros. Buena parte del paradigma revisionista en materia de guerra justa considerará objetable su distinción tajante entre las consideraciones *ad bellum* e *in bello*, así como su falta de problematización de la distinción entre combatientes y civiles, a nivel de la moralidad profunda de la guerra. Algunos juristas internacionalistas, por su parte, temerán que la noción de combatiente ilegal, así como la frontera porosa entre las convenciones de la guerra y las normas basadas en consideraciones morales estrictas, brindarán herramientas conceptuales que podrían ser empleadas para violar los derechos humanos de los irregulares y los civiles entre quienes éstos buscan esconderse, y de ese modo facilitar el trabajo a los Estados poderosos que muchas veces terminan encarando este tipo de campañas como si fueran una forma de “control de plagas”.¹² No obstante, consideramos que este artículo brinda herramientas para pensar de manera fructífera esta realidad compleja con mayor profundidad.

En el último artículo del Dossier, “Crímenes de guerra y acción inmoral en la guerra”, Jeff McMahan se refiere al tercer ámbito de problemas que hemos distinguido al comienzo: el del *jus post bellum*, es decir, el tratamiento jurídico de las consecuencias de la guerra. ¿De qué modo deben ser juzgados los actos de guerra que violan los principios de la guerra justa y son, por lo tanto, considerados crímenes de guerra? Idealmente,

¹² Véase Uwe Steinhoff, “Torture: The Case for Dirty Harry and against Alan Dershowitz”, *Journal of Applied Philosophy* 23 (2006), 338.

aquellos actos que son aberrantes o injustificados desde el punto de vista moral son justamente los que deberían ser objeto de juicio y castigo, una vez que la guerra ha terminado. Sin embargo, una vez más, la relación entre el plano puramente moral y el ético-jurídico es más compleja de lo deseable. Intentaremos aquí brevemente señalar el modo como McMahan entiende esta relación y la aplica al caso de los crímenes de guerra.

Dado que su teoría acerca de cómo deben ser tratados jurídicamente los crímenes de guerra se desprende de su concepción revisionista de la guerra justa (de la cual, como hemos visto, él mismo ha sido un precursor y, quizá, su principal exponente), en este artículo McMahan desarrolla, una vez más, y con cierto detalle, las principales críticas al enfoque tradicional y explora la compleja relación que existe entre la moralidad profunda y las normas que deben regir el derecho internacional humanitario y penal internacional.

Como dijimos, idealmente el derecho debería reflejar la moral, al menos en la mayoría de los casos. Un derecho que no hace esto corre el serio riesgo de ser injusto y permitir la violación sistemática de los derechos morales de las personas. Por ello, resulta para McMahan indispensable comenzar por preguntarse cuáles son los deberes y los derechos morales que existen en una guerra, así como cuáles son las responsabilidades que la violación de esos deberes y derechos generan. Es decir, debemos comenzar por indagar la moralidad profunda de la guerra.

Para poder entender la posición de McMahan, debemos primero recordar (una vez más) los principales puntos de la doctrina tradicional de la guerra justa. En primer lugar, existe para esta doctrina una independencia moral entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello*. Desde el punto de vista del *jus ad bellum*, la mayoría de los teóricos de la guerra justa considera que sólo las guerras defensivas pueden ser guerras justas, siempre que, además, se cumplan una serie de requisitos adicionales: proporcionalidad, último recurso, justa

causa, intención correcta, probabilidad razonable de éxito y autorización legítima.¹³ El *jus in bello*, que, como vimos, se refiere a los criterios de justicia que se aplican a los actos de guerra, una vez ésta se encuentra en desarrollo, está sometido, de acuerdo con la visión tradicional, a los principios de discriminación entre combatientes y no combatientes (que prohíbe el ataque intencional a no combatientes), el principio de proporcionalidad y el de necesidad.

El desacuerdo de McMahan con esta visión es fundamental y parte de negar la independencia entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello*. Si la principal justificación para ejercer la fuerza letal es la legítima defensa, entonces las partes de un conflicto entre un agresor y un agredido no pueden ser moralmente simétricas. La persona (o el Estado) que ha sido injustamente agredida puede defenderse legítimamente; el atacante, en cambio, no tiene permitido moralmente defenderse del ataque defensivo que realiza su víctima (salvo en casos excepcionales). Por ello, los combatientes que luchan para la potencia agresora (la que lleva a cabo una guerra injusta *ad bellum*) no pueden realizar (o sólo muy excepcionalmente pueden realizar) actos de guerra que sean justificados *in bello*, es decir, que cumplan con los requisitos de discriminación (entre personas inocentes y culpables), proporcionalidad y necesidad. McMahan dedica una parte importante de su artículo a elaborar con detalle y sofisticación esta crítica fundamental a la visión dominante de la guerra justa.

El resultado final de esta extensa crítica es que “los actos de guerra de los combatientes injustos rara vez pueden satisfacer los principios *in bello* de discriminación, necesidad y proporcionalidad, cuando estos principios se interpretan adecuadamente” (p. 21). Si esto es así, la pregunta relevante es entonces si los combatientes injustos *ad bellum* deberían ser objeto de persecución penal *post bellum*, en la medida en que han cometido actos impermisibles atacando personas inocentes (que no habían perdido su derecho a no ser atacadas) y llevando a cabo actos innecesarios y desproporcionados

¹³ Seguimos aquí en buena medida a Cecile Fabre, *Cosmopolitan War*. Pero véase también, Thomas Hurka, “Proportionality in the Morality of War”, *Philosophy and Public Affairs* 33(1) (2005), Section I, y Jeff McMahan, *Killing in War*.

desde el punto de vista moral. Dado que los actos de los combatientes injustos son, en su enorme mayoría, de esta clase, “la criminalización de los daños seriamente incorrectos producidos en una guerra sería equivalente a hacer castigable la mera participación en una guerra injusta” (p. 22).

Sin embargo, McMahan considera una serie de razones por las cuales sería irrazonable, en el plano convencional, adoptar este criterio ideal, entre otras, las siguientes. En primer lugar, la mayoría de los soldados no tiene información confiable acerca de la justa causa de la guerra en la que participan y pueden estar incluso coaccionados a participar. En segundo lugar, una amenaza de castigo podría prolongar la lucha de los combatientes injustos, buscando evadir el juzgamiento. Tercero, no existe una guía internacional confiable para determinar cuál es el bando justo e injusto en todas las guerras. Por último, es imposible juzgar individualmente a todos los combatientes injustos. Estas (y otras) razones parecen indicar que las convenciones de la guerra no pueden coincidir con la moralidad profunda de la guerra. Parece que, en el plano convencional, la tesis de la simetría entre los combatientes que propone la teoría tradicional de la guerra justa, aplicada al derecho, es la más razonable. Sin embargo, es necesario especificar el criterio de simetría. Dicho criterio debería estar lo más cerca posible de lo que es moralmente justo. Una posible interpretación es que aquello que está prohibido en la guerra (y podrá ser luego juzgado *post bellum*) para todos los combatientes (justos e injustos) es lo que está prohibido para los combatientes justos. McMahan rechaza este criterio por considerarlo demasiado permisivo con los combatientes injustos. Aunque de modo no concluyente, McMahan termina por aceptar como “tolerable” el criterio según el cual debe prohibirse (y criminalizarse) aquello cuya prohibición (y criminalización) contribuye previsiblemente a minimizar la cantidad de daño moralmente impermisible en una guerra.

Este criterio es ciertamente inespecífico. La última tarea que emprende McMahan es la de analizar los tres principios básicos del *jus in bello*, para establecer de qué modo deben interpretarse en el plano convencional, a la luz de este criterio. La discusión no



UNIVERSIDAD
TORCUATO DI TELLA

ESCUELA DE DERECHO

Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 15 (Diciembre de 2014)

RATJ – Dossier sobre los cien años del comienzo de la Primera Guerra Mundial

arriba a conclusiones certeras. Más bien, demuestra la extrema tensión que existe entre el deseo de aferrarse a principios morales básicos y la necesidad de hacer concesiones a las imperfecciones del mundo real que necesitamos regular jurídicamente.

Como hemos dicho al comienzo, la Primera Guerra Mundial inauguró la concepción de la guerra que dominó el siglo XX. Algunas de sus trágicas innovaciones llegan hasta hoy, especialmente el involucramiento creciente de la sociedad civil en la guerra. Hemos optado, sin embargo, por ofrecer a los lectores trabajos que, dentro de cada una de las tres temáticas tradicionales del derecho de la guerra, plantean desafíos y problemas que sólo han aparecido claramente hacia fines del siglo XX y en nuestro siglo XXI: la justificación de la intervención humanitaria armada, el tratamiento de los combatientes ilegales en el contexto de la “guerra contra el terrorismo”, y el juzgamiento de los crímenes de guerra. Esperamos que la lectura de estos trabajos fomente la reflexión y el debate serio, profundo e informado acerca de problemas centrales que nos conciernen a todos.