

EL CONCEPTO DE CRÍMENES DE GUERRA Y LA ÉTICA CONTEMPORÁNEA DE LOS CONFLICTOS ARMADOS*

Prof. Dr. Alejandro CHEHTMAN**

Fecha de recepción: 7 de enero de 2018

Fecha de aprobación: 30 de mayo de 2018

Resumen

El derecho internacional contemporáneo considera como crímenes de guerra a violaciones graves a las leyes que regulan los conflictos armados. La mera participación de soldados en una guerra, ya sea esta justa o injusta, no es considerada como merecedora de reproche penal. Tal posición tiene fundamento en el principio de igualdad entre beligerantes. Durante los últimos veinte años, este principio ha sido cuestionado por la llamada corriente revisionista de la teoría de guerra justa contemporánea, así como por algunos académicos en derecho internacional. De acuerdo con esta posición, quienes participan en un conflicto armado cuya causa es injusta o ilegal, cometen actos gravemente incorrectos. Este artículo sugiere que esa conducta no solo es moralmente reprochable, sino que, además, debe ser criminalizada en determinadas ocasiones. Con base en una investigación empírica sobre sesgos cognitivos, y en una de las principales corrientes en filosofía política acerca de la autoridad legítima, se argumenta que la participación en una guerra

* Traducción del inglés de Magdalena Legris (Universidad de Buenos Aires / Universidad de Leiden). Originalmente publicado en la revista *Leiden Journal of International Law* (2018), t. 31, pp. 171–194, con el título “Revisionist Just War Theory and the Concept of War Crimes”. Se ha decidido mantener, en la medida de lo posible, el estilo de citas original.

** Profesor de la Universidad Torcuato Di Tella/Investigador CONICET-Universidad de Girona. Contacto: achehtman@utdt.edu. Agradezco a los participantes del ASIL Interest Group on International Criminal Law workshop en NYU, del Seminario Carlos Nino en SADAF (Argentina), la Conferencia Guerra en el Siglo XXI, en la Universidad Torcuato Di Tella, y del workshop Answering for International Crimes en Pluricourts (Oslo), especialmente Meg deGuzman, Adil Haque, Ryan Liss, Anni Pues, y Alain Zysset. También agradezco a Máximo Langer y Marcelo Sancinetti, por estimulantes conversaciones sobre el tema de este artículo y a Cécile Fabre, Charles Garraway, Massimo Renzo, Gerry Simpson, Kathryn Sikkink y tres referees anónimos de Utilitas, por observaciones y sugerencias. Los sitios web fueron consultados por última vez en 20 de mayo de 2018. Agradezco a Magdalena Legris por una traducción cuidadosa e impecable. Todo error u omisión es responsabilidad exclusiva del autor. Este trabajo ha recibido financiamiento de una beca Marie Curie de la Comisión Europea y de un PIP del CONICET.

debe ser criminalizada solo cuando esta es sabida o manifiestamente ilegal. Aun más, se sostiene que esta postura no solo es consistente con nuestras convicciones morales básicas, sino que permite reinterpretar el derecho internacional vigente en la actualidad de un modo especialmente persuasivo.

Palabras clave: Crímenes internacionales – Teoría de la guerra justa – Terrorismo – Combatientes no privilegiados – Crímenes de guerra

I. Introducción

Con arreglo al derecho internacional penal contemporáneo, los crímenes de guerra son generalmente concebidos como graves violaciones a las leyes que regulan los conflictos armados, que acarrearán responsabilidad penal individual. Entre estas se puede mencionar actos como tortura, toma de rehenes, violación, esclavitud sexual y otras formas de violencia sexual, los cuales deben, a su vez, poseer un nexo suficiente con el conflicto armado. Asimismo, este tipo de crímenes pueden ser consecuencia de la violación de alguno de los principios cardinales que guían la conducción de las hostilidades, tales como los principios de distinción, necesidad y proporcionalidad. En consecuencia, el Estatuto de Roma prevé la atribución de responsabilidad penal para aquellos individuos que intencionalmente dirijan ataques contra la población civil en cuanto tal, o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades, así como para quienes lancen un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas o lesiones a civiles que serían manifiestamente excesivas en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea.¹ Una característica estructural de las leyes que regulan los crímenes de guerra es que se aplican en forma simétrica a todas las partes en el conflicto armado, más allá de la posible caracterización de tales combatientes como legales o ilegales desde el punto de vista de *ad bellum*. Esta característica fue propuesta y defendida durante gran parte del siglo XX por la llamada posición ortodoxa en la teoría de la guerra justa.²

Sin embargo, la teoría de la guerra justa ha sufrido una revolución en la últimas dos décadas. Siguiendo los trabajos de Vitoria, Suárez y Grocio, la corriente revisionista o neoclásica ha

¹ Estatuto de la Corte Penal Internacional, 2187 UNTS 90, Arts. 8(2)(b)(i), (iv), (xx), y 8(2)(e)(i) (En adelante, Estatuto de Roma) aunque muchos otros crímenes de guerra pueden encontrar su fundamento en la violación de uno o más de estos principios.

² Véase, por ejemplo, M. Walzer, *Just and Unjust Wars* (1992).

cuestionado la idea, aceptada mayoritariamente hasta entonces, de que los combatientes justos e injustos se encuentran moralmente en un pie de igualdad.³ A diferencia de aquellos que pelean en una guerra justa, los combatientes de una guerra injusta son susceptibles de ser asesinados por los combatientes justos. Este análisis presenta una seria implicancia para la noción de crímenes de guerra.⁴ Si bien tanto la posición ortodoxa en la teoría de la guerra justa, como la revisionista, consideran que ciertos tipos de comportamientos —tales como dirigir intencionalmente ataques contra la población civil o torturar prisioneros de guerra— son crímenes de guerra sin importar quién sea el autor, estas difieren en un punto de particular importancia: a diferencia de los teóricos ortodoxos, el enfoque revisionista sostiene que la simple participación en una guerra injusta es moralmente incorrecta, e incluso asimilable a la participación en un homicidio.⁵

Esta postura parece distanciarse de la concepción jurídica actual de los crímenes de guerra. Sin embargo, es de creciente relevancia y atractivo en un mundo de conflictos armados asimétricos, cuya violencia tiende a la ubicuidad y que son caracterizados por el movimiento de individuos a través de las fronteras nacionales.⁶ Considérese, por ejemplo, el caso de un ex combatiente del Estado Islámico de Irak y el Levante (ISIS) que aterriza en el aeropuerto de Bruselas, o de una reclutadora que trabaja en los suburbios de Madrid. ¿Acaso no son sus actos moralmente incorrectos y merecedores de una sanción penal? ¿No deberían estar habilitadas las autoridades nacionales a juzgarlos y castigarlos por ser partícipes en este tipo de emprendimiento colectivo? Y en caso de que así sea, ¿deben estos individuos ser juzgados a la luz del derecho penal nacional o del derecho internacional? Hoy en día, este tipo de conductas son juzgadas bajo el derecho interno como delitos comunes y generalmente calificadas como participación en actividades terroristas.⁷ El problema radica en que, en general, la jurisdicción penal del Estado que pretende juzgar la

³ J. McMahan, *Killing in War* (2009); D. Rodin, *War and Self-Defense* (2002); y C. Fabre, *Cosmopolitan War* (2012).

⁴ En este punto es necesaria una clarificación. No proveeré una explicación de cuándo o por qué un daño moral debería ser criminalizado. Esta es una cuestión debatible en la teoría del derecho penal interno que no parece esencial a los fines de nuestra investigación, en tanto la mayoría de las conductas que consideraré aquí satisfacen los requisitos para ser criminalizadas bajo cualquier enfoque. Así, en lugar de centrarme en si este es el tipo de conducta que debería ser criminalizada, la pregunta es respecto de las condiciones bajo las cuales una conducta deberá ser criminalizada.

⁵ Véase Sección 2, *infra*.

⁶ Véase, en general, M.L. Gross, *Moral Dilemmas of Modern War: Torture, Assassination, and Blackmail in an Age of Asymmetric Conflict* (2010).

⁷ Véase Sección 5, *infra*.

conducta en cuestión no tiene base alguna, pues muchas veces el hecho no se ha llevado a cabo en el territorio de ese Estado, no ha sido perpetrado por sus nacionales ni contra ellos y no hay un interés soberano comprometido por la mencionada conducta.⁸

En contraposición, este trabajo sugiere que, normativamente, resultaría adecuado que las cortes o los tribunales nacionales (y, posiblemente también, internacionales) juzguen a estos individuos como criminales de guerra, incluso en caso de no haber estado personalmente involucrados en la ejecución intencional de civiles, la comisión de crímenes sexuales, tortura u otros crímenes de guerra “tradicionales”. Propongo que el solo hecho de contribuir a una empresa moralmente aberrante del tipo aludido basta para considerarlos moral e incluso penalmente responsables por sus conductas o aportes a esa empresa.

En consecuencia, formulo dos propuestas. En primer lugar, definiendo una versión particular de la posición revisionista, que afirma que aquellos actos subyacentes que constituyen una forma de participación en una guerra injusta son pasibles de ser castigados, siempre y cuando esta sea manifiestamente injusta o el participante tenga conocimiento de su injusticia. Tal postura no solo es compatible con la idea central de la posición revisionista —de hecho, sigue las ideas de Suárez, Vitoria y Grocio— sino que coincide con lo que entendemos como conductas criminales en general.⁹ En segundo lugar, argumento que esta posición moral no requiere una modificación sustancial del derecho existente, e incluso es más compatible con el marco jurídico vigente que la posición ortodoxa y que las demás variantes de la posición revisionista. De hecho, propongo una interpretación novedosa de este marco jurídico, con ajustes mínimos que permitirán ponerlo en línea con nuestras convicciones morales básicas.

Este artículo está organizado de la siguiente manera. La sección 2 expone las principales ideas de la posición revisionista en la teoría de la guerra justa, así como qué es lo que esta implica para la identificación de conductas moralmente incorrectas en un conflicto armado. En la sección 3, examino en qué casos estas conductas deben ser criminalizadas a la luz de consideraciones morales o de justicia. En tal sentido, critico la postura revisionista radical de Cécile Fabre, en tanto resulta sobre-inclusiva, y presento mi propio argumento revisionista basado en argumentos empíricos y

⁸ Véase A. Chehtman, “Jurisdiction”, en M.D. Dubber and T. Hornle (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law* (2014), p. 399.

⁹ Véase Sección 3, *infra*.

normativos. La sección 4, por su parte, responde a seis objeciones a la posición que defiendo, formuladas por Jeff McMahan. En la sección 5, explico cómo el argumento normativo propuesto en este artículo es en gran medida compatible con el modo en que la responsabilidad penal individual está jurídicamente regulada en contextos de conflicto armado. También propongo ciertas modificaciones al derecho, a fin de que esta sea más acorde con los principios morales en los que se basa. La sección 6 presenta la conclusión.

II. La posición revisionista y la noción de conducta moralmente incorrecta en la guerra

Los teóricos revisionistas de la guerra justa sostienen que hay continuidad entre la moralidad cotidiana, interpersonal, y la moralidad de la guerra.¹⁰ Las situaciones de conflicto armado son situaciones interpersonales a gran escala, cuya mayor diferencia es la cantidad de personas involucradas y el nivel de coordinación de sus acciones. En consecuencia, al igual que un agresor y su víctima inocente, los combatientes justos e injustos también están en posiciones moralmente asimétricas.¹¹ Para simplificar, estableceré que toda guerra justa debe reunir los requisitos siguientes: (i) tener una causa justa, la cual consiste en la violación de derechos humanos fundamentales de una parte, seguida de la amenaza de uso de fuerza letal; (ii) ser una respuesta proporcionada a la injusticia que esa parte está sufriendo o sufrirá; (iii) no consistir en ataques deliberados e indiscriminados contra no combatientes inocentes; (iv) tener una perspectiva razonable de éxito con tácticas militares que no contravengan los requisitos de proporcionalidad y distinción, establecidos por el *jus in bello*; y (v) que no haya una forma menos lesiva de perseguir la causa justa (*ultima ratio*).¹²

Este punto de partida conlleva un desafío al principio de separación entre consideraciones *ad bellum* y consideraciones *in bello*. Los teóricos revisionistas normalmente sostienen que las

¹⁰ Véase, por ejemplo, McMahan, *supra* nota 3.

¹¹ Esto se encuentra sujeto a varias consideraciones. A algunos de los combatientes en una guerra injusta, cuya responsabilidad se encuentra mitigada por ignorancia o coerción, y a aquellos que contribuyen muy poco o nada a los propósitos injustos, no se les podrá dar muerte. Al contrario, aquellos que pelean con una causa justa, pero que lo hacen por medios injustos o exceden su derecho de defensa, podrán ser susceptibles de ser atacados. No agregaré nada más respecto de este punto aquí.

¹² Sigo aquí a Fabre, *supra* nota 3. Véase, en similar sentido, T. Hurka, "Proportionality in the Morality of War", (2004) 33(1) *Philosophy and Public Affairs*, p. 34, Sección 1; McMahan, *supra* nota 3.

consideraciones *ad bellum* tienen una gran influencia para la correcta aplicación de las reglas *in bello*.¹³ Sin embargo, no suele aclararse que esta influencia normativa opera en ambos sentidos. Tal como fue indicado, una de las condiciones necesarias para que una guerra sea justa es que no consista en ataques deliberados e indiscriminados a no combatientes inocentes (conf. punto iii *supra*), es decir, que cumpla los principios fundamentales *in bello*.¹⁴ En consecuencia, me referiré como guerra injusta a aquella que no satisface ya sea los requisitos *ad bellum* o *in bello*, o ambos.

La postura revisionista así descrita afecta en forma significativa qué constituye una conducta incorrecta en la guerra. Como señala Cheyney Ryan, Agustín ya sugería en sus escritos que “aquellos soldados que peleaban en una guerra injusta eran asimilables a criminales, por lo que no tenían más derecho a cometer actos violentos que un criminal común, [mientras que] aquellos que peleaban en el lado justo eran como jueces, pues ajusticiaban a los criminales”.¹⁵ Esto significa que mientras que aquellos que pelean en el bando justo no cometen incorrección moral alguna al matar a combatientes injustos (de hecho, en general estarían actuando con una justificación positiva), aquellos que pelean una guerra injusta estarían violando los derechos de los combatientes justos al matarlos.¹⁶

Esta visión afecta en forma directa los principios fundamentales *in bello*, es decir, los de distinción, necesidad y proporcionalidad. El principio de distinción conlleva la prohibición de dirigir intencionalmente ataques contra la población civil y bienes civiles, o bien que estos ataques solo estén dirigidos contra objetivos militares legítimos.¹⁷ En consecuencia, este principio trasluce un riguroso deber moral de no dañar intencionalmente a quienes no pueden ser objeto de ataque,

¹³ McMahan, *supra* nota 3, p. 203 y notas al pie de página.

¹⁴ Véase, por ejemplo, C. Fabre, *Cosmopolitan Peace* (2016), sección 7.3.

¹⁵ C. Ryan, “Democratic Duty and the Moral Dilemmas of Soldiers”, 2011 122(1) *Ethics* 10, p. 15. [Orig.: ‘[s]oldiers fighting an unjust war were akin to criminals, who had no more right to commit violent acts than an ordinary criminal [while] soldiers on the just side were like magistrates bringing the criminal to justice’].

¹⁶ Véase, por ejemplo, S. Neff, *War and the Law of Nations* (2005), p. 63, citando a F. Suárez, *A Work on the Three Theological Virtues: Faith, Hope, and Charity* (1958), p. 813.

¹⁷ Ver *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión Consultiva, 8 de julio 1996, [1996] ICJ Rep. 226, parág. 78; Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 junio 1977, 11 UNTS 3, Arts. 48, 51(2), y 52(2) (en adelante Protocolo adicional I o PA I); Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), 8 junio 1977, 1125 UNTS 609, Art. 13(2) (en adelante, Protocolo adicional II o PA II).

mientras que, al mismo tiempo, considera permitido moralmente atacar a quienes son pasibles de ser atacados. La cuestión central aquí es quiénes son sujetos moralmente pasibles de ser atacados en la guerra. Para la posición revisionista, ser susceptible de ser atacado no depende de la pertenencia formal de un combatiente al ejército de uno de los beligerantes, sino más bien de que ese combatiente sea moralmente responsable de una amenaza objetivamente injusta.¹⁸ Como resultado, la interpretación revisionista del principio de distinción permitiría atacar a quienes pelean una guerra injusta, pero prohibiría atacar intencionalmente a quienes lo hacen para el bando justo.¹⁹

El principio de necesidad también se ve afectado de una forma similar. Como mínimo, este principio prohíbe el recurso a métodos de combate que no sean necesarios para asegurar los objetivos de la guerra.²⁰ No obstante, si por hipótesis los objetivos de la guerra son moralmente injustos, entonces cualquier acto que sea necesario para asegurar tales objetivos también debería estar moralmente prohibido. Esto es, un daño que sea necesario solo para obtener un objetivo moralmente injusto no puede estar moralmente justificado. Por consiguiente, la posición revisionista considera que una interpretación más acertada del principio de necesidad militar se encontraría formulada en los siguientes términos:

“que aquellos actos de guerra que afectan a individuos inocentes como daño colateral están prohibidos si hay una alternativa que afectaría en menor medida a tales individuos y que serviría en igual o mayor medida a alcanzar el objetivo justo”.²¹

¹⁸ J. McMahan, “The Basis of Moral Liability to Defensive Killing”, (2005) 15(1) *Philosophical Issues*, p. 386.

¹⁹ Puede ser discutido que haya excepciones a esta posición general (como el caso de un individuo que pelea en una guerra objetivamente injusta, pero que utiliza la fuerza para, en forma justificada, prevenir un ataque particularmente dañoso por parte de quien pelea por una causa justa, o cuando una guerra está justificada por cuestiones de mal menor), pero no son particularmente relevantes para nuestros propósitos.

²⁰ Ver Art. 4 del Código Lieber (Instrucciones del Gobierno para los Ejércitos de los Estados Unidos en el campo de batalla), Orden General N.º 100, Art. 14 (24 de abril de 1863). Para un análisis exhaustivo de este principio, véase L. May y J. Ohlin, *Necessity in International Law* (2014). Para un análisis más exigente, véase Y. Beer, “Humanity Considerations Cannot Reduce War’s Hazards Alone: Revitalizing the Concept of Military Necessity”, (2015) 26(4) *European Journal of International Law*, p. 801. Para un análisis filosófico, véase S. Lazar, “Necessity in Self-Defense and War”, (2012) 40(1) *Philosophy and Public Affairs*, p. 3.

²¹ J. McMahan, “War Crimes and Immoral Action in War”, en A. Duff y otros (comps.), *The Constitution of Criminal Law* (2013), p. 151 y 160. [Orig.: “that an act of war that would harm innocent people as a side

En consecuencia, mientras los actos del beligerante justo pueden satisfacer el requisito de necesidad, los del beligerante injusto normalmente no podrán hacerlo.

Por último, la posición revisionista tiene un impacto importante en el principio de proporcionalidad que rige *in bello*. Tal principio exige que el daño que un acto de guerra pueda potencialmente causar no sea excesivo con respecto a la ventaja militar que pueda reportar.²² Es decir, prohíbe un ataque que pueda causar daño incidental a civiles, cuando este resultaría excesivo en relación con la ventaja militar concreta y directa que pueda anticiparse de tal ataque.²³ Pero si un acto es llevado adelante con un objetivo injusto, entonces es lógico que este nunca pueda satisfacer el requisito de proporcionalidad. Esto es un corolario del simple hecho de que de una campaña militar injusta no puede derivarse ningún bien que pueda justificar el daño que el ataque causará. Esto es particularmente así puesto que los combatientes que pelean en el bando justo generalmente no son moralmente pasibles de ser atacados. Por consiguiente, quienes persiguen objetivos injustos tampoco podrán satisfacer el requisito de proporcionalidad.

Para sintetizar, si los revisionistas están en lo cierto, aquellos actos de quienes pelean en una guerra injusta, que dañan o ponen en peligro a los combatientes del bando justo (así como a los no combatientes), resultarán violatorios de los más fundamentales principios *in bello*.²⁴ Esto significa que los revisionistas redefinen en forma radical lo que implica actuar en forma moralmente incorrecta en un conflicto armado.

effect is impermissible if there is an alternative act that would cause less harm to innocent people and make an equal or greater contribution to the achievement of a just or justifying aim”].

²² Véase Protocolo adicional I, Art. 51(5)(b). Véase también J. McMahan, “Proportionate Defense”, (2014) 23 *Journal of Transnational Law & Policy* 1, pp. 6–7.

²³ El principio de proporcionalidad en los ataques está codificado en el Art. 51(5)(b) del PA I, y luego reiterado en el Art. 57. “While Additional Protocol II does not contain an explicit reference to the principle of proportionality in attack, it has been argued that it is inherent in the principle of humanity which was explicitly made applicable to the Protocol in its preamble and that, as a result, the principle of proportionality cannot be ignored in the application of the Protocol”. (Si bien el Protocolo adicional II no contiene una referencia explícita al principio de proporcionalidad en los ataques, se ha sostenido que es inherente al principio de humanidad, el cual es expresamente aplicable al Protocolo de acuerdo con su preámbulo y, en consecuencia, el principio de proporcionalidad no puede ser ignorado al aplicar el Protocolo) J-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (2005), vol. I: Rules, p. 48.

²⁴ Excepto el de autoridad legítima, que es independiente del requisito de una causa justa, pero que es cuestionado por algunos teóricos revisionistas de la guerra justa.

III. De la incorrección moral a la criminalización

Cécile Fabre, una de las referentes más prominentes de la posición revisionista, ha defendido recientemente una visión según la cual aquellos que participan en una guerra injusta son moramente pasibles de ser castigados por matar a soldados que pelean en el bando justo (así como por matar incidentalmente a civiles), es decir, por participar en una guerra objetivamente injusta. Haciendo eco de la doctrina de Agustín, sugiere que mientras que matar o herir a aquellos que pelean en una guerra injusta no debería ser considerado un crimen, matar a aquellos del lado justo sí debería serlo, “en la misma medida en que es un crimen matar a alguien sin una justificación en el ámbito local”.²⁵ Aun más, no solo los líderes políticos y los jefes militares deberían ser susceptibles de castigo por este tipo de actos, como es el caso del crimen de agresión, sino también soldados de rangos inferiores.²⁶ En consecuencia, sostiene que la conceptualización dominante de los crímenes de guerra en el derecho internacional actual es fundamentalmente sub-inclusiva y que el derecho debería modificarse para incorporar esta posibilidad.

Cabe reconocer que Fabre no cree que debemos simplemente equiparar a todos aquellos individuos que pelean en una guerra injusta con criminales de guerra. Ella limita esta implicancia radical de la posición revisionista en al menos un punto relevante para nuestros propósitos. Sostiene que la pasibilidad de ser objeto de ataque y la pasibilidad de ser castigado se basan en consideraciones diferentes.²⁷ Esto es, matar defensivamente es un acto que mira hacia el futuro, en tanto el agente intenta bloquear una agresión existente o inminente. El castigo, por el contrario, mira generalmente hacia atrás; es una respuesta a un mal pasado. En consecuencia, la criminalización de una conducta requiere una justificación específica para aplicar un castigo al agente.

Conuerdo. Tal como he sostenido en otro lugar, existen buenas razones para pensar que los alcances de la criminalización de una conducta están determinados en gran medida por las razones

²⁵ Fabre, *supra* nota 14, sección 7.3 *in fine*. [Orig.: “in just the same way as it should be a criminal offence in domestic context to kill someone without justification”].

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*, sección 7.2.2.

que tenemos para castigar.²⁸ Podemos asumir aquí, junto con buena parte de la doctrina contemporánea, una justificación del castigo basada en ideas expresivistas o comunicativas.²⁹ El valor moral del castigo radica en reflejar que el individuo ha cometido una incorrección grave, y como tal, debe ser condenado por su accionar. Esto significa que, a diferencia de la pasibilidad de ser atacado, la pasibilidad de ser castigado debe ser producto de un actuar culpable. Esto es, la sanción penal exige que el individuo satisfaga el elemento subjetivo de la conducta en cuestión (el tipo subjetivo o *mens rea*). Sobre la base de esta consideración, es dable suponer que un pequeño número de participantes en una guerra injusta estarían claramente exentos de responsabilidad penal. Tal sería el caso, por ejemplo, de individuos que se encuentran privados de su autonomía, tal como es el caso de niños soldados, o de los dementes o seniles. Ellos no serían susceptibles de ser castigados.

Más allá de esta excepción, la cuestión central aquí será determinar si aquellos que pelean en un conflicto armado deben tener la intención de contribuir a la guerra injusta, si es suficiente con que sepan que están contribuyendo a tal empresa, o aun más, que fuese razonable o exigible que supieran. Fabre concluye que hay buenas razones para “rechazar las posturas que requieren intención o conocimiento a los fines de la imposición de una pena en estos casos”.³⁰ En efecto, la mejor solución parece ser aquella que atribuye responsabilidad penal al soldado A (y lo hace pasible de ser sancionado) sobre la base de que era razonable esperar que supiese que la guerra era injusta.³¹

Por consiguiente, sería suficiente a los fines de la responsabilidad penal que el acusado supiese que la guerra era injusta o que fuese exigible que supiera. En este contexto, el problema crítico es si los soldados rasos satisfacen este estándar de *mens rea*, es decir, si saben o deberían razonablemente saber que están participando en el asesinato ilegal de quienes están peleando en

²⁸ Véase A. Chehtman, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment* (2010), capítulo 3.

²⁹ Fabre, *supra* nota 14, sección 7.2.2. He abogado por una justificación similar en la nota 28, *supra*, en el capítulo 2. Para articulaciones seminales, ver J. Feinberg, “The expressive function of Punishment”, en J. Feinberg, *Doing & Deserving: Essays in the Theory of Responsibility* (1974); A. Duff, *Punishment, Communication, and Community* (2001).

³⁰ Fabre, *supra* nota 14, sección 7.4.1. [Orig.: “reject the views that intentions or actual knowledge are necessary requirements for fault and therefore for liability to punishment”]

³¹ *Ibid.*

una guerra objetivamente justa cuando se les dice, por ejemplo, que invadan otro país.³² Si lo saben o no, es una cuestión de hecho que deberá ser determinada en un juicio. No examinaré este asunto aquí. La pregunta más importante para nosotros es cuándo podemos aseverar que los combatientes estaban obligados a saber (incluso si, de hecho, no sabían) que la guerra era injusta. Es en este punto que me distancio de la postura revisionista de Fabre.

Ella introduce un análisis bifurcado. Reconoce que sería poco probable que los individuos que viven bajo un régimen opresivo en el que ni los soldados rasos ni los civiles tienen acceso a medios de comunicación abiertos y libres, puedan saber que la guerra es injusta. No obstante, esto “no es cierto en regímenes abiertamente democráticos”.³³ “Los individuos que son parte de estos regímenes deben hacer todo lo que sea razonablemente esperable de ellos para informarse sobre la justicia de la guerra (o parte de la guerra) en la que se les pide pelear o apoyar”.³⁴ Aun más, en estos supuestos, Fabre rechaza cualquier posibilidad de que la responsabilidad del soldado pueda ser desplazada por un caso de “órdenes superiores” o por la llamada “objeción de limitaciones epistémicas”, que sostiene que, dado el limitado acceso a información que los soldados rasos y los civiles que contribuyen al esfuerzo bélico, no se les puede exigir razonablemente que sepan que están tomando parte en una guerra injusta.³⁵

Esta posición conlleva una postura revisionista radical respecto del derecho en materia de crímenes de guerra, pues aboga por la criminalización de un gran número de individuos solo sobre la base de su participación en una guerra objetivamente injusta. Considero, en cambio, que adoptar una postura revisionista no necesariamente implica una interpretación tan radical. Si nos tomamos en serio un requisito subjetivo (*mens rea*) que exija dolo, o al menos una conducta violatoria de los deberes de cuidado,³⁶ esto conllevaría una concepción sensiblemente más restrictiva de la conducta criminal en conflicto armado. La razón de ello es que son relativamente pocos los participantes en una guerra objetivamente injusta a los que se les puede exigir conocimiento, o que al menos se les pueda exigir moralmente que sepan que la guerra es objetivamente injusta. Esta postura se basa en un argumento teórico y en uno empírico.

³² Ibid.

³³ Ibid., sección 7.4.2. [Orig.: “this does not hold for broadly democratic regimes”].

³⁴ Ibid. [Orig.: “[I]ndividuals under these regimes can reasonably be expected to do as much as they can to inform themselves of the justness of the war (or phase of war) which they are asked to fight and support”].

³⁵ Ver Walzer, *supra* nota 2, p. 312.

³⁶ Véase, por ejemplo, A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (2009), capítulo. 5.

Desde una perspectiva teórica, entiendo que el rechazo *in limine* de Fabre a la defensa de “órdenes superiores” es equivocado.³⁷ Si bien ella evita justificar su posición en forma explícita, indica que los soldados o combatientes “no son autómatas que pueden ser exonerados de las cargas de la autonomía moral cuando se ponen el uniforme”.³⁸ Considero, en cambio, que a los efectos de analizar la defensa de órdenes superiores debemos tomar en consideración el tipo o fundamento de la autoridad en cuestión, y el tipo de orden que esa autoridad emite. Es decir, si la orden es ejecutar a niños inocentes, entonces la defensa de órdenes superiores no puede prosperar. Pero la orden de matar a un individuo inofensivo podría constituir una razón para la acción razonable. Consideremos el caso siguiente:

Orden: Al agente policial A le ordenan detener a X. En el curso de la operación, el superior de A, quien tiene una visión total sobre la situación, además del deber de controlar cómo se lleva a cabo, le informa a A que X está armada y que está a punto de matar a Z. Entonces le ordena a A dispararle a X. A dispara y mata a X. No obstante, X no estaba armada ni estaba amenazando a Z de ninguna manera. A fue engañado por su superior.

Parece claro que en este caso A no debe ser castigado por haber matado a X. Su acción no merece reproche alguno y la razón de ello es que actuó sin culpa. Este ejemplo ilustra que hay situaciones en que las órdenes superiores son compatibles con un ejercicio racional de la autonomía y esto podría eximir a aquellos que pelean en una guerra objetivamente injusta de todo reproche moral y penal.³⁹ En efecto, ya Vitoria reconocía que, incluso en casos en los que una de las partes tenía una causa justa y la otra no, podría darse el caso de que ambas partes estuvieran actuando de buena fe y, por lo tanto, actuaran libres de culpa.⁴⁰

³⁷ Creo que esto es cierto como cuestión de teoría normativa y como cuestión de derecho. Lidio aquí con la primera cuestión, y con órdenes superiores en derecho internacional en la Sección 5, *infra*.

³⁸ Fabre, *supra* nota 14, sección 7.4.2. [Orig.: “are not automatons who are exonerated from the burdens of autonomous moral agency once they put on their uniform”].

³⁹ Si bien ejemplifico esta posición con un error de hecho razonable causado por la intervención de una autoridad legítima, el mismo argumento sería aplicable, bajo ciertas circunstancias, a errores de derecho, aunque esto sería más difícil. Esto fue discutido en forma reciente por la Corte Suprema de Israel en *HCJ 1971/15 Al-Masri v. The Chief Military Advocate General*. Sin embargo, este asunto excede el ámbito de este artículo.

⁴⁰ F. de Vitoria, “On the American Indians”, en A. Pagden and J. Lawrance (eds.), *Political Writings* (1991) 231, pp. 282–3. Grocio llegaba a una conclusión similar en la que sostenía que las situaciones de duda

No obstante, las intuiciones pueden no alcanzar para dirimir este punto; parece sensato exigir algún tipo de argumento para alcanzar esta conclusión. En línea con el ejemplo anterior, varios teóricos de la guerra justa han argumentado que aquellos soldados que actúan bajo las órdenes de una autoridad legítima (en general, democrática) tienen el deber de pelear incluso en una guerra objetivamente injusta. Hay diferentes justificaciones para este “deber ciudadano”, pero el corolario de tal posición es que pelear en una guerra de este tipo es moralmente correcto, a fin de cuentas.⁴¹ Este argumento es especialmente relevante para nuestros fines, en la medida en que el tipo subjetivo o *mens rea* cumple un rol central en la responsabilidad penal. En efecto, en una gran cantidad de casos, los participantes en un conflicto armado, a diferencia de los criminales comunes, actúan en el marco de una estructura institucional. Esta característica incide en la forma en que debemos evaluar su conducta.

Joseph Raz, por ejemplo, ha argumentado que la razón por la cual los individuos deberán cumplir una orden emanada de una autoridad es que cumplir esa orden les permitirá cumplir mejor con razones que, objetivamente, se les aplican si siguen la directiva de la autoridad, que si tratan de seguir esas razones ellos mismos.⁴² Esta tesis normativa está conectada con la principal implicancia teórica de reconocer a alguien como una autoridad legítima: proporciona a los que están sujetos a ella motivos de acción independientes del contenido de la directiva; estas razones para la acción no serán meramente añadidas a otras razones, sino que tienen un tipo de estatus especial, protegido.⁴³ Esto significa que las órdenes emitidas por una autoridad pueden ser obligatorias, incluso si son equivocadas.⁴⁴ La decisión de ir a la guerra implica normalmente un

invencible resultaban suficientes para poner a ambos beligerantes en una posición relativamente simétrica. Véase Neff, *supra* nota 16, p. 99.

⁴¹ Para diferentes versiones de este argumento, véase D. Estlund, “On Following Orders in an Unjust War”, (2007) 15(2) *The Journal of Political Philosophy*, p. 213; Ryan, *supra* nota 15; y más reciente M. Renzo, “Duties of Citizenship and Just War” (aún sin publicar, manuscrito en poder del autor).

⁴² Véase J. Raz, *The Morality of Freedom* (1988), p. 53; J. Raz, “The Problem of Authority”, (2006) 90 *Minnesota Law Review* 1003, p. 1014. Utilizo a Raz por simplicidad. Mi argumento también funcionaría, si bien con distinto alcance, con muchas otras concepciones contemporáneas de autoridad.

⁴³ Raz argumenta que las directivas emanadas de una autoridad son anteriores al proceso de decisión individual; Raz, *The Morality of Freedom*, *supra* nota 42, p. 46. No necesito adoptar una noción tan demandante de órdenes emanadas de autoridad. Creo que la conceptualización que Raz formula de la autoridad es compatible con nociones menos rígidas de razones protegidas, tales como razones *prima facie* o *pro tanto* para actuar. Para una defensa reciente de esta postura ver Renzo, *supra* nota 41.

⁴⁴ Raz, *The Morality of Freedom*, *supra* nota 42, pp. 47–8.

juicio complejo que, a su vez, depende de información confidencial, así como de evaluaciones fácticas y normativas delicadas. Es el tipo de decisión que —convengamos— conviene dejar a cargo de una autoridad centralizada. En consecuencia, los soldados rasos están *pro tanto* obligados por la decisión de esa autoridad legítima, incluso si esta es, en última instancia, equivocada (por ejemplo, si la guerra es objetivamente injusta).

Esta conclusión debe ser recortada en tres sentidos. En primer lugar, no resultaría aplicable respecto de autoridades ilegítimas, es decir, aquellas que los individuos no están moralmente obligados a obedecer. En general, regímenes despóticos o grupos armados opresivos no estarían cubiertos por este argumento. En segundo lugar, el deber ciudadano no se aplica a aquellos individuos que, sabiendo que la guerra es injusta, participan en forma voluntaria. Como sugiere el caso de la *Orden*, este argumento no sería aplicable a líderes y altos mandos militares. Por último, casi todos los defensores del deber ciudadano concuerdan en que a veces no solo es permisible, sino obligatorio, desobedecer la orden de ir a la guerra, aun cuando provenga de una autoridad legítima. El deber de ciudadanía es solo un deber *pro tanto* y puede ser dejado de lado en circunstancias tales como cuando la guerra es “una aberración”,⁴⁵ “completamente irracional o insincera”,⁴⁶ o como mínimo cuando aquellos que pelean están suficientemente convencidos de que la guerra es injusta.⁴⁷

La concepción de la autoridad como servicio (y casi cualquier idea de autoridad legítima basada en motivos epistémicos o instrumentales) provee una forma razonable de tomar en cuenta esta intuición. Raz reconoce que las razones protegidas pueden ser vencidas, superadas, canceladas, e incluso excluidas.⁴⁸ En este contexto, se puede distinguir entre errores grandes (que pueden dar lugar a directivas obligatorias) y errores manifiestos (que no podrían dar lugar a directivas obligatorias).⁴⁹ En el caso de errores manifiestos, para los soldados sería obligatorio desobedecer.

Para concluir, entonces, en aquellos casos en que la guerra no es manifiestamente ilegal, los que luchan a las órdenes de un régimen legítimo tienen un deber *pro tanto* de pelear. Este deber da

⁴⁵ Ryan, *supra* nota 15, p. 30, 32.

⁴⁶ Estlund, *supra* nota 41, p. 232.

⁴⁷ Renzo, *supra* nota 41, p. 17.

⁴⁸ J. Raz, *Practical Reasons and Norms* (1999), p. 47.

⁴⁹ Raz, *The Morality of Freedom*, *supra* nota 42, p. 62.

cuenta de que, aun si están peleando en una guerra objetivamente injusta, no cumplirían el *mens rea* requerido, en tanto resulta difícil sostener que moralmente se les podría exigir que supieran que la guerra es injusta. De hecho, su posición epistémica no puede ser fácilmente distinguida de la de aquellos combatientes que pelean en una guerra objetivamente justa, pues en la mayoría de las circunstancias, y a menos que la guerra pueda ser considerada manifiestamente justa, estos últimos también estarían basando su acción en el juicio de las autoridades pertinentes. En casi todos los casos, será difícil para cualquiera de los beligerantes (justo o injusto) tener absoluta certeza acerca de la justicia de su causa, y de que la guerra es necesaria y proporcional.

Este primer argumento teórico se complementa con un segundo elemento empírico. A saber, hay razones de peso para considerar la llamada “objección epistémica”, que sugiere que no es dable esperar razonablemente que los soldados rasos y los ciudadanos “de a pie” sepan que están participando en la matanza ilegítima de combatientes (justos) inocentes. Aun si aceptamos que los individuos que viven en regímenes democráticos deben hacer todo lo que esté a su alcance para informarse acerca de la justicia de la guerra, los obstáculos que los soldados rasos enfrentan a la hora de obtener información empírica certera, son mucho más serios de lo que se piensa. Si bien uno supondría que estas limitaciones son propias de regímenes opresivos o no democráticos, considero que estas también ocurren en democracias abiertas y liberales. Es más, la razón no es que la información sobre la causa de la guerra sea secreta o clasificada, ni que implique un complejo juicio, al menos no principalmente. La razón es mucho más simple, pero también más profunda.

En estudios empíricos recientes se ha demostrado que nuestra capacidad cognitiva, es decir, nuestra percepción de los hechos, está generalmente condicionada por sucesos o elementos que se encuentran fuera de nuestro control. Esto se da incluso en contextos en que la gente tiene pleno acceso a la información.⁵⁰ Joshua Greene sostiene que es en gran medida producto de los sesgos cognitivos. Un tipo de sesgo es el autointeresado: cuando los hechos son ambiguos, la gente suele favorecer una interpretación que esté alineada con sus propios intereses. Los fanáticos del deporte experimentan este tipo de reacción frente a decisiones controvertidas de los réferis, por ejemplo. De forma similar, hay otro tipo de sesgo que nos hace mucho más sensibles al dolor o sufrimiento que alguien nos causa a nosotros mismos que al dolor que otros sufren a causa de nuestras

⁵⁰ J. Greene, *Moral Tribes: Emotion, Reason and the Gap Between Us and Them* (2013), capítulo 3.

acciones. Este sesgo tiende a llevar a escaladas en un conflicto.⁵¹ Pero a los fines de esta investigación, resulta crítico que las percepciones de la gente también se encuentran condicionadas por compromisos políticos, sociales o morales que han asumido como individuos, o como parte de una “tribu” a la que pertenecen. Este proceso se ve reforzado por las influencias informativas y reputacionales que afectan tanto nuestros juicios fácticos como políticos y que pueden llevar a la polarización de un grupo, e incluso a la formulación de teorías conspirativas.⁵²

Greene expone este problema a través de un ejemplo que resulta particularmente esclarecedor para nuestros fines. Argumenta que el hecho de que muchos de los críticos de la invasión de Estados Unidos a Irak en 2003 no pudieran entender por qué tantos estadounidenses apoyaron la guerra, es producto de no apreciar que “una gran mayoría de estadounidenses creía en ese momento que Saddam Hussein había estado personalmente involucrado en los ataques del 9/11”.⁵³ De la misma manera, la mayoría de la gente en Jordania, Egipto y los territorios palestinos creían que no había sido Al Qaeda quien había estado detrás de los ataques (sino probablemente los propios Estados Unidos o Israel). Este tipo de fenómeno también se puede apreciar en otras esferas, como es el caso del cambio climático o los mecanismos para lidiar con desechos nucleares, entre otros.⁵⁴ Ciertas propuestas fácticas que pueden ser claramente erróneas para los expertos, pueden resultar intuitivamente correctas para los legos. De hecho, Greene argumenta que una vez que las creencias falsas se vuelven “parte del imaginario social, resulta extremadamente difícil cambiarlas y ya no se trata de educar o informar a la gente”.⁵⁵ En consecuencia, tener pleno acceso a información pública confiable no es suficiente para que los individuos estén al tanto de las consideraciones fácticas relevantes, en este tipo de escenarios tan politizados. Por ello, es difícil que los soldados rasos (en general, jóvenes de un determinado Estado que provienen de una situación socio-económica poco privilegiada) puedan estar en condiciones de determinar la injusticia de una guerra con un grado de certeza tal que resulte para ellos no permisible participar en el conflicto armado.

⁵¹ Ibid.

⁵² C. Sunstein, “The Law of Group Polarization”, (2002) 10(2) *The Journal of Political Philosophy*, p. 175.

⁵³ Greene, *supra* nota 50. Ver también C. Sunstein and A. Vermeule, “Conspiracy Theories: Causes and Cures”, (2009) 17(2) *The Journal of Political Philosophy* 202. [Orig.: “a majority of Americans at the time believed that Saddam Hussein had been personally involved with the [9/11] attacks”].

⁵⁴ Greene, *supra* nota 50.

⁵⁵ Ibid. [Orig.: “culturally entrenched . . . [they] are very difficult to change, and changing them is no longer simply a matter of educating [or providing information to] people”].

Sobre la base de los dos argumentos que se propusieron en esta sección —el normativo y el empírico— resulta dudoso entonces que, aun desde una perspectiva revisionista, aquellos que pelean una guerra objetivamente injusta sean generalmente pasibles de recibir una sanción penal, en tanto no reunirán el *mens rea* exigido. En contraposición, solo aquellos que pelean en una guerra manifiestamente injusta, o que saben que es injusta, pueden ser pasibles de ser reprochados. Resulta interesante que Agustín, Vitoria y Suárez propusieran un estándar similar al argumentar que se espera que los soldados peleen, a menos que “la guerra sea evidentemente injusta”.⁵⁶ Vitoria incluso agregó que si la guerra es manifiestamente injusta, “el individuo no debe pelear, incluso si su rey lo ordena, pues uno no puede matar a una persona inocente bajo ningún tipo de autoridad y, en este caso, el enemigo es inocente”.⁵⁷

En este contexto, el hecho de que una guerra sea peleada manifiestamente sin una causa justa, o utilizando medios y métodos de combate claramente desproporcionados, así como también cuando se utilizan violaciones sistemáticas como arma de guerra, o ataques dirigidos contra civiles desarmados, cualquiera de estas características sería suficiente para requerir que aquellos que pelean en una guerra de este tipo sean conscientes del gran mal moral que están causando o contribuyendo a causar. Para ejemplificar, un soldado que pelea en Polonia para los nazis, o en Hungría para los Soviéticos, un integrante de ISIS que pelea en Siria o Irak, o un guerrillero que pelea para un líder sanguinario como Joseph Kony en Uganda, o Jean Pierre Bemba en la República Centrafricana, serían, todos ellos, pasibles de ser castigados desde una perspectiva puramente normativa. Considero que, en cada una de estas situaciones, formar parte de las fuerzas que ejecutan a civiles inocentes y que abiertamente violan derechos humanos fundamentales no solo debe ser considerado moralmente reprochable, sino que debe ser criminalizado.⁵⁸ Esto sería

⁵⁶ Neff, *supra* nota 16, p. 57 (y sus referencias en la nota al pie de página 62). [Orig.: “the cause in which they were enlisted was patently unjust”].

⁵⁷ F. de Vitoria, “On the law of war”, en A. Pagden and J. Lawrence (eds.), *Political Writings* (1991), 293 p. 307, citado en Estlund, *supra* nota 41, p. 214. [Orig.: “the subject ... must not fight, even if he is ordered to do so by the prince. This is obvious, since one may not lawfully kill an innocent man on any authority, and in the case we are speaking of the enemy must be innocent”].

⁵⁸ Tal como indiqué en la Sección 2, *supra*, que tal guerra viole sistemáticamente reglas *in bello*, resultaría suficiente para convertirla en manifiestamente injusta o moralmente aborrecible.

así más allá de la existencia de una prensa abierta, o de cualquier otra precondition necesaria para una deliberación pública robusta.⁵⁹

IV. La moralidad in bello frente al derecho sobre crímenes de guerra

Incluso dentro del campo revisionista, algunos rechazarían mi conclusión anterior. Jeff McMahan, por ejemplo, cree que hay argumentos contundentes para rechazar la criminalización de la participación en una guerra objetivamente injusta.⁶⁰ En cambio, propone un derecho sobre crímenes de guerra que se aplique en forma neutral o simétrica y que criminalice conductas “solo cuando ello conlleve, como efecto probable, la reducción del daño moralmente injustificado producto de la guerra o, en forma equivalente, la suma promedio de las violaciones de derechos”.⁶¹ Dicho de otra manera, si bien acepta que la mera participación en una guerra injusta es moralmente reprochable, McMahan considera que hay razones prácticas, morales y prudentiales que aconsejan no criminalizarla. Propone seis objeciones acumulativas, que consideraré y descartaré, al menos en la medida en que pretenden socavar la posición específica que defiendo en este artículo.

Primero, McMahan sostiene que sería moralmente inadecuado imponer sanciones penales a aquellos que pelean en una guerra injusta, dado que los soldados en general suelen estar poco informados y poco calificados para determinar si la guerra es injusta. Agrega que, en muchos casos, “su limitada situación epistémica es una condición eximente suficiente para evitar su responsabilidad penal”.⁶² Tal como señalé en la sección anterior, concuerdo con la dirección

⁵⁹ Puede ser argumentado que esto es compatible con que su responsabilidad moral sea mitigada en ciertas situaciones de extrema coerción. Sin embargo, esta calificación implicaría que son susceptibles de ser castigados y afectaría el alcance de su responsabilidad. Para una buena discusión de la diferencia entre justificación y excusa, véase E.R. López, “Can there be Full Excuses for Morally Wrong Actions?”, (2006) 73(1) *Philosophy and Phenomenological Research*, p. 124.

⁶⁰ Es interesante señalar que en el nivel de la moralidad profunda de la guerra comulga con la idea de que los actos de casi todos los participantes en una guerra objetivamente injusta son asimilables a crímenes de guerra. Ver McMahan, *supra* nota 21. El problema es, tal como sugiero, que una postura revisionista de esta índole resultaría sobre-inclusiva.

⁶¹ McMahan, *supra* nota 21, p. 177. [Orig.: “a form of action in war only when doing so would have the expected effect of reducing the amount of wrongful harm inflicted in war or, equivalently, the sum of weighted rights violations”].

⁶² *Ibid.*, p. 172. [Orig.: “their restricted epistemic situation is an excusing condition that is sufficient to exempt them from liability to punishment”].

general de esta objeción. Sin embargo, no necesariamente lleva a la conclusión propuesta. El hecho de que muchos, o incluso la mayoría de quienes pelean en una guerra injusta, no estén en posición de determinar que la guerra es injusta, no implica que ninguno ellos lo esté. Considérese, por ejemplo, las milicias que pelean para Jean Pierre Bemba en la República Democrática del Congo, que usan violaciones en forma sistemática como una táctica de guerra. O el caso de quienes pelean para ISIS, que arrojan a personas homosexuales de edificios u ordenan a niños ejecutar personas a sangre fría. Aun más, considérese el caso de un soldado nazi en el medio de Polonia ocupada. Incluso aquellos individuos que no estuvieron directamente involucrados en masacres, violaciones o atrocidades en general, no podrán argumentar que no estaban lo suficientemente informados ni calificados para determinar que esas guerras eran injustas (y que, por tanto, su contribución a esas empresas era moralmente incorrecta). La misma lógica se aplicaría cuando un determinado Estado o un grupo actúa manifiestamente sin justa causa.⁶³

Es más, aun si alguno de esos combatientes estuviese genuinamente convencido de que la guerra es justa (y, además, que esas tácticas estaban justificadas), algo que en algunos casos podemos descartar empíricamente,⁶⁴ tal juicio sería completamente irrazonable. Consecuentemente, de la misma manera en que en el ámbito interno no nos cuestionamos el derecho que el Estado tiene de castigar a un asesino serial que está convencido de estar siguiendo órdenes de Dios o de un culto particular, deberíamos considerar en forma similar a este tipo de infractores como susceptibles de ser castigados (siempre y cuando no sean insanos).

Segundo, se puede argumentar en contra de la posición que aquí defiendo que aquellos que pelean en una guerra objetivamente injusta están actuando bajo coacción: si se rehusasen a pelear,

⁶³ Es cierto que resulta difícil encontrar ejemplos históricos de beligerantes que hayan peleado en una guerra manifiestamente injusta en la que no se violaran sistemáticamente reglas *in bello*. Pero esto es solo porque aquellos beligerantes que violan principios *ad bellum* en general tienden también a violar reglas *in bello*. La acción soviética en Hungría en 1956 puede ser un buen ejemplo del primer caso. Véase C. Gati, *Failed Illusions: Moscow, Washington, Budapest, and the 1956 Hungarian Revolt* (2006).

⁶⁴ Por ejemplo, Baez y otros argumentan que en el conflicto colombiano, una mayoría de excombatientes se unieron a grupos paramilitares por motivos económicos y que solo el trece por ciento tenían una motivación ideológica para unirse. Ver S. Baez et al., "Outcome-oriented moral evaluation in terrorists", (2017) 1 *Nature Human Behavior*, p. 4. Sin embargo, ver también Á. Gómez y otros, "The devoted actor's will to fight and the spiritual dimension of human conflict", *Nature Human Behavior*, disponible en www.nature.com/articles/s41562-017-0193-3.pdf.

serían castigados.⁶⁵ Como resultado, es dudoso que la amenaza de un castigo externo vaya a disuadirlos de pelear. Un problema de esta objeción es que presupone que la disuasión es la única, o al menos la principal, fuente de justificación de la pena. Esta es una posición controvertida y con la cual no estoy de acuerdo.⁶⁶ Sin embargo, el mayor problema de esta objeción es que, incluso en sus propios términos, o es infundada o prueba demasiado. Esto es, que el derecho internacional penal pueda disuadir a individuos de cometer conductas criminales en la guerra es una cuestión empírica. En recientes estudios se ha demostrado que las prohibiciones legales pueden tener algún efecto disuasivo en relación con conductas ilegales en la guerra, al menos en casos de atrocidades.⁶⁷ En la medida en que podamos plausiblemente asumir que la coerción también está presente en contextos en los que se cometen atrocidades,⁶⁸ entonces podemos también asumir que las prohibiciones legales podrían disuadir de participar en una guerra manifiestamente injusta. A este respecto, la objeción parece descansar en afirmaciones empíricas equivocadas.

Si, por el contrario, damos por supuesto que este argumento es correcto, entonces prueba demasiado. Es decir, esta posición implicaría descriminalizar crímenes de guerra ortodoxos, tales como violaciones masivas, toma de rehenes o tortura generalizada cuando son perpetrados por individuos que son parte de regímenes atroces. En la medida en que esos actos son también perpetrados por grupos y en contextos en que ejercen sobre los soldados una presión psicológica enorme, y en la medida en que las consecuencias de no participar o contribuir en tales actos serían terribles para estos individuos, esta objeción serviría para no considerar a ese tipo de conductas crímenes de guerra. Esta implicación —creo— es una a la que McMahan ciertamente querría oponerse.

La objeción más persuasiva es que criminalizar la participación en una guerra injusta crearía incentivos para prolongar la guerra.⁶⁹ En particular, se afirma, la amenaza de castigo disuadiría a los soldados de rendirse. Esta asunción está corroborada en la literatura empírica.⁷⁰ Pero aun si aceptamos tal premisa, no necesariamente implica que la mera participación en una guerra

⁶⁵ McMahan, *supra* nota 21.

⁶⁶ Ver Sección, *supra*, y Chehtman, *supra* nota 28, pp. 43–6.

⁶⁷ Ver H. Jo y B. Simmons, “Can the International Criminal Court Deter Atrocity?”, (2016) 70(3) *International Organization*, p. 443.

⁶⁸ Por ejemplo, en *Prosecutor v. Erdemovic*, Sentencia, Case No. IT-96-22-A, A. Ch., 7 de octubre de 1997.

⁶⁹ McMahan, *supra* nota 21, p. 173.

⁷⁰ Véase, por ejemplo, D. Reiter and A.C. Stam, *Democracies at War* (2002), pp. 65–9.

manifiestamente injusta nunca deba ser criminalizada. En última instancia, esta objeción parece asumir una versión implausible de la posición revisionista, que yo he rechazado, y que diría algo así: que toda persona que participa en un conflicto armado objetivamente injusto deberá ser castigada. Sin embargo, esta no es una conclusión que se derive necesariamente de la posición que yo he defendido.

Yo solo he dicho que quienes participan en una guerra que saben que es injusta o que es manifiestamente injusta son moralmente pasibles de ser castigados. Ser moralmente pasible de ser castigado es compatible con la imposición de penas reducidas o alternativas, pero también con amnistías, en algunos casos. Dicho de otra manera, esta objeción puede ser fácilmente rechazada si reconocemos que en un contexto *post bellum* deberemos hacer concesiones entre el castigo y otros objetivos valiosos, tales como la paz, la verdad y la reconciliación (entre otros). Esta es la postura dominante en la literatura relativa a la justicia transicional, y resulta aplicable también a la concepción ortodoxa de los crímenes de guerra.⁷¹ En consecuencia, el artículo 6(5) del Protocolo adicional II establece que las autoridades “procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado”.⁷² En cualquier caso, adoptar este tipo de marco normativo ya supondría asumir conceptualmente que los soldados son moralmente pasibles de ser castigados por participar en una guerra manifiestamente injusta y es compatible también con que algunos de ellos sean llamados a rendir cuentas.

Cuarto, McMahan objeta que, hasta tanto haya instituciones legales internacionales que puedan proveer a quienes participan en un conflicto armado de lineamientos claros para determinar, ya sea antes o durante la guerra, si su participación es, o podría ser, legal o ilegal, sería injusto que estos sean susceptibles de castigo.⁷³ Sin embargo, este argumento no socava la posición que yo defiendo aquí. El hecho de que actualmente no exista tal autoridad legítima y que probablemente no exista tampoco en un futuro cercano no implica que siempre será injusto responsabilizar a ciertos participantes en un conflicto armado por pelear en una guerra objetivamente injusta, especialmente cuando esto es manifiesto. Para reiterar, aquellos que pelea para ISIS, para Alemania nazi o para el Ejército de Resistencia del Señor, deberían ser tan responsables por ello como aquellos responsables por el genocidio en Ruanda o los actos de

⁷¹ Véase, por ejemplo, J. Elster, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective* (2004).

⁷² Protocolo adicional II.

⁷³ McMahan, *supra* nota 21, p. 173.

tortura en Chile, es decir, por una acción colectiva que fue, bajo cualquier óptica sensata, moralmente repudiable.

Quinto, McMahan sostiene que en la medida en que las instituciones internacionales sean inadecuadas, el castigo corre el riesgo de convertirse en justicia de vencedores, mediante la cual aquellos que pelean en una guerra justa serán castigados por el adversario vencedor, aunque este sea injusto.⁷⁴ Esta proposición no resulta persuasiva. En primer lugar, parece exagerado decir que los combatientes victoriosos tienen muchos incentivos para llevar adelante juicios criminales contra los vencidos. Los juicios criminales son costosos y generalmente proveen un foro para que los acusados se defiendan y manifiesten públicamente sus agravios y sus posiciones.⁷⁵ No es una coincidencia que un Estado tan poderoso como los Estados Unidos haya llevado a juicio a solo un puñado de acusados respecto de la llamada “guerra contra el terror”. De manera similar, es sabido que, por razones de rapidez y eficacia, Churchill también habría preferido ejecuciones sumarias a juicios. Esto parece indicar que incluso si existiese el riesgo que McMahan identifica, resulta exagerado. Pero aun más importante es el hecho de que esta preocupación no es inherente a este tipo de procesos (a saber, por la mera participación en un conflicto armado manifiestamente injusto), sino relevante también en los juicios por crímenes de guerra “tradicionales”.⁷⁶ Esto es, en esos supuestos también será el caso de que el beligerante vencedor juzgará al vencido. En la medida en que esta objeción implicaría eliminar la responsabilidad penal por crímenes de guerra tradicionales, simplemente prueba demasiado.

Por último, McMahan considera que no es dable esperar que un Estado entregue un gran número de sus ciudadanos para ser enjuiciados por hacer algo que ese mismo Estado les ordenó hacer.⁷⁷ Debería ser forzado a hacerlo, y no es absurdo suponer que forzar a un Estado a extraditar a sus combatientes para ser sometidos a un juicio penal por crímenes de guerra podría ser una causa justa para recurrir a una nueva guerra. De nuevo, esta objeción asume una versión sumamente amplia de la teoría revisionista, según la cual todo participante en una guerra objetivamente injusta debe ser castigado. Sin embargo, mi propuesta solamente implica

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Véase, por ejemplo, M. Koskeniemi, “Between Impunity and Show Trials”, (2002) 6 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, p. 1.

⁷⁶ Véase, por ejemplo, G. Simpson, *Law, War & Crime* (2007), p. 16.

⁷⁷ McMahan, *supra* nota 21, p. 173.

criminalizar la conducta de una fracción de aquellos que pelean en una guerra objetivamente injusta. Solo aquellos que participan en una guerra sabida o manifiestamente injusta serían moralmente pasibles de castigo. Aun más, el hecho de que sean pasibles de ser castigados no supone que deban serlo en cualquier circunstancia. Si deben ser enjuiciados y quiénes deben serlo, dependerá de la capacidad política y operacional de llevar adelante juicios justos, así como del costo total de llevar adelante este tipo de política *post bellum*.

En suma, hay dos problemas interrelacionados en la crítica de McMahan. En primer lugar, identifica la postura revisionista con la proposición de que todo individuo que pelea en una guerra objetivamente injusta deberá ser castigado. He admitido aquí que tal posición sería insostenible y es posible que resulte poco persuasiva, en parte, por las razones que McMahan sugiere. Sin embargo, de la pretensión plausible de que sería moral y prudencialmente errado responsabilizar a todo participante en una guerra objetivamente injusta, parece saltar a la implausible visión de que ninguno de ellos debe ser responsabilizado. En segundo lugar, un problema fundamental con estas objeciones parece ser que dan por supuesto un conflicto armado entre Estados, con capacidades y posiciones similares. Pero las guerras actuales no tienen por qué ser de este tipo, y de hecho la mayoría no lo es. Las guerras pueden ser peleadas entre Estados que tienen diferencias bélicas enormes, pero también entre ellos y diferentes tipos de grupos armados no estatales (o incluso entre estos grupos). Pueden ser llevadas adelante por organizaciones con diferentes niveles de legitimidad o de autoridad legítima sobre aquellos que pelean, así como con enfoques tácticos y estratégicos muy diferentes. Una vez que comenzamos a considerar estas posibilidades, parece no solo moral, sino también prácticamente posible criminalizar cierto tipo de participación en una guerra injusta. Quizás la ilustración más clara de la postura que sostengo es que el derecho internacional permite que, bajo ciertas circunstancias, la mera participación en una guerra injusta sea castigada penalmente. Articularé esta visión en la sección siguiente.

V. El crimen de participar en una guerra sabida o manifiestamente ilegal: de la moralidad al derecho

He argumentado que la mejor articulación de la teoría revisionista de la guerra justa requeriría criminalizar la participación en una guerra manifiestamente injusta, o moralmente aborrecible, o en una guerra cuyo participante sabe que es injusta. En términos legales, la posición que sostengo es que los individuos que participan en una guerra manifiestamente injusta *deberían* ser pasibles de

ser castigados.⁷⁸ Por supuesto, haría falta más trabajo para definir tal crimen con la precisión necesaria: tanto “participar” como “manifiestamente” deben ser definidos en forma mucho más clara. Ciertas conductas subyacentes tendrían que ser identificadas (matar, mutilar, etc). Sin embargo, mi propósito no es abogar por la definición jurídica de un nuevo tipo de crimen de guerra, sino más bien proveer una justificación respecto de por qué este tipo de conducta deber ser considerada criminal con arreglo al derecho internacional.

Creo que esta postura no solo es normativamente atractiva, sino que también es sensata desde una perspectiva práctica y prudencial, con las siguientes aclaraciones. Primero, el hecho de que consideremos a los participantes en una guerra injusta como susceptibles de ser castigados no implica que siempre deban ser castigados. Segundo, tampoco implica que el castigo deba ser siempre concebido como penas de prisión largas o que cada uno de los participantes en ese tipo de guerras deba ser castigado. Tercero, la posición que aquí defiendo es compatible con reconocer que la responsabilidad de este tipo de combatiente injusto puede ser mitigada por otras consideraciones, en particular coacción.⁷⁹ Pero todas estas advertencias presuponen, no obstante, que los individuos que participan en una guerra manifiestamente injusta o que saben que lo es deberían ser pasibles de castigo, esto es, que no serían tratados en forma injusta en caso de ser castigados.⁸⁰

Esta sección muestra que la postura que propongo es mucho más compatible con el marco jurídico existente que la posición defendida tanto por los otros teóricos revisionistas como por los teóricos ortodoxos de la teoría de la guerra justa. En primer lugar, el estándar de manifiesta ilegalidad ha sido adoptado en forma explícita para propósitos similares en derecho internacional. Por ejemplo, la regla sobre el crimen de agresión que fue adoptada como una enmienda al

⁷⁸ Para nuestro propósito, parto de la base de que hay una superposición entre guerras injustas y guerras manifiestamente ilegales. Esta es una presunción importante y sensible, que está más allá del alcance de este artículo.

⁷⁹ Presupone, por supuesto, que satisfarían otras condiciones, tales como la capacidad mental. En efecto, este argumento no necesariamente incluye niños soldados u otros casos análogos.

⁸⁰ Si deben ser castigados o no y el tipo de castigo que debe imponérseles dependerá en gran medida de la situación en particular. Concedo que otras consideraciones serían relevantes a los fines de determinar qué hacer, como el prospecto de una paz duradera, la necesidad de reconstrucción u otras consideraciones análogas, y que en un número significativo de casos resultaría contraproducente castigarlos.

Estatuto de Roma, establece que un acto de agresión debe ser una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.⁸¹

De forma similar, la defensa de órdenes superiores en el Estatuto de Roma requiere que la “orden no fuera manifiestamente ilícita”.⁸² Considero que es un error suponer que la defensa de órdenes superiores esté descartada en derecho internacional. Tres observaciones son suficientes para sostener esto. Primero, muchos tribunales, tanto nacionales como internacionales, han aceptado que ciertas órdenes superiores pueden eximir a un individuo de responsabilidad penal por crímenes de guerra, tal como ilustra el párrafo (1) del artículo 33 del Estatuto de Roma.⁸³ Si bien en Núremberg tanto el Estatuto para el Tribunal Militar Internacional, como su jurisprudencia, rechazaron esta defensa, esto debe ser entendido como una consecuencia del tipo de acusados que estaban siendo juzgados ante el tribunal, esto es, oficiales superiores.⁸⁴ Segundo,

⁸¹ Art. 8 *bis* (1), Res. RC/Res. 6, The crime of aggression, Annex I, adopted on 11 June 2010. Esta definición, en particular el requisito de que la violación de la norma *ad bellum* sea “manifiesta”, es controvertida.

⁸² Estatuto de Roma, Art. 33(1)(c).

⁸³ Ver referencias en Y. Dinstein, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’ in International Law* (1965) y, más recientemente, M. Osiel, *Obeying Orders: Atrocities, Military Discipline and the Law of War* (1999).

⁸⁴ Gaeta señala que los fiscales ingleses, franceses y rusos en Núremberg sostuvieron que no era posible argüir esta defensa en función de la *manifiesta ilegalidad* de las órdenes, en vez de simplemente basarse en el artículo 8 de la Carta de Londres. P. Gaeta, “The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law”, (1999) 10 *European Journal of International Law* 172, p. 180 (énfasis añadido). De forma similar, Garraway afirma que durante la redacción de la Carta de Londres, en varias ocasiones se incluyeron provisiones relativas a órdenes superiores. Según él, citando al General Nikitchenko, la razón por la que no fueron consideradas una defensa válida en ese contexto es que esos acusados en particular no podrían haber estado cumpliendo órdenes de un superior. C. Garraway, “Superior orders and the International Criminal Court: Justice delivered or justice denied”, (1990) 81(836) *International Review of the Red Cross* 785, p. 786. Dicho de otra manera, Núremberg fue en cierta medida un rechazo a la posición clásica respecto de la defensa de órdenes superiores, la cual fue descrita en la primera edición del libro de Oppenheim de la siguiente manera: “[i]n case members of forces commit violations ordered by their commanders, the members may not be punished, for the commanders are alone responsible, and the latter may, therefore, be punished as war criminals on their capture by the enemy” (en caso de que miembros de fuerzas armadas cometan violaciones ordenadas por sus comandantes, los miembros no pueden ser castigados, pues solo los comandantes son responsables y pueden ser castigados como criminales de guerra en caso de ser capturados por el enemigo). Citado en Garraway, p. 786. Consistentes con esta interpretación, en el *High Command* case (11 NMT, p. 506) los jueces absolvieron a los acusados sobre la base de que las órdenes no eran manifiestamente ilegítimas, ni sabían que estas eran ilegítimas (si bien la ley n° 10 del Consejo de

muchos de los que sostienen que la defensa de órdenes superiores no puede eximir de responsabilidad por crímenes de guerra bajo el derecho internacional, lo hacen bajo la dudosa premisa de que esas órdenes son siempre manifiestamente ilícitas.⁸⁵ Sin embargo, tal como fue demostrado en la sección 2, esta presunción está equivocada. Finalmente, en la medida en que la existencia de una directiva acreditada como legítima pueda, conceptualmente, tener un impacto sobre la expectativa de que un individuo busque más información sobre la justicia de la guerra, o sobre una acción concreta en esa guerra, entonces el derecho internacional penal debería eximir a ciertos individuos sobre la base de un error de hecho, basado en la existencia de esa orden.⁸⁶

Cierto es que, ni la criminalización de la agresión, ni las limitaciones a la defensa de órdenes superiores capturan las conductas específicas evaluadas aquí, al menos no respecto de soldados rasos y civiles que participan directamente en una guerra sabida o manifiestamente ilegal. El crimen de agresión está limitado a personas que se encuentran “en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”,⁸⁷ mientras que las órdenes superiores se aplican a la idea ortodoxa de crímenes de guerra, limitados específicamente a violaciones graves del *jus in bello*. Sin embargo, expondré a continuación que las leyes que regulan los conflictos armados permiten la criminalización de soldados rasos por actos que constituyen una mera participación en una guerra sabida o manifiestamente ilegal. Para ello, debemos prestar atención a la forma en la que el derecho internacional regula la guerra.

La principal división en la regulación de los conflictos armados es entre conflictos de carácter internacional y conflictos de carácter no internacional.⁸⁸ En conflictos internacionales, todos los

Control Aliado seguía el estatuto del Tribunal Internacional Militar en cuanto al rechazo de la defensa de órdenes superiores.

⁸⁵ Gaeta, *supra* nota 84, p. 191.

⁸⁶ Walzer reconoce que la defensa de órdenes superiores puede estar basada en ignorancia. Walzer, *supra*, nota 2, p. 312. De manera similar, Dinstein argumenta que las órdenes superiores que no son manifiestamente ilegítimas afectan la percepción del individuo respecto de la ilegalidad de un acto. Dinstein, *supra* nota 83, p. 27–8. Más en línea con la postura defendida aquí, Cryer expresa que “*the manifest illegality test is a way of determining if the defendant ought to have known that the order was illegal*” (el test de la manifiesta ilegalidad es una forma de determinar si el acusado debería haber sabido que la orden era ilegal). R. Cryer, “Superior Scholarship on Superior Orders”, 2011 *Journal of International Criminal Justice* 959, p. 963.

⁸⁷ Estatuto de Roma, Art. 33(1)(c).

⁸⁸ Véase, por ejemplo, las contribuciones a E. Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts* (2012), en particular aquellas de la parte II.

combatientes poseen inmunidad para ser juzgados por su participación en la guerra; se los considera privilegiados y no son pasibles de ser castigados (en tanto prisioneros de guerra) en la medida en que no contravengan las reglas específicas de una pelea “justa”.⁸⁹ Esto incluye a las fuerzas armadas regulares de un Estado, así como otros combatientes no estatales, que pelean como órganos *de facto* del Estado o actúan bajo su control efectivo.⁹⁰ En contraposición, quienes pelean para un grupo armado no estatal en un conflicto armado no internacional no se encuentran protegidos frente a la posibilidad de ser castigados por el Estado beligerante, respecto de su mera participación en el conflicto y sobre la base de las leyes internas del Estado. Esto es, estos soldados son pasibles de ser castigados por perpetrar actos que constituyen una mera participación en el conflicto armado.⁹¹

Hay, sin embargo, dos excepciones a esta división tan tajante. En primer lugar, el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra extendió el privilegio de los combatientes estatales a miembros de determinados grupos armados no estatales, a saber, aquellos que “luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas”.⁹² Si bien esta norma ha sido criticada y activamente resistida por ciertos Estados (de hecho, es probable que nunca haya sido invocada con éxito), ha sido ratificada por la mayoría de los Estados de la comunidad internacional.⁹³ Probablemente, la razón subyacente para proteger a estos individuos

⁸⁹ Si bien pueden ser detenidos durante la duración de las hostilidades, esa detención es solo para prevenir que continúen participando en el conflicto armado. No debe ni puede ser entendida como una sanción penal. Para más detalles, véase III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949 75 UNTS 135, 12 agosto 1949 (De aquí en adelante III Convenio de Ginebra).

⁹⁰ Ver artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptados por la Comisión de derecho Internacional el 10 de agosto de 2001, *Report of the International Law Commission, Fifty-third Session*, UN Doc. A/56/10, arts. 4 y 8, respectivamente.

⁹¹ El derecho internacional no les prohíbe pelear a los miembros de grupos armados no estatales. Ver el texto correspondiente a la nota 104, *infra*.

⁹² PA I, Art. 1(4). El modo en que la ley ha alcanzado este resultado es determinando que este tipo de conflictos son “conflictos armados internacionales”.

⁹³ Esta es una de las razones por las cuales Estados Unidos se abstuvo de ratificar el Protocolo adicional I. Véase, por ejemplo, Letter of Transmittal from Ronald Reagan, President of the United States, to United States Senate (20 January 1987), reimpressa en (1987) 81 *American Journal of International Law*, p. 910. Esta disposición también ha sido incluida en las reservas formulas por varios Estados, incluyendo Francia, Gran Bretaña, Bélgica, la República de Korea, Irlanda y Canadá. Respecto de la falta de uso efectivo, véase D. Akande, “Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts”, en *supra* nota 88, p. 49. Sin embargo,

de ser juzgados es que, precisamente, su lucha era considerada como legítima o al menos justificada. En efecto, el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja al Protocolo adicional I establece que la lucha de esos individuos es legítima y cualquier intento de suprimirla es incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, la declaración referente a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, la declaración Universal de Derechos Humanos, y la declaración sobre la independencia de países y pueblos coloniales, y constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales.⁹⁴ En consecuencia, estos miembros de grupos armados no estatales también son considerados combatientes privilegiados por las leyes que regulan los conflictos armados, por lo que no son pasibles de ser castigados por actos que constituyen una mera participación en el conflicto armado.

Segundo, algunos académicos en derecho internacional, así como algunos tribunales, han sostenido que, al abusar de las leyes que regulan los conflictos armados, determinados combatientes se vuelven pasibles de ser enjuiciados penalmente.⁹⁵ Me refiero tanto a individuos que han perdido su derecho al estatus de combatiente, o al estatus de prisionero de guerra, como a civiles que pierden ese estatus, conocidos como combatientes ilegales o no privilegiados.⁹⁶ En el influyente caso *Quirin* de 1942, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió que los combatientes ilegales alemanes podían ser juzgados y castigados por tribunales militares por su

una reconstrucción racional de la guerra ciertamente permite considerar a esta provisión como obligatoria, al menos como una cuestión de derecho de los tratados.

⁹⁴ Y. Sandoz *et al.* (comps.), *Commentary to the Additional Protocols of 9 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (1987), p. 46; R. Sloane, “The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the Contemporary Law of War”, (2009) 34 *Yale Journal of International Law* 47, p. 65, y las referencias allí citadas. Otras personas invocan otras bases para justificar esta extensión. Corn, por ejemplo, entiende que la razón para el diferente tratamiento es que estos grupos particulares no son generalmente percibidos como autores de traición y por ello no violarían en forma clara el derecho soberano de los Estados. G. Corn, “Thinking the Unthinkable: Has the Time Come to Offer Combatant Immunity to Non-State Actors?”, (2011) 22(1) *Stanford Law & Policy Review* 253, p. 281.

⁹⁵ Véase Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (2004), p. 29; L. Oppenheim, *International Law: Disputes, War and Neutrality* (1952), p. 256; G. Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and tribunals: The Law of Armed Conflict* (1968), pp. 115–7, entre otros.

⁹⁶ Véase, por ejemplo, C. Garraway, “Interoperability and the Atlantic Divide – A Bridge over Troubled Waters”, 80 *International Legal Materials* 337, p. 344; y R. Baxter, “So-Called ‘Unprivileged Belligerency’: Spies, Guerrillas and Saboteurs”, 1951 *British Yearbook of International Law* 323–45.

mera participación en la Segunda Guerra Mundial.⁹⁷ Esta clasificación tiene fundamentos sólidos en derecho internacional, incluso si sus implicaciones concretas son controvertidas en extremo. De conformidad con las Regulaciones de La Haya de 1899 y 1907, luego incorporadas al artículo 4 del III Convenio de Ginebra, los combatientes solo son considerados privilegiados si se distinguen de la población civil (llevan sus armas a la vista y tienen un símbolo distintivo que es reconocible a la distancia), operan bajo un mando responsable y son parte de una organización que respeta las leyes y costumbres de la guerra.⁹⁸ Así, aquellos combatientes que no cumplan esas condiciones, perderán su protección respecto del enjuiciamiento y serán susceptibles de ser castigados por participar en la guerra.⁹⁹ Esto no significa, sin embargo, que sean susceptibles de ser castigados por violar una regla de derecho internacional, como explicaré más abajo.¹⁰⁰ Pero sí significa que podrían ser responsabilizados por perpetrar cualquier acto que constituya una participación en una guerra injusta.

En consecuencia, sostengo que la postura revisionista por la que abogo provee las herramientas teóricas para una reconstrucción del derecho existente de los conflictos armados, interpretación que es tanto plausible como moralmente sólida. En efecto, este marco jurídico contempla la posibilidad de que algunos individuos sean pasibles de ser castigados por actos que constituyen una participación en una guerra injusta, mientras que otros no. Si bien uno podría construir esta distinción sobre la base de una distinción entre actores estatales y no estatales, esto no reflejaría el marco jurídico más sutil que encontramos en el derecho internacional. Tal como

⁹⁷ *Ex parte Quirin, et al.*, 317 US 30, 31 (1942). Véase, en el mismo sentido, la decisión del Judicial Committee of the Privy Council en el caso *Mohammed Ali v. Public Prosecutor*, [1968] 3 All ER 488.

⁹⁸ III Convenio de Ginebra. Para una lista comprensiva de los requisitos legales, véase Dinstein, *supra* nota 95, pp. 37–40.

⁹⁹ Protocolo adicional I, Art. 44(3). El PA I no solo contempla que los combatientes de ciertos grupos armados no estatales sean considerados privilegiados, sino que también controvertidamente ha achicado la categoría de combatientes ilegales. En suma, establece que es suficiente para ser inmune a ser juzgado llevar las armas abiertamente durante todo enfrentamiento militar y durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar. No resulta sorprendentes que esto haya sido fuertemente criticado por una parte de la comunidad internacional, así como por prominentes académicos en derecho internacional. Aun así, la mayor crítica a esta extensión no es que fuese normativamente errada, sino que estaba diluyendo uno de los más importantes *quid pro quos* del derecho internacional humanitario. Corn, *supra* nota 94, p. 274, y referencias en nota al pie de página 81.

¹⁰⁰ Agradezco al árbitro anónimo que insistió en este punto.

fue indicado, este marco jurídico regula al menos tres casos de grupos armados no estatales en que estos son considerados combatientes privilegiados, es decir, sus miembros no son pasibles de ser castigados por su participación en el conflicto armado. Son casos de grupos que están actuando *prima facie* con una causa justa, o al menos no están participando en una guerra manifiestamente injusta.¹⁰¹

Aun más, la segunda calificación que se introdujo arriba —la de los combatientes no privilegiados— permite que ciertos combatientes *prima facie* privilegiados (ya sean estatales o no estatales) sean juzgados por participar en una guerra sabida o manifiestamente injusta. Esto es, en la medida en que no violar de manera sistemática el *jus in bello* es parte de los requisitos para que una guerra sea lícita, así como una condición para ser un combatiente legítimo,¹⁰² considerar a estos combatientes que no cumplen los requisitos mínimos para conservar el privilegio como pasibles de ser castigados sería absolutamente compatible con la postura revisionista aquí invocada.

Hay, es cierto, dos inconsistencias entre esta interpretación del derecho aplicable y la postura normativa adoptada en la sección 3. Por un lado, los criterios utilizados para identificar a los combatientes no privilegiados con arreglo al derecho internacional no consideran a un combatiente que pelea a sabiendas en violación de las leyes que regulan el uso de la fuerza en el derecho internacional (el *jus ad bellum*) como pasibles de ser castigados, en la medida en que este cumpla las normas *in bello*. Es decir, un combatiente que actúa en una guerra manifiesta o sabidamente ilegal desde el punto de vista *ad bellum* estará protegido si no viola a su vez las normas *in bello*. En contraposición, he argumentado arriba que hay buenas razones para considerar que tales individuos deben ser pasibles de ser castigados. Dado el rol central que el principio de separación entre consideraciones *ad bellum* e *in bello* juega como incentivo para regular los conflictos armados, mi propuesta probablemente encontraría mucha resistencia.

¹⁰¹ Sería posible sugerir que hay muchos grupos armados no estatales que deberían ser equiparados a los tres explícitamente mencionados aquí. Ciertamente esta sería la postura más compatible con un compromiso real con el respeto y protección a derechos humanos fundamentales.

¹⁰² Es muy improbable que cualquier uso de fuerza que implique este tipo de conductas satisfaga los requisitos *ad bellum* de necesidad y proporcionalidad. Respecto de estos requisitos, véase, por ejemplo, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, Merits, Judgment of 27 June 1986, [1996] ICJ Rep. 14, parág. 176; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, [1996] ICJ Rep. 226, parág. 41. Para una formulación más reciente, véase C. Tams, “Necessity and Proportionality”, en L. van den Herik y N. Schrijver (comps.), *Counter-Terrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order* (2013).

Sin embargo, esto no necesariamente implica un problema grave para la postura normativa que propongo. Si bien lógicamente posible, resultaría en extremo inusual que los beligerantes que pelean en una guerra que es manifiestamente injusta desde una perspectiva *ad bellum* lo hagan en forma consistente con la regulación *in bello*. Las guerras manifiestamente ilícitas en general violarán ambos regímenes normativos.¹⁰³ En consecuencia, mantener el principio de separación entre consideraciones *ad bellum* e *in bello* no implicaría un obstáculo insalvable para poder enjuiciar a un número significativo de combatientes moralmente culpables, de conformidad con el argumento defendido en la sección 3. Como resultado, estaría dispuesto a aceptar que puede haber razones políticas por las cuales el derecho no necesariamente debe reflejar, al menos no de forma totalmente fiel, las exigencias de la moralidad en este caso particular.

Por otro lado, la segunda inconsistencia señalada arriba se refiere a la fuente legal de este crimen que propongo. Es decir, a diferencia del régimen que considera a los crímenes de guerra como graves violaciones a las leyes que regulan los conflictos armados (matanza de civiles, tortura, violación, y similares), el derecho internacional existente no criminaliza la participación en una guerra manifiestamente injusta, ni los actos que son perpetrados a este respecto; tan solo elimina una protección que amparara a los combatientes lícitos.¹⁰⁴ Esto significa que mientras un criminal de guerra puede ser juzgado con arreglo al derecho internacional, un combatiente no privilegiado u otro tipo de participante no privilegiado en un conflicto armado, solo podrá ser juzgado a la luz del derecho interno del Estado del foro. Es más, la responsabilidad por este tipo de crímenes no está sujeta a la competencia universal, una de las características definitorias de un crimen internacional, ni (en principio) a la competencia de los tribunales penales internacionales.¹⁰⁵

No obstante, yo creo que este tipo de régimen jurídico previsto para los crímenes internacionales sería más apropiado para este tipo de delito. Permítaseme ilustrar este punto: en diciembre de 2014, España detuvo y juzgó a siete individuos por reclutar a mujeres combatientes y esclavas sexuales para ISIS.¹⁰⁶ Bélgica, por su parte, ha enfrentado el desafío de jihadistas que

¹⁰³ Respecto de una posible excepción, ver *supra* nota 63.

¹⁰⁴ Dinstein, *supra* nota 95, p. 234.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 237.

¹⁰⁶ Ver “Siete detenidos por captar 12 mujeres para el Estado Islámico”, *El País*, 16 de diciembre de 2014, disponible en politica.elpais.com/politica/2014/12/16/actualidad/1418717071_972920.html.

vuelven de Siria.¹⁰⁷ Este fenómeno se está extendiendo a muchos otros países, incluyendo Inglaterra, Dinamarca, Francia, Alemania, Italia, los Países Bajos y Australia.¹⁰⁸ Con arreglo a la legislación de cada uno de esos Estados, estos individuos son pasibles de ser castigados. Algunos son monitoreados en forma semanal, mientras que otros son enjuiciados.¹⁰⁹ En caso de ser condenados, deberán cumplir penas privativas de libertad. Ahora bien, estos individuos están siendo juzgados bajo legislación nacional y por delitos comunes previstos en los ordenamientos internos de estos países.¹¹⁰ Sin embargo, la base para esos juicios me parece débil, en la medida en que, con frecuencia, los delitos por los que son castigados no fueron cometidos en el marco de ninguno de los principios jurisdiccionales reconocidos por el derecho internacional. Porque bien podría ser que los acusados no hayan perpetrado la conducta en el territorio del Estado del foro, que no sean nacionales de ese Estado, que sus actos no hayan perjudicado a nacionales de ese Estado ni que hayan afectado sus intereses soberanos.¹¹¹

En contraposición, el argumento que propongo aquí implicaría, en forma mucho más plausible a mi juicio, que este tipo de persecuciones penales están justificadas, pero que deberían

¹⁰⁷ Sobre Bélgica, ver <http://cat-int.org/wp-content/uploads/2017/04/Terroristattacks-Report-2013-2016.pdf>.

¹⁰⁸ Sobre Inglaterra, véase, por ejemplo, www.independent.co.uk/news/uk/politics/plan-to-charge-jihadists-with-treason-will-not-work-claims-terror-expert-9804322.html, en el que se reconoce responsabilidad pero se aboga en contra del juzgamiento por razones de política. Para Francia, véase www.trt.net.tr/francais/europe/2015/05/15/france-premiere-condamnation-d-un-combattant-a-l-etranger-276470; para Dinamarca, <https://www.thelocal.dk/20160622/denmarkconvicts-first-isis-foreign-fighter>; para una condena por reclutar combatientes extranjeros en Australia, véase <http://www.scmp.com/news/asia/australasia/article/1988886/australian-convicted-recruiting-foreign-fightersislamic-state>. Sobre Alemania, véase www.spiegel.de/international/germany/germany-faceschallenges-in-putting-islamic-state-radicals-on-trial-a-991744.html; para Italia, véase, por ejemplo, www.eblnews.com/news/europe/italy-court-issues-first-ever-foreign-fighter-terrorism-conviction-49029; para los Países Bajos, véase <http://www.bbc.com/news/world-europe-35064597>.

¹⁰⁹ Comunicación personal con un fiscal belga (documento en posesión del autor).

¹¹⁰ Resulta interesante que la acusación contra ciudadanos británicos sería traición <http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/government-moots-treason-trials-for-returning-british-isis-fighters-9799968.html>.

¹¹¹ En Bélgica, por ejemplo, es considerado que el crimen del que se trata es abandonar el país con la intención de participar en una actividad terrorista. Véase, por ejemplo, las decisiones del Tribunal de Première Instance de Bruxelles (70e), 10 de marzo de 2017; Cour d'Appel de Bruxelles (12e), 2 de junio de 2017 (en posesión del autor). Para un análisis crítico de este tipo de nexos jurisdiccionales, ver Chehtman, *supra* nota 8, p. 404.

conceptualizarse como violaciones al derecho internacional, en lugar de una mera violación de las leyes de España, Bélgica, Inglaterra y Gales, etc.¹¹² Hay tres razones más que respaldan esta propuesta. En primer lugar, matar a un soldado peleando por una causa manifiestamente justa es objetivamente una incorrección moral grave. Cassese utilizó este razonamiento al justificar la extensión de los crímenes de guerra a aquellos crímenes cometidos en un conflicto armado no internacional en el caso *Tadić*. Allí se dijo: “un homicidio es un homicidio, ya sea cometido en el marco de un conflicto armado internacional o una guerra civil”.¹¹³ La extensión de la noción de crímenes de guerra que propongo aquí es un corolario lógico de ese paso crucial, si bien *de lege ferenda*. En segundo lugar, hay consideraciones prácticas y políticas que harían que los tribunales internacionales o internacionalizados o tribunales de terceros Estados (sobre la base del principio de competencia universal) fuesen foros más apropiados en términos de respeto al debido proceso y mejor posicionados para enviar un mensaje claro de condena moral, que los tribunales de los Estados “interesados”.¹¹⁴ Esto debería contrarrestar, en gran medida, la preocupación de McMahan respecto de la justicia de los vencedores. Finalmente, tal como sostuvo Kathryn Sikkink, los juicios en tribunales internacionales o en terceros Estados pueden tener un efecto dominó respecto de juicios internos, lo que cerraría la brecha de impunidad y contribuiría a la vigencia del derecho internacional.¹¹⁵

VI. Conclusión

En este artículo he argumentado que todo aquel que pelee en una guerra que es sabida o manifiestamente ilegal debería ser pasible de ser castigado por cualquier consecuencia dañosa que

¹¹² Si bien este artículo presupone que estarían contempladas en las leyes que regulan los crímenes de guerra, puede no siempre ser el caso. Acepto que este tipo de actos pueden ser criminalizados a nivel internacional con otra base. Esta posibilidad, sin embargo, está más allá del alcance de este trabajo. Agradezco a un árbitro anónimo por señalarme esta cuestión.

¹¹³ “Nino – In His Own Words”, (2011) 22(4) *European Journal of International Law* 931, p. 942. (Entrevista con Antonio Cassese). [Orig.: “[A] murder is a murder, whether it is committed within the framework of an international armed conflict, a war proper, or a civil war”].

¹¹⁴ Como mínimo, estarían libres de acusaciones tales como la de justicia de los vencedores, o *tu quoque*. Sobre justicia de los vencedores, véase, por ejemplo, G. Bass, *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Trials* (2000), capítulo 5; Simpson, *supra* nota 76, capítulo 5. Sobre *tu quoque*, véase S. Yee, “The *Tu Quoque* Argument as a Defence to International Crimes, Prosecution, or Punishment”, (2004) 3 *Chinese Journal of International Law* 87.

¹¹⁵¹¹⁵ K. Sikkink, *The Justice Cascade. How Human Rights are Changing World Politics* (2011).

provoque, o contribuya a causar, como parte de su participación en el conflicto armado. Esto no significa necesariamente que deba ser castigado, ni que la única respuesta apropiada para este tipo de delito sea la imposición de una extensa pena privativa de libertad. Por el contrario, la única tesis que defiende aquí es que esta persona no sería tratada injustamente si fuese castigada.

Considero que esta posición es la más consistente con nuestras convicciones morales, según el punto de partida defendido por la posición revisionista en la teoría de la guerra justa. En la medida en que estemos dispuestos a aceptar que aquellos que pelean en una guerra objetivamente injusta cometen una incorrección moral grave, parece natural que cuando lo hacen a sabiendas, o cuando no puedan razonablemente sostener que no tenían conocimiento acerca de la injusticia de la guerra, se vuelven pasibles del reproche o la condena moral que están ínsitos en el castigo. Esta implicancia parece seguirse claramente de un fuerte compromiso con los derechos humanos. Es más, he sugerido que esta posición es capaz de conectar el derecho internacional vigente con las consideraciones morales subyacentes en mayor medida que otras aproximaciones revisionistas, pero también que la postura ortodoxa en la teoría de la guerra justa. Mientras las primeras son sobre-inclusivas en términos de la responsabilidad penal que defiende, la segunda parece sub-inclusiva. En definitiva, el argumento que aquí presento aboga por reconceptualizar la distinción del derecho internacional entre aquellos “susceptibles/no susceptibles” de ser castigados, para que en vez de basarse en el criterio tradicional entre agente “estatal/no estatal”, se base en el criterio más persuasivo de “sabida o manifiestamente ilegal/no sabida ni manifiestamente ilegal”. Esto implica una interpretación *de lege lata* que pone en el centro de la discusión al individuo y al respeto por sus derechos humanos fundamentales, en vez de al principio de soberanía.¹¹⁶ Esta posición también implica, *de lege ferenda*, que aquellos que participan en una guerra sabida o manifiestamente ilegal deberían ser castigados por violar el derecho internacional penal, en lugar de por violar meramente el derecho interno de algún Estado en particular.

¹¹⁶ Véase, *inter alia*, D. Luban, *Legal Modernism* (1997), pp. 335–62; J. Alvarez, “Nuremberg Revisited: The Tadic Case”, (1996) 7 *European Journal of International Law*, p. 245.