

Crímenes de guerra y acciones inmorales durante la guerra

Jeff McMahan*

I. La teoría tradicional de la guerra justa

Los crímenes de guerra son graves violaciones de los principios jurídicos del *jus in bello*, es decir, de aquellos principios que rigen las conductas durante la guerra, por las cuales combatientes individuales podrían ser castigados. En el derecho internacional humanitario, estos principios se encuentran legislados en los Convenios de La Haya y los Convenios de Ginebra. Posteriormente han sido incorporados, aunque con algunas modificaciones, al derecho penal internacional.

Al igual que en el derecho penal interno, lo ideal en cuanto al derecho que rige la guerra es que todos y sólo aquellos actos que dañen a las víctimas y que sean gravemente inmorales sean de relevancia penal, y por lo tanto, punibles. El derecho debería, dentro de ciertos límites, servir para disuadir a través de amenazas de castigo todos los actos que sean moralmente impermisibles y causen daños incorrectos. Sin embargo, no se debería castigar a las personas por actuar en formas que son moralmente permisibles. Lo ideal sería, por lo tanto, que la categoría de crímenes de guerra incluyera todas las formas de acción moralmente incorrecta en la guerra que causen daños graves a sus víctimas.

En este capítulo voy a argumentar que hay obstáculos insuperables para alcanzar este ideal. En primer lugar, presento una breve explicación de cómo conciben el *jus in bello* la teoría tradicional de la guerra y el derecho. Luego, indicaré por qué el principio de *jus in bello* así concebido no puede ser considerado correcto desde el punto de vista moral y esbozaré una explicación revisionista acerca de la moralidad del *jus in bello*. Además, explicaré por qué los que luchan sin una causa justa no pueden, en general, satisfacer los requisitos de la posición revisionista. Debido a que uno de los propósitos del derecho *in bello* es la restricción efectiva de la acción de los que luchan sin una causa justa, éste no puede declarar lisa y llanamente que todos sus actos de guerra son impermisibles. Parece, pues, que el derecho *in bello* no puede ser modelado directamente sobre la moralidad *in bello*. El derecho *in bello* y la moralidad *in bello* deben ser sustancialmente divergentes. Concluiré el argumento considerando cuál es el criterio, o los criterios, que se deben tomar en cuenta para determinar qué formas de

* White's Professor of Moral Philosophy, University of Oxford. El presente artículo fue publicado originalmente como "War Crimes and Immoral Action in War", en, Duff, Farmer, Tadros, Marshall, and Renzo (comps.), *The Constitution of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013), pp.151-184. Publicado con autorización de Oxford University Press (www.oup.com). Texto traducido por Juan García Schirmer, Andrés Constantin, Constanza Scaglia y Jesica Cáceres. Revisada por Eduardo Rivera López.

acción moralmente impermisibles en la guerra deberían ser tratadas como crímenes de guerra.¹

Antes de proceder al núcleo de la cuestión, es necesario definir algunos términos. Con “combatientes justos” me refiero a aquellos que luchan por una causa justa en una guerra justa. Con “combatientes injustos” me refiero a aquellos que luchan sin una causa justa. Estas categorías dejan de lado a aquellos que luchan por un objetivo justo o aquellos que luchan por una causa justa dentro de una guerra que es injusta. Una guerra puede ser injusta en general, incluso si persigue un objetivo justo. Hay varias formas en que se podría dar este caso. Podría suceder que el único objetivo de la guerra sea justo y, sin embargo, la guerra en su conjunto sea desproporcionada o innecesaria para el logro de la justa causa. O la guerra podría ser injusta porque, a pesar de que persigue una causa justa, también persigue objetivos injustos que son innecesarios para el logro de la justa causa. Dado que sería posible perseguir la causa justa a través de una guerra sin objetivos injustos, la guerra en su conjunto es injusta. Los combatientes que luchan en una guerra así podrían luchar de modo de avanzar sólo la causa justa y no los objetivos injustos. Pero es más probable que sus contribuciones a la guerra se apoyen tanto en objetivos justos como injustos. Si es así, tanto su propio estatus como la permisibilidad moral de sus actos de guerra son más difíciles de evaluar que el estatus o los actos de combatientes justos o de combatientes injustos tal como los he definido. Voy a dejar a un lado estas complicaciones.

El *jus in bello*, tal como se lo entiende en la teoría tradicional de la guerra justa, es muy congruente con el derecho *in bello* tal como se ha desarrollado durante más de un siglo. En ambos existen tres principios fundamentales: el requisito de discriminación, el requisito de necesidad y el requisito de proporcionalidad. En particular en el derecho, hay diversas normas que rigen el tratamiento de los prisioneros de guerra, combatientes que intentan rendirse, heridos, etc. También en el derecho hay prohibiciones del uso de ciertas armas y otras normas que parecen ser totalmente convencionales. No voy a discutir estas últimas prohibiciones aquí, sino que, en su lugar, procederé a explicar y criticar las interpretaciones tradicionales de los principios *in bello* de discriminación, necesidad y proporcionalidad.

El requisito de la discriminación en su forma genérica es simplemente el requisito de no realizar ataques intencionales a personas que no son blancos legítimos. Se considera generalmente que los blancos legítimos son aquellas personas que pueden

¹ Al criticar la teoría tradicional de la guerra justa y esbozar la teoría revisionista alternativa, debo repetir algún material que he publicado en otra parte. Teniendo en cuenta que, obviamente, no puedo suponer que los lectores están familiarizados con mi otro trabajo, el solapamiento, aunque lamentable, es inevitable.

ser atacadas sin que se infrinja su derecho a no ser atacado, ya sea porque han renunciado a él o porque lo han perdido. Mientras que algunos teóricos de la guerra justa sostienen que todos los combatientes renuncian a su derecho a no ser atacados por el combatiente enemigo, creo que el consentimiento desempeña un papel muy marginal o incluso nulo en la explicación de la permisibilidad de matar en una guerra.² La justificación moral primaria de matar en una guerra es que aquellos a quienes es permisible matar han perdido su derecho a no ser atacados militarmente o, en otras palabras, son moralmente susceptibles de un ataque potencialmente letal.*

En el derecho, y de acuerdo con la teoría tradicional de la guerra justa, los que son blancos legítimos son los combatientes. Los no combatientes no son blancos legítimos. En la teoría tradicional de la guerra justa, la razón por la que las personas son moralmente susceptibles de ataque es que son *nocentes* o dañinos, es decir, que suponen una amenaza para los demás, por lo que atacarlos es ejercer un acto de defensa. Los que no están amenazando son *inocentes* o no *nocentes*. De ahí deriva la identificación familiar de aquellos que son "inocentes" en la guerra con los no combatientes. De hecho, esta suposición de equivalencia es tan común que el "requisito de discriminación" y el "principio de inmunidad de los no combatientes" generalmente se interpretan como sinónimos.

En el derecho y en la teoría tradicional de la guerra justa, los requisitos de necesidad y proporcionalidad del *jus in bello* son restricciones sobre los daños que se puedan causar a los no combatientes como un efecto colateral no intencional de una acción militar. El requisito *in bello* de necesidad, o "fuerza mínima", condena como impermisible a cualquier acto de guerra que cause daño a los no combatientes, como efecto colateral, si es que existe un acto alternativo de guerra que tenga la misma probabilidad de alcanzar el mismo objetivo militar o un objetivo alternativo de importancia militar comparable, pero que causaría menos daño a los no combatientes. El requisito de proporcionalidad se entiende tradicionalmente como el requisito de que un acto de guerra no cause ningún daño a los no combatientes que sea excesivo en comparación con la importancia militar del acto.

II. Crítica a los requisitos tradicionales del *jus in bello*

Si bien es indiscutible que los principios jurídicos del *jus in bello* son como son, los principios *morales* del *jus in bello* no son entendidos de la mejor manera por la teoría tradicional de la guerra justa. He argumentado en contra de las interpretaciones tradicionales en forma exhaustiva en otra obra; es por ello que aquí sólo ofreceré una

² J. McMahan, *Killing in War* (Oxford: Clarendon Press, 2009) 51–60. Véase también J. McMahan, "Duty, Obedience, Desert, and Proportionality in War: A Response" *Ethics* (2011) 122, pp. 146–50.

* [NdT: Traduzco siempre "liable" por "moralmente susceptible", y "liability" por "susceptibilidad moral". Alguien es "liable" cuando ha perdido su derecho a no ser atacado.]

breve enumeración de algunas de las objeciones.³ No disputaré la existencia de los requisitos morales de discriminación, necesidad y proporcionalidad. Los problemas están en cómo la teoría tradicional interpreta estos requisitos. Estos problemas derivan del hecho de que la teoría tradicional trata al *jus in bello* como totalmente independiente del *jus ad bellum*; es decir, afirma que lo que es permisible o impermisible para los combatientes no se ve afectado por el hecho de que su guerra satisfaga o no los requisitos del *jus ad bellum*. En particular, lo que es permisible hacer es independiente de si la guerra tiene una causa justa. Los principios tradicionales del *jus in bello*, por lo tanto, no hacen ninguna distinción entre combatientes justos e injustos. Se supone que deben ser neutrales entre combatientes justos e injustos y, de ese modo, podrán ser satisfechos igualmente por ambos.

El requisito de discriminación, como tradicionalmente se lo entiende, incorpora tanto un permiso como una prohibición. El permiso es que todos los combatientes pueden matar a combatientes enemigos en cualquier momento durante el estado de guerra. La prohibición es que no se podrán realizar ataques intencionales contra los no combatientes. El permiso, por supuesto, se aplica al caso en el que combatientes injustos matan combatientes justos. Los combatientes justos, se afirma, han perdido su derecho a no ser matados por representar una amenaza a los demás. Sin embargo, las personas no pierden su derecho a no ser matados meramente por participar en la defensa moralmente justificada de ellos mismos y de terceros en contra de los ataques incorrectos llevados a cabo por quienes persiguen fines injustos. En general, no es permisible perseguir fines que sean injustos, y es aún menos permisible perseguir tales fines atacando y matando intencionalmente a personas que no han hecho nada para ser moralmente susceptibles de ese ataque. Por lo tanto, no es permisible que los combatientes injustos maten a combatientes justos en la guerra, aunque hay excepciones, como, por ejemplo, cuando los combatientes justos de un modo impermisible matan o dañan a personas que no moralmente susceptibles de ser dañadas. Aunque esto es menos evidente, en general no es permisible que combatientes injustos maten a combatientes justos como un medio para alcanzar fines que, aunque no positivamente injustos, no pueden ser permisiblemente perseguidos por medio de la guerra (es decir, fines neutrales o incluso fines que son buenos pero insuficientes para constituir una causa justa para la guerra o insuficientes para constituir una justificación de mal menor para recurrir a la guerra).

La prohibición establecida en el requisito tradicional de discriminación, que podría ser considerado como el más importante de los dos elementos constitutivos, también es incorrecta desde el punto de vista de la moralidad básica. Que una persona sea un no combatiente es suficiente para demostrar que no puede ser moralmente

³ Véase, por ejemplo, *Killing in War*, n 2 *supra*.

susceptible de un ataque defensivo en razón de que represente una amenaza *inmediata* de daño incorrecto. Sin embargo, esto no implica que no pueda ser moralmente susceptible de ser atacada por otras razones. Un físico académico en la Alemania nazi que habría proporcionado el avance para permitir a Hitler tener una bomba atómica hubiera sido moralmente susceptible de ser matado para impedir el logro de ese avance. O, si un empresario adinerado se beneficia con la victoria de una guerra injusta, también podría ser moralmente susceptible de ser matado si eso fuese necesario para evitar que proporcione a su gobierno los recursos necesarios para ganar la guerra. Estos son, por supuesto, ejemplos anómalos: es infrecuente que sea moralmente permisible atacar militarmente a los no combatientes militares en la guerra. Pero los ejemplos proporcionan apoyo intuitivo a la afirmación de que la mera condición de no combatiente no es por sí misma suficiente para eximir a una persona de ser susceptible moralmente de ser atacada en la guerra.⁴

El requisito tradicional de necesidad *in bello* afirma que cualquier daño que provoque la acción militar a los no combatientes debe ser necesario. Pero, ¿necesario para qué? No puede ser que deban ser necesarios para el logro de una causa justa, ya que el requisito de necesidad se aplica a combatientes injustos, quienes no tienen una causa justa. Tampoco puede ser que estos daños deban ser necesarios para la autodefensa personal de los combatientes, ya que eso significaría que una acción militar ofensiva llevada a cabo por combatientes que no estuvieran bajo amenaza violaría el requisito de necesidad si se causara algún daño colateral a los no combatientes, lo cual es claramente un requisito demasiado exigente. Más bien, el requisito parece ser que los combatientes no deben actuar de una manera que perjudique a los no combatientes como efecto colateral si hay un acto alternativo que daría una ventaja militar al menos equivalente, que no sería mucho más costoso para los combatientes, y que causaría menos daño a los no combatientes.

Bajo el supuesto de que este principio a veces requiere que los combatientes se expongan a mayores riesgos, o a sufrir mayores costos, para evitar dañar a los no combatientes, es un principio sustancial y plausible. Sin este supuesto, el principio simplemente prohibiría la imposición de daños crueles o gratuitos como efecto colateral. Pero, bajo ese supuesto, el principio resulta, en su aplicación a los combatientes injustos, análogo al requisito de que los ladrones asuman ciertos riesgos para sí mismos para evitar dañar físicamente a aquellos a los que están robando, un requisito extrañamente permisivo, pero igualmente plausible.

⁴ Para una discusión sobre los límites de responsabilidad a un no combatiente, véase “Who is Morally Liable to be Killed in War” (2011) *Analysis* 71, 544-59.

Así como la teoría tradicional menciona la ventaja militar como el fin para el cual el daño previsible a los no combatientes debe ser necesario, también menciona la ventaja militar como el fin en relación con el cual el daño previsible a los no combatientes debe ser proporcional. Pero la evaluación de la proporcionalidad en función de la ventaja militar es mucho más problemática. Pues la ventaja militar es en sí misma moralmente neutral; cualquiera sea la significación moral o valorativa, ésta debe ser instrumental, es decir, debe derivar de los fines que persigue, que son los fines o "causas" de la guerra. En el caso de un acto de guerra realizado por combatientes justos, cualquier daño colateral a los no combatientes puede sopesarse coherentemente con la ventaja militar alcanzada por dicho acto, ya que esta ventaja tiene valor en proporción a la contribución que haga en la realización de la causa justa. Pero supongamos que los fines perseguidos por los combatientes injustos son malos, desde el punto de vista imparcial, porque son injustos. En este caso, los medios de los combatientes injustos—la ventaja militar—deben ser malos también, lo que hace que sea absurdo suponer que los daños colaterales que se podrían causar a los no combatientes puedan ser proporcionados en relación con la ventaja militar. Pues la idea de que los efectos colaterales malos pudieran ser proporcionados (o, para el caso, desproporcionados) en relación con efectos intencionales malos es incoherente. No tiene sentido suponer que los efectos colaterales malos pudieran justificarse por estar de algún modo compensados por otros efectos malos de ese mismo acto. Los efectos negativos pueden ser proporcionados o desproporcionados sólo en relación con efectos buenos.

Un defensor de la teoría tradicional podría argumentar que, si el requisito *in bello* de proporcionalidad implica que un acto de guerra que produciría una cierta ventaja militar sería desproporcionado si fuera realizado por combatientes justos, también debe implicar que el mismo acto sería desproporcionado si fuera realizado por combatientes injustos. Eso demuestra que el requisito es coherente en su aplicación a la acción de combatientes injustos. Pero esto es sólo una ilusión de coherencia moral. El acto realizado por combatientes injustos sin duda sería incorrecto, pero no por ser desproporcionado, dado que no tiene efectos deseados en relación a los cuales los efectos colaterales negativos puedan ser proporcionados o desproporcionados.

El defensor de la teoría tradicional podría tratar de reinterpretar la aplicación del requisito de proporcionalidad *in bello* para que sí se puedan comparar los efectos colaterales negativos con los efectos intencionales buenos. Esto podría lograrse evaluando los fines de la guerra injusta independientemente de si son fines injustos o indebidamente obtenidos. Los que instigan guerras injustas creen, por lo general correctamente, que se beneficiarían con la consecución de sus fines. Esos beneficios, se podría argumentar, son los efectos deseados positivos contra los que se podrían sopesar los efectos colaterales negativos causados a los no combatientes a la hora de evaluar la proporcionalidad. Por lo tanto, al evaluar si un acto de guerra realizado por combatientes injustos puede ser proporcional, los efectos positivos relevantes incluyen

los beneficios obtenidos al lograr sus objetivos, la prevención de daños a sí mismos y a otros combatientes injustos en el campo de batalla, la protección de su propia población no combatiente de los daños que sufrirían como un efecto colateral de la acción militar de los combatientes justos, y quizás algún efecto colateral positivo que su acción pudiera tener. El listado correspondiente a los combatientes justos es el mismo salvo que sus fines comprenden los efectos positivos que son constitutivos en la consecución de su justa causa.

Para probar la verosimilitud de esta sugerencia, consideremos la analogía con un sobrino cuyo objetivo es matar a su tío como un medio para recibir una gran herencia, sabiendo que esto causará, como efecto colateral, gran dolor a su tía. Utilizando la fórmula que acabamos de exponer para evaluar si el asesinato sería proporcionado, debemos comparar el beneficio que el asesinato le traería al sobrino con el daño no intencional a la tía y, presumiblemente, el daño causado a su tío como un medio. Esto parece coherente. Juzgado de esta manera, el asesinato puede ser proporcional o no. Pero supongamos que lo es. Supongamos que los beneficios para el joven sobrino superan los daños a sus ancianos tío y tía. Todo lo que demostraría es que el asesinato no se excluiría por razones de proporcionalidad. La proporcionalidad es una restricción, no una justificación. Incluso si la restricción se cumple en este caso, es irrelevante porque el asesinato ya es impermisible porque viola el derecho del tío a no ser asesinado. Algo paralelo se puede decir de los actos de guerra por los combatientes injustos.

Sin embargo, hasta donde yo sé, nadie ha entendido la proporcionalidad de esta manera. No se piensa que los beneficios que los malhechores derivan de los actos ilícitos pesen igualmente que los daños que causan a sus víctimas, ya sea intencionalmente o como efecto colateral. De hecho, se piensa que es perverso suponer que tienen algún peso en la determinación de la proporcionalidad, que es una noción moralizada. La proporcionalidad no se limita a sopesar y comparar los efectos buenos y malos independientemente de cómo se producen, cómo se distribuyen, si las personas tienen derecho a ellos, los merecen, o si son moralmente susceptibles de ellos. En particular, cuando tratamos de determinar si son proporcionales los daños que un acto podría causar a personas inocentes como efecto colateral, los debemos comparar con los objetivos buenos de los actos, y con al menos algunos de sus efectos colaterales buenos, considerando "bueno" en el sentido de "moralmente bueno", no simplemente "bueno para alguien". Hacer lo contrario permitiría que los beneficios que los malhechores derivan de sus malas acciones sopesen moralmente contra daños causados a personas inocentes. Por ejemplo, para determinar si el acto del asesinato cometido por el sobrino es proporcional, permitiría que los beneficios que él obtenga sean moralmente comparables, e incluso superiores al perjuicio que le causaría a su tía. Esto parece inadmisibles. Si eso es correcto, mi tesis original sigue en pie: si se asume que su guerra no es ni justa ni justificada, es incoherente suponer que los daños que causan los

combatientes injustos a los no combatientes como efecto colateral de su acción militar puedan ser proporcionales en relación a la ventaja militar que obtengan con su acción.

III. Una exposición revisionista del *jus in bello*

Si bien los principios *in bello* de proporcionalidad y discriminación tal como se interpretan tradicionalmente son erróneos como principios morales, y el principio de necesidad es curiosamente permisivo, hay interpretaciones alternativas que son moralmente plausibles. Voy a elucidar estos principios y luego argumentar que sólo en raras ocasiones pueden ser satisfechos por los actos de guerra de los combatientes injustos.

Como principio puramente formal, el requisito de discriminación es, tal como dije más arriba, un requisito para restringir los ataques intencionales a blancos legítimos. Alguien será objetivo legítimo en la guerra cuando haya perdido el derecho a no ser atacado, es decir, si ha actuado de tal manera que se ha convertido en una persona moralmente susceptible de ser atacada. El error de la teoría tradicional es identificar los objetivos legítimos con los combatientes, sobre la base de que lo que hace que una persona sea moralmente susceptible de ser atacada en la guerra es que representa una amenaza para otras personas. El problema fundamental con este argumento, como he señalado, es que uno no será moralmente susceptible de ser atacado por representar una amenaza si uno está moralmente justificado en constituirse en esa amenaza. Esto es particularmente claro cuando la razón por la que uno está justificado a hacerlo es que la persona que uno está amenazando es moralmente susceptible de sufrir el daño amenazado.

He sostenido en otro lugar que el criterio para ser moralmente susceptible de ataque intencional en la guerra es la responsabilidad moral de una amenaza de daño grave e incorrecto, incluyendo (aunque no limitado) a los daños incorrectos cuya prevención o rectificación constituye una causa justa para la guerra.⁵ Hay varios puntos a tener en cuenta sobre esta afirmación. En primer lugar, uno no necesita ser el agente inmediato de una amenaza de daño para ser moralmente susceptible de ser dañado en defensa de la víctima potencial; puede ser suficiente que uno tenga alguna responsabilidad moral por estos daños, incluso si alguien más pudo causarlos. En segundo lugar, no es suficiente para ser moralmente susceptible de ser atacado que uno sea el agente inmediato de un daño incorrecto; también hay que ser moralmente responsable de los daños que uno podría infligir. En tercer lugar, responsabilidad no implica culpabilidad. Hay formas en que uno puede ser moralmente responsable de una

⁵ *Killing in War*, n 2 *supra*.

amenaza de daño incorrecto sin ser culpable, por ejemplo, si uno ha elegido permisiblemente actuar de una manera que previsiblemente tiene un riesgo muy pequeño de causar, en caso de mala suerte, un gran daño a personas inocentes, a menos que uno sea dañado en defensa de éstas.

Dada esta interpretación de qué es ser moralmente susceptible de un ataque defensivo, el requisito de discriminación en la guerra afirma que, si bien hay una prohibición moral rigurosa de atacar intencionalmente a quienes no son moralmente responsables de una amenaza de daño grave e incorrecto, es en general permisible atacar a los que son moralmente susceptibles de ser atacados en virtud de su responsabilidad moral por una amenaza de daño incorrecto hacia otros. Dado que la cuestión de si uno se vuelve moralmente susceptible de una acción defensiva al imponer una amenaza de daño a otros depende de si la amenaza que uno plantea está moralmente justificada, hay una conexión entre la susceptibilidad moral a ser atacado y la causa justa. Aquellos cuya guerra reúne las condiciones de una guerra justa tienen una justificación moral para la lucha y por lo tanto no se hacen a sí mismos moralmente susceptibles de ataque, a menos que persigan su justa causa por medios no permitidos, o persigan objetivos inadmisibles en el contexto de una guerra justa. Por el contrario, los que luchan sin una causa justa, y en particular los que luchan por una causa que es positivamente injusta, son en general moralmente susceptibles de ataque, siempre que sean moralmente responsables de sus acciones, cosa que ocurre por lo general en el caso de los combatientes. Hay, sin embargo, excepciones. Los combatientes injustos pueden no ser moralmente susceptibles de ser atacados en aquellos momentos (si los hay) en los que actúan con una justificación moral para evitar que los combatientes justos actúen de forma impermisible. También es posible, aunque no probable, que una guerra pueda justificarse por razones de evitar un mal mayor, a pesar de carecer de una causa justa— esto es, a pesar de que aquellos a quienes era necesario atacar como un medio para lograr sus fines no eran moralmente susceptibles de ser atacados. Una guerra justa requiere dos formas de justificación: una justificación basada en la susceptibilidad moral por los daños causados como un medio, y una justificación basada en evitar un mal mayor por los daños causados a personas inocentes como un efecto colateral. Llamo guerra meramente 'justificada' a una guerra que se justifica totalmente por razones basadas en evitar un mal mayor. Los combatientes que luchan en una guerra justificada pero no justa son 'combatientes injustos' pero tienen una justificación moral para luchar a pesar de que a los que atacan no son moralmente susceptibles de ser atacados. Si tener una justificación para dañar a personas moralmente no susceptibles de ser dañadas, basada en evitar un mal mayor, exime a una persona de ser moralmente susceptible de un daño defensivo, entonces los combatientes injustos que sólo tienen una justificación basada en el mal menor no son moralmente susceptibles de ataque defensivo.

Al igual que la concepción tradicional, esta concepción de la exigencia de la discriminación contiene tanto un permiso como una prohibición. El permiso es, en un

sentido, más amplio, ya que permite la posibilidad de que un no combatiente sea moralmente susceptible de ser atacado. Se reconoce, por ejemplo, que el físico nazi citado anteriormente sería moralmente susceptible de ser atacado. Sin embargo, en general, el permiso es mucho más estrecho, ya que la mayoría de los combatientes justos no son moralmente susceptibles de ser atacados. La prohibición es correspondientemente más amplia, ya que se aplica a la mayoría de los ataques contra los combatientes justos, pero es, en otro sentido, más estrecha al permitir una doctrina de susceptibilidad moral limitada del no combatiente.

Consideremos ahora la interpretación revisionista del requisito de necesidad. En la explicación de la interpretación tradicional, concedí que este requisito impone una restricción plausible si se exige que los combatientes acepten mayores riesgos para evitar dañar a no combatientes, si es que pueden hacerlo sin sacrificar la ventaja militar en la consecución de sus fines más importantes. Pero esta es una restricción débil y altamente permisiva, ya que evalúa la necesidad independientemente de esos fines. Ello plausiblemente descarta daños que no son necesarios para el logro de objetivos injustificados, y plausiblemente requiere que los combatientes injustos acepten algunos sacrificios para evitar causar tales daños *si* van a perseguir objetivos injustificados; pero permite provocar daños a personas inocentes que son necesarios *sólo* para el logro de objetivos injustificados. Sin embargo, la moralidad no exige simplemente que los daños a personas inocentes sean inevitables a fin de alcanzar las propias metas, cualesquiera que sean. Sostiene, en cambio, que sólo es admisible hacer daño a gente inocente cuando esos daños son necesarios o inevitables en el logro de objetivos que son moralmente justos o justificados y, por lo tanto, se pueden sopesar adecuadamente con los daños colaterales y, eventualmente, compensarlos. Los daños que son necesarios sólo para el logro de objetivos injustos o injustificados no son *moralmente* necesarios. El requisito de necesidad *in bello* debe considerar a tales daños como impermisibles.

El requisito correcto de necesidad *in bello*, por lo tanto, afirma que un acto de guerra puede permisiblemente dañar a gente inocente como un efecto colateral sólo si no hay un acto alternativo de guerra que haría una contribución igual o mayor a los objetivos justos o que justifican la guerra. Que un acto de guerra sea necesario para lograr un cierto grado de ventaja militar no es suficiente para hacer que sea necesario en el sentido relevante. La ventaja militar en sí misma debe ser un instrumento para el logro de un objetivo moralmente justificado.

Dos puntos más que vale la pena señalar. En primer lugar, al igual que con la interpretación que ofrecí del principio tradicional, el principio revisionista implica que un acto de guerra que haría daño a gente inocente como efecto colateral no es permisible si hay un acto alternativo que causaría menos daño a personas inocentes y haría una igual o mayor contribución al logro de un objetivo justo o justificante, pero también implicaría un riesgo algo mayor a los combatientes que lo lleven a cabo—

aunque, obviamente, hay límites a la cantidad de riesgo o daño adicional que los combatientes justos deberían soportar.

En segundo lugar, se puede preguntar si el requisito de necesidad excluye no sólo daños innecesarios a los no combatientes, sino también daños innecesarios a los combatientes enemigos. La teoría tradicional ha tendido a ignorar esta pregunta, ya que sus defensores han asumido que todos los combatientes son moralmente susceptibles de ser atacados en cualquier momento durante el estado de guerra y que todos los daños a los combatientes enemigos disminuyen su eficacia militar y por lo tanto proporcionan un cierto grado de ventaja militar. Pero ninguno de estos supuestos es verdadero. No habría ninguna ventaja militar, por ejemplo, en matar a los miembros de una unidad que ha finalizado su período de servicio y, aunque todavía en el campo de batalla, espera la llegada de buques de transporte para regresar a casa. Desde el punto de vista moral, el requisito *in bello* de necesidad se aplica a los daños intencionales y no intencionales tanto a no combatientes como a combatientes; pero no voy a tratar aquí el tema de los daños innecesarios a los combatientes.

Es, sin embargo, importante reconocer una cuestión paralela acerca de la concepción revisionista de la proporcionalidad *in bello*. La teoría tradicional sostiene que, al determinar si un acto de guerra es permisible, los únicos daños que se debe mostrar que son proporcionadas son aquellos causados a las personas que no son moralmente susceptibles de sufrirlos, quienes suelen ser no combatientes. Se asume que los combatientes son moralmente susceptibles de ser atacados y matados. Los daños causados a ellos estarán plenamente justificados sobre la base de su susceptibilidad moral, por lo que es innecesario o superfluo intentar además justificarlos comparándolos con los efectos buenos que el acto que los causa pueda también generar. Pero esto es un error, porque, de nuevo, no es cierto que todos los combatientes son moralmente susceptibles de ser atacados y matados. Los combatientes justos que luchan por medios permisibles no hacen nada para volverse moralmente susceptibles de ser atacados. E incluso algunos combatientes injustos, tales como aquellos cuya responsabilidad de estar en el ejército se ve mitigada por la ignorancia o la coacción y que no van a contribuir de manera significativa a la consecución de una causa injusta o cualquier otro daño, tampoco son moralmente susceptibles de ser atacados. También el número de combatientes injustos heridos o muertos puede hacer que un acto de guerra sea desproporcionado.⁶ Supongamos que hubiera sido necesario que las fuerzas británicas mataran a 50.000 combatientes argentinos para preservar la soberanía británica sobre las Islas Malvinas. En ese caso, es posible argüir que la guerra habría sido desproporcionada, así como lo serían, consecuentemente, la mayor parte de los

⁶ Para una mayor discusión, ver McMahan, "Duty, Obedience, Desert, and Proportionality in War", n 2, pp. 151-7, y J McMahan, "What Rights May be Defended by Means of War?", en C. Fabre y S. Lazar (comps), *The Morality of Defensive War* (Oxford: Oxford University Press, 2014).

actos de guerra llevados a cabo por los combatientes británicos que hubiesen provocado la matanza.

Podemos referirnos a la proporcionalidad en los daños hacia quienes son moralmente susceptibles de ser dañados como *proporcionalidad estrecha*. Si una persona es, en ciertas circunstancias, moralmente susceptible de ser dañada de cierta manera, hacerle daño de esa manera es proporcional en sentido estrecho. Si una persona es moralmente susceptible sólo de una cierta cantidad de daño, hacerle daño excediendo esa cantidad es desproporcionado en el sentido estrecho.

Se acepta casi universalmente que es permisible provocar intencionalmente cualquier daño a personas que son moralmente susceptibles. Pero la gente puede también ser moralmente susceptible de sufrir daños que se producen como efectos no intencionales. Y el umbral de la susceptibilidad moral para sufrir daños no intencionales es generalmente más bajo que el de la susceptibilidad moral para sufrir daños intencionales. Una persona puede no ser moralmente susceptible de sufrir un daño intencional y, sin embargo, ser moralmente susceptible de sufrir el mismo daño como un efecto previsto pero no intencional. En la guerra, los combatientes injustos tienden a ser susceptibles de cualquier daño que puedan sufrir como un efecto colateral de la acción militar de los combatientes justos. Esto también puede ocurrir, aunque sólo en raras ocasiones, con no combatientes en el lado injusto. Puede haber casos en los que algunos no combatientes del bando injusto posean suficiente responsabilidad por representar una amenaza de daño incorrecto como para que no puedan quejarse legítimamente si se los daña como efecto colateral de una acción necesaria para eliminar esa amenaza. En tal caso, los daños no intencionales a los no combatientes son una cuestión de proporcionalidad estrecha.

Aun cuando, al contrario de lo que sostiene la teoría tradicional de la guerra justa, las guerras y los actos de guerra pueden ser desproporcionados en el sentido estrecho debido al daño que estos causan a los combatientes enemigos, no voy a discutir acá más extensamente la proporcionalidad estrecha. Esto es porque, en la práctica, la mayoría de los combatientes injustos, potencialmente, son moralmente susceptibles de sufrir daños significativos y la gran mayoría son moralmente susceptibles de recibir un ataque militar intencional.⁷

Me concentraré, en cambio, en lo que se puede llamar *proporcionalidad amplia*, o proporcionalidad en los daños causados a aquellos que son inocentes en el sentido de no ser moralmente susceptibles de sufrirlos, ya sea como medio o como efecto colateral. Estos daños causados a personas no moralmente susceptibles como efecto colateral son aquellos en los que la doctrina tradicional de la proporcionalidad se ha interesado,

⁷ Para una mayor discusión, ver McMahan, *Killing in War*, n 2 *supra*, pp. 182–8, y “Who is Morally Liable to be Killed in War”, n 4 *supra*, pp 547–9.

aunque la teoría tradicional presupone, a mí entender de manera incorrecta, que el grupo que es inocente en este sentido coincide con el grupo de los no combatientes.

Es necesario considerar la proporcionalidad amplia independientemente de la proporcionalidad estrecha, ya que estas diferentes formas de proporcionalidad son límites a las diferentes formas de justificación del daño. Mientras que la proporcionalidad estrecha es un límite a la justificación basada en la susceptibilidad moral, la proporcionalidad amplia es un límite a la justificación basada en el mal menor.

Los daños a las personas no moralmente susceptibles pueden realizarse con intención o sin intención. Los daños voluntarios realizados a personas no moralmente susceptibles viola el requisito de discriminación y están, por lo tanto, excluidas. Pero como es implausible que el requisito de discriminación sea absoluto, es posible que haya una justificación basada en el mal menor para un daño intencional a personas que no son moralmente susceptibles de ser dañadas. Las condiciones por las cuales puede ser permisible atacar en la guerra a personas inocentes son generalmente concebidas, siguiendo a Michael Walzer, como condiciones que definen una ‘emergencia suprema’.⁸ (‘Emergencia suprema’ se refiere a una condición en la cual se desplaza el requisito *in bello* de discriminación. No uso el término para referirme a condiciones en las cuales una guerra injusta perpetrada completamente contra personas moralmente no susceptibles de daño pueda ser justificada con un argumento de mal menor).

El foco habitual, por lo tanto, está en evaluar si un acto de guerra es proporcionado respecto de los daños que se espera que cause como efectos colaterales (de aquí el eufemismo ‘daño colateral’) a personas que no son moralmente susceptibles de ser dañadas. Estos efectos negativos deben ser sopesados contra los efectos buenos, los cuales están “moralizados” en el sentido de que no incluyen todos los efectos buenos para alguien sino sólo aquellos que son moralmente buenos. Estos obviamente incluyen los efectos buenos que son constitutivos del logro de una causa justa para la guerra y cualquier efecto bueno más lejano que podría resultar del logro de la causa justa. También podrían incluir otros efectos buenos, como efectos colaterales buenos de un medio permisible para alcanzar un fin bueno. Pero no incluyen los beneficios que los que dañan incorrectamente obtienen a través de esos daños.

Hay otros tipos de efectos colaterales moralmente buenos cuyo papel en el cálculo de la proporcionalidad amplia parece menos claro por la forma en que son causados. Estos incluyen efectos colaterales moralmente buenos (1) de medios incorrectos para un fin bueno, (2) de fines buenos a través de medios moralmente incorrectos, (3) de un medio para un fin incorrecto, y (4) del logro de un fin incorrecto.

Parece ser que, a grandes rasgos, existen tres posibilidades en el caso de los efectos colaterales de estos tipos. La primera es que el problema de la proporcionalidad

⁸M Walzer, *Just and Unjust Wars* (New York: Libros Básicos, 1977) 251–68.

amplia no se presente ante la ausencia de un fin moralmente bueno que pueda ser perseguido con medios que sean permisibles en sí mismos. Si el fin es malo o los medios son impermisibles, el acto es excluido y simplemente la pregunta por la proporcionalidad no surge. La segunda posibilidad es sustancialmente equivalente. Se corresponde con la sugerencia que hice antes, a saber, que, mientras que los efectos secundarios moralmente buenos pueden sopesarse con todos los efectos negativos relevantes en la determinación de si un acto es proporcional en el sentido amplio, esto es irrelevante en el caso de actos que son impermisibles por otros motivos. Pues la proporcionalidad amplia es solamente una restricción, de modo que, cuando se satisface, ello sólo significa que una razón posible por la cual un acto podría ser impermissible no se aplica. Pero los casos (1) a (4) mencionados más arriba se refieren a actos que son incorrectos por motivos distintos al de proporcionalidad. Ellos son, según esta posición, impermisibles, o bien porque constituyen medios injustos para el logro de un fin, o bien porque producen o tienen la intención de lograr un fin injusto. Estos actos son excluidos incluso si son proporcionados en un sentido amplio.

La tercera posibilidad es que esos efectos secundarios moralmente buenos valen, y sin duda valen, de un modo tal que pudiera no sólo satisfacer la restricción de la proporcionalidad amplia sino también justificar los actos que los producen. Junto con cualquier otro efecto moralmente bueno que los actos de tipo (1) a (4) pudieran tener, estos efectos secundarios moralmente buenos pueden sopesarse con cualquier efecto malo relevante (aunque los efectos secundarios buenos y malos tienen, en una versión de este punto de vista, menor peso que el equivalente de efectos buenos o malos intencionales, ya sea como medio o como fin). Si los efectos previsibles buenos superan los efectos malos por un margen sustancial, el acto está justificado por razones de mal menor. Esta posibilidad es más plausible para los casos de tipo (1) y (2), que tienen fines previsibles buenos. Dichos casos ejemplifican una forma familiar de justificación basada en el mal menor, según la cual los medios moralmente malos son justificados por fines que son moralmente buenos, junto con los efectos colaterales moralmente buenos. En cambio, en los casos de tipo (3) y (4), en los que el fin previsto es moralmente malo, se debe aceptar que ni la intención ni la relación causal entre las consecuencias importan para la permisibilidad del acto si uno va a aceptar que tales actos pueden estar moralmente justificados.

IV. Los combatientes injustos no pueden en general satisfacer los requisitos del *jus in bellum*

En esta sección argumentaré que los actos de guerra de los combatientes injustos rara vez pueden satisfacer cualquiera de los requisitos del *jus in bello*, entendidos en su forma revisionista plausible. Sólo en raras ocasiones un acto de guerra de un combatiente injusto puede satisfacer siquiera uno de los requisitos, y es aun más inusual



que dicho acto pueda satisfacer los tres. Esto es verdad incluso en el caso de los combatientes injustos cuya guerra está moralmente justificada como un mal menor, aunque es injusta porque alguno o todos aquellos que deben ser atacados como un medio necesario para lograr el objetivo de la guerra no son moralmente susceptibles de ser atacados. Si bien muchos de los actos de guerra en una guerra que está meramente justificada pueden satisfacer los requisitos *in bello* de necesidad y proporcionalidad, sólo raramente pueden satisfacer el requisito de discriminación. Esto es porque están casi siempre dirigidos contra personas que no son moralmente susceptibles de ser atacadas. Sin embargo, el requisito de discriminación es por hipótesis desplazado en una guerra injusta pero justificada. En tal guerra, habría repetidas justificaciones de mal menor por el daño intencional y el homicidio de personas inocentes o moralmente no susceptibles de ser atacadas.

No debería sorprender que los combatientes injustos no puedan en general satisfacer los requisitos de *jus in bello*. Porque si una guerra que carece de causa justa no puede satisfacer los requisitos *ad bellum* de necesidad y proporcionalidad, es difícil ver cómo los actos individuales de una guerra, que son constitutivos de dicha guerra, puedan satisfacer los requisitos *in bello* paralelos de proporcionalidad y necesidad. Y es relativamente incontrovertido que una guerra que no satisface el requisito de justa causa no puede satisfacer la mayoría de los otros requisitos de *jus ad bellum*. De hecho, es de aceptación general, incluso entre los teóricos tradicionales de la guerra justa, que una guerra que carece de justa causa puede satisfacer sólo uno de sus otros requisitos *ad bellum*—el requisito de *autoridad legítima*, que sostiene que la guerra sólo se puede iniciar por una persona o personas que estén autorizadas por un pueblo para llevarlos a la guerra. Ese requisito es totalmente independiente del requisito de justa causa. Pero los otros requisitos *ad bellum* no lo son. Explicaré brevemente por qué una guerra que carece de justa causa no puede satisfacer el resto de los principios de *jus ad bellum* y luego indicaré por qué esto es relevante para determinar si los combatientes injustos pueden satisfacer los principios de *jus in bello*.

Primero, el principio tradicional de *intención correcta* requiere que una guerra tenga como intención lograr una causa justa, esto es, que la causa justa no sea usada simplemente como un pretexto para luchar una guerra por motivos diferentes.

Segundo, el principio tradicional de *último recurso*, que es el requerimiento de necesidad bajo una etiqueta confusa, sostiene que la guerra puede ser permisible solo si es necesaria para el logro de la causa justa, de modo que una guerra es descartada si la causa justa puede lograrse por medios que podrían incluir la imposición de menos daños injustos o daños injustos más leves.

Tercero, el principio *ad bellum* de proporcionalidad estrecha sostiene que las personas que son potencialmente responsables de ser dañadas no deben ser dañadas de formas que excedan los daños a los que son moralmente susceptibles. Pero en una

guerra que carece de una causa justa, no hay rivales que potencialmente sean moralmente susceptibles de ser atacados como medio para lograr los objetivos de la guerra. Por lo tanto, el problema de la proporcionalidad estrecha simplemente no se plantea.

Cuarto, existe un principio de proporcionalidad amplia, que sostiene que los daños previsibles que se causen a personas que no son moralmente susceptibles de ser dañadas no deben ser excesivos en relación a los efectos morales buenos que se puede esperar que tenga la guerra. Entre las guerras que son injustas porque son peleadas contra personas que no son moralmente susceptibles de ser atacadas, he distinguido entre aquellas que son justificadas y aquellas que son injustificadas. Aquellas que son justificadas lo son porque sus efectos moralmente buenos superan sustancialmente a sus efectos moralmente malos, incluidos los daños causados a la gente inocente, tanto intencional como no intencionalmente. Estas guerras necesariamente satisfacen el requisito de proporcionalidad amplia, pues la medida en que los efectos buenos superan a los malos debe ser mayor para una justificación basada en el mal menor que para que una guerra sea proporcionada en sentido amplio. Pero en aquellos casos (si es que existen), en los que un acto de guerra puede satisfacer el requisito de proporcionalidad amplia, el hecho de que la guerra sea proporcional es sustancialmente irrelevante, a menos que la medida en que los efectos buenos superen a los malos sea suficientemente grande como para proveer una justificación basada en el mal menor. Por lo tanto, las preguntas relevantes son si hay alguna guerra meramente justificada, y de ser así, qué tan comunes son.

Es posible, según he argumentado, que una guerra esté enteramente justificada sobre la base de ser un mal menor, aunque ésta no es una posibilidad reconocida por la doctrina del *jus ad bellum* en la teoría tradicional de la guerra justa. Podría haber una justificación de una guerra basada en el mal menor si hubiera fines extremadamente importantes que sólo pudieran ser logrados mediante ataques militares a personas moralmente no susceptibles. Pero aunque una guerra de este tipo es posible, voy a argumentar que es poco probable en la práctica se dé alguna vez esta opción. Esto es así porque una guerra peleada para un fin que es moralmente bueno pero que no es tal que las personas que deben ser dañadas como medio para lograrlo son moralmente susceptibles de ser dañadas (esto es, un fin bueno cuyo logro no constituye una causa justa para la guerra) inevitablemente causa daños severos y muy extendidos, muchos de los cuales son hechos intencionalmente a personas que no son moralmente susceptibles de sufrirlos. Estos efectos malos incluyen, aunque no se limitan a, los siguientes: (1) daños intencionales a los soldados en el bando opuesto, quienes, por hipótesis, no han hecho nada para ser moralmente susceptibles de ser atacados, (2) daños causados a esos mismos soldados como efecto colateral, (3) daños causados como efecto colateral a no combatientes en el bando opuesto, (4) daños no intencionales a personas neutrales y (5) daños a la población no combatiente del bando del combatiente injusto, hechos como

efecto colateral de acciones militares defensivas realizadas por combatientes del otro bando. Estos son todos daños que infringen el derecho de las víctimas, y puede argumentarse que aquellos que son intencionales infringen derechos más importantes que aquellos que sólo ocurren como efecto colateral. Es altamente improbable que todos estos daños puedan ser proporcionados en el sentido amplio en relación al fin bueno que la guerra busca lograr, junto con cualquier efecto secundario moralmente bueno que pueda tener. Y es considerablemente menos probable, a fortiori, que el fin bueno y los efectos secundarios buenos puedan superar *sustancialmente* a los muchos y variados daños incorrectos, y así proveer una justificación basada en el mal menor para la guerra. De esto se sigue, nuevamente a fortiori, que es virtualmente imposible que una guerra injusta que persigue fines morales malos pueda ser proporcionada en el sentido amplio o justificada como un mal menor. Pues este tipo de guerra causa, además de los cinco tipos de daños injustos listados arriba, daños a gente inocente que o bien son efectos colaterales del logro del fin malo o son constitutivos de él. En consecuencia, es virtualmente imposible que ese tipo de guerra pudiera tener efectos colaterales que sean moralmente tan buenos que pudieran superar, y mucho menos superar sustancialmente, al fin malo, los medios malos y los efectos colaterales malos. Por lo tanto, aun cuando es posible en principio que hubiera una guerra sin una causa justa que pudiera ser proporcionada en el sentido amplio, es muy improbable en la práctica. Y es incluso menos probable en la práctica que dicha guerra pueda ser justificada como un mal menor.

En aras de la exhaustividad, vale la pena tal vez mencionar el principio tradicional *ad bellum* de la *probabilidad razonable de éxito*. Este principio, o bien es subsumido por el principio de proporcionalidad, o es erróneo. Si es subsumido por el principio de proporcionalidad, las afirmaciones que recién he hecho sobre proporcionalidad se aplican también a la *probabilidad razonable de éxito*. Pero supongamos, como los teóricos tradicionales de la guerra justa lo han pensado, que la probabilidad razonable de éxito es un principio independiente. Consideremos entonces una guerra que tiene una probabilidad de éxito por debajo del umbral de lo se considere razonable, pero que, no obstante, es proporcional, dado que el logro de la causa justa es suficientemente importante como para que incluso una pequeña chance de éxito pueda contrabalancear todos los efectos negativos. Sería permisible pelear una guerra de ese tipo, pero el principio de probabilidad razonable de éxito lo prohibiría. Por lo tanto, si el principio de probabilidad razonable de éxito es entendido como un principio independiente del de proporcionalidad, impone una restricción irrazonable. Uno podría, por supuesto, afirmar que lo que cuenta como éxito es el logro de los fines de un beligerante, cualesquiera que estos fueran. En ese caso, el requisito podría satisfacerse en ausencia de una justa causa. Y un requisito así prohibiría algunas guerras obviamente injustas. Pero no prohibiría la mayoría de las guerras injustas y, por lo tanto, es demasiado anémico como para ser un componente del *jus ad bellum*. Es mejor



considerar a la probabilidad razonable de éxito como un elemento derrotable de la proporcionalidad.

Como muestra este breve repaso, la habilidad de un estado para satisfacer los requisitos tradicionales del *jus ad bellum* distintos del requisito de *autoridad legítima* depende de si la guerra satisface o no el requisito de causa justa. Dos de estos requisitos (intención correcta y necesidad) explícitamente requieren una causa justa. Antes de apreciar la importancia de distinguir entre la proporcionalidad amplia y estrecha y asumiendo, como otros han hecho, que existe un único e inequívoco requisito de proporcionalidad, yo también pensaba que era en principio imposible que una guerra fuera proporcionada en ausencia de una causa justa, dado que asumía que los únicos efectos buenos que podían ser adecuadamente balanceados con los efectos malos eran aquellos que estaban involucrados en, o eran una consecuencia del logro de la causa justa. Ahora creo que eso era un error. Aun cuando todavía pienso que sólo los efectos buenos que cuentan en la valuación de la proporcionalidad estrecha *ad bellum* son aquellos asociados al logro de una causa justa, ahora acepto que otros efectos moralmente buenos, incluyendo efectos colaterales moralmente buenos, pueden contar para la satisfacción del requisito de proporcionalidad amplio *ad bellum* (que es el único requisito de proporcionalidad reconocido por la teoría tradicional). Por lo tanto, acepto que es posible que una guerra que carece de una causa justa sea proporcional en el sentido amplio, aunque esto es irrelevante en la práctica, a menos que los efectos buenos sobrepasen a los malos a una medida tal que el requisito de causa justa sea desplazado y que la guerra esté justificada como un mal menor. Sin embargo, como he señalado, esto no es aceptado por la teoría tradicional, que trata el cumplimiento del requisito de causa justa como una condición necesaria para permitir el recurrir a una guerra.

No obstante, también he argumentado que en la práctica es altamente improbable que una guerra que carece de una causa justa pueda ser proporcional en el sentido amplio, y es aún más improbable que pueda ser a la vez proporcional y justificada. En la práctica, virtualmente todas las guerras injustas son desproporcionadas en el sentido amplio. De acuerdo con la teoría tradicional, no obstante, es posible que *todos* los actos individuales de guerra realizados por los combatientes injustos que pelean en una guerra que es injusta y desproporcionada sean en sí mismos proporcionados. (También es posible, aunque menos probable, según esta postura, que una guerra como un todo sea proporcional aunque todos los actos de guerra que están comprendidos en ella sean desproporcionados.) Pero, ¿cómo puede una guerra como un todo ser desproporcionada cuando todos los actos de guerra que la componen son proporcionales?

La respuesta que los teóricos tradicionales de la guerra justa deben dar es que, al evaluar la proporcionalidad amplia *ad bellum*, uno sopesa los efectos malos relevantes de una guerra con el bien consistente en lograr la causa justa, mientras que en la

evaluación de la proporcionalidad *in bello*, uno sopesa los efectos malos relevantes de un acto de guerra con la ventaja militar que el acto se espera que produzca. De acuerdo con la teoría tradicional, por lo tanto, la proporcionalidad *ad bellum* y la proporcionalidad *in bello* son diferentes tipos de restricciones. Ellas son similares en que los efectos malos que cuentan en la evaluación de la proporcionalidad *in bello* son los mismos que cuentan en la evaluación de la proporcionalidad *ad bellum*. La teoría tradicional acepta, en otras palabras, que los efectos malos que cuentan en *cada* evaluación de si un acto individual de guerra es proporcional son, en su conjunto, los efectos malos que también cuentan en la determinación de la proporcionalidad *ad bellum*, esto es, en la determinación de si la guerra como un todo es proporcional. Pero los efectos buenos contra los que los efectos malos son sopesados en la evaluación de la proporcionalidad *ad bellum* son diferentes de los efectos (a saber, ventajas militares) contra los cuales los efectos malos son sopesados en la evaluación de la proporcionalidad *in bello*. (Recuérdese que he argumentado anteriormente que es dudoso que daños serios a personas inocentes puedan ser coherentemente sopesados con las ventajas militares logradas por los combatientes injustos para obtener una medida de proporcionalidad que tenga algún significado moral.)

Esto parece arbitrario. La suposición natural es que así como los principios de proporcionalidad *ad bellum* e *in bello* se preocupan por los mismos efectos malos, también deben preocuparse por los mismos efectos buenos. Dada dicha suposición, una guerra puede ser desproporcionada sólo si un número suficiente de actos de guerra, que en conjunto la constituyen, son en sí mismos desproporcionados. Y eso es lo que uno esperaría.

Para apreciar cuán problemática es la comprensión esquizofrénica de la proporcionalidad que posee la teoría tradicional, consideremos una guerra que es injusta porque los fines que busca lograr son fines que implicarían la imposición de daños injustos que serían extensos y serios. El logro de dichos fines proveería, sin embargo, grandes beneficios para los agresores. Anteriormente adherí a la visión tradicional de que dichos beneficios no constituyen efectos buenos con los cuales los daños a personas inocentes pudieran ser sopesados en una evaluación de la proporcionalidad. Pues ellos son en sí mismos daños a personas inocentes. Tanto en la visión tradicional como en la visión revisionista, el logro de dichos fines cuenta como un efecto *malo*, y que, a los efectos de calcular la proporcionalidad, se toma en cuenta que hubiera sido hecho intencionalmente. Por lo tanto, cuenta de forma negativa en el cálculo de la proporcionalidad *ad bellum*. Ahora bien, los fines de una guerra injusta son aquello *para lo cual* la ventaja militar es ventajosa. Si el cálculo de proporcionalidad *in bello* requiere sopesar los daños realizados a las personas inocentes con las ventajas militares que el acto de guerra proporcionaría, los fines de una guerra injusta parecerían contar positivamente, como aquello que le da significado a una ventaja militar. De este modo,

para la visión tradicional los fines injustos cuentan de forma negativa en el cálculo de proporcionalidad *ad bellum*, pero de forma positiva en los cálculos *in bello*.

Los teóricos tradicionales presumiblemente responderían afirmando que los fines malos no cuentan de forma positiva porque el valor de la victoria militar es, al menos en la evaluación de la proporcionalidad *in bello*, totalmente independiente de los fines de la guerra. Pero esto simplemente nos devuelve al problema original, que es que la ventaja militar no *tiene* un valor que sea independiente de los fines a los que sirve; por lo tanto, la ventaja militar sola no puede tener un peso moral y potencialmente compensar daños a personas inocentes. Los teóricos tradicionales podrían replicar que un objetivo bueno que la ventaja militar siempre busca lograr es la defensa de la vida de los combatientes. Pero eso nos retrotrae a la pregunta de si los combatientes injustos tienen un derecho a la autodefensa por el cual resguardarlos del daño sea moralmente bueno en el contexto. Incluso si ellos tuvieran ese derecho, podrían protegerse mejor simplemente terminando la guerra injusta, que es lo que moralmente deberían hacer en cualquier caso. Si su cese de las hostilidades resultara en una acción vengativa injusta por parte de sus adversarios, entonces podrían tener una causa justa para continuar la pelea. De ser así, continuar su guerra no tiene por qué ser injusto.

Parece, por lo tanto, que la razón de la teoría tradicional para afirmar que siempre es posible para los combatientes injustos pelear sin violar la restricción de la proporcionalidad *in bello*, incluso en una guerra que viola la proporcionalidad *ad bellum*, es insostenible. He argumentado también que las guerras injustas son, casi de forma invariable, desproporcionadas en el sentido amplio, y que, aun dentro de aquellas que pudieran ser proporcionadas, muy pocas, si acaso alguna, podrían justificarse moralmente como un mal menor. Por lo tanto, dado que la proporcionalidad *in bello* debe tomar en consideración los fines que la guerra tiene planeado lograr (en lugar de excluirlos a través de algún tipo de estrategia como comparar los efectos colaterales malos con la ventaja militar), parece que los actos de guerra realizados por combatientes injustos casi nunca pueden satisfacer el requisito de proporcionalidad amplia *in bello*.

Es también en casos inusuales, solamente, que un acto de guerra cometido por combatientes injustos pueda satisfacer el requisito de proporcionalidad estrecha *in bello*. Parte de lo que es necesario para que exista una causa justa para la guerra es que haya mucha gente que sea moralmente susceptible de ser atacada como un medio para prevenir o corregir un daño serio, o una serie de daños por los que son responsables. En ausencia de una causa justa, hay pocas personas en el bando opuesto, o ninguna, que sea moralmente susceptible de ser atacada. La mayoría de las personas que son atacadas en una guerra injusta son, por lo tanto, personas que no son moralmente susceptibles de ser atacadas. En consecuencia, el problema de la proporcionalidad estrecha rara vez surge en una guerra injusta. Recordemos que un acto de guerra es proporcional en el sentido estrecho si los daños que inflige son aquellos en donde las víctimas son moralmente

susceptibles. Un acto de guerra es desproporcionado en el sentido estrecho si los daños que provoca exceden aquellos que la víctima es moralmente susceptible de recibir. Si, como generalmente ocurre en un acto de guerra injusto, las víctimas de un ataque no son moralmente susceptibles de recibir ningún ataque, la cuestión de la proporcionalidad estrecha no se plantea. Pues las víctimas son inocentes o moralmente no susceptibles de ser atacadas, y cualquier daño que se les provoque planteará problemas de discriminación y de proporcionalidad amplia.

La razón por la que la cuestión de la proporcionalidad estrecha rara vez surge en una guerra injusta es también la razón por la que los combatientes injustos rara vez pueden satisfacer el requisito de discriminación. Este requisito permite atacar de forma intencional a personas que son objetivos legítimos y prohíbe los ataques de forma intencional a aquellas que no son objetivos legítimos. Objetivos legítimos son aquellos que por su accionar se hicieron ellos mismos moralmente susceptibles de ser atacados. Pero los combatientes que pelean mediante medios permitidos en una guerra justa no hicieron nada como para perder sus derechos o hacerse ellos mismos moralmente susceptibles de ser atacados. Y tampoco, por supuesto, se hicieron moralmente susceptibles sus compatriotas civiles. Pero esto significa que los combatientes injustos difícilmente tengan algún objetivo legítimo, de modo que casi todos sus actos de guerra son indiscriminados. Virtualmente las únicas ocasiones en las que los combatientes injustos tienen objetivos legítimos son aquellas en las que los combatientes justos amenazan con provocar daños injustos a través de acciones impermisibles—por ejemplo, cuando los combatientes justos persiguen sus fines justos a través de medios impermisibles, o cuando persiguen fines injustos a través de una guerra que es, por lo demás, justa. Cuando los combatientes justos actúan de esta manera, se hacen moralmente susceptibles de ser atacados. Es solo en estas ocasiones, cuando los combatientes justos se vuelven moralmente susceptibles de ser atacados y los combatientes injustos, por lo tanto, tienen objetivos legítimos, que aquellos actos de guerra realizados por los combatientes injustos pueden también satisfacer los requisitos de proporcionalidad amplia y estrecha. (Hay una cuestión adicional acerca de si los combatientes justos se hacen moralmente susceptibles de ser atacados cuando su accionar militar está moralmente justificado, pero infligirá daños proporcionados en personas inocentes como efecto colateral violando, de ese modo, los derechos de esas personas. Si esto los hace moralmente susceptibles de ser atacados defensivamente, los combatientes injustos pueden frecuentemente tener objetivos legítimos y sus actos de guerra pueden algunas veces ser proporcionados. No voy a abordar este problema aquí, aunque he argumentado en otro lado que cuando los combatientes justos actúan con una justificación moral, el hecho de que su accionar violará los derechos de personas

inocentes no los hace a ellos moralmente susceptibles de recibir acciones defensivas, incluso por las víctimas potenciales y ciertamente no por los combatientes injustos.)⁹

Finalmente, está la cuestión acerca de si los actos de guerra realizados por combatientes injustos pueden satisfacer el requisito *in bello* de necesidad. Los combatientes injustos podrían, por supuesto, pelear de maneras que satisfagan el requisito de necesidad, si lo que éste dijera fuese que un acto de guerra puede ser permisible sólo si no hay otra alternativa que cause menos daño a gente inocente y tenga al menos una probabilidad igual de lograr cualesquiera que sean los objetivos de los combatientes injustos. Pero, como vimos antes, aun cuando éste es un requisito plausible dentro de sus limitaciones, es demasiado débil para ser toda la verdad sobre el requisito de necesidad en la guerra. Para ser un acto de guerra permisible debe como mínimo ser necesario para el logro de un fin moralmente bueno. Mientras muchos o incluso la mayoría de los combatientes injustos creen que los fines que persiguen a través de la guerra son moralmente buenos, su creencia rara vez es verdadera. Las guerras que son injustas raramente se pelean, ya sea en su totalidad o en partes, por fines que son moralmente buenos. Incluso la autodefensa y la defensa de otros combatientes injustos no son efectos moralmente positivos en las circunstancias. Y aun cuando lo fueran, atacar combatientes justos rara vez sería un medio necesario, ya que los combatientes injustos pueden por lo general proteger sus vidas retirándose de la pelea (negándose a pelear, rindiéndose o desertando), que es lo que deben hacer moralmente de cualquier manera. La excepción a estas afirmaciones es, nuevamente, el caso en el que los combatientes justos actúan de manera impermisible, ya sea por usar medios impermisibles o por perseguir fines injustos en el contexto de una guerra justa. En tales casos, los actos de guerra realizados por combatientes injustos que buscan prevenir estos actos impermisibles pueden frecuentemente satisfacer el requisito de necesidad. (Nuevamente, si los combatientes justos se hacen a sí mismos moralmente susceptibles de ser atacados cuando sus actos justificados de guerra tienen efectos colaterales que amenazan la vida de gente inocente, entonces muchos más actos de guerra realizados por combatientes injustos podrían satisfacer el requisito de necesidad de los que podrían satisfacerlo si lo contrario fuera verdadero. Ciertamente, la prevención de la violación de un derecho parece en sí misma un efecto moralmente bueno.)

V. POR QUÉ LA MERA PARTICIPACIÓN EN UNA GUERRA INJUSTA NO DEBERÍA SER CRIMINALIZADA.

⁹ *Killing in War*, n 2 *supra*, pp. 38–51. También véase J McMahan, “Self-Defense Against Justified Threateners”, en H Frowe y G Lang (comps), *How we Fight: Issues in Jus in Bello* (Oxford: Oxford University Press, 2013). Para evaluar un contraargumento, véase U Steinhoff, ‘Jeff McMahan on the Moral Equality of Combatants’ *Journal of Political Philosophy* (2008) 16, 220–6.

Deberíamos concluir, que los actos de guerra realizados por combatientes injustos raramente pueden satisfacer los principios *in bello* de discriminación, necesidad y proporcionalidad, cuando se interpretan estos principios de manera plausible. Los combatientes injustos pueden satisfacer estos principios (1) cuando los combatientes justos amenazan con infligir un mal injusto a través de acciones impermisibles, (2) si un fin justo surge dentro de una guerra que es injusta en general, o (3) cuando existe una justificación basada en el mal menor para un acto de guerra o, aunque esto es extremadamente improbable, para una guerra en su totalidad. De lo contrario, las acciones militares hechas por aquellos que pelean en una guerra que es injusta porque carece de una causa justa es probable que incluya la imposición objetivamente impermisible de daños serios a personas que no son moralmente susceptibles de ser dañadas. Gran parte de sus acciones militares tiene como intención dañar o matar combatientes justos como un medio de asegurar la ventaja militar, a pesar de que la mayoría de los combatientes justos no hicieron nada para hacerse ellos mismos moralmente susceptibles de ser atacados. Y esta misma acción con frecuencia tiene como efecto colateral el daño o muerte de gente inocente no combatiente del lado justo. Finalmente, el logro de los fines injustos de los combatientes injustos típicamente incluye grandes daños incorrectos a mucha gente, no combatiente y combatiente por igual, que son ciudadanos del estado que es víctima de la guerra injusta.

Esto genera serios problemas para cualquier concepción moralmente fundada de los crímenes de guerra. Como he mencionado antes, sería ideal si todos los actos de guerra que son seriamente incorrectos porque violan derechos importantes y causan un gran daño pudieran ser criminalizados, si *solamente* dichos actos fueran criminalizados. Pero la conclusión a la que he llegado en esta sección es que la gran mayoría de los actos de guerra hechos por combatientes injustos son incorrectos porque violan los derechos de personas que no han perdido su derecho a no ser seriamente dañados. Si todos los actos de guerra que satisfacen esa descripción fueran criminalizados, la mayoría de los actos de guerra hechos por los combatientes injustos serían crímenes de guerra. Si considerar a un tipo de acto como delictivo es aproximadamente equivalente a considerarlo como legalmente punible, la mayoría de los actos de guerra en una guerra injusta haría que los combatientes injustos que los hacen fueran susceptibles de ser castigados. La criminalización de los daños seriamente injustos producidos en una guerra sería equivalente a hacer punible la mera participación en una guerra injusta.

Sin embargo, hay muchas razones por las que sería insensato y moralmente incorrecto hacer a los combatientes injustos susceptibles de castigo legal por pelear en una guerra injusta. Algunas de estas razones parecen ser decisivas por sí mismas. En conjunto, son más que suficientes para rechazar la criminalización por combatir en una guerra injusta e ilegal. Estas son algunas de las razones principales.



1. Individualmente, los soldados a menudo no están bien informados ni calificados para determinar con seguridad si la guerra en la que se les ordenó es justa o injusta, legal o ilegal. Tampoco hay una autoridad confiable, legal o de otro tipo, que ellos puedan consultar para orientarse. Para la mayoría de los soldados, su propio gobierno es la autoridad más alta que tienen, y es el gobierno quien les dice a ellos que peleen. En muchos casos, por lo tanto, su situación epistémica limitada es una condición excusante que basta para eximirlos de ser moralmente susceptibles de ser castigados, aun cuando no sea suficiente para liberarlos de ser moralmente susceptibles de una acción defensiva.

2. Los soldados también actúan bajo presión, pues están amenazados con castigos por parte de su propio gobierno si se rehúsan a pelear. Aun cuando hubiera una fuente confiable de orientación sobre cuáles guerras son justas y cuáles son injustas, todavía podría ser inequitativo castigar combatientes injustos genuinos por pelear, si ellos enfrentaran castigos draconianos por las fuerzas locales por rehusarse a pelear.

3. Dado que los soldados son amenazados con castigos por parte de su propio gobierno si se rehúsan a pelear, una amenaza de castigo, por parte de una fuente externa, es menos probable que los disuada de pelear, y puede incluso disuadirlos de rendirse, prolongando de manera innecesaria una guerra injusta. De hecho, puede provocar que los combatientes injustos abandonen cualquier restricción, en una apuesta desesperada por ganar la guerra como su mejor esperanza de evitar completamente el castigo.

4. Mientras que las instituciones internacionales de justicia criminal permanezcan seriamente deficientes e inadecuadas, aceptar el argumento de que los combatientes injustos puedan ser susceptibles de castigo significa correr el riesgo de “la justicia del vencedor”, esto es, el riesgo de que los combatientes justos sean castigados por un adversario victorioso, pero injusto, cuyos argumentos de haber peleado una guerra justa no puedan ser refutados de forma tal que se evite este tipo de venganza *post bellum*.

5. Hasta que las instituciones internacionales sean capaces de proveer una guía autoritativa a los combatientes, antes o durante el curso de la guerra, sobre si su bando en la guerra es legal o ilegal, puede ser inequitativo hacer a los combatientes susceptibles de castigo por pelear una guerra que es ilegal.

6. Incluso si el derecho tuviera la posibilidad de advertir a los combatientes en el momento adecuado que están peleando en una guerra injusta, sería imposible proveer juicios justos para todos ellos. Podría ser posible juzgar un número limitado de ellos, quizá seleccionados por lotería. Pero en ese caso el efecto disuasivo podría ser insuficiente para justificar este uso de los escasos recursos *post bellum*.

7. No se puede esperar de ningún estado que entregue a un gran número de sus ciudadanos para ser juzgados por hacer algo que él mismo les ordenó hacer. Tendrían que ser forzados a hacer eso. Asumiendo que la paz ya fue lograda, sería

absurdo suponer que obligar a un estado recalcitrante a extraditar a sus excombatientes para ser juzgados por crímenes de guerra pudiera ser una causa justa para una futura guerra.

Algunas de estas objeciones tendrían menos fuerza si hubiera una institución internacional imparcial que pudiera juzgar de modo confiable y autoritativo, mientras las guerras están ocurriendo, qué guerras son justas y legales y cuáles son injustas e ilegales, y si los estados tuvieran normas liberales sobre objeción de conciencia. En estas condiciones, una amenaza de castigo por parte de un tribunal internacional podría tener un efecto disuasivo deseable sin ser inequitativos con aquellos que podrían ser castigados. Sin embargo, aun en estas condiciones, podría ser necesario ofrecer una amnistía a los combatientes injustos para inducirlos a rendirse; pero si los combatientes injustos pudieran anticipar que habrá una probabilidad significativa de que se les ofrezca una amnistía, esto disminuiría cualquier efecto disuasivo que la amenaza de castigo pudiera tener. Además, seguiría estando el problema de que los juicios a un gran número de excombatientes serían prohibitivamente costosos, procedimentalmente inadecuados y por lo tanto inequitativos, y probablemente llevarían a producir futuros conflictos. Por lo tanto, aun en condiciones sustancialmente más favorables que aquellas que existen en el presente, sería imprudente criminalizar la mera participación en una guerra injusta.

(Quizá vale la pena señalar que las objeciones a la *criminalización* de la mayoría de los actos de guerra realizados por los combatientes injustos no se aplican al hecho de hacer esos actos meramente *ilegales*. El derecho podría condenar dichos actos sin hacer susceptibles de castigo a los infractores por cometer dichos actos. Una prohibición legal de pelear en una guerra injusta que no esté respaldada por la amenaza de castigo no va a tener efecto de *disuadir*, pero podría tener el efecto de *inhibir* al menos algunas participaciones en guerras injustas. Un repudio oficial de la idea de que el derecho permite combatir en aras de un fin injusto podría tener un efecto psicológico, al menos en algunos casos.)

VI. LAS BASES PARA LA CRIMINALIZACIÓN EN LA GUERRA.

A pesar de que es y probablemente seguirá siendo irrealizable la criminalización de todos los actos de guerra moralmente impermisibles realizados por combatientes injustos, existen igualmente límites morales sobre qué podría ser permisible hacer incluso en una guerra justa y legal, y es necesario que sean reconocidos y aplicados a través de la amenaza de castigo legal. Ahora bien, si los combatientes justos han de ser potencialmente susceptibles de castigo, los combatientes injustos también deberían serlo. De hecho, es acaso más importante buscar limitar la acción de los combatientes injustos a través de la amenaza de castigo. El problema es que, mientras que es factible, en el caso de combatientes justos, criminalizar únicamente los actos seriamente injustos,

dejando a la mayoría de los actos militarmente ventajosos como legalmente permisibles, sería, como ya hemos visto, injusto y contraproducente, al menos en las condiciones actuales, criminalizar todos los actos de guerra seriamente injustos realizados por combatientes injustos, ya que eso efectivamente criminalizaría su mera participación en la guerra. La tarea es, entonces, determinar por cuáles de sus actos de guerra moralmente impermisibles los combatientes injustos deberían ser susceptibles de castigo. (Sus actos de guerra moralmente permitidos, de los cuales podría haber pocos, deberían ser legales. Entre sus actos de guerra moralmente impermisibles, algunos podrían ser legales o ilegales aunque no criminales; otros podrían ser crímenes.)

Si existiera una institución internacional que pudiera distinguir, de forma autoritativa y pública, entre guerras justas e injustas mientras están en progreso, podría ser posible tener un derecho del *jus in bello* que fuera asimétrico entre los combatientes justos e injustos precisamente porque ellos podrían ser identificados de forma confiable. Aunque la existencia de una institución así no haría posible el castigo de todos los actos de guerra moralmente impermisibles hechos por los combatientes injustos, la institución podría hacer posible que la gama de actos castigables por los combatientes injustos fuera mayor, tal vez significativamente mayor, que el rango de los actos castigables de los combatientes justos. Sin embargo, en la actualidad no existe una institución de ese tipo y, al menos en un futuro cercano, es altamente improbable que exista. La mayoría de los combatientes injustos continuarán creyendo, como la mayoría ya ha hecho en el pasado, que ellos son combatientes justos, y pensarán en consecuencia que el derecho que se les aplica a ellos es aquel que se aplica a los combatientes justos, cualquiera que sea ese derecho. En esas condiciones, es impracticable, de hecho inútil, tener un derecho del *jus in bello* que sea asimétrico entre combatientes justos e injustos. Por lo tanto, hasta que haya una institución que pueda distinguir de forma autoritativa entre combatientes justos e injustos, el derecho del *jus in bello* debe permanecer neutral o simétrico para ambos.

Una forma en que el derecho del *jus in bello* podría ser neutral es prohibiendo todos y sólo aquellos tipos de actos que serían moralmente impermisibles si fueran realizados por combatientes justos. Desde un punto de vista no comparativo, un arreglo de este tipo sería equitativo para los combatientes de ambos bandos, ya que no prohibiría legalmente ningún acto que fuera moralmente permisible realizar. Pero, desde el punto de vista comparativo, sería inequitativo con los combatientes justos, porque ellos serían castigados por cualquier acto impermisible mientras que muchos de los actos impermisibles hechos por los combatientes injustos estarían exentos de castigo. Esto es, no obstante, una forma de inequidad que existe en un grado aun mayor en el derecho actual de los conflictos armados. La inequidad comparativa de este posible arreglo, por lo tanto, no es una objeción a un cambio del derecho actual *in bello* hacia un derecho que permitiera a todos los combatientes hacer sólo aquellos tipos de actos

que están, bajo alguna descripción general, moralmente permitidos para los combatientes justos.

Sin embargo, sospecho que esta sugerencia sería, en su aplicación, excesivamente permisiva para los combatientes injustos. Hay algunos tipos de acción en la guerra que, a pesar que casi siempre son incorrectos, pueden en circunstancias excepcionales ser moralmente permisibles para los combatientes justos, tales como atacar de forma intencional a civiles que contribuyen de manera importante al esfuerzo de guerra del enemigo, o torturar un agente enemigo como un medio necesario para ganar información vital para la protección de la propia población civil. Pero cualquier disposición jurídica que permitiera el asesinato intencional de civiles o la tortura de prisioneros, por más circunscripta que sea su formulación, sería casi con seguridad repetidamente aprovechada por los combatientes injustos en un esfuerzo cínico para justificar actos que serían objetivamente injustificables. Lo mismo ocurre, aunque probablemente en menor medida, con los combatientes justos, a quienes algunas veces se les ordena perseguir fines justos a través de medios impermisibles. (De hecho, dado que los combatientes justos a veces persiguen fines justos a través de medios impermisibles, o persiguen fines que van más allá de su justa causa, la permisión de usar la tortura podría en principio extenderse incluso a combatientes injustos. Supongamos, hipotéticamente, que a principios de agosto de 1945, agentes de inteligencia japoneses hubieran sabido que los EEUU planeaban lanzar una nueva y poderosa bomba sobre una ciudad japonesa. Supongamos que estos agentes hubieran torturado a un prisionero americano, y de este modo, se hubieran enterado cuál va a ser la ciudad objetivo y el día del bombardeo, y por lo tanto hubieran sido capaces de evacuar a la mayoría de los civiles de Hiroshima antes de que la bomba destruyera la ciudad, salvando así cientos de miles de vidas inocentes. Yo juzgaría que su accionar habría sido objetivamente permisible, al menos bajo el supuesto plausible de que la destrucción de ciudades japonesas no era ni necesaria ni proporcionada en relación al logro de los fines justos de los EEUU en ese punto de la guerra.)

Si uno revisa la historia de tales prácticas como el homicidio intencional de civiles en la guerra, el homicidio de prisioneros de guerra, y la tortura a agentes enemigos, uno encuentra que las instancias moralmente justificadas, si hay alguna, son ampliamente superadas por las instancias injustificadas. Esto es así tanto si uno examina la conducta de los combatientes injustos como la de los combatientes justos. En estas condiciones, si el derecho no puede permitir instancias justificadas sin comprometer su capacidad de impedir o limitar las instancias injustificadas, debería prohibir todos los actos de este tipo. Pues es más importante para el derecho hacer lo que pueda para prevenir muchos actos de este tipo que serían incorrectos que permitir aquellos pocos que estarían moralmente justificados.

Uno podría preguntarse bajo qué criterio estoy juzgando qué es más importante en estos casos. Históricamente, el objetivo que ha tendido a guiar tanto a la interpretación de la moralidad del *jus in bello* como a la formulación del derecho del *jus in bello* es la reducción o la minimización de la violencia de la guerra en general, o del daño causado por la guerra. Que este es el objetivo adecuado de la regulación de la conducta en la guerra es todavía la opinión compartida. En un artículo crítico de la conducta de Israel en la invasión a Gaza de 2008, Avishai Margalit y Michael Walzer escribieron que “el punto de la teoría de la guerra justa es regular las guerras” porque “la violencia es malvada y...nosotros deberíamos limitar el alcance de la violencia tanto como sea realísticamente posible”.¹⁰ Más recientemente, un profesor del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Columbia escribió en una carta al *New York Times* que “si la teoría de la “guerra justa” tiene algún objetivo, este es minimizar el uso de violencia”.¹¹ Aunque estas afirmaciones pueden parecer casi triviales, son falsas. El objetivo principal de la regulación de la guerra no debería ser la minimización de la violencia, sino la minimización de la violencia *injusta* o la minimización de la violación de derechos, sopesados por su importancia comparativa. Es a menudo permisible iniciar una violencia mayor para prevenir una violencia menor, o causar más daño que el que uno previene, siempre y cuando el daño que uno previene hubiera sido infligido a personas que no eran moralmente susceptibles de él, mientras que el daño que uno causa es infligido a aquellos que son moralmente susceptibles de sufrirlo.

Si hay maneras de reducir la violencia incorrecta (violencia que es indiscriminada, innecesaria o desproporcionada) que a su vez reduce el daño sufrido por los combatientes injustos, ellas serán obviamente preferibles a reducciones equivalentes de daños incorrectos que requieran el daño a combatientes injustos. Algunas convenciones, como la prohibición de ciertos tipos de armas, ofrecen una reducción del daño que cada bando sufre sin impedir exageradamente su habilidad de ganar la guerra. Aunque dichas convenciones funcionan para reducir la violencia y el daño en general, la razón moral de los combatientes justos para respetarlas puede ser solamente la de mantener la reciprocidad y, por lo tanto, prevenir una violencia incorrecta adicional por parte de los combatientes injustos. Mientras que los actos prohibidos por dichas convenciones son generalmente *mala in se* cuando los realizan los combatientes injustos, éstos pueden ser sólo *mala prohibita* cuando son realizados por combatientes justos.

En resumen, en vez de prohibir a todos los combatientes hacer aquellos tipos de actos que son moralmente impermisibles cuando son realizados por combatientes justos, un derecho simétrico o neutral del *jus in bello* debería criminalizar una forma de accionar en una guerra sólo cuando hacerlo tendría el efecto esperado de reducir la

¹⁰ A Margalit y M Walzer, ‘Israel: Civilians and Combatants’ (14 mayo de 2009) *The New York Review of Books* 56, 21–2, pp. 21.

¹¹ *The New York Review of Book*, 13 de febrero de 2011.

cantidad de daño incorrecto infligido en una guerra o, equivalentemente, la cantidad sopesada de violaciones de derechos. Un derecho del *jus in bello* diseñado de acuerdo con este criterio de criminalización sería inequitativo con los combatientes justos de dos formas. Sería inequitativo desde el punto de vista no comparativo, ya que ella les prohibiría legalmente actuar de ciertas maneras que para ellos serían moralmente permisibles. Además, sería inequitativo desde el punto de vista comparativo, porque los amenazaría con castigos penales por cualquier acto seriamente incorrecto que ellos pudieran hacer en una guerra, mientras que exceptuaría de castigo a los combatientes injustos de una amplia gama de actos seriamente incorrectos.

Esta forma de inequidad parece tolerable. Sin embargo, uno puede pensar que no sería tolerable que el derecho fuera a prohibir el *único* medio posible por el cual un pueblo pudiera lograr una causa justa significativa. Y aun así, no hay una objeción a prohibir legalmente el único medio para lograr una causa justa si esos medios están independientemente prohibidos por la moral. A veces las personas están obligadas moralmente a soportar una injusticia si la única manera de evitarla es moralmente impermisible. Pero existe la posibilidad de que el criterio de criminalización que yo he propuesto pudiera, en algún caso particular, prohibir el único medio posible para lograr una causa justa incluso cuando ese medio estuviera permitido por la moral. Aunque esta posibilidad parece remota, no puede ser descartada. Sin embargo, esto también parece tolerable. El derecho es siempre imperfecto; no se puede anticipar y tomar en cuenta todas las contingencias. Por lo tanto, hay ocasiones en que es moralmente permisible, o incluso obligatorio, violar el derecho. No hay razón para suponer que el derecho de los crímenes de guerra debería ser una excepción a esto.

VII. DISCRIMINACIÓN, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD.

Tras reconocer que el derecho del *jus in bello* debe, al menos en el presente, ser simétrico entre combatientes justos e injustos y que probablemente nunca pueda ser asimétrico en la misma medida que la moralidad del *jus in bello*, deberíamos considerar cuáles son las formulaciones óptimas de los requisitos legales de discriminación, necesidad y proporcionalidad.

Al realizar en forma significativa y continua contribuciones a una guerra injusta, civiles o no combatientes pueden ser moralmente susceptibles de un ataque militar intencional. Sin embargo, esto es relativamente poco frecuente, mientras que la tentación de atacar a los civiles con fines terroristas suele ser fuerte, sobre todo para aquellos que ya están llevando a cabo objetivos injustos, cuyo cumplimiento perjudicaría también a esos mismos civiles. Por lo tanto, es más importante negar cualquier pretensión de justificación legal a aquellos que están tentados de matar a personas inocentes en forma oportunista que permitirles a los combatientes justos matar

civiles no inocentes en aquellas raras ocasiones en las que sería moralmente permisible hacerlo.

El problema central para la formulación de un requisito neutral de discriminación consiste en establecer una distinción precisa entre los combatientes, que son objetivos legítimos, y los no combatientes o civiles, que no son blancos legítimos. La dificultad reside en que a menudo hay personas que son claramente civiles, y son también no combatientes, en el sentido de que no participan en el combate, que, no obstante, contribuyen causalmente en la lucha armada, a veces en formas que son más significativas que las contribuciones que realizan la mayoría de los combatientes. El caso más discutido es el de los trabajadores de las fábricas de municiones. Su trabajo puede consistir en un sólo propósito: proporcionar las armas necesarias para la prosecución de la guerra. Su contribución causal no parece muy diferente de la del personal militar de apoyo que entregan armas a los combatientes, pero no operan ellos mismos esas armas. Si está permitido matar a estos últimos para evitar la entrega de armas, parece que también debería estar permitido matar a los primeros para evitar la fabricación de armas. Alguien podría pensar que es importante el hecho de que aquellos que entregan las armas son miembros de las fuerzas armadas, mientras que los trabajadores de las fábricas no lo son. Pero consideremos una sociedad en la que la fabricación de armas se realiza bajo los auspicios de la misma fuerza militar, por trabajadores que son miembros oficiales de las fuerzas armadas, pero que carecen de funciones en el combate. Sería arbitrario suponer que debería ser legal matar a aquellos que trabajan para proveer municiones en esa sociedad, pero no en las sociedades en las que la fabricación de armas fue contratada a la industria civil.

Algunos teóricos de la guerra justa han argumentado que los trabajadores de la fábrica de municiones pueden ser matados, mientras están en el trabajo, pero no cuando están fuera del trabajo. Esto los distingue de los combatientes, que pueden ser matados en cualquier momento o en cualquier lugar durante el estado de guerra. La sugerencia parece ser que, mientras están en el trabajo, su estatus es diferente del de un no combatiente ordinario, cuya muerte incluso como efecto colateral estaría sujeta a una evaluación más estricta de proporcionalidad. Por lo tanto, parecería que los trabajadores son considerados, por lo menos por algunos teóricos de la guerra justa, como teniendo un estatus intermedio entre los combatientes y los no combatientes. Este estatus no se encuentra previsto en el derecho, pero vale la pena considerar si podría haber alguna ventaja en establecer distintas graduaciones legales, en lugar de las categorías simples, y quizás procusteanas, de objetivos legítimos e ilegítimos. Esto, sin embargo, introduciría nuevas complejidades al derecho de los crímenes de guerra.

La cuestión es importante porque a menudo hay personas que son inequívocamente civiles y no combatientes que, no obstante, hacen contribuciones muy importantes a la capacidad de un Estado para luchar en una guerra. Un buen ejemplo de

ello sería los contratistas civiles, que se han vuelto cada vez más importantes, sobre todo en las guerras que los EEUU han luchado en Afganistán e Irak. Sin embargo, los científicos civiles que trabajan para desarrollar nuevas tecnologías armamentísticas son probablemente más importantes. En el escenario europeo en la Segunda Guerra Mundial, el resultado habría sido muy diferente si los científicos que estaban trabajando en una bomba atómica para Hitler la hubiesen logrado. Ellos claramente habrían sido moralmente susceptibles de ser matados, si eso hubiese sido necesario para evitar que Hitler llegase a poseer la bomba. Sin embargo, cualquier permiso legal de matar científicos de un estado enemigo, por más restringido que fuera, parece demasiado peligroso como para poder ser considerado seriamente.

Los fabricantes de armas, contratistas civiles y científicos de armas son sólo algunos de los tipos de personas que no son clasificables fácilmente como combatientes o como no combatientes, blancos legítimos o blancos ilegítimos. También se incluyen médicos, abogados militares, estrategas civiles, y demás civiles que hacen trabajos de consultoría para los militares que son relevantes para la conducción de la guerra, entre otros. La situación jurídica de todos éstos debe ser resuelta de forma clara y definitiva, si se quiere que el requisito de discriminación, y por lo tanto, el derecho de los crímenes de guerra tenga un alcance determinado.

Consideremos ahora el requisito *in bello* de necesidad o fuerza mínima. Para ser neutral entre combatientes justos e injustos, parecería que debe establecerse simplemente que un acto de guerra sólo es admisible si no existe un acto alternativo que cause menos daño y, sin embargo, que tenga al menos igual posibilidad de lograr el mismo objetivo militar u otro objetivo militar que tenga la misma importancia. Como señalé antes, la moral impone la restricción de necesidad, tanto para dañar o matar civiles o no combatientes como efecto colateral, como para dañar o matar enemigos de forma intencional. Sin embargo, en condiciones de guerra, que la muerte de un combatiente enemigo contribuya o no a la consecución de los propios objetivos es casi siempre una cuestión incierta. Pues, aun cuando pudiera parecer que matar a un cierto combatiente no tendría ninguna utilidad, es posible que ese combatiente represente una amenaza en algún momento posterior. Dada esta incerteza, puede ser prudente no hacer a los soldados legalmente susceptibles de castigo penal por causar daños innecesarios a los combatientes enemigos, excepto en situaciones muy bien definidas, como cuando los combatientes enemigos están rindiéndose.

Esta restricción legal de necesidad *in bello* es por supuesto una restricción bastante débil en su aplicación en las guerras injustas, puesto que todo lo que se requiere en ellas es que se tomen algunos riesgos para evitar dañar a personas inocentes en el curso de la consecución de sus objetivos injustos. Esto último es análogo a la regla que prohíbe que los ladrones quemen una casa que acaban de robar y matar a sus habitantes a pesar de que, de hacerlo, podrían eliminar sus huellas dactilares y testigos.

Por último, ¿cómo debería formularse el requisito legal de proporcionalidad *in bello*? Por las mismas razones que en el requisito legal de necesidad *in bello* no deben tenerse en cuenta los daños causados a los combatientes enemigos, el requisito legal de proporcionalidad *in bello* debe ocuparse exclusivamente de los daños causados a los civiles o no combatientes. Es decir, mientras que la moral impone un requisito de proporcionalidad estrecha *in bello*, el derecho sólo debería imponer un requisito de proporcionalidad amplia *in bello*. Como sostuve antes, los combatientes injustos sólo raramente pueden satisfacer la versión moralmente correcta del requisito de proporcionalidad amplia *in bello*. Sin embargo, es importante limitar su acción a todas las formas posibles, y la proporcionalidad suele ser un requisito familiar que muchos combatientes, incluyendo los injustos, están motivados a respetar. Por lo tanto, el derecho debe incluir una restricción de proporcionalidad neutral, coherente y viable que sirva para disminuir los daños incorrectos causados en el curso de la guerra. Y al menos las violaciones más flagrantes o atroces a esta regla deberían ser castigadas como crímenes de guerra.

En la actualidad, la restricción de la proporcionalidad en el derecho de los conflictos armados exige que los daños esperados a civiles causados como efecto colateral en un acto de guerra no sean “excesivos en relación con la concreta y directa ventaja militar prevista”.¹² Pero, como he sostenido anteriormente, esto es incoherente si se lo entiende como una exigencia moral; no es fácil que haga sentido, si se concede que la ventaja militar no es independiente de los valores que promueve. Ello es así, porque la proporcionalidad *in bello*, como generalmente se la entiende, es una relación entre los efectos secundarios malos que se esperan de un acto de guerra y los efectos *buenos* que se intentan lograr (junto con ciertos efectos buenos producidos como efecto colateral, quizá). Sin embargo, la ventaja militar no es en sí misma un efecto bueno.

Anteriormente lo que he sugerido, aunque rechacé la idea, es que los efectos buenos a tener en cuenta en la evaluación de la proporcionalidad de los actos de guerra por los combatientes injustos son los beneficios que el bando injusto obtendría de lograr sus objetivos. Una sugerencia relacionada, aunque diferente, es que los efectos buenos consistan exclusivamente en la protección de los combatientes en el campo de batalla.¹³

¹² Artículo 51, del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra (1977), el cual condena “los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista...” En el Derecho penal internacional, el artículo 8 del Estatuto de Roma establece que lo que sigue es considerado un crimen de guerra: “lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea”. Para un argumento cuidadoso a favor de que la protección otorgada a los civiles en el derecho penal internacional es más débil que la que proporciona el derecho internacional humanitario, véase A Haque, “Protecting and Respecting Civilians: Correcting the Substantive Defects of the Rome Statute” (2011) *New Criminal Law Review* 14, 519-75.

¹³ Para evaluar la discusión anterior, *Killing in War*, n 2 *supra*, pp. 31-2.

Desde esta perspectiva, un acto de guerra es proporcional sólo si el daño esperado que se causará a los civiles de modo previsible pero no intencional no es excesivo, en relación con el daño esperado que evitará que sufran los propios combatientes. Dado que se considera que los civiles tienen un estatus de protección mayor en comparación con los combatientes, un daño a los civiles tendría un mayor peso que un daño equivalente a un combatiente. Las evaluaciones de proporcionalidad tenderían a dar una cierta prioridad a los civiles por otra razón adicional: los daños a los civiles serían daños que los combatientes estarían *causando*, mientras que aquellos que sufren los combatientes serían daños que estarían meramente *permitiendo* que ocurran. Aun así, todos los efectos relevantes estarían circunscriptos a los que ocurren en el campo de batalla. Los objetivos por los que las diferentes partes estuvieran luchando no tendrían ningún papel en la evaluación de la proporcionalidad. Y debido a esto, la evaluación sería enteramente neutral entre combatientes justos e injustos. Por último, los efectos buenos y malos a sopesar serían todos de la misma clase: la imposición de daños en algunos individuos se sopesaría con la prevención de daños respecto de otros. Por lo tanto, no se plantearía el problema de la inconmensurabilidad que suelen plagar las comparaciones entre el daño a civiles y la ventaja militar.

Sin embargo, por más promisorio que parezca esta sugerencia, es vulnerable a una objeción decisiva: considera desproporcionado cualquier acto de guerra puramente ofensivo, dado que sería innecesario para la protección de las propias fuerzas, y dañaría a civiles como efecto colateral, aunque los daños fueran comparativamente menores. Incluso si tal acto fuera de una contribución significativa a la consecución de una causa justa, el hecho de que dañara a civiles sin que fuera necesario para proteger a los propios combatientes, haría que tal acto, desde esta perspectiva de la proporcionalidad *in bello*, fuera desproporcionado.

A dicha objeción, se podría responder que todo acto de guerra que aumenta la probabilidad de la victoria acelera al mismo tiempo el final de la guerra y, por lo tanto, ayuda a preservar la vida de los combatientes de ese bando. Pero esto no es cierto. Algunos actos de guerra aumentan la probabilidad de la victoria simplemente mediante la prevención de la derrota. Estos actos prolongan la guerra y, por lo general, aseguran que más combatientes serán muertos de los que habrían sido, si su bando se hubiera rendido. La derrota, por supuesto, significaría que su bando perdería lo que esperaba lograr a través de la guerra, y esto implicaría daños a los combatientes derrotados. Pero tales daños no cuentan en la evaluación de la proporcionalidad *in bello*, de acuerdo con esta propuesta. Pues los daños que entrañe su derrota son consecuencia de la imposibilidad de lograr los objetivos de la guerra; no son daños causados directamente por el combate, que son los únicos daños que esta propuesta reconoce como relevantes para evaluar la proporcionalidad.

Consideremos una guerra de intervención humanitaria. No importa lo importante que sean los objetivos humanitarios y no importa qué tan probable sea que la guerra logre alcanzarlos, el ataque inicial por las fuerzas de intervención necesariamente sería desproporcionado, para esta concepción de la proporcionalidad, si causara el más mínimo daño a los civiles. Pues antes del ataque inicial, los combatientes que intervienen no se enfrentan a la amenaza de las fuerzas que van a atacar; por lo tanto, el ataque no puede proteger a los combatientes de los daños causados por el combate. En consecuencia, desde este punto de vista, no hay efectos buenos para sopesar con los daños a la población civil en la evaluación de la proporcionalidad del ataque inicial. Pero una formulación del requisito de proporcionalidad *in bello* que necesariamente excluye el inicio de una intervención humanitaria por desproporcionada no puede ser correcta.

Otra propuesta para un requisito viable de proporcionalidad *in bello* que sea neutral entre combatientes justos e injustos es que el daño esperado de un acto de guerra provocado a civiles debería ser sopesado con la contribución de ese acto a la obtención de los objetivos de la guerra, entendiendo esos objetivos como aquellos que los combatientes pudieran tener razonablemente, asumiendo que son combatientes justos. En las fases iniciales de la guerra con Irak, por ejemplo, la mayoría de los combatientes estadounidenses podrían haber creído razonablemente que su victoria evitaría que el régimen Baazista fuera capaz de usar armas de destrucción masiva contra los enemigos regionales o que entregara esas armas a terroristas para que luego fueran utilizadas contra otros países, como los EE.UU. A los efectos legales, tal vez la forma más adecuada de analizar la proporcionalidad de sus actos de guerra habría sido preguntarse si el daño que un tal acto causaría a los civiles como un efecto colateral sería excesivo o no en relación a la contribución que el acto haría a la meta de eliminar las armas de destrucción masiva que se encontraban en manos de Irak. Para esta concepción, que efectivamente no existieran esas armas es irrelevante.¹⁴

Esta propuesta tiene alguna plausibilidad cuando los combatientes injustos pueden creer que ellos son combatientes justos sobre la base de premisas falsas que son de carácter empírico, como en el caso de los estadounidenses en el conflicto bélico con Irak. Sin embargo, dicha propuesta carece de sustento cuando los combatientes injustos no pueden creer razonablemente que son combatientes justos sobre la base de creencias empíricas falsas, sino que sólo pueden creer que son combatientes justos sobre la base de una creencia *moral* falsa. Los soldados nazis, por ejemplo, pueden haber creído que era justificable para los miembros de una raza superior expulsar de sus tierras a los miembros de una raza inferior o esclavizarlos o exterminarlos. Pero los daños causados a personas inocentes como efecto colateral no pueden coherentemente ser sopesados

¹⁴ Estoy en deuda con Lara Buchak por sugerirme este punto de vista.

con el efecto supuestamente bueno que se obtendría con la expansión de una patria de seres superiores, o con el efecto supuestamente bueno de eliminar a una raza inferior.

Quizá el principio de proporcionalidad *in bello*, tal como actualmente se lo concibe en el derecho de los conflictos armados, es lo mejor que podemos lograr. Quizás, los daños no intencionales a los civiles deben ser sopesados con cualquier ventaja militar, cosa que es, después de todo, lo que todo combatiente busca. Este es un modo coherente de entender la restricción de la proporcionalidad, a pesar de que, así interpretada, la restricción no constituye un verdadero principio moral. La idea sería que la ventaja militar producida a través de un acto de guerra debería interpretarse como la contribución objetiva que el acto hace a la obtención de la victoria. La ventaja militar de un determinado acto podría medirse en una escala, con la total ineficacia o ninguna contribución en absoluto en uno de los extremos, y el 100 por ciento de probabilidad de lograr la victoria en el otro. Esta escala podría estar alineada con otra que mida el daño causado a los civiles. En un extremo de esta segunda escala, no habría ningún daño que se cause a los civiles y, en el otro, estaría el máximo daño producido a los civiles (cosa que podría ser representado por el número de muertes civiles) que pueda ser considerado proporcional al logro de la victoria. Un acto de guerra sería desproporcionado si el daño que causa a los civiles es más alto en la segunda escala en comparación con la contribución a la victoria medida en la primera escala. Esta forma de evaluar la proporcionalidad sería igualmente aplicable a los actos de combatientes justos e injustos, ya que no hace ninguna presuposición de que la victoria tenga alguna clase de valor. Por lo tanto, si un acto de guerra fuera decisivo para la obtención de la victoria de los nazis, podría causar un gran daño no intencional a los civiles y seguir siendo proporcionado. Tal vez esto, o algo muy similar, es lo que los autores del requisito de proporcionalidad en el derecho actual tienen en mente.

Sin embargo, hay dos grandes objeciones a esta propuesta. La primera es que, si la escala de medición de la ventaja militar no pretende medir nada de importancia evaluativa, el extremo superior de la escala de medición de daños a los civiles tiene que ser totalmente arbitrario. Pues el final de esa escala representa el máximo daño a los civiles que puede ser proporcional en relación con el logro de la victoria. Pero si la victoria es moralmente neutral, no existe manera de determinar qué cantidad de daño a los civiles es proporcional en relación con ella.

La segunda objeción está vinculada con la primera. Y es que este modo de medir la proporcionalidad trata por igual a todas las victorias. Supongamos que un acto de guerra llevado a cabo por los británicos hubiera aumentado la probabilidad de la victoria en la Guerra de Malvinas en un 50%, pero que el daño que hubiera causado a la población civil como efecto colateral hubiese sido desproporcionado. De acuerdo con el método para determinar la proporcionalidad que estamos considerando, si un acto de guerra diferente de los británicos no sólo hubiera causado una cantidad equivalente de

daños a los civiles como efecto colateral, sino que además hubiera aumentado la probabilidad de victoria contra los nazis en la Segunda Guerra Mundial, también habría sido desproporcionado.¹⁵

Las tres propuestas que he considerado son el resultado de mi mejor esfuerzo, al menos hasta ahora, en el intento de formular una normativa viable de proporcionalidad *in bello*. Espero que otros puedan tener éxito allí donde yo fracasé.¹⁶

¹⁵ Thomas Hurka realiza una aclaración similar en el argumento de que es imposible divorciar totalmente al principio de proporcionalidad en el Bello de los extremos que una guerra intenta alcanzar. Véase su “Proportionality in the Morality of War” *Philosophy and Public Affairs* 33 (2005), 34-66.

¹⁶ Agradezco a Massimo Renzo por sus útiles comentarios y a Victor Tadros por su discusión iluminadora.