

EN LETRA: DERECHO PENAL  
Año IV, número 7, pp. 286-288

### Reseñas bibliográficas

## “KILLING IN WAR”, DE JEFF MCMAHAN

Prof. Dr. Dr. h.c. Michael PAWLIK, LL.M., Freiburg\*

Fecha de recepción: 12 de septiembre de 2018

Fecha de aprobación: 25 de septiembre de 2018

**MCMAHAN, Jeff, *Kann Töten gerecht sein?, Krieg und Ethik* (trad. de Axel Walter), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2010, 226 pp. (orig. *Killing in War*, Oxford University Press, 2009).**

El instituto de la legítima defensa está firmemente anclado tanto en la moral cotidiana como en el derecho. Una agresión antijurídica, correspondientemente, provoca un desarme normativo del agresor. Este tiene que tolerar las contramedidas necesarias para repeler su agresión y esto quiere decir que, por regla general, incluso se dará lugar a su muerte. La misma asimetría normativa entre agresor y defensor, según el filósofo de la Universidad de Rutgers, Jeff MCMAHAN, tendría que valer en la guerra, pues esta sería interpretada como un tipo de legítima defensa a gran escala. Por eso, no representarían un blanco legítimo aquellos combatientes “que luchan solamente para defenderse a sí mismos y a otras personas inocentes de una amenaza ilícita y que no amenazan a nadie más que a sus agresores ilícitos”. El agresor injusto, en cambio, estaría obligado a tolerar el contrataque que se lleva a cabo contra él. “Una persona no puede tener ningún derecho a defenderse contra la amenaza de un daño que ella se ha hecho pasible de sufrir”; esto regiría en la guerra del mismo modo que en tiempos de paz.

Es cierto que, según este autor, la responsabilidad de los soldados agresores podría estar disminuida, p. ej., en caso de que tuviesen que soportar una pena sensible por una objeción de conciencia o por juzgar incorrectamente la injusticia de la guerra llevada a cabo por ellos a causa de vicios de información. Por esta razón, “la gran mayoría de los combatientes injustos no serían

---

\* Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Filosofía del Derecho (Universität Freiburg). Profesor honoris causa (Universidades de Huánuco, Ucayali y Chimbote). Doctor en Derecho (Universität Bonn). Master of Law (Cambridge). Traducción de Leandro A. Dias (UIBA). Revisión del Dr. Marcelo D. Lerman (UIBA). Publicado originalmente en *ZIS* 2/2013, pp. 78-79. Contacto: michael.pawlik@jura.uni-freiburg.de.

criminales, ni en sentido moral, ni jurídico”. Sin embargo, solo en casos excepcionales podría hablarse de una exclusión completa de su responsabilidad moral, en virtud de la alta incorrección moral de una guerra injusta. “Entonces esto brinda un fundamento para considerar que, en la mayor parte de los casos, los combatientes injustos se han vuelto pasibles de sufrir consecuencias”. Lo mejor que los combatientes injustos podrían hacer sería, por consiguiente, rendirse lo más pronto posible.

La argumentación de MCMAHAN parte de la base del convencimiento de que diferenciar entre guerras justas e injustas no solo sería conceptualmente posible, sino incluso un mandato ético. Como es sabido, el derecho internacional actual no comparte esta postura. En vez de construir la relación de ambos bandos de combatientes según el modelo de la legítima defensa, parte de su igualdad normativa. Si los combatientes respetan las reglas del *ius in bello*, entonces se comportan conforme a derecho, con indiferencia del bando para el cual luchan. MCMAHAN reconoce expresamente que hay buenas razones a favor de esta perspectiva sobre el tema. Por un lado, la renuncia a la igualdad jurídica de los combatientes facilitaría la posibilidad de que el bando injusto, pero victorioso, termine imponiéndole penas a los combatientes justos vencidos. Por otro lado, el *ius in bello* del derecho internacional tendría el interés principal de contener la violencia y la destrucción asociada a la guerra. Dado que se debería tener en cuenta que todo lo que estaría permitido para los justos también podría ser realizado por los injustos que se considerasen justos, sería sensato, para limitar daños, restringir el margen de maniobra de ambos bandos lo más posible.

Según MCMAHAN, estas consideraciones deberían determinar solo la valoración jurídica de los conflictos bélicos, pero no la ética. Junto a la “preocupación casi exclusiva por las consecuencias”, característica de la perspectiva del derecho internacional de la guerra, se encontraría la filosofía moral, que más bien le daría prioridad al “respeto de los derechos” de los afectados. Donde había consecuencialismo debería haber kantianismo —o la representación que tiene un americano de eso—, y la crítica de MCMAHAN a la igualdad de los combatientes justos e injustos finalmente deriva en este giro.

Sin embargo, MCMACHAN se decide muy fácilmente por este modelo. Es discutible tanto la tesis de MCMAHAN de que una guerra tiene una correspondencia normativa con una situación de legítima defensa, como su suposición de que la igualdad de todos los combatientes precisa de un recurso a un modelo de fundamentación consecuencialista. Más bien, la guerra y la legítima defensa se diferencian de modo esencial. Esto se explica por la extensión del derecho a la legítima defensa, en la medida en que este derecho concierne exclusivamente a la relación entre defendido y agresor, mientras que especialmente las guerras modernas tienen repercusiones masivas respecto de los no

combatientes. Pero, y por sobre todo, la responsabilidad de la mayoría de los combatientes injustos por el conflicto bélico es mucho menor que la del agresor en una situación de legítima defensa usual. Como se mencionó *supra*, MCMAHAN reconoce esta situación y no obstante busca minimizar sus repercusiones. El “logro de la causa justa” tiene un peso tal que frente a este la responsabilidad disminuida del soldado agresor en todos los casos representaría una *quantité negligeable*.

Sin embargo, esta afirmación es un ejemplo drástico de aquel consecuencialismo cuya superación MCMAHAN había establecido como meta. De la lógica de fundamentación de un punto de vista impregnado de kantianismo, en cambio, se sigue que la extensión de la pasibilidad de los intervinientes individuales en el conflicto de sufrir consecuencias debe estar alineada a su responsabilidad individual. El punto de vista de que la parte individual de responsabilidad de los combatientes de ambos bandos, la mayor parte de las veces, no se diferencia considerablemente partiría de la suposición justificada de que todos los intervinientes en el conflicto son responsables en común por este, que deben mantener los daños de guerra lo más reducidos posible y que no deben dificultar un acuerdo de paz futuro por medio de una estigmatización moral o incluso jurídico-penal del bando contrario. Esto lo pone de manifiesto aquel mínimo de solidaridad que incluso quienes son agredidos antijurídicamente le deben a su contrincante. Hay que reconocer que esta es una pretensión exigente. Su cumplimiento, empero, se hace más sencillo por el hecho de que no solo los fundamentos de la moral, sino también las consideraciones prudenciales hablan a su favor, pues ¿quién puede saber de antemano que quedará del lado vencedor? La subordinación de todos los combatientes a un régimen de comportamiento unitario es, vista de ese modo, nada más que la expresión técnico-jurídica de aquel mínimo de solidaridad que ellos se deben mutuamente incluso en la situación de un conflicto bélico. Este modelo de fundamentación indudablemente toma en cuenta mucho mejor la limitación externa del margen de maniobra de los soldados individuales, cuyos cuerpos en última instancia llevan a cabo la guerra, que la construcción de legítima defensa, excesivamente abstracta, de MCMAHAN.