

# Cómo luchar contra los combatientes irregulares

## ¿Están anticuadas las Leyes de conflicto armado?

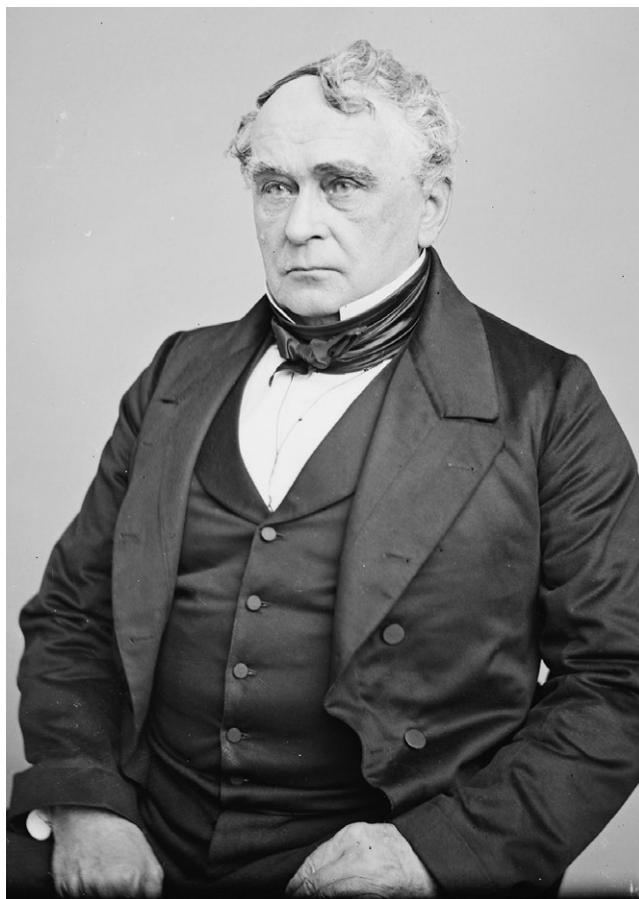
Sibylle Scheipers

Derechos reservados por la autora

*Este artículo fue publicado originalmente en la revista Parameters (en inglés), número de invierno de 2013-2014*

Frecuentemente, las Leyes de conflicto armado han sido descritas como anticuadas e inadecuadas en los conflictos militares del siglo XXI. Tanto los académicos como los profesionales han alegado que las guerras actuales tienden a ser conflictos asimétricos entre Estados y actores no estatales, mientras que las Leyes de conflicto armado fueron concebidas tomando en consideración la guerra simétrica interestatal. En el presente artículo, se desafía esta opinión.

Las Leyes de conflicto armado — desde el Código Lieber hasta los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra— estaban precisamente concebidas para actuar como una respuesta a los desafíos presentados por combatientes irregulares. Los problemas con el empleo de las Leyes en la guerra irregular surgen de los siguientes dos aspectos: en primer lugar, que los autores de las Leyes escogieron, repetidas veces, un planteamiento negativo con respecto a los combatientes irregulares. No proporcionaron una definición explícita de un guerrero irregular, ni delinearon los principios para su trato legal. El segundo aspecto es que los objetivos de las intervenciones militares occidentales difieren considerablemente de las previas formas de lucha contra



El Dr. Francis Lieber, jurista y filósofo político alemán-estadounidense.

Biblioteca del Congreso, División de Documentos y Fotografías

fuerzas irregulares: en las actuales guerras contra combatientes irregulares, la estabilización política y la reconciliación de la sociedad, son los objetivos políticos principales. Por lo tanto, la pregunta que enfrentan tanto los académicos como los profesionales es cómo pueden emplear las Leyes de conflicto armado de una manera que estos objetivos políticos puedan avanzar.

Los ataques terroristas del 11-S y las operaciones militares en sus secuelas, han generado un debate sobre el estatus y la aplicabilidad de las Leyes de conflicto armado en las guerras del siglo XXI. Los formuladores de política, en ambos lados del océano Atlántico, rápidamente afirmaron que las mismas leyes, la mayoría de las cuales fueron elaboradas en el siglo XX, eran irrelevantes en los campos de batalla del siglo XXI. La discusión sobre que las Leyes de conflicto armado eran inadecuadas en el paradigma de lo que llegó a ser conocido como la guerra contra el Terrorismo, fue decisiva para la decisión de la administración del presidente Bush, en febrero de 2002, de no emplear los Convenios de Ginebra en cuanto a los combatientes de al Qaeda y del Talibán que habían sido capturados en Afganistán.<sup>1</sup> Si bien la mayoría de los europeos consideran haber optado consistentemente por un planteamiento tipo estado de derecho con respecto al terrorismo, los funcionarios de mayor antigüedad en Europa hicieron eco del argumento.<sup>2</sup>

La presunción en la cual se basa esta evaluación es que las Leyes de conflicto armado fueron concebidas tomando en consideración las guerras simétricas interestatales, aunque las guerras del siglo XXI serán conflictos asimétricos en donde las fuerzas regulares del Estado lucharan contra distintos actores tales como terroristas, rebeldes, insurgentes, milicias, mercenarios, piratas, etcétera, quienes, por lo regular, se agrupan según el concepto de actores no estatales. La simetría implica la reciprocidad, lo cual significa que todas las partes en un conflicto se regirán por las mismas reglas. El concepto de represalias beligerantes, que eran métodos de guerra legítimos hasta la redacción de los Convenios de Ginebra en 1949, refleja esta presunción de reciprocidad: si una parte del conflicto, sistemáticamente, viola las Leyes de conflicto armado, el adversario tiene el derecho de tomar represalias de la misma manera u otra medida punitiva para asegurar mantener el estado de derecho.

En los conflictos asimétricos —y es importante

tener en cuenta que el concepto de la guerra asimétrica data de antes de la guerra contra el Terror, y abarca no solo el terrorismo sino también los conflictos en las periferias del sistema internacional denominados de diferentes maneras, como guerras nuevas, conflicto de baja intensidad, operaciones militares sin guerra, o la guerra de la cuarta generación— se socava, por definición, la reciprocidad.<sup>3</sup> El concepto de la guerra asimétrica implica que un oponente más débil con menos capacidades y recursos militares, compite contra un actor estatal poderoso. Los oponentes débiles emplearán casi todos los recursos a su disposición para lograr los objetivos en la guerra; emplearán tácticas terroristas, atacarán a civiles, colocarán bombas al borde de las carreteras y matarán a prisioneros si, por casualidad, capturan a algunos.<sup>4</sup> Si bien los oponentes débiles no respetan la ley, desafiarán toda transgresión percibida por parte del actor estatal y lo utilizarán en la corte de opinión pública internacional. También provocarán



Retrato colodión del General de división Henry W. Halleck, oficial de Ejército Federal cerca de 1865.

Biblioteca del Congreso, División de Documentos y Fotografías

dichas transgresiones, al usar escudos humanos cerca de los blancos de alto valor. Esta es la vulnerabilidad de la parte más fuerte con respecto a las alegaciones de las Leyes de conflicto armado, a la cual se refiere como “guerra legal”, o “*lawfare*” en inglés.<sup>5</sup> Por lo tanto, desde esta perspectiva, el ser defensor de la ley significa sufrir, pero sin ventaja para la parte más fuerte, en un conflicto asimétrico.

La conclusión común en este tipo de análisis es que las Leyes de conflicto armado están anticuadas, que las mismas necesitan ser, ya sea, eliminadas o revisadas, y no será una sorpresa ver surgir e institucionalizar nuevas normas morales y legales sobre el uso de la fuerza armada. La pregunta que raramente se plantea es que si las leyes se redactaron tomando en consideración la guerra asimétrica interestatal —ese ideal regulativo de los campos de batalla ingobernables y confusos del siglo XXI, es el que todos los académicos, comentaristas y formuladores de política parecieran intentar comprender.

## Desde Lieber hasta el protocolo adicional I

Una de las primeras acciones que tomó el general, Henry W. Halleck, en su cargo de General en Jefe de todos los ejércitos de la Unión [en la guerra Civil de EUA], fue comisionar un memorándum legal de Francis Lieber sobre el problema de la guerra de guerrillas. Halleck, quien tenía conocimiento de leyes, estaba motivado por el deseo de prevalecer en la lucha contra el liderazgo de la Confederación sobre la legitimidad del uso de combatientes irregulares que se habían creado junto a los genuinos enfrentamientos militares en los campos de batalla de la guerra Civil estadounidense. El 28 de abril de 1862, el Congreso de la Confederación adoptó el Acta de Tropas Partisanas, donde se estipulaba que el Presidente podía autorizar el uso de grupos de tropas partisanas que operaran contra las fuerzas de la Unión tras las líneas enemigas. Halleck, contundentemente, expresó que esto era una violación a las costumbres de la guerra y esperaba que Lieber le respaldara con una opinión legal autoritativa. Sin embargo, el texto resultante titulado *Guerrilla Parties Considered with Reference to the Laws and Usages of War* (1862) debió haber sido una desilusión para Halleck. Lieber produjo una evaluación legal extraordinariamente detallada y matizada de los combatientes irregulares, donde

estableció seis categorías diferentes, a saber: piratas (*freebooters*); bandidos; partisanos y cuerpos libres; espías, rebeldes y conspiradores; rebeldes de guerra, y el levantamiento espontáneo en masa.<sup>6</sup> De estas seis categorías de combatientes irregulares, solo los partisanos y los cuerpos libres y el levantamiento espontáneo en masa, aún sin uniformes, eran considerados beligerantes legales, según Lieber. El guerrillero se alternaba entre ser bandido, partisano y participante en el levantamiento espontáneo en masas que, según Lieber, hizo sumamente difícil determinar su estatus legal.<sup>7</sup>

Esto evidentemente no era lo que esperaba Halleck. Según Halleck, aún los partisanos, queriendo decir unidades regulares que operaban independientemente de su comando y, por lo tanto, los más regulares de todos los combatientes irregulares, debían ser considerados fuerzas beligerantes ilegales y ser fusilados, y ni hablar de los que participaban en levantamientos espontáneos en masa, o guerrilleros. La desilusión sufrida por Halleck pudo haber sido el motivo de su reticencia para apoyar el proyecto más ambicioso de Lieber, lo que llegó a ser conocido como el Código Lieber.<sup>8</sup> El trato de Lieber para con los combatientes irregulares en el Código, elaborado en 1863, es menos matizado. Mantuvo la distinción entre los partisanos legales y otros tipos ilegales de combatientes irregulares, lo que por consiguiente, destacó la diferencia de opinión con Halleck. Sin embargo, no mencionó el levantamiento espontáneo en masa, ni discutió la pregunta problemática de la legalidad de los guerrilleros.<sup>9</sup>

En vista de la opinión de Halleck sobre el problema de los combatientes irregulares, no es de sorprender que la mayoría de los escritos de Lieber sobre el tema fuera ignorado por los comandantes y tropas de la Unión en el campo de batalla. Sin embargo, había una sección del Código Lieber que los oficiales de la Unión seguían mucho más estrechamente y esa fue la sección sobre la “Insurrección—Guerra civil—Rebelión”. A menudo, a Lieber se le ha reconocido por intentar codificar las protecciones para los civiles en la guerra.<sup>10</sup> Pero esto no es completamente exacto. De hecho, Lieber era bastante ambivalente cuando se trataba de proteger a los civiles de los efectos de la guerra. No conceptualizó a los civiles como un grupo de personas protegidas como tal; usó el término “ciudadanos no armados”. De mayor importancia, el Código Lieber contenía dos planteamientos contrarios para el trato de lo que en la actualidad

llamaríamos “civiles”. Por una parte, Lieber declaró que la “persona, propiedad y honor del ciudadano no armado estaría a salvo hasta el grado que lo permitieran las exigencias de la guerra.”<sup>11</sup> Por otra parte, en la sección sobre la Insurrección—Guerra civil—Rebelión,” Lieber escribió lo siguiente:

El comandante militar del gobierno legítimo, en una guerra de rebelión, hace la distinción entre el *ciudadano leal* y el *ciudadano desleal* en la parte sublevada del país. El *ciudadano desleal* también puede ser clasificado como los *ciudadanos que simpatizan con la rebelión sin apoyarla activamente* y los que, *sin levantarse en armas, dan apoyo y comodidad al enemigo rebelde* sin estar físicamente obligados a hacerlo... El comandante impondrá el máximo peso de la guerra, dentro de su poder, *sobre los ciudadanos desleales* de la zona o provincia sublevada, sometiénolos a una imposición de la ley más rigurosa que a los enemigos no combatientes en la guerra regular... el comandante podría *expulsar, trasladar, encarcelar, multar* a los ciudadanos rebeldes que rehúsan jurar fidelidad como ciudadanos obedientes de la ley y leales al gobierno.<sup>12</sup>

El planteamiento legal de Lieber con respecto a una guerra de rebelión, hizo que las protecciones para los civiles fueran elaboradas según su comportamiento e, incluso, su cosmovisión política. En esencia, puso a todos los civiles en el territorio enemigo bajo sospecha general. Por lo tanto, el Código Lieber “estableció muy pocas barreras sólidas contra el trato severo” de los ciudadanos.<sup>13</sup> Este planteamiento fue seguido muy de cerca porque Lieber, de hecho, había tomado su inspiración de esta sección de la práctica prevaleciente en el campo. El planteamiento de tres escalones que hacia la distinción entre los ciudadanos leales, pasivamente desleales y activamente desleales, había sido elaborado en 1862 por los comandantes de la Unión en el Estado de Misuri y, luego, aprobado por el mismo Halleck.<sup>14</sup> Lieber solamente copió lo que era práctica común en el campo.

Poco después del fin de la Guerra civil estadounidense, nuevamente la pregunta de cómo lidiar con los combatientes irregulares llegó a ser un tema apremiante, aunque esta vez, del lado europeo del océano Atlántico. En 1870, el ejército prusiano había

derrotado a las fuerzas francesas y casi capturaron a París cuando el gobierno francés, en ese entonces, bajo el liderazgo del republicano León Gambetta, a último momento, hizo en esfuerzo para evitar la derrota. En octubre de 1870, Gambetta les pidió a sus conciudadanos resistir las fuerzas de ocupación alemanas como *francs-tireurs* (francotiradores y literalmente, “tiradores libres”) y atacar sus líneas de comunicación. El liderazgo prusiano estaba indignado. A pesar de la insistencia del gobierno francés de que los francotiradores eran beligerantes legales, el cuartel general prusiano emitió una orden en la cual, no se debía tratar a los francotiradores como prisioneros de guerra, sino que debían ser ejecutados inmediatamente después de la captura. Luego, esta orden fue enmendada y el nuevo decreto estipuló diez años de trabajo forzoso en lugar de ejecuciones inmediatas. No obstante, las fuerzas alemanas trataron a la mayoría de los francotiradores como prisioneros de guerra cuando fueron capturados. Sin embargo, los civiles tuvieron que sufrir el trato duro a manos de las fuerzas alemanas, especialmente, en las áreas donde estaban activos los francotiradores. Parecidos a las fuerzas de la Unión en la Guerra civil estadounidense, los alemanes optaron por un planteamiento punitivo basado en la presunción de que, a fin de cuentas, la población del lugar era responsable del problema de los francotiradores.

La característica decisiva de tanto la Guerra civil estadounidense como la Guerra franco-prusiana era que los oponentes tenían ideas divergentes sobre quién era un beligerante legal. No era de sorprender, entonces, que los contemporáneos consideraron necesario clarificar las Leyes de guerra y, en particular, cuál era el significado del término combatientes irregulares. Por el lado estadounidense, el Código Lieber sirvió tal propósito, aunque los comandantes de la Unión honraron sus provisiones sobre los combatientes irregulares más en el incumplimiento que en la observancia. En Europa, la Guerra franco-prusiana creó la necesidad de negociar y codificar las Leyes de guerra. Sin lugar a dudas, fue la experiencia del problema sobre los francotiradores lo que proporcionó el ímpetu principal. Las negociaciones en Europa estuvieron muy influenciadas por el Código Lieber, el cual formó la base de varios borradores de propuestas que se debatieron en la conferencia de Bruselas en 1874.

En la conferencia, no se produjo nada aceptable



Soldados franceses al lado de un cañón, 23 de julio de 1870, en la Guerra franco-prusiana, de 1870 a 1871.

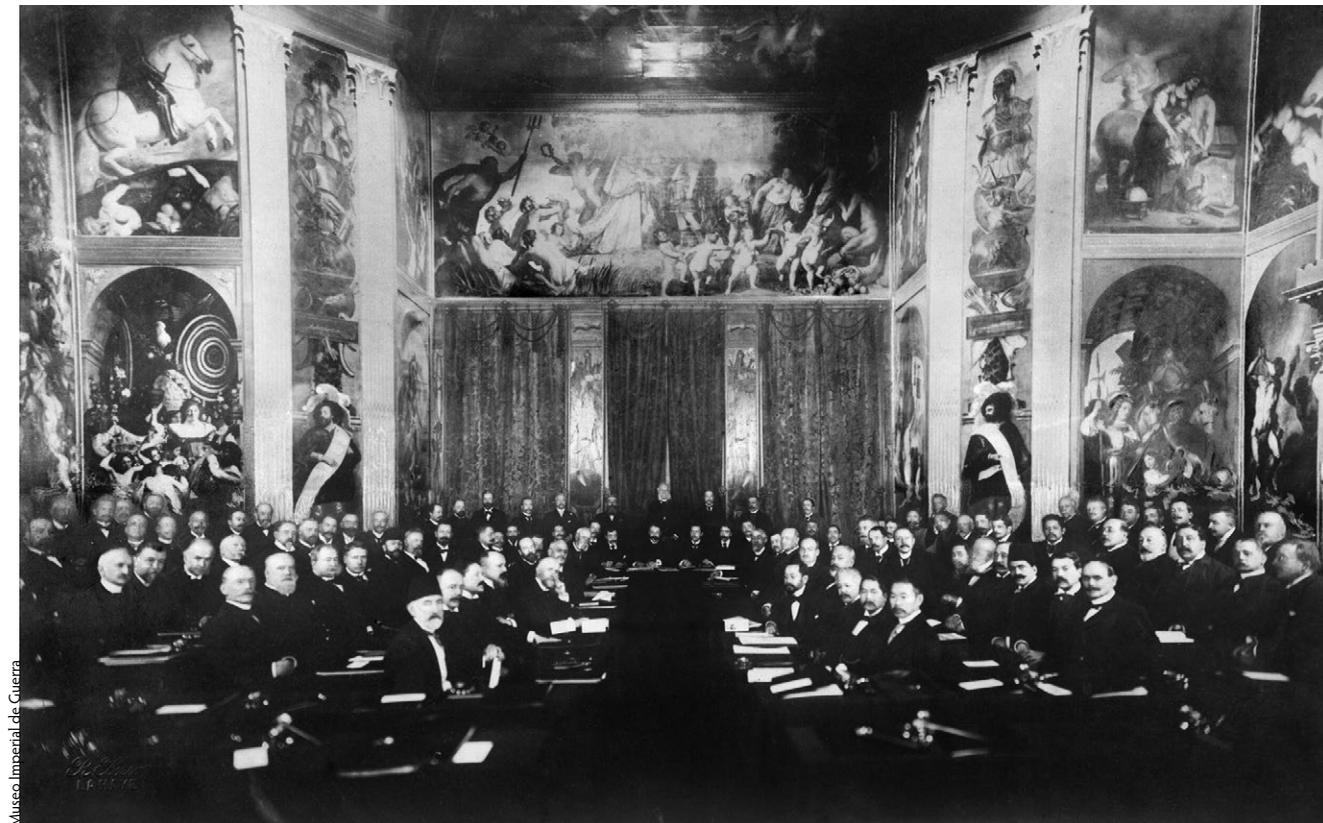
para todas las partes participantes; por lo tanto, no se adoptó ninguna ley. La cuestión de la legitimidad de los combatientes irregulares se tornó tan enredada con los asuntos del poder militar y político, así como con las diferencias ideológicas, lo cual hizo imposible que los principales poderes europeos llegaran a un acuerdo. Sin embargo, las iniciativas de establecer la codificación legal abrieron el campo de batalla con respecto a la definición y clarificaron las distintas posiciones dentro de la misma. Las divisiones políticas pronto llegaron a aclararse: Alemania y Rusia, quienes poseían grandes ejércitos regulares, intentaron mantener una definición de la beligerancia legal sumamente restrictiva y, por consiguiente, no dejaron margen para un levantamiento en masa defensivo, ni siquiera fuerzas de milicia. A diferencia de los grandes poderes, los Estados más pequeños quienes dependían de las milicias para la defensa nacional, se opusieron a esta propuesta restrictiva. Estaban respaldados por Gran Bretaña y Francia. La conferencia terminó después de un mes de negociaciones, sin lograr adoptar un texto legal. Solamente se emitió una declaración. No obstante, los abogados internacionales aparentemente no se sintieron desanimados por dicho resultado. En 1880, el Instituto de Ley Internacional de Oxford publicó su propio manual titulado *The Laws of War on Land* [Las

Leyes de la guerra terrestre].

La declaración de Bruselas y el Manual de Oxford eran similares con respecto a su estructura y contenido. Los dos textos eran más inclusivos que el Código Lieber en cuanto a la cuestión de la legitimidad de los combatientes irregulares. En los Artículos 9 y 10 de la declaración de Bruselas se estipuló que los ejércitos regulares, fuerzas de milicia, cuerpos voluntarios y un levantamiento en masa espontánea contra una invasión, constituían formas legales de defensa nacional.<sup>15</sup>

El hecho de que ni la declaración de Bruselas ni el Manual de Oxford recibieran gran aceptación, demostró que el asunto de la definición y el trato de combatientes irregulares todavía no se había resuelto. A lo más que se llegó fue al consenso sobre la definición de la beligerancia legal en 1907 con el Convenio de la Haya sobre las Reglas y Costumbres de la Guerra Terrestre. El Convenio de la Haya siguió usando las provisiones de la legitimidad del levantamiento en masa defensivo en el territorio no ocupado, aunque no mencionó otras organizaciones militares incluidas en el Manual de Oxford, tales como la Guardia nacional, milicias y cuerpos libres.<sup>16</sup>

En resumidas cuentas, la historia de las Leyes de conflicto armado desde el Código de Lieber hasta el Convenio de la Haya demuestra, en primer lugar,



Museo Imperial de Guerra

La primera Conferencia internacional de paz de La Haya, mayo-junio de 1899. Los delegados de la Conferencia, convocada por el Zar de Rusia, discutieron el desarme mundial. El Zar quiso que su país evitara la carga económica de igualar los gastos militares de Alemania y Austria. En este respecto, no se logró el éxito en la Conferencia. Sin embargo, se definieron y codificaron algunas leyes de guerra en una serie de Convenios. En esta Conferencia también se estableció una Corte internacional de arbitraje. Estos logros significativamente influyeron la conducción de las dos guerras mundiales.

que los esfuerzos de codificación fueron provocados por la experiencia de la lucha irregular en la Guerra civil estadounidense y la Guerra franco-prusiana. En segundo lugar, muestra que los principales poderes políticos disputaban los límites de la beligerancia legal. Por último, que debido a esta disputa, la definición legal de lo irregular se logró desde lo negativo, y no había provisiones sobre el trato de esta categoría de personas. Si bien Lieber inicialmente comenzó con una lista detallada de categorías definidas de combatientes irregulares, el Convenio de la Haya solo define la beligerancia legal. Por lo tanto, según la ley de la Haya, todos los combatientes irregulares son combatientes que no califican como beligerantes legales y que no cuentan con protecciones legales tal como el estatus de prisioneros de guerra.

Por consiguiente, mientras que se perdió mucho matiz y detalle de los textos iniciales de Lieber sobre el tema de la definición de los combatientes irregulares, la tendencia a echarle la culpa a los ciudadanos por la

actividad de los combatientes irregulares y hacerles responsables con medidas punitivas, se mantuvo hasta los primeros textos europeos. Tanto la declaración de Bruselas como el Manual de Oxford estipulan que los poderes invasores pueden imponer multas sobre la población.<sup>17</sup> En el Manual de Oxford se explica mejor la protección de civiles —si bien se debe tener presente que los textos legales en aquel entonces no usaron ni definieron esta categoría— y se declara que “Queda prohibido maltratar a las poblaciones inofensivas.”<sup>18</sup> Al mismo tiempo, deja claro que “Los habitantes de un territorio ocupado que no se sometan a las órdenes del invasor, pueden ser obligados a hacerlo.”<sup>19</sup> Por lo tanto, la conclusión de las iniciativas iniciales para la codificación de las Leyes de guerra es que la población civil solo merece protección si se somete completamente a las fuerzas de ocupación. Este planteamiento, en cuanto a las Leyes de guerra, trataba tanto humanizar la guerra y proteger a los civiles contra la crueldad innecesaria como disciplinar a los civiles. Su punto de vista con

respecto a los civiles siempre era potencialmente punitivo y el motivo de esta severa postura era los posibles vínculos que existían entre los civiles y los combatientes irregulares: podrían apoyarles o levantarse en armas ellos mismos. De manera que, si la línea entre lo regular y lo irregular era poco clara a finales del siglo XIX, los límites que existían entre lo irregular y los civiles era aún más cuestionable. Esta tendencia siguió en las leyes de la Haya.<sup>20</sup> Las atrocidades que cometieron las fuerzas alemanas, junto con el temor de los francotiradores, era igual que la paranoia en Bélgica y el norte de Francia durante los primeros meses de la Primera Guerra Mundial, las cuales fueron prueba de que el planteamiento punitivo había llegado a ser aún más significativo en las operaciones militares en el terreno.<sup>21</sup>

Los cambios de las leyes solo vinieron con los Convenios de Ginebra en 1949, que proporcionaron protecciones más detalladas para los civiles de un territorio ocupado. Nuevamente, esto fue precipitado por una transformación en la percepción del guerrero irregular. A la Segunda Guerra Mundial, en gran parte, se le recuerda como un ejemplo clásico de la guerra simétrica interestatal, sin embargo, tenía aspectos sumamente irregulares.<sup>22</sup> Si bien es posible que los grupos de resistencia que lucharon contra la ocupación nazi en Europa y la ocupación japonesa en Asia no tuvieron un impacto estratégico decisivo, la experiencia de la resistencia irregular y las espantosas contramedidas del Eje, dejaron un legado importante para el desarrollo de las Leyes de conflicto armado después de la guerra. Fue difícil mantener la imagen de los combatientes irregulares como el rebelde ilegal, dado que la guerra había vindicado la causa moral de los movimientos de resistencia.

La inquietante verdad era que el planteamiento posiblemente punitivo hacia los civiles en un territorio ocupado, caracterizado en la Ley de la Haya, no hizo nada para controlar los excesos genocidas de las fuerzas de ocupación alemanas en el frente oriental y, mucho menos, en el territorio ocupado en Europa occidental. Sin duda alguna, la Ley de la Haya no previó ni perdonó el exterminio de millones de judíos en Europa oriental, pero la perspectiva punitiva en cuanto a los combatientes irregulares y sus supuestos partidarios civiles, probablemente jugó un rol específico para hacer justificables las acciones de las fuerzas de ocupación alemanas en la mente de algunos oficiales y tropas alemanas.<sup>23</sup> Por

lo tanto, era lógico lidiar con la cuestión de las protecciones para civiles en el territorio ocupado como uno de los temas más apremiantes en los Convenios de Ginebra en 1949. Por ende, el Cuarto Convenio de Ginebra, el Convenio sobre Civiles, representa la innovación legal más importante lograda en Ginebra. Este convenio demarca a los civiles como una categoría distinta de personas que tienen el derecho de recibir protecciones específicas en la guerra y elimina el planteamiento posiblemente punitivo para los civiles, al prohibir represalias, multas y toma de rehenes.<sup>24</sup> También separa, simbólicamente, a los civiles de sus supuestos vínculos con los combatientes irregulares.

Al mismo tiempo, los Convenios de Ginebra avanzaron muy poco con respecto a la definición y provisiones de los combatientes irregulares. Los artículos sobre la beligerancia legal en realidad, han sido tomados de las reglas de la Haya. Nuevamente, esta decisión se redujo a consideraciones políticas. La delegación francesa en la Conferencia de Ginebra, que incluyó muchos antiguos integrantes de la resistencia, abogó por la inclusión de provisiones sobre las condiciones para las acciones de resistencia legales contra las fuerzas de ocupación, pero las delegaciones de Estados Unidos y el Reino Unido no mostraron ningún interés. Por último, Francia tuvo que darse cuenta de que había cambiado de bando: ya no era un país ocupado, sino que era parte de las fuerzas de ocupación aliadas en Alemania.<sup>25</sup>

Sin embargo, en un aspecto importante, en los Convenios de Ginebra se introdujeron nuevas provisiones para los combatientes irregulares: El Artículo común 3º delinea las protecciones mínimas que deben ser usadas en los conflictos armados “sin carácter internacional”. Estas incluyen la prohibición de la tortura y el trato degradante, así como la prohibición de ejecuciones “sin el enjuiciamiento previo pronunciado por una corte normalmente constituida.”<sup>26</sup> No es de sorprender que los poderes coloniales, el Reino Unido, siendo el más importante, quedaran alarmados por la amplia jurisdicción de este artículo. Cuando se llevó a cabo la Conferencia de Ginebra, las fuerzas británicas luchaban contra una insurrección comunista en Malaya y temían que el Artículo común 3º quizás fuera “restrictivo en cuanto a las operaciones.”<sup>27</sup> Tanto Gran Bretaña como Francia intentaron lidiar con el problema de las posibles restricciones sobre las operaciones militares en las colonias implicadas en el Artículo común 3º, al

insistir que las guerras en Kenia y Argelia, por ejemplo, eran emergencias internas que no calificaban como conflictos armados de carácter no internacional.

Con estos fuertes intereses políticos, no es de sorprender que solo se elaboraron las innovaciones legales con respecto a los combatientes irregulares después de que los principales poderes europeos habían perdido sus colonias. Nuevamente, surgió la base lógica de los Protocolos adicionales (AP I y II) de 1977 sobre una retrospectiva histórica: las guerras de descolonización habían demostrado que, a veces, los combatientes irregulares luchan guerras moralmente defendibles, si bien con métodos difíciles de justificar, si se toman en consideración los requerimientos de la beligerancia legal, según lo delineado en las Leyes de la Haya y Ginebra. Si bien sus deficiencias pueden ser perdonables en virtud de su situación: debido a la opresión colonial, muchos combatientes irregulares no podían cumplir con los requisitos de una beligerancia legal y el castigarlos solo hubiera perpetuado el régimen opresivo en contra del cual luchaban los mismos. La solución era restringir las condiciones de una beligerancia legal, al estipular que los combatientes legales son integrantes de cualquiera fuerza armada, unidad o grupo comandado por una persona responsable de una parte del conflicto armado en cuestión, “aunque dicha Parte está representada “por un gobierno o autoridad no reconocida por la Parte adversaria.”<sup>28</sup> En calidad de requerimiento procedimental, en el Protocolo adicional I se estipula que los combatientes tienen que portar armas abiertamente mientras participan en un ataque, o en una operación militar preparatoria para un ataque.<sup>29</sup>

A pesar de esta innovación, las Leyes de conflicto armado mantuvieron su planteamiento negativo para el problema de los combatientes irregulares. El Protocolo adicional I disminuye los requisitos del privilegio combatiente y, por lo tanto, aumenta la variedad de personas que califican para el estatus de prisionero de guerra. Simultáneamente, no trata la cuestión de cómo categorizar a las personas que no pasan la prueba determinante de beligerancia privilegiada, ya sea, porque violan los requerimientos organizacionales o procedimentales establecidos en los Artículos 43 y 44, o porque son civiles que se levantan en armas contra una fuerza de ocupación. Varios memorándums legales emitidos por subsiguientes administraciones estadounidenses, así como el discurso académico, han

empleado el término “combatientes ilegales” como una denominación para las personas que, ya sea, no son combatientes privilegiados ni “civiles pacíficos.”<sup>30</sup> Otros han alegado, vehementemente, que el término combatientes ilegales no es una categoría en las Leyes de conflicto armado.<sup>31</sup> Incluso, si dejamos a un lado el asunto de denominaciones, todavía queda el problema de que hay muy pocas provisiones legales sobre el trato de este tipo de personas.<sup>32</sup> Además, los principales actores internacionales, tales como Estados Unidos e Israel, no han ratificado el Protocolo adicional I y, por lo tanto, solo se circunscriben las provisiones sobre los combatientes irregulares que se han convertido en ley internacional consuetudinaria (específicamente, los Artículos 43 y 75).

## Los conflictos del siglo XXI

La historia de la codificación de las Leyes de conflicto armado muestra que no fueron exclusivamente elaboradas tomando en consideración la guerra asimétrica interestatal. Al contrario, fue la experiencia de los problemas presentados por los combatientes irregulares que impulsaron la ley, paso por paso, desde sus fases iniciales hasta los Protocolos adicionales de 1977. En el trayecto se corrigió una deficiencia importante de las Leyes de conflicto armado: el concepto de que los civiles eran culpables si los combatientes irregulares habían operado en su territorio y, por lo tanto, estaban sujetos a ser castigados. Otra gran deficiencia es su planteamiento negativo con respecto a la definición de los combatientes irregulares y su falta de provisiones para este estatus el cual continuaba a través de distintas fases de la codificación.

De manera que, no estaban completamente equivocados los académicos y los profesionales legales quienes sostienen que Estados Unidos (y otras naciones) no tenían lo suficiente para proceder en términos de la ley en cuanto al asunto de cómo debían tratar a los presuntos integrantes de al Qaeda y a otros combatientes irregulares en las operaciones recientes, aunque el motivo de esto no era que la ley está anticuada.<sup>33</sup> Más bien, tiene que ver con el hecho de que los principales actores internacionales en rondas sucesivas de la codificación de la ley, no tenían ningún interés de delinear una definición detallada sobre la beligerancia ilegal y estipular las provisiones necesarias para el trato de personas incluidas en esta categoría.

El planteamiento de exclusión de la ley relativa a los combatientes irregulares hizo muy fácil marginarlos, solo porque eran percibidos como una anomalía para la cual la ley no ofrecía provisión alguna.

Esta perspectiva ha causado una distorsión negativa en el debate sobre los combatientes irregulares que ha impedido el planteamiento de la pregunta más relevante: ¿cómo el Oeste debe tratar a los combatientes irregulares para avanzar sus objetivos estratégicos en las operaciones militares? Por el contrario, ha llevado a extremos legales. Dos posiciones extremas surgieron en un espectro de distintas opiniones sobre el trato legal de los combatientes irregulares. Las dos posiciones comparten el punto de vista de que la ley está anticuada, pero llegan a conclusiones contrarias en la perspectiva hacia el futuro. En un extremo del espectro están los que quieren crear reglas más explícitas y agregar nuevas restricciones; en el otro, están los que sostienen que las Leyes de conflicto armado no tienen que ver con los combatientes irregulares y, por consiguiente, se quedan sin ningún derecho o protección. Ambas posiciones son muy complicadas.

En cuanto a la primera posición, es una observación frecuentemente repetida entre los abogados internacionales críticos, comentaristas y activistas de que el planteamiento del Occidente con respecto a los combatientes irregulares en la guerra contra el Terror y, en particular, su detención e interrogación, ha sido caracterizada por el establecimiento de “agujeros, hermetismos” legales y la explotación de “lagunas legales”.<sup>34</sup> La necesidad de elaborar más leyes pareció ser una conclusión lógica. Sin embargo, no es completamente correcto el hecho de que los aspectos más desastrosos del trato de los combatientes irregulares en los recientes conflictos surgieron por la falta de leyes o raciocinio legal. Por el contrario, los numerosos memorándums legales sobre el tema de los combatientes irregulares emitidos desde 2001, han sido elaborados por abogados en donde se incluyeron argumentos y conceptos legales.<sup>35</sup> Con estos antecedentes, es difícil ver cómo la opción predeterminada de agregar más leyes debió haber proporcionado protecciones y soluciones viables. Además, el hecho de que hay una gama de conceptos e ideas sobre cómo las Leyes de conflicto armado debe actualizarse para regular el trato de los combatientes irregulares, sugiere que llegar a un nuevo consenso internacionalmente obligatorio, sería difícil y tomaría

mucho tiempo. Están en curso iniciativas limitadas para formular reglas preliminares, tales como el Proceso de Copenhague sobre la Administración de Detenidos, en el cual participan la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y sus Estados miembros, las Naciones Unidas y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).<sup>36</sup> Si bien estos debates preliminares son loables y útiles, estas iniciativas limitadas incluso tomarán tiempo para producir resultados que podrían ser considerados como una guía sólida en las operaciones en el terreno.

En el otro extremo del espectro, hay algunos que presumen que las Leyes de conflicto armado no son pertinentes. Sin embargo, según lo antes discutido, el Artículo común 3° de los Convenios de Ginebra y el Artículo 75 del Protocolo adicional I, ofrecen protecciones mínimas a toda categoría de personas en el conflicto armado, por consiguiente, también a los combatientes irregulares. Estas fuentes abarcan las prohibiciones sobre el asesinato, tortura y el trato inhumano y degradante; prostitución forzosa; toma de rehenes; castigos colectivos y amenazas de cualquiera de estos actos. Además, delinean algunas de las reglas procedimentales básicas para el enjuiciamiento de personas por delitos penales.<sup>37</sup> Estas fuentes sí permiten la detención, o encarcelamiento de personas que puedan presentar una amenaza para la seguridad de los Estados que toman parte en un conflicto armado. Lo que no clarifican es, en primer lugar, en qué tipo de pruebas dicha detención debe basarse y, en segundo lugar, cuáles son los criterios y procedimientos para la detención continuada o, alternativamente, la liberación.<sup>38</sup>

En ausencia de nuevas reglas legales, se necesita encontrar soluciones políticas y estratégicas a estos asuntos. El desafío fundamental es orientar el trato de combatientes irregulares en los teatros de guerra comparables con Afganistán e Irak, tomando en consideración el objetivo de la estabilización política y reconciliación de la sociedad. Los conflictos asimétricos y los dilemas relacionados con el trato de combatientes irregulares no son nuevos. Sin embargo, lo que sí es nuevo es el énfasis en la pacificación sostenible —la estabilización, la palabra de moda actual— como el objetivo final en estas guerras. En este escenario, es cuestionable si un planteamiento de absoluta exclusión es el camino hacia el futuro. La estabilización política requiere la reconciliación de la sociedad y la

reintegración de los combatientes irregulares en el sistema social y político del Estado objetivo en cuestión. Las negociaciones sostenidas con los líderes talibanes, que comenzaron en junio de 2013 en Catar, dan testimonio del reconocimiento (tardío) del Occidente sobre la reconciliación y reintegración como componente vital de la estabilización a largo plazo.

Esta perspectiva es especialmente pertinente para las personas cuya lealtad se antepone a la insurrección del lugar, es decir, los combatientes que no están involucrados en las operaciones terroristas globales. La cuestión de su trato útilmente discutida desde la perspectiva del fin de la guerra: ¿cómo debería tratarse a los combatientes para permitir su exitosa reintegración en la sociedad al fin de la guerra? ¿Cómo impactará su trato durante el conflicto en las probabilidades de la reconciliación post conflicto y, por consiguiente, el logro de una paz duradera? Los comentaristas supuestamente más informados, especialmente en el lado europeo del océano Atlántico, frecuentemente sugieren que tratarlos como delincuentes, en lugar de gratificarlos con el estatus de combatiente, es el camino hacia el futuro, cuando se trata del trato de los combatientes irregulares. Sin embargo, hay indicaciones de casos históricos, especialmente de la experiencia del Reino Unido con el Ejército republicano irlandés en las décadas de los años 70 y 80, de que el reconocer algún tipo de estatus combatiente de los combatientes irregulares detenidos y de los terroristas del lugar, puede preparar el camino para soluciones políticas a largo plazo.<sup>40</sup> Por otra parte, los enjuiciamientos delictivos serían la solución preferible para los que han estado bajo sospecha de participar en la planificación o implementación de ataques terroristas de carácter internacional. El hecho de que estos enjuiciamientos han fracasado, parece tener poco que ver con los principales obstáculos. Más bien, los dos factores inhibitorios más graves eran, en primer lugar, que las comisiones militares inicialmente encargadas de enjuiciar a este grupo de personas, se basaban en reglas y procedimientos tan deficientes que resultaron ser imposibles de corregir. En segundo lugar, parte de las pruebas usadas contra estos sospechosos se basaba en la tortura y, por lo tanto, inadmisibles en todo proceso judicial legal.<sup>41</sup> Estas complicaciones se hubieran podido evitar si se hubieran implementado las protecciones mínimas establecidas en el Artículo 75 del Protocolo adicional I.

## Conclusión

Las Leyes de conflicto armado es un campo de ley peculiar porque rehúsa regular un fenómeno que, en repetidas ocasiones, proporcionó el ímpetu principal para la codificación progresiva de los combatientes irregulares. En lugar de proporcionar definiciones y reglas sobre el trato de los combatientes irregulares, las generaciones subsiguientes de legisladores han optado por usar un planteamiento negativo para lidiar con el fenómeno: el combatiente irregular, ya sea mujer u hombre, es el que no califica para la beligerancia privilegiada ni privilegios, o las protecciones correspondientes. Esta peculiaridad de la ley dio lugar a las alegaciones de que las reglas legales establecidas, según fueron elaboradas en la Haya y en los Convenios de Ginebra, son anticuadas e irrelevantes en las guerras del siglo XXI.

Sin embargo, lo que estas alegaciones pasan por alto es que la ley fue influenciada por las consideraciones del poder político y conveniencia militar en todas las fases de su codificación. Halleck rechazó los conceptos de Lieber sobre el trato de los combatientes irregulares, porque los consideró demasiado indulgentes y temió que su implementación pudiera poner en peligro la victoria de la Unión en la Guerra civil estadounidense. Alemania ni Rusia tuvieron el menor interés de considerar a las milicias de pequeños Estados como beligerantes legales. Y, si bien los Aliados después de la Segunda Guerra Mundial consideraron tanto ético como útil fortalecer las protecciones para los civiles en la guerra, especialmente Francia y Gran Bretaña, no estuvieron muy contentos de codificar la ley de una manera que pudiera arriesgar su autoridad colonial. En todas estas ocasiones, los Estados poderosos tuvieron un fuerte interés en excluir a los combatientes irregulares de las protecciones brindadas por las Leyes de conflicto armado.

El derecho internacional, incluyendo la Ley de conflicto armado, está principalmente elaborado por los Estados y no es sorprendente ni completamente censurable que lleve el sello del interés del Estado. Sin embargo, lo importante aquí es estar consciente del hecho de que al principio del siglo XXI, puede ser que la exclusión total de los combatientes irregulares no era un interés estratégico del Occidente. Como hemos visto, los conflictos asimétricos no son nuevos. Los combatientes irregulares han existido en todo punto

de la historia de la guerra. Sin embargo, lo que es nuevo son los objetivos estratégicos y políticos de estabilización del Occidente en los conflictos contra los combatientes irregulares. En el siglo XXI, los Estados

occidentales enfrentan el desafío de conciliar las Leyes de conflicto armado con el objetivo estratégico de estabilización o, mejor dicho, usarlas de una manera que no socave este objetivo. ■

*La Dra. Sibylle Scheipers es una profesora en Relaciones internacionales en la Universidad de St. Andrews y profesora adjunta en el programa del Carácter cambiante de la guerra de la Universidad de Oxford.*

## Referencias bibliográficas

1. President's Memorandum for the Vice President, the Secretary of State, the Secretary of Defense, the Attorney General, Chief of Staff to the President, Director of Central Intelligence, Assistant to the President for National Security Affairs, Chairman of the Joint Chiefs of Staff, "Humane Treatment of al Qaeda and Taliban Detainees" (Washington, DC, 7 de febrero de 2002). En el memorándum, se declara que: "Por sus condiciones, [los Convenios de] Ginebra es relevante para los conflictos en los que participan 'Altas Partes Contratantes', que solo pueden ser Estados. Además, en los mismos, se presume la existencia de fuerzas armadas 'regulares' que luchan en nombre de Estados. Sin embargo, la guerra contra el terrorismo conlleva a un nuevo paradigma, uno en que los grupos con gran alcance internacional cometen actos espantosos contra civiles inocentes, a veces, con el apoyo directo de Estados. Nuestra nación reconoce que este nuevo paradigma —por primera vez presentado no por nosotros, sino por los terroristas— requiere un nuevo pensamiento en las leyes de la guerra, no obstante, un pensamiento que sea coherente con los principios de Ginebra".
2. Reid, John, "Twenty-First Century Warfare —Twentieth Century Rules," *RUSI Journal* 151, nro. 3 (2006): págs. 14-17.
3. Véase Thornton, Rod, *Asymmetric Warfare: Threat and Response in the Twenty-First Century* (Cambridge: Polity, 2007) para un resumen de la guerra asimétrica. Más generalmente sobre la supuesta transformación global de la guerra, Kaldor, Mary, *New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era* (Stanford, California: Stanford University Press, 2007); Van Creveld, Martin, *The Transformation of War* (Nueva York: Free Press, 1991). Sobre la Guerra de la cuarta generación, véase Hammes, T.X., *The Sling and the Stone: On War in the Twenty-First Century* (St. Paul, Minnesota: Zenith Press, 2006).
4. Gross, Michael L., *Moral Dilemmas of Modern War: Torture, Assassination and Blackmail in an Age of Asymmetric Conflict* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010). Véase Osiel, Mark, *The End of Reciprocity: Terror, Torture and the Law of War* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009) para una crítica de esta estrecha interpretación de reciprocidad.
5. Véase, por ejemplo, Dunlap, Charles C., "Lawfare amid Warfare," *The Washington Times*, 3 de agosto de 2007.
6. Hartigan, Richard Shelly, *Lieber's Code and the Law of War* (Chicago: Precedent Publishing, 1983), págs. 34-39.
7. *Ibid.*, p. 40.
8. Cuando Lieber escribió a Halleck en noviembre de 1862, sugiriendo un conjunto de reglas más generales para la conducción de la guerra, Halleck respondió bruscamente, "Actualmente, no tengo tiempo para considerar el tema." Solo fue por la perseveración del Lieber que, con el tiempo, se adoptó el código; Grimsley, Mark, *The Hard Hand of War: Union Military Policy towards Southern Civilians, 1861-1865* (Cambridge: Princeton University Press, 1995), p. 149.
9. Hartigan, *Lieber's Code*, p. 60.
10. Véase, por ejemplo, Meron, Theodor, "Lieber's Code and the Principles of Humanity," *Columbia Journal of Transnational Law* 36, nro. 22 (1997): págs. 269-81.
11. *Ibid.*, p. 49.
12. *Ibid.*, p. 71, énfasis agregado.
13. Grimsley, *Hard Hand*, p. 150.
14. Véase Scheipers, Sibylle, *Unlawful Combatants: A Genealogy of the Irregular Fighter* (Oxford: Oxford University Press, en prensa, 2014), capítulo 2 para un informe más detallado.
15. "The Laws of War on Land," *Institute of International Law at Oxford*, 9 de septiembre de 1880, <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/1880a.htm>.
16. Anexo del Convenio "Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land," Sección I, Capítulo I, Artículos 1-2, en *Documents on the Laws of War*, ed. Adam Roberts y Richard Guelff (Oxford: Oxford University Press, 2000), p. 73.
17. "Project of an International Declaration Concerning the Laws and Customs of War," Artículos 36-48, Bruselas, 27 de agosto de 1874, <http://www.icrc.org/ihl/INTRO/135>; "The Laws of War," Artículos 43-60.
18. "The Laws of War," Artículo 7.
19. *Ibid.*, Artículo 748.
20. Nabulsi, Karma, "Evolving Conceptions of Civilians and Belligerents: One Hundred Years after the Hague Peace Conferences," *Civilians in War*, ed. Simon Chesterman (Boulder, Colorado: Lynne Rienner, 2001), págs. 9-24.
21. Horne, John y Kramer, Alan, *German Atrocities, 1914: A History of Denial* (New Haven, Connecticut: Yale University Press, 2002).
22. Jonathon E. Gumz aún alega a favor de un replanteamiento de la Segunda Guerra Mundial "como un conjunto de insurgencias delimitadas en donde las mismas no solo eran restringidas para las fuerzas armadas profesionales, sino, más bien, incluyó varios grupos ideológicos y nacionalizados", "Reframing the Historical Problematic of Insurgency: How the Professional

Military Literature Created a New History and Missed the Past," *Journal of Strategic Studies* 32, núm. 4 (2009): págs. 553-88.

23. Independientemente de cuán débiles fueran sus declaraciones en defensa de sus acciones, algunos oficiales en el enjuiciamiento del SS-Einsatzgruppen en Núremberg sostuvieron que las ejecuciones que llevaron a cabo, habían sido legales, ya que "los que habían sido asesinados eran culpables de la guerra partisana y de robo". Earl, Hilary, *The Nuremberg SS-Einsatzgruppen Trial, 1945-1958: Atrocity, Law and History* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), p. 144.

24. Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War de 12 de agosto de 1949, Parte I, Artículos 4, 13, 33 y 43, en *Documents*, ed. Roberts y Guelff, págs. 302, 306, 312.

25. Nabulsi, Karma, *Traditions of War: Occupation, Resistance, and the Law* (Oxford: Oxford University Press, 1999), p. 14; Best, Geoffrey, *War and Law since 1945* (Oxford: Clarendon Press, 1994), p. 118.

26. El Artículo común 3 de los Convenios de Ginebra, *Documents*, ed. Roberts y Guelff, p. 198.

27. La presentación del Secretario del Consejo del Ejército al Secretario de Estado para la Guerra, 1 de diciembre de 1949, citado en Bennett, Hugh, *Fighting the Mau Mau: The British Army and Counter-Insurgency in the Kenya Emergency* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), p. 68.

28. Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), Sección II, Artículo 43 (1), en *Documents*, ed. Roberts y Guelff, p. 444.

29. *Ibid.*, Sección II, Artículo 44 (3), en *Documents*, Roberts y Guelff, p. 444.

30. Dinstein, Yoram, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), p. 30.

31. Comité Internacional de la Cruz Roja, "Report on the Second Expert Meeting on the Notion of Direct Participation in Hostilities," *The Hague*, 25-26 de octubre 2004, p. 17.

32. En el Artículo 45 del Protocolo adicional se estipula que los que no reciben el estatus de prisionero de guerra por no satisfacer los requisitos de beligerancia legal, tienen derecho a una revisión de su estatus "ante un tribunal judicial". Incluso, si no reciben el estatus de prisionero de guerra, deben ser tratados de conformidad con el Artículo común 3º y el Artículo 75 del Protocolo adicional I, que es considerado como derecho internacional consuetudinario, todos imprimidos en *Documents*, Roberts y Guelff, págs. 446, 198, 463.

33. Véase, por ejemplo, Wittes, Benjamin, *Law and the Long War: The Future of Justice in the Age of Terror* (Nueva York: Penguin, 2008); Bellinger III, John B., "Legal Issues Related to Armed Conflict

with Non-state Groups," en *Prisoners in War*, ed. Sibylle Scheipers (Oxford: Oxford University Press, 2010), págs. 251-62.

34. En cierta medida, se hace esta acusación contra la práctica del asesinato selectivo. Si bien el discurso legal sobre el asesinato selectivo se relaciona con los temas discutidos en el presente artículo, no puedo incluirlo en este contexto por motivos de limitaciones de espacio. Véase Melzer, Nils, *Targeted Killing in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008) para obtener punto de partida legal útil.

35. La mayoría de los memorándums emitidos por la administración de Bush en 2002 a 2004 fue recolectada y publicada en Karen J. Greenberg, Joshua L. Dratel, y Anthony Lewis, eds., *The Torture Papers: The Road to Abu Ghraib* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005). Los memorándums posteriores de otras administraciones estadounidenses, así como memorándums legales de otros Estados miembros de la OTAN relevantes para el trato de combatientes irregulares siguen siendo clasificados.

36 "Copenhagen Process on the Handling of Detainees in International Military Operations," *Udenrigsministeriet Ministry of Foreign Affairs of Denmark*, <http://um.dk/en/politics-and-diplomacy/copenhagen-process-on-the-handling-of-detainees-in-international-military-operations/>; sobre el debate de nuevas reglas legal relativo a la detención, véase también Roberts, Adam, "Detainees: Misfits in Peace and War," in *Prisoners in War*, ed. Sibylle Scheipers (Oxford: Oxford University Press, 2010), pág. 276.

37. Además, algunas partes de las leyes internacionales de derechos humanos también pueden ser relevante en situaciones específicas. Sin embargo, las protecciones de derechos humanos probablemente no irían mucho más allá de los principios delineados en el Artículo 75 del Protocolo adicional, si bien los principios específicos, tal como la regla de no devolución (sobre la prohibición de trasladar a detenidos a un Estado que puede torturarlos) tendrían un efecto en las operaciones.

38. Roberts, "Detainees," p. 270.

39. Véase Scheipers, Sibylle, "Conclusion: Prisoners and Detainees in Current and Future Military Operations," en *Prisoners in War*, págs. 313-20 para una discusión más detallada del tema.

40. Si bien el gobierno de Thatcher jamás aceptó, oficialmente, el argumento del IRA de que los combatientes del IRA encarcelados eran prisioneros de guerra, tácitamente concedió la mayoría de las demandas de huelguistas de hambre, que tenían el objetivo principal de eliminar el estigma de la criminalización de los prisioneros del IRA. Estas concesiones ocurrieron en una época cuando aumentó la participación del IRA en el sistema político. Como mínimo, el trato de los prisioneros del IRA tuvo un efecto estabilizante en la participación política no violenta del IRA. Véase también, English, Richard, *Armed Struggle: The History of the IRA* (Londres: Macmillan, 2003), capítulos 5 y 6.

41. Roberts, "Detainees," p. 272.