

EL USO DE LA FUERZA EN EL MARCO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS ¿UTOPIA O REALIDAD?

Abraham Martínez Alcañiz
Comandante auditor

Resumen

El uso de la fuerza en los conflictos armados resulta inherente a este contexto de violencia armada. Su regulación en cualquier caso estará condicionada a lo estipulado en las normas humanitarias propias del derecho internacional humanitario y, en determinadas situaciones, a las normas del derecho internacional de los derechos humanos, de ahí que sea apropiado saber cuándo y por qué rige un marco normativo u otro.

Abstract

The use of force in armed conflicts is inherent in this context of armed violence. Its regulation in any case will be conditioned to what is stipulated in the humanitarian norms of international humanitarian law and, in certain situations, to the norms of international human rights law, hence it is appropriate to know when and why a normative framework governs or another.

Palabras clave: uso de la fuerza, conflicto armado, mantenimiento del orden público, conducción de las hostilidades.

Keywords: use of force, armed conflict, law enforcement, conduct of hostilities.

SUMARIO:

1. Introducción. 2. El derecho internacional de los derechos humanos. 2.1. Normativa aplicable. 2.2. Presupuestos necesarios para un uso de la fuerza legítimo. 3. El derecho internacional humanitario. 3.1. Principales normas del *ius in bello* sobre el derecho a la vida. 3.2. Importancia del principio de distinción. 3.2.1. Criterio del *status-base*. 3.2.2. Criterio del *conduct-base*. 3.3. Privilegio del combatiente. 3.4. Características del uso de la fuerza en la conducción de las hostilidades. 4. Contrastes entre el derecho internacional humanitario y el de los derechos humanos en relación al uso de la fuerza. 4.1. Con base en el principio de distinción. 4.1.1. Normas de derechos humanos. 4.1.2. Normas del *ius in bello*. 4.2. Con base en el principio de necesidad. 4.2.1. Normas de derechos humanos. 4.2.2. La necesidad militar en el *ius in bello*. 4.3. Con base en el principio de proporcionalidad. 5. paradigmas del uso de la fuerza. 5.1. Conducción de las hostilidades. 5.1.1. Fuentes. 5.1.2. Concepto. 5.1.3. Naturaleza. 5.2. Mantenimiento del orden y seguridad pública (*law enforcement*). 5.2.1. Concepto. 5.2.2. Fuentes. 5.2.3. Contexto en el que opera el paradigma de *law enforcement*. 5.2.4. Uso de la fuerza. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH) es aplicable en los conflictos armados. Consideramos oportuno que estas palabras ocupen las primeras líneas del presente estudio, haciendo así decaer cualquier pensamiento que tenga por objeto suscitar la idea de que en una contienda armada las partes en conflicto pueden *per se* inobservar los derechos humanos o dejarlos sin protección alguna, al no resultar de aplicación las normas internacionales que regulan esta rama del derecho internacional. Esta afirmación se halla mayoritariamente consolidada en la doctrina¹

¹ * En agradecimiento al Excmo. Sr. general consejero togado retirado D. José Luis Rodríguez Villasante y Prieto, por su disponibilidad incondicional en todo momento, por su ingente aportación al campo del derecho internacional humanitario y por sus valiosas y oportunas aportaciones críticas al presente estudio, las cuales, sin lugar a dudas, han servido para enriquecerlo y dotarlo de un mejor contenido.

GREENWOOD, C. «Scope of application of humanitarian law». *The Handbook of International Humanitarian Law*. Ed.: FLECK, D. Oxford: University Press 2010, p. 74; MERON, T. *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*. Cambridge: Grotius Publications Limited 1987, p. 14; PROVOST, R. *International Human Rights and Humanitarian Law*. Cambridge: University Press 2002, pp. 2 y ss.; QUENIVET, N. «The history of the relationship between international humanitarian law and human rights law». *International Humanitarian Law and Human Rights Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Pub-

y ha sido corroborada por la Corte Internacional de Justicia², así como por otra serie de organismos internacionales³.

No obstante, el principal problema que va a encontrarse el asesor jurídico de las Fuerzas Armadas, quien bajo los principios de independencia y objetividad debería asesorar sobre la legalidad de las acciones que pueden adoptarse en la conducción de las hostilidades o en el ejercicio del mantenimiento del orden público (*law enforcement*)⁴, no es otro que determinar la norma aplicable en las situaciones anteriormente descritas y saber interpretar correctamente su contenido, pues desde el prisma del derecho internacional humanitario (en adelante, DIH) puede que una acción concreta sea legal, pero esa misma acción desde la perspectiva del DIDH puede que

lishers 2008, pp. 4 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ, M. «El acto médico a la luz del derecho internacional humanitario: una valoración jurídica». *El derecho internacional: normas, hechos y valore. Lieber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*. Madrid: Facultad de Derecho, Universidad Complutense 2005, p. 186; DINSTEIN, Y. *The International Law of Belligerent Occupation*. Cambridge: University Press 2009, p. 69; HAMPSON, F.J. «The relationship between international humanitarian law and human rights law from the perspective of a human rights treaty body». *International Review of Red Cross*, Vol. 90, núm. 871. 2008, pp. 550 y ss.; SCHINDLER, D. «Human rights and humanitarian law: interrelationship of the laws». *The American University Law Review*, Vol. 31. 1982, p. 938; GAGGIOLI, G. y KOLB, R. «A right to life in armed conflicts? The contribution of the European Court of Human Rights». *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 37. 2007, p. 117; DOSWALD-BECK, L. *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*. Oxford: University Press 2011, p. 6; RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L. «Ataques letales selectivos y ejecuciones extrajudiciales». *Derecho Internacional Humanitario*, 3.^a Edición. Coord.: RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. Valencia: Tirant Lo Blanch 2017, p. 805.

² Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 de la Corte Internacional de Justicia, Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, párr. 25; Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004 de la Corte Internacional de Justicia, sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, párr. 106; Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 19 de diciembre de 2005, case concerning armed activity on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), párr. 216-220.

³ UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 26 de mayo de 2004, Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 31, sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados parte en el Pacto, párr. 11; UN Doc. CCPR/21/Rev.1/Add.11, de 31 de agosto de 2001, Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 29, sobre los estados de emergencia, párr. 3; Resolución 2675 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1970; UN Doc. A/7720, de 20 de noviembre de 1969, Informe del secretario general de las Naciones Unidas, sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados, párr. 23 y 31; UN Doc. A/8052, de 18 de septiembre de 1970, Informe del secretario general de las Naciones Unidas, sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados, párr. 25; Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/1565 (2004), párr. 19, S/RES/1297 (2000), párr. 8, S/RES/1265 (1999), párr. 7 y S/RES/1564, (2004), preámbulo.

⁴ LUBAN, D. «Military necessity and the cultures of military law». *Leiden Journal of International Law*, núm. 26. 2013, p. 318.

no lo sea. Efectivamente, esta problemática adquiere su mayor extensión en el uso de la fuerza que caracteriza todo conflicto armado, pues lo que se halla en juego es el derecho a la vida. Dependiendo de si nos hallamos ante normas relativas a los derechos humanos o normas del *ius in bello* la aproximación a los parámetros del uso de la fuerza pueden resultar opuestos, constituyendo ello una de las principales diferencias entre estas ramas del derecho internacional, siendo, a su vez, la más problemática a colación del derecho que se halla en lid, esto es, la vida, el cual ha sido calificado como valor fundamental⁵, primario o supremo⁶.

A este respecto, todo jurista tiene la misión de procurar diferenciar el significado de algunos principios del DIH y del DIDH, los cuales, bajo el mismo *nomen iuris*, albergan un contenido disímil, pudiendo ocurrir que el especialista versado en derechos humanos valore una situación desde el prisma de este campo del derecho, presentándose así como un adalid de la defensa de la vida en todo momento, lo que puede ocasionar que su posición sea poco realista y sus tesis no prosperen ni sean aplicables, mientras que el jurista militar especializado en las normas del *ius in bello* lo haga desde un parámetro diferente y más realista, pudiendo aparentar defender un uso de la fuerza letal⁷. La virtud en muchas ocasiones resulta difícil de encontrar, pero, en relación al uso de la fuerza, lo que no cabe duda es que no hay términos absolutos, existiendo espacios abiertos a la interpretación que ofrecen distintos puntos de vista, los cuales deben partir de la premisa de que toda solución tiene que ser razonable, real y efectiva, no pudiendo prosperar teorías que en la realidad, dado el contexto de violencia armada en que deben aplicarse, no son viables o son poco realistas.

La finalidad del presente estudio no es otra que analizar las normas jurídicas concernientes al uso de la fuerza que imperan durante un contexto

⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (en adelante, CIDH), de 1 de julio de 2006, Masacre de Ituango v. Colombia, párr. 128; sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), de 3 de octubre de 2013, Abdulkhanov and others v. Russia, párr. 51, con fundamento en el hecho de que sin este derecho el resto de derechos humanos no pueden desarrollarse, *cfr.* sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril, y sentencia núm. 154/2002, de 18 de julio, del Tribunal Constitucional.

⁶ Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 de la Corte Internacional de Justicia, Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, párr. 226; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), núm. 71463/01, de 9 de abril de 2009, Šilih v. Slovenia, párr. 147; UN Doc. CCPR/C/GC/36, de 3 de septiembre de 2019, Comentario General núm. 36, Art.6 «Derecho a la vida», párr. 2; sentencia del TEDH, de 22 de marzo de 2001, Streletz, Kessler y Krenz v. Germany, párr. 94.

⁷ *Cfr.* LUBELL, N. «Challenges in applying human rights law to armed conflict». *International Review of Red Cross*, Vol. 87, núm. 860. 2005, pp. 744 y 745; *cfr.* LUBAN, D., *op. cit.*, pp. 315 y 316.

de conflicto armado, e intentar dar respuesta a los interrogantes que puedan plantearse al respecto, siendo plenamente conscientes de la dificultad que ello entraña, pues en las situaciones de violencia propias de una contienda armada cohabitan dos paradigmas relativos al uso de la fuerza cuyo contenido difiere notablemente el uno del otro, esto es, el de la conducción de las hostilidades y el del mantenimiento del orden y seguridad pública o *law enforcement*. A pesar de ello, consideramos necesario realizar un esfuerzo tendente a esclarecer qué norma resulta aplicable o si resulta una utopía o más bien una realidad que una de ellas pueda interpretarse teniéndose en consideración determinados aspectos de la otra, produciéndose, en consecuencia, una convergencia entre las normas del DIH y las del DIDH en determinados supuestos.

2. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En este apartado realizaremos un análisis sucinto de la normativa internacional relativa al derecho a la vida, la cual condiciona las acciones de *law enforcement*, legitimando a los agentes estatales en el empleo del uso de la fuerza.

2.1. NORMATIVA APLICABLE

El derecho a la vida forma parte del núcleo duro de los derechos humanos, pudiendo afirmarse su naturaleza consuetudinaria⁸, básicamente, porque todos los Estados, de una u otra manera, lo salvaguardan en sus ordenamientos jurídicos y porque los instrumentos internacionales –tanto universales como regionales– sobre derechos humanos lo garantizan sin distinción alguna. En el plano internacional el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos indica que «todo individuo tiene derecho a la vida (...)», en el apartado 1.º del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos

⁸ KRETZMER, D. «Targed killing of suspected terrorist: extrajudicial executions or legitimate means of defence?». *European Journal of International Law*, Vol.16. 2005, p. 185; RAMCHARAN, B.G. «The concepts and dimensions of the right to life». *The Right to Life in International Law*. Ed.: RAMCHARAN, B.G. London: Martinus Nijhoff Publishers 1985, pp. 14 y 15; MELZER, N. *Targeted Killing in International Law*. Oxford: University Press 2008, p. 184; *cf.* S/RES/237 (1967), de 14 de junio, en donde el Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas califica el derecho a la vida como un derecho esencial e inalienable.

Civiles y Políticos se estipula que «el derecho a la vida es inherente a la persona humana, que estará protegido por la ley y que nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente», y en el apartado 1.º del art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos se dispone que «toda persona tiene derecho a que se respete su vida, que este derecho estará protegido por ley y que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente». Como puede apreciarse, estas normas internacionales se caracterizan por proteger el derecho a la vida, proscribiéndose su privación de manera arbitraria, siendo pues necesario saber qué se entiende por privación arbitraria de la vida. Por otro lado, en el art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) se efectúa una regulación un tanto diferente y más exhaustiva del derecho a la vida, principalmente porque en su apartado 2.º se enumeran los supuestos en los que se permite el uso de la fuerza en circunstancias absolutamente necesarias, pudiendo acontecer la posible lesión no intencionada del derecho a la vida sin que ello constituya una infracción de la norma⁹, a diferencia del resto de instrumentos internacionales que se limitan a prohibir la privación de la vida arbitrariamente, sin definir este concepto jurídico indeterminado¹⁰.

En este sentido, el apartado 2.º del art. 2 del CEDH establece lo siguiente:

⁹ Sentencia del TEDH, de 28 de julio de 1998, *Ergi v. Turkey*, párr. 79; *cf.* MURRAY, D. *Practitioners' Guide to Human Rights Law in Armed Conflict*. Editors: AKANDE, D., GARRAWAY, C., HAMPSON, F., LUBELL, N., y WILMSHURST, E. Oxford: University Press 2016, pp. 118 y 119.

¹⁰ La labor del Comité de Derechos Humanos a la hora de determinar el concepto de «privación de la vida arbitrariamente» resulta innegable. En este sentido, dicho organismo ha sostenido que la privación de la vida resulta, como regla general, arbitraria si es contraria al derecho internacional o al doméstico, aunque ha reconocido que el mero hecho de que el comportamiento esté autorizado por la norma doméstica no significa per se que el acto no contravenga el derecho en cuestión. También ha indicado este organismo que la arbitrariedad se aproxima a los conceptos de comportamiento injusto, inapropiado o carente de toda previsibilidad, así como de los elementos de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. A la hora de determinar si el uso de la fuerza es contrario al art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos debe analizarse si era estrictamente necesario el mismo a la vista de la amenaza del agresor, ya que debe ser una ultima ratio, teniendo que buscarse métodos alternativos que logren el mismo resultado (principio de necesidad), y en el caso de que el uso de la fuerza sea el único medio adecuado habrá que tenerse en cuenta la cantidad y medios de fuerza empleados, los cuales no pueden exceder de lo estrictamente necesario para lograr el objetivo buscado (principio de proporcionalidad); asimismo, el uso de la fuerza solo puede ir dirigido al agresor, y cuando nos hallamos ante un uso letal de la fuerza, el mismo solo será legítimo para proteger la vida o impedir graves daños a otra persona provenientes de una amenaza inminente, *cf.* UN Doc. CCPR/C/GC/36, de 3 de septiembre de 2019, Comentario General núm. 36, Art.6 «Derecho a la vida», párr. 12.

«La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.
- b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.
- c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección».

Para interpretar esta norma correctamente tenemos que acudir al apartado 2.º del art. 15 del CEDH, pues este precepto contiene la posibilidad de derogar ciertas obligaciones derivadas de la convención, al disponer que «la disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra». Esto significa sencillamente que las muertes acaecidas en un conflicto armado que no sean constitutivas de una infracción del DIH, tratándose en definitiva de actos legales en el seno de una guerra, no constituyen una violación de este derecho humano, no pudiendo en consecuencia ser consideradas un crimen de guerra u otro ilícito penal. En torno a este precepto se ha discutido si la facultad de derogar las obligaciones derivadas del Convenio europeo debe ser expresa y formal, todo ello para evitar que una muerte lícita en caso de guerra sea considerada una vulneración del meritado Convenio europeo. Pues bien, la práctica estatal de los Estados que están inmersos en un conflicto armado consiste en no realizar dicha derogación expresamente, al entender que resulta directamente aplicable el DIH, siendo esta posición aceptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹.

En resumen, el apartado 2.º del art. 15 del CEDH resulta de capital importancia en el contexto de un conflicto armado, pues con base en el mismo toda muerte ocasionada en la conducción de las hostilidades sin menoscabo de las normas del DIH no será constitutiva de un crimen de guerra tipificado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional o de un delito ordinario de homicidio, lo que corrobora que no estamos ante un derecho absoluto¹², dado que lo prohibido es su privación arbitraria, esto es, su menoscabo con vulneración del derecho aplicable, existiendo en el ámbito europeo una serie de situaciones en las que en caso de absoluta

¹¹ Sentencia del TEDH (Gran Sala) de 16 de septiembre de 2014, *Hassan v. United Kingdom*, párr. 103; *cfr.* KRETZMER, D. «Rethinking the application of IHL in non international armed conflicts». *Israel Law Review*, Vol. 42. 2009, p. 16.

¹² MELZER, N. «Targeted killing...», *op. cit.*, p. 92; GAGGIOLI, G. y KOLB, R., *op. cit.*, p. 127; MURRAY, D. «Practitioners' Guide...», *op. cit.*, p. 119.

necesidad se permite el uso de la fuerza, pudiendo en consecuencia resultar lesionado este derecho fundamental¹³.

2.2. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA UN USO DE LA FUERZA LEGÍTIMO

Como ha sostenido CASSESE, el objeto del DIDH es proclamar a escala mundial lo que ya está estipulado en las constituciones internas, en suma, garantizar que el Estado respete los derechos humanos de las personas que se hallan bajo su jurisdicción o en su territorio¹⁴. Siendo el derecho a la vida uno de los principales derechos humanos, los agentes estatales deben observar unas garantías y principios básicos para usar la fuerza contra cualquier persona en el ejercicio de las potestades de seguridad pública que tienen encomendadas. En este sentido, los principios básicos aprobados por las Naciones Unidas sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley constituyen un documento de gran utilidad –el cual contiene una serie de principios y reglas generalmente aceptadas, e incluso aplicadas por los tribunales internacionales¹⁵–, en el cual se detallan las condiciones para que el uso de la fuerza, incluida la letal, no sea contraria a derecho¹⁶. En el ordenamiento jurídico

¹³ Sentencia del TEDH, de 24 de marzo de 2014, *Benzer and others v. Turkey*, párr. 163 y sentencia del TEDH, de 28 de julio de 1998, *Ergi v. Turkey*, párr. 79.

¹⁴ CASSESE, A. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Ariel 1991, p. 39.

¹⁵ La Corte Interamericana en la sentencia de 4 de julio de 2007, caso *Zambrano Vélez v. Ecuador*, expresamente cita los referidos principios como criterios o pautas a seguir en el uso de la fuerza por las fuerzas gubernamentales, párr. 84; Sentencia del TEDH (Gran Sala), de 6 de julio de 2005, *Nachova and Others v. Bulgaria*, párr. 72; sentencia del TEDH, de 20 de diciembre de 2011, *Finogenov and other v. Russia*, párr. 162.

¹⁶ El principio núm. 9 explica los supuestos en los que se puede usar la fuerza letal, de la siguiente manera: «Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y solo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, solo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida». Posteriormente, en el Principio núm. 10 se estipula que «en las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso».

español estos principios aparecen contenidos en el art. 5 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de abril, de fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, al establecer que «solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior», que son los de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, mientras que en relación con las Fuerzas Armadas, tanto en la regla 6.^a del apartado 1.º del art. 6 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, como en el art. 84 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (en adelante, ROFAS), aprobadas por el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, se establece que «en el empleo legítimo de la fuerza, hará un uso gradual y proporcionado de la misma, de acuerdo con las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe». Efectivamente, en el ámbito de las Fuerzas Armadas la regulación del uso de la fuerza, más allá del reconocimiento de los principios de gradualidad y proporcionalidad, no se contiene en una norma jurídica, sino en las reglas de enfrentamiento, las cuales no dejan de ser otra cosa que instrucciones concernientes al uso de la fuerza que da el mando militar en una operación sobre cómo, cuándo, dónde y contra quién debe emplearse¹⁷.

Atendiendo a lo anterior, a continuación enunciaremos los criterios básicos que deben seguirse en el uso de la fuerza de conformidad con las normas de derechos humanos, pudiendo resumirse en lo siguiente:

- A consecuencia del presupuesto de absoluta necesidad, la primera opción de los agentes estatales debe ser la detención de la persona, precediendo incluso un aviso o advertencia antes de cualquier uso de las armas reglamentarias de fuego¹⁸, siendo, en definitiva, el uso de la fuerza letal una *ultima ratio*. Estos criterios ya han sido sostenidos por el Comité de Derechos Humanos en el caso *Guerrero v. Colombia*¹⁹.

¹⁷ ALÍA PLANA, M. «Las reglas de enfrentamiento». *Manual de Derecho Operativo*. Coord.: PÉREZ DE FRANCISCO, E. Madrid: Universidad Nebrija, Marcial Pons 2015, pp. 247 y ss.

¹⁸ Sentencia del TEDH, de 25 de febrero de 2014, *Makbule Kaymaz and Others v. Turkey*, párr. 99.

¹⁹ Observaciones del Comité de Derechos Humanos núm. 45/1979, de 31 de marzo de 1982, *Suarez Guerrero v. Colombia*. En dicha resolución se indica expresamente que: «En el presente caso, se desprende de los hechos que siete personas perdieron la vida como resultado de la acción deliberada de la policía, y que la privación de la vida fue intencional. Además, la acción policial se llevó a cabo aparentemente sin advertencia previa a las víc-

- El uso de la fuerza debe ir dirigido exclusivamente contra la persona que por su conducta amenaza o pone en riesgo grave el derecho a la vida o integridad física de terceras personas, hallándonos ante un uso de la fuerza fundamentado en el criterio de *conduct-base*.
- En el caso de un operativo policial, el mismo debe realizarse por personal cualificado y preparado, debiéndose minimizar en la medida de lo posible el uso de la fuerza letal, así como la pérdida de vidas humanas²⁰. Este requisito ha sido exigido por el TEDH en el *caso McCann*, en donde se produjo el abatimiento de unos terroristas del IRA en Gibraltar sin previo aviso ni intención alguna de detenerlos. Si bien es cierto que el tribunal no consideró que el uso de la fuerza letal empleado fuese contrario a derecho, al tener los agentes la creencia de que los terroristas iban a detonar unos explosivos, no resulta menos cierto que el tribunal sí consideró que se había menoscabado el derecho a la vida desde el punto de vista del planeamiento de la operación, todo ello porque los agentes que participaron en el operativo estaban adiestrados principalmente en el denominado *shoot to kill*, no dándose opción alguna desde el principio a un uso proporcionado y gradual de la fuerza²¹, lo que corrobora un déficit en la preparación del personal que participa en el operativo.
- Deben adoptarse las medidas de precaución necesarias para evitar cualquier riesgo en la vida de las personas, siempre y cuando se tenga conocimiento o información de la existencia de una amenaza.
- En el planeamiento de la operación deben haberse adoptado todas las precauciones posibles en la elección de los medios y métodos a emplear, a fin de evitar o minimizar la pérdida incidental de vidas humanas²². En la valoración de este presupuesto deben tomarse en consideración las circunstancias que rodean el evento en cuestión, pues no es lo mismo ejecutar un operativo contra una organización terrorista bien armada y cuyos integrantes no dudan en perder su

timas y sin dar a estas ninguna oportunidad de rendirse a la patrulla policial ni de ofrecer ninguna explicación de su presencia o de sus intenciones. No hay pruebas de que la acción de la policía fuera necesaria en defensa propia o de otros, ni de que fuera necesaria para la detención o para impedir la huida de las personas interesadas».

²⁰ Sentencia del TEDH, de 27 de septiembre de 1995, *McCann and others v. United Kingdom*, párr. 146 a 150.

²¹ *Cfr.* DOSWALD-BECK, L., *op. cit.*, p. 166; sentencia del TEDH, de 27 de septiembre de 1995, *McCann and others v. United Kingdom*, párr. 2012.

²² Sentencia del TEDH, de 20 de diciembre de 2011, *Finogenov and other v. Russia*, párr. 208; sentencia del TEDH, de 28 de julio de 1998, *Ergi v. Turkey*, párr. 79.

propia vida para conseguir su objetivo que un operativo frente a delincuentes ordinarios que guardan cierto respeto a su integridad física. A modo de ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivos, no puede valorarse igual un operativo que ha podido planearse con antelación a un operativo que debe ejecutarse de manera inminente; no puede valorarse igual un operativo llevado a cabo en un espacio en donde se ejerce un control efectivo a uno en donde no existe este control; y tampoco puede valorarse igual un operativo en donde existe un plan de emergencia al que no existe alternativa alguna²³. Teniendo presentes estas premisas, el TEDH considera que constituye una vulneración del art. 2 del CEDH, el hecho de que en el planeamiento de la operación no quede claro quién está al mando de la misma, quién da las órdenes oportunas o quién decide el uso de determinadas armas, aspectos todos ellos que pueden redundar posteriormente en el fracaso del operativo puesto en relación con las precauciones que deben adoptarse²⁴. En el *caso Tagayeva* –motivado por el asalto de las fuerzas gubernamentales rusas a una escuela situada en Beslán que había sido tomada por separatistas chechenos habiendo en el interior numerosos rehenes–, se emplearon lanzallamas, obuses de carros de combate, lanzagranadas y lanzacohetes, cuando los rehenes estaban en el interior de la escuela, llegando el tribunal a la conclusión de que el uso de estas armas no garantizaba el evitar o minimizar la pérdida incidental de vidas humanas²⁵, con fundamento en el principio de distinción, pues sus efectos lesivos alcanzaron tanto a los rehenes como a los separatistas chechenos²⁶, no surtiendo validez alguna en este contexto el cálculo de proporcionalidad del DIH, al amparo del cual se permiten daños incidentales en las personas siempre y cuando no sean excesivos respecto de la ventaja militar directa y concreta que se prevé obtener, *ex* art. 51.5.b) y 57.2.iii) del Protocolo Adicional I de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante, PAI), básicamente, porque en un contexto de mantenimiento del orden público no existe ninguna necesidad militar que permita menoscabar los derechos subjetivos

²³ Sentencia del TEDH, de 20 de diciembre de 2011, *Finogenov and other v. Russia*, párr. 214 a 216.

²⁴ Sentencia del TEDH, de 13 de abril de 2017, *Tagayeva and others, v. Russia*, párr. 574.

²⁵ *Ibidem*, párr. 589 y 590.

²⁶ *Ibidem*, párr. 608.

de las personas, dado que el objetivo de todo operativo no es otro que salvar el mayor número de vidas humanas y restaurar el orden público.

En conclusión, el uso de la fuerza para mantener el orden público y garantizar los derechos humanos resulta lícito, pero limitado a situaciones en los que sea *absolutamente necesario* su empleo y no pueda recurrirse a otros medios para lograr el propósito legal buscado²⁷, lo que supone que pueda emplearse para salvar vidas que estén amenazadas de forma grave e inminente, en tanto en cuanto se adopten las precauciones pertinentes de advertencia o graduación del empleo de la fuerza, si ello es posible, pues de lo contrario se permite un uso inmediato de la misma²⁸. Así las cosas, dentro del marco de los derechos humanos imperan unos principios que deben interpretarse restrictivamente, siendo su flexibilización harto compleja, puesto que ello supondría un serio riesgo para el derecho a la vida en cuestión.

3. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

A continuación analizaremos sucintamente las principales normas del *ius in bello* que regulan el derecho a la vida, así como las características que debe reunir el uso de la fuerza en el DIH para que el mismo sea legal.

3.1. PRINCIPALES NORMAS DEL IUS IN BELLO SOBRE EL DERECHO A LA VIDA

Para el DIH el derecho a la vida no resulta ni mucho menos ajeno, de hecho nos hallamos ante uno de los bienes jurídicos que este *corpus iuris* protege singularmente, tanto en conflictos armados internacionales como en los de carácter no internacional, de suerte que en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se tipifica como crimen de guerra el homicidio intencional [art. 8.2.a) i], los atentados contra la vida [art. 8.2.c) i], y los ataques intencionados contra las personas civiles que no participan directamente en las hostilidades [art. 8.2.b) i y art. 8.2.e) i]. Como es bien sabido, las normas convencionales aplicables a un conflicto armado internacional no son las mismas que las existentes para uno de carácter no internacional, dado que la codificación para el primer tipo de contienda

²⁷ Cfr. Sentencia del TEDH de 13 de abril de 2017, Tagayeva and others v. Russia, párr. 607.

²⁸ Cfr. E/CN.4/2006/53, de 8 de marzo de 2006, párr. 49.

armada es exhaustiva y extensa, mientras que la del segundo no lo es, por cuestiones básicamente de índole doméstica de los Estados que conforman la comunidad internacional, quienes siempre han sido recelosos de regular los conflictos armados no internacionales, pues ello supondría una especie de reconocimiento y legitimación de los grupos armados con los que están enfrentados. No obstante lo anterior, la versatilidad y naturaleza del derecho internacional, por mor del derecho consuetudinario, ha conseguido minimizar estas diferencias normativas, en el sentido de que muchas de las normas aplicables a los conflictos armados internacionales también lo son a los conflictos armados no internacionales, como así lo expuso el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia en el *caso Tadic*²⁹. No en vano, las lagunas normativas existentes en la codificación de los conflictos armados no internacionales pueden suplirse con la existente para los conflictos armados internacionales, eso sí, siempre y cuando se demuestre que la norma que se pretende aplicar ha cristalizado en derecho consuetudinario, vicisitud que suele estar presente en todo lo relacionado con la protección de los civiles, los ataques indiscriminados, protección de bienes civiles, protección de bienes culturales y protección de aquellas personas que no participan directamente en las hostilidades, así como *la prohibición de ciertos medios y métodos de conducir las hostilidades*.

Dicho esto, la protección que ofrece el DIH en relación al derecho a la vida lo hace, principalmente, teniendo en consideración el *status* de la persona. A modo de ejemplo, y en el contexto de la normativa aplicable a los conflictos armados internacionales, el art. 12 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armada en campaña (en adelante, CGI) establece que los miembros de las fuerzas armadas y las demás personas mencionadas en el artículo siguiente, que estén heridos o enfermos, habrán de ser respetados y protegidos en todas las circunstancias (...), serán tratados con humanidad (...) quedando prohibido todo atentado contra su vida o persona. Esta protección se efectúa en términos similares en el art. 12 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, enfermos y náufragos en el mar, en relación a los náufragos; en el art. 13 y 14 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (en adelante, CGIII), en lo concerniente a los prisioneros de guerra; en el art. 27 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles

²⁹ Decisión interlocutoria de la Sala de Apelaciones del TIPY, de 2 de octubre de 1995, *Prosecutor v. Tadic*, párr. 127.

en tiempo de guerra (en adelante, CGIV), en lo concerniente a las personas civiles y en el apartado 2.º del art. 75 del PAI en lo relativo a las personas que estén en poder de una de las partes en conflicto, quedando prohibido en todo tiempo y lugar el homicidio y cualquier otro atentado contra la vida, la salud e integridad física de estas personas. De otra parte, con respecto a la normativa aplicable a los conflictos armados de carácter no internacional, la principal protección sobre el derecho a la vida se lleva a cabo por mor del art. 3 común y del apartado 2.º del art. 4 del Protocolo Adicional II de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (en adelante, PAII). Por último, no podemos olvidarnos del gran avance que supuso para el DIH la protección de las personas civiles llevada a cabo en el seno de los Protocolos Adicionales de 1977, en todo lo concerniente a la conducción de las hostilidades, pues en los art. 51, 54, 55 y 56 del PAI y en los art. 13, 14 y 15 del PAII, se prohíben una serie de conductas que de una u otra manera afectan a la población civil, de ahí que su prohibición constituya un medio más de protección de las personas protegidas.

3.2. IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN

La protección del derecho a la vida en las normas del *ius in bello* se hace desde una posición diferente al DIDH, básicamente, a causa del principio fundamental de distinción. Si tenemos en consideración que la *ratio essendi* del DIH gravita en torno a la regulación de la conducción de las hostilidades, codificándose por ello una serie de normas que adquieren la naturaleza de *lex specialis*³⁰, no resulta difícil comprender la relevancia de este principio, pues en todo lo concerniente al uso de la fuerza el DIH impone la obligación absoluta a las partes contendientes de diferenciar a quién se ataca, salvaguardándose así los derechos subjetivos de las personas protegidas, lo que ocasiona que los ataques deben dirigirse contra los combatientes, miembros de grupos armados organizados que desempeñan una función continua de combate y personas que participan directamente en las hostilidades.

Este principio ha sido codificado en el art. 48 del PAI, indicándose al respecto que «a fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las partes en conflicto harán distin-

³⁰ Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 de la Corte Internacional de Justicia, Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, párr. 25.

ción en todo momento entre población civil y combatientes». Lo importante de la norma anterior es que resulta plenamente de aplicación a los conflictos armados de carácter no internacional, hallándonos así ante una norma consuetudinaria, como ha sostenido la propia Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, la Corte Suprema de Israel y la Corte Interamericana³¹. Así pues, la protección del derecho a la vida en el DIH se estructura tomando como punto de partida el principio de distinción, cuya finalidad radica en salvaguardar el derecho a la vida e integridad física de las personas protegidas, prohibiéndose dirigir ataques contra aquéllas, salvo si participan directamente en las hostilidades, *ex* apartado 3.º del art. 51 del PAI y apartado 3.º del art. 13 del PAII.

Antaño, nuestro ordenamiento jurídico reconocía tácitamente el principio de distinción en el art. 852 del Reglamento de Servicio de Campaña del Ejército de 1882, al propugnar que los que no estuvieran armados u organizados militarmente, los que no pusieren resistencia activa y material, no serían considerados como enemigos, debiendo ser respetadas sus personas, lo que corrobora que las hostilidades no podían dirigirse indiscriminadamente contra cualquiera, sino solo contra aquellos que reunieran unas características concretas para perder su inmunidad. Este reconocimiento tácito del principio de distinción que imperaba en nuestro ordenamiento jurídico ha dado paso a un reconocimiento expreso, ya que en el art. 111 de las ROFAS, se dispone lo siguiente:

«En el transcurso de cualquier operación tendrá en cuenta el principio de distinción entre personas civiles y combatientes y entre bienes de carácter civil y objetivos militares para proteger a la población civil y evitar en lo posible las pérdidas ocasionales de vidas, sufrimientos físicos y daños materiales que pudieran afectarle».

³¹ HENCKAERTS, J.M. y DOSWALD-BECK, L., *op. cit.*, Norma 1: «Las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques solo podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados», p. 3.; *cf.* Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 de la Corte Internacional de Justicia, Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, párr. 78; sentencia de la Corte Interamericana de 30 de noviembre de 2012, Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia, párr. 212, en donde expresamente indica que el principio de distinción resulta aplicable a los conflictos armados de carácter no internacional, tratándose de una norma consuetudinaria; DINSTEIN, Y. *Non-international Armed Conflicts in International Law*. Cambridge: University Press 2014, pp. 214 y 215; Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 14 de diciembre de 2006, HCJ 769/02, Public Committee Against Torture v. Government, párr. 23; *cf.* Sentencia del TIPY (Sala de Primera Instancia), de 14 de enero de 2000, Prosecutor v. Kupreskic, párr. 521.

A pesar de que el precepto normativo antedicho utiliza expresamente el término «combatientes», figura jurídica que solamente opera en los conflictos armados internacionales *ex art.* 43 y 44 del PAI, y que otorga un *status* concreto en este tipo de conflictos armados, a nuestro juicio dicho término debe interpretarse en un sentido genérico, de suerte que comprende a toda persona que participa directamente en las hostilidades, la cual, por el mero hecho de hacerlo, y mientras dure su participación, pierde la inmunidad y protección de la que disfruta. Esta afirmación encuentra su justificación en la propia redacción de la norma, la cual hace referencia a que el principio de distinción se tendrá en cuenta *en el transcurso de cualquier operación*, por lo que acudiendo al clásico postulado *ubi lex no distinguit nec nos distinguere debemus*, llegamos a la conclusión de que su aplicación comprende todo tipo de operación militar siendo indiferente el tipo de contienda armada, al no diferenciar la norma en ningún momento.

3.2.1. Criterio del *status-base*

De conformidad con este criterio los ataques deben dirigirse solamente contra los combatientes (caso de un conflicto armado internacional) o miembros de un grupo armado organizado que realizan una función continua de combate (caso de conflicto armado no internacional), tomándose en consideración el *status* de la persona, independientemente de la conducta que realice en el momento del ataque, pudiendo ser atacado en cualquier tiempo y lugar de la región de combate. La justificación de este criterio radica en que en el supuesto de un conflicto armado internacional los combatientes constituyen *per se* una amenaza en todo momento y lugar, al ser parte de las fuerzas armadas de la otra parte contendiente y tener derecho a participar directamente en las hostilidades, de ahí que el uso de la fuerza sea legítimo tomando en consideración el *status* de la persona. En los conflictos armados de carácter no internacional también se toma en consideración el *status* de la persona, ya que los miembros de los grupos armados organizados que desempeñan una función continua de combate – concepto de cuño doctrinal que goza de cierta aceptación entre los Estados dado que no hay norma convencional alguna que lo regule³²–, representan una amenaza constante para las fuerzas gubernamentales, toda vez que el

³² Guía Participación Directa en las Hostilidades según el derecho internacional humanitario, CICR, 2010; *cf.* WATKIN, K. «Opportunity lost: organized armed groups and the ICRC Direct participation in hostilities interpretive guidance». *International Law and Politics*, vol. 42. 2010, p. 655.

objeto de su pertenencia al grupo armado no es otro que perjudicar y menoscabar los intereses militares de las mismas en todo momento y lugar. Dicha función continua de combate implica la preparación, realización o comisión de operaciones hostiles que tienen por finalidad perjudicar a la otra parte contendiente, de ahí que puedan ser atacados con fundamento en su *status*, siempre que hayan sido identificados debidamente como tales. Evidentemente, este nuevo concepto doctrinal no otorga *de iure* la condición de combatiente, pero sirve para diferenciar a las personas civiles que participan directamente en las hostilidades –cuya actividad hostil es puntual y esporádica– de los integrantes de los grupos armados organizados que desempeñan una función continua de combate, quienes se asimilan a las fuerzas armadas de una entidad no estatal enfrentada a las fuerzas gubernamentales. Esta asimilación fortalece el principio de igualdad que impera en el DIH, ya que si los miembros de las fuerzas gubernamentales pueden ser atacados en todo momento y lugar por su *status* jurídico, de igual manera debe procederse contra los miembros de los grupos armados organizados que desempeñan una función continua de combate, al representar ambos, por su mera condición jurídica, una amenaza para la otra parte contendiente.

3.2.2. Criterio del *conduct-base*

Este criterio se justifica porque el uso de la fuerza letal puede dirigirse contra aquel que participa directamente en las hostilidades, teniéndose solamente en consideración la conducta ocasional, esporádica o puntual de la persona, dado que el ataque letal solo puede producirse mientras está participando directamente en las hostilidades, recuperando su inmunidad cuando deja de participar en las mismas, de suerte que el criterio del *status* de la persona no tiene operatividad alguna³³. Lo anterior se debe a una sencilla razón, las personas que participan directamente en las hostilidades, sin formar parte de las fuerzas armadas o de otro grupo armado organizado que represente a las fuerzas armadas de una entidad no estatal enfrentada a las fuerzas gubernamentales, tienen la consideración de persona civil, no modificándose en consecuencia su *status*, todo ello sin perjuicio de que su participación activa en las hostilidades depara de manera *ope legis* la pérdida de su inmunidad, *ex* apartado 3.º del art. 51 del PAI y apartado 3.º del

³³ *Cf.*: Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 14 de diciembre de 2006, H CJ 769/02, Public Committee Against Torture v. Government, párr. 38.

art. 13 del PAII. No en vano, la no integración en un aparato organizado y estructurado que pueda constituirse como un parte contendiente –a la sazón las fuerzas armadas u otros grupos armados organizados–, se vislumbra como la causa legal esencial para que estas personas no dejen de perder su *status* de civil, ya que no representan una amenaza constante y permanente para las partes contendientes, debido a que sus acciones de violencia son ocasionales y no están sometidas *prima facie* a un planeamiento de las hostilidades propio de todo ente organizado. Así pues, la *conditio sine qua non* para recurrir al uso de la fuerza contra las personas que participan directamente en las hostilidades se halla en su conducta hostil esporádica y puntual, no en su *status* o condición jurídica, de ahí que cuando la persona deja de usar la fuerza recupera su inmunidad y no puede ser atacado, todo ello sin perjuicio de las conductas punibles que haya podido cometer por tales actos que podrían enjuiciarse³⁴.

3.3. PRIVILEGIO DEL COMBATIENTE

Para entender la esencia del uso de la fuerza en las normas del *ius in bello* resulta pertinente abordar, sucintamente, el denominado privilegio del combatiente, cuyo origen se encuentra en el hecho de que las hostilidades no se hacen entre individuos particularmente, sino por personas en nombre y representación del Estado³⁵. Hasta la aprobación del Protocolo Adicional I de 1977 no había norma internacional alguna que expresamente reconociese la *potestas* de los combatientes de hacer un uso de la fuerza letal contra el enemigo³⁶. A lo sumo, encontramos que el art. 23 del Reglamento de las leyes y usos de la guerra terrestre de 1899, norma de

³⁴ Sobre la recuperación de la inmunidad tenemos que indicar que la misma no es inmediata o *ipso facto* tras dejar de usar la fuerza, pues durante el repliegue puede ser atacado. La inmunidad se recupera cuando la persona que ha participado directamente en las hostilidades se halla en una situación en la que ya no hay ningún nexo, relación o vínculo con el acto hostil llevado a cabo, por lo que ya no constituye una amenaza.

³⁵ CRAWFORD, E. *The treatment of combatants and insurgents under the law of armed conflict*. Oxford: University Press 2010, p. 53.

³⁶ Todo lo contrario sucede con el derecho doméstico, pues el referido Código Lieber en su art. 15 regulaba la necesidad militar, indicando al respecto que la misma admite la destrucción de la vida de los enemigos armados, infiriéndose de ello que el combatiente tiene derecho al uso de la fuerza con fundamento en la necesidad militar, ya que al margen de la misma nos hallaríamos probablemente ante un comportamiento arbitrario y antijurídico; de igual manera se pronunciaba nuestro Reglamento de Campaña del Ejército de 1882, en cuyo art. 850 se estipulaba que el derecho internacional si bien autoriza la destrucción del enemigo reprueba todo aquello que no conduce directamente al fin de la guerra.

naturaleza consuetudinaria, prohíbe el matar o herir a traición al enemigo, o matarlo o herirlo habiendo depuesto las armas o no teniendo medios para defenderse si se ha rendido a discreción, por lo que a *sensu contrario* podría defenderse que los combatientes pueden usar la fuerza letal contra el enemigo siempre y cuando no haya una prohibición al respecto como las enumeradas anteriormente. Tras la entrada en vigor del referido Protocolo la situación cambia, ya que en el apartado 2.º del art. 43 del PAI se reconoce que los combatientes «tienen derecho a participar directamente en las hostilidades», lo que equivale a decir que tienen la facultad de usar la fuerza letal contra el enemigo sin que ello suponga ilícito alguno en el orden doméstico o internacional, a excepción de que su comportamiento sea constitutivo de un crimen de guerra u otro crimen internacional³⁷.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no ha tenido reparo alguno en sostener que el «privilegio del combatiente es en esencia una licencia para matar o herir a combatientes enemigos»³⁸. Esta afirmación resulta coherente, pues las normas del *ius in bello* se han cimentado sobre una premisa fáctica real e irremplazable, a saber, en la conducción de las hostilidades el uso de la fuerza por los combatientes (en un sentido genérico) es una cuestión primaria y de supervivencia, de suerte que la misma estará siempre presente, viéndose limitada fundamentalmente por aquellos principios humanitarios que inspiran el correcto desempeño de las hostilidades y por una serie de normas prohibitivas que la comunidad internacional ha considerado que son fruto de la expresión de la conciencia civilizada que caracteriza a los Estados modernos. Dicho esto, el privilegio del combatiente tenemos que vincularlo inexorablemente con el paradigma de la conducción de las hostilidades, hallándonos ante una *conditio sine qua non* para que exista, no pudiendo defenderse su presencia en las actuaciones de *law enforcement* que cohabitan en toda contienda armada, pues, a nuestro juicio, como posteriormente veremos, durante este paradigma la licencia para un uso de la fuerza letal se fundamenta principalmente en las normas básicas del DIDH.

³⁷ Cfr. OHLIN, J.D. «The combatants privilege in asymmetric and covert conflicts». *Yale Journal of International Law*, Vol. 40, núm. 2. 2015, p. 342; FLECK, D. «The law of non international armed conflict». *The Handbook of International Humanitarian Law*. Ed.: FLECK, D. Oxford: University Press 2010, p. 613; DOMENECH OMEDAS, J.L. «Los sujetos combatientes». *Derecho Internacional Humanitario*, 3.ª Edición. Coord.: RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. Valencia: Tirant Lo Blanch 2017, p. 183.

³⁸ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre terrorismo y derechos humanos de 22 de noviembre de 2002, OEA/Ser.L/V/II.116, párr. 68.

Por otro lado, el problema del privilegio del combatiente es que solo opera en conflictos armados internacionales, siendo absolutamente inusual su reconocimiento en los de carácter no internacional, salvo que concurra un reconocimiento de beligerancia u otro acuerdo semejante, situación harto compleja de que ocurra, pues los Estados son absolutamente reacios a reconocer cualquier tipo de legitimidad a los grupos armados organizados que se han levantado en armas contra el gobierno estatal³⁹. Ciertamente, nos hallamos ante un dogma que no ha sufrido modificación alguna, corroborándose la tesis de que los Estados no están por la labor de reconocer que en los conflictos armados de carácter no internacional que tienen lugar en su territorio y contra sus fuerzas gubernamentales los alzados gozan de inmunidad por los actos de violencia llevados a cabo, al entender que su conducta constituye una alteración manifiesta del orden público que pone en riesgo la seguridad nacional, no pudiendo quedar impunes por ello. Esto corrobora la idea de que no hay norma consuetudinaria alguna que reconozca el privilegio de combatiente en las contiendas armadas no internacionales.

Ahora bien, este dogma puede matizarse en aras de incentivar a los grupos armados organizados a respetar las normas del DIH. En efecto, en el apartado 5.º del art. 6 del PAII expresamente se indica que al finalizar las hostilidades las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado. El contenido de este precepto no resulta baladí, en tanto en cuanto su redacción *in abstracto* posibilita una interpretación próxima al concepto del privilegio del combatiente antedicho, con base en lo siguiente:

- La norma se refiere en todo momento a las autoridades en el poder, sin especificar quiénes son, pudiendo ser tanto las autoridades gubernamentales como los líderes de los grupos armados organizados que han adquirido el poder del territorio.
- La norma insta a que dichas autoridades concedan la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado por motivos relacionados con el mismo, lo que significa que ningún inconveniente existe, desde el prisma del *ius in bello*, para que aquellos comportamientos que pudieran ser constitutivos

³⁹ OHLIN, J.D., *op. cit.*, p. 340; SASSOLI, M. y OLSON, L. «The relationship between international humanitarian law and human rights law where it matters: admissible killing and interment of fighters in non international armed conflicts». *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, núm. 871. 2008, p. 606.

de un delito doméstico relacionado con la contienda armada, tales como atentados contra la autoridad o fuerzas gubernamentales, actos de rebelión o traición, fuesen amnistiados, equivaliendo esto, con los matices jurídicos oportunos, a reconocer que los actos de violencia armada propios del *ius in bello* no merecen un reproche penal, de ahí la extinción de la responsabilidad penal por mor del instituto de la amnistía. Esta postura nos acercaría a la figura jurídica del privilegio del combatiente, con la diferencia de que esta medida solamente surtiría efecto al cesar las hostilidades, dependiendo en todo caso de un acto discrecional de las autoridades en el poder. El único límite que podría aplicarse a la amnistía se encontraría, básicamente, en los crímenes internacionales, los cuales *prima facie* no deberían quedar impunes.

Así pues, si bien es cierto que *de iure* en las contiendas armadas de carácter no internacional el privilegio del combatiente no resulta de aplicación, tampoco resulta menos cierto que el DIH ha sembrado unas pautas para que las autoridades que se hallan en el poder, al cesar las hostilidades, adopten las medidas de amnistía más amplias posibles para todos los detenidos o internados a causa del conflicto armado, de suerte que sus actos de violencia queden sin reproche penal, lo que equivale, salvaguardando las diferencias existentes, a un privilegio del combatiente *sui generis* y *ex post facto*, siendo el principal escollo de esta tesis el hecho de que la susodicha amnistía no tiene su origen en una obligación emanada de una norma internacional, sino en una mera facultad reconocida a las autoridades, quedando pues a su discrecionalidad su aprobación.

Dicho esto, tal y como prevé el art. 3 común de los CG los Estados deberían valorar seriamente la posibilidad de alcanzar acuerdos especiales *inter partes* con los grupos armados que son parte contendiente en los conflictos armados de carácter no internacional que llegan al umbral del Protocolo Adicional II de 1977 y que, además, cumplen los requisitos para ostentar la cualidad de combatiente previstos en el art. 4 del CGIII, a pesar de su inaplicabilidad por el tipo de contienda armada en cuestión. Estos acuerdos especiales podrían consistir en un reconocimiento de beligerancia restringido, limitado a reconocer que las acciones hostiles llevadas a cabo de conformidad con el *ius in bello* no sean consideradas actos criminales con base en el ordenamiento doméstico. Esta proposición se justifica porque en el contexto antedicho los grupos armados gozan de la organización suficiente para conducir las hostilidades de manera parecida a las fuerzas gubernamentales, aunque a lo mejor sin los mismos medios y recursos, pudiendo distinguirse perfectamente de la población civil, someter sus

operaciones militares a las reglas básicas de las leyes y usos de la guerra, llevar las armas abiertamente y tener responsables jerárquicos sobre los subordinados. El control *de facto* de parte del territorio constituye un serio indicio de la organización del grupo armado, pues la expulsión de las fuerzas gubernamentales del mismo y la sustitución del aparato gubernamental existente no se logra con una mera insurrección, sino con un aparato bien organizado⁴⁰. Pero, además, consideramos que la rúbrica de estos acuerdos especiales ahondaría en la protección de las víctimas del conflicto armado, ya que si los miembros de los grupos armados observan que solamente se les puede exigir responsabilidad por la comisión de crímenes de guerra, de lesa humanidad o genocidio, tendrán un serio incentivo para respetar las normas humanitarias. De otra manera, si aun respetando las normas humanitarias básicas cualquier ataque a las fuerzas gubernamentales depara la comisión de un delito ordinario, estos grupos armados pueden plantearse realizar la conducción de las hostilidades sin restricción alguna, pues sea como fuere sus actos van a ser considerados criminales.

3.4. CARACTERÍSTICAS DEL USO DE LA FUERZA EN LA CONDUCCIÓN DE LAS HOSTILIDADES

Centrando nuestra atención en el paradigma de la conducción de las hostilidades, cuando concurre un conflicto armado las partes contendientes tienen como propósito capital y legítimo el debilitamiento del enemigo, todo ello mediante el uso de la fuerza, el cual no es absoluto, existiendo múltiples restricciones al respecto. Dicho esto, las características del uso de la fuerza en la conducción de las hostilidades pueden resumirse de la siguiente manera:

- El uso de la fuerza está presidido por el principio de distinción, lo que comporta que solamente puede atacarse a los combatientes, miembros de los grupos armados organizados y personas que participan directamente en las hostilidades, gozando de inmunidad las personas civiles y las personas que han quedado fuera de combate.

⁴⁰ Pensemos en el reciente conflicto armado en Siria e Iraq en el cual ha estado involucrado el ISIS o *Daesh*, grupo armado organizado capaz de controlar vastos territorios de ambos países, estableciendo mediante un régimen de terror un sistema policial, judicial, militar, tributario, etc. Este grupo armado perfectamente habría podido cumplir con los presupuestos del art. 4 del CGIII, cuestión diferente es que por su propia ideología de terror menospreciase constantemente las normas humanitarias y no tuviera la más mínima intención de cumplirlas, de ahí la imposibilidad de alcanzar los referidos acuerdos especiales.

- Con fundamento en el principio de necesidad militar las partes contendientes pueden atacar, en cualquier momento y lugar, dentro de la región de la guerra, a los enemigos cuya neutralización se haga necesaria para obtener una ventaja militar y así debilitarlo.
- Con carácter general, el uso de la fuerza puede ser letal, no constituyendo ello ninguna vulneración del derecho a la vida, siempre y cuando lo sea con respeto a las normas del *ius in bello*, dado que en los conflictos armados internacionales los combatientes, *ex* apartado 2.º del art. 43 del PAI, tienen derecho a participar en las hostilidades, esto es, a utilizar los medios y métodos de combate apropiados para debilitar al enemigo. Más problemático resulta este aspecto en los conflictos armados de carácter no internacional, dado que no hay una previsión normativa semejante a la referenciada *ut supra*, sino, a lo sumo, el reconocimiento a los Estados de mantener y restablecer la ley, el orden, la unidad nacional y la integridad territorial por todos los medios legítimos, *ex* apartado 1.º del art. 3 del PAII, y la posibilidad de usar la fuerza cuando sea absolutamente necesario contra toda insurrección a fin de reprimirla, todo ello de conformidad con la ley, según indica el art. 2.2.c) del CEDH⁴¹. Sin perjuicio de lo anterior, el derecho internacional no sanciona ni criminaliza en los conflictos armados de carácter no internacional el uso de la fuerza letal contra aquellas personas que participan directamente en las hostilidades, indiferentemente de si son miembros de las fuerzas armadas o de grupos armados organizados, a tenor de lo previsto en el art. 3 común de los CG y art. 8.2.c) del Estatuto de Roma, infiriéndose de ello una especie de reconocimiento restringido y *sui generis* del derecho a participar directamente en las hostilidades, caracterizado porque no hay atribución alguna *de iure* del privilegio del combatiente y porque el derecho doméstico sí castiga los actos de violencia armada contra las fuerzas gubernamentales.
- En la conducción de las hostilidades están permitidos los daños incidentales entre la población civil, siempre y cuando no sean excesivos respecto de la ventaja militar directa y concreta prevista, según se establece en la letra b) del apartado 5.º del art. 51 y el art. 57.2.b) del PAI, normas que han cristalizado en derecho consuetu-

⁴¹ Sentencia del TEDH de 6 de julio de 2005, Isayeva v. Russia, párr. 180.

dinario⁴². Esta característica nos conduce al principio de proporcionalidad, cuya valoración resulta harto compleja, toda vez que en el juicio de proporcionalidad se coloca en un lado de la balanza vidas humanas y en el otro un objetivo militar, residiendo en el mando militar la responsabilidad correspondiente por la decisión adoptada.

- En el planeamiento de toda operación militar deberán tenerse en consideración las precauciones enumeradas en el art. 57 del PAI, consistentes, sucintamente, en hacer todo lo que sea factible para verificar que el objetivo no son personas civiles ni bienes civiles; tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar, o reducir todo lo posible el número de muertos y heridos que se pueden causar incidentalmente entre la población civil; abstenerse de decidir un ataque cuando se prevea que se causarán muertos o heridos en la población civil excesivos en relación con la ventaja militar directa y concreta prevista; dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan. Esta norma también ha cristalizado en derecho consuetudinario⁴³.

4. CONTRASTES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN AL USO DE LA FUERZA

El uso de la fuerza en la conducción de las hostilidades contiene unos parámetros de aplicación cualitativos notablemente diferentes respecto a las normas de los derechos humanos, de ahí que resulte apropiado confrontarlos atendiendo a los principios básicos que lo caracterizan.

⁴² HENCKAERTS, J.M. y DOSWALD-BECK, L., *op. cit.*, Norma 14: «Queda prohibido lanzar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista», pp. 53 y ss.

⁴³ *Ibíd.*, Norma 15 y siguientes, pp. 59 y ss.

4.1. CON BASE EN EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN

4.1.1. Normas de derechos humanos

Las normas jurídicas concernientes al DIDH salvaguardan el derecho a la vida de todas las personas, sin distinción alguna, siendo todas ellas titulares de este derecho subjetivo, no existiendo ningún elemento discriminatorio o diferenciador inherente a la persona como tal que pueda servir de fundamento para restringirlo, todo ello sin perjuicio de la existencia de determinadas situaciones que legitiman el uso de la fuerza, siempre y cuando no se trate de una actuación arbitraria, ya que el derecho internacional prohíbe la privación arbitraria de la vida. Bajo este canon, el uso de la fuerza se justifica en atención a un criterio de *conduct-base*, es decir, a causa de la conducta amenazante y peligrosa para los derechos humanos o para el mantenimiento del orden público de una persona⁴⁴. Quien decide voluntaria y libremente comportarse violentamente, poniendo en riesgo y amenazando seriamente los derechos de terceras personas o el orden público, se coloca en una situación conductual en la que asume el riesgo de que los agentes estatales usen la fuerza para restituir el orden público y garantizar los derechos amenazados, siempre bajo la concurrencia de unos principios que deben interpretarse restrictivamente.

Ciertamente, el principio de distinción en las normas relativas a los derechos humanos no opera con la misma intensidad e importancia que en el DIH, toda vez que en el contexto de los derechos humanos se salvaguarda el derecho de la vida de todas las personas sin distinción alguna⁴⁵,

⁴⁴ QUENIVET, N. «The right to life in international humanitarian law and human rights law». *International Humanitarian Law and Human Rights Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2008, p. 338.

⁴⁵ A este respecto, tenemos que significar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe sobre terrorismo y derechos humanos de 22 de octubre de 2002, OEA/Ser.L/V/II.116, ha trasladado el principio de distinción a los derechos humanos, sosteniendo que «los medios que el Estado puede utilizar para proteger su seguridad o la de sus ciudadanos no son ilimitados. Por el contrario, como lo especificó la Corte, independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de quienes perpetran ciertos delitos, el poder del Estado no es ilimitado ni puede el Estado recurrir a cualquier medio para lograr sus fines. En tales circunstancias, el Estado puede recurrir al uso de la fuerza solo contra individuos que amenacen la seguridad de todos y, por tanto, el Estado no puede utilizar la fuerza contra civiles que no presentan esa amenaza. El Estado debe distinguir entre los civiles inocentes y las personas que constituyen la amenaza (...)», párr. 89 y 90. Atendiendo a lo anterior, el principio de distinción en materia de derechos humanos sirve para justificar que el uso de la fuerza debe ir dirigido exclusivamente contra quien amenaza o pone en riesgo los derechos de terceras personas, guardando, en consecuencia, ciertas semejanzas con el principio de distinción del

resultando por ello una ecuación compleja en este campo del derecho. En palabras de QUENIVET su implementación podría constituir incluso una *contradictio in terminis*, ya que la *ratio essendi* de los derechos humanos no es otra que garantizar los derechos humanos de todas las personas sin diferencia alguna, de suerte que los criterios de distinción en atención al *status* de la persona devendrían contradictorios⁴⁶. De hecho, los tribunales de derechos humanos no aplican directamente el principio de distinción, sino más bien lo interpretan cuando intuyen la existencia de un conflicto armado, sin llegar a considerarlo un principio propio de los derechos humanos⁴⁷. En realidad, lo que sucede es que estos tribunales lo tienen en consideración cuando interpretan el deber de precaución en el empleo de los medios y métodos menos lesivos para evitar o minimizar la pérdida incidental de vidas humanas, como sucedió en el *caso Tagayeva*, en donde el tribunal critica el empleo de armas convencionales de guerra que causan daño tanto a los terroristas como a los rehenes, utilizando expresamente el término *sin distinción*⁴⁸, con una indiscutible referencia al principio de distinción del DIH, dado que previamente había citado el art. 51 del PAI⁴⁹. Este proceder demuestra que las normas del DIH pueden perfectamente complementar a las normas de derechos humanos en determinadas circunstancias de violencia armada próximas a un conflicto armado, sobre todo, desde el momento en que una persona libre y voluntariamente amenaza el orden público o los derechos de terceras personas, en cuyo caso, evidentemente, el uso de la fuerza debe ir dirigido contra aquella persona que constituye la amenaza en cuestión. En suma, el principio de distinción no opera directamente en el contexto de las normas relativas a los derechos humanos, sin perjuicio de que indirectamente, a través de la valoración e interpretación del requisito de precaución en el empleo de los medios y métodos menos lesivos para evitar o minimizar la pérdida incidental de vidas humanas, los tribunales de derechos humanos lo tomen en consideración, en el sentido de que los agentes estatales deben identificar a aquella persona cuya conducta amenaza el orden público o pone en riesgo los derechos de otros, teniendo que dirigirse el uso de la fuerza solamente

DIH, ya que con base en el mismo solamente puede atacarse al combatiente, enemigo o persona que participa directamente en las hostilidades, en definitiva a la persona que amenaza o pone en riesgo la vida de los integrantes de la otra parte contendiente.

⁴⁶ QUENIVET, N., *op. cit.*, p. 344.

⁴⁷ *Cf.*: Sentencia de la Corte Interamericana de 30 de noviembre de 2012, Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia, párr. 212 y sentencia de la Corte Interamericana de 17 de abril de 2015, Caso Cruz Sánchez v. Perú, párr. 276.

⁴⁸ Sentencia del TEDH de 13 de abril de 2017, *Tagayeva and others v. Russia*, párr. 608.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 468.

contra el mismo, de ahí que si se usan medios o métodos que perjudiquen al resto de personas, nos hallaríamos en principio ante una vulneración del derecho a la vida.

4.1.2. Normas del *ius in bello*

De otra parte, las normas del DIH se estructuran bajo un parámetro diferente, en el sentido de que solamente puede usarse la fuerza contra los combatientes, miembros de grupos armados organizados que desempeñan una función continua de combate y personas que participan directamente en las hostilidades. Las normas del *ius in bello* toman en consideración tanto el criterio de *status-base* como el de *conduct-base* para justificar el uso de la fuerza. El primer criterio es aplicable a los combatientes y miembros de grupos armados organizados que desempeñan una función continua de combate, resultando indiferente al DIH si estas personas están o no realizando alguna acción hostil u otra conducta que pudiera poner en riesgo la seguridad de los integrantes de la otra parte contendiente⁵⁰. A modo de ejemplo, el bombardeo de una base militar o un campamento de un grupo armado organizado resulta con carácter general lícito, pudiendo ser atacados los combatientes o componentes del grupo armado que se hallan en dichos objetivos militares mientras duermen o descansan. En definitiva, el *status* jurídico que ostentan estas personas –el cual les hace estar integrados en la estructura y organización operativa enemiga siendo capaces de llevar a cabo una acción hostil en todo momento– constituye la causa legal por la cual no gozan de la inmunidad de una persona que no participa directamente en las hostilidades.

El segundo criterio es aplicable solamente a las personas que participan directamente en las hostilidades, pues en estos casos el uso de la fuerza solo es lícito si se dirige contra una persona que realiza un acto hostil y mientras dure el mismo. En esta situación se exige a los miembros de las Fuerzas Armadas un mayor esfuerzo y rigor, dado que deben identificar positivamente la conducta hostil de la persona civil, valorando los indicios y evidencias que conducen a la conclusión de que, efectivamente, esa persona está actuando de tal manera, en cuyo caso pierde la inmunidad de la que disfruta. Aquí el parámetro del *status* de la persona carece de eficacia alguna, solamente se

⁵⁰ Cfr. CORN, G., BLANK, L.R., JENKS, C. y TALBOT JENSEN, E. «Belligerent targeting and the invalidity of a least harmful means rule». *International Law Studies*, Vol. 89, p. 548.

tiene en consideración su conducta amenazante u hostil puntual y esporádica, aproximándonos a las normas de derechos humanos, pues el uso de la fuerza se justifica por la realización de un comportamiento perjudicial para los fines militares de la parte contendiente. Sea como fuere, lo relevante en todo caso es que estas personas civiles ni están encuadradas ni pertenecen a una organización o estructura enemiga, no ostentando el estatus de enemigo, por lo que solamente resulta lícito el uso de la fuerza cuando deciden realizar actos hostiles. En síntesis, el uso de la fuerza letal como *prima ratio* no puede aplicarse a estas personas, a diferencia de los combatientes en sentido genérico, debiéndose demostrar previamente que están realizando actos hostiles que comportan *per se* una conducta amenazante y perjudicial para los intereses militares⁵¹. Ahora bien, cuando los combatientes, los miembros de grupos armados organizados que desempeñan una función continua de combate y las personas que participan directamente en las hostilidades están fuera de combate, en virtud de lo prescrito en el art. 3 común de los CG y en el art. 41 del PAI, su derecho a la vida no puede menoscabarse en ningún caso, de suerte que el criterio del *status-base* o *conduct-base* pierde su eficacia⁵², todo ello a causa de que ningún interés militar se aprecia en usar la fuerza contra una persona que está fuera de combate y no constituye por ello ninguna amenaza; en suma, no hay una necesidad militar y por ello el principio de humanidad característico del DIH prevalece en todo momento.

4.2. CON BASE EN EL PRINCIPIO DE NECESIDAD

4.2.1. Normas de derechos humanos

El principio de necesidad se presenta como una figura jurídica que opera tanto en los ordenamientos domésticos como en el orden internacional y, en relación a este último, no podemos negar su importancia en el terreno del *ius ad bellum*, de los derechos humanos y del derecho de los conflictos armados, erigiéndose como un presupuesto ineludible, sin el cual todo uso de la fuerza probablemente resultaría antijurídico. Centrándonos en torno

⁵¹ *Cfr.* *Ibidem*, p. 550.

⁵² En este sentido el art. 41 del PAI enumera los supuestos en los que el combatiente está fuera de combate, siendo los siguientes: cuando está en poder de la parte adversa, cuando ha expresado claramente su intención de rendirse y cuando está inconsciente o incapacitado en cualquier otra forma a causa de heridas o de enfermedad y por ello es incapaz de defenderse, siendo necesario en todos estos supuestos que se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse.

a las normas del DIDH, más allá de que el uso de la fuerza está permitido como medio coercitivo para mantener el orden público y garantizar los derechos de otros, lo relevante es que se configura como una *ultima ratio*, no debiendo existir otros medios y métodos menos lesivos para alcanzar los objetivos propuestos, llegándose al hecho de que si hablamos de un uso de la fuerza letal su recurso solo se justifica cuando resulta absolutamente necesario. Los agentes estatales en el ejercicio de sus funciones deben emplear en primer término aquellos medios y métodos puestos a su disposición que no supongan un uso de la fuerza, como son los medios disuasorios propios de su presencia, advertencias acústicas o visuales, etc. Solamente, si entienden que estos medios y métodos resultan insuficientes para garantizar el orden público o los derechos de otros, tras efectuar el oportuno juicio de necesidad, podrán recurrir a la fuerza.

La valoración *a posteriori* del meritado juicio de necesidad debe tener en consideración los elementos contextuales y circunstanciales del momento, pues no es lo mismo adoptar una decisión en un estado de relativa calma y sosiego, en donde la integridad física del agente estatal u otra persona no se ve amenazada, que adoptar una decisión en un entorno de violencia en donde la integridad física de las personas se halla en juego, ya que en esta situación la capacidad de llevar a cabo el referido juicio con absoluta normalidad se ve alterado. En todo caso, el juicio de necesidad se hará con fundamento en la información que disponga el agente estatal, la cual estará compuesta por aquella que le suministran sus mandos y por la que obtiene directamente a través de la observación de hechos y conductas. Una vez se dispone de la información debe valorarse la misma y realizarse el oportuno juicio de necesidad, en el sentido de determinar si el uso de la fuerza resulta pertinente para alcanzar el objetivo propuesto, al no haber otros medios disponibles para ello. La práctica nos demuestra que la información proporcionada a los agentes estatales puede ser errónea, imprecisa o confusa, alterándose con ello su percepción de la realidad, no disponiendo de otros elementos de juicio suficientes para poder contrastarla, lo que conduce a la aceptación tácita de la información suministrada, con el consiguiente riesgo de errar en la decisión adoptada. Esto es lo que sucedió en el *caso McCann*, en donde se demostró que los soldados de la *Royal Army* que abatieron a los terroristas del IRA en Gibraltar, sin previo aviso ni intención alguna de detenerlos, se debió a la creencia de que tenían en su poder un dispositivo explosivo que podrían detonar en cualquier momento, con la consiguiente pérdida de vidas humanas, siendo esta información transmitida por su cadena de mando, de ahí que en el momento en que fueron localizados fuesen abatidos de manera *ipso facto*, albergando aquellos

una convicción plena de que resultaba absolutamente necesario el uso de la fuerza letal para impedir un inminente atentado terrorista que ponía en riesgo numerosas vidas humanas⁵³.

Asimismo, en ocasiones se realizan operaciones relacionadas con actividades terroristas o de delincuencia organizada en las que el uso de la fuerza no puede someterse al test de absoluta necesidad requerido en el ámbito europeo por el TEDH, pues nos hallamos ante operaciones en donde los agentes estatales deben actuar en unas condiciones de presión inigualables, dado el escaso tiempo del que disponen para ejecutar el dispositivo, la violencia armada con la que van a encontrarse y la ausencia de un control efectivo del entorno de la situación. A modo de ejemplo, cabe citar el *caso Finogenov*, consistente en la toma del teatro *Dubrovka* de Moscú el día 23 de octubre de 2002 por parte de separatistas chechenos quienes, además de su voluntad suicida, portaban también armas automáticas y diversos explosivos, tomando aproximadamente unos 900 rehenes, algunos de los cuales fueron ejecutados. En este contexto, el TEDH parte de la premisa de que el test de absoluta necesidad debe flexibilizarse⁵⁴, ya que la situación de violencia existente, con el consiguiente riesgo para la vida de los rehenes, no puede ser aplacada por otros medios y métodos que no sean letales, por lo que se legitima un uso de la fuerza letal como *prima ratio*, aproximándonos así a la esencia de las normas del *ius in bello*.

4.2.2. La necesidad militar en el *ius in bello*

En el Preámbulo del II Convenio de la Haya de 1899 expresamente se indica que las disposiciones aprobadas en el Reglamento anejo «*se inspiran por el deseo de disminuir los males de la guerra, en cuanto las necesidades militares lo consientan*», lo que corrobora el constante equilibrio entre el principio de humanidad y el de necesidad que caracteriza al DIH⁵⁵.

⁵³ Sentencia del TEDH, de 27 de septiembre de 1995, *McCann and others v. United Kingdom*, párr. 200.

⁵⁴ Sentencia del TEDH, de 20 de diciembre de 2011, *Finogenov and other v. Russia*, párr. 211 y 212.

⁵⁵ RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L. «Ataques letales...», *op. cit.*, p. 806; SCHMITT, M.N. «Military necessity and humanity in International Humanitarian Law: Preserving the delicate balance». *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, núm. 4. 2010, p. 798; DARCY, S. *Judges, Law and War. The judicial development of International Humanitarian law*. Cambridge: University Press 2014, p. 145. La necesidad militar como principio básico del DIH no está definido convencionalmente, aunque tanto los Convenios de Ginebra (art. 8, 30, 33, 34 y 50 del CGI, art. 8, 28 y 51 del CGII, art. 8, 76, 126 y 130 del CGIII y art. 9, 49, 53, 55, 108, 112, 143 y 147 del CGIV) como los Pro-

Ciertamente, la necesidad militar es uno de los principios fundamentales que vertebra esta rama del *ius gentium*, dotándolo de autonomía y convirtiéndolo además en *lex specialis*, dado que si solamente tuviéramos en consideración el principio de humanidad acabaría absorbido íntegramente por el DIDH, no habiendo necesidad alguna para su existencia, quedando arrinconada esa materia como una parte más del estudio de la historia del derecho.

Efectivamente, la principal peculiaridad del DIH es que el uso de la fuerza se regula como una *prima ratio*, todo ello con fundamento en la necesidad militar, ya que el objetivo esencial de las partes contendientes no es otro que debilitar al enemigo, y la manera de lograrlo es a través de la conducción de las hostilidades, tal y como se indica en la declaración de

tolos Adicionales de 1977 (art. 54, 62, 67 y 71 del PAI, y art. 17 del PAII) lo mencionan. Por otro lado, los tribunales militares instituidos por los Estados Unidos de América tras la segunda guerra mundial sí han delimitado este principio, con fundamento en el art. 14 del Código Lieber de 1863, el cual disponía que la necesidad militar es la necesidad de aquellas medidas que son indispensables para asegurar los fines de la guerra, y que son lícitos de acuerdo al derecho y usos modernos de la guerra. Así, en el *Hostage case* el tribunal miliar indicó que «*military necessity permits a belligerent, subject to the laws of war, to apply any amount and kind of force to compel the complete submission of the enemy with the least possible expenditure of time, life, and money (...) It permits the destruction of life of armed enemies and other persons whose destruction is incidentally unavoidable by the armed conflicts of the war (...) but it does not permit the killing of innocent inhabitants for purposes of revenge or the satisfaction of a lust to kill. The destruction of property to be lawful must be imperatively demanded by the necessities of war. Destruction as an end in itself is a violation of international law. There must be some reasonable connection between the destruction of property and the overcoming of the enemy forces (...) We do not concur in the view that the rules of warfare are anything less than they purport to be. Military necessity or expediency do not justify a violation of positive rules. International law is prohibitive law*», *cfr.* Trials of War Criminals before the Núremberg Military Tribunals under Control Council Law núm. 10, United States v. List (*The Hostage case*), Case No. 7, 19 February 1948, pp. 1253 a 1256; igualmente, en el *High Command case* el tribunal militar sostuvo lo siguiente: «*It has been the viewpoint of many German writers and to a certain extent has been contended in this case that military necessity includes the right to do anything that contributes to the winning of a war. We content ourselves on this subjects with stating that such a view would eliminate all humanity and decency and all law from the conduct of war and it is a contention which this tribunal repudiates as contrary to the accepted usages of civilized nations*», *cfr.* Trials of War Criminals before the Núremberg Military Tribunals under Control Council Law núm. 10, United States v. Wilhem Von Leeb (*The High Command Case*), Case No. 9, 27 October 1948, p. 541. En resumen, la necesidad militar no constituye una carta en blanco para poder realizar cualquier tipo de actuación hostil, sino todo lo contrario, necesidad militar y legalidad van unidos de la mano, por lo que este principio faculta poder realizar cualquier acción hostil que no esté prohibida por las normas convencionales o consuetudinarias, debiéndose interpretar restrictivamente el mismo, pues, con carácter general, cuando los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales de 1977 lo utilizan es en el contexto de una excepción al criterio general de la norma.

San Petersburgo de 11 de diciembre de 1868, relativa a la prohibición del uso de ciertos proyectiles en tiempo de guerra, al establecerse que «*la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo*». Esta premisa fue traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico, concretamente, en el art. 849 del Reglamento del Servicio para Campaña del Ejército de 1882, el cual estableció que «*la destrucción del ejército enemigo es el fin principal: la ocupación o destrucción de lo que pueda servirle es secundario (...) por destruirse no debe entenderse exterminarle o aniquilarle materialmente, sino ponerle fuera de combate, quebrantar, paralizar, anular, inutilizar sus fuerzas combatientes*». Desde el momento en que se desencadena un conflicto armado la finalidad legítima de las partes contendientes es debilitar al enemigo, no pudiendo entenderse por debilitar aquel comportamiento que conlleve su exterminio, aniquilamiento o destrucción total, acercándose su significado más bien a ponerlo fuera de combate, esto es, dejarle en una situación en la que no pueda empuñar sus armas o no tenga la voluntad de hacerlo, lo que se consigue, esencialmente, a través de la conducción de las hostilidades.

Dicho esto, la manera y forma en la que se usa la fuerza en un conflicto armado no es unívoca y uniforme. En una contienda armada existen situaciones que deben regirse por las normas concernientes a la conducción de las hostilidades, pero también existen otras situaciones que no se rigen por este paradigma, imperando el paradigma de *law enforcement*. Esta afirmación ha sido sostenida por la Corte Suprema de Israel, quien ha manifestado que en el DIH expresamente no se regulan normas vinculadas al paradigma de *law enforcement*, pero a la vista del contenido de algunas de sus normas su existencia queda fuera de toda duda⁵⁶. A modo de ejemplo, las situaciones que suelen regularse al amparo del paradigma de *law enforcement* acontecen durante una ocupación militar, en donde la potencia ocupante tiene la obligación de velar por el mantenimiento y el orden público, según se infiere del art. 43 del Reglamento sobre las leyes y usos de la guerra terrestre y el art. 64 del CGIV. Durante esta compleja situación habrá que determinar qué eventos se rigen por el paradigma de la conducción de las hostilidades y cuáles por el de *law enforcement*, ya que dependiendo de ello el uso de la fuerza cambia radicalmente. Pensemos por ejemplo en una manifestación pacífica que por cuestiones de seguridad no ha sido autorizada por la potencia ocupante, evidentemente, si se quiere

⁵⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 30 de abril de 2018, HCJ 3003/18, HCJ 3250/18, *Yesh Din v. Military Advocate General*, párr. 39 y 40.

disolver no pueden aplicarse los parámetros del uso de la fuerza que imperan durante la conducción de las hostilidades, primando en esta situación las normas propias de *law enforcement*, como ha sostenido el TEDH en el caso *Güleç v. Turquía*, en donde penalizó al Estado por el empleo por parte de sus fuerzas gubernamentales de un uso de la fuerza excesivo que comportaba el empleo de armas letales, sin que se entendiera apropiado y pertinente su uso en dicha situación, la cual requería de otros medios, tales como cañones de agua, balas de goma, etc.⁵⁷.

En este orden de cosas, nos tenemos que preguntar si el principio de necesidad militar es absoluto o encuentra algún límite al respecto. Pues bien, antiguamente, la conducción de las hostilidades se asentaba bajo el principio de necesidad militar, al amparo de la máxima *Kriegsraison geht vor Kriegsmanier*, lo que suponía que la necesidad militar podía en todo momento dirigir la manera en la que se conducen las hostilidades, sin limitación alguna. Esta práctica quedó desterrada tras la Segunda Guerra Mundial, llegando a criminalizarse este tipo de conducta, adquiriendo el principio de humanidad un peso equivalente al de necesidad militar, dotando de cierta humanidad la destrucción inherente de toda guerra. Actualmente, las normas humanitarias se erigen como un límite absoluto al principio de necesidad militar, no pudiendo menoscabarse las mismas con fundamento en este principio, pues cuando se ha querido excepcionar una norma humanitaria expresamente así se ha previsto, pudiendo citarse a modo de ejemplo el apartado 5.º del art. 54 del PAI o el art. 53 del CGIV. Así pues, el principio de necesidad militar no puede esgrimirse como causa de justificación para realizar aquello que está prohibido o protegido por una norma humanitaria, ya que en nuestros días, y con base en el Estado de derecho que caracteriza a los Estados civilizados, en palabras de PIGNATELLI y MECA, el derecho debe prevalecer sobre la razón de la guerra o *kriegsraison*⁵⁸.

Llegados a este punto, a nuestro juicio la justificación de la necesidad militar para que el uso de la fuerza sea una *prima ratio* en la conducción de las hostilidades no puede extenderse a las actuaciones de *law enforcement*, por lo siguiente. En primer término, el objeto de la conducción

⁵⁷ Sentencia del TEDH, de 27 de julio de 1998, *Güleç v. Turquía*, párr. 70; *cfr.* RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L. «Ataques letales...», *op. cit.*, p. 808; *cfr.* WATKIN, K. «Maintaining law and order during occupation: breaking the normative chains». *Israel Law Review*, Vol. 41, núm. 1 y 2. 2008, p. 179.

⁵⁸ PIGNATELLI y MECA, F. *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español. Consideraciones sobre el capítulo III del título XXIV del libro II del Código Penal*. Madrid: Ministerio de Defensa 2003, p. 322.

de las hostilidades es debilitar al enemigo, siendo este el principal fin de toda contienda armada, mientras que el objeto de las actuaciones de *law enforcement* es asegurar el orden público y los derechos subjetivos de las personas. En segundo término y con carácter general, en el mantenimiento del orden público no concurre una necesidad militar, ya que los comportamientos que ponen en peligro la seguridad pública no pueden considerarse actos hostiles propios de la conducción de las hostilidades. No obstante, en relación con esta última afirmación puede ocurrir que una cuestión de orden público degenerare en una situación propia de conducción de las hostilidades, en cuyo caso el paradigma del uso de la fuerza cambia, pudiéndose emplear la fuerza como *prima ratio*, incluida la letal si es contra combatientes, miembros de grupos armados organizados y personas que participan directamente en las hostilidades.

Igualmente, si bien es cierto que en la conducción de las hostilidades se permite un uso de la fuerza letal como *prima ratio*, sin atender a los presupuestos de las normas concernientes a los derechos humanos que inspira el paradigma de *law enforcement*, no resulta tampoco menos cierto que si las circunstancias lo permiten y ello no conlleva ningún riesgo para los miembros de la otra parte contendiente, podría tenerse en consideración la captura o detención de los enemigos antes que su neutralización⁵⁹. Esta afirmación se debe a las consideraciones humanitarias que imperan en el DIH, básicamente, con fundamento en la cláusula Martens contenida en el apartado 2.º del art. 1 del PAI, al indicarse que «en los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública», no resultando, a nuestro entender, de aplicación lo previsto en el apartado 2.º del art. 35 del PAI, como defiende algún autor⁶⁰, ya que este precepto se refiere a métodos y medios de combate que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios, no pudiendo enmarcarse un ataque legítimo y legal en

⁵⁹ Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 14 de diciembre de 2006, H CJ 7669/02, Public Committee Against Torture v. Government, párr. 40, esta sentencia judicial resulta de vital interés al abordar cuestiones concernientes a la conducción de las hostilidades atendiendo tanto a las normas del DIH como a normas relativas a los derechos humanos; BLANK, L. R. «Targeted strikes: the consequences of blurring the armed conflicts and self-defence justifications». *William Mitchell Law Review*, Vol. 38, núm. 5. 2012, p. 1684.

⁶⁰ Cfr. GOODMAN, R. «The power to kill or capture enemy combatants». *European Journal of International Law*, Vol. 24, núm. 3. 2013, pp. 819 a 853.

dicha norma jurídica⁶¹. La justificación de un uso de la fuerza restringido se debe a que durante un conflicto armado pueden acaecer situaciones en las que el enemigo, sin estar fuera de combate (en cuyo caso no podría ser objeto de ningún ataque), se halle en una situación de penuria militar en la que no comporte ningún riesgo su existencia ni suponga además ninguna ventaja militar su neutralización, alzándose como prevalente el principio de humanidad contenido en el apartado 2.º del art. 1 del PAI frente al de necesidad militar que justifica un uso de la fuerza letal como *prima ratio*.

Según nuestro criterio, estos supuestos no están regulados específicamente en las normas humanitarias, quedando en consecuencia sometidos tanto al principio de humanidad como a los principios básicos de la conciencia pública, los cuales encuentran su inspiración en las normas básicas de derechos humanos. En suma, nos hallamos ante un ejemplo de cómo las normas de derechos humanos pueden complementar a las humanitarias, y de cómo debería interpretarse el DIH atendiendo a la constante tensión que existe entre el principio de necesidad militar y el de humanidad en la conducción de las hostilidades, primando en este supuesto una función restrictiva de la necesidad militar, tal y como propugna MELZER⁶². Lo anterior no conlleva ninguna minusvaloración del DIH ni tampoco un fortalecimiento del DIDH, ya que se aplican tanto el principio de humanidad propio de los conflictos armados como otra serie de principios emanados de las normas de derechos humanos, lo que supone un equilibrio de reglas que se complementan entre sí, sin necesidad de que una excluya a otra. Ahora bien, este uso de la fuerza restringido en la conducción de las hostilidades todavía no ha cristalizado en derecho consuetudinario, sin perjuicio de que nos hallemos ante una norma en *status nascendi* cuya aceptación general por los Estados se encuentra todavía por determinar, siendo un elemento capital en su incipiente aceptación la sentencia de la Corte Suprema de Israel de 14 de diciembre de 2006, la cual indica expresamente lo siguiente:

«(...) a civilian taking a direct part in hostilities cannot be attacked at such time as he is doing so, “if a less harmful means can be employed (...) Indeed, among the military means, one must choose the means whose harm to the human rights of the harmed person is

⁶¹ SCHMITT, M.N. «Wound, capture or kill: A reply to Ryan Goodman’s The power to kill or capture enemy combatants». *European Journal of International Law*, Vol. 24, núm. 3. 2013, p. 856.

⁶² MELZER, N. «Targeted killing or less harmful means? – Israel’s high court judgment on targeted killing and the restrictive function of military necessity». *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 9. 2006, pp. 104 y ss.

smallest”. Thus, if a terrorist taking a direct part in hostilities can be arrested, interrogated, and tried, those are the means which should be employed».

4.3. CON BASE EN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Ciertamente, con respecto al principio de proporcionalidad nos encontramos con una problemática mayúscula, pues el DIH lo regula expresamente pero de una manera diferente al DIDH, acentuándose esta disyuntiva cuando acudimos al derecho doméstico, el cual toma como punto de partida las normas de derechos humanos, lo que genera cierta confusión. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la sentencia de la Corte Suprema de Israel referenciada *ut supra*, la cual aborda la posibilidad de un uso de la fuerza restringido en el contexto de un conflicto armado, todo ello atendiendo al principio de proporcionalidad cuando en realidad lo relevante, a nuestro entender, sería el principio de necesidad militar. Esta confusión se debe porque el juicio de proporcionalidad del derecho doméstico abarca una interpretación *in lato sensu* y otra en *stricto sensu*, siendo esta última la que se asemeja a las normas humanitarias⁶³. Evidentemente, cuando los tribunales domésticos aplican el principio de proporcionalidad lo hacen principalmente atendiendo a su ordenamiento jurídico, corriéndose el riesgo de desnaturalizar o vaciar de contenido la norma humanitaria existente, por lo que, para evitar lo anterior, deberían realizar un juicio de valoración *in extenso* de las normas aplicables, teniendo en consideración tanto la humanitaria como la doméstica.

Dicho esto, el test de proporcionalidad concerniente al uso de la fuerza en relación con las normas de derechos humanos debe satisfacer tres presupuestos, el primero es lograr que la fuerza empleada sea idónea para conseguir el propósito buscado (adecuación), el segundo se refiere a la no concurrencia de otras medidas que resulten menos lesivas o restrictivas y que permitan conseguir la finalidad perseguida (necesidad) y, por último, la fuerza ejercida debe evitar daños o perjuicios que no estén justificados atendiendo al oportuno juicio de razonabilidad que debe efectuarse (proporcionalidad *in stricto sensu*). Como puede apreciarse, dentro del juicio de proporcionalidad se incluye de manera mediata el principio de necesidad, el cual fue examinado anteriormente. Por otro lado, el principio de

⁶³ Cfr. MELZER, N. «Targeted killing or less...», *op. cit.*, p. 92.

proporcionalidad dentro del DIH se halla codificado expresamente en el apartado 5.º del art. 51 y en el art. 57.2.iii) del PAI, normas de naturaleza consuetudinaria aplicables a toda contienda armada que prohíben aquellos ataques cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. A pesar de haber cristalizado estas normas en derecho consuetudinario su incumplimiento intencionado solamente acarrea responsabilidad penal cuando se produce en el contexto de un conflicto armado internacional, *ex art. 8.2.b) iv) del Estatuto de Roma*, vicisitud que debe hacer reflexionar a la comunidad internacional sobre la necesidad de que se modifique esta circunstancia, dado que actualmente resulta incomprensible que en las contiendas armadas no internacionales tales comportamientos no resulten punibles.

Atendiendo a lo anterior, la principal diferencia que se observa en relación al principio de proporcionalidad es que las normas humanitarias permiten durante la conducción de las hostilidades las denominadas «*bajas incidentales*», esto es, la muerte y lesiones de personas civiles siempre y cuando no sean excesivos respecto de la ventaja militar directa y concreta que se busca con el ataque, mientras que las normas de derechos humanos no prevén expresamente esta posibilidad. Ciertamente, la licitud de las bajas incidentales poco tiene de humanitario, pues se legitiman aquellas acciones armadas en las que es de prever que puedan acontecer bajas civiles, quedando laminado el primer y más importante derecho humano, la vida, todo ello en aras de satisfacer el otro gran principio del DIH, esto es, la necesidad militar. La existencia del art. 51.5.b) y 57. 2. iii) del PAI constituyen un manifiesto ejemplo de cómo las normas del *ius in bello* se caracterizan por constituir un delicado equilibrio entre los principios de humanidad y necesidad militar, ya que los Estados y, por ende, la comunidad internacional, son conscientes de que en el curso de un conflicto armado el derecho a la vida de las personas que no participan directamente en las hostilidades debe garantizarse con carácter general, pero pueden existir circunstancias en las que la necesidad militar prime sobre la humanidad y, con ello, no resultar ilícito que durante un ataque se ocasione la pérdida de vidas humanas civiles. Esta realidad no va a cambiar, ni los Estados van a renunciar a ello, a causa de los elevados intereses que se hallan en juego en un conflicto armado, los cuales se ponen a la misma altura que el derecho a la vida de las personas protegidas. De ahí que en las circunstancias previstas en las normas humanitarias se permitan estas «*bajas incidentales*». El mando militar cuando decide lanzar un ataque debe evitar o cuanto menos reducir en lo máximo posible el número de muertos y heridos que se cau-

sarán incidentalmente entre la población civil y, llegado el momento, si es consciente de que las bajas incidentales resultarán excesivas respecto de la ventaja militar directa y concreta prevista, deberá abstenerse de lanzar el ataque; por otro lado, si las bajas incidentales no son excesivas el DIH permite lanzar el ataque, siendo conscientes de que con ello se perderán vidas de personas protegidas. Esta característica del *ius in bello* no está presente en las normas de derechos humanos⁶⁴, a pesar de que algunos autores entienden que la muerte de terceras personas durante un uso de la fuerza letal legítimo está permitida por el DIDH, todo ello con fundamento en la sentencia del TEDH en el caso *Ahmet Özkan v. Turquía*⁶⁵.

En efecto, la sentencia antedicha en uno de sus pasajes indica que la reacción de las fuerzas gubernamentales turcas contra la acción hostil recibida desde la población de *Ormanici* no fue desproporcionada, a la vista de que solamente falleció una persona civil⁶⁶. Dicho esto, tenemos que poner en contexto la afirmación del tribunal, en el sentido de que, por un lado, la situación enjuiciada era de un conflicto armado, como se indica en la propia sentencia⁶⁷ y, por otro lado, la respuesta armada de las fuerzas gubernamentales resultó absolutamente necesaria⁶⁸ a causa del ataque recibido. Ahora bien, lo anterior no puede conducirnos a pensar que las normas de derechos humanos permiten la pérdida de vidas humanas del mismo modo que lo hacen las normas del *ius in bello*. Ello quiere decir que en el planeamiento de una operación de *law enforcement* deben valorarse los medios y métodos a emplear para evitar en todo momento daños a terceros. Esta es la premisa esencial del DIDH, todo ello sin perjuicio de que efectivamente en el curso del operativo puedan acontecer bajas incidentales que deberán valorarse bajo el prisma de la proporcionalidad *in stricto sensu*. Sin embargo, lo peculiar del DIH es que durante el planeamiento de la operación militar se deben valorar sí o sí las posibles bajas incidentales que se van a producir y contraponerlas a la ventaja militar directa y concreta que se va a obtener. En síntesis, las normas de derechos humanos parten de la idea de que con carácter general ningún daño a terceros debe ocasionarse en el uso de la fuerza mientras que las normas humanitarias lo hacen desde un prisma distinto, en el sentido de que sí se permiten las bajas incidentales bajo unas circunstancias tasadas.

⁶⁴ MERON, T. *The humanization of international law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 8.

⁶⁵ GAGGIOLI, G. y KOLB, R., *op. cit.*, p. 137.

⁶⁶ Sentencia del TEDH de 6 de abril de 2004, *Ahmet Özkan and others v. Turkey*, párr. 305.

⁶⁷ *Ibidem*, párr. 305.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 306.

Además, el juicio de proporcionalidad con base en las normas de derechos humanos debe efectuarse respecto de las personas que ponen en peligro el orden público, valorándose los medios que pueden emplearse para poner fin a esta situación. Sin embargo, el juicio de proporcionalidad en las normas del *ius in bello* lo es exclusivamente en relación con las personas civiles, a quienes se debe preservar con carácter general de todo riesgo, pero en ningún caso respecto de las personas que participan directamente en las hostilidades o de los combatientes en sentido genérico, pues ante ellos no entra en juego el meritado juicio de proporcionalidad, sino más bien la necesidad militar, todo ello sin perjuicio de que dichos combatientes en sentido genérico se benefician del principio de proporcionalidad en relación a las limitaciones de los medios de combate que resultan aplicables⁶⁹.

5. PARADIGMAS DEL USO DE LA FUERZA

Dependiendo del contexto de violencia en el que nos hallemos el uso de la fuerza cambia notablemente, en tanto en cuanto no es lo mismo una situación de combate o de conducción de las hostilidades que otra de *law enforcement*, pudiendo perfectamente acontecer las mismas durante un conflicto armado, e incluso transformarse una situación en la otra por el devenir inmediato de los acontecimientos. En este estado de ideas, consideramos necesario determinar el concepto de conducción de las hostilidades y de *law enforcement* para entender mejor cuándo y qué normas aplicar en cada situación.

5.1. CONDUCCIÓN DE LAS HOSTILIDADES

En este apartado analizaremos las fuentes jurídicas de la conducción de las hostilidades, su concepto y naturaleza, a fin de poder diferenciarlo debidamente de las situaciones de *law enforcement*.

5.1.1. Fuentes

Este paradigma se ha forjado básicamente en el contexto de los conflictos armados internacionales. De hecho, la mayoría de las normas convencionales que lo regulan están contenidas en los Convenios de la Haya de

⁶⁹ Cfr. LUBELL, N., *op cit.*, pp. 745 y 746.

1907, en el Protocolo Adicional I de 1977 y en la Convención de Ginebra de 10 de octubre de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, por lo que puede afirmarse que, en relación a los conflictos armados internacionales, la conducción de hostilidades se instituye mediante normas convencionales, muchas de las cuales han cristalizado en derecho consuetudinario⁷⁰. Ahora bien, respecto de los conflictos armados no internacionales nos tenemos que preguntar de dónde emanan las normas que regulan la conducción de las hostilidades, pues no podemos desconocer que la mayoría de las normas convencionales aplicables en estos conflictos armados son de naturaleza humanitaria, es decir, no regulan la conducción de las hostilidades, sencillamente confieren derechos a las personas protegidas, aunque existe un constante debate sobre esta cuestión⁷¹, el cual puede resultar estéril, ya que las posibles lagunas existentes pueden ser perfectamente colmadas mediante la aplicación del derecho consuetudinario. Sea como fuere, resulta evidente que en los conflictos armados no internacionales las partes en conflicto no pueden libérrimamente y de manera ilimitada elegir los métodos y medios de combate, existiendo límites y prohibiciones al respecto que deben respetarse, por mor de lo establecido en el art. 22 del Reglamento anejo al Convenio de la Haya de 1907 y el apartado 1.º del art. 35 del PAI, cuyo tenor es el siguiente:

«En todo conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado».

Pues bien, en este tipo de contienda armada sí existen normas convencionales relativas a la conducción de las hostilidades, el problema radica en que las mismas resultan insuficientes para regular este fenómeno tan importante del *ius in bello*, por lo que debe acudir a otra fuente normativa. Efectivamente, a modo de ejemplo podemos citar el art. 14 del PAII que prohíbe como método de combate el hacer padecer hambre a las personas civiles, el apartado 2.º del art. 13 del PAII, que prohíbe los actos o amenazas de violencia cuyo fin sea aterrorizar a la población civil, o el art. 12 del PAII que indica que los signos distintivos de la Cruz Roja, Media Luna

⁷⁰ En este sentido, DINSTEIN afirma que la mayoría de reglas de la conducción de las hostilidades se han consolidado como normas consuetudinarias. DINSTEIN, Y. *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*. Oxford: University Press 2010, p. 10.

⁷¹ SIVAKUMARAN, S. «The Law...», *op. cit.*, pp. 336 y 337.

Roja o León o Sol rojos no pueden ser usados indebidamente. De igual manera, tenemos que recordar el Convenio de Ginebra de 1980 sobre armas convencionales, norma convencional que regula ciertos medios de combate y que resultan de aplicación a los conflictos armados no internacionales tras la enmienda acontecida en el año 2001, mostrándose así la voluntad de los Estados de codificar poco a poco en normas convencionales la conducción de las hostilidades en este tipo de conflicto armado. Por otro lado, las evidentes lagunas que nos vamos a encontrar en la conducción de las hostilidades dentro de los conflictos armados no internacionales van a ser suplidas, esencialmente, mediante la costumbre. La evolución del derecho consuetudinario resulta capital en esta cuestión, pues si bien es cierto que los Estados no han querido desarrollar convencionalmente las normas aplicables en los conflictos armados de carácter no internacional con la misma extensión y rigor que lo han hecho para los conflictos armados internacionales⁷², no lo es menos que aquellos, a través de su práctica y convicción de sentirse vinculados por ciertas normas del Protocolo Adicional I de 1977, sobre todo las relativas a la conducción de las hostilidades, han aceptado muchas de estas normas como derecho consuetudinario, siendo por lo tanto plenamente aplicables en cualquier contienda armada⁷³. Asimismo, el TIPY en el *caso Tadic* ha sostenido que no puede rechazarse la idea de que existen normas consuetudinarias que gobiernan los conflictos armados no internacionales, y que estas normas abarcan áreas como la protección de los civiles frente a las hostilidades, ataques indiscriminados, protección de bienes civiles, protección de bienes culturales y de aquellas personas que no participan directamente en las hostilidades, *así como la prohibición de ciertos medios y métodos de conducir las hostilidades*⁷⁴.

La importancia del derecho consuetudinario resulta innegable, sirviendo el mismo como guía y orientación a las partes en conflicto de cómo deben conducir las hostilidades. A pesar de ello, no podemos caer en la tentación de pensar que las normas aplicables en los conflictos armados internacionales resultan *in toto* aplicables en los conflictos armados de

⁷² Cfr. AUGHEY, S. y SARI, A. «Targeting and detention in non-international armed conflict: Serdar Mohammed and the limits of human rights convergence». *International Law Studies*, Vol. 91. 2015, p. 88.

⁷³ Cfr. HENCKAERTS, J.M. y DOSWALD-BECK, L., *op. cit.*, Normas 46 a 86; FLECK, D., *op. cit.*, p. 616; FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, J.L., *op. cit.*, p. 828; AUGHEY, S. y SARI, A., *op. cit.*, p. 102; DINSTEIN, Y. «The conduct of...», *op. cit.*, p. 10; KOLB, R. y HYDE, R. *An introduction to international law of armed conflict*. Oxford: Hart Publishing 2008, p. 59.

⁷⁴ Decisión interlocutoria de la Sala de Apelaciones del TIPY, de 2 de octubre de 1995, *Prosecutor v. Tadic*, párr. 127.

carácter no internacional, transformando un derecho especial en derecho internacional general⁷⁵. Efectivamente, el TIPY en el citado *caso Tadic* indica que solamente algunas normas han cristalizado en derecho consuetudinario y que su aplicación lo es en relación a la esencia de la norma, no pudiendo hacerse una aplicación íntegra y mecánica de la norma convencional⁷⁶. Un ejemplo manifiesto de lo anterior es el no reconocimiento del *status* de combatiente o prisionero de guerra en los conflictos armados de carácter no internacional, ya que en esta materia la práctica de los Estados ha sido constante y uniforme en no reconocerlo a los miembros de los grupos armados organizados⁷⁷, por mucho que haya autores que piensen que procedería lo contrario⁷⁸. Así pues, podemos afirmar que la mayoría de las normas convencionales relativas a la conducción de las hostilidades aplicables en los conflictos armados internacionales han cristalizado en derecho consuetudinario, comportando ello que puedan aplicarse en las contiendas armadas no internacionales. Ahora bien, la correcta aplicación de estas normas consuetudinarias parte de la premisa de que solamente se aplica la esencia de la norma convencional, no siendo conveniente realizar una aplicación mecánica y en *stricto sensu* de la misma, dado que ha sido elaborada para otro tipo de contienda armada.

De otra parte, algunos autores han entendido que en relación a los conflictos armados no internacionales la conducción de las hostilidades debería regularse también por las normas de derechos humanos, toda vez que la mayoría de normas convencionales del DIH guardan silencio sobre este aspecto en este tipo de contienda armada mientras que la normativa de derechos humanos por su parte sigue vigente⁷⁹. El fundamento de lo anterior se debe a que normalmente los Estados cuando se hallan inmersos en una situación de violencia armada constitutiva de un conflicto armado de carácter no internacional no la reconocen y tampoco suspenden las obligaciones derivadas de las normas de derechos humanos, lo que podría

⁷⁵ ZEGVELD, L., *op. cit.*, pp. 35 y 36.

⁷⁶ Decisión interlocutoria de la Sala de Apelaciones del TIPY, de 2 de octubre de 1995, *Prosecutor v. Tadic*, párr. 126.

⁷⁷ FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, J.L., *op. cit.*, p. 827; FLECK, D., *op. cit.*, p. 627.

⁷⁸ *Cfr.* OHLIN, J.D., *op. cit.*, pp. 350 a 352.

⁷⁹ ABRESCH, W. «A human rights law of international armed conflict: the European Court of Human Rights in Chechenya». *European Journal of International Law*, Vol. 16, núm. 4. 2005, p. 748; *cfr.* DROEGE, C. «Elective affinities? Human rights and humanitarian law». *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, núm. 871. 2008, p. 527, quien discute la aplicación del DIDH para regular la conducción de las hostilidades.

suponer que las acciones relativas al uso de la fuerza se valorasen bajo el prisma exclusivo de estas normas.

Dicho esto, la realidad es que la *praxis* de los Estados resulta unívoca y uniforme en el sentido de que para aplicar el DIH no necesitan suspender las obligaciones emanadas de las normas de derechos humanos⁸⁰, máxime cuando este *corpus iuris* sigue vigente en caso de conflicto armado. A pesar de ello, los tribunales internacionales de derechos humanos cuando tienen que enjuiciar violaciones de los derechos humanos sobre hechos relativos a la conducción de las hostilidades, si no ha habido una previa suspensión de las obligaciones de las normas de derechos humanos, a consecuencia de su vinculación y sometimiento a su estatuto normativo, tendrán que aplicarlas y valorar los hechos bajo el imperio de las normas de derechos humanos, aunque lo hacen sin perder de vista la norma humanitaria⁸¹. Ciertamente, aquí radica una de las principales convergencias entre el DIDH y el DIH, dado que el juicio de valor que debe llevar a cabo el tribunal se hace aplicando la norma de derechos humanos vigente pero interpretándola bajo el prisma de la norma humanitaria, todo ello a consecuencia de que estos tribunales no tienen competencia para aplicar las normas del DIH, de ahí que se limiten a interpretarla, trasladando su esencia a la norma de derechos humanos que sí deben aplicar, de suerte que la norma humanitaria complementa el régimen de protección de los derechos humanos, algo lógico, pues el objeto de aquélla es regular la conducción de las hostilidades y configurar un régimen de protección para las personas protegidas, siendo este último propósito coincidente con el régimen de los derechos humanos.

A este respecto, la Corte Interamericana en el caso *Las Palmeras contra Colombia* ha sostenido lo siguiente:

«La Convención Americana es un tratado internacional según el cual los Estados partes se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Convención prevé la existencia de una Corte Interamericana para “conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación” de sus disposiciones.

Cuando un Estado es parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que esta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aun cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordena-

⁸⁰ Cfr. KRETZMER, D. «Rethinking the...», *op. cit.*, p. 16.

⁸¹ Cfr. DROEGE, C., *op. cit.*, p. 532.

miento jurídico interno. La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad.

Para realizar dicho examen “la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención. El resultado de esta operación será siempre un juicio en el que se dirá si tal norma o tal hecho es o no compatible con la Convención Americana”. Esta última solo ha atribuido competencia a la Corte para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados con la propia Convención, y no con los Convenios de Ginebra de 1949⁸²».

Sea como fuere, propugnar que en una situación de conflicto armado no internacional el uso de la fuerza en la conducción de las hostilidades debe aplicarse atendiendo principalmente a las normas de derechos humanos resulta irrealista y poco efectivo, de ahí que la solución dada por los tribunales internacionales anteriormente apuntada sea adecuada, pues se toma en consideración tanto la norma de derechos humanos como la del *ius in bello*, sin perjuicio de recordar que la voluntad de los Estados a la hora de regular la conducción de las hostilidades en este tipo de contienda armada ha sido unívoca, en el sentido de considerar que los miembros de los grupos armados organizados pueden ser atacados en todo momento, sin necesidad de atender a una conducta amenazante, sino por su propio *status*, ya que si no fuera así carecería de todo sentido el principio de distinción previsto en el art. 13 del PAII⁸³. Además, respecto a esta cuestión la Corte Internacional de Justicia ha sostenido claramente que el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida también está vigente durante las hostilidades, pero lo que constituye una privación arbitraria de la vida debe ser determinado mediante la ley especial, es decir, el derecho aplicable

⁸² Sentencia de la CIDH de 4 de febrero de 2000, caso Las Palmeras contra Colombia, párr. 32 y 33; *cfr.*: APONTE CARDONA, A. «El Sistema interamericano de derechos humanos y el derecho internacional humanitario: una relación problemática». *El sistema de protección de derechos humanos y derecho penal internacional*. Berlín: Konrad Adenauer 2010, pp. 153 y 154.

⁸³ DROEGE, C., *op. cit.*, p. 527; PILLOUD, C., DE PREUX, J., SANDOZ, Y., ZIMMERMANN, B., GASSER, H.P., WENGER, C.F., JUNOD, S. y PICTET, J. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977*. Eds.: SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., y ZIMMERMANN, B. Geneva: Martinus Nijhoff Publishers 1987, párr. 4789.

en los conflictos armados que regula la conducción de las hostilidades⁸⁴. Efectivamente, en la conducción de las hostilidades las normas del *ius in bello* son las que mejor se adaptan a la situación, las más eficaces al tomar en consideración las singularidades de las contiendas armadas y las más útiles, al erigirse como una voluntad de los Estados. Cuestión diferente es que los tribunales internacionales a la hora de determinar la vulneración de un derecho humano apliquen sus normas vinculantes, entre las que no se encuentra el DIH, siempre que el Estado no haya suspendido sus obligaciones ni haya reconocido la concurrencia de un conflicto armado, pero ello no significa que no deban interpretarla en todo caso y que la posible vulneración del derecho humano constituya también una vulneración del DIH.

5.1.2 Concepto

La conducción de las hostilidades no ha sido definida convencionalmente⁸⁵, sin embargo, la doctrina considera que comprende la elección y uso por las partes contendientes de los medios (armas) y métodos (táctica) puestos a su disposición para debilitar al enemigo⁸⁶. A colación de esta definición –la cual es aceptada generalmente por la doctrina–, se aprecia la vinculación existente entre la finalidad del uso de la fuerza en el contexto de un conflicto armado, a saber, el debilitamiento del enemigo, y la manera en que debe llevarse a cabo esta actuación, es decir, los medios o armas y métodos o formas en las que se puede atacar al enemigo para ponerlo fuera de combate. Sea como fuere, no cabe duda que dentro de la conducción de las hostilidades juegan un rol relevante tanto los *ataques* como los *actos de hostilidad*, comportamientos ambos propios del DIH que deben determinarse al amparo de esta rama del derecho internacional y que, sin perjuicio de su similitud, a nuestro juicio, ostentan un matiz diferente, con fundamento en lo siguiente:

- a) En relación al término «ataque», el apartado 1.º del art. 49 del PAI lo define como aquellos «actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos», formando parte del derecho con-

⁸⁴ Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 de la Corte Internacional de Justicia, Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, párr. 25.

⁸⁵ *Amici Curiae* del Profesor Roger O'Keefe, ICC-01/04-02/06 A2, de 1 de agosto de 2020, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, párr. 6.

⁸⁶ MELZER, N. «Targeted killing...», *op. cit.*, p. 269; DINSTEIN, Y. «The conduct...», *op. cit.*, p. 1.

suetudinario esta definición⁸⁷, pudiendo, incluso, entenderse como ataque toda acción de combate dirigida a debilitar al enemigo⁸⁸, por lo que comprendería una multitud de comportamientos violentos, como pudiera ser la colocación de una mina o aparato explosivo, actos de sabotaje contra bienes militares, etc. Estos actos de violencia solamente pueden dirigirse contra los combatientes, personas que participan directamente en las hostilidades y objetivos militares del adversario; en síntesis, contra aquellas personas y bienes del adversario o que están en territorio bajo su control, pues de lo contrario lo más probable es que nos hallásemos frente a un crimen de guerra, dado que las personas fuera de combate, las personas civiles y los bienes civiles gozan de inmunidad, *ex* apartado 1.º del art. 41 del PAI, apartado 3.º del art. 51 del PAI y apartado 1.º del art. 52 del PAI.

- b) El término «actos de hostilidad» no está definido en norma internacional alguna⁸⁹, aunque forma parte del lenguaje usado en las normas del *ius in bello*, a la vista de su inclusión en los art. 53 del PAI, art. 16 del PAII y art. 4 de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 14 de mayo de 1954. Su contenido se nos antoja más amplio que el «ataque» definido convencionalmente, pues los actos de hostilidad pueden dirigirse contra cualquier persona o bien, no siendo necesario que sean del adversario, a diferencia del «ataque», el cual está limitado al adversario. Así pues, la diferencia entre ambos conceptos estriba en que los actos de violencia propios de los ataques son contra personas o bienes adversarios, mientras que los actos de violencia propios de los actos hostiles son contra cualquier persona o bien, sin necesidad de que sean adversarios.
- c) Las diferencias apuntadas entre el término «ataque» y «actos de hostilidad» adquieren una relevancia notable en el campo del derecho penal internacional, el cual, actualmente, se caracteriza por su

⁸⁷ *Amici Curiae* del Profesor Roger O'Keefe, ICC-01/04-02/06 A2, de 1 de agosto de 2020, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, párr. 3.

⁸⁸ PILLOUD, C., *et al.*, *op. cit.*, párr. 1880.

⁸⁹ DOMENECH OMEDAS, J.L. «Acciones hostiles y objetivos militares. Los principios de igualdad, distinción, precaución y proporcionalidad». *Derecho Internacional Humanitario*, 3.ª Edición, Coords.: RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. Valencia: Tirant Lo Blanch 2017, p. 354; RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L. «Participación directa de las personas civiles en las hostilidades». *Derecho Internacional Humanitario*, 3.ª Edición, Coords.: RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. Valencia: Tirant Lo Blanch 2017, pp. 784 y ss.

pleno y absoluto respeto al principio de legalidad. Efectivamente, si acudimos al Estatuto de Roma podemos observar que en relación a los crímenes de guerra contra bienes culturales el art. 8.2.b) ix) –relativo a conflictos armados internacionales– y art. 8.2.e) iv) –relativo a conflictos armados de carácter no internacional–, castigan el «dirigir intencionalmente ataques» contra los mismos, lo que comporta que nos hallamos ante una actuación propia de la conducción de las hostilidades. Sin embargo, la destrucción de bienes culturales al margen de la conducción de las hostilidades solamente se halla tipificada para los conflictos armados internacionales, *ex art. 8.2.a) iv)*, al indicar castigar «la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente». Esto significa que, en principio, en los conflictos armados de carácter no internacional aquellas conductas que tengan por objeto destruir un bien cultural (siendo un acto de hostilidad) sin que nos hallemos ante el paradigma de la conducción de las hostilidades no pueden ser castigados en aplicación del art. 8.2.e) iv) del ER. Pensemos en un grupo armado organizado que tiene el control de una parte del territorio y destruye bienes religiosos o culturales que están bajo su poder o protección, sin que medie ataque alguno contra el adversario, tal comportamiento con base en el Estatuto de Roma *prima facie* no podría ser castigado. Esto es lo que ha sucedido en el *caso Bosco Ntaganda* ante la CPI, pues los hechos imputados al acusado consistentes en la destrucción de una iglesia, al margen de la conducción de las hostilidades, no fueron considerados como el crimen de guerra tipificado en el art. 8.2.e) iv) del ER, pues dicho comportamiento no se considera un ataque, atendiendo a la definición dada por el apartado 1.º del art. 49 del PAI⁹⁰. Por otro lado, tampoco podemos olvidar que la CPI en el *caso Al Faqi Al Madhi* por hechos semejantes acaecidos en una contienda armada no internacional condenó al acusado con base en el meritado art. 8.2.e) iv) del ER, consistiendo dichos hechos en la destrucción de mausoleos y otros bienes culturales situados en Mali en territorio bajo el control del grupo armado al que pertenecía aquél⁹¹, siendo

⁹⁰ Sentencia de la CPI (Sala de Primera Instancia) de 8 de julio de 2019, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02, párr. 1142.

⁹¹ Sentencia de la CPI (Sala de Primera Instancia) de 27 de septiembre de 2016, *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Madhi*, ICC- 01/12-01/15.

esta decisión notablemente criticada por algún autor⁹². En suma, sin perjuicio de que la CPI deberá resolver esta cuestión, pues ante dos supuestos semejantes se han adoptado soluciones diferentes, lo que no cabe duda es que el derecho penal internacional trata de manera diferente los ataques y los actos de hostilidad en relación a los bienes culturales.

De otra parte, si acudimos a la posición adoptada por los tribunales domésticos, la Corte Suprema de Israel ha sostenido que la conducción de las hostilidades se relaciona con aquella situación en la cual las partes están combatiendo una contra la otra empleando medios y métodos para atacar objetivos militares⁹³. Así pues, atendiendo a todo lo anterior, la conducción de las hostilidades no es otra cosa que el recurso a la violencia armada por las partes contendientes para debilitar a la parte adversaria, llevándose a cabo ello mediante el empleo de medios y métodos de combate. La conducción de las hostilidades es la manera en la que se llevan a cabo los enfrentamientos armados entre las partes contendientes, sin perjuicio de que también abarque la neutralización de aquellas personas que participan directamente en las hostilidades sin pertenecer a fuerza armada o grupo armado organizado alguno.

5.1.3. Naturaleza.

Las normas relativas a la conducción de las hostilidades deben calificarse como *lex specialis* dentro del complejo ordenamiento del derecho internacional humanitario, dado que no todas las normas humanitarias tienen como propósito regular la manera en que debe usarse la fuerza⁹⁴. A modo de ejemplo, las garantías fundamentales previstas en el art. 75 del PAI se encuentran estrechamente vinculadas con las normas de derechos humanos, por lo que esta norma dentro del entramado normativo del DIH podría calificarse como *lex generalis*. Sin embargo, el conjunto de normas relativas a la conducción de las hostilidades no encuentra similitud alguna con otras normas internacionales, de hecho, tales normas han sido pensadas y elaboradas para regular el uso de la fuerza letal en una situación de violencia armada particular y concreta, a saber, el conflicto armado. Los Estados han querido que en este

⁹² SCHABAS, W. «Al Madhi has been convicted of a crime he did not commit». *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 49, núm. 1. 2017, pp. 75 y ss.

⁹³ Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 30 de abril de 2018, HCJ 3003/2018, 3250/2018, párr. 39.

⁹⁴ MELZER, N. «Targeted killing...», *op. cit.*, p. 269.

contexto de violencia armada sean de aplicación estas normas, las cuales instituyen unas prohibiciones peculiares que no tienen por qué guardar relación con las normas de los derechos humanos, aun siendo conscientes de que estas últimas siguen vigentes en un conflicto armado.

5.2. MANTENIMIENTO DEL ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA (*LAW ENFORCEMENT*)

5.2.1. Concepto

El derecho internacional no ha definido el concepto de *law enforcement*, sin embargo, atendiendo a diferentes resoluciones emanadas de organismos internacionales podemos sostener que dicho paradigma no es otra cosa que el conjunto de medidas adoptadas por el Estado o por otro órgano u organización que ostenta el control *de facto* de un territorio para mantener el orden y la seguridad pública⁹⁵. Estas medidas tendrán por objeto principal garantizar los derechos y libertades de las personas, la tranquilidad pública, el respeto de la ley y el orden público y la prevención y represión de la delincuencia. Este conjunto de medidas normalmente es llevado a cabo por cuerpos gubernamentales de naturaleza policial, pero no hay objeción alguna en que las Fuerzas Armadas también las realicen, siempre y cuando estén debidamente formados y equipados para ello. Una muestra de ello lo tenemos en nuestro ordenamiento jurídico, pues en el apartado 3.º del art. 15 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la defensa nacional, se enumera como misión de las Fuerzas Armadas, junto con las instituciones del Estado y las Administraciones públicas, la preservación de la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe o calamidad u otras necesidades públicas, pudiendo realizarse en consecuencia operaciones que tengan por finalidad apoyar a las fuerzas y cuerpos de seguridad en la lucha contra el terrorismo y colaborar con las diferentes Administraciones públicas en los supuestos de grave riesgo, calamidad, catástrofe u otras necesidades públicas, de

⁹⁵ Las principales resoluciones son el Código Europeo de Ética de la Policía del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 19 de septiembre de 2001; el Código de Conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Res. 34/1969, de 17 de diciembre; y los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de 1990, *cfr.* MELZER, N. «Conceptual distinction and overlaps between law enforcement and the conduct of hostilities». *Handbook of the International Law Military Operations*. Eds.: GILL, T.D. y FLECH, D. Oxford: University Press 2010, pp. 33 y ss.

conformidad a lo establecido en la legislación vigente, *ex art.* 16 de la ley orgánica referenciada *ut supra*⁹⁶.

5.2.2. Fuentes

Las acciones de *law enforcement* encuentran su origen tanto en el derecho doméstico como en el derecho internacional, bien en las normas de derechos humanos bien en las propias normas humanitarias. Si bien es cierto que normalmente se ha vinculado al paradigma de *law enforcement* con las normas de derechos humanos, no lo es menos que el DIH tácitamente también comprende este concepto. Una muestra de ello son las medidas de control o de seguridad que pueden adoptarse respecto de las personas protegidas en caso de un conflicto armado internacional, *ex art.* 27 del CGIV o las medidas de internamiento o residencia forzosa, *ex art.* 41 y 42 del CGIV, las cuales solamente pueden adoptarse en aras de salvaguardar la seguridad de la potencia ocupante. Asimismo, las obligaciones de la potencia ocupante de mantener el orden y seguridad en los territorios ocupados bajo su control –obligación convencional contenida en el art. 43 del Convenio de la Haya de 1907, la cual ha cristalizado en derecho consuetudinario– se erige como la mejor muestra de que las normas humanitarias también comprenden supuestos de *law enforcement*, no pudiendo reconducirse todo uso de la fuerza a la conducción de las hostilidades.

5.2.3. Contexto en el que opera el paradigma de law enforcement

Con carácter general, será en tiempo de paz donde tengan lugar las medidas de mantenimiento del orden y seguridad pública, tal es así que las principales normas humanitarias expresamente indican que en situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos que no son conflictos armados, el DIH no resulta de aplicación, *ex apartado* 3 del art. 1 del

⁹⁶ En este sentido, tenemos que recordar que la lucha terrorista contra el IRA llevado a cabo en el Reino Unido corrió a cargo principalmente de la Royal Army, quienes a pesar de ser fuerza armada, tenían unas reglas de enfrentamiento específicas que se fundamentan en los principios de *law enforcement* y no de conducción de las hostilidades, lo que ratifica la posibilidad de que las Fuerzas Armadas, al margen de la conducción de las hostilidades pueden realizar otra serie de operaciones en las que el uso de la fuerza no tenga que ser letal y como *prima ratio*, *cf.*: HAINES, S. «Northern Ireland 1968-1998». *International Law and the classification of conflicts*. Ed.: WILMSHURST, E. Oxford: University Press 2012, p. 137.

PAII y apartado 2.º del art. 1 de la Convención de Ginebra de 1980 sobre armas convencionales. Lo anterior significa, sencillamente, que las normas humanitarias no son aplicables allá donde no acontezca un conflicto armado. Pero este axioma no puede trasladarse *mutatis mutandi* a una situación de conflicto armado, pues en este contexto de violencia armada resultan aplicables tanto el DIH como las normas de derechos humanos, no siendo extraño pues que cohabiten en esta situación de violencia armada tanto el paradigma de conducción de las hostilidades como el de *law enforcement*.

En el contexto de un conflicto armado no todo el uso de la fuerza lo es en relación con la conducción de las hostilidades, pues habrá otra serie de situaciones que deban ser gobernadas bajo el paradigma de *law enforcement*, el cual, principalmente, se fundamenta en las normas domésticas, en las de derechos humanos y en las normas humanitarias que puedan resultar aplicables, produciéndose así una convergencia entre las normas del *ius in bello* y las de derechos humanos. En este sentido, la Corte Suprema de Israel ha reconocido esta realidad en los conflictos armados, no teniendo reparo alguno en considerar que dentro de estos contextos de violencia armada coexisten dos paradigmas sobre el uso de la fuerza, el de la conducción de las hostilidades y el de *law enforcement*⁹⁷. La coexistencia de estos dos paradigmas comporta forzosamente una interacción normativa que no puede desconocerse, y que además ha sido reconocida en las normas humanitarias, ya que, por un lado, el art. 72 del PAI establece que las disposiciones de la Sección III sobre el trato a las personas en poder de una parte en conflicto completan las normas relativas a la protección de las personas civiles en poder de una parte en conflicto, enunciadas en el IV Convenio de Ginebra de 1949, así como las demás normas aplicables de derecho internacional referentes a la protección de derechos humanos fundamentales durante los conflictos armados internacionales y, por otro lado, en el Preámbulo del Protocolo Adicional II de 1977 se estipula que «los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental». Por su parte, la Corte Interamericana ha ratificado estas posturas llegando a sostener que durante un conflicto armado la persona se halla protegida tanto por la norma humanitaria, siendo esta más específica, como por la de derechos humanos, ante lo cual se produce una convergencia de normas internacionales que amparan a dicha persona⁹⁸.

⁹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 30 de abril de 2018, H CJ 3003/18, H CJ 3250/18, *Yesh Din v. Military Advocate General*, párr. 39.

⁹⁸ Sentencia de la CIDH de 23 de noviembre de 2004, caso *Hermanas de Serrano Cruz contra El Salvador*, párr. 112 y 116; *cf.* APONTE CARDONA, A., *op. cit.*, p. 158.

Las situaciones en las que debe aplicarse uno u otro paradigma no están perfectamente definidas ni reguladas en el DIH, más bien lo contrario, pero ello no puede servir de obstáculo para deducir que, principalmente, el paradigma de *law enforcement* será de aplicación en aquellas situaciones o contextos en los que se ejerce un control sobre el terreno o las personas. Pensemos en los territorios bajo ocupación militar, en la detención de personas en conflictos armados no internacionales, en las actuaciones de mantenimiento del orden público a causa de disturbios o tensiones internas que acontecen en territorios bajo algún control *de facto*, o en controles policiales o *checkpoints*. Sin ánimo de ser exhaustivos o absolutos en la afirmación, es en estos contextos y situaciones en donde el paradigma de *law enforcement* resulta más ajustado a la realidad y, por ende, a derecho, toda vez que en estas acciones no se pretende debilitar al enemigo, por lo que el uso de la fuerza debe partir de las premisas propias de las normas de derechos humanos, vislumbrándose más aptas para tenerse en consideración junto con las normas humanitarias que puedan resultar igualmente de aplicación, todo ello sin perjuicio de que una situación de mantenimiento del orden público puede degenerar en una situación de conducción de las hostilidades atendiendo a los sucesos que acontezcan, resultando pues de aplicación las normas del *ius in bello*⁹⁹.

5.2.4. Uso de la fuerza

En relación con el uso de la fuerza, y como bien indicó la Corte Suprema de Israel, lo característico del paradigma de *law enforcement* es que la fuerza letal solamente puede usarse como último recurso, todo ello bajo los principios de necesidad y proporcionalidad propios de las normas de derechos humanos analizados anteriormente¹⁰⁰. Asimismo, precisando ta-

⁹⁹ Estas situaciones han tenido lugar principalmente en Israel, a consecuencia del control fronterizo con la franja de Gaza, en donde existe un muro que grupos armados organizados como Hamas han intentado superar, lo que ha ocasionado que las fuerzas gubernamentales recurran a la fuerza para impedirlo. Estas situaciones se regulan mediante normas de *law enforcement*, pero el devenir de los acontecimientos, caracterizado porque tales grupos armados intentan sobrepasar el muro con actos de fuerza y empleando a la población civil, a fin de cometer actos terroristas en Israel, determina que se pueda recurrir a la fuerza, incluida la letal, para evitarlo, al ponerse en riesgo la vida de la población de Israel y la de los propios agentes estatales. Concretamente, las reglas de enfrentamiento en estas situaciones permiten el uso de armas de fuego contra las piernas de los asaltantes del muro, cuando ya no hay alternativa alguna de evitar el asalto y no se han atendido las advertencias pronunciadas, cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 30 de abril de 2018, HCJ 3003/18, HCJ 3250/18, Yesh Din v. Military Advocate General, párr. 57.

¹⁰⁰ *Ibidem*, párr. 40.

les cuestiones este tribunal nacional en el caso «Ankonina case» –relativo al uso de la fuerza letal para efectuar un arresto o impedir la huida de un detenido durante un *checkpoint* situado en la franja de Gaza– ha sostenido lo siguiente:

«(...) Se debe evitar arrebatarse una vida humana o dañar la integridad física cuando esto no se corresponda razonablemente con el alcance del peligro que se intenta prevenir, incluso cuando se trata de la captura del delincuente (...) es apropiado que una respuesta que pueda dañar la vida o la integridad corporal se limite a circunstancias en las que exista una preocupación razonable de manera que abstenerse de aplicar una medida extrema conducirá a una resolución que cree un peligro de la naturaleza descrita anteriormente, por parte de quienes intentan arrestarlo o impedir su fuga»¹⁰¹.

Este presupuesto de riesgo o amenaza para la vida propia o de terceros ha sido requerido también por este tribunal nacional en el contexto de una revuelta ocurrida en el distrito de Shfaram (Israel), sosteniendo lo siguiente:

«(...) de acuerdo con la ley, los policías están autorizados para cumplir con su deber, mantenerse firmes y no retroceder y, por lo tanto, “si en consecuencia sus vidas o cuerpos están en peligro, estarán justificados para utilizar los medios que consideren necesarios para evitar el peligro” y para vencer a los alborotadores, incluido el uso de armas de fuego, incluso si esto pudiera provocar la muerte u otros daños corporales a cualquiera de los mismos (...). Sin embargo, resulta necesario afirmar que incluso en estas condiciones, uno nunca debe justificar el acto de un tiroteo de manera intencional o indiferente por parte de la policía (...) el cual no guarda relación alguna con la fuerza razonable¹⁰²».

Llegados a este punto, consideramos pertinente hacer una pausa sobre la cuestión de los *checkpoints* militares, los cuales suelen practicarse en territorios bajo algún tipo de control militar. Con carácter general este operativo militar debe considerarse como una medida de mantenimiento del orden y seguridad pública, siempre y cuando su finalidad no sea el debilitar al enemigo, por ejemplo mediante el cerco del territorio en donde

¹⁰¹ Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 1990, In CrimA 486/88 Ankonina v. The Chief Military Prosecutor, IsrSC 44(2), pp. 371 y 372.

¹⁰² Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 1971, In CA 751/68 Ra'ed v. The State of Israel, IsrCS 25(1), p. 216.

se encuentran, el cual debe efectuarse mediante estos controles militares. Si los *checkpoints* se implementan para evitar la comisión de delitos o para controlar el trasiego de personas y materiales que puedan poner en riesgo la seguridad de los territorios, probablemente nos hallamos ante una acción de *law enforcement*, la cual debe analizarse bajo el prisma de una serie de normas tanto humanitarias como de derechos humanos. Lo que no cabe duda es que no nos hallaríamos ante una acción de combate tendente a debilitar al enemigo.

6. CONCLUSIONES

Dentro del contexto de violencia armada propio de un conflicto armado coexisten dos paradigmas sobre el uso de la fuerza, el de la conducción de las hostilidades y el de *law enforcement*, los cuales se fundamentan en normas diferentes. El primero tendrá a las normas humanitarias como principal fuente mientras que el segundo tendrá a las normas domésticas, de derechos humanos y del DIH. Ello comporta que ante una misma situación puedan resultar de aplicación diversas normas, las cuales pueden complementarse o converger o, de lo contrario, excluirse, a causa de que el resultado de la aplicación de una u otra sea totalmente opuesto. Cómo identificar y calificar las situaciones de violencia en las que debe aplicarse uno u otro paradigma es una de las grandes tareas del asesor jurídico de las fuerzas armadas o de cualquier jurista versado en derechos humanos o en DIH. Sea como fuere, de lo que no cabe duda es que la aplicación de las normas de derechos humanos en el contexto de un conflicto armado ya no puede considerarse una utopía, sino más bien una realidad que opera principalmente en las actuaciones de mantenimiento del orden y seguridad pública, pudiendo incluso informar en otros contextos propios de la conducción de las hostilidades cuando no hay duda alguna de que el enemigo ha quedado bajo una penuria militar en la que ninguna amenaza ostenta ni ninguna ventaja militar se obtiene por su neutralización, siendo más bien una realidad la posibilidad de que se lleven a cabo otra serie de actuaciones que no comporten un uso de la fuerza letal. Este uso de la fuerza restringido redundará en un reforzamiento de la norma humanitaria por medio de las normas de derechos humanos, siendo ello una realidad y no una utopía, así como una muestra de la convergencia y complementariedad de las normas del DIH y del DIDH.

Otra realidad es que el privilegio del combatiente aplicable en conflictos armados internacionales se halla presente en la conducción de las

hostilidades, pero no así en las actuaciones de *law enforcement*, por lo que si el uso de la fuerza resulta contrario a derecho nos hallaremos ante un comportamiento antijurídico merecedor del reproche penal o disciplinario oportuno. De igual manera, en los conflictos armados de carácter no internacional el reconocimiento de la beligerancia se erige como una utopía, pero ello no puede elevarse como un dogma que impida a las partes contendientes formular acuerdos especiales mediante los que se reconozca lo que hemos venido a denominar como *beligerancia restringida y sui generis*, consistente en considerar que las acciones armadas de los grupos armados organizados respetuosas con el DIH no sean constitutivas de delito de conformidad con el derecho doméstico, hallando su mejor justificación en el hecho de que el derecho internacional, a la vista de lo contenido en el Estatuto de Roma, no ha criminalizado en este tipo de contienda armada los actos de guerra contra las fuerzas gubernamentales, a excepción del crimen de guerra de matar a traición a un combatiente adversario, sin perjuicio de recordar que el apartado 5.º del art. 6 del PAII cuando invita a las autoridades que se hallen en el poder a conceder las amnistías más amplias posibles por motivos relacionados con el conflicto armado, indirectamente nos conduce al concepto referenciado *ut supra*.

Por último, la *praxis* judicial de los tribunales internacionales de derechos humanos incide en el hecho de que en los conflictos armados de carácter no internacional en los que no ha habido una suspensión de las obligaciones emanadas de los convenios de derechos humanos la norma aplicable para determinar (dentro del ámbito de competencias del tribunal) la vulneración de un derecho humano es el DIDH, sin perjuicio de que los tribunales interpreten las normas del DIH a fin de valorar la situación fáctica, produciéndose así un mecanismo de complementariedad de normas tendente a proteger a las personas víctimas de los conflictos armados, siendo esto, más que una utopía, una realidad.