

EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN Y LA IDENTIFICACIÓN POSITIVA

PREMIOS DE DEFENSA 2019

Modalidad premio José Francisco Querol y Lombardero

Abraham Martínez Alcañiz
Comandante Auditor
Doctor en Derecho

Resumen

En la actualidad las operaciones militares bélicas tienen lugar la mayoría de ocasiones en zonas urbanas, lo que dificulta la correcta aplicación del principio de distinción. El mecanismo idóneo para lograr la satisfacción del principio de distinción lo constituye la identificación positiva del objetivo militar, con base en el cual debe obtenerse información sobre el bien, objeto o persona que se va atacar y hacer una valoración razonable de la misma antes del ataque.

Palabras clave: principio de distinción, objetivos militares, identificación positiva y operación militar.

Abstract

At present military war operations take place most often in urban areas, which hinders the right application of the principle of distinction. The ideal mechanism to achieve the satisfaction of the principle of distinction is the

positive identification of the military objective, based on which information must be obtained about the object or person to be attacked and make a reasonable assessment of it before the attack.

Keywords: Distinction principle, military objective, positive identification and military operation.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. CONFLICTOS ARMADOS ASIMÉTRICOS Y EXTENSIÓN DE LA ZONA DE COMBATE A LAS CIUDADES. 2.1. El fenómeno de la guerra asimétrica. 2.2. Las ciudades como nuevo campo de batalla. 3. EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN. 3.1. Introducción. 3.1.1. Edad moderna. 3.1.2. Edad contemporánea. 3.2. Concreción normativa del principio de distinción. 4. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN EN LOS CONFLICTOS ARMADOS. 4.1. Los objetos como objetivo militar. 4.2. Las personas como objetivo militar. 4.2.1. Conflictos armados internacionales. 4.2.1.1. El combatiente y su estatuto. 4.2.1.2. Presupuestos para ostentar la condición de combatiente. 4.2.2. Conflictos armados no internacionales. 4.2.2.1. Fuerzas armadas disidentes. 4.2.2.2. Grupos armados organizados. 4.2.3. Personas civiles que participan directamente en las hostilidades. 4.2.3.1. Concepto. 4.2.3.2. Elementos constitutivos. 4.2.3.3. Ámbito temporal de la participación directa. Problema de la teoría del *revolving door*. 5. LA IDENTIFICACIÓN POSITIVA COMO MECANISMO PARA SATISFACER EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN. 5.1. Introducción. 5.2. Concepto. 5.2.1. Certeza razonable. 5.2.1.1. Obtención de información. 5.2.1.2. Valoración de la información. 5.2.2. Objetivo militar propuesto legítimo. 5.3. Sensores para configurar la identificación positiva. 6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Con carácter general, y dependiendo de la doctrina de cada país, las operaciones militares se clasifican en bélicas o no bélicas, lo que implicará que principalmente la misión se halle sujeta a las normas del derecho internacional humanitario (en adelante, DIH) o al derecho internacional de los derechos humanos¹. En el primer tipo de operación militar participan directamente —o cuanto menos están implicadas— las Fuerzas Armadas en un conflicto arma-

¹ Cfr. Doc. OR7-009, *Orientaciones Operaciones no bélicas*. Mando de Adiestramiento y Doctrina, Ministerio de Defensa, 2005, pp. 1-2 y 4-2, las operaciones militares se clasifican en bélicas y no bélicas. De otra parte, nuestro ordenamiento jurídico, concretamente los art. 88 y siguientes de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, distingue entre operaciones de combate, operaciones de paz y ayuda humanitaria, operaciones de seguridad y bienestar de los ciudadanos y operaciones de evacuación y rescate.

do, siendo el poder militar determinante para alcanzar el objetivo final buscado, mientras que en el segundo tipo de operación militar no lo son. La teoría anteriormente apuntada no satisface los retos de las modernas operaciones militares caracterizadas porque de un escenario de mantenimiento del orden público o *law enforcement* sin solución de continuidad se pasa a un escenario bélico, lo que comporta un cambio drástico de las normas aplicables.

Ante esta tesitura límite, las Fuerzas Armadas deben afrontar una situación de enfrentamiento armado en el seno de una operación militar que ha sido concebida y calificada como no bélica, la cual *prima facie* se rige por las normas de *law enforcement* contenidas en el derecho internacional y nacional de cada estado, siendo el principio de distinción clave en todo caso. La conducción de las hostilidades en tales contextos resulta capital, pues según nuestro ordenamiento jurídico, las Fuerzas Armadas en el cumplimiento de cualquier tipo de operación militar están sujetas, *ex art.* 106 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (en adelante ROFAS), aprobadas por el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, al respeto de las normas del DIH o de los conflictos armados. Esta medida supone un avance extraordinario en la eficacia de esta rama del *ius gentium*, en consonancia con nuestra doctrina militar, la cual establece que en las operaciones de mantenimiento, conservación e imposición de la paz se respetará el derecho internacional de los conflictos armados². Por ello, nuestras Fuerzas Armadas tienen que estar perfectamente instruidas y adiestradas en la conducción de las hostilidades y en las normas fundamentales que las integran, contenidas, a su vez, en el DIH, dado que serán de aplicación en todo tipo de operación militar cuando concurren los presupuestos adecuados para ello.

La finalidad del presente estudio consiste en exponer las dificultades que van a encontrarse nuestras Fuerzas Armadas en el respeto del principio de distinción, particularmente, en los enfrentamientos armados que tienen lugar en zonas urbanas. En este sentido, el respeto del DIH resulta incuestionable para nuestras Fuerzas Armadas, por lo que deberán operar teniendo presente estas normas, siendo conscientes de que las actuales operaciones militares son extremadamente complicadas, pues entrañan escenarios muy distintos y cambiantes, siendo una nota constante que las hostilidades y el recurso al uso de la fuerza tienen lugar en zonas urbanas densamente pobladas, a causa de la asimetría de los modernos conflictos, siendo en todo caso un elemento clave para garantizar el principio de distinción la identificación positiva del objeto o persona a atacar.

² Doc. OR/-004, *Orientaciones el Derecho de los Conflictos Armados*, tomo I. Mando de Adiestramiento y Doctrina, Ministerio de Defensa, 2007, pp. 1-12.

2. CONFLICTOS ARMADOS ASIMÉTRICOS Y EXTENSIÓN DE LA ZONA DE COMBATE A LAS CIUDADES

2.1. EL FENÓMENO DE LA GUERRA ASIMÉTRICA

En el pasado eran frecuentes los conflictos armados simétricos, caracterizados porque los ejércitos estaban uniformados y pertrechados para la batalla, se enfrentaban en espacios abiertos –sin poner en peligro directo a la población civil– y tenían una capacidad militar similar³. La devastación, el cuantioso número de combatientes heridos o muertos y la inherente debilitación económica que se ocasionaba a los Estados ha hecho que estas contiendas armadas disminuyan notablemente, salvo excepciones puntuales, como ha sido la guerra de las Malvinas o la última guerra contra Iraq⁴. Los actuales escenarios en los que participan las Fuerzas Armadas difieren mucho de lo antedicho, pues del clásico concepto de conflicto armado simétrico hemos pasado al asimétrico⁵.

La noción de conflicto armado asimétrico no constituye una novedad *stricto sensu*, estando presente desde tiempos inmemoriales⁶. Tampoco existe una definición unitaria de este concepto, aunque sí se han establecido ciertos elementos comunes, como son la existencia de desigualdades y desequilibrios entre los contendientes⁷. Los conflictos armados suelen ser asimétricos cuando se produce un enfrentamiento armado entre dos partes totalmente desiguales, a saber, una fuerte y otra débil, o una con una fuerza armada numerosa, bien equipada, pertrechada y entrenada y otra que no posee tales características, lo que acontece en la mayoría de los conflictos armados no internacionales. Esto implica que la asimetría tenga por finalidad hallar los medios y métodos en la conducción de las hostilidades

³ Cfr: PFANNER, T. «Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action». *International Review of Red Cross*, vol. 87, núm. 857. 2005, p. 152.

⁴ Cfr: JOHN HOPKINS, M. «Regulating the conduct of urban warfare: lessons from contemporary asymmetric armed conflicts». *International Review of Red Cross*, vol. 92, núm. 878. 2010, p. 470.

⁵ CASSESE, A. «Current challenges to international humanitarian law». En CLAPHAM, A., y GAETA, P. (eds.). *Handbook of International law in armed conflict*. Oxford: University Press, 2014, p. 8.

⁶ PFANNER, T. *Op. cit.*, p. 150; ROGERS, A.P.V. «Unequal combat and the law of war». *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 7. 2004, p. 4.

⁷ GEISS, R., y SIEGRIST, M. «¿El conflicto armado en Afganistán ha afectado las normas relativas a la conducción de las hostilidades?». *International Review of Red Cross*, núm. 881. 2011, p. 8.

idóneos para debilitar al enemigo que ostenta un mayor poder militar y tecnológico⁸. La victoria militar —en el sentido clásico— ya no constituye el principal objetivo de los contendientes, sobre todo cuando se sabe que la otra parte ostenta una capacidad militar superior. Ahora el propósito capital reside en dificultar las operaciones militares del enemigo y debilitarle tanto moral como públicamente, lo que suele conseguirse a costa de menoscabar el principio de distinción, pues los combatientes o guerrilleros muchas veces no portan uniformes ni llevan signos distintivos para distinguirse de la población civil, utilizan bienes civiles para lanzar sus ataques, emplean escudos humanos para evitar que sean atacados y ocultan objetivos militares entre bienes civiles⁹.

Además, se prescinde constantemente de un enfrentamiento armado directo y, en el caso de que se produzca, normalmente, tiene lugar en zonas urbanizadas densamente pobladas, siendo la población civil un elemento más de apoyo a los grupos armados, obteniendo estos inteligencia para sus escaramuzas y emboscadas, tácticas propias de la denominada guerra de guerrilla y de la técnica de golpear y correr —*hit and run*—¹⁰. Esto supone una ventaja militar para los grupos armados y serias dificultades para las Fuerzas Armadas, situando a los soldados que combaten en una atmósfera de extraordinaria tensión, incertidumbre y confusión, ya que sobre ellos recae la responsabilidad de distinguir al combatiente, guerrillero o persona que participa directamente en las hostilidades, de la persona civil, todo ello en un mínimo y escaso periodo de tiempo que delimita la vida de la muerte, lo justo de lo injusto y, en definitiva, una posible actuación criminal de una que no lo sea.

En este orden de ideas, las principales características de los modernos conflictos armados pueden resumirse en lo siguiente:

- El enfrentamiento armado suele tener lugar entre Fuerzas Armadas y actores armados no estatales, lo que supone *prima facie* que nos hallemos ante contiendas armadas no internacionales, al no concurrir una lucha armada entre Estados, salvo que dicho grupo esté controlado por un tercer Estado, en cuyo caso podríamos encontrarnos ante un conflicto armado internacionalizado¹¹.

⁸ PFANNER, T. *Op. cit.*, p. 151.

⁹ *Cfr.*: JOHN HOPKINS, M. *Op. cit.*, p. 477; *cfr.*: WOLF HEINTSCHEL VON HEINEGG, «Asymmetric warfare: how to respond?». *International Law Studies*, vol. 87. 2011, p. 471.

¹⁰ ROGERS, A.P.V. «Unequal combat...». *Op. cit.*, p. 5.

¹¹ *Cfr.*: AKANDE, D. «Classification of armed conflicts: relevant legal concepts». En WILMSHURST, E. (ed.). *International Law and the classification of concepts*. Oxford: Uni-

- El empleo de tácticas de guerrilla por los actores no estatales resulta habitual, siendo su uso legítimo siempre que se respete el derecho internacional de los conflictos armados¹². Ahora bien, la evolución de estas tácticas de guerrilla han deparado situaciones complejas de abordar desde un prisma netamente jurídico, como los ataques suicidas, el empleo de artefactos explosivos improvisados y la comisión de actos de terror contra la población civil como métodos para disminuir la moral de las Fuerzas Armadas y obtener una ventaja militar¹³.
- La victoria militar ya no reside únicamente en las capacidades militares de las partes contendientes, sino en el grado de respeto del DIH y de los derechos humanos, pues su vulneración repercute negativamente en el objetivo final. La globalización y los medios de comunicación existentes hace que todo resulte conocido y difundido en el instante, sin un previo estudio riguroso del suceso¹⁴. La población civil debe percibir que las Fuerzas Armadas respetan sus bienes y sus derechos, de lo contrario, ningún apoyo se obtendrá de ellos, redundando esto negativamente en los objetivos marcados. En suma, el respeto del DIH propiciará la consecución de los objetivos marcados en la operación, mientras que su violación incidirá negativamente, ocasionando además dificultades de naturaleza política, humanitaria y diplomática.
- Muchos de los grupos armados organizados para compensar su menor capacidad militar vulneran el principio de distinción¹⁵, a fin de obtener cierta ventaja militar, todo ello mediante el uso de escudos humanos, perfidia, colocación de objetivos militares en bienes civiles y ataques indiscriminados, como ha quedado

versity Press, 2012, p. 57 y ss.; Sentencia de la Corte Penal Internacional (Sala de Primera Instancia), de 14 de marzo de 2012, *Prosecutor v. Thomas Lubanga*, pára. 541.

¹² Cfr: NURICK, L y BARRET, R.W. «Legality of guerrilla forces under the laws of war». *American Journal of International Law*, vol. 40, núm. 3. 1946, pp. 563 y ss.; WOLF HEINTSCHEL VON HEINEGG. Op. cit., p. 466.

¹³ Cfr: HAINES, S. «The nature of war». WILMSHURST, E. (ed.). *International Law and the classification of concepts*. Oxford: University Press, 2012, p. 22, sostiene que el empleo de actos de terror por los grupos armados significa que sus tácticas de combate no tienen éxito, de ahí que recurran a estos métodos de combate criminales.

¹⁴ Cfr: MONTALVO, E.D. «When did imminent stop meaning immediate? Ius in bello hostile intent, imminence and self-defense in counterinsurgency». *The Army Lawyer*, 27-50-483. 2013, p. 25.

¹⁵ *Ibidem*, p. 24.

constatado en los recientes conflictos armados de Afganistán¹⁶, Iraq¹⁷ o Gaza¹⁸.

2.2. LAS CIUDADES COMO NUEVO CAMPO DE BATALLA

La primera guerra mundial se caracterizó principalmente por ser una guerra de trincheras –acaeciendo las hostilidades normalmente lejos de los centros urbanos– mientras que la segunda guerra mundial, a causa de su consideración de *guerra total*, implicó que las ciudades fueran un objetivo militar, lo que comportó constantes bombardeos sobre las mismas¹⁹. Los modernos conflictos armados se desarrollan prácticamente en su totalidad en centros urbanos densamente poblados, adquiriendo la ciudad una notable relevancia estratégica en términos políticos y militares. Los conflictos armados acaecidos en el Líbano (2006), Gaza (2009), Chechenia (2000), Afganistán (2001), Iraq (2003) o Siria (2012) son una muestra de lo antedicho. De esta manera los grupos armados albergan mayores posibilidades de obtener algún rédito militar contra un enemigo mejor armado, pertrechado, entrenado y con una mayor capacidad tecnológica. Pero, además, se pretende obtener réditos políticos, ya que mediante el empleo de métodos de combate asimétricos, e incluso ilícitos, se busca provocar en las Fuerzas Armadas una reacción desproporcionada con el objeto de conseguir el reconocimiento internacional de su causa y la simpatía de los medios de comunicación²⁰.

El desarrollo, evolución y crecimiento que han sufrido las ciudades a lo largo del siglo XXI resulta innegable. Si en el año 1950 dos tercios de la población residía en zonas rurales, para el año 2050 se prevé que dos tercios de la población resida en zonas urbanas. Los grupos armados organizados aprovechan las ventajas tácticas que ofrece la ciudad como campo de batalla, pues un enfrentamiento armado en este espacio resulta costoso

¹⁶ GEISS, R., y SIEGRIST, M. *Op. cit.*, pp. 7 y ss.

¹⁷ «Human Rights Watch». *Off Target The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq*. 2003, p. 66.

¹⁸ Cfr: The State of Israel, *The operation in Gaza, 27 December 2008 – 18 January 2009, factual and legal aspects*. 2009, pp. 52 y ss.; cfr: A/HRC/12/48, 25 September 2009. *Human rights in Palestine and other occupied Arab territories*. Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, p. 218.

¹⁹ Cfr: VAUTRAVERS, A. «Military operations in urban areas». *International Review of Red Cross*, vol. 92, núm. 878. 2010, p. 438.

²⁰ ROGERS, A.P.V. «Unequal combat...». *Op. cit.*, p. 5; WOLF HEINTSCHEL VON HEINEGG. *Op. cit.*, p. 470.

y entraña cuantiosas bajas para las Fuerzas Armadas. La topografía de la ciudad, con múltiples edificios, bodegas, sótanos, alcantarillado, construcciones resistentes, escuelas, hospitales o edificios militares, supone *per se* una ventaja militar para quien se aprovecha de estas estructuras, constituyendo perfectos parapetos para mantener una defensa con pocos efectivos, ubicar tiradores de precisión o colocar artefactos explosivos improvisados. A título de ejemplo se estima que un grupo armado de unas 1.000 personas puede defender y hostigar una ciudad de 100.000 habitantes, siendo necesario unos 5.000 efectivos de las Fuerzas Armadas para recuperar la ciudad con éxito²¹. Con este dato se demuestra que unos pocos efectivos pueden hacer frente a toda una fuerza regular utilizando como campo de batalla la ciudad, sobre todo las estructuras de la misma.

Llegados a este punto, no podemos olvidarnos de la población civil que no ha podido abandonar la ciudad, lo que complica –si cabe más– la conducción de las hostilidades, pues debe distinguirse en todo momento al combatiente o guerrillero de la persona civil que no participa directamente en las hostilidades, tarea harto compleja para el soldado que se halla inmerso en una situación de devastación y peligro inminente y constante. Por otro lado, la situación o colocación de objetivos militares en bienes civiles o en sus proximidades determinará un análisis profundo de los métodos y medios de combate que se pretenden utilizar, y si resulta de conformidad a derecho un ataque sobre los mismos. Así pues, si las Fuerzas Armadas quieren desenvolverse correctamente en este nuevo campo de batalla su adiestramiento e instrucción sobre la conducción de las hostilidades resulta esencial, mereciendo una especial consideración el principio de distinción, el cual se satisface con base en el concepto de identificación positiva²².

Por último, en las batallas que han tenido lugar recientemente en zonas urbanas, como son la de Mosul (Iraq), Al Raqqa o Aleppo (Siria), se aprecia que la devastación de la urbe ha alcanzado una connotación mayúscula. Las ciudades han quedado literalmente laminadas, destruyéndose sus estructuras básicas y reduciendo su calidad de vida a un umbral paupérrimo. Esta devastación tiene lugar en muchos casos por el uso indebido de los bienes civiles y por la utilización de armas explosivas convencionales de gran potencia capaces de causar estragos. Lo aconsejable, a fin de no destruirse la habitabilidad de la ciudad, sería que los medios de combate utilizados fuesen adecuados al fin que se pretende obtener,

²¹ VAUTRAVERS, A. *Op. cit.*, p. 441.

²² MERRIAM, J.J. «Affirmative target identification: operationalizing the principle of distinction for U.S. warfighters». *Virginia Journal of International Law*, vol. 56, núm. 1. 2016, p. 85.

es decir, si queremos abatir al enemigo que se halla en un piso de un bloque de viviendas con carácter general no resulta indispensable destruir el bloque en su integridad, pudiendo recurrirse a un ataque preciso y proporcionado. Ahora bien, muchas veces los ejércitos no disponen de los medios de combate oportunos para efectuar un ataque preciso, utilizando en su defecto el armamento disponible a su alcance. En estos casos, deben procurar poner a la población civil a salvo del ataque, bien mediante treguas, alertas o avisos. Un claro ejemplo de lo anterior lo encontramos en la batalla de Gaza, donde el ejército israelí antes del ataque procedía a avisar a la población civil mediante mensajes telefónicos y panfletos²³.

3. EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN

3.1. ANTECEDENTES

3.1.1. Edad moderna

La mayoría de las obras concernientes al derecho internacional humanitario son de origen anglosajón –aunque cada vez hay más excepciones, habiendo proliferado su difusión en el ámbito lingüístico castellano con obras de gran prestigio²⁴–. Lo anterior ha supuesto que muchos autores consideren a Hugo Grocio como el pionero en la investigación y desarrollo de esta rama del *ius gentium*²⁵. Siendo conscientes de que el derecho en la guerra o *ius in bello* resulta tan viejo y pretérito como la guerra misma, hallándose sus raíces en tiempos inmemoriales²⁶, consideramos, haciendo

²³ The State of Israel. *The operation in Gaza, 27 December 2008 – 18 January 2009, factual and legal aspects*. 2009, p. 3.

²⁴ A modo de ejemplo, basta con citar entre ellas las siguientes, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coords.). *Derecho internacional humanitario*, 3.ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017; JORGE URBINA, J. *Protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones Unidas y derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000; FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, J.L. *El derecho de los conflictos armados. De iure belli*. Madrid: Ministerio de Defensa, 2001; PIGNATELLI Y MECA, F. *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*. Madrid: Ministerio de Defensa, 2003.

²⁵ GREENWOOD, C. «Historical development and legal basis». En FLECK, D. (ed.). *The Handbook of International humanitarian law*. Oxford: University Press, 2008, p. 19.

²⁶ Cfr. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. «Fuentes del derecho internacional humanitario». En RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coords.). *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 56; GREEN, L.C. *The contemporary law of armed conflict*. Manchester: University Press, 2008, pp. 26 y ss.

una defensa de nuestra cultura, que los principios inspiradores del DIH tuvieron su manifestación con Francisco de Vitoria, quien plasmó por escrito –allá en el año 1538– ciertas ideas fundamentales concernientes a la conducción de las hostilidades, las cuales, de una manera u otra, han permanecido inalterables²⁷, antes incluso de la magna obra de Hugo Grocio. En cualquier caso, la iniciativa de Francisco de Vitoria tiene su fundamento en cuestiones religiosas, pues su propósito era limitar los horrores y atrocidades de la guerra al mínimo indispensable, todo ello unguido de dogmas cristianos del momento.

Dicho esto, Francisco de Vitoria aborda el principio de distinción en su obra cuando se pregunta si *¿es lícito en la guerra matar a los inocentes?*, ofreciendo una respuesta clarificadora al respecto, «nunca es lícito en la guerra matar deliberadamente a los inocentes, ni castigar a los inocentes por los delitos de los malos ni desde luego es lícito castigar a los inocentes que viven entre los malos»²⁸. Esta contestación tan sencilla y, a la vez, tan repleta de contenido, constituye el germen del principio de distinción que posteriormente ha cristalizado en normas internacionales.

3.1.2. Edad contemporánea

El principio de distinción fue configurado primeramente en normas domésticas y posteriormente en normas convencionales, cuya finalidad no era otra que regular el *ius in bello*. Desde el prisma del derecho nacional, todo estudio concerniente al DIH no puede desconocer la esencial contribución que supuso la Orden núm. 100, sobre Instrucciones para la conducción de los ejércitos de los Estados Unidos en campaña, promulgada por el presidente Abraham Lincoln, el 24 de abril de 1863, con motivo de la guerra de la secesión, obra suscrita por el jurista Francis Lieber, dando así origen a su denominación como *Código Lieber*²⁹. Este Código entraña la plasmación

²⁷ Cfr. JORGE URBINA, J. *Op. cit.*, p. 43; GREENWOOD, C. *Op. cit.*, p. 19.

²⁸ DE VITORIA, Fco. *Relecciones sobre los indios y el derecho de la guerra* (1538). Madrid: Espasa-Calpe, 1975, p. 132.

²⁹ Debe significarse que el profesor Francis Lieber tenía un profundo conocimiento de la guerra, toda vez que participó en la batalla de Waterloo contra Napoleón y en la guerra de independencia de Grecia, cfr. CARNAHAN, B.M. «Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity». *American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 2. 1998, p. 214; cfr. KALSHOVEN, F., y ZEGVELD, L. *Restricciones en la conducción de la guerra*. Buenos Aires: CICR, 2005, p. 21; OPPENHEIM, L. *Tratado de Derecho internacional público*. Tomo II, vol. I, a cargo de LAUTERPACHT, H. Barcelona: Bosch, 1966, p. 234.

por escrito de ciertas reglas que deben observar y cumplir los combatientes durante las hostilidades, todo ello inspirado en criterios básicos de humanidad, siendo su propósito el limitar la violencia inherente en toda guerra. Por primera vez se especifica qué debe entenderse por necesidad militar, regulándose posteriormente con base en tal definición el principio de distinción y la evitación de causar grandes sufrimientos³⁰. Estas ideas y principios inspiraron la celebración de tratados internacionales, así como la aprobación de normas nacionales³¹, tal y como sucedió en España con el Reglamento para el servicio de campaña del Ejército de 1882. Así, en la Declaración de San Petersburgo de 1868 para la prohibición de la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra, se vislumbra el embrionario principio de distinción cuando se dispone que «la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo»³². Igualmente, tanto la Conferencia de Bruselas del año 1874 como el Manual de Oxford de 1880 –aprobado por el Instituto de Derecho Internacional– supusieron un aporte innegable para el *ius in bello*, convirtiéndose en los cimientos y andamiaje de los Convenios de la Haya de 1899 y 1907³³, particularmente, el II Convenio de 29 de julio de 1899 que contiene un Reglamento anejo concerniente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, el cual ha supuesto la cristalización a nivel internacional de ciertos principios que deben estar presentes en la conducción de las hostilidades³⁴. Sea como fuere, la importancia del denominado derecho de la Haya queda fuera de toda duda actualmente, ya que sus normas forman parte del derecho consuetudinario, como así lo significó el Tribunal Militar

³⁰ El art. 14 del *Código Lieber* establece que toda acción militar debe ser indispensable para la consecución de los fines de la guerra y que son legítimas de conformidad con el derecho moderno y los usos de la guerra; de otra parte, el art 16 del *Código Lieber* configura las bases del principio de evitar grandes sufrimientos, al estipular que la necesidad militar no admite la crueldad, es decir, la causación de sufrimientos por motivos de venganza u otros, ni la mutilación o causación de heridas excepto en combate, ni siquiera la tortura para obtener una confesión; por último, el principio de distinción parece deducirse de los art. 22 y 25 del *Código Lieber*, en donde se dice que los ciudadanos desarmados deben ser respetados en su persona, propiedades y honor, en cuanto las exigencias de la guerra lo permitan, y que la protección de los ciudadanos indefensos del país enemigo constituye la regla general, *cfr.* CARNAHAN, B.M. *Op. cit.*, pp. 215 y ss.

³¹ KALSHOVEN, F., y ZEGVELD, L. *Op. cit.*, p. 22.

³² *Cfr.* PÉREZ GONZÁLEZ, M. «El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto». En RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coords.). *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 36, *cfr.* KALSHOVEN, F., y ZEGVELD, L. *Op. cit.*, p. 22.

³³ *Cfr.* GREEN, L.C. *Op. cit.*, p. 39 y ss.

³⁴ KALSHOVEN, F., y ZEGVELD, L. *Op. cit.*, p. 24; GREEN, L.C. *Op. cit.*, p. 41. Este Convenio fue enmendado posteriormente por el IV Convenio de la Haya de 1907, cuyo contenido resulta prácticamente idéntico al anterior.

Internacional de Núremberg en su sentencia de 1 de octubre de 1946³⁵. Dicho esto, en el derecho de la Haya no se reconoce expresamente el principio de distinción. Si bien es cierto que el art. 46 del II Convenio de la Haya de 1899 protege el honor y la vida de los individuos, no resulta menos cierto que esta norma se halla encuadrada en la sección 3.^a relativa a «la autoridad militar sobre el territorio del Estado enemigo» y no en la sección 2.^a concerniente a las «hostilidades», por lo que su finalidad es proteger a la persona en relación a aquellas actuaciones cuyo origen proviene de una ocupación militar, encontrándonos, pues, más próximos al concepto de *law enforcement* que al propio de la conducción de las hostilidades³⁶.

3.2. CONCRECIÓN NORMATIVA DEL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN

Este principio fundamental constituye la piedra angular sobre la que se vertebran diversas normas imperativas del *ius in bello*. No en vano, la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o empleo de armas nucleares, manifestó que el principio de distinción era uno de los principios cardinales del DIH, constituyendo un principio intrasgredible de conformidad con el derecho consuetudinario³⁷. Aunque este principio era reconocido por algunos Estados en su ordenamiento jurídico, en sede internacional no sucedía lo mismo, pues expresamente no había norma convencional alguna que lo regulase³⁸. La Asamblea General de Naciones Unidas

³⁵ «Nuremberg Judgment». *American Journal of International Law*, vol. 41, núm. 1. 1947, pp. 248 y 249; GREEN, L.C. *Op. cit.*, p. 42; KALSHOVEN, F., y ZEGVELD, L. *Op. cit.*, p. 28; ROUSSEAU, C. *Derecho internacional público*. Barcelona: Ariel, 1966, p. 546; OPPENHEIM, L. *Op. cit.*, p. 235.

³⁶ Cfr. MELZER, N. «Conceptual distinction and overlaps between law enforcement and the conduct of hostilities». En GILL, T.D., y FLECK, D. (ed.). *The handbook of the international law of military operations*. Oxford: University Press, 2010, pp. 34 y ss., para este autor el concepto de *law enforcement* comprende «todas aquellas medidas territoriales y extraterritoriales adoptadas por un estado u otras entidades colectivas cuyo fin es mantener y restaurar el orden público». Por ello, muchas de las medidas adoptadas por la autoridad militar durante una ocupación militar pertenecerán al ámbito del *law enforcement* más que a la conducción de las hostilidades, pues entre las finalidades de la ocupación militar se halla el mantenimiento del orden público de los territorios ocupados, *ex art.* 43 del II Convenio de la Haya.

³⁷ Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 8 de julio de 1996, *sobre la licitud de la amenaza o empleo de armas nucleares*, párr. 78.

³⁸ DOMENECH OMEDAS, J.L. «Acciones hostiles y objetivos militares. Los principios de igualdad, distinción, precaución y proporcionalidad». En RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coords.). *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant

en su Resolución 2444 (XXIII), de 19 de diciembre de 1968, sobre el «Respeto de los derechos humanos en los conflictos armados», propugna el reconocimiento del referido principio, manifestando que «en todo momento ha de distinguirse entre las personas que participan en las hostilidades y los miembros de la población civil, a fin de que se respete a estos últimos». Esta resolución se nos antoja calificarla como capital, pues gracias a ella se produce la convergencia del denominado derecho de la Haya –tendente a la conducción de las hostilidades– y del derecho de Ginebra –tendente a la protección de las víctimas en la guerra–, dado que para proteger mejor a las víctimas en la guerra era necesario limitar la conducción de las hostilidades y tener presente una importante aportación de los derechos humanos³⁹. Así se llegó a la aprobación del Protocolo Adicional I de 1977 que codifica expresamente en el art. 48 del PAI⁴⁰, y bajo la rúbrica de «norma fundamental», el principio de distinción, estableciendo lo siguiente:

«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 distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares».

En primer término, conviene dedicar unas breves palabras a la ubicación conferida al meritado art. 48 del PAI en dicho instrumento internacional. Este precepto está incardinado en el título IV «población civil», sección 1.^a «protección general contra los efectos de las hostilidades», capítulo I «norma fundamental y ámbito de aplicación», llevando por enunciado «norma fundamental». Así pues, con base en una interpretación sistemática el principio de distinción constituye la regla cardinal sobre la que se vertebra la protección a la población y bienes civiles durante la conducción de las hostilidades, emanando a colación de la misma otra serie de conceptos básicos, tales como la prohibición de los ataques indiscriminados, la observancia de las medidas de precaución que deben observarse durante las operaciones militares y el principio de proporcionalidad.

Lo Blanch, 2017, p. 361; SOLIS, G. *The law of armed conflict*. Cambridge: University Press, 2012, p. 252.

³⁹ KALSHOVEN, F., y ZEGVELD, L. *Op. cit.*, pp. 36 y ss.; RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L. «Fuentes del...». *Op. cit.*, p. 57.

⁴⁰ JORGE URBINA, J. *Op. cit.*, p. 144.

En segundo término, resulta oportuno significar los siguientes aspectos relevantes:

- El principio de distinción ostenta el papel de norma fundamental durante la conducción de las hostilidades, rigiéndose las actuaciones de *law enforcement* –encaminadas a asegurar el mantenimiento del orden público–, por otros parámetros distintos, sin perjuicio de la influencia que puede operar este principio fundamental.
- El principio de distinción se aplica en el desarrollo de las operaciones militares, ya que el término «operaciones» empleado en el art. 48 del PAI debe ser interpretado específicamente, en el sentido de incluir aquellas operaciones militares en las que se va a hacer un uso de la fuerza o violencia armada, quedando, pues, al margen campañas ideológicas, políticas, religiosas o de otra naturaleza⁴¹. Esta afirmación se justifica toda vez que en el art. 51 y 57 del PAI –preceptos íntimamente relacionados con el principio de distinción– sí se utiliza expresamente el término *operación militar*.
- Los términos de respeto y protección constituyen ejes centrales de la norma fundamental, dado que el primero conlleva que las partes eviten ataques sobre personas y bienes civiles y el segundo comporta una actuación positiva de las partes para garantizar la salvaguarda de tales personas y bienes civiles⁴².

En tercer término, la esencia de este principio radica en garantizar el respeto y protección de la población y bienes civiles, los cuales *prima facie* no pueden ser atacados, al gozar de inmunidad, de ahí que deba distinguirse en todo momento entre objetivo militar y bien civil, y entre combatiente, guerrillero y persona que participa directamente en las hostilidades del que no lo es. Evidentemente, la inmunidad antedicha no resulta absoluta, toda vez que si los bienes civiles son usados para obtener una ventaja militar o contribuir a la acción militar pierden su inmunidad, pudiendo en consecuencia ser atacados, significándose un tanto de lo mismo respecto de las personas que participan directamente en las hostilidades. Sea como fuere, este principio impone obligaciones para todas las partes, por lo que quienes controlen partes del territorio

⁴¹ Cfr. SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., y ZIMMERMANN, B. *Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions*. Geneva: Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pára. 1875.

⁴² *Ibidem*, pára. 1872.

tienen que garantizar su respeto y protección⁴³, consiguiéndose esto, básicamente, mediante la distinción, evitando situar objetivos militares en zonas densamente pobladas y alejando a las personas civiles de la zona de operaciones de combate, *ex art.* 58 del PAI.

En cuarto término, todo militar que va a efectuar un ataque debe tener como propósito constante el exacto cumplimiento de este principio, es decir, tiene que distinguir en toda circunstancia al enemigo de quien no lo es, y lo que se puede atacar de lo que no, aun sabiendo que existen múltiples situaciones en las que se dificulta mucho esta labor, pues el enemigo tiende a no diferenciarse de la población civil, dándose incluso instrucciones al respecto para ello, como sucedió con el régimen Talibán en Afganistán⁴⁴. Dada la naturaleza consuetudinaria de este principio fundamental, actualmente no hay dudas de su aplicación a los conflictos armados no internacionales, a pesar de que el Protocolo Adicional II, de 8 de junio de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (en adelante, PAII), no lo codifica expresamente⁴⁵.

De otra parte, la necesidad militar no puede constituir una excusa para no cumplir con el principio de distinción, aun a pesar del incumplimiento del enemigo de este principio, pues la prohibición de atacar a la población civil, *ex art.* 51.2 del PAI, resulta absoluta. En un primer momento, el Tribunal Internacional Penal de la antigua Yugoslavia, en el «caso Kordic», manifestó que la prohibición de atacar a la población civil imperaba en toda circunstancia salvo por necesidades militares. Sin embargo, afortunadamente, este criterio ha sido corregido posteriormente en el «caso Galic», recordándose que no hay excepción alguna a esta prohibición, ni siquiera por necesidades militares⁴⁶. Conviene reseñar que la Corte Penal Internacional –como

⁴³ BOTHE, M., PARTSCH, K.J., y SOLF., W.A. *New rules for victims of armed conflict*. London: Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 284.

⁴⁴ *Cfr.* MUHAMMAD, M. «The Layha for the mujahidden: an analysis of the code of conduct for the Taliban fighters under Islamic law». *International Review of the Red Cross*, vol. 93, núm. 881, 2011, pp. 81 y ss., al respecto los talibanes dieron las siguientes instrucciones a sus guerrilleros: «Mujahids should adapt their physical appearance such as hairstyle, clothes, and shoes in the frame of Sharia and according to the common people of the area (...) it will allow Mujahids to move easily in different directions».

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia (en adelante, TIPY) (Sala de Primera Instancia), de 5 de diciembre de 2003, *Prosecutor v. Galic*, párr. 43; Sentencia del TIPY (Sala de Primera Instancia), de 31 de enero de 2005, *Prosecutor v. Strugar*, párr. 223; SOLIS, G. *Op. cit.*, p. 253; HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD-BECK, L. *El derecho internacional humanitario consuetudinario, vol. I*. Buenos Aires: CICR, 2007, pp. 5 y 8; SIVAKUMARAN, S. *The law of non-international armed conflict*. Oxford: University Press, 2012, pp. 337 y 339.

⁴⁶ Sentencia del TIPY (Sala de Primera Instancia), de 5 de diciembre de 2003, *Prosecutor v. Galic*, párr. 44.

no podía ser de otra manera—, ha seguido este último criterio en el «caso Katanga»⁴⁷. La única excepción a la prohibición de atacar a la población civil acontece cuando las personas participan directamente en las hostilidades, pues en estas especiales circunstancias pierden su inmunidad, *ex art.* 51.3 del PAI y *art.* 13.3 del PAII⁴⁸.

Por último, en caso de duda acerca de si una persona es combatiente/ guerrillero o si un bien civil se utiliza con fines militares se presumirá que es civil, *ex art.* 50.1 y 52.3 del PAI. Esto significa que el atacante deberá hallar alguna evidencia que acredite la naturaleza de combatiente o guerrillero de la persona que pretende atacar, o que el bien civil contribuye a la acción militar recayendo, en definitiva, el *onus probandi* en el atacante. En cualquier caso, lo relevante es que la identificación positiva se efectúe con base en evidencias que denoten una conducta hostil, no siendo suficientes evidencias relacionadas con el aspecto o apariencia física⁴⁹. Lo anterior se justifica porque las personas civiles no están obligadas a distinguirse del combatiente o guerrillero, ni tienen que llevar tarjeta de identidad alguna u otro signo que les diferencie, de ahí que el atacante tenga que acreditar la condición de combatiente o guerrillero si quiere atacar⁵⁰.

4. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

4.1. LOS OBJETOS COMO OBJETIVO MILITAR

El concepto de objetivo militar se halla íntimamente vinculado con el principio de distinción, pues los ataques solo pueden dirigirse contra aque-

⁴⁷ Sentencia de la Corte Penal Internacional (Sala de Primera Instancia), de 7 de marzo de 2014, *Prosecutor v. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, párr. 800.

⁴⁸ HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD-BECK, L. *Op. cit.*, pp. 22 y ss., estos autores consideran como norma consuetudinaria, la siguiente: «las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación», *cfr.* DINSTEIN, Y. *Non international armed conflicts in international law*. Cambridge: University Press, 2014, p. 59; Sentencia de la Corte Penal Internacional (Sala de Primera Instancia), de 7 de marzo de 2014, *Prosecutor v. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, párr. 790.

⁴⁹ MONTALVO, E.D. *Op. cit.*, p. 27.

⁵⁰ GASSER, H.P., «Protection of the civilian population». *The Handbook of International humanitarian law*. En FLECK, D. (ed.). Oxford: University Press, 2008, p. 239.

llos objetos o personas que sean consideradas como objetivos militares⁵¹. La redacción del art. 48 del PAI entraña cierta confusión, esto se debe a que el principio de distinción se configura oponiendo los bienes civiles a los objetivos militares, quedando al margen la población civil, la cual se contrapone a los combatientes, de suerte que puede hacernos pensar que solamente los objetivos militares en *stricto sensu* en relación a los objetos —expresamente definidos en el art. 52.2 del PAI— pueden ser atacados. Evidentemente, este aserto carece de toda lógica, debiendo efectuarse una interpretación *in extenso* de la norma, en el sentido de que los objetivos militares abarcan también a los combatientes, guerrilleros y personas que participan directamente en las hostilidades⁵².

Durante mucho tiempo la comunidad internacional no consideró necesario definir el término «objetivo militar», al entender que la guerra se llevaba a cabo entre las fuerzas armadas de las partes beligerantes, quedando al margen, pues, el resto de personas y bienes que no estaban integrados en las mismas⁵³. No obstante, en el art. 2 del Convenio IX de la Haya de 1907 relativo al bombardeo por medio de fuerzas navales en tiempo de guerra, se contiene una enumeración de ciertos bienes que pueden ser atacados por las fuerzas navales⁵⁴. Sin embargo, tras la experiencia de la primera guerra mundial se promulgaron las Reglas de la guerra aérea de 1923, en cuyo art. 24 se establece una definición de objetivo militar, así como una lista enumerándolos⁵⁵. La intención de enumerar taxativamente

⁵¹ FENRICK, W. «Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense». *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 7, 1997, p. 541; *cfr.* HOLLAND, J. «Military objective and collateral damage: their relationship and dynamics». *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 7, 2004, p. 39.

⁵² Sentencia del TIPY (Sala de Primera Instancia), de 5 de diciembre de 2003, *Prosecutor v. Galic*, IT-98-29-T, párr. 48; BOTHE, M., *et al.* *Op. cit.*, p. 285; ROGERS, A.P.V. *Law on the battlefield*. Manchester: University Press, 2004, p. 63; OETER, S. «Methods and means of combat». En FLECK, D. (ed.). *The Handbook of International humanitarian law*. Oxford: University Press, 2008, p. 177; FENRICK, W. *Op. cit.*, p. 543; HOLLAND, J. *Op. cit.*, p. 40; JORGE URBINA, J. *Op. cit.*, p. 173; FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, J.L. *El derecho de los conflictos armados. De iure belli*. Madrid: Ministerio de Defensa, 2001, p. 482.

⁵³ ROGERS, A.P.V. «Law on the...». *Op. cit.*, p. 59; SANDOZ, Y., *et al.* *Op. cit.*, párr. 2017.

⁵⁴ Los bienes enumerados son los siguientes: obras militares, establecimientos militares o navales, depósitos de armas o de material de guerra, talleres e instalaciones aptos para ser utilizados para las necesidades de la escuadra o del ejército enemigo y los buques de guerra que se hallen en el puerto, lo que significa que estos bienes son considerados tácitamente objetivos militares.

⁵⁵ El art. 24 de las Reglas de la guerra aérea dispone: «1) El bombardeo aéreo solo es legítimo cuando va dirigido contra un objetivo militar, es decir, un objetivo cuya destrucción, total o parcial, sea, para el beligerante, un neta ventaja militar. 2) Tal bombardeo solo es legítimo cuando va exclusivamente dirigido hacia los objetivos siguientes: fuerzas militares; obras militares; establecimientos o depósitos militares; fábricas que sean centros

estos bienes y objetos merece un elogio notable, pero se constató durante la primera guerra mundial que dicha lista no era exacta, y mucho menos completa, al atacarse instalaciones de petróleo, hierro y acero, no estando incluidas en la misma, lo que denota *per se* una evolución del concepto de objetivo militar para los Estados, quienes lo interpretaron ampliamente en los conflictos armados posteriores⁵⁶. En cualquier caso, las referidas reglas de la guerra aérea no han entrado nunca en vigor, pues no han sido ratificadas por los Estados. Aun así, al concluir la segunda guerra mundial fueron consideradas como una manifestación de la costumbre internacional, aspecto que actualmente resulta indiscutible⁵⁷. Igualmente, el Comité Internacional de la Cruz Roja en el año 1956 elaboró una definición de objetivo militar anexando una lista de aquellos bienes u objetos que podían ser considerados como tales⁵⁸. De otra parte, algunos autores han enumerado –tras un estudio detallado de los ataques producidos durante la segunda guerra mundial– aquellos objetos o bienes que pueden ser atacados, al ser considerados objetivos militares⁵⁹.

En los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 no se define el término objetivo militar, aunque sí se hace alusión al mismo, *ex art.* 19 del I Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña, e indirectamente en el art. 50 del III Convenio de Ginebra, relativo al trato de los prisioneros de guerra, cuando se establecen diversos ejemplos de lo que constituye un objetivo militar, disponiendo que los prisioneros de guerra no podrán ser obligados a trabajar en industrias metalúrgicas, mecánicas y químicas, de obras públicas

importantes y bien conocidos dedicados a la fabricación de armas, municiones o pertrechos claramente militares; líneas de comunicación o de transportes utilizadas con finalidad militar».

⁵⁶ Cfr: ROGERS, A.P.V. «Law on the...». *Op. cit.*, p. 61; cfr: SANDOZ, Y., *et al. Op. cit.*, párr. 2000.

⁵⁷ SCHMITT, N. «Air warfare». En CLAPHAM, A., y GAETA, P. (eds.). *Handbook of International law in armed conflict*. Oxford: University Press, 2014, pp. 122 y 123; ROBERTSON, H.B. «The principle of military objective in the law of armed conflict». *International Law Studies*, vol. 72. 1997, p. 199.

⁵⁸ Cfr: Article 7 Draft Rules for the Limitation of Dangers incurred by the Civilian Population in Time of War, Article 7.

⁵⁹ PARKS, W.H. «Air war and the law of war». *Air Force Law Review*, núm. 1, vol. 32. 1990, p. 55, quien enumera como objetivos militares los siguientes: equipamientos militares, unidades y bases; objetivos económicos; fuentes de energía (carbón, petróleo, electricidad, hidroeléctrica); industrias que apoyan el esfuerzo bélico tanto de exportación como importación o manufacturación; transportes de equipamiento, líneas de comunicación y petróleo, gasolina y otros lubricantes necesarios para el transporte; áreas geográficas; personas y militares que toman parte en las hostilidades, incluidos civiles que trabajan en industrias directamente relacionadas con el esfuerzo bélico.

y de edificación de carácter militar o con destino militar, ya que debe preservarse su integridad, y el mero hecho de trabajar en estas instalaciones los pone en riesgo. También, en el art. 8 del Convenio de la Haya de 1954, sobre protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, relativo a la concesión de la protección especial de ciertos bienes culturales, se efectúa una enumeración de ciertos objetivos militares, ayudando así a concretarse en cierta manera el término analizado⁶⁰.

Llegados a este punto, el Protocolo Adicional I de 1977 en su art. 52.2 contiene una definición *in abstracto* de objetivo militar –en relación con los bienes–, siendo esto criticado por la doctrina, pues se entiende que pudiera haber sido más ilustrativo y aclarativo que se incluyesen algunos ejemplos de objetivo militar, al igual que se hizo con la definición de agresión contenida en la Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y otros intentos de definición del término de objetivo militar⁶¹. A nuestro juicio, la elaboración de una lista puede clarificar y dotar de contenido el concepto de objetivo militar, pero como contrapartida encorseta y restringe sumamente a la autoridad militar a la hora de valorar si un bien u objeto puede ser atacado, pues si no aparece en dicha lista no podría *prima facie* efectuarse ataque alguno, debiendo tenerse presente que la constante evolución de los conflictos armados requiere una interpretación flexible del concepto de objetivo militar para poder adaptarse a las nuevas situaciones. Sea como fuere, la realidad es que la definición de objetivo militar contenida en el art. 52.2 del PAI ha cristalizado en norma consuetudinaria, siendo aceptada generalmente, aunque su interpretación no es, ni mucho menos, uniforme⁶². Dicho esto, el precepto citado dispone lo siguiente:

⁶⁰ El art. 8 de dicho Convenio de la Haya de 14 de agosto de 1954, establece lo siguiente: «1. Podrán colocarse bajo protección especial un número restringido de refugios destinados a preservar los bienes culturales muebles en caso de conflicto armado, de centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles de importancia muy grande, a condición de que: a. Se encuentren a suficiente distancia de un gran centro industrial o de cualquier objetivo militar importante considerado como punto sensible, como por ejemplo un aeródromo, una estación de radio, un establecimiento destinado a trabajos de defensa nacional, un puerto o una estación ferroviaria de cierta importancia o una gran línea de comunicaciones».

⁶¹ Cfr: DINSTEIN, Y. *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*. Cambridge: University Press, 2010, pp. 90 y ss.; cfr: OETER, S. *Op. cit.*, p. 180; cfr: DOMENECH OMEDAS, J.L. *Op. cit.*, p. 378. En sentido contrario cfr: KALSHOVEN, F., y ZEGVELD, L. *Op. cit.*, p. 118.

⁶² HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD-BECK, L. *Op. cit.*, p. 34, norma 8; ICTY Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to review the NATO bombing campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, pára. 42; DINSTEIN, Y. *The conduct... Op. cit.*, p. 90; SOLIS, G. *Op. cit.*, p. 122; SCHMITT, N. «Air warfare...». *Op. cit.*, p. 123; ROSCINI, M.

«Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida».

Del precepto antedicho se deduce que todo objetivo militar debe reunir los siguientes presupuestos, los cuales no deben concurrir simultáneamente, pues la norma no lo exige, bastando su concurrencia acumulativa en el momento de ejecutarse el ataque⁶³:

- Que contribuya eficazmente a la acción militar por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización/uso.
- Que su destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

En primer término, el bien u objeto debe contribuir eficazmente a la acción militar a causa de:

- Su naturaleza, ya que los objetos o bienes de las fuerzas armadas son inherentemente castrenses (carros de combate, trenes militares, buques de guerra, aeronaves militares, material de guerra,

«Targeting and contemporary aerial bombardment». *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, p. 421; *cf.* Sentencia del TIPY (Sala de Primera Instancia), de 5 de diciembre de 2003, *Prosecutor v. Galic*, IT-98-29-T, pára. 51, en donde se estipula que la definición del art. 52.2 del PAI es ampliamente aceptada, en igual sentido *cf.* FENRICK, W. *Op. cit.*, p. 543; ROBERTSON, H.B. *Op. cit.*, pp. 207 y ss.; *Report Expert meeting «Targeting military objectives»*. Geneva: University Centre for International Humanitarian Law, 2005, p. 2; Reports of International Arbitral Awards, *Eritrea-Ethiopia Claims Commission - Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims - Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26*, de 19 de diciembre de 2005, párr. 113.

⁶³ HENDERSON, I. *The contemporary law of targeting*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 52; FENRICK, W. *Op. cit.*, p. 544; en sentido contrario *cf.* SANDOZ, Y., *et al. Op. cit.*, párr. 2018, quienes sostienen la concurrencia simultánea de tales presupuestos. Resulta en este punto importante reseñar el error acontecido en la traducción de dicho art. 52.2 del PAI en la versión española, pues une los presupuestos referidos mediante la conjunción «o», lo que implica la concurrencia de elementos alternativos, mientras la versión francesa e inglesa utilizan la conjunción «y», que es la correcta y hace referencia a elementos acumulativos, *cf.* OLÁSALO ALONSO, H. *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, p. 151, aun así en la doctrina militar española se ha corregido dicho error, *cf.* *Doctrina conjunta de targeting*, P.D.C. 3.9, Estado Mayor de la Defensa, 2014, párr. 09010; *Report Expert meeting «Targeting military objectives»*. *Op. cit.*, p. 2.

- transportes y vehículos militares, bases aéreas militares, puertos militares, depósitos de municiones o armas, unidades, centros o instalaciones militares, fortificaciones, etc.)⁶⁴.
- Su ubicación, toda vez que hay bienes que no son inherentemente militares pero por su localización se convierten en un objetivo militar, como sucede con los puentes, carreteras, espacios físicos/geográficos o vías de tren, que pueden ser utilizados para el esfuerzo bélico⁶⁵.
 - Su finalidad, dado que es posible que se use con un fin bélico. Nos hallamos ante un elemento crítico, el cual es autónomo y debe diferenciarse de los demás. Así, en el momento del ataque dicho bien u objeto no tendrá propiamente una naturaleza militar, ni estará siendo usado con fines bélicos, sin embargo a causa de la información obtenida se concluye que el bien va a ser o puede ser usado para el esfuerzo bélico, siendo, en definitiva, la intención del enemigo el elemento clave para calificarlo como un objetivo militar⁶⁶. Nuevamente, tenemos que recalcar que en estos supuestos el *onus probandi* sobre la intención bélica del bien por parte del enemigo recae en el atacante, quien deberá determinar con rigor la finalidad del bien en cuestión. Ciertamente, todo bien civil puede ser usado con un fin bélico, pero esto no implica *per se* que puedan ser atacados en todo momento, pues quedaría vacío de contenido su inmunidad. Así pues, la intención *ad futurum* del enemigo debe constatarse mediante evidencias suficientes y razonables, no bastando las meras sospechas o probabilidades.
 - Su uso, lo que entraña que en el momento del ataque el bien u objeto está siendo usado con fines bélicos. Ese elemento nos introduce en un aspecto temporal concreto, a saber, la función presente del bien en cuestión⁶⁷. Dicho esto, un colegio, una escuela, un hospital, una iglesia, mezquita o vivienda particular son bienes civiles y están salvaguardados de todo ataque, *ex art.* 52.1 del PAI, salvo que estén siendo utilizados con fines bélicos, en cuyo caso

⁶⁴ DINSTEN, Y. *The conduct of... Op. cit.*, p. 96, sumamente interesante resulta el estudio de este autor, quien establece una lista de al menos 17 bienes que por su naturaleza son objetivos militares; SANDOZ, Y., *et al. Op. cit.*, párr. 2020; *cf.*: ROGERS, A.P.V. «Law on the...». *Op. cit.*, p. 83, quien ha elaborado otra lista de 7 bienes que son objetivos militares.

⁶⁵ DINSTEN, Y. *The conduct of... Op. cit.*, p. 100; SANDOZ, Y., *et al. Op. cit.*, párr. 2021.

⁶⁶ HENDERSON, I. *Op. cit.*, p. 59; DINSTEN, Y. *The conduct of... Op. cit.*, p. 99; SANDOZ, Y., *et al. Op. cit.*, párr. 2022.

⁶⁷ *Cf.*: SANDOZ, Y., *et al. Op. cit.*, párr. 2022; *cf.*: HENDERSON, I. *Op. cit.*, p. 58; *cf.*: DINSTEN, Y. *The conduct of... Op. cit.*, pp. 97 y 98.

cesa su protección, pudiendo ser atacados en consecuencia, eso sí, previa intimación y concesión de un plazo razonable —si las necesidades militares lo permiten—, al tratarse en general de bienes con una protección especial, a excepción de la vivienda particular. En todo caso, si existe una duda sobre la utilización o uso de estos bienes se presumirá que son civiles (art. 52.3 del PAI), no pudiendo ser atacados.

Hay autores que opinan que la efectiva contribución a la acción militar puede ser llevada a cabo por otros medios distintos de los previstos en el art. 52.2 del PAI (naturaleza, ubicación, finalidad o utilización del bien), no tratándose de unos elementos exhaustivos o *numerus clausus*⁶⁸. En nuestra opinión, una interpretación literal del susodicho art. 52.2 del PAI nos conduce a una posición distinta, ya que al emplearse el término «se limitan» en referencia a los objetivos militares, no cabe duda de que no puede interpretarse la norma extensivamente, al menos en este aspecto, al estar tasados pormenorizadamente los elementos que califican a un bien u objeto como un objetivo militar. Sea como fuere, la efectiva contribución a la acción militar no requiere una relación de causalidad directa con las operaciones de combate, es decir, un puente por su ubicación puede contribuir eficazmente a la acción militar aunque se halle lejos de la zona de combate, de ahí que pueda ser atacado⁶⁹.

Llegados a este punto, tenemos que ser conscientes de las dificultades existentes a la hora de identificar un objeto como objetivo militar en la urbe, dado que la mayoría de ellos *prima facie* gozarán de inmunidad, pero la realidad es que a causa de su uso o finalidad pueden serlo perfectamente. Pensemos en los edificios o estructuras que rodean las avenidas o calles de la ciudad, construidos con material resistente que ofrece un formidable parapeto para los combatientes. En un primer momento, estas edificaciones se presumen bienes civiles, máxime cuando pueden habitar personas civiles en los mismos, pero puede suceder que en las azoteas, terrazas o ventanales del edificio se posicionen combatientes que efectúen acciones hostiles. En estas situaciones el bien civil pierde su inmunidad, básicamente, por el uso que se está haciendo del mismo, pudiendo pues ser atacado. Ahora bien, la legitimidad para atacarlo debe ser interpretada bajo el principio de proporcionalidad y las reglas de precaución del DIH, debiendo la autoridad militar elegir cuidadosamente los medios y métodos de combate

⁶⁸ HENDERSON, I. *Op. cit.*, p. 54.

⁶⁹ HOLLAND, J. *Op. cit.*, p. 41; BOTHE, M., *et al. Op. cit.*, p. 324.

necesarios para neutralizar a los combatientes o el bien civil que está siendo usado en beneficio de las hostilidades, por lo que con carácter general podrían observarse las siguientes pautas:

- La destrucción total de un edificio tiene que ser la última opción del mando militar, ya que una vez concluyan las hostilidades la población civil tiene que regresar a sus viviendas y si estas han sido laminadas se genera una situación de crisis humanitaria.
- Debe obtenerse información de las personas civiles que pueden habitar el edificio, ofreciéndose mediante alertas la posibilidad de que lo abandonen.
- Los daños al bien civil deben ser los necesarios para neutralizar su uso indebido o abatir a los combatientes, evitándose la destrucción de los elementos estructurales del edificio, los cuales supondrían su inutilidad futura.
- Respecto a los hospitales, hay que tener en cuenta que su destrucción total dejaría sin servicios sanitarios a la población civil, por lo que esta opción debe ser la última en adoptarse o incluso desecharse. En cualquier caso, sin perjuicio del preaviso que debe realizarse antes del ataque contra dicho bien protegido, habría que asegurarse de que los enfermos lo han abandonado y están a salvo, al igual que los medicamentos necesarios para su supervivencia. Un tanto de lo mismo debemos decir de las escuelas o edificios religiosos que se usan indebidamente, siendo conscientes de que estos bienes no alcanzan la relevancia humanitaria de los hospitales, los cuales son bienes dedicados a salvaguardar la integridad física de la población civil, bien jurídico sin el cual el derecho a la educación o a la libertad religiosa no podría satisfacerse.

En segundo término, la destrucción total o parcial, captura o neutralización del objeto además debe ofrecer en las circunstancias del caso una ventaja militar definida. De una parte, la expresión «en las circunstancias del caso» denota una individualización y análisis en cada momento del objeto que se pretende atacar, pues puede ocurrir que una vivienda por la mañana esté ocupada por enemigos, pudiendo ser atacada, mientras que por la noche puede que ya no estén, en cuyo caso no debería ser considerada un objetivo militar. En suma, debe reexaminarse constantemente la información del objeto que pretende atacarse, todo ello como medio de

precaución para evitar daños colaterales y asegurarse de que se trata de un objetivo militar⁷⁰.

De otra parte, resulta capital estudiar la expresión «ventaja militar definida». Para precisar con cierta exactitud su significado tenemos que acudir a la declaración de San Petersburgo de 1868, en cuyo preámbulo se indicó que la finalidad legítima de la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo. Pues bien, partiendo de esta premisa, parece lógico pensar que toda ventaja militar tiene como *ratio essendi* debilitar al enemigo, concretamente, a sus fuerzas militares, lo que se consigue con la destrucción total o parcial, captura o neutralización de aquellos objetos que son objetivos militares, quedando al margen la ventaja estrictamente política⁷¹. Asimismo, la ventaja militar que se pretende obtener comprende también la defensa de las fuerzas armadas propias, no pudiendo limitarse exclusivamente a partes aisladas del ataque, sino que habrá que analizar el ataque en su conjunto, tal y como han manifestado diversos estados, entre ellos España, quienes han efectuado una declaración interpretativa de este término⁷². Esto implica que un ataque concreto –de los diversos que componen una operación militar– puede no ofrecer una ventaja militar definida, pero la totalidad de los ataques que comprenden la operación militar en su conjunto sí, siendo esto lo relevante⁷³. Tal aserto ha sido refrendado por la comunidad internacional, ya que en el art. 8.2.b) iv) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se castiga como crimen de guerra el lanzar un ataque intencionalmente a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa «de conjunto» que se prevea. Igualmente, este precepto penal nos ilustra del límite insoslayable que existe en torno a la ventaja militar definida, esto es, si la destrucción total o parcial del bien ocasiona daños en el mismo o lesiones en las personas manifiestamente excesivos respecto de la susodicha ventaja militar deberá suspenderse el ataque, todo ello como medida de precaución.

El término «definida» ostenta cierta importancia, ya que no basta con la obtención de cualquier tipo de ventaja militar, siendo un requisito *sine qua*

⁷⁰ Cfr. HENDERSON, I. *Op. cit.*, pp. 76 y 77.

⁷¹ SANDOZ, Y., *et al. Op. cit.*, párr. 2218; HENDERSON, I. *Op. cit.*, pp. 61 y ss.; DINSTEIN, Y. *The conduct of... Op. cit.*, p. 93; cfr. JORGE URBINA, J. *Op. cit.*, p. 174.

⁷² *The operation in Gaza: Factual and legal aspects*. The State of Israel, 2009, párr. 105; cfr. ROSCINI, M. *Op. cit.*, p. 435.

⁷³ Reports of International Arbitral Awards. *Eritrea-Ethiopia Claims Commission. Op. cit.*, párr. 113, en este sentido el Tribunal Internacional de Arbitraje de la Haya se excedió al equiparar la ventaja militar en su conjunto con el conflicto armado en general, esto a nuestro juicio no resulta correcto, debiendo serlo únicamente a la operación militar en su conjunto.

non para que el ataque sea legítimo el hecho de que la ventaja militar sea definida. Pues bien, este término supuso un extenso debate en los trabajos preparatorios del Protocolo Adicional I de 1977, pues se discutió sobre la posible utilización de expresiones tales como inmediata, obvia, específica, clara o substancial, siendo todas ellas semejantes en su interpretación⁷⁴. En suma, que la ventaja militar sea definida comporta la prohibición de una ventaja militar hipotética o incierta, debiendo ser aquella perceptible, concreta y directa, resultando estos dos últimos adjetivos de aplicación en virtud de lo dispuesto en el art. 57.2.a) iii) del PAI, relativo a las precauciones que deben adoptarse en todo momento a la hora de preparar o decidir un ataque.

La interpretación del art. 52.2 en su conjunto no resulta uniforme ni pacífica, pues los Estados Unidos de América aplican una interpretación extensiva de la norma en cuestión⁷⁵, definiéndose en diversos manuales de guerra y de operaciones militares el objetivo militar con sustitución de la expresión «acción militar» por el término *war-fighting and war-sustaining capability*⁷⁶. La finalidad de esta modificación radica en legitimar el ataque de objetivos económicos siempre que contribuyan efectivamente a la acción militar, aunque sea indirectamente. Esta cuestión resulta problemática, estando la doctrina dividida al respecto⁷⁷, pero no podemos negar que desde antaño las industrias que han apoyado el esfuerzo bélico han sido objeto de ataques. Ciertamente, la doctrina norteamericana justifica esta interpretación con fundamento en las decisiones judiciales de sus tribunales de justicia, ya que en el año 1870 se reconoció la legalidad de un ataque sobre una fábrica de algodón situada en el territorio de las fuerzas confederadas, porque con las ganancias de las ventas compraban armas y suministros para el ejército⁷⁸.

Además, recientemente el Tribunal Internacional de Arbitraje de la Haya ha reconocido tácitamente la legitimidad de obtener una ventaja militar infligiendo pérdidas económicas al enemigo, eso sí, puntualizando que el bien

⁷⁴ Cfr: BOTHE, M., *et al. Op. cit.*, p. 326.

⁷⁵ WATKIN, K. «Assessing proportionality: moral complexity and legal rules». *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 8. 2005, p. 16.

⁷⁶ NWP 1-14M. *The Commander's Handbook on The Law of Naval Operations*. 2007, párr. 5.3.1.; *Operational Law Handbook USA*. 2015, p. 23; *Law of war Manual USA*. Department of Defense. 2015, párr. 5.7.6.2., p. 210, en donde se reconoce que tales conceptos no han sido incluidos en los tratados internacionales concernientes.

⁷⁷ Cfr: Report Expert meeting. «Targeting military objectives». *Op. cit.*, p. 3; a favor de incluir los objetivos económicos como objetivos militares GREEN, L.C. *Op. cit.*, pp. 218 y 219; en contra con limitaciones ROSCINI, M. *Op. cit.*, p. 427.

⁷⁸ Cfr: ROGERS, A.P.V. «Law on the...». *Op. cit.*, p. 59.

u objeto atacado era un objetivo militar⁷⁹. Esta resolución arbitral nos conduce a valorar positivamente la posibilidad de atacar objetivos económicos, siempre que contribuyan efectiva y directamente a la acción militar y su destrucción suponga un debilitamiento del enemigo⁸⁰. A modo de ejemplo, una industria de exportación de cereales que invierte todas sus ganancias en la compra de armamento para la guerra puede calificarse como un objetivo militar, todo ello con base en la relación de causalidad existente entre las ganancias económicas y la compra de armamento que contribuye directamente a la acción militar, así como porque su destrucción debilitaría al enemigo al no tener una fuente de ingresos para armarse. Ahora bien, una industria de fabricación de ropa militar no sería un objetivo militar, pues la aportación de ropa al enemigo no contribuye directamente a la acción militar, dado que las hostilidades pueden realizarse con otras prendas, no apreciándose además un debilitamiento del enemigo en la destrucción de la fábrica. Asimismo, la autoridad militar debe valorar si la destrucción total o parcial de un objetivo económico resulta ventajosa a largo o medio plazo, pues si se prevé una ocupación del territorio la destrucción de estos bienes puede perjudicar posteriormente el mantenimiento del orden y estabilidad de la región, al no haber fuentes de ingresos económicos para la población.

4.2. LAS PERSONAS COMO OBJETIVO MILITAR

Los elementos contenidos en el art. 52.2 del PAI no resultan de aplicación para determinar si un combatiente, guerrillero o persona que participa directamente en las hostilidades puede ser atacada, exigiéndose la ventaja militar definida, directa y concreta, la contribución eficaz a la acción militar solo para los objetos que son objetivos militares⁸¹. Esto entraña, tácitamente, la legitimidad del uso de la fuerza letal cuando se identifica positivamente a una de las anteriores personas, siempre que nos hallemos inmersos en una situación de conflicto armado y el objetivo no esté herido, enfermo, fuera de combate, haya depuesto las armas o se trate de personal religioso, médico o de protección civil⁸².

⁷⁹ Reports of International Arbitral Awards. *Eritrea-Ethiopia Claims Commission - Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims - Eritrea's Claims I*, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26, de 19 de diciembre de 2005.

⁸⁰ Doc. OR/-004, *Orientaciones el Derecho de los Conflictos Armados. Op. cit.*, pp. 4-13.

⁸¹ ROGERS, A.P.V. «Law on the...». *Op. cit.*, p. 66.

⁸² MELZER, N. «The principle of distinction between civilians and combatants». En CLAPHAM, A., y GAETA, P. (eds.). *Handbook of International law in armed conflict*. Oxford: University Press, 2014, p. 299.

4.2.1. Conflictos armados internacionales

4.2.1.1. El combatiente y su estatuto

El estatuto de combatiente en *stricto sensu* solamente está presente en esta clase de contienda armada, de suerte que en los conflictos armados no internacionales no puede aplicarse esta figura, excepto cuando se haya producido un acuerdo especial entre las partes contendientes o se haya reconocido la beligerancia, algo que está en desuso⁸³. Por ello, en las contiendas armadas internas reguladas por el Protocolo Adicional II de 1977 no se utiliza el término de combatiente, sino solamente el de Fuerzas Armadas y Fuerzas Armadas disidentes o grupos armados organizados. Combatientes –en el sentido dado por el art. 43.2 del PAI–, son los miembros de las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto, componiéndose estas de todas sus fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable, sometidas al régimen de disciplina interna a fin de dar cumplimiento a las normas del *ius in bello* –quedando excluido el personal sanitario y religioso–⁸⁴. El ostentar el estatuto de combatiente resulta capital en los conflictos armados internacionales, pues confiere el derecho a participar directamente en las hostilidades, o lo que es lo mismo, permite hacer un uso letal de la fuerza contra el enemigo sin que ello constituya ilícito alguno –siempre que se haya respetado el DIH⁸⁵–, y en caso de caer en poder de la parte contraria otorga la condición de prisionero de guerra, *ex*

⁸³ HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD-BECK, L. *Op. cit.*, norma 3 y 4, p. 13; *cfr.* DOMENECH OMEDAS, J.L. «Los sujetos combatientes» En RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coords.). *Derecho internacional humanitario*, 3.ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 178 y ss., haciendo referencia a diversos estudios en los que se ha producido cierta confusión en el uso de los términos, al hablar de combatientes en un sentido funcional en el seno de los conflictos armados no internacionales; PEJIC, J. «Unlawful/enemy combatants: interpretations and consequences». En SCHMITT, M., y PEJIC, J. (eds.). *International Law and Armed Conflict: exploring the fault lines*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 335 y 336.

⁸⁴ HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD-BECK, L. *Op. cit.*, norma 4, p. 16.

⁸⁵ DINSTEIN, Y. «The conduct of...». *Op. cit.*, p. 33; DOMENECH OMEDAS, J.L. «Los sujetos...». *Op. cit.*, p. 183; FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, J.L. *Op. cit.*, p. 403; CRAWFORD, E. *The treatment of combatants and insurgents under the Law of Armed Conflict*. Oxford: University Press, 2010, p. 52; IPSEN, K. «Combatants and non-combatants». En FLECK, D. (ed.). *The Handbook of International humanitarian law*. Oxford: University Press, 2008, p. 80; RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. «Participación directa de las personas civiles en las hostilidades». En RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coords.). *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 781; MELZER, N. «The principle of...». *Op. cit.*, p. 305.

art. 44.1 del PAI. Como contrapartida, el ser combatiente comporta poder ser atacado en todo momento y circunstancia por el enemigo, salvo cuando se está fuera de combate, herido, enfermo o se hayan depuesto las armas⁸⁶. Igualmente, en cierta forma el DIH equipara la figura del combatiente a la de la población de un territorio no ocupado que cuando se acerca el enemigo se levanta en armas espontáneamente, siempre que las lleven francamente abiertas y respeten las leyes y costumbres de la guerra, *ex art. 4.A.6) del III Convenio de Ginebra*, relativo al trato de los prisioneros de guerra, pues si estas personas caen en poder de la parte adversa tendrán derecho al estatuto de prisionero de guerra. Estas características del estatuto de combatiente son relevantes, ya que el combatiente legítimo, es decir, aquél que reúne los presupuestos exigidos por el derecho internacional de los conflictos armados, no puede ser juzgado por los actos de combate llevados a cabo durante las hostilidades, salvo que los mismos sean constitutivos de un crimen internacional, a saber, crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad o genocidio, los cuales *per se* implican una vulneración grave del DIH⁸⁷. Lo anterior no puede predicarse de aquéllas otras personas que no ostenta este *status*, los cuales sí podrán ser juzgados por dichos comportamientos con base en el derecho internacional o nacional. Aun así, tampoco podemos caer en la tentación de olvidarnos que estas últimas personas –comúnmente denominadas combatientes ilegítimos o ilícitos–, ostentan una serie de derechos generalmente reconocidos que deben respetarse en todo momento, *ex art. 45.3 en relación con el art. 75*, ambos del PAI⁸⁸.

El concepto de combatiente resulta ser un corolario del principio de distinción, pues el art. 48 del PAI impone la obligación de distinguir en todo momento entre población civil y combatiente. En todo caso, lo verdaderamente relevante, y más complicado por otra parte, es identificar y diferenciar al combatiente –quien en muchas ocasiones se confunde con la población civil–, y al que participa directamente en las hostilidades del personal civil que goza de protección en el DIH, *ex art. 50 del PAI*⁸⁹. Pero,

⁸⁶ *Cfr.* DINSTEN, Y. «The conduct of...». *Op. cit.*, p. 34.

⁸⁷ DÖRMANN, K. «The legal situation of unlawful/un privileged combatants». *International Review of the Red Cross*, vol. 85, núm. 849, p. 45.

⁸⁸ DOMENECH OMEDAS, J.L. «Los sujetos...». *Op. cit.*, p. 192; DINSTEN, Y. «The conduct of...». *Op. cit.*, p. 38; LUBELL, N. *Extraterritorial use of force against non-state actors*. Oxford: University Press, 2010, pp. 143 y ss.; BOLLO AROCENA, M^a.D. «*Hamdan v. Rumsfeld*. Comentario a la sentencia dictada por el tribunal supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12. 2006, p. 14.

⁸⁹ MELZER, N. «The principle of...». *Op. cit.*, p. 306; HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD-BECK, L. *Op. cit.*, norma 5, p. 20; RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J.L. «Participación directa...». *Op. cit.*, p. 781; *cf.* Doc. *Guía para interpretar la noción de participación directa en*

además, no resulta menos cierto que aunque las normas del *ius in bello* reconocen la inmunidad y protección de las personas civiles, también expresamente indica que si estas participan directamente en las hostilidades perderán dicha protección, en todo caso mientras dure su participación. Esto supone *de facto* que las personas civiles se clasifiquen en aquellas que no participan directamente en las hostilidades –gozando de protección e inmunidad– de las que sí lo hacen –perdiendo esta protección e inmunidad mientras participen directamente en las hostilidades–. Este aserto no implica que estas personas dejen de ser civiles, pues solamente lo harán si forman parte de las Fuerzas Armadas de una parte beligerante⁹⁰.

4.2.1.2. Presupuestos para ostentar la condición de combatiente

Los requisitos acumulativos que exige el derecho internacional de los conflictos armados –derivados del IV Convenio de la Haya de 1907 y del DIH– para ostentar el estatuto de combatiente son los siguientes:

- Existencia de una persona responsable de sus subordinados.
- Ostentación de un signo distintivo fijo y perceptible a la vista.
- Llevar las armas abiertamente.
- Ejecutar sus operaciones de conformidad a las leyes y costumbres de la guerra.
- Estar organizados.
- Pertenecer a una parte beligerante.

Desde el momento en que uno de los presupuestos antedichos está ausente no se perfecciona el estatuto de combatiente, aunque la persona implicada pueda poner en duda esta decisión, debiendo dilucidarse por medio de un tribunal competente, *ex art. 5 del III Convenio de Ginebra*, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra⁹¹. La finalidad de los

las hostilidades según el Derecho internacional humanitario. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2010, p. 26.

⁹⁰ MELZER, N. «The principle of...». *Op. cit.*, p. 307; Doc. *Guía para interpretar la noción... Op. cit.*, p. 25.

⁹¹ PÉREZ GONZÁLEZ, M., RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. «El caso de los detenidos de Guantánamo ante el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV. 2002, p. 85 y 86; BOLLO AROCENA, M^a. D. *Op. cit.*, p. 12; *cfi*: PICTET, J.S. *Commentary on the III Geneva Convention relative of the treatment of prisoners of war*. Geneva: International Committee of the Red Cross, 1960, p. 77; PEJIC, J. *Op. cit.*, p. 336, quien sostiene que este tribunal no tiene que ser judicial ni reunir las garantías procesales reconocidas para un procedimiento penal, al no tener por finalidad este objetivo; en igual sentido, SOLIS, G. *Op. cit.*, p. 230; GREEN, L.C. *Op. cit.*,

presupuestos anteriores radica en torno a dos fundamentos. El primero es asegurar el principio de distinción, toda vez que el portar las armas abiertamente y portar un signo distintivo facilita y contribuye eficazmente la identificación positiva, surtiendo ello seguridad a la población civil. El segundo es confirmar que la guerra es una cuestión soberana de los Estados, de ahí que los componentes de las organizaciones o grupos privados que no pertenecen a una parte beligerante no gocen del estatuto de combatiente; de manera idéntica, la organización, disciplina interna, existencia de mandos jerárquicos y respeto de las normas del *ius in bello* son una manifestación más de la existencia de unos presupuestos mínimos vinculados a la existencia de una parte beligerante.

En este orden de cosas, el Protocolo Adicional I de 1977 contiene un precepto que ha sido objeto de mucha discusión, y uno de los motivos por los que los Estados Unidos de América no lo han ratificado, nos referimos al art. 44.3 del PAI. Esta disposición parte de una premisa general, a saber, los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil, lo que se conseguirá mediante el uso del uniforme o de un signo/emblema distintivo y perceptible. Ahora bien, la obligación antedicha se relaja al estipularse lo siguiente:

«Con objeto de promover la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades, los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque. Sin embargo, dado que en los conflictos armados hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil, dicho combatiente conservará su estatuto siempre que, en esas circunstancias, lleve sus armas abiertamente: durante todo enfrentamiento militar y durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar».

Este precepto se incluyó para otorgar el estatuto de combatiente a los combatientes de las guerras coloniales reguladas en el art. 1.4 del PAI y para las situaciones de ocupación militar, no resultando de aplicación a las fuerzas armadas regulares⁹². Algunos autores opinan que esta excepción

p. 136, quien sostiene que una junta administrativa puede satisfacer el contenido del art. 5 del III Convenio de Ginebra.

⁹² Cfr. SANDOZ, Y., *et al. Op. cit.*, párr. 1698; IPSEN, K. *Op. cit.*, p. 92.

erosiona el principio de distinción y aumenta el riesgo entre la población de ser víctima de un ataque militar⁹³, de ahí que el Reino Unido lo haya considerado aplicable solamente en territorios ocupados⁹⁴. A nuestro juicio, el precepto citado no puede constituir un criterio general, pues este se fundamenta en la obligación de distinguirse de la población civil, tal y como enuncia la primera frase del art. 44.3 del PAI. Más bien nos hallamos ante situaciones anormales que no deben constituirse en regla general, de ahí que se utilice el término «hay situaciones», lo que denota cierta singularidad. Esta singularidad se circunscribe a las guerras coloniales –actualmente casi inexistentes– y a territorios ocupados, no siendo aplicable este precepto a las fuerzas armadas regulares, dado que deberán portar uniforme, de conformidad con lo previsto en el art. 44.7 del PAI, por lo que solo será de aplicación a las milicias, cuerpos de voluntarios y movimientos de resistencia organizados.

Según nuestro entender, la exención prevista en el art. 44.3 del PAI entraña dos consecuencias relevantes. La primera es que se traslada a los componentes de las fuerzas armadas la carga de identificar positivamente a un combatiente solamente bajo el criterio de que porte las armas abiertamente, lo que constriñe notablemente la capacidad de reacción frente a un ataque, pues si el combatiente portase un signo distintivo o uniforme podría ser identificado con mayor precisión y antelación, máxime cuando la mayoría de enfrentamientos armados se producen en zonas urbanas donde el campo de visión es reducido por las múltiples edificaciones y elementos estructurales de la urbe. La segunda es que se coloca a la población civil en una situación de mayor riesgo, dado que la única diferencia con el combatiente lo constituye el hecho de portar las armas abiertamente, siendo plenamente conscientes de que este requisito en múltiples ocasiones no se cumple.

4.2.2. Conflictos armados no internacionales

En este tipo de contienda armada *prima facie* no resulta aplicable el estatuto de combatiente⁹⁵, lo que significa que los grupos armados orga-

⁹³ ROGERS, A.P.V. «Law on the...». *Op. cit.*, p. 40. Incidimos en el término de *prima facie*, porque nada impide que entre las partes contendientes se celebren acuerdos cuya finalidad sea dotar a los guerrilleros del estatuto de combatiente, lo que podría suponer *per se* el reconocimiento de beligerancia, instituto que actualmente ha caído en desuso.

⁹⁴ *Cfr.* BOTHE, M., *et al.* *Op. cit.*, p. 253.

⁹⁵ *Cfr.* SOLF, W.A. «The status of combatants in non-international armed conflicts under domestic law and transnational practice». *The American University Law Review*, vol. 33. 1982, p. 54.

nizados o fuerzas armadas disidentes que se alzan en armas contra el gobierno son considerados criminales, normalmente rebeldes o sediciosos, siéndoles de aplicación la legislación penal doméstica. Los ataques que se lleven a cabo contra las fuerzas gubernamentales serán actos delictivos, sin perjuicio de la posibilidad de que al final de las hostilidades puedan amnistiarse, salvo si son constitutivos de una violación grave del DIH, *ex art. 6 del PAII*⁹⁶. Por lo tanto, en esta clase de conflicto armado los objetivos militares en relación con las personas serán los miembros de los grupos armados organizados y de las fuerzas armadas disidentes⁹⁷. Habiéndose delimitado quiénes pueden ser atacados, procede en este momento la ardua tarea –todavía sin resolver con un criterio uniforme y generalmente aceptado– de intentar precisar sucintamente quiénes son los miembros de las fuerzas armadas disidentes y los grupos armados organizados.

4.2.2.1. Fuerzas armadas disidentes

Las fuerzas armadas de un Estado están perfectamente reguladas en el derecho nacional. Cada ordenamiento jurídico contempla las condiciones para que las personas civiles adquieran la condición de militar y, por ende, estén adscritas a las Fuerzas Armadas, al igual que las causas que operan para perder esta condición. Por ello, las fuerzas armadas disidentes estarán compuestas por aquellos militares que se han alzado en armas contra el gobierno, pudiendo ser calificado este comportamiento como un delito de rebelión o sedición militar. En nuestro ordenamiento jurídico el mero hecho de que parte de las Fuerzas Armadas se alcen en armas contra el gobierno no implica la pérdida inmediata e *ipso facto* de la condición de militar, pues para ello será necesario una resolución administrativa o judicial que así lo acuerde, aunque puedan acordarse medidas cautelares tendentes a suspender de funciones a los rebeldes o sediciosos. Así pues, *de iure* las fuerzas armadas disidentes –al menos en sus primeros momentos– siguen formando parte de las Fuerzas Armadas, aunque *de facto* se han apartado de ellas. Las fuerzas armadas disidentes están organizadas, sometidas a disciplina interna y en condiciones de respetar las leyes y costumbres de la guerra, bajo un mando responsable y uniformadas, por lo que pueden ser

⁹⁶ OHLIN, J.D. «The Combatant's Privilege in Asymmetric and Covert Conflicts». *The Yale Journal of International Law*, vol. 40. 2015, p. 343; SOLF, W.A. *Op. cit.*, pp. 57 y 58.

⁹⁷ Sentencia del TIPY (Sala de Apelaciones), de 17 de julio de 2008, *Prosecutor v. P. Strugar*, IT-01-42-A, párr. 178; Sentencia del TIPY (Sala de Primera Instancia), de 15 de abril de 2011, *Prosecutor v. A. Gotovina et al*, IT-06-90-T, párr. 1678.

identificadas positivamente⁹⁸. A nuestro juicio, el criterio de la Guía del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre la noción de la participación directa en las hostilidades, sobre el hecho que las fuerzas armadas disidentes son un grupo armado organizado debe ser matizado, ya que mientras aquéllas formen parte *de iure* de las Fuerzas Armadas están sometidos a un estatuto particular, mediando un vínculo profesional con el estado. Una vez concluya el referido vínculo profesional sí podrán calificarse como un grupo armado organizado, si reúnen sus características.

4.2.2.2. Grupos armados organizados

Partiendo de la premisa de que no hay norma convencional o consuetudinaria alguna que defina lo que es un grupo armado organizado, lo relevante a los efectos de cumplir con el principio de distinción radica en identificar positivamente a sus miembros⁹⁹. Siendo conscientes de las críticas vertidas a la Guía del Comité Internacional de la Cruz Roja no podemos desconocer que la misma constituye un punto de partida relevante para el debate. Uno de los criterios más coherentes para saber quiénes forman parte de los grupos armados organizados consiste en acudir al concepto de *función continua de combate* —el cual tampoco está definido en norma internacional o doméstica alguna¹⁰⁰—, sin que ello suponga reconocimiento del estatuto de combatiente, pues solo sirve para distinguir a los componentes de los grupos armados organizados de las personas civiles que participan directamente en las hostilidades.

La función continua de combate implica una integración duradera y una pertenencia al grupo armado organizado, determinándose lo anterior por la preparación, realización o comisión de operaciones hostiles que tengan por finalidad perjudicar a la otra parte contendiente; en síntesis, por participar directamente en las hostilidades¹⁰¹. No todas las personas que apoyan o siguen al grupo armado son integrantes del mismo, al igual que no todos los integrantes de las Fuerzas Armadas son combatientes, de ahí que lo relevante sea caracterizar a aquellas personas que ejercen

⁹⁸ Doc. *Guía para interpretar la noción...* *Op. cit.*, p. 32.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 27.

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ *Cfr.* Doc. *Guía para interpretar la noción...* *Op. cit.*, pp. 34 y 36.

una función de combate de aquellas otras que no la realizan¹⁰². Evidentemente, pueden existir otros factores o criterios que nos sirvan para determinar la pertenencia de la persona en cuestión al grupo armado organizado, como es el hecho de portar un uniforme u otro signo distintivo. Lo relevante en torno a los integrantes de los grupos armados organizados es que pueden ser atacados en todo momento, siempre que no estén fuera de combate, hayan depuesto las armas o estén heridos o enfermos. En cualquier caso resultará necesaria una previa identificación positiva del miembro del grupo armado, siendo imprescindible la obtención de información suficiente para ello.

4.2.3. Personas civiles que participan directamente en las hostilidades

4.2.3.1. Concepto

Tampoco hay tratado internacional que defina la participación directa en las hostilidades, siendo de vital importancia para el DIH, pues se halla estrechamente vinculada con el principio de distinción¹⁰³. La realidad de los conflictos armados es que en muchas ocasiones las Fuerzas Armadas no se enfrentan exclusivamente a otras fuerzas armadas enemigas o grupos armados organizados. Lejos de lo anterior, la asimetría imperante en los conflictos armados nos hace ver que hay personas civiles que participan directamente en las hostilidades. Estas personas, por el mero hecho de participar directamente en las hostilidades, pierden *ope legis* su inmunidad, *ex art.* 51.3 del PAI y 13.3 del PAII, siendo esto un reflejo de la costumbre internacional¹⁰⁴, dado que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional solamente castiga como crimen de guerra determinados injustos contra las personas civiles que no participan directamente en las hostilidades, lo que significa a *sensu contrario* que si lo hacen pueden ser atacadas legítimamente. Aun así, la pérdida de inmunidad no comporta que dejen de ser civiles, pues solamente ostentarán el estatuto de combatientes si reúnen los requisitos anteriormente expuestos, y serán integrantes de un grupo

¹⁰² MELZER, N. «Keeping the balance between military necessity and humanity: a response to four critiques of the ICRC's interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities». *International Law and Politics*, vol. 42. 2010, p. 850.

¹⁰³ Sentencia del TIPY (Sala de Apelaciones), de 17 de julio de 2008, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, IT-01-42-A, párr. 174 y 175.

¹⁰⁴ DINSTEIN, Y. «The conduct of...». *Op. cit.*, p. 146.

armado organizado si desarrollan una función continua de combate. La realización esporádica y puntual de un acto hostil o de violencia armada no supone pertenencia alguna a una parte contendiente, la cual se caracteriza por su organización, quedando al margen de la misma las personas civiles que actúan por riesgo y ventura propia.

Llegados a este punto, el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, en el *caso Kordic and Cerkez*, manifestó que la participación directa en las hostilidades abarcaba aquellos actos de guerra que por su naturaleza y finalidad es probable que causen daños al personal o material de las fuerzas enemigas¹⁰⁵. La doctrina por su parte incide en el hecho de que la participación directa en las hostilidades conlleva una relación causal entre la actividad dirigida contra el enemigo en el tiempo y lugar donde esta acción se realiza y el daño causado, debiendo constituir esta conducta una amenaza militar directa e inmediata¹⁰⁶. Esta noción ha sido ampliada en el sentido de incluir actividades de protección a infraestructuras, material o instalaciones, aunque ello no implique un comportamiento violento¹⁰⁷.

Ciertamente, no podemos negar la importancia que tiene esta figura dentro del *ius in bello*, toda vez que las consecuencias jurídicas que pueden deparar a un civil por participar directamente en las hostilidades son de suma relevancia e incluso, en ocasiones, irreparables, pues cuando se identifica positivamente a un civil participando directamente en las hostilidades puede ser abatido, al cesar su inmunidad, eso sí, llevándose a cabo siempre una valoración razonable y lógica de la situación concreta, a fin de adoptar la fuerza necesaria para hacer cumplir los objetivos militares marcados. Esta valoración debe partir de la observación de los principios de necesidad militar y humanidad, atendiendo a las circunstancias concretas del caso y el riesgo inherente para los miembros de las Fuerzas Armadas. A modo de ejemplo, si en medio de las hostilidades observamos que un civil está entregando munición y armamento al enemigo resulta lógico que pueda hacerse un uso letal de la fuerza contra el mismo; ahora bien, si observamos en una zona controlada por las Fuerzas Armadas que un civil comunica inteligencia a la otra parte contendiente, sin atisbo alguno de otra amenaza, lo lógico es que en primer lugar se intente la detención de esta persona, al no concurrir un riesgo serio e inminente para la integridad física de los soldados¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Sentencia del TIPY (Sala de Apelaciones), de 17 de diciembre de 2004, *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, IT-95-14/02-A, párr. 51.

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. «Participación directa...». *Op. cit.*, p. 785.

¹⁰⁷ BOTHE, M., *et al. Op. cit.*, pp. 303 y 304.

¹⁰⁸ *Cfr. Doc. Guía para interpretar la noción... Op. cit.*, p. 81.

4.2.3.2. Elementos constitutivos

Umbral del daño: implica que el acto debe ser idóneo para afectar negativamente a las operaciones militares o a la capacidad militar de una de las partes contendientes, o que pueda causar la muerte, lesiones o daños a personas y bienes protegidos contra los ataques directos¹⁰⁹. Que el acto sea idóneo significa que no tiene que concurrir la materialización del daño, bastando la probabilidad del mismo. Dicha probabilidad no ha sido calificada, por lo que a nuestro juicio sería suficiente con la existencia de un mínimo de probabilidad razonable y lógica de causación de un daño para que se satisfaga este requisito. Asimismo, tampoco debe exigirse una cuantificación concreta del daño causado, bastando cualquier consecuencia adversa contra las operaciones militares o la capacidad militar de una de las partes contendientes¹¹⁰. Dentro de este requisito se incluyen los actos de violencia contra las personas y bienes civiles. También existen otras opiniones divergentes a la expuesta. En este sentido, SCHMITT considera que el umbral del daño no debe limitarse al perjuicio de las operaciones militares o a un daño en las personas o materiales, sino que también debe incluir aquellas conductas que suponen un beneficio para el enemigo¹¹¹. Esta posición a primera vista puede resultar extensiva, pero consideramos que podría estar inserta en el requisito de que se perjudique la operación militar, dado que todo aquello que perjudica a las operaciones militares supone, como contraparte, un beneficio para el enemigo.

Causación directa: en todo caso debe concurrir un nexo causal directo entre el acto llevado a cabo y el daño que pueda causarse. La participación directa en las hostilidades no se limita exclusivamente a la realización de actos violentos contra el enemigo, pero tampoco puede comprender cualquier actuación que contribuya al esfuerzo bélico, como sucede con los trabajadores de fábricas de armamento¹¹². Lo anterior surge a colación del hecho de que la participación tiene que ser *directa*, lo que presupone la existencia de un vínculo directo con el resultado lesivo o el entorpecimiento de las operaciones militares, por lo que si la participación es indirecta el sujeto en cuestión no perderá su inmunidad, aunque puede suceder que dicho comportamiento, por el lugar o tiempo en donde se desarrolla,

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. «Participación directa...». *Op. cit.*, p. 790.

¹¹⁰ Doc. *Guía para interpretar la noción...* *Op. cit.*, p. 47.

¹¹¹ SCHMITT, M. «Deconstructing direct participation in hostilities: the constitutive elements». *International Law and Politics*, vol. 42. 2010, p. 720.

¹¹² SANDOZ, Y., *et al.* *Op. cit.*, párr. 1945.

conlleve serios riesgos para la integridad del actor. Las actividades relacionadas con la economía, política, propaganda y producción de bienes agrícolas o alimentos no suponen una participación directa, sino más bien una contribución al esfuerzo bélico¹¹³. Este vínculo o nexo causal entre el acto y el daño causado o intentado –como dijimos– tiene que ser directo. Esto implica que si se produce la ruptura del nexo o vínculo, su suspensión o fragmentación, ya no nos hallaremos ante una participación directa.

En los complejos escenarios en los que se desenvuelven los actuales conflictos armados nos podemos encontrar con situaciones que pueden llevarnos a la confusión, como por ejemplo el hecho de que una familia hospede, aloje o de cobijo a miembros de grupos armados organizados. Esta actuación no constituye una participación directa, aunque contribuya al esfuerzo bélico, pues les está garantizando cierta protección y cobijo, pero lo importante es que el comportamiento realizado no perjudica las operaciones militares ni causa daño alguno a las personas o materiales del enemigo, no cayendo así en la órbita de la participación directa, sino en la indirecta. Igualmente, resultan supuestos muy discutidos el montaje o almacenamiento de artefactos explosivos improvisados, toda vez que los mismos no van a ser usados inmediatamente en las hostilidades, pues para ello posteriormente habrá que colocarlos y detonarlos, lo que sí constituye *per se* una participación directa en las hostilidades. Aun así, no podemos negar que tales artefactos constituyen un serio riesgo para la integridad física de los componentes de las Fuerzas Armadas, no en vano, la naturaleza de tales bienes hace que puedan ser calificados como un objetivo militar –los cuales suelen estar ubicados dentro de un bien civil, como es una vivienda, casa, fábrica, etc.¹¹⁴–. Por ello, el ataque que tiene por finalidad destruir los artefactos que están almacenados o se están montando dentro de un bien civil resulta legítimo, siempre que se respete el principio de proporcionalidad¹¹⁵. Lo anterior supone que aquella persona que monta el artefacto explosivo improvisado no participa directamente en las hostilidades,

¹¹³ RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. «Participación directa...». *Op. cit.*, pp. 790 y 791.

¹¹⁴ *Cfr.* WATKIN, K. *Op. cit.*, p. 658, quien parece sostener que el montaje y almacenamiento sí constituye una participación directa en las hostilidades y SCHMITT, M. «Deconstructing direct...». *Op. cit.*, p. 719; *cfr.* Doc. *Guía para interpretar la noción... Op. cit.*, p. 54, en donde se opina lo contrario. En nuestra opinión, las posiciones contrarias anteriormente citadas eliminarían el requisito de que la participación tiene que ser «directa», disminuyéndose así el umbral de protección de las personas civiles, *cfr.* KECK, T.A. «Restraints on the use of force. Not all civilians are created equal: the principle of distinction, the question of direct participation in hostilities and evolving restraints on the use of force in warfare». *Military Law Review*, vol. 211. 2012, pp. 146 y 147.

¹¹⁵ *Cfr.* ROGERS, A.P.V. «Law on the...». *Op. cit.*, p. 12.

pero al hallarse voluntariamente en la proximidad de un objetivo militar se coloca en riesgo de sufrir un ataque. Un tanto de lo mismo podemos decir del propietario de la vivienda en donde se almacenan tales artefactos.

Nexo beligerante: constituye el propósito específico del acto de causar directamente el umbral del daño exigido en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra¹¹⁶. Si la finalidad del acto no es dañar al enemigo o perjudicar las operaciones militares en favor de la otra parte contendiente, no estaremos ante una participación directa en las hostilidades, sino ante otra serie de comportamientos que pueden ser objeto de reproche penal o incluso del correspondiente uso de la fuerza. En este orden de ideas, ciertas resoluciones judiciales emanadas de tribunales internacionales pueden servir de orientación y ayuda a la hora de determinar qué supuestos pueden caer en la órbita de la participación directa en las hostilidades. Así, el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia enumeró una serie de supuestos concernientes a la participación directa en las hostilidades, como cuando se portan armas abiertamente, se toma parte en actos hostiles, se transmite información al enemigo para un uso inmediato hostil o se transportan armas en la proximidad del combate¹¹⁷. Igualmente, la Corte Penal Internacional ha sostenido que para determinar la participación directa en las hostilidades deben valorarse una serie de factores, tales como la situación personal del actor, la localización geográfica del actor, si porta armas, si usa uniforme o porta un signo distintivo y la edad y género del actor¹¹⁸. Básicamente, los factores antedichos pueden servir para valorar la participación directa en las hostilidades de una persona, sin embargo, a nuestro juicio, la posición de la Corte Penal Internacional sobre la edad y género del actor debe valorarse con precaución, por lo siguiente. No podemos desconocer que los actuales conflictos armados asimétricos implican una serie de actos hostiles llevados a cabo con total menosprecio a las reglas del DIH. Por ejemplo, el uso de niños soldado en los enfrentamientos armados es habitual, poniendo a los soldados de las Fuerzas Armadas en una posición crítica, al observar que su enemigo es un menor, lo que constituye *per se* un obstáculo psicológico que puede redundar en perjuicio de la misión encomendada. De otra parte, aunque no resulta usual, las mujeres pueden perfectamente participar directamente en las hostilidades, como

¹¹⁶ Doc. *Guía para interpretar la noción... Op. cit.*, p. 58.

¹¹⁷ Sentencia del TIPY (Sala de Apelaciones), de 17 de julio de 2008, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, IT-01-42-A, párr. 177.

¹¹⁸ Sentencia de la Corte Penal Internacional (Sala de Primera Instancia), de 21 de marzo de 2016, *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, párr. 94.

sucede con las combatientes peshmergas del Kurdistán. Así pues, si bien es cierto que la edad y género del actor puede servir como indicio de que no participa directamente en las hostilidades, no lo es menos que habrá que asegurar este aspecto, ya que el uso de menores, mujeres y ancianos de manera péfida en las hostilidades constituye una realidad, debiéndose tomar las precauciones debidas para corroborar el estatuto de tales personas. En conclusión, estos factores deben valorarse con suma cautela, teniendo nuestras Fuerzas Armadas que identificar positivamente previamente a tales personas antes de efectuar un ataque.

4.2.3.3. Ámbito temporal de la participación directa. Problema de la teoría del revolving door

La consecuencia jurídica más perniciosa de toda persona que participa directamente en las hostilidades radica en que pierde su inmunidad, pero dada la naturaleza de la misma, en los Protocolos Adicionales de 1977 se estipuló que solamente sería «mientras dure tal participación», ex art. 51.3 del PAI y 13.3 del PAII. La norma en cuestión limita, pues, el ámbito temporal de la pérdida de inmunidad, surgiendo en todo caso serias dudas sobre su interpretación. No obstante, esta limitación temporal solamente resulta de aplicación a las personas que participan directamente en las hostilidades sin pertenecer a grupo armado organizado alguno, pues los miembros de tales grupos, al desarrollar una función continua de combate, pueden ser atacados en cualquier momento, aunque no estén llevando a cabo un acto hostil¹¹⁹. Esta limitación temporal encuentra su justificación en el hecho de que estas personas no dejan de ser civiles¹²⁰, aun cuando estén llevando a cabo una acción hostil. Dicha participación no puede presuponer un cambio de estatuto, ni siquiera la posibilidad de considerarlas como un *tertium genus* entre un combatiente o miembro de un grupo armado organizado y una persona civil. Sea como fuere, esta persona seguirá siendo civil, con la peculiaridad de que mientras participe directamente en las hostilidades su inmunidad cesará, no pudiendo hacerla valer ni beneficiarse de ella y, además, sus actos no serán legítimos, pues no tiene el derecho de participar en las hostilidades, conferido principalmente a los sujetos combatientes ex art. 43.2 del PAI –para los conflictos armados internacionales–. Evidentemente, si la persona que

¹¹⁹ Cfr. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. «Participación directa...». *Op. cit.*, p. 797.

¹²⁰ Doc. *Guía para interpretar la noción...* *Op. cit.*, p. 70; SOLIS, G. *Op. cit.*, p. 202.

participa directamente en las hostilidades no está legitimada para ello sus actos constituyen acciones criminales. Concretamente, en nuestro ordenamiento jurídico podrían ser constitutivos de un delito militar de atentado contra centinela, fuerza armada o policía militar, tipificado en el art. 35 del Código Penal Militar, pudiendo ser juzgado en consecuencia por tales actos, respetándose las garantías mínimas previstas en el art. 75 del PAI.

Llegados a este punto, tenemos que abordar el problema de la teoría del *revolving door* o puerta giratoria. Esta tesis presupone que aquellas personas que participan directamente en las hostilidades pierden y recuperan su protección en paralelo con los intervalos de su participación directa y temporal en las hostilidades. Es decir, si dicha persona ha regresado a su casa –no suponiendo ya una amenaza– no podría ser atacado, ahora bien, si posteriormente reinicia su actuación hostil sí podrá ser atacado, siendo lo anterior una consecuencia lógica de las normas humanitarias¹²¹. Este vaivén en relación a la inmunidad debe interpretarse restrictivamente. Aun así, desde el momento en que la persona se prepara para el acto hostil y durante toda su retirada entendemos que puede ser objeto de ataque, ya que en dichos contextos espacio-temporales aquélla sigue presuponiendo una amenaza para las Fuerzas Armadas¹²².

En este orden de cosas, nos tenemos que preguntar si cuando una persona participa directamente y de forma reiterada en las hostilidades puede presuponerse que está integrado en un grupo armado organizado y, por ende, puede ser objeto de ataque en todo momento. WATKIN y BOOTHBY entiende que desde el mismo momento en que una persona participa directamente en las hostilidades si decide posteriormente repetir su conducta demostraría que combate para alguna parte contendiente; en síntesis, para estos autores la participación directa en las hostilidades solamente puede producirse en una ocasión, más allá de esto se infiere la pertenencia a un grupo armado organizado o fuerza disidente¹²³. Realmente, esta pregunta debe ser resuelta atendiendo caso por caso,

¹²¹ RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J.L. «Participación directa...». *Op. cit.*, pp. 797 y 798; Doc. *Guía para interpretar la noción... Op. cit.*, p. 70. Igualmente, tenemos que significar que la Corte Suprema de Israel llegó a la misma conclusión en el *caso targeted killing*, cfr: Sentencia de la Corte Suprema de Israel, de 11 de diciembre de 2005, *The Public Committee against torture in Israel et al v. The government of Israel et al.*, Case n° HCL 769/02, párr. 38.

¹²² Cfr. SANDOZ, Y., *et al.* *Op. cit.*, párr. 1943; cfr: ROGERS, A.P.V. «Law on the...». *Op. cit.*, p. 11.

¹²³ WATKIN, K. *Op. cit.*, p. 692; BOOTHBY, B. «And for such time as: the time dimension to direct participation in hostilities». *International Law and Politics*, vol. 42. 2010, p. 758.

investigando el contexto de la situación y la participación del actor en cuestión. A nuestro juicio, el criterio cuantitativo anteriormente expuesto no puede acogerse, pues no resulta determinante, teniendo mejor acogida un criterio cualitativo, de suerte que la espontaneidad de la participación en las hostilidades y su carácter esporádico pueden implicar más de una acción hostil, sin necesidad de entender que realiza una función continua de combate en el seno de un grupo armado. Ahora bien, las hostilidades reiteradas sí presuponen un serio indicio de que *de facto* está integrado en un grupo armado organizado. Si la espontaneidad se transforma en rutina nos tendremos que preguntar si la persona en cuestión forma parte de un grupo armado, pues resulta sumamente extraño que una persona de manera persistente decida llevar a cabo tales actuaciones sin ser miembro de una organización que le ofrezca inteligencia, armas, entrenamiento, material, etc., a fin de poder atacar al enemigo. Lo difícil en cualquier caso será determinar cuándo nos hallamos ante una conducta reiterada¹²⁴, por lo que la *praxis* de los estados al respecto será de suma importancia.

5. LA IDENTIFICACIÓN POSITIVA COMO MECANISMO PARA SATISFACER EL PRINCIPIO DE DISTINCIÓN

5.1. INTRODUCCIÓN

Ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico contiene o regula el término de identificación positiva. No obstante, en el Manual de Doctrina conjunta de *targeting* adquiere una especial relevancia este concepto, pues constituye un pilar básico del mismo¹²⁵. El proceso de *targeting* comprende acciones militares que van a ocasionar en los blancos señalados (*targets*) unos efectos no letales, como otras acciones que sí van a producir unos efectos letales, por lo que se infiere que el *targeting* no se reduce únicamente a la conducción de hostilidades, tratándose de un concepto mucho más amplio¹²⁶. En cualquier caso, en lo que nos concierne en este estudio,

¹²⁴ KECK, T.A. *Op. cit.*, pp. 150 y 151.

¹²⁵ Por *targeting* hemos de entender aquel proceso integrado en el planeamiento y conducción de las operaciones mediante el cual se satisfacen los objetivos a través de la obtención de determinados efectos que favorezcan o consigan estos objetivos, *cf.*: Doc. PDC-3.9. «Doctrina conjunta...». *Op. cit.*, párr. 02001 a 02003.

¹²⁶ Para un mayor análisis de la materia, *cf.*: ALIA PLANA, M. «El *targeting*». *Manual de Derecho operativo*. EN PÉREZ DE FRANCISCO, E. (coord.). Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 291 y ss.

podemos afirmar que en el proceso de *targeting* nuestras Fuerzas Armadas respetarán las normas convencionales del DIH, así como las consuetudinarias, encontrando un lugar privilegiado el principio de distinción, el cual según el Manual «impone la obligación de que en toda decisión relacionada con el *targeting* deba distinguirse entre blancos legítimos y bienes civiles, y población civil. La regla de que solo podrán ser objeto de *targeting* los objetivos militares es la expresión de este concepto». Pero lo más importante es que en el Manual se indica que las reglas de enfrentamiento en vigor para cada operación deben definir una serie de requisitos, entre los que se halla la identificación positiva requerida para cualquier tipo de ataque y el conjunto de sensores que proporcionarán la misma, de ahí la relevancia de este concepto¹²⁷.

5.2. CONCEPTO

A pesar de la indefinición anteriormente expuesta en nuestro ordenamiento jurídico en relación al concepto de identificación positiva, no resulta menos cierto que la doctrina militar estadounidense sí se ha ocupado de este aspecto. Así, en el *Operational Law Handbook* se sostiene que la identificación positiva es «aquella certeza razonable de que el objetivo propuesto es un objetivo militar legítimo»¹²⁸. Esta definición no resulta pacífica ni mucho menos, pues existen autores que piensan que es demasiado restrictiva y difícil de satisfacer para los soldados que se hallan inmersos en enfrentamientos armados complejos, como son los que acontecen en zonas urbanas. En este sentido, se ha propuesto modificar este término por el de «identificación afirmativa del blanco»¹²⁹.

El término «positivo/a» denota cierta rigidez, según la Real Academia Española, en una de sus distintas acepciones, indica que es aquello cierto, efectivo y verdadero y que no ofrece duda, o aquello que es afirmativo o que expresa afirmación o aceptación. Como puede apreciarse, para nosotros resultaría indiferente utilizar el término positivo o afirmativo, pues es semejante. Lo realmente relevante radica en entender qué constituye la identificación positiva en nuestra doctrina militar, pues ello puede originar diversas consecuencias jurídicas para el militar que incumpla este requerimiento inherente al principio de distinción, tanto de

¹²⁷ Doc. PDC-3.9. «Doctrina conjunta...». *Op. cit.*, párr. 05065.

¹²⁸ Doc. «Operational Law...». *Op. cit.*, p. 109.

¹²⁹ MERRIAM, J.J. *Op. cit.*, p. 140.

naturaleza disciplinaria como penal. No obstante, la definición contenida en la doctrina estadounidense constituye un punto de partida adecuado para abordar una definición de este concepto.

5.2.1. Certeza razonable

El presupuesto de la certeza razonable debe concurrir para no menoscabarse el principio de distinción, pues en caso de duda acerca de si una persona o un bien es un objetivo militar debe evitarse todo ataque sobre el mismo, *ex art. 50.1 y 52.3 del PAI*, de suerte que la certeza razonable se contraponen claramente a las dudas. Esto entraña que la autoridad militar que ordena un ataque tenga la certeza o seguridad de que el objetivo es ilícito. Ahora bien, esta certeza o seguridad debe estar sustentada en criterios razonables, los cuales deben valorarse de conformidad con la información disponible en el momento de decidir el ataque. No puede exigirse una valoración de este tipo si no se dispone de datos o información en el momento preciso y concreto. Lo anterior puede resultar controvertido, sobre todo cuando tratamos la responsabilidad del superior, pero, en cualquier caso, lo relevante es que la información a valorar sea la disponible y al alcance del mando en las circunstancias del momento. A título de ejemplo, si el jefe de un pelotón tiene la orden de atacar una vivienda en la que le ha informado su cadena de mando que solamente hay combatientes, aquél tendrá una certeza razonable de que la vivienda y sus moradores son objetivos militares, pues ha existido una previa valoración de la información disponible por su cadena de mando. Por otro lado, si dicho jefe de pelotón, en el seno de operación militar detecta una vivienda en la que cree que hay combatientes, deberá obtener información suficiente en ese momento y contexto para valorar la certeza de su presunción y poder atacar. Por último, si no se dispone de información alguna sobre los moradores de la vivienda la misma no podrá ser atacada, al existir dudas de su calificación como un objetivo militar.

Por ello, el juicio de razonabilidad que debe efectuar el mando sobre la información disponible resulta esencial, pudiendo afirmarse que debe fundamentarse en algo más que las meras sospechas o indicios; en suma, debe tenerse la creencia de que la persona o bien que pretende atacarse es un objetivo militar. Este parámetro de la creencia encuentra su origen en la justicia penal internacional, concretamente, en el caso *Hostages case* que se juzgó ante los tribunales militares de Estados Unidos instituidos tras la segunda guerra mundial. En este juicio se juzgó entre otros al

«general Rendulic» por su política de tierra quemada, consistiendo su defensa jurídica en relación a este cargo en la necesidad militar. El tribunal, en un fragmento de su sentencia, sostuvo que la finalidad del proceso no era determinar si dicha política se fundamentó en una necesidad militar, sino si el acusado en el momento de los hechos actuó dentro de los límites de la honestidad con base en las condiciones existentes en el momento, concluyendo que no podía ser culpable del crimen de guerra imputado de devastación, dado que actuó de conformidad con la escasa información de la que disponía a causa del curso de las operaciones militares, las cuales eran vertiginosas¹³⁰.

5.2.1.1. Obtención de información

La obtención de información es el elemento objetivo de la certeza razonable. La identificación positiva requiere la existencia de información disponible, lo que significa a *sensu contrario* que la ausencia de información o de evidencias no equivale a una identificación positiva. En todo caso tiene que existir un dato, información o evidencia que demuestre que el bien o persona que se pretende atacar es un objetivo militar, no pudiendo valorarse positivamente la ausencia de indicios para ejecutar un ataque. Asimismo, a la hora de proceder a la identificación positiva el *quantum* de la información o de evidencias disponibles no resulta determinante, ya que una única prueba o dato que acredite que un bien o persona es un objetivo militar es suficiente para satisfacer el presupuesto objetivo de la identificación positiva, por lo que debe prevalecer un aspecto cualitativo¹³¹.

En este orden de cosas, pueden surgir situaciones complejas que requieren de una valoración delicada; por ejemplo, durante un enfrentamiento armado en la ciudad un grupo hostil se parapeta en un edificio con escudos humanos. En principio, esta acción impediría que fueran atacados si se pone en peligro la vida de los civiles. Ahora bien, no puede obviarse que si los escudos humanos actúan voluntariamente, estos se colocan en una situación de riesgo, siendo determinante en esta situación hallar una prueba o evidencia que demuestre la voluntariedad de los civiles en su comportamiento, labor harto compleja en el fragor de la batalla. Si no se encuentra esta información en el curso del enfrentamiento el ataque no podrá ejecutarse, sin

¹³⁰ Military Tribunal núm. V, case núm. 7, *United States v. Wilhem List, et al*, 19 February 1948, pág. 1297.

¹³¹ *Cfr.* MERRIAM, J.J. *Op. cit.*, p. 143.

perjuicio de que si posteriormente se detienen a los combatientes y personas que actuaron como escudos humanos y se demuestra dicha voluntariedad en su comportamiento puedan ser juzgados por estos hechos. Todo lo anterior resulta una ecuación compleja, de ahí la necesidad de interpretar debidamente este presupuesto, tomándose en consideración todos los factores determinantes que hayan podido influir en la creencia del actor.

5.2.1.2. Valoración de la información

La valoración de la información es el elemento subjetivo de la identificación positiva. A causa de la naturaleza subjetiva de este presupuesto no podemos establecer un criterio común o general para todas las situaciones de combate. Más allá de lo anterior, el juicio de razonabilidad que debe operar en la identificación positiva difiere notablemente si nos encontramos ante una autoridad militar de nivel estratégico, operacional, táctico o ante el mando de unidad que se halla en medio de la batalla. Cada uno de ellos tendrá un nivel de información concreto, pero lo importante es la manera en la que tiene que ser valorada, pues los mandos del nivel estratégico y operacional lo harán con unos parámetros de riesgo mínimo, lo que comporta una mayor exigencia y acierto en la valoración efectuada, mientras que el mando táctico y el mando de unidad de la batalla valorarán la información con base en unos parámetros de riesgo elevados, pues se encuentran inmersos en la batalla, lo que comportará que el nivel de exigencia y acierto pueda ser menor, no valiendo en ningún caso la adopción de una medida temeraria cuya valoración no esté sustentada mínimamente con rigor. Asimismo, la formación militar de quién adopta la decisión, empleo militar y estado mental son elementos que hay que tener presente en el juicio de razonabilidad, pues si una compañía pierde a sus oficiales y suboficiales al mando, con fundamento en la sucesión del mando, se hará cargo de esta unidad un militar con una graduación y formación en principio menor, por lo que el nivel de exigencia en su juicio de razonabilidad no puede ser el mismo que el que correspondería a los mandos naturales.

5.2.2. Objetivo militar propuesto legítimo

En este punto hay que remitirse parcialmente a lo expuesto sobre los objetivos militares, pero lo importante es el hecho de que el objetivo ha tenido que ser propuesto. Esto nos conduce a la toma de decisiones

y planeamiento militar de las operaciones. Efectivamente, en el nivel estratégico se predeterminan los objetivos estratégicos militares, pero el nivel operacional es el responsable último de la selección, validación y priorización de los blancos (incluidos los que sean propuestos por los mandos subordinados), de la asignación de las acciones a realizar y de valorar si se ha logrado el efecto requerido o si es necesario reiterar la acción¹³². Por último, el nivel táctico será responsable fundamentalmente de la propuesta de las acciones a realizar sobre los blancos seleccionados en el proceso de planeamiento operacional y de su ejecución¹³³. Con carácter general esta es la cadena de mando configurada para proponer y ordenar los objetivos que pueden ser atacados, y que por lo tanto han sido identificados positivamente de forma previa. Sin embargo, la cruda realidad de los enfrentamientos armados en zonas urbanas se caracteriza porque las unidades dependientes del nivel táctico, las más pequeñas e incluso operativas, como puede ser un pelotón o una sección, afrontan retos inesperados que no han sido planeados o previstos, debiendo efectuarse una toma de decisión por el jefe de la unidad a la mayor brevedad posible. En el curso de la operación pueden aparecer nuevos objetivos militares que no han sido propuestos y cuya neutralización o destrucción es requerida para alcanzar el objetivo fijado por el nivel operacional. Por ello, la definición de «identificación positiva» no puede restringirse a los objetivos propuestos, sino que debe ampliarse a aquellos objetivos que aparecen en el curso de una operación militar y menoscaban o entorpecen su finalidad, debiendo ser atacados. Un claro ejemplo son las personas que participan directamente en las hostilidades, toda vez que normalmente el nivel operacional o táctico no puede prever su número ni dónde están ubicadas, debiéndose hacer frente a este riesgo una vez hayan sido debidamente identificadas.

En conclusión, atendiendo a los presupuestos antedichos podemos proponer la siguiente definición de «identificación positiva», a saber, aquella certeza fundamentada en la valoración razonable y lógica de la información disponible en el curso de la operación militar que determina que el objeto o persona identificada es un objetivo militar legítimo.

¹³² Doc. PDC-3.9. «Doctrina conjunta...». *Op. cit.*, párr. 02027.

¹³³ *Ibidem*, párr. 02028.

5.3. SENSORES PARA CONFIGURAR LA IDENTIFICACIÓN POSITIVA

Nos hallamos probablemente ante una de las cuestiones más problemáticas de determinar, pues la enumeración de una serie de indicios o sensores que puedan servirnos para identificar positivamente un objeto o persona como objetivo militar constituye una información capital y de suma relevancia, dado que los soldados desplegados en la operación van a tener que utilizar y valorarlos en el campo de batalla. Esto comporta que los mismos tengan que ser claros y fácilmente reconocibles para el soldado, al no gozar de mucho tiempo para valorar esta información durante las hostilidades y, sobre todo, garantizar al máximo la protección a la población civil. Llegados a este punto, la configuración de los indicios o sensores respecto de los objetos y bienes que pueden ser identificados positivamente como un objetivo militar se fundamenta, básicamente, en las características contenidas en el art. 52.2 del PAII. La naturaleza, ubicación, finalidad y utilización del bien u objeto –conceptos ya analizados previamente– son las características que deberá valorar el mando o jefe de una unidad para decidir si atacar o no. Respecto de las personas, podemos configurar dos grandes sensores, los constituidos por el estatuto de la persona y los constituidos por la conducta de la persona.

Estatuto de la persona: evidentemente, los combatientes y los componentes de los grupos armados organizados y fuerzas armadas disidentes integran esta clasificación. Su identificación positiva tendrá lugar básicamente porque lleven uniforme, realicen una función continua de combate o porten un signo distintivo, aunque este último aspecto no resulta determinante, ya que los niños soldado pueden portar uniformes u otros signos distintivos, teniendo que extremar las precauciones para salvaguardar su integridad, pues lo relevante es si su conducta es hostil o no, hecho hartamente complejo.

Conducta de la persona: Este criterio es el más efectivo para identificar positivamente a una persona, ya que si su comportamiento es hostil o denota una participación directa en las hostilidades podrá ser atacado.

5.4. ERROR EN LA IDENTIFICACIÓN POSITIVA

Las complejas circunstancias en las que el mando tiene que valorar la información de la que dispone, a fin de decidir si puede atacar un bien, objeto o persona, sobre todo, si nos hallamos en un escenario

de enfrentamiento armado en la ciudad, entraña la posibilidad de que se equivoque en su decisión. Esta equivocación, evidentemente, puede originar unas consecuencias dramáticas en la personas y en los bienes, de ahí que la decisión tenga que reunir unos parámetros concretos para que se encuentre dentro de la legalidad.

En primer término, el mando, antes de ordenar un ataque debe haber respetado las precauciones previstas en el art. 57 del PAI, a saber, verificar que los objetivos que se pretenden atacar no son personas o bienes civiles que gocen de protección; elegir correctamente los medios y métodos de combate para evitar o cuanto menos reducir en todo lo posible el número de muertos o heridos que pudieran ocasionarse accidentalmente; abstenerse de decidir un ataque si se prevé que se causarán incidentalmente heridos, muertos o daños en los bienes civiles que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista; por último, si las circunstancias lo permiten, deberán darse avisos a la población civil con la suficiente antelación cuando vaya a realizarse un ataque. Estas precauciones deben estar presentes en la toma de decisión del mando, caso contrario podríamos hallarnos ante un descuido o inobservancia de las normas de debido cuidado, lo que presupondría una conducta imprudente, y por lo tanto reprochable en sede disciplinaria, *ex* art. 7.23 (falta grave) y 8.10 (falta muy grave) de la Ley Orgánica 8/2014, de 8 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas¹³⁴.

En segundo término, si el mando de manera voluntaria omite toda medida de precaución, siéndole indiferente el resultado que pueda deparar un ataque o siéndole irrelevante si el objeto, bien o persona que va a atacarse está protegida, nos adentraremos en el terreno del dolo eventual, lo que comportaría la posible comisión de un injusto criminal, concretamente, un crimen de guerra.

Por último, el error o equivocación de la decisión adoptada debe valorarse con base en la información de la que disponía el mando o la que le era posible disponer. Si esta información no era correcta o totalmente completa, en principio no puede atribuirse responsabilidad penal al mando. Si el mando pudo contrastar la información en su poder y no lo hizo,

¹³⁴ Dichos preceptos disciplinarios sancionan «el incumplimiento de las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe o la inobservancia por imprudencia de los deberes establecidos por el derecho internacional aplicable en los conflictos armados» y el «incumplir grave o reiteradamente las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe o la inobservancia por imprudencia grave de los deberes establecidos por el derecho internacional aplicable en los conflictos armados».

podríamos encontrarnos ante un injusto disciplinario, al tratarse de una conducta imprudente, salvo que las circunstancias del momento impidiesen tal actuación.

6. CONCLUSIONES

El principio de distinción debe estar presente en toda operación militar a causa de su pertenencia al derecho consuetudinario y porque constituye un principio fundamental en la conducción de las hostilidades, del que derivan posteriormente el de proporcionalidad, evitación de grandes sufrimientos y prohibición de ataques indiscriminados. Su observación y respeto no es exclusiva de los altos mandos militares que planean el ataque, sino también de cualquier integrante de las Fuerzas Armadas que lo va ejecutar. La naturaleza asimétrica de los conflictos armados hace que el enemigo suele utilizar las ciudades como nuevos campos de batalla, aprovechándose de sus infraestructuras, edificios, instalaciones, etc., para obtener una ventaja militar y confundirse con la población civil para no ser detectados. En cualquier caso, tanto los grupos armados organizados como las Fuerzas Armadas deberán respetar el principio de distinción, sin menoscabo alguno del mismo. El respeto del DIH tiene que formar parte en todo momento del objetivo de la operación, no debiendo ser un obstáculo para el mismo. La población civil apreciará el esfuerzo inherente por respetar las normas fundamentales que rigen el *ius in bello*, lo que derivará en una estrecha colaboración, de lo contrario, una vulneración constante del mismo supondrá una desconfianza que menoscabará los intereses de la operación militar a largo plazo.

Los objetivos militares que pueden ser atacados se dividen en dos grandes bloques, aquellos que son bienes u objetos y aquellos que son personas. Con respecto a los bienes u objetos, solo podrán ser atacados aquellos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyen eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial o neutralización ofrece una ventaja militar definida. Los presupuestos constitutivos del objetivo militar deben estar presentes en el momento del ataque, de lo contrario nos hallaríamos ante un ataque ilícito. En relación a las personas, solamente los combatientes, levantamientos de la población en armas, miembros de los grupos armados organizados, fuerzas armadas disidentes o personas que participan directamente en las hostilidades, podrán ser atacados. Este último grupo de personas civiles son las que presentan una

mayor dificultad, pues solamente podrán serlo mientras dure su participación, la cual además tiene que ser directa.

El mecanismo idóneo para hacer cumplir el principio de distinción, además de tener presentes el conjunto de precauciones previstas en el art. 57 del PAI, es satisfacer el concepto de identificación positiva. Esta figura puede definirse como aquella certeza fundamentada en la valoración razonable y lógica de la información disponible en el curso de la operación militar que determina que el objeto o persona identificada es un objetivo militar legítimo. Los sensores que nos servirán para cumplir con el principio de identificación positiva son en relación con los bienes u objetos como objetivo militar, el hecho de que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan a la acción militar, lo que comporta que las Fuerzas Armadas tengan que saber analizar perfectamente estos elementos. En cuanto a las personas como objetivos militares, tanto su estatuto como su conducta, serán los criterios que haya que seguir para identificar positivamente a una persona como enemigo y por ende poder abatirlo.

La identificación positiva en todo caso requiere de la obtención de información suficiente para verificar que un bien o persona es un objetivo militar, y además deberá valorarse adecuadamente por el mando, jefe o persona que va a efectuar el ataque dicha información, teniendo presente las circunstancias del momento y lugar. En cualquier caso, la carga de demostrar o acreditar que un bien o persona es un objetivo militar recae en el atacante, si existen dudas al respecto deberá abstenerse de atacar. En ningún caso la ausencia de información o datos sobre si un bien o persona es un objetivo militar puede suponer una verificación de dicho presupuesto ineludible. El total desprecio a obtener la información necesaria para verificar que lo que se va a atacar es un objetivo militar supone una conducta dolosa, mientras que la inobservancia de alguna de las precauciones nos conduce a una conducta imprudente, siendo ambas reprochables con base en nuestro ordenamiento jurídico, bien penalmente o disciplinariamente.