
Los drones a la luz del Derecho Internacional Humanitario (DIH)

The drones under International Humanitarian Law (IHL)

Romualdo BERMEJO GARCÍA

Catedrático de Derecho Internacional Público
Profesor Visitante en la Universidad de Friburgo (Suiza)
rberg@unileon.es

Andrea COCCHINI

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público
Universidad de Navarra
acocchini@unav.es

RECIBIDO EL 19 DE DICIEMBRE DE 2019 / ACEPTADO EL 24 DE ENERO DE 2020

Resumen: Desde hace décadas se utilizan los drones como un instrumento más para ejecutar operaciones de diverso tipo que, incluso, pueden implicar el uso de la fuerza letal. Con frecuencia, el recurso a los drones armados ha sido criticado por supuestas violaciones del Derecho internacional humanitario (DIH). El presente estudio analiza, por tanto, el recurso a unas armas tan criticadas como los drones a la luz, en particular, de los principios básicos del DIH de precaución, distinción y proporcionalidad. El objetivo es demostrar que, pese a su mala fama atribuida por los medios de comunicación, los drones armados respetan el DIH precisamente en atención a los tres principios mencionados.

Palabras clave: drones; Derecho internacional Humanitario; conflictos armados; precaución; distinción; proporcionalidad.

Abstract: It is decades that States use drones as instruments to fulfil their operations of different kind, from patrolling to the use of lethal armed force. Frequently the use of armed drones has been criticised (and it is still) for alleged violations of International Humanitarian Law (IHL). Thus, this work analyses the use of –sometimes much condemned by Medias– armed drones, especially in the light of precautionary, distinction, and proportionality IHL principles. The aim is to demonstrate that, despite their bad reputation, armed drones respect IHL under those three basic principles cited above.

Keywords: Drones; International humanitarian law; armed conflicts; precautionary principle; principle of Distinction; proportionality.

Sumario: INTRODUCCIÓN. 1. LOS DRONES Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. 2. LOS DRONES Y EL NEXO DE UNIÓN CON EL DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: EL CONFLICTO ARMADO. 3. LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONFLICTOS ARMADOS Y SU COMPLEJIDAD EN LA ACTUALIDAD A LA LUZ DE LA PRÁCTICA INTERNACIONAL. 3.1. Los conflictos armados internacionales. 3.2. Los conflictos armados no internacionales. 4. LOS DRONES Y LAS REGLAS BÁSICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN LA CONDUCTA DE LAS HOSTILIDADES. 4.1. El principio de precaución. 4.2. El principio de distinción y su alcance: la determinación del concepto de «participación en hostilidades». 4.3. Los drones y algunas controversias en relación con el alcance del principio de distinción. 4.4. Los drones y el debate sobre el principio de proporcionalidad. 4.4.1. La proporcionalidad en el *Jus ad Bellum*. 4.4.2. La proporcionalidad en el *Jus in Bello*. 5. LA CUESTIÓN DE LA TERRITORIALIDAD DE LOS CONFLICTOS ARMADOS Y LOS DRONES. 6. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

Desde hace ya varias décadas los drones¹ vienen surcando los cielos de muchos países, tanto en tiempo de paz como de guerra. Desde esta perspectiva, es evidente que es una herramienta que en algunos ámbitos se está convirtiendo en algo imprescindible² para llevar a cabo operaciones de diversa índole. Tanto es así, que los drones representan una tecnología cuyo impacto en nuestra sociedad es similar a la importancia que tuvieron los radares y las computadoras en 1935. Es más, si están armados, esta tecnología ofrece a los Estados una capacidad añadida para recurrir al uso de la fuerza letal tanto en caso de conflictos no internacionales como internacionales, así como dentro de las fronteras de un Estado como fuera. Su capacidad de vigilancia por un largo período de tiempo y sin interrupción le permite atacar un objetivo en menos de un minuto una vez recibida la orden de ataque por el personal de control, que se puede encontrar a centenares o incluso a miles de kilómetros de distancia. Esta es la realidad tecnológica que tanto la sociedad civil como la militar tiene ante sí, y su evolución ha sido meteórica de forma que su uso no dejará de crecer, como nos lo muestran que muchos países del mundo recurren a ellos y, también, algunos actores no estatales³. Y es que, a pesar de que se piense, en general, que es un instrumento de reciente uso, lo cierto es que debido al papel que pueden desempeñar en caso, sobre todo, de

¹ El término de «dron» es conocido técnicamente por los términos ingleses «remoted piloted aircraft», «remotely operated weapon system» y «unmanned aerial vehicle» (UAV), es decir aviones pilotados a distancia/vehículo aéreo no tripulado, añadiendo el término de «combat» o «weapon» si es que se utilizan en caso de conflicto armado, como por ejemplo «unmanned combat aerial vehicle» (UCAV), «uninhabited combat aeriens vehicle», recurriendo en general a la sigla UCAV para todos ellos. Todo esto es conocido a nivel técnico como «Unmanned aircraft system» que consiste en general «... of (1) multiple aircraft, which can be expendable or recoverable and carry lethal or non-lethal payloads; (2) a flight control station; (3) information and retrieval or processing stations; and (4) in some cases wheeled land vehicles that carry launch and recovery platforms». Cfr. «Rise of the Drones: Unmanned Systems and the Future of War. Committee on Oversight and Government Reform, US House of Representatives, Subcommittee Hearing. March 23, 2010. 111th Cong., 2nd sess. 2010, en: http://oversight.house.gov/index.php?option=com_content&talk=view&id=8840&temid=30 [consultado: 14/03/2014].

² Para un estudio sobre cómo ha sido la evolución de los drones desde sus orígenes, así como los lugares en los que han sido utilizados, cfr. ZUBELDÍA, O., *Histoire des drones. De 1914 à nos jours*, Paris, Perrin, 2012.

³ Cfr. CASEY-MASLEN, S., «Introducción», en *Drones and Other Unmanned Weapons Systems under International Law*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, Stuart Casey-Maslen et al. (eds.), 2018, pp. 1-7, pp. 1-2.

conflictos armados, su diseño y fabricación se remonta a la Segunda Guerra Mundial o los años posteriores, de forma que los Estados Unidos ya los utilizaron con fines de reconocimiento en la Guerra de Vietnam⁴ y de una forma mucho más intensa en la primera guerra de Irak de 1991⁵.

1. LOS DRONES Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Si los drones son armas cuya legalidad internacional hoy en día está fuera de toda duda, los reproches más intensos que se les ha hecho tienen que ver sobre todo desde la perspectiva del Derecho internacional humanitario, es decir en caso de conflicto armado. Esto se debe especialmente a que han sido armas utilizadas no solo entre Estados, como fue el caso en Irak, sino también contra ciertos grupos armados o actores no estatales de difícil calificación, pero cuya característica principal era el de estar armados⁶. Como la lucha contra estos

⁴ Para un estudio sobre los orígenes de los drones y su evolución, cfr. OLOWO-AKE, A., «A Short Historiography of the Unmanned Aerial Vehicle (UAV)», *Uganda's Paper Series on International Humanitarian Law*, vol. 1, n° 1, 2013, pp. 101-108.

⁵ A este respecto, cfr. BERMEJO GARCÍA, R., «Los drones a la luz del *Jus ad Bellum*» (en prensa). Ver también VALITIS, D., *The Current and Future Use of Armed Drones: Analysing the Controversy*, 2019, pp. 1-69, en: https://www.academia.edu/11476850/The_Current_and_Future_Use_of_Armed_Drones_Analysing_the_Controversy [consultado: 05/12/2009]; POZO SERRANO, P., «La utilización de drones en los conflictos actuales: una perspectiva del Derecho internacional», *Instituto de Estudios Estratégicos*, Documento de Opinión 37/2011, pp. 1-9, p. 1. Ver también ALSTON, P., *Report of the Special rapporteur on Extrajudicial Summary or Arbitrary Executions*, Doc. A/HRC/14/24/Add. 6, de 28 de mayo 2010, párrafo 27. Este informe se encuentra también en español: *Informe del Relator especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, con el mismo n° de documento y de la misma fecha.

⁶ Para un estudio completo y diverso sobre los problemas que plantean los actores no estatales armados tanto desde el punto de vista del *jus ad bellum* como del *jus in bello*, véase el vol. 93, núms. 881-882, de la *International Review of the Red Cross*, donde se encuentran estudios muy pormenorizados sobre los retos que plantean estos grupos. Como se sabe, las características de estos grupos son muy diversas y no siempre es fácil aplicarles unas normas comunes a todos ellos. Es esta variedad la que genera una cierta confusión a la hora de aplicarles el Derecho internacional humanitario, como recoge en su Conclusión. PETROV, A. O., «Non-State Actors and Law of Armed Conflict Revisited: Enforcing International Law through Domestic Engagement», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 19, n° 2, 2014, pp. 279-316. Ver también, LILES, L., «The Civilian Cyber Battlefield: Non-State Cyber Operators Status Under the Law of Armed Conflict», *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 39, n° 4, 2014, pp. 1091-1121; WALLACE, D. y RELEVES, S., «Non-State Armed Groups and Technology: The Humanitarian Tragedy of Our Doorstep?», *The University of Miami National Security and Armed Conflict Law Review*, vol. 3, 2013, pp. 26-45.

grupos armados reviste casi siempre una cierta complejidad, los drones, arma al que se ha recurrido para llevar a cabo ciertas operaciones especiales, han sido quizás las más criticadas por no respetar el DIH, aunque bien examinadas las cosas, el resultado no haya sido así. Y es que si se mata a un líder de cualquiera de estos grupos, que lleva a cabo ataques armados o atentados terroristas, pero se esconde en cuevas de montaña rodeados de personal armado, y mezclado con civiles, el dilema de si se puede llevar a cabo el ataque o no, requiere un repaso de las normas básicas del DIH, tomando en consideración las circunstancias pertinentes de cada caso. Si a esto añadimos que los medios de comunicación dan en algunos casos la noticia con diversos comentarios, sin conocer muy bien los detalles y los problemas de la operación, tenemos el cóctel perfecto para poder generar más confusión que claridad, como ha ocurrido en algunos casos.

Esto no es óbice, sin embargo, para tener que afirmar con toda contundencia que el recurso a los drones para llevar a cabo ataques letales se tiene que hacer respetando el marco previsto del DIH, lo que implica que este marco normativo va a regular cómo el ataque debe llevarse a cabo, y cómo en determinadas circunstancias no será posible efectuarlo. Todo esto requiere partir de una premisa fundamental, y es que si en algunos casos estos ataques letales pueden violar el derecho a la vida, derecho fundamental, en circunstancias excepcionales de un conflicto armado puede ser legal⁷. Partiendo de estas bases, conviene siempre tener presente que los miembros de las fuerzas armadas se les entrena para defenderse y también para atacar, e incluso llegado el caso matar, pero siempre respetando los principios del DIH⁸, y es esto precisamente lo que les da unos valores para saber respetar e incluso proteger a los heridos, prisioneros o a la población civil, por citar algunos ejemplos. No obstante, no siempre los drones intervienen en caso de conflicto armado, sino

⁷ Esta afirmación, que no descubre nada nuevo, está ya recogida en el Informe del Relator Especial Philip Alston del 28 de mayo de 2010, UN.Doc. A/HRC/14/24/Add 6, *op. cit.*, párrafo 10.

⁸ A este respecto, cfr. HENDERSON, I., «Civilian Intelligence Agencies and the Use of Armed Drones», *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2010, pp. 133-173, pp. 141-142, quien a este respecto dice lo siguiente en relación con los conflictos armados internacionales: «In international armed conflicts, combatants can legally use lethal force against opposing combatants and civilians who take a direct part in hostilities—even where those persons are not posing an immediate and direct threat—without attracting either international or domestic criminal liability. It might be presumed therefore that the corollary is true—i.e. that anyone who is not a combatant may not, under international law, use lethal force». Este autor sigue así lo que señaló el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia en el asunto *Prosecutor v. Galic* (Trial Chamber) Case n° IT-98-29-T, párrafo 48, del 5 de diciembre de 2003.

también en tiempo de paz, es decir fuera de un conflicto armado, bien sea este internacional o no internacional. En este caso, si se recurre a la fuerza, es decir, a los drones, se tendrá que respetar todo el cuerpo jurídico del Derecho internacional de los derechos humanos, que es el que los regula. Y es que, como señala Jelena Pejic, aunque ambos cuerpos jurídicos son complementarios, difieren en el modo de regular el uso letal de la fuerza debido a las diferentes circunstancias en las que actúan, es decir, a veces en tiempo de guerra y otras en tiempo de paz⁹.

Todo esto que acabamos de apuntar requiere partir de un principio básico, y es que si se está realmente ante un conflicto armado, pues como ya hemos comentado, en ese caso el recurso a los drones está desde el punto de vista de la legalidad internacional fuera de toda duda, lo mismo que están permitidos los misiles de crucero o los bombardeos¹⁰. Si mencionamos esto es para recordar que tiene que haber un conflicto armado para que se pueda aplicar el DIH, y si este no es el caso, nos situamos fuera de este marco, lo que no quiere decir que no se tenga que respetar en estos casos el Derecho internacional de los derechos humanos. Desde esta óptica, tanto si el recurso a los drones se hace para llevar a cabo una agresión, como si se hace en legítima defensa, hay que aplicar el *jus*

⁹ Cfr. PEJIC, J., «Extraterritorial Targeting by Means of Armed Drones: Some Legal Implications», *International Review of the Red Cross*, vol. 96, 2014, pp. 67-106, p. 74. Y es que como señaló la Corte Internacional de Justicia en su Opinión sobre la licitud de la amenaza o el uso de las armas nucleares «... the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of wars except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself». Cfr. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *ICJ Reports*, 1996, p. 240, párrafo 25. Como se sabe, y ya se ha apuntado, la interrelación entre ambos cuerpos jurídicos es muy estrecha, y ha dado lugar a muchas controversias doctrinales a la hora de saber qué normas deben aplicarse, cuestión que ha ido evolucionando como lo demuestran diversos Asuntos posteriores a esta Opinión, como es el caso de la Opinión sobre el Muro de 2004 y en el Asunto de las Actividades Armadas en el territorio del Congo de 2005.

¹⁰ Sobre la guerra aérea y de misiles, cfr. WATKIN, K., «Targeting and Protection Targeting in Air Warfare», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 44, 2014, pp. 10-67. Ver también en esta misma revista SASSOLI, M. y QUINTIN, A., «Active and Passive Precautions in Air and Missile Warfare», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 44, 2014, pp. 69-123. Este último estudio se encuentra disponible también en: <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:39877>.

in bello, algo que veremos *infra*. Sin embargo, el *jus ad bellum* y el *jus in bello* no parten de las mismas premisas ni van por las mismas sendas jurídicas, ya que puede haber hechos contrarios al DIH, pero que no son necesariamente hechos que puedan en teoría determinar la legalidad de la acción que se ha tomado, por ejemplo, en caso de legítima defensa, pues esta se tiene que hacer bajo la perspectiva del *jus ad bellum*. Es decir, que el árbol no puede ocultar al bosque. Y es que esto ocurre en algunos casos, como en la llamada Segunda Guerra del Líbano entre Israel e Hizbolláh. Se reconoció el derecho de legítima defensa de Israel, pero muchos analistas, recurriendo a la teoría del uso excesivo de la fuerza de Israel, describían el conflicto como si Israel fuera el agresor. Algo de esto ocurrió también con la guerra para liberar Kuwait de la agresión iraquí en 1991.

Dicho esto, en algunos casos hay una cierta confusión, y no siempre este estado de cosas se vislumbra en algunas declaraciones que se han hecho sobre todo en la lucha contra ciertos actores armados no estatales. Tal es el caso, por ejemplo, de las declaraciones que hiciera John Brennan en relación con la lucha que los Estados Unidos tenían que llevar contra Al-Qaeda, los talibanes y otros grupos armados al mencionar la expresión, por ejemplo, de que actuaban en el marco de «our inherent right of national self-defense», y señalando además que no había nada en el Derecho internacional que prohibiera los drones para llevar a cabo esa lucha contra ellos, ni que se pudiera recurrir a los ataques letales contra nuestros enemigos fuera de un campo de batalla activo¹¹. No pensamos, sin embargo, que la intención de estas declaraciones fuera situarse al margen del DIH y del Derecho internacional de los derechos humanos, sino que se hacían en un contexto y en una época en la que todavía arreciaban los vientos del 11-S, aunque esas declaraciones se hicieran diez años más tarde. Es cierto, sin embargo, que falta claridad jurídica, y mantiene una cierta retórica belicista debidas al ambiente reinante en un país cuyo honor «patriótico» todavía estaba herido, a pesar de encontrarnos ya con la Administración Obama. No pensamos tampoco que John Brennan estuviera pensando en recurrir a una legítima defensa especial de los Estados Unidos al margen del Derecho internacional en la materia, por mucho que no se esté de acuerdo con algunos planteamientos, sino que lo que quería dejar claro era que los Estados Unidos estaban en guerra contra el terrorismo, y que esa guerra no podía asimilarse a un conflicto armado tal y como este se le denominaba en términos clásicos. Esto, que no está exento de ciertos problemas, es lo que vamos a abordar en las páginas siguientes.

¹¹ Sobre estas declaraciones, cfr. *supra*.

2. LOS DRONES Y EL NEXO DE UNIÓN CON EL DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: EL CONFLICTO ARMADO

Si, como ya hemos señalado, los drones son legales como otras muchas armas en caso de conflicto armado, hay que dejar claro cuándo estamos ante un conflicto armado, lo que acarrea establecer el «nexo de unión» entre los drones y los conflictos armados¹², es decir saber cuando una determinada violencia puede ser considerada como conflicto armado o no, y qué clase de conflicto, es decir si es internacional o no internacional¹³. Fuera de un conflicto armado, el uso de los drones tendrá que adecuarse a las normas de protección del Derecho internacional de los Derechos Humanos, y, por supuesto, al orden jurídico interno¹⁴. Y es que, aunque ambos ámbitos sean complementarios, ambos difieren en cómo se va a poder recurrir al uso letal de la fuerza, dependiendo de las circunstancias en las que se encuentren, a saber, situación de un conflicto armado, con todo lo que esto trae consigo, o en tiempo de paz. Esta cuestión se planteó abiertamente al hilo de la intervención de las tropas estadounidenses que participaban en el conflicto armado en Afganistán, mientras la CIA comenzó a llevar a cabo ataques contra sospechosos de Al-Qaeda en Pakistán, como si fuera una extensión del conflicto que se estaba llevando a cabo en Afganistán. Al no ser la CIA miembros de las fuerzas armadas estadounidenses, la distorsión era clara, ya que si se consideraba que los ataques en Pakistán se llevaban a cabo como una especie de extensión del conflicto en Afganistán, esos ataques debían ser efectuados

¹² Cfr. SCHMITT, M. N., «Drone Attacks under the *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*: Clearing the ‘Fog of Law», *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2010, pp. 311-326, p. 319.

¹³ Para un estudio muy concreto sobre esta cuestión, cfr. *How is the Term «Armed Conflict» Defined in International Humanitarian Law?*, Opinion Paper, ICRC, Geneva, 17 march 2008, en www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf [consultado: 25/04/2019]. Otro estudio interesante al respecto es el editado por WILMSHURST, E. (ed.). *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 2012. En esta publicación se pueden ver estudios sobre los conflictos de Afganistán, el de Al-Qaeda, Libia o sobre la Franja de Gaza. Sobre los conflictos internos, cfr. MANGAS MARTÍN, A., *Conflictos armados internos y Derecho internacional humanitario*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1992; ID., «Derechos humanos y Derecho humanitario bélico en el marco de los conflictos armados internos», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1989, pp. 47-83.

¹⁴ Para más desarrollo sobre esta cuestión, cfr. SCHMITT, M. N., «Targeted Killings in International Law: Law Enforcement, Self-Defense and Armed Conflict», en *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, ARNOLD, R. y QUÉNIVET, N. (eds.), Leiden, Brill, 2008, pp. 525-554.

por miembros de las fuerzas armadas estadounidenses¹⁵. A esta confusión contribuyó abiertamente el Presidente Obama al hacer unas declaraciones formuladas por internet el 31 de julio de 2012, en las que afirmaba que los ataques con drones en Pakistán, efectuados por la CIA, y no por el ejército, iban dirigidos exclusivamente contra personas que figuraban en una lista de terroristas activos, terroristas considerados como sospechosos de Al-Qaeda, situados en un difícil terreno a lo largo de la frontera entre los dos países. Se confunde así a un terrorista con un combatiente, cosa que no necesariamente es así¹⁶. Para que fuera considerado como combatiente, esas personas deberían tener un vínculo claro con el conflicto armado y con una parte no estatal bien definida. No se puede pretender ser combatiente solo por señalar que se está en una especie de guerra contra el terrorismo sin especificar qué clase de guerra y dónde ésta tiene lugar.

Sin embargo, dejando al margen la retórica en la que caía muy a menudo el Presidente Obama, el Ministro de Justicia de los Estados Unidos, Eric Holder, sí que abordó el tema con más profundidad y defendió el que se recurriera a los drones como arma para neutralizar a esos terroristas señalando que el Gobierno estadounidense no está limitado única y exclusivamente a los campos de batalla en Afganistán, ya que podría haber circunstancias en las que sería lícito llevar a cabo una operación letal en el extranjero contra un ciudadano estadounidense que es además un alto «líder operativo de Al-Qaeda o de las fuerzas asociadas y que planifica de forma muy activa asesinatos de estadounidenses». Es más, se explicaba igualmente que se habían examinado todas las circunstancias pertinentes y se había determinado que el individuo en cuestión representaba una amenaza inminente de un ataque violento contra los Estados Unidos. Se señalaba además que la captura no era posible, pero que a pesar de

¹⁵ Esta cuestión la dejó bien clara el Profesor Glazier en su testimonio ante el «US House of Representatives sub-committee», al señalar lo siguiente: «...CIA personnel are civilians, not combatants, and do not enjoy any legal right to participate in hostilities without the combatant's privilege do not violate the law of war by doing so, they simply gain no immunity from domestic laws. Under this view CIA drone pilots are liable to prosecution under the law of any jurisdiction where attacks occur for any injuries, deaths, or property damage they cause». Cfr. GLAZIER, D., «The Rise of the Drones II: Examining the Legality of Unmanned Targeting», Written testimony, hearing on Committee on oversight and government reform, US House of Representatives, en: http://oversight.house.gov/index.php?option=com_content&task=view&id=4903&Itemid=30 [consultado: 20/05/2019].

¹⁶ CASSEY-MASLEN, S., «Pandora's Box? Drones Strikes under *Jus ad Bellum*, *Jus in Bello*, and International Human Rights Law», *International Review of the Red Cross*, vol. 94, 2012, pp. 597-625.

ello la operación se llevaría a cabo de conformidad con los principios aplicables del Derecho internacional humanitario¹⁷. Pero si Eric Holder menciona expresamente que las operaciones se llevarán a cabo respetando las leyes de la guerra y de la amenaza de un ataque inminente contra los Estados Unidos, no dice sin embargo nada expresamente respecto a la cuestión de saber si esos ataques forman parte de un conflicto armado o no, algo estrictamente necesario para la aplicación del DIH. O lo que es lo mismo, no hay por qué aplicar el DIH sino hay un conflicto armado. Remárquese que Eric Holder sí que habla expresamente de guerra.

Este realismo en materia del DIH y de los conflictos armados lo expuso magistralmente la Corte Suprema de los Estados Unidos en el asunto *Hamdan v. Rumsfeld*, al rechazar frontalmente la idea de que la guerra que los Estados Unidos llevaban a cabo contra el terrorismo en Afganistán era una guerra mundial contra Al-Qaeda, a la que no se aplicaban los Convenios de Ginebra. La Corte dejó bien claro, sin embargo, que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra era aplicable a Salim Admed Hamdan¹⁸, chofer y guardaespaldas de Osama Bin Laden, que había sido capturado por las fuer-

¹⁷ Estas razones fueron las indicadas por Eric Holder y que se publicaron en el *Daily Telegraph* del 6 de marzo de 2012, consultable en: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/al-qaeda/9125038/Attorney-General-Eric-Holder-defends-killing-of-American-terror-suspects.html>. El discurso de Eric Holder supuso el primer apoyo oficial realizado públicamente para justificar jurídicamente hablando los ataques de los drones que mataron al menos a tres ciudadanos estadounidenses en territorio extranjero en los primeros meses del 2012, incluido el líder de Al-Qaeda, Anwar Al-Awlaki. Y lo hace en términos que no dan lugar a dudas, indicando lo siguiente: «Given the nature of how terrorists act and where they tend to hide, it may not always be feasible to capture a United States citizen terrorist who presents an imminent threat of violent attack... In that case, our government has the clear authority to defend the United States with lethal force. Some have called such operations ‘assassinations’. They are not... assassinations are unlawful killings. Our legal authority is not limited to the battlefield in Afghanistan... we are at war with a stateless enemy prone to shifting operations from country to country. Our government has both a responsibility and a right to protect this nation and its people from such threats».

¹⁸ La Corte rechaza así de plano la tesis del Gobierno de los Estados Unidos que consideraba que la guerra que mantenían con Al-Qaeda era un conflicto en el que no cabía el DIH al no ser Al-Qaeda un Estado Parte en los Convenios de Ginebra, incluido según el Gobierno estadounidense el famoso artículo 3 común, ya que defendían que esta disposición se aplica única y exclusivamente en caso de un conflicto que tiene lugar en el territorio de un Estado parte. Remárquese que Eric Holder sí que dice, sin embargo, que están en guerra contra un enemigo no estatal que preconiza llevar a cabo ataques en diferentes países contra los Estados Unidos, y que por eso es responsabilidad del Gobierno estadounidense proteger esa nación y su pueblo de dichas amenazas.

zas armadas estadounidenses en noviembre de 2001¹⁹. Pero, además, insistió en algo que es importante como que esto no significa que cualquier persona miembro de Al-Qaeda, poco importa donde se encuentre en el mundo, tenga ya que ser considerada como una persona que participa directamente en las hostilidades, por el mero hecho de estar adherida a una organización de esta índole, aunque incluso apoya indirectamente una ideología violenta²⁰. Esto nos lleva a abordar en las siguientes páginas la clasificación de los conflictos armados.

3. LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONFLICTOS ARMADOS Y SU COMPLEJIDAD EN LA ACTUALIDAD A LA LUZ DE LA PRÁCTICA INTERNACIONAL

Lo primero que conviene subrayar es que las «tensiones internas y los disturbios interiores» están excluidos expresamente del DIH por el apartado 2 del artículo 1 del Protocolo II, al no ser considerados como conflictos armados. Esta disposición fue introducida, y audazmente defendida, por la antigua República Democrática Alemana, recogiendo así la desconfianza de los antiguos países socialistas de la época en torno al umbral admisible para la calificación de los conflictos internos²¹. No obstante, esta exclusión expresa del Protocolo II a estas situaciones no implica que automáticamente se tenga que aplicar sin más el artículo 3 Común, cuyas condiciones y ámbito de aplicación son distintas de las del Protocolo II, teniendo por tanto su propia autonomía. Dicho esto, se vislumbran ciertas tendencias a que en estos casos, sobre todo cuando sean graves, se debería aplicar el artículo 3²². Para el CICR, la noción de «disturbios interiores» implica que sin que haya conflicto armado, el Estado utiliza la fuerza armada para mantener el orden;

¹⁹ Cfr. *Hamdan v. Rumsfeld*, 29 de junio de 2006, pp. 67-68. Sobre esta sentencia ver el comentario de BOLLO AROZENA, M. 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*, vol. 11, 2006, pp. 1-31.

²⁰ Cfr. O'CONNELL, M. E., «Seductive Drones: Learning from a Decade of Lethal Operations», *Notre Dame Legal Studies Paper, Notre Dame Law School Journal of Law, Information & Science*, nº 11-35, 2011, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1912635>

²¹ A este respecto, cfr. CDDH/SR22, p. 28 y CDDR/SR29, p. 30.

²² A este respecto, cfr. EIDE, A., «Troubles et tensions intérieures», en *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Institut Henry-Dunant, París, Pedone/UNESCO, 1986, pp. 279-298, especialmente, pp. 282 y ss.

habría sin embargo «tensiones internas», sin que haya «disturbios interiores», cuando el uso de la fuerza se lleva a cabo como medida preventiva para mantener el respeto de la ley y el orden²³. Es decir, se considera en general, a pesar de la confusión que puede reinar en esta clase de situaciones, que hay «disturbios interiores» cuando un enfrentamiento presente cierta gravedad o duración e implique actos de violencia, mientras que las «tensiones internas» están a un nivel inferior. En esta clase de situaciones suelen hacer presencia ya en muchos Estados los drones como instrumento de reconocimiento e información.

Dicho esto, hay que reconocer que existen dificultades en este ámbito, y por eso precisamente, un determinado sector doctrinal ha propuesto la necesidad de establecer «un código de conducta» para estas situaciones que no han alcanzado el grado de «conflicto armado»²⁴. A partir de entonces, esta idea fue abriéndose camino y sería recogida por el grupo de expertos que elaboró la Declaración de Turku (Finlandia) en 1990, en la que se insiste en la necesidad de que se adoptara una Declaración de normas humanitarias mínimas en esta clase de situaciones.

3.1. *Los conflictos armados internacionales*

El DIH distingue, como es bien sabido, entre dos clases de conflictos armados: el internacional y el no internacional. El internacional está recogido en el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949 que prevé que estos Convenios se aplicarán «en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra». Por lo tanto, el no reconocimiento del estado de guerra no impide que se tengan que aplicar los citados Convenios si dos o más Estados han recurrido a sus fuerzas armadas para solventar cualquier controversia, y esto al margen de lo que dure un

²³ Cfr. *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août, 1949*, Nijhoff, 1986, p. 1380.

²⁴ Sobre esta cuestión es obligado mencionar aquí a Peter Gasser, ya que fue el primer autor en proponer ese código de conducta en su estudio «Un minimum d'humanité dans les situations de troubles et de conflits internes: proposition d'un code de conduite», *Revue internationale de la Croix Rouge*, vol. 70, n° 769, 1988, pp. 39-61. En este número se encuentra un estudio monográfico sobre este tema.

conflicto o de las muertes que el conflicto acarree²⁵. A este respecto conviene dejar claro que uno de los elementos más importantes que figuraban en las propuestas de las Convenciones de Ginebra, era desvincular su aplicación de la declaración oficial de guerra, de ahí la frase «o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra» recogida en el precitado artículo 2 Común, párrafo primero. Por lo tanto, si hay un conflicto armado, el DIH de los conflictos armados internacionales tiene que aplicarse al margen de cualquier declaración o pronunciamiento oficial, con el fin de evitar que los Estados pudieran abstenerse de aplicar las normas humanitarias por falta de ese reconocimiento de guerra. Y esto vale no solo para los conflictos armados internacionales, sino también para los conflictos armados no internacionales. A esto hace también alusión la Resolución del Parlamento Europeo sobre los drones, al señalar en su párrafo E que:

«Whereas drone strikes outside a declared war by a State on the territory of another State without the consent of the latter or the UN Security Council constitute a violation of International Law and of the territorial integrity and sovereignty of that country»²⁶.

A estos conflictos armados internacionales, se les añadió en el Protocolo I Adicional de 1977 los conflictos armados entre un Estado y un movimiento de liberación nacional, siempre que se cumplan los requisitos establecidos para ello, tal y como recogen los artículos 1, párrafo 4 y 96, párrafo 3.

Posteriormente, el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia recogió lo esencial de esta definición en el muy conocido asunto *Tadic* al indicar

²⁵ Esto está bien asentado en el ámbito del DIH, como se deja claro en PIETET, J. (ed.), *Convention (III) relative to the Prisoners of War; Geneva, 12 august 1949, Commentary*, ICRC, Geneva, 1960, p. 23, en donde señala lo siguiente: «It remains to ascertain what is meant by armed conflict. The substitution of this much more general expression for the word 'war' was deliberate. It is possible to argue almost endlessly about the legal definition of 'war'. A State which uses arms to commit a hostile act against another State can always maintain that it is not making war, but merely engaging in a police action or acting in legitimate self-defence. The expression 'armed conflict' makes such arguments less easy. Any difference arising between two States and leading to the intervention of armed forces is an armed conflict within the meaning of Article 2, even if one of the Parties denies the existence of a State of war. It makes no difference how long the conflict lasts, or how much slaughter takes place».

²⁶ Cfr. European Parliament Resolution on the Use of Armed Drones, Plenary Sitting, 25 february 2014, párrafo E, en: www.europarl.europa.eu/sides/getDocido?type=MOTION&reference=P7=RC-2014-0201&language=En [consultado: 05/07/2019].

que «existe un conflicto armado cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados²⁷, o una prolongada violencia armada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos en el (territorio) de un Estado». Es más la Cámara de Apelación recordó que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no entró a calificar este conflicto como internacional o no internacional, ya que las Partes ya se habían puesto de acuerdo en que los conflictos en la antigua Yugoslavia habían tenido desde 1991 ambas facetas²⁸. Es más, en este contexto, y recordando lo que la Cámara de Apelación había señalado ya en octubre de 1995, posteriormente el Tribunal iba a sostener en 1997 que «el criterio seguido por la Cámara de Apelación en 1995 en cuanto a la existencia de un conflicto armado a los fines del artículo 3

²⁷ En efecto, para la Cámara de Apelación, «... an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States a protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or in the case of internal conflicts, a peace settlement is achieved. Until that moment international humanitarian law continues to apply to the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there». *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case n° IT-94-1-A, del 2 de octubre de 1995, párrafo 70, en: <http://www.refworld.org/docid/47fd520.html>. Y siguiendo este razonamiento, el Tribunal añade que los combates entre varias entidades comenzaron ya en 1991, se prosiguieron en el verano de 1992, cuando los crímenes que aquí se alegan se dice que han sido cometidos, y persisten, a día de hoy, *ibid.* Sobre el asunto Tadic existe una gran bibliografía pues marca un hito importante en el ámbito de la clasificación de conflictos. A este respecto, cfr. BERMEJO GARCÍA, R., «El conflicto de Kosovo a la luz del Derecho Internacional Humanitario», *Boletín de Información*, n° 271, Ministerio de Defensa, 2001, pp. 91-117. El asunto Tadic puede consultarse también en *International Legal Materials*, 1996, pp. 327 y ss. Sobre este asunto, ver también los trabajos siguientes: FENRICK, W. J., «The Application of the Geneva Conventions by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia», *International Review of the Red Cross*, vol. 81, n° 834, 1999, pp. 317-327; GREENWOOD, C., «International Humanitarian Law and the Tadic Case», *European Journal of International Law*, vol. 7, 1996, pp. 265-283; GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El Derecho internacional humanitario y los conflictos armados», *Revista Española de Derecho Militar*, n° 68, 1996, pp. 3-38; QUEL LÓPEZ, J., «Reflexiones sobre la contribución del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia al desarrollo del Derecho internacional humanitario», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 13, 1997, pp. 467-523, especialmente pp. 484-485; y SASSOLI, M., «La première décision de la Chambre d'Appel du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie: Tadic (compétence)», *Revue générale de droit international public*, vol. 100, 1986, pp. 101-134.

²⁸ *Ibid.*, párrafo 72 y 77. Para más detalles, cfr. PINTO, M., «La noción de conflicto armado en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia», en *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos*, Pablo Villadares (ed.), Buenos Aires, Perrot, 2003, pp. 297-310, pp. 308-309.

común se concentra en dos aspectos del conflicto: su intensidad y la organización de las partes en conflicto»²⁹.

Partiendo de estas premisas, pasa a sostener que durante todos los períodos pertinentes, un conflicto armado existía entre las partes en conflicto en Bosnia-Herzegovina, de un ámbito y de una intensidad suficiente para la aplicación de las leyes y costumbres de la guerra de las que se hace eco el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra aplicable a los conflictos armados en general, incluidos los conflictos armados que no presentan un carácter internacional³⁰. Y es que, como se sabe el criterio de la intensidad de los combates así como su duración, es sumamente importante a la hora de calificar un conflicto como no internacional, elemento que ya puso de relieve el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Limaj*³¹, para distinguirlos de los «disturbios interiores» y «tensiones internas»³².

²⁹ Cfr. *Prosecutor v. Tadic*, case IT-94-1-T, Trial Chamber, de 7 de mayo de 1997, párrafo 562.

³⁰ *Ibid.*, párrafo 588.

³¹ Cfr. Case n° IT-03-66-T, Judgement, 89, 94-129, 30 November 2005. El Tribunal va describiendo en las páginas 52 y ss., toda la evolución del conflicto para ver si había adquirido ese grado de intensidad suficiente para calificarlo como conflicto no internacional. Un ejemplo de ello lo vemos en el párrafo 146, que señala lo siguiente: «Indicative of the growing intensity of the conflict is a report dated 13 May 1998 from Major-General Neboksa Pavkovic, the commander of Pristina Corps... The report stated that the security situation in Kosovo was getting 'more complex every day', due to increasingly frequent attacks on MUP members, citizens of Serbian nationality, and Kosovo Albanians 'loyal to the system'. It was reported that the MUP forces had not managed to ensure the blockade and destruction of the KLA forces in Drenica...», etc. Para más detalles sobre estos aspectos, cfr. SCHMITT, M. N., «Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict», *International Law Studies*, vol. 90, n° 9, 2014, pp. 1-19, pp. 6-9. Para el nivel de intensidad que debe adquirir el conflicto, véase también *Prosecutor v. Haradinaj*, Case n° IT-04-84-T, Judgement, 3 April 2008.

³² Conviene apuntar que antes de que el conflicto llegue a considerarse como tal, a causa de su intensidad, suele ocurrir que haya unas fases previas en las que hay manifestaciones importantes y revueltas, que cuando se llevan a cabo de una forma constante y generalizada terminan generando lo que se denomina desde la perspectiva del Derecho internacional humanitario como «tensiones internas o disturbios interiores», situaciones excluidas expresamente por el apartado 2 del artículo primero del Protocolo II, al no tener la suficiente intensidad para ser consideradas como conflictos armados no internacionales como ya hemos apuntado. Un tenor similar se recoge en el párrafo 2 (f) del artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Como se puede comprobar el artículo 2 del Protocolo II no define qué se entiende por «tensiones internas y disturbios interiores», lo que plantea serios problemas a la hora de distinguir estas situaciones de aquellas que son conflictos armados no internacionales. Véase ABI-SAAB, G., «Conflits armés non internationaux», *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Paris, Pedone, 1986, p. 267. Para el CICR, la noción de «disturbios interiores» implica que sin que haya realmente un conflicto armado, el Estado utiliza la fuerza armada para mantener

Conviene apuntar, sin embargo, que el criterio de la duración o el de la intensidad del conflicto no fueron considerados durante las décadas posteriores a los Convenios de Ginebra como elementos importantes para determinar la existencia o no de un conflicto armado internacional³³, y la exigencia de estos dos criterios son objeto de ciertas reticencias³⁴, pues esto acarrea que ciertos recursos al uso de la fuerza por los Estados puedan ser considerados como meros incidentes, como determinados choques fronterizos por ejemplo, y por lo tanto no serían calificados como conflictos armados internacionales, al ser considerados como de baja intensidad. En nuestra opinión no se puede considerar conflicto armado a cualquier cosa, por lo tanto, un cierto umbral de intensidad es necesario si no se quiere trivializar el concepto, aunque en algunos casos, esto puede plantear algún problema específico que puede traer consigo una menor protección. De ahí que la falta de un umbral de intensidad no se debe dejar al azar, sino que como señala Jelena Pejic «...*may be said to be an element of the entire package of protection offered by these treaties*»³⁵. Hay autores, sin embargo, que se muestran aparentemente más flexibles, como Vité, para quien no es necesario que el conflicto se extienda en el tiempo ni que cree un cierto número de víctimas, aunque

el orden. Habrá, sin embargo, «tensiones internas», sin que haya «disturbios interiores», cuando el uso de la fuerza se lleva a cabo como medida preventiva para mantener el orden y el respeto de la ley. Esta definición es compartida por Swinarski, para quien la noción de «disturbios interiores» implica que sin que haya realmente conflicto armado no internacional, hay dentro de un Estado un enfrentamiento que presenta cierta gravedad y duración con actos de violencia, mientras que las tensiones internas se sitúan a un nivel inferior. Cfr. SWINARSKI, C., *Introducción al Derecho internacional humanitario*, CICR e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984, p. 59. El caso de Venezuela en la actualidad podría ser considerado como un caso en el que hay «disturbios interiores», y no solo tensiones internas. Para más detalles sobre estas situaciones y los retos que plantean al nivel humanitario y de los Derechos Humanos, cfr. BERMEJO GARCÍA, R., «El conflicto de Kosovo a la luz del Derecho internacional humanitario», *op. cit.*, pp. 100 y ss.

³³ A este respecto, cfr. O'CONNELL, M. E., *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, International Law Association, Committee on the Use of Force, The Hague, 2010, en: www.ila-hq.or/en/committees/indez.cfm/cid/1022. Para un estudio pormenorizado sobre la clasificación de conflictos armados, cfr. WILMSHURST, E. (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

³⁴ Hay autores que no comparten a rajatabla este umbral de intensidad y piden un reexamen de los elementos retenidos a este respecto en el asunto Tadic. Para un interesante estudio sobre esta cuestión, cfr. D'CUNHA, S., «The Notion of External NIACs: Reconsidering the Intensity Threshold in Light of Contemporary Armed Conflict», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 20, 2017, pp. 75-112.

³⁵ Cfr. «Extraterritorial Targeting by Means of Armed Drones: Some Legal Implications», *op. cit.*, p. 77.

las condiciones que impone revelan que el conflicto ya ha entrado en una fase de cierta intensidad³⁶.

Partiendo de estas premisas, es evidente que la práctica internacional reciente presenta ciertas dificultades a la hora de calificar los conflictos que tienen lugar cuando un Estado recurre a la fuerza en el territorio de otro Estado, no para atacar a este Estado, sino para atacar un grupo armado no estatal que opera desde el territorio de ese Estado, algo que ocurre con relativa asiduidad en algunas zonas, constituyendo la guerra de Israel contra Hizbolláh en el verano de 2006, uno de los ejemplos más significativos, aunque el más reciente y, también más complejo, sea el del Estado Islámico. Y es que, dadas las características del conflicto, entre un grupo armado, Hizbolláh y un Estado, Israel, la primera cuestión que se suscitó, era saber si se trataba realmente de un conflicto armado internacional o no, algo que supuso al principio serias dudas en el Comité Internacional de la Cruz Roja, hasta que al final se decantó por la calificación de un conflicto internacional. Esta calificación no ha estado exenta de polémica, al no existir ni *de iure* ni *de facto* una guerra entre los dos Estados, sino solo entre el grupo armado, Hizbolláh, e Israel³⁷. Esta calificación fue retenida también posteriormente por la Comisión de Investigación de las Naciones Unidas sobre este conflicto, en donde se apuntó que:

«hostilities were in actual fact and in the main only between the IDF and Hezbollah. [However] The fact that the Lebanese Armed Forces did not take an active part in them neither denies the character of the conflict as a legally cognizable international armed conflict, nor does it negate that Israel, Lebanon and Hezbollah were parties to it»³⁸.

³⁶ Cfr. VITÉ, S., «Typology of Armed conflicts in International Humanitarian Law: Legal concepts and Actual situations», *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n° 69, 2009, pp. 69-94, p. 72, en donde señala que: «... It is generally acknowledged that it must be evaluated freely, as the level of intensity required for a conflict to be subject to the law of international armed conflict is very low. Situations envisaged by the relative instruments merely need to exist. Thus as soon as the armed forces of one State find themselves with wounded or surrendering members of the armed forces or civilians of another State on their hands, as soon as they detain prisoners or have actual control over a part of the territory of the enemy State, then they must comply with the relevant convention».

³⁷ Otros ejemplos también pueden ser los ataques de Uganda y Ruanda en la República Democrática del Congo, entre 1998 y 2003, los de Colombia en Ecuador en 2008, los de Turquía contra el PKK en el norte de Irak, o los ataques de los Estados Unidos contra miembros relacionados con Al-Qaeda en Yemen, Somalia y Pakistán.

³⁸ Cfr. Human Rights Council, *Report of the Commission of Inquiry on Lebanon pursuant to Human Rights Council Resolution S-2/1, A/HRC/3/2*, 23 november 2006, párrafo 55.

Conviene apuntar que esta era la opinión también tanto de Israel como del Líbano³⁹.

Es cierto que el Líbano es responsable de lo que ocurra en su territorio, pero esto no quiere decir que el Líbano fuera una de las partes en la contienda, pues ni sus fuerzas armadas participaron en los combates ni Israel consideraba el Líbano como Parte en las hostilidades, al no atacar sus instalaciones militares, aunque sí aquellas infraestructuras que podían servir militarmente hablando a Hizbolláh. Estas cuestiones se plantearon también en el caso de la guerra contra el Estado Islámico (EI), aunque en diferentes términos, vista la realidad existente en la zona, y debido sobre todo a que en este caso todos los Estados en los que el EI estaba presente luchaban contra él, cosa que no ocurre en el Líbano contra Hizbolláh. Pero es que tampoco se pueden comparar estos dos grupos armados, pues ambos no comparten ni los mismos principios ni las mismas actitudes, y la prueba más palpable es que Hizbolláh ha combatido al Estado Islámico en Siria y nunca ha pretendido establecer un Califato o algo similar.

Estas situaciones han llevado a algunos autores a opinar que en estos casos se trataría de un conflicto armado no internacional entre el Estado que ataca y el grupo armado, rompiendo así el principio según el cual cualquier uso de la fuerza por parte de un Estado en el territorio de otro Estado sin el consentimiento de este da lugar a un conflicto armado internacional⁴⁰. A este respecto, Dapo Akande señala lo siguiente:

«Some writers who take this latter approach have come to the conclusion that conflicts involving the use of force by a State against a non-state group on the territory of another State are non-international armed conflicts where the force is directed solely at that non-state group. This is also the view of the majority of contributors to the present book...».

³⁹ *Ibid.*, párrafo 59, en donde se señala que como el Líbano era una víctima, y sufría los efectos devastadores de las hostilidades por parte de Israel, era parte en el conflicto. Por otra parte, en el párrafo 62 se señala que «the fact that Israel considered Hizbolláh a terrorist organisation and its fighters as terrorists does not influence the Commission's qualification of the conflict. Several official declarations of the government of Israel addressed Lebanon as assuming responsibility, IDF views its operations in Lebanon as an international armed conflict».

⁴⁰ Véase los comentarios de AKANDE, D., «Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts», en *International Law and the Classification of conflicts*, Elisabeth Wilmshurst (ed.), *op. cit.*, p. 72 y ss. Este estudio se encuentra también en SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2132573

La principal razón que se invoca es que la clasificación de esta clase de conflictos como no internacionales se debe a que el conflicto no opone a dos Estados, sino a un Estado y a un grupo no estatal. Esto se justifica además señalando que:

«... Classifying such a conflict as international would not only be contrary to the party structure of international armed conflicts, but also that non-state actors would be unable to comply with many of the international armed conflict provisions, and States would be unwilling to grant non-State actors immunities from prosecution granted to prisoners of war in conflicts of this type. The rules of non-international armed conflict are precisely designed for conflicts in which one of the parties is a non-State actor»⁴¹.

Todo apunta, pues, a que si la determinación de un conflicto armado internacional está más o menos clara desde el punto de vista jurídico, la de conflicto armado no internacional es mucho más delicada. Prueba de ello es la ya precitada sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Hamden v. Rumsfeld*, en la cual se decide que el artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra se aplica a los detenidos por los Estados Unidos tras las operaciones llevadas a cabo contra miembros de Al-Qaeda, señalando que el conflicto entre los Estados Unidos y Al-Qaeda es un conflicto armado no internacional. Más completa, y un poco distinta, fue la decisión de la Corte Penal Internacional en el caso de *Lubanga*, en donde señala lo siguiente:

«It is widely accepted that when a State enters into conflict with a non-governmental armed group located in the territory of a neighbouring State and the armed group is acting under the control of its own State, the fighting falls within the definition of an international armed conflict between the two States. However, if the armed group is not acting on behalf of a government, in the absence of two States opposing each, other there is no international armed conflict»⁴².

⁴¹ *Ibid.* Este autor, en nuestra opinión, de una manera muy acertada, sugiere que todo dependerá de la intención del Estado que interviene, así como de los motivos de su intervención. Y es que en muchos casos, solo se querrá atacar al grupo armado, en otros, sobre todo al Estado, por darle cobijo y no hacer lo que debe hacer, y en otros a los dos. De ahí que se haya también propuesto una doble clasificación, es decir un conflicto internacional entre los dos Estados, y conflicto no internacional entre el Estado que ataca y el grupo armado. Esta solución podría así mitigar, según las circunstancias el hecho de no considerar el conflicto como internacional cuando las operaciones militares se llevan a cabo en la práctica en el territorio de un Estado.

⁴² Cfr. *Lubanga, Trial Judgment*, n° ICC-01/04-01/06, 14 march 2012, Trial Chamber I, p. 247, párrafo 541. Como se sabe, Lubanga fue declarado culpable de crímenes de guerra por reclutar

Este mismo debate estuvo muy presente en Israel, que defendía la tesis de que la guerra no estaba dirigida contra el Líbano, sino solo contra Hizbollah, mientras que el CICR defendió tras algunas dudas que el conflicto era internacional⁴³. Como se sabe, en este conflicto, Israel señaló que la guerra no estaba dirigida contra el Líbano, ni atacó las instalaciones militares libanesas, ni al ejército libanés, aunque le consideraba responsable de lo que estaba ocurriendo por dejar el control del territorio del sur del Líbano a Hizbollah, bien porque no podía o porque no quería, es decir, los ya conocidos términos ingleses «unable or unwilling»⁴⁴. Sin embargo, Israel sí que bombardeó ciertas infraestructuras libanesas que las fuerzas armadas israelíes consideraban importantes en la estrategia militar del grupo armado Hizbollah, lo que dio lugar a que ciertos dirigentes políticos europeos, como el Jefe de Gobierno español, por aquel entonces Zapatero, condenara estos ataques como desproporcionados. Esto no ocurrió con otros dirigentes europeos que defendían sin más el derecho de legítima defensa de Israel.

A estas dos posibilidades aquí analizadas, es decir saber si en estas situaciones estamos ante un conflicto armado internacional o no internacional, también se podría recurrir a una doble calificación entre las partes en conflicto, de forma que si tomásemos el ejemplo de la guerra del Líbano entre Israel e Hizbollah se podría sostener que hay un conflicto armado internacional entre Israel y el Líbano, y un conflicto armado no internacional entre Israel e Hizbollah. Sin embargo, en este caso tendríamos un paralelismo tan estrecho entre los dos conflictos que sería muy difícil poder separar los dos, ya que durante el desarrollo de las hostilidades cualquier ataque contra el grupo

a niños menores de 15 años para participar de forma activa en las hostilidades en la República Democrática del Congo a una pena de 14 años de prisión, sentencia que fue confirmada por la Cámara de Apelación el 1 de diciembre de 2014,

⁴³ A este respecto, cfr. BERMEJO GARCÍA, R., «La guerra de ‘Hizbolandia’? A la luz del Derecho internacional y sus consecuencias para la paz en el Próximo Oriente», en *El proceso de reforma de las Naciones Unidas: la dimensión institucional y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*, Antonio Blanc Altemir (coord.), Madrid, Tecnos, 2009, pp. 316-419; cfr. «Israel en dos frentes: Algunas cuestiones jurídico-políticas en torno a la desconexión de Gaza y a la guerra de Hizbolandia», en *Conflictos armados y Derecho internacional humanitario: problemas actuales*, Consuelo Ramón Chornet (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 171-210.

⁴⁴ Sobre estos dos conceptos, cfr. CERVELL HORTAL, M. J., «Sobre la doctrina ‘Unwilling or Unable State’ (Podría el fin justificar los medios?)», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70, 2018, pp. 77-100. Ver también DEEKS, A. S., «Unwilling or Unable: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defence», *Virginia Journal of International Law*, vol. 52, 2012, pp. 483-550.

armado no estatal no sería solo un ataque contra él, sino también un ataque contra el Estado, al recurrir al uso de la fuerza en el territorio de ese Estado sin su consentimiento, lo que acarrearía la obligación de cumplir con las reglas del Derecho internacional que regulan los conflictos armados internacionales. Además, serios problemas surgirían también a la hora de saber qué estatuto habría que dar a los combatientes del grupo armado, ya que si se considera que se está ante un conflicto armado internacional los combatientes del grupo armado podrían ser considerados como prisioneros de guerra si se dan una serie de circunstancias, sobre todo para aquellos miembros del grupo que fueran de otro Estado, en cuyo caso el conflicto sería sin lugar a dudas internacional.

Desde esta perspectiva, no es extraño que se haya sugerido por parte de algún autor la necesidad de que el Derecho internacional humanitario reconozca una nueva categoría de conflicto armado que pudiera tomar en consideración estos aspectos transnacionales, como se hace en otros sectores internacionales, como es el Derecho internacional económico. De esto se hace eco el Profesor Marco Sassòli en un estudio sumamente interesante en donde aborda la cuestión de los conflictos entre Estados y estos grupos armados⁴⁵.

En efecto, el estudio del Profesor Sassòli parte de la premisa de que los atentados del 11-S han puesto sobre el tapiz de la actualidad internacional a estos «grupos armados transnacionales» y han cambiado ciertas premisas mantenidas por la doctrina hasta esa fecha, señalando al respecto un antes y un después. Si hasta el 2001 los conflictos contra un grupo armado bajo el control de un Estado, como era el caso de Al-Qaeda en Afganistán, eran considerados como internacionales, más controvertido resulta para el autor el caso de la guerra entre Israel y Hezbollah en el Líbano en el verano de 2006, señalando lo siguiente: «*Similarly, but more controversially, the law of international armed conflicts applies when a State is directing hostilities against a transnational armed group on the territory of another State without the agreement of the latter State (e.g. Israel in Lebanon in 2006, if we consider the acts of Hezbollah to not be attributable to Lebanon)*»⁴⁶. Compartimos plenamente el hilo conductor que sigue este autor, al reconocer que existen ciertas dudas a la hora de calificar algunos de estos conflictos como internacionales, como ha sido el caso de la lucha contra

⁴⁵ Cfr. SASSÒLI, M., «Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law», *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research*, Occasional Paper Series, n° 6, 2006, pp. 1-43, en: https://www.uio.no/studier/emner/jus/humanrights/HUMR5503/h09/undervisningsmateriale/sassoli_transnational_armed_groups_and_ihl.pdf

⁴⁶ *Ibid.*, p. 5.

Al-Qaeda. No es extraño, pues, que este autor se pronuncie por establecer una nueva categoría de conflicto armado que regule los conflictos contra estos grupos tomando en consideración que el Derecho actual no es el adecuado⁴⁷.

Tomando en consideración esta nueva realidad internacional, hay que recalcar que hoy en día prevalecen sobre todo los conflictos armados no internacionales, conflictos que encierran en algunas ocasiones una gran complejidad, como hemos visto, y que van mucho más allá de los conflictos no internacionales existentes en la época en la que se redactó el famoso artículo 3 común, ya que en esos momentos se pensaba sobre todo en los conflictos que podían surgir entre las fuerzas gubernamentales de un determinado Estado y uno o más grupos armados en el territorio de un Estado, como fue el caso de la guerra civil española, que sirvió como telón de fondo, evidentemente entre otros casos como la guerra civil griega, a la hora de su redacción⁴⁸.

Desde entonces, el artículo 3 común ha constituido un progreso considerable desde el punto de vista humanitario, al permitir la protección de la persona por el Derecho internacional en el orden interno. No es de extrañar que, dada su importancia esta disposición haya sido considerada como un miniconvenio⁴⁹, al garantizar en el párrafo 1 un mínimo de trato humanitario

⁴⁷ A este respecto, Sassòli señala lo siguiente: «Some aspect, of the fight against Al-Qaeda, however are genuine non-international armed conflicts, and one could well imagine in the future a full-fledged transnational armed group engaged in a worldwide armed conflict against the forces of one or several governments. In this essay, I have argued that such a conflict would be covered by existing non-international armed conflicts but I have also identified some issues on which that law, as it stands, is not adequate». *Ibid.*, p. 42.

⁴⁸ Por ejemplo, Jelena Pejic no duda en poner expresamente el ejemplo español como significativo a la hora de las negociaciones y redacción de los Convenios de Ginebra de 1949. Cfr. PEJIC, J., «Extraterritorial Targeting by Means of Armed Drones: Some Legal Implications», *op. cit.*, p. 80. Al fin y al cabo solo habían transcurrido diez años, incluyendo los de la Segunda Guerra Mundial. Y es que la guerra civil española era al fin y al cabo un caso ejemplar, con sublevación de militares y civiles, es decir, con fuerzas regulares e irregulares, triunfando al fin las fuerzas de la rebelión. La guerra civil española ha sido enormemente estudiada desde todos los puntos de vista, por lo que solo queremos mencionar dos obras que consideramos para estudio relevantes. La de SIOTIS, J., «Le droit de la guerre et les conflits armés d'un caractère non-international», *LGDJ*, 1958. En esta obra se hace un buen estudio de la guerra civil que tendría una muy buena acogida en la doctrina; y la de FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *La guerra civil española y el orden jurídico internacional*, Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2014. Esta última obra tiene el gran interés de analizar los acontecimientos desde una buena perspectiva histórica, al reflexionar sobre los temas casi ochenta años después.

⁴⁹ La expresión de «Convention en miniature» fue utilizada ya por SIORDET, F., «Les Conventions de Genève et la guerre civile», *International Review of the Red Cross*, vol. 50, n° 375, 1950, pp. 187-212, p. 142. Véase también ABI-SAAB, G., «Conflits armés non internationaux», *op. cit.*, p. 256.

a todas las personas «que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate... Este trato humanitario se llevará a cabo en todas las circunstancias... sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo». Esta redacción era en su día muy avanzada. Sin embargo, no contiene ninguna regla referente a la conducta de las hostilidades, debido sobre todo a las características que encierran esta clase de conflictos. Hay que resaltar que su umbral de aplicabilidad es, por supuesto superior al que existe en los casos de «disturbios interiores» o «tensiones internas», pero inferior sin embargo al que se prevé en el Protocolo II⁵⁰.

3.2. *Los conflictos armados no internacionales*

Respecto a los conflictos no internacionales lo primero que conviene apuntar es que se distinguen de los conflictos internacionales por la calidad de las Partes en conflicto. En efecto, si el conflicto armado internacional se basa en la participación de dos o más Estados en el conflicto, el conflicto no internacional implica que las hostilidades van a tener lugar entre un Estado y un grupo armado, o entre varios grupos armados. Al participar en estos conflictos grupos armados, lo primero que conviene recalcar es que hay que distinguirlos de los «disturbios interiores» y «tensiones internas»⁵¹, por lo que para estar en presencia de uno de estos conflictos, el grado de violencia debe alcanzar un cierto grado de intensidad, como ya se ha apuntado. El segundo aspecto a tomar en consideración es que los grupos armados que participan en el conflicto deben tener una cierta organización, algo que se revela en algunos casos, difícil. Por lo tanto, las condiciones exigidas para la aplicación del artículo 3 Común a estos conflictos requiere un análisis previo de la situación para ver si se está realmente ante un conflicto armado o todavía no, y esto presenta ciertas dificultades sobre todo en los casos en los que diferentes grupos están presentes⁵².

⁵⁰ A este respecto, cfr. BERMEJO GARCÍA, R., «El conflicto de Kosovo a la luz del Derecho internacional humanitario», *op. cit.*, pp. 102-107.

⁵¹ Sobre estos conceptos, ver *supra*.

⁵² Esta cuestión ya hemos visto que se planteó en diferentes términos con el terrorismo, originando diversas controversias doctrinales, que resume a la perfección Michael Schmitt, al señalar sobre este tema lo siguiente: «... it is uncertain whether transnational terrorism without any

Otro aspecto importante a tomar en consideración es que el artículo 3 deja claro que tiene que haber por lo menos dos partes al referirse expresamente a que «cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones»⁵³. Sin embargo, no cualquier grupo armado que surge en un país determinado puede considerarse que constituye ya una «parte» en el conflicto, pues se requiere que ese grupo armado disponga de un cierto nivel de organización, lo que implica unas estructuras de mando, de disciplina, así como capacidad para llevar a cabo operaciones militares, con todo lo que esto implica a nivel de la infraestructura logística como el transporte de tropas, la distribución de armas, etc., sin olvidar su capacidad para concluir acuerdos de cese el fuego o incluso de paz⁵⁴. Todos estos elementos se han venido aceptando y configurando en la práctica internacional sobre todo a partir de la guerra civil española hasta la actualidad, a pesar de que los conflictos actuales presenten en algunos casos una mayor complejidad tanto a nivel fáctico como jurídico y político.

Hay que resaltar que el artículo 3 Común constituye un progreso considerable al introducir la protección de la persona tal y como establece el DIH en el orden interno⁵⁵. No es de extrañar, pues, que esta disposición haya sido considerada ya como un miniconvenio⁵⁶, al garantizar en su párrafo 1 un trato

nexus to an ongoing conflict constitutes an ‘armed conflict’ as a matter of law, even when it is of sufficient intensity to otherwise rise to that level. One school of thought argues that it does not and is instead merely highly violent criminality. A second suggests that transnational terrorism should be treated as an international armed conflict, a position adopted to an extent by the Israeli Supreme Court in the *Targeted Killings* case. Finally, the view that such activities are non-international armed conflict appears to increasingly be the preferred characterization. The United States has adopted this stance». Cfr. SCHMITT, M. N., «Drone Attacks under the *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*: Clearing the ‘Fog of Law’», *op. cit.*, p. 319.

⁵³ Como ya se ha apuntado *supra*, el conflicto puede tener lugar entre dos grupos armados en el interior de un Estado, como ya señaló el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el Asunto *Tadic*, *op. cit.*, párrafo 70.

⁵⁴ Con el desarrollo importante de estos grupos armados no estatales y su participación en los numerosos conflictos surgidos en las últimas décadas, no cabe duda de que han contribuido al desarrollo y a la interpretación del DIH. A este respecto, cfr. HIEMSTRA, H. y NOHLE, E., «The Role of Non-State Armed Groups in the Development and Interpretation of International Humanitarian Law», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 20, 2017, pp. 3-35.

⁵⁵ Para un estudio sobre estos conflictos en este punto, cfr. ABI-SAAB, G., *Droit humanitaire et conflits internes. Origine et évolution de la réglementation internationale*, Paris, Pedone, 1986.

⁵⁶ Ver BERMEJO GARCÍA, R., «El conflicto de Chechenia a la luz del Derecho internacional y del Derecho internacional humanitario», en *Problemas actuales del Derecho internacional humanitario*, Consuelo Ramón Chornet (ed.), Valencia, Publicaciones de la Universitat de Valencia, 2001, pp. 126-150.

humanitario a todas las personas «que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate...». Este trato humanitario se llevará a cabo «en todas las circunstancias... sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo»⁵⁷. Hay que resaltar que el umbral de aplicabilidad del artículo 3 Común requiere un grado de intensidad de la violencia superior al que existe en lo que se denomina «disturbios interiores» o «tensiones internas», situaciones en las que no se aplica *stricto sensu* el DIH pero inferior al que se prevé en el Protocolo II⁵⁸. En el caso del artículo 3, la parte rebelde o grupo armado basta con que posea un mínimo de organización, aunque el conflicto entre las partes debe alcanzar un nivel de hostilidades abiertas y colectivas. Sin embargo, el artículo 3 no hace referencia a la conducta de las hostilidades, lo que nos demuestra que su contenido material es bastante limitado. No se prevé por ejemplo la puesta en funcionamiento de los mecanismos de control establecidos por los Convenios, dejando esta posibilidad a la voluntad de las partes en conflicto que «harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte

⁵⁷ En lo que atañe a las personas aquí mencionadas, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar los hechos siguientes: «a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad de la persona, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados». Una redacción similar a la del artículo 3 está recogida en el párrafo 2c del artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional referente a los crímenes de guerra, disposición que alude expresamente al artículo 3 Común.

⁵⁸ Este alto nivel de violencia habrá que medirlo recurriendo al armamento utilizado, el tipo de fuerzas en presencia, la destrucción imperante en la zona de combates, etc., sin olvidar la actitud que puedan adoptar las organizaciones internacionales en torno al conflicto, y no solo el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sino también las organizaciones regionales. Y es que no hay que olvidar que en algunos casos el conflicto existe no solo entre grupos armados y un Estado, sino entre los distintos grupos armados, algo que ha ocurrido en países africanos, como Angola o Rwanda, y también en la antigua Yugoslavia. Para un estudio pormenorizado sobre estos aspectos, véase el asunto *The Prosecutor v. Fatmir Lijaj*, del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Case nº IT-03-66-T, Judgement, 30 november 2005, párrafo 94 y ss. Para un estudio sobre la contribución del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia al desarrollo del DIH, cfr. QUEL LÓPEZ, J., «Reflexiones sobre la contribución del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia al desarrollo del Derecho Internacional Humanitario», *Anuario del Derecho Internacional*, vol. XIII, 1997, pp. 467-523, especialmente pp. 484-485.

de las otras disposiciones» de los Convenios⁵⁹. Es decir, cuando un gobierno admite la aplicación del artículo 3, esto no implica que esté obligado a someterse a esos mecanismos de control, sino que lo que se prevé simplemente es que un organismo humanitario imparcial, por ejemplo, el CICR podrá ofrecer sus servicios a las partes en conflicto, pero esto no implica que ni la oferta de servicios, ni su aceptación sean obligatorios. Es más, preocupado por la situación existente sobre el terreno, el artículo 3 alude expresamente al hecho de su aceptación entre las partes en conflicto «no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico» de las mismas.

Un poco más lejos va sin embargo el Protocolo II al prever en su artículo primero que solo se aplicará a aquellos conflictos armados que no entren en el ámbito de aplicación del artículo primero del Protocolo I, «que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo». Es decir, en relación con el artículo 3 Común, dos condiciones suplementarias de intensidad en el conflicto son necesarias para la aplicación del Protocolo II: a) que las fuerzas armadas disidentes o los grupos armados actúen bajo la dirección de un mando responsable; y b) que ejerzan un control sobre una parte del territorio⁶⁰.

Conviene resaltar que los ejemplos de conflictos que han reunido los requisitos recogidos en este Protocolo no son escasos, ya que los conflictos de Nicaragua entre 1978-1979, el del Salvador, Angola, Mozambique, los del Líbano, los de la antigua Yugoslavia, Sierra Leona, Liberia, los dos de Chechenia⁶¹, así como el actual del Yemen y Ucrania con el Donbas, han reunido, entre otros, estas características. Esto acarrea que en esta clase de conflictos habrá que aplicar el artículo 3 Común y las disposiciones del Protocolo II, mientras que para los conflictos que no hayan adquirido el nivel previsto en este último se aplicará solo el primero. Y es que no hay que olvidar que el

⁵⁹ Cfr. Apartado 2, párrafo 3.

⁶⁰ Estas condiciones fueron propuestas por la delegación de Pakistán, que exigía para la aplicación de este Protocolo un «alto grado de intensidad» en el conflicto. Sobre esta cuestión, cfr. ABISAA, G., «Conflits armés non internationaux», en: *Les dimensions internationales de droit humanitaire*, *op. cit.*, pp. 261-264. Conviene apuntar además que las luchas entre los grupos disidentes no caen bajo el ámbito de acción del Protocolo.

⁶¹ Para más detalles, cfr. BERMEJO GARCÍA, R., «El conflicto de Kosovo a la luz del Derecho internacional humanitario», *op. cit.*, pp. 97-117, especialmente pp. 103-104.

propio Protocolo II respeta la autonomía e independencia del Protocolo I, al recogerla expresamente en el apartado 1 del artículo primero, indicando que «... desarrolla y completa el artículo 3 Común... sin modificar sus actuales condiciones de aplicación». Por otro lado, en cuanto a los insurgentes o grupos armados hay que subrayar que no es necesario un acto formal de aceptación del Protocolo, aunque en la práctica tienen tendencia a declarar públicamente su intención de aplicarlo, esperando con esta declaración poder obtener una cierta legitimidad internacional. Como señala el profesor Abi-Saab, exigir un acto de aceptación sería incompatible con el efecto *ipso iure* que tiene el Protocolo. Para el citado profesor, una explicación más aceptable desde el punto de vista jurídico es la de considerar que una vez que el Gobierno ha expresado su voluntad de vincularse por el Protocolo, éste forma parte del Derecho interno del Estado en virtud del principio «part of the law of the land», vinculando tanto al Gobierno como a los grupos o movimientos de oposición⁶².

Hechas estas consideraciones, es conocido que los conflictos armados no internacionales son los que prevalecen hoy en día debido, sobre todo, aunque no únicamente, al resurgimiento de distintos grupos armados vinculados en muchas ocasiones con el terrorismo, y no solo con Al-Qaeda, sino con otras clases de vínculos derivados de otros muchos escenarios con elementos extraterritoriales evidentes, desbordando así el marco tradicional existente en el momento en el que los Convenios de Ginebra de 1949 se negociaron y redactaron. Si el primer choque fue el resurgimiento de los movimientos de liberación nacional, acarreado como consecuencia más directa la calificación de estos conflictos como internacionales, el choque posterior trajo consigo un rico abanico de con-

⁶² Del citado autor, cfr. «Les conflits de caractère non international», *op. cit.*, p. 269. Esta es también la doctrina del CICR para quien «l'engagement contracté par l'Etat vaut non seulement pour le gouvernement mais aussi pour les autorités constituées et les particuliers qui se trouvent sur le territoire national auxquels certaines obligations sont ainsi imposées». Cfr. *Commentaire des Protocoles additionnels*, *op. cit.*, p. 1369. Hay que destacar que tanto el artículo 3 Común como el Protocolo II, otorgan a los insurgentes unos derechos y obligaciones al ser destinatarios de sus normas, concediéndoles así un Estatuto jurídico objetivo. Este Estatuto es por supuesto más limitado del que surge de un «reconocimiento de beligerancia», pero que no deja de ser un Estatuto *ipso iure*. Este Estatuto es independiente y, por lo tanto, no depende de la voluntad del Gobierno, y automático una vez que se dan las circunstancias previstas en esos instrumentos jurídicos. Y es que, aunque el DIH no se base en la aplicación estricta del principio de no reciprocidad, hay que reconocer que un cierto grado de reciprocidad es indispensable para un correcto funcionamiento. Sobre esta cuestión, cfr. BOTHE, M., «Conflits armés internes et droit international humanitaire», *Revue générale de droit international public*, vol. 82, 1978, pp. 82-102, especialmente pp. 88-93.

flictos armados no internacionales entre fuerzas armadas gubernamentales y uno o más grupos armados que, en muchos casos, desbordan o se extienden más allá del territorio de uno o más Estados, algo que el propio artículo 3 Común no prevé expresamente, pero que la práctica internacional está reconociendo que en estos casos el DIH debe aplicarse también en el territorio de estos Estados, sean beligerantes o no⁶³. Y es que ya el Tribunal Penal Internacional para Rwanda prevé en su artículo primero que su jurisdicción se extiende no solo a las violaciones del DIH en territorio ruandés, sino también en el territorio de los Estados vecinos. No obstante, esta situación no deja de plantear serios problemas, pues las incursiones de fuerzas armadas extranjeras en el territorio de Estados vecinos pueden desencadenar, llegado el caso, reacciones de esos Estados, acarreando serios riesgos de iniciar un conflicto armado internacional. De ahí que estas intervenciones sean aceptadas a nivel internacional como algo *sui generis* y excepcional, debido sobre todo a que los grupos armados no pueden utilizar el territorio de esos Estados para llevar a cabo operaciones militares en otros Estados sin que estos tengan el derecho a defenderse.

En efecto, la complejidad de muchos de estos conflictos ha traído consigo escenarios en los que en algunos casos fuerzas armadas de uno o más Estados combaten codo con codo con las fuerzas de otro Estado contra grupos armados en el territorio de este. En estos casos, el conflicto es no internacional, pues no opone a dos o más Estados. Este ha sido el caso en varios conflictos más o menos recientes que han tenido lugar en el continente africano, pero sobre todo el caso más significativo ha sido la lucha llevada a cabo contra el Estado Islámico en el territorio iraquí, en donde las fuerzas de los países de la coalición internacional han luchado al lado de las tropas iraquíes en el territorio iraquí. Antes de esto, puede citarse también el ejemplo de las fuerzas de la ISAF en Afganistán en apoyo del Gobierno afgano contra diversos grupos armados, incluidos los talibanes, grupos de Al-Qaeda, etc.⁶⁴. Otro caso similar

⁶³ Para un mapa de estos conflictos, cfr. SCHMITT, M. N., «Charting the Legal Geography of Non-International Conflict», *International Law Studies*, *op. cit.*, pp. 11-12. Este autor señala que el artículo 3 no establece limitaciones geográficas, lo que implica que su ámbito de acción no debe ser limitado. *Ibid.*, p. 12.

⁶⁴ En el caso de los Estados Unidos y su lucha contra el terrorismo, ya hemos apuntado que los Estados Unidos defendieron al principio que esa guerra era un conflicto armado internacional, calificación que fue modificada por el Tribunal Supremo estadounidense en la sentencia *Hamdam v. Rumsfeld* de 2006. Esta opinión fue defendida también por el CICR en varias ocasiones, indicando que no podía considerarse que hubiera un conflicto global contra estos grupos armados. A este respecto, cfr. *Report on IHL, and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Report presented

sería la intervención francesa en Mali con la famosa Operación Serval, cuyo objetivo era frenar el avance de rebeldes islamistas ligados a Al-Qaeda que, desde 2012, gobernaban *de facto* en el Norte del país. Algo similar, aunque con resultado distinto, ha sido la intervención de los Estados Unidos en Yemen, así como posteriormente las fuerzas de los países del Golfo, con Arabia Saudí a la cabeza, en apoyo del Gobierno yemení en su lucha contra los hutíes, chiíes apoyados por Irán. Otros ejemplos anteriores se pueden citar también, como la intervención de fuerzas ruandesas y ugandesas en la República Democrática del Congo o la intervención en Somalia.

Sobre estos conflictos, Tristán Ferrero ha elaborado los criterios para saber cuándo uno o varios Estados se ven envueltos en un conflicto armado no internacional que se está desarrollando en el territorio de un Estado entre sus fuerzas armadas y uno o varios grupos armados, indicando los siguientes:

«There is a pre-existing NIAC ongoing in the territory where multinational forces intervene; actions related to the conduct of hostilities are undertaken by multinational forces in the context of that pre-existing conflict; the multinational force's military operations are carried out in support of a party to that pre-existing conflict; the action in question is undertaken pursuant to an official decision by the TCC (troop contributing countries) or international organisation in question to support a party involved in that pre-existing conflict»⁶⁵.

Dicho esto, es evidente que muchos de los conflictos armados no internacionales que hemos tenido recientemente presentan unas características que van más allá del ámbito de aplicación del artículo 3, ya que en general estos conflictos no se limitan al territorio de un solo Estado. Las guerras desencadenadas contra el terrorismo internacional, o ciertos conflictos en África como los de Rwanda y el Congo, por citar algunos ejemplos, vienen a corroborar esta afirmación, aunque también tenemos el caso de Kosovo en Europa o el de

to the 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, ICRC, Geneva, 28 november 2011, pp. 9-11, especialmente p. 10. Y es que el CICR ha abordado esta cuestión caso por caso, analizando y clasificando las diversas situaciones de violencia que se han venido desarrollando tras el 11-S, considerando que en algunos casos se podría hablar de conflicto armado internacional, en otros de conflicto armado no internacional, y en otros, en los que ha habido ciertos actos de terrorismo se quedaban fuera pura y simplemente del concepto de conflicto armado.

⁶⁵ De este autor, cfr. FERRARO, T., «The Applicability and Application of International Forces», *International Review of the Red Cross*, vol. 95, n° 891/892, 2013, pp. 561-612, especialmente p. 584.

Nicaragua en los años ochenta en América Latina, cuyos efectos se expandieron a casi toda la América Central. En estos casos, el conflicto, al extenderse sobre el territorio de varios Estados, se ha defendido la tesis, ya apuntada, de la extensión del marco jurídico humanitario aplicable a estos conflictos tal y como está regulado en el artículo 3 Común, a pesar de que no está recogida esta posibilidad expresamente⁶⁶, recurriendo a la idea de que se está ante un caso *sui generis*⁶⁷. Otra interpretación del artículo 3 común es que como no recoge ninguna limitación geográfica, esto implicaría que no puede interpretarse como que su ámbito de aplicación esté limitado, pudiendo así aplicarse de la forma más amplia posible. El elemento más determinante para ello sería el grado de nexo entre las acciones de los grupos que actúan en el Estado limítrofe con el conflicto. Desde esta perspectiva, Claus Kress señala que para esta ampliación geográfica del conflicto sería necesario que el grupo armado haya establecido infraestructura militar en el territorio del tercer Estado que le permitiera llevar a cabo operaciones violentas desde allí⁶⁸, matizando esta afirmación diciendo que esta situación sería suficiente, aunque no necesaria, para justificar una eventual extensión del conflicto. Conviene dejar claro, sin embargo, que esta interpretación no es la que prevalece en la práctica estatal y, por lo tanto, está lejos de obtener una cierta *opinio juris*

Desde esta misma perspectiva, conviene tener presente que la extensión de estos conflictos a los países vecinos puede considerarse como normal en los

⁶⁶ A este respecto, conviene poner de relieve que el artículo primero del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda declara su competencia no solo para juzgar las violaciones graves del DIH cometidas en el territorio de Rwanda y a ciudadanos de Rwanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el primero de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.

⁶⁷ A este respecto, se ha defendido que «The approach by which borders bound IHL, has lost favour among States, scholars, and practitioners. In particular, there is growing acceptance of the proposition that IHL, applies to ‘spillover’ conflicts in which government armed force penetrate the territory of a neighbouring State in order to engaged organized armed groups operating in border areas. In support of this position, the ICRC argues that ‘spill over of a NIAC into adjacent territory cannot have the effect of absolving the parties of their IHL obligations simply because an international border has been crossed. The ensuing legal vacuum would deprive of protection both civilians possibly affected by the fighting, as well as persons who fall into enemy hands. There is certainly State practice and scholarly support for this interpretation». Cfr. SCHMITT, M. N., «Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict», *op. cit.*, p. 11. Respecto a la práctica estatal en esta materia, cfr. MELZER, N., *Targeted Killing in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, especialmente pp. 259-260.

⁶⁸ KRESS, C., «Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 15, 2010, pp. 245-274, especialmente p. 266.

tiempos actuales debido a la proliferación de los grupos armados transnacionales, sobre todo en aquellas zonas que no gozan de una estabilidad política y que presentan un interés geoestratégico o geopolítico. Al margen de los casos ya precitados (Colombia, los conflictos con Al-Qaeda, Pakistán, Rwanda, el Congo, etc.), el conflicto con el Estado Islámico es una buena prueba de ello, pues presenta las características de que uno o más Estados combaten codo a codo con las fuerzas armadas del Estado en el que se desarrolla el conflicto y, por supuesto, en algunos casos con el consentimiento de este, como ha sido el caso en Irak, en donde fuerzas de los Estados de la coalición internacional han intervenido militarmente en apoyo de las propias fuerzas iraquíes en su lucha contra el Estado Islámico. En este caso, como el conflicto no oponía a dos o más Estados, sino que se encontraban todos ellos aliados en su lucha contra este grupo armado no estatal, el conflicto solo puede ser considerado como no internacional. La situación era diferente en el caso de Siria, pues aquí no había consentimiento del Estado sirio, sin que esta situación haya desencadenado un conflicto entre Siria y los Estados que han atacado en su territorio al Estado Islámico, sino que la reacción del Gobierno sirio ha sido solo la de la denuncia de los hechos y protestas diplomáticas. Este escenario no solo lo encontramos en el conflicto contra el Estado Islámico en el Medio Oriente, sino que también lo encontramos en África, donde en los últimos años se han llevado a cabo operaciones militares de una cierta envergadura en apoyo de las fuerzas armadas de un Estado que luchaba contra un grupo o grupos armados en su territorio. Este fue el caso precisamente de la «Operación Serval» en Mali, de enero de 2013⁶⁹, llevada a cabo por Francia, y de la posterior «Operación Hydra»⁷⁰, en la que también intervino Francia, pero esta vez acompañada por una fuerza multinacional africana⁷¹. Evidentemente esta clase de conflictos armados no internacionales con grupos armados no presentan las mismas ca-

⁶⁹ La «Operación Serval» se llevó a cabo mediante un rápido despliegue de fuerzas francesas en apoyo del Gobierno maliense y a petición de éste, sin que participaran directamente otros países europeos. Para más detalles sobre esta «Operación», véase el interesante comentario de ARTEAGA, F., «España, Mali y la Operación Serval de Francia: ¿Qué hacer y qué no? ¿Solos o en compañía de otros?», *Comentario Elcano* 3/2013, de 14 de enero de 2013, en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/defensa+y+seguridad/comentario_arteaga_spain_mali_operacion_serval

⁷⁰ Sobre la «Operación Hydra», cfr. *El País digital*, del 24 de diciembre de 2013.

⁷¹ Sobre los efectos que puedan tener sobre la calificación de un conflicto la participación de fuerzas de mantenimiento de la paz, cfr. DAVID, E. y ENGDAHL, O., «How does the Involvement of a Multinational Peacekeeping Force Affect the Classification of a Situation?», *International Review of the Red Cross*, vol. 95, nº 891 y 892, 2013, pp. 659-679.

racterísticas debido a la complejidad que encierran los conflictos armados en la actualidad⁷².

Otro escenario distinto al conflicto descrito anteriormente es aquel que se inicia siendo internacional, pero que por varias causas puede evolucionar hacia un conflicto armado no internacional. En efecto, el conflicto en Afganistán se inició siendo claramente un conflicto internacional, cuando el 7 de octubre de 2001 se desencadena la «Operación Libertad Duradera» contra los Talibanes y Al-Qaeda en Afganistán, en respuesta a los ataques terroristas del 11-S, y recurriendo al amparo de la legítima defensa, concepto que se llegó a recoger expresamente en la Resolución 1368 del 12 de septiembre⁷³. La superioridad militar americana era tan grande que un mes más tarde, el 9 de noviembre de 2001 cae Al Mazar-i-Sharif, que dejaba claro el derrumbamiento de las fuerzas talibanes, y seis días más tarde, las fuerzas de la Alianza del Norte entran en Kabul, mientras que la toma de Kandahar el 7 de diciembre obligó a los talibanes a dispersarse.

⁷² Para un estudio sobre estos conflictos y las diferentes vertientes que presentan, cfr. FERRARO, T., «The Applicability and Application of International Humanitarian Law to Multinational Forces», *International Review of the Red Cross*, vol. 95, n° 891 y 892, 2013, pp. 561-612. Este autor recalca que no hay nada en la trayectoria del DIH que lleve a la conclusión de que exista un vínculo entre el conflicto y una especie de cláusula territorial que permita afirmar que el DIH está limitado única y exclusivamente al ámbito geográfico en el que tenga lugar la batalla o en el territorio de un único Estado, y afirma que el artículo 3 común hay que interpretarlo como que se aplica a cualquier conflicto que no sea internacional y que tenga lugar en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes a las Convenciones de Ginebra, tal y como se deduce de una amplia jurisprudencia internacional, sobre todo de los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda. Es más, añade un pensamiento según el cual «To limit the territorial reach of IHL solely to the territory of the State in which the NIAC originated is too narrow an interpretation of the geographical scope of the application of IHL and ignores the new features of contemporary NIACs. Indeed, the latter are tending to expand beyond the boundaries of one single State». Ver pp. 609-610. Hay que reconocer que esta es la opinión de un amplio sector doctrinal que como Jelena Pejic defienden esta misma opinión. A este respecto, esta autora ha señalado lo siguiente: «*The chapeau of Common article 3 provides that it applies to conflicts not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties... This limited reading of the territorial scope of Common article 3 may be defended based on the plain language of the text. Is its submitted, however, that the text can also be given a different interpretation and that, in any event, its provisions may nowadays be evolutively interpreted to apply to any situation of organized armed violence that has been classified as a non-international armed conflict based on the criteria of organization and intensity, therefore also to a NIAC that exceeds the boundaries of one State as described in the typology above...*». Cfr. PEJIC, J., «The Protective Scope of Common Article 3: More than Meets the Eye», *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n° 881, 2011, pp. 189-225, especialmente p. 199.

⁷³ Como se sabe también, se invocó el artículo 5 del Tratado de la OTAN.

La huida talibán, y su desbandada, permitió la conclusión del Acuerdo de Bonn, del 5 de diciembre de 2001, por el que se recurre a la «Loya Yirga» (Asamblea de dirigentes tribales y regionales afganos), y establece la Administración Transitoria Afgana el 14 de junio de 2002, eligiendo a Hamid Karzai como nuevo Jefe de Gobierno, que sería reconocido por la comunidad internacional mediante la Resolución 1419 del Consejo de Seguridad, del 26 de junio de 2002⁷⁴. La evolución de la situación permitiría que el conflicto pasara de ser internacional a un conflicto armado no internacional a partir del 19 de junio de 2002, fecha en la que se establece por la «Loya Yirga» la Administración Transitoria Afgana. Y es que a partir de esas fechas las hostilidades se desarrollan en algunas zonas o localidades entre el nuevo Gobierno de Karzai, apoyado por las fuerzas de la denominada ISAF (Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad) y de la OEF (*Operation Enduring Force*), y la oposición armada⁷⁵, combates que adquirieron el nivel de intensidad suficiente para ser calificado como conflicto armado no internacional, y por lo tanto es aplicable el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y el derecho consuetudinario pertinente.

Esta situación evolucionaría todavía un poco más una vez que Afganistán ratificó el Protocolo II el 10 de noviembre de 2009, ya que todo apunta a que la nueva situación generada podría hacer posible su aplicación, ya que como se sabe su artículo 1.1 prevé que se aplicará a todos los conflictos que tengan lugar en el territorio de una Alta Parte Contratante «entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo». La realidad sobre el terreno era esta, pues los grupos armados habían logrado controlar partes del territorio

⁷⁴ Para un estudio bien detallado sobre este conflicto, en esa época, cfr. GEISS, R. y SIEGRIST, M., «Has the Armed Conflict in Afghanistan Affected the Rules on the Conduct of Hostilities?», *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n° 81, 2011, pp. 11-46; y BELLAL, A.; GIACCA, G. y CASEY-MASLEN, S., «International Law and Armed Non-State Actors in Afghanistan», *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n° 881, 2011, pp. 47-80.

⁷⁵ Tras la derrota de talibanes surgieron grupos armados e insurgentes contra el Gobierno elegido en 2002, grupos que fueron creciendo e intensificando los combates cada vez más. Los grupos armados eran muy diversos tanto en cuanto a sus fundamentos ideológicos como a sus motivaciones o estructuras de mando, incluidos aquellos que se autocalificaban como talibanes: la red Haggani, Hezb-e-Islami y otros. A este respecto, ver para un mayor desarrollo, BELLAL, A.; GIACCA, G. y CASEY-MASLEN, S., «International Law and Armed Non-State Actors in Afghanistan», *op. cit.*, pp. 49-50.

y de la población afgana en donde podían llevar a cabo operaciones militares sostenidas y de una cierta entidad.

El siempre complejo conflicto de Afganistán ha abierto, además, otros análisis y muchos retos para el DIH, al encontrar en él grupos armados radicales islámicos como son los Talibanes, quienes basaban sus normas de conducta en el Derecho Islámico o «Layha», practicando incluso en este ámbito humanitario una literal, rígida y radical interpretación del Derecho islámico⁷⁶, como ha señalado Muhammad Munir. Este autor nos indica, además, que la relación con la calificación del conflicto en Afganistán puede no caer del todo ni dentro del conflicto armado internacional ni tampoco en el no internacional, señalando que una tercera categoría, que es la de conflicto armado no internacional internacionalizado describiría mejor la situación⁷⁷.

En esta materia, hay que subrayar que el CICR ha hecho siempre gala de una cierta prudencia debido a la complejidad de las situaciones a las que hay que hacer frente. La guerra contra el terrorismo no se limita solo a Al-Qaeda, a pesar de que haya grupos que comparten ciertos elementos comunes con esta organización. Y es que la variedad de grupos y de conflictos que se han suscitado tienen cada uno de ellos sus especificidades, de ahí que no se pueda

⁷⁶ Para un estudio detallado sobre esta cuestión, cfr. MUNIR, M., «The *Layha* for the Mujahedeen: An Analysis of the Code of Conduct for the Taliban Fighters under Islamic Law», *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n° 881, 2011, pp. 81-102. Para este autor es evidente que los Talibanes no han cumplido con la *Layha*, código de conducta de los combatientes y destaca que «The *Layha*... highlights the limiting of suicide attacks, avoiding civilian casualties, and winning the battle for the hearts and minds of the local civilian population. A brave son of Islam should not be used for lower and useless targets. Utmost effort should be made to avoid civilian casualties». *Ibid.*, p. 101.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 84. Se habla de un conflicto armado interno internacionalizado cuando un conflicto que era inicialmente interno ha ido adquiriendo progresivamente las características de un conflicto internacional a causa de las intervenciones sustanciales de Potencias extrajeras, o ha sido reconocido por el Consejo de Seguridad como conflicto internacional. En estos casos, como señaló la Corte Internacional de Justicia en el asunto de Nicaragua (Cfr. CIJ, *Recueil*, 1986, párrafo 219) se produce una doble versión del DIH: por un lado, los actos entre los grupos armados y el Gobierno contra el que luchan se rigen por las reglas relativas a los conflictos armados no internacionales, mientras que las acciones de los Estados que intervienen y el Gobierno se regirían por las reglas relativas a los conflictos internacionales. Este fraccionamiento jurídico del conflicto le otorga una cierta complejidad, pero es al fin y al cabo el que ofrece una mayor dosis de protección, y desde el punto de vista político la mejor aceptada en general por los Estados. Sobre esta cuestión, véase los amplios desarrollos que lleva a cabo DAVID, E., *Éléments de droit des conflits armés*, Bruselas, Presses universitaires de Bruxelles, 1991/1992, pp. 54 y ss.; del mismo autor «Le Tribunal international pénal pour l'exYugoslavie», *Revue belge de droit international*, 1992, pp. 565-598, especialmente pp. 570-572.

pretender que todos estos conflictos estén regidos por el mismo patrón y puedan ser considerados como si fueran todos ellos un conflicto contra Al-Qaeda, como si hubiera un solo conflicto armado no internacional. Los combates en el Yemen son distintos de los de Afganistán, y los grupos armados salafistas africanos presentan también rasgos específicos debido a la complejidad que encierran a nivel religioso, social y político estos Estados. No hay, pues, un solo conflicto contra los distintos grupos armados que también recurren al terrorismo en muchas ocasiones, sino varios, y esto se ve no solo con Al-Qaeda sino con otros grupos u organizaciones armadas.

4. LOS DRONES Y LAS REGLAS BÁSICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN LA CONDUCTA DE LAS HOSTILIDADES

Partiendo de la premisa de que el uso de los drones en los campos de batalla está completamente asumido desde la perspectiva del *jus in bello*⁷⁸, esto no quiere decir que no se tenga que adaptar a las normas del DIH que regulan las hostilidades. Así las cosas, si se recurre a los drones, se tendrá que respetar esas normas lo mismo que se hace con las otras armas, y tomando en consideración las peculiaridades específicas que encierran. Y es que como hemos señalado, no hay mucha diferencia si se recurre a misiles de crucero o bombardeos aéreos que si se recurre a los drones para llevar a cabo esos ataques con armas explosivas⁷⁹. Esto fue lo que ocurrió precisamente en octubre de 2011, cuando se llevó a cabo el ataque contra el derrocado líder libio Muamar Al Gadafi cuando huía de los ataques de los países intervinientes en Libia, intervención que constituyó una auténtica vergüenza para la comunidad internacional, cuyas consecuencias las tenemos a la vista. Estas normas de DIH reconocen el uso letal de la fuerza en el transcurso de un conflicto armado contra determinadas personas, como los combatientes, pero también es cierto que este cuerpo jurídico prevé una serie de conductas para evitar en la medida de lo

⁷⁸ Cfr. CASEY-MASLEN, S., «Legality of Use of Armed Unmanned Systems in Law Enforcement», en *Drones and other Unmanned Weapons Systems under International Law*, *op. cit.*, pp. 46-61; y WEIZMANN, N., «Armed Drones and the Law of Armed conflict», en *Drones and other Unmanned Weapons Systems under International Law*, *op. cit.*, pp. 89-122.

⁷⁹ Esto es algo que hay que tener siempre presente, a pesar de las críticas abusivas que en muchos casos se han hecho de los ataques llevados con drones. Ver, por ejemplo, YOO, J., «Assassination or Targeted Killing after 9/11», *New York Law School Law Review*, vol. 56, 2011/2012, pp. 57-79, especialmente p. 58.

posible las muertes u otros daños generados por los combates, especialmente a los civiles, siendo conscientes sin embargo de que nunca se podrá prevenir completamente la vida de ciertas personas.

4.1. *El principio de precaución*

El DIH prevé como una de esas reglas principales la adopción de ciertas medidas de precaución en los ataques, lo que implica que se tengan que adoptar ciertos pasos antes de llevar a cabo los ataques con el fin de proteger a la población civil y a los bienes civiles de los efectos que pueden generar las operaciones militares. Aunque los drones son quizás las armas más precisas, esto no impide que las características de los conflictos de hoy en día, cada vez más complejas desde muchos puntos de vista, requieran tomarse en serio una buena y racional aplicación del principio de precaución⁸⁰, sobre todo en relación con los drones, dadas las suspicacias que estas armas han suscitado en diferentes medios y, por lo tanto, en la opinión pública⁸¹, debido sobre todo a ciertos errores cometidos en el pasado a la hora de la localización del objetivo, confundiendo a civiles con insurgentes o terroristas, etc.⁸² Aunque estos errores han existido también con otras armas, como con misiles lanzados por helicópteros, aviones, desde buques de guerra o desde bases en tierra, su influencia en los medios ha sido mucho menor que en el caso de los drones, que han sido vistos como vigías asesinos cuyo único objetivo era matar. Aunque

⁸⁰ Para un exhaustivo estudio sobre este principio y las medidas que requiere, QUÉGUINER, J. F., «Precautions Under the Law Governing the Conduct of Hostilities», *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n° 865, 2006, pp. 793-821. Para un estudio más reciente sobre este principio y su aplicación en ataques urbanos y zonas de asedio, cfr. VAN DEN BOOGAARD, J. C. y VERMEER, A., «Precautions in Attack and Urban and Siege Warfare», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 20, 2017, pp. 163-198. Estos autores señalan que «Precautions in attack consist of a variety of obligations for the parties to a conflict. Not only are they obliged to take the effect of an attack on the civilian population into account in their planning and execution of that attack, by they need to take active measures to reduce that effect as much as possible. The specific duties that ensue from this obligation have a significant restricting effect on the options the parties to a conflict have in planning and launching the attacks», p. 164.

⁸¹ En relación con el uso de los drones, cfr. SCHMITT, M. N., «Drone Attacks under the *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*: Clearing the Fog of Law», *op. cit.*, pp. 319 y ss.

⁸² Reproches de esta índole se realizaron contra ciertos ataques llevados a cabo por drones estadounidenses en Afganistán durante la Administración del Presidente Obama, como ya se ha apuntado. A este respecto, véase también CASEY-MASLEN, S., «Pandora's Box? Drone Strikes under *jus ad bellum*, *jus in bello* and International Human Rights Law», *op. cit.*, p. 607.

últimamente, los drones y los medios de comunicación se han familiarizado, lo cierto es que algo queda todavía en la mente de algunos que los siguen considerando como arma para cometer asesinatos, lo que la práctica internacional reciente desdice sin lugar a dudas.

En efecto, hay que subrayar que las reglas del DIH fueron adoptadas históricamente para regir los conflictos armados internacionales. La evolución de la sociedad internacional ha ido demostrando que ciertas normas de DIH debían regular también los conflictos entre Estados y grupos armados no estatales, conflictos que han ido adquiriendo una gran complejidad pero que han encontrado en el artículo 3 común y en el Derecho consuetudinario un marco jurídico aplicable, de forma que muchas de estas reglas se aplican tanto en caso de conflicto internacional como no internacional. Conviene también tener presente que respecto a los Protocolos adicionales de 1977, si bien el primero recoge hoy en día lo esencial del DIH en caso de conflictos armados internacionales, el segundo, aplicable a los conflictos no internacionales es más débil y menos elaborado, aunque algunas de sus disposiciones forman parte también del Derecho consuetudinario. Además, como se trata de regular conflictos en donde la violencia es legal siempre que se respeten ciertas normas como la prohibición de atacar a la población civil o la prohibición de usar armas prohibidas, se da la circunstancia de que es el DIH el único cuerpo de normas que regula esta clase de situaciones.

Hechas estas consideraciones, conviene tener presente que el principio de precaución es relativamente reciente, ya que se ha codificado de una forma amplia y precisa solo en el Protocolo I, cuyo artículo 57 recoge una serie de pautas a seguir antes de lanzar los ataques. Antes, solo había una obligación muy general de los Comandantes de las operaciones militares basada en una interpretación amplia de las convenciones de La Haya de 1899 y de 1907, así como de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Derecho consuetudinario. No obstante, el régimen jurídico de las normas que regulan este principio no figura solo en el artículo 57 del Protocolo I, sino también en los convenios internacionales que regulan el uso de determinadas armas, aunque estos convenios recogen en general las premisas existentes en el precitado Protocolo⁸³. Conviene subrayar, además, que el principio de precaución es complejo y multifacético, pues requiere previamente la adopción de unos

⁸³ Cfr. QUÉGUINER, J. F., «Precautions under the Law Governing the Conduct of Hostilities», *op. cit.*, p. 795.

pasos y medidas cuyo objetivo va a ser impedir que los efectos de las operaciones militares alcancen a la población civil. Los pasos y las medidas a adoptar variarán según las especificidades de cada conflicto, pero habrá que hacer todo lo que sea posible para que las operaciones militares no cometan errores de apreciación, y eviten así en la medida de lo posible los conocidos como daños colaterales, sobre todo si estos pueden ya apreciarse que pueden ser excesivos. Esto tiene una gran complejidad, sobre todo cuando las operaciones militares se desarrollan en zonas urbanas o asediadas como ha ocurrido en Gaza, Irak, Siria y Ucrania, situaciones que suscitan una serie de cuestiones en torno a cómo deben aplicarse e interpretarse las reglas relativas a las precauciones que hay que adoptar en esta clase de situaciones⁸⁴. Por eso se ve cómo en muchas ocasiones, sobre todo en las operaciones militares israelíes en Gaza, se advierte antes por diversos medios a la población civil de que evacúen la zona que va a ser objeto de ataques, algo que no mencionan en muchos casos algunos medios, y que Israel practica con asiduidad. Las fuerzas armadas israelíes cumplen así con el artículo 57, párrafo 2 (c) según el cual «se dará aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan»⁸⁵. Conviene apuntar, además, que Israel ha mantenido en su Informe relativo a la «Operación Pilar Defensivo» que tuvo lugar en el verano de 2014, que una vez que se emite de forma efectiva la advertencia de que se va a llevar a cabo el ataque el Derecho internacional humanitario no requiere más advertencias⁸⁶.

Es evidente, que la eficacia de las medidas de precaución va a depender de una serie de factores como la información que puedan tener los servicios

⁸⁴ Cfr. VAN DEN BOOGAND, J. C. y VERMEER, A., «Precautions in Attack and Urban and Siege Warfare», *op. cit.*, p. 165 y ss.

⁸⁵ El subrayado es nuestro. Sobre esta cuestión *ibid.*, pp. 188-192.

⁸⁶ Ver HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the Detailed Findings of the Independent Commission of Inquiry established Pursuant to Human Rights Council Resolution S-21/1*, doc. A/HRC/29/CP.4, 24 June 2015, 183 p., párrafos 631 y ss. Ver también, HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the Independent Commission of Inquiry Established Pursuant to Human Rights Council Resolution S-21/1*, 24 June 2015, 34 p., párrafos 41-45, en donde se mencionan las medidas de precaución de los ataques, incluidas las advertencias. Conviene apuntar que antes el Gobierno israelí había adoptado su propio Informe con el título «The 2014 Gaza Conflict: Factual and Legal Aspect», en donde se relatan los hechos y las cuestiones jurídicas relacionadas con el DIH, y llegando a conclusiones diferentes de los precitados Informes del Consejo de Derechos Humanos. Sobre el Informe Israelí, cfr. *Reflections on the Israeli Report on the Gaza Conflict*, en: <https://www.justsecurity.org/24197/reflections-israeli-report-gaza-conflict/>.

de inteligencia de los objetivos que van a ser atacados, la elección de las armas de las que se disponga, la urgencia o no del ataque, la propia configuración del terreno en el que se desarrolla el conflicto, etc. Es más, como señala Nils Melzer, si una vez adoptadas estas medidas de precaución persisten dudas sobre el estatuto o las actividades de las personas que van a ser atacadas, se presumirá que están protegidas del ataque directo, es decir, serán consideradas como civiles⁸⁷. En relación con los drones, Nils Melzer señala además lo siguiente:

«If drone attacks are to have any chance of success, they must be planned and organized with pin-point accuracy and based on excellent intelligence. Compared to many types of move traditional military operations, targeted drone attacks have very little tolerance for improvisation, and even minor unexpected events may lead to failure, erroneous targeting or excessive incidental harm. Decisions to carry out a drone attack are not typically taken under the time pressure and personal stress of immediate combat operations, but targeted individuals are often tracked for several days or weeks before being attacked...»⁸⁸.

Todo esto le lleva a indicar que los ataques con drones se tienen que llevar a cabo solo especialmente tras un alto grado de precaución.

4.2. *El principio de distinción y su alcance: la determinación del concepto de «participación en las hostilidades»*

Si el principio de precaución es reciente, el principio de distinción es quizás el pilar más fundamental del DIH y, por lo tanto, es una de las obligaciones básicas que se imponen en esta materia a la hora de llevar a cabo operaciones militares, que comprende la de distinguir en todo momento «entre combatientes y población civil», así como entre «bienes de carácter civil» y «objetivos militares», pudiendo dirigir las operaciones militares solo contra

⁸⁷ Para un análisis de esta cuestión, cfr. MELZER, N., *Human Rights Implications of the Usage of Drones and Unmanned Robots in Warfare*, Directorate-General for External Policies of the Union, Directorate B, Policy Department, Study, May 2013, pp. 4-53, p. 24, en: [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/410220/EXPO-DROI_ET\(2013\)410220](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/410220/EXPO-DROI_ET(2013)410220) [consultado: 04/06/2019].

⁸⁸ *Ibid.*, p. 24.

estos últimos, tal y como recogen los artículos 48 y 52, apartado segundo del Protocolo I⁸⁹. Sin embargo, esta afirmación no resuelve la cuestión de saber qué bienes son de carácter civil y qué bienes son militares. Y es que en el Derecho internacional humanitario, la definición de los bienes civiles se hace de forma negativa, es decir, todos los bienes que no son objetivos militares⁹⁰, en el sentido que recoge el párrafo 2 del artículo 52 del precitado Protocolo, según el cual «los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyen eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrecen en las circunstancias del caso una ventaja militar definida». A esto habría que añadir que son también objetivos militares, y habría que decir que sobre todo, las fuerzas armadas, sus miembros, sus instalaciones, su material y sus medios de transporte sin descartar también otros ámbitos⁹¹.

Sin embargo, conviene recalcar que un bien civil podría convertirse en un objetivo militar cuando ofrezca «en las circunstancias de cada caso una ventaja militar» o si su destrucción representa una auténtica necesidad militar para poder llevar a cabo las operaciones militares, tal y como prevén el artículo 53 *in fine* del IV Convenio de Ginebra, el artículo 54, párrafo 3 (6) así como el artículo 23 (g) del IV Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907 y Reglamento anexo sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. No obstante, en caso de duda a la hora de saber si un bien, que se dedica normalmente a fines civiles, puede utilizarse para contribuir eficazmente a la acción militar *se presumirá* que no se utilizará con tal fin, es decir, será considerado como civil⁹². Es evidente que en este ámbito los drones van a jugar un papel muy importante por la información que pueden transmitir sobre el terreno⁹³. Es más, en muchas ocasiones y debido a sus propias capacidades, podrán ser determinantes a la hora de considerar la no destrucción de esos bienes civiles debido a la capacidad que pueden tener a la hora de superar esas dificultades, de forma que esa casa, escuela o lugar de culto no necesiten ser destruidos,

⁸⁹ Estas dos disposiciones se consideran que son también Derecho consuetudinario.

⁹⁰ Artículo 52, párrafo 1.

⁹¹ A este respecto, cfr. BYRON, C., «International Humanitarian Law and Bombing Campaigns: Legitimate Military Objectives and Excessive Collateral Damage», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 13, 2010, pp. 175-211, especialmente pp. 177-187.

⁹² Artículo 52.3 del Protocolo I.

⁹³ HOMAYOUNNEJAD, M., «Ensuring Fully Autonomous Weapons Systems Comply with the Rule of Distinction in Attack», en *Drones and other Unmanned Weapons Systems under International Law*, *op. cit.*, pp. 123-157.

porque ya no representan una contribución eficaz a la acción militar. Así las cosas, es muy difícil que los drones violen esta regla de la distinción, debido a que las armas que suelen emplear son guiadas por láser u otros instrumentos de precisión. Pero es que, además, si se recurre a los drones en muchos de estos casos, es precisamente por las ventajas que presentan para alcanzar ciertos objetivos, respetando precisamente este principio⁹⁴.

Esto no impide, sin embargo, que se pueda recurrir a ellos con este objeto, o con cualquiera otra arma. Pero es cierto que cuando ha habido dudas a la hora de atacar ciertas personas desde el punto de vista del DIH se ha recurrido a ellos, al presentar las ventajas que ya hemos señalado. Esto ha ocurrido en casos en donde se ha atacado a personas que formaban parte de algún grupo armado, aunque no de forma permanente, o contra algún civil o civiles miembros de un grupo armado, pero que en el momento del ataque no participaban en los combates. Como se sabe, tanto los Estados Unidos como Israel han recurrido a estas prácticas en algunos casos, desatando ciertas controversias que no estaban relacionadas con el uso de los drones en sí, sino con el estatuto jurídico del objetivo, es decir, saber si podía ser considerado como combatiente o no, ya que algunas veces esos civiles llevan a cabo ciertas actividades relacionadas con el grupo armado y la cuestión es saber qué se entiende por participación directa en las hostilidades, concepto que se encuentra recogido en el artículo 51.3 del Protocolo I⁹⁵. En efecto, en torno a esta cuestión, el CICR inició en 2003, por lo tanto a la sombra del 11-S una Guía Interpretativa sobre este concepto, debido sobre todo a los conflictos que se estaban desarrollando en Yemen, Irak y los denominados Territorios Ocupados por Israel, en donde distintos grupos armados actuaban unas veces como insurgentes y otras llevando a cabo ataques armados o terroristas, pero que contaban también con un número de miembros civiles que les proporcionaban el apoyo material y logístico necesario para llevar a cabo las operaciones. Serían estos últimos los que iban a preocupar al CICR⁹⁶. Como ya se ha apuntado, los drones fue una

⁹⁴ Esto es lo que señala precisamente Michael N. Schmitt, al indicar que: «It is difficult to imagine drone operations violating this proscription. In that the weapons they employ are all guided (i.e., they must be directed at something), the very nature of a drone weapon system augurs against the likelihood of such attacks». Cfr. SCHMITT, M. N., «Drone Attacks under the *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*: Clearing the Fog of Law», *op. cit.*, p. 321.

⁹⁵ Esta disposición reza así: «Las personas civiles gozarán de la protección que confiere esta Sección, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación».

⁹⁶ Sobre la interpretación del Comité Internacional de la Cruz Roja, cfr. *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law* (prepared

de esas armas que se utilizaron para intentar neutralizar a estos grupos, cuya complejidad era bien conocida⁹⁷. Esta Guía Interpretativa se adoptó con dos fines. El primero era clarificar las condiciones que pudieran permitir cuándo se podría matar legalmente a una persona para calificar los combatientes legales y distinguirlos de los civiles. Y el segundo, en nuestra opinión más importante, era presentar una opinión para dirimir la cuestión de qué había que llevar a cabo o qué conducta había que tener para que se pueda afirmar que participa directamente en las hostilidades, actitudes complejas que están presentes sobre todo en los conflictos armados no internacionales, debido a los retos que se estaban presentando a la hora de dirigir las operaciones militares en las denominadas «wars amongst the people», que suelen presentar muchas guerras contemporáneas.

A este respecto, la Guía Interpretativa recoge tres grandes criterios para aclarar y poder afirmar los casos en los que se participa directamente en las hostilidades que, como señala Jelena Pejic, son los tres siguientes, que son además acumulativos:

«Is must be likely to adversely affect the military operations or military capacity of a party to an armed conflict or, alternatively, to inflict death, injury or destruction on persons or objects protected against direct attack (threshold of harm); there must be a direct causal link between the act and the harm likely to result either from that act, or from a coordinated military operation of which that act constitutes an integral part (direct causation); and the act must be specifically designed to directly cause the required threshold of harm in support of a party to the conflict and to the detriment of another belligerent nexus»⁹⁸.

by Nils Melzer), en: [http://www.icrc.org/Web/eng/siteengo.nsf/htmlall/direct-participation-report_\\$File/direct-participation-guidance-2009-icrc.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteengo.nsf/htmlall/direct-participation-report_$File/direct-participation-guidance-2009-icrc.pdf) (en el futuro se citará como «*Interpretative Guidance*» o «Guía Interpretativa»).

⁹⁷ Uno de los primeros ataques con estas armas que causó una cierta polémica tuvo lugar en Yemen en noviembre de 2002, cuando un Predator mató a seis miembros sospechosos de Al-Qaeda. Cfr. JOHNSTON, D. y SANGER, D. E., «Fatal Strike in Yemen was Base on Rules Set out by Bush», *The New York Times*, de 6 noviembre 2002, en: <https://www.nytimes.com/2002/11/06/world/threats-responses-hunt-for-suspects-fatal-strike-yemen-was-based-rules-set-bush.html>. Para el caso de Israel, cfr. MOORE, M., «Israel's Lethal Weapon of Choice», *The Washington Post*, de 29 de junio 2003, en: <https://www.washingtonpost.com/archive/politics/2003/06/29/israels-lethal-weapon-of-choice/a17bb6c9-0fd5-47e8-99b0-84df9b09a336/>

⁹⁸ Sobre esta «*Interpretative Guidance*», ver también PEJIC, J., «Extraterritorial Targeting by Means of Armed Drones: Some Legal Implications», *op. cit.*, pp. 89-91, especialmente p. 90.

Otro aspecto presente en la Guía Interpretativa, Regla IX, atañe a las restricciones del uso de la fuerza en un ataque directo, en donde exactamente se señala que:

«Además de las restricciones que impone el Derecho internacional humanitario respecto a los métodos y medios de combate y sin perjuicio de las demás restricciones que dimanen de otros instrumentos de Derecho internacional aplicables, el tipo y el grado de fuerza que está permitido emplear contra las personas que no tienen derecho a protección contra los ataques directos no deben ser excesivos en relación con lo que efectivamente sea necesario para lograr el objetivo militar legítimo en las circunstancias del caso»⁹⁹.

Esta alusión a las circunstancias de cada caso es importante y traza las dificultades que encuentra la Guía Interpretativa a la hora de compaginar el principio de necesidad militar y el de humanidad, señalando que a falta de una reglamentación expresa, el tipo y grado de fuerza permisible en los ataques contra objetivos militares legítimos deberían ser determinados a la luz de dichos principios, que son la base e influyen en toda la estructura del Derecho internacional humanitario, pues son principios que guían la interpretación de los derechos de los beligerantes, sin restringir ni invalidar las disposiciones específicas del DIH. Desde esta perspectiva, es imposible determinar con anterioridad el nivel y la cantidad de fuerza necesaria que debe utilizarse en cada caso, aunque las consideraciones de humanidad ya exigen que no se causen más muertos, heridos o destrucción que las que realmente sean necesarias para conseguir el objetivo militar legítimo, tomando en consideración las circunstancias de cada caso.

Sin embargo, esta evaluación no siempre es fácil, y en muchos casos la decisión hay que tomarla en un corto espacio de tiempo. A todo esto alude la Guía Interpretativa, señalando que «el tipo y el grado de fuerza que se consideran necesarios en un ataque contra un objetivo militar particular supone una compleja evaluación basada en una amplia variedad de circunstancias operacionales y contextuales. La finalidad no puede ser sustituir el juicio de un comandante militar por normas inflexibles o poco realistas; lo que hace falta es evitar el error, la arbitrariedad y el abuso proporcionando principios rectores para elegir los medios y métodos de combate según la evaluación que

⁹⁹ Cfr. *Interpretative Guidance...*, *op. cit.*, p. 77.

el Comandante haga de la situación»¹⁰⁰. A nuestro entender, el caso de las operaciones militares de Israel en Gaza o contra Hizbolláh en el Líbano podrían ser casos ejemplares. Y es que, en conflictos de esta naturaleza, como es el caso de Hamás, o incluso de Hizbolláh, hay una tercera categoría de miembros a tomar en consideración, pues ciertos miembros no forman parte ni de las fuerzas regulares de un Estado en el caso de Hizbolláh en el Líbano, ni del grupo armado, pero tampoco pueden considerarse como civiles.

Esta Guía Interpretativa ha suscitado varias críticas, aunque nadie duda de la buena fe presente en las personas que la han redactado o colaborado en ella. Las situaciones presentes en los diferentes conflictos son muy distintas en cada caso, y a pesar de que esto está siempre presente en la Guía, esta no ha dejado de suscitar ciertas críticas, en nuestra opinión fundadas, por ser poco realistas, y por favorecer o ampliar de forma excesiva, el concepto de persona civil, y no el de combatiente en los grupos armados no estatales. Y es que a nadie se le escapa que en estos grupos o subgrupos armados hay un número importante de miembros que no tienen como función la de «participar continuamente en los combates», sino la de prestar el apoyo continuo y sustancial para que dichos grupos armados puedan combatir o seguir combatiendo. Es por así decir, los que prestan la intendencia e incluso la logística necesaria para que los grupos armados lleven a cabo sus operaciones militares. Pues bien, para el Comité Internacional de la Cruz Roja estos miembros y las funciones que desempeñan son considerados como civiles, aunque en realidad sus funciones son similares a las que desempeñan los miembros de las fuerzas armadas estatales que sí que van a poder ser atacadas. Es decir, se le otorga una especie de inmunidad frente a los ataques de la que no gozan, estando en la misma situación, las personas que sirven en las fuerzas regulares estatales¹⁰¹. Así pues, según la «Interpretative Guidance» estos civiles que apoyan y prestan los servicios a los grupos armados, solo perderían su impunidad o protección si llevan a cabo actos que pudieran caer dentro de esa estricta interpretación según la cual deberían «participar directamente en las hostilidades»¹⁰².

¹⁰⁰ Cfr. *ibid.*, p. 80.

¹⁰¹ WATKING, K.K., «Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC Direct Participation in Hostilities Interpretative Guidance», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n° 3, 2010, pp. 641-695, especialmente 643-644. Este número de esta Revista está dedicado a este tema.

¹⁰² A este respecto, la «Interpretative Guidance», señala lo siguiente: «While it is generally recognized that members of State armed forces in non-international armed conflicts do not qualify as civilians, treaty law, State practice and international jurisprudence have not unequivocally settled whether

En nuestra opinión las tesis restrictivas recogidas en la «Interpretative Guidance» generan no solo dolor de cabeza, sino también de conciencia, ya que puede haber células de miembros de grupos armados encargados de comprar, manufacturar o mantener armas u otras clases de equipos fuera del marco específico de operaciones militares en tanto que civiles, e incluso servicios de espionaje, inteligencia, etc., y sin embargo, no ser considerados como miembros del grupo armado para el que actúan¹⁰³. Es más, se sugiere igualmente que estos civiles no puedan ser atacados aunque vayan acompañando a los grupos armados, proveyéndolos de material y soporte técnico¹⁰⁴. Desde esta perspectiva, todo parece indicar, como ya se ha señalado que la «Interpretative Guidance» suscita más cuestiones que respuestas, y no parece que tras seis años de trabajo hayan corregido lo que se habían propuesto, a saber, dar una interpretación de la participación directa en las hostilidades que reforzara la protección de los civiles y promover mejor comprensión así como una aplicación fiel del DIH¹⁰⁵.

the same applies to members of organized armed groups (i.e. the armed forces of non-State parties to an armed conflict). Because organized armed groups generally cannot qualify as regular armed forces under national law, it might be tempting to conclude that membership in such groups is simply a continuous form of civilian direct participation in hostilities. Accordingly, members of organized armed groups would be regarded as civilians who, owing to their continuous direct participation in hostilities, lose protection against direct attack for the entire duration of their membership. However, this approach would seriously undermine the conceptual integrity of the categories of persons, underling the principle of distinctions most notably because it would create parties to non-international armed conflicts whose entire armed force remain part of the civilian population. As the wording and logic of Article 3 GC IV and Additional Protocol II (AP II) reveals, civilians, armed forces and organized armed groups of the parties to the conflict are mutually exclusive categories also in non-international armed conflict». Cfr. *Interpretative Guidance...*, *op. cit.*, pp. 31-32.

¹⁰³ Cfr. *Interpretative Guidance...*, *op. cit.*, pp. 34-35.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 35.

¹⁰⁵ Para más detalles sobre estas cuestiones que suscitó este texto, cfr. WATKING, K.K., «Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC 'Direct Participation in Hostilities' Interpretative Guidance», *op. cit.*, pp. 657-660 y 693-695. Otros autores son de la misma opinión, como BOOTHBY, B., «And for Such Time As: The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, 2010, pp. 741-768. Este autor señala en su Conclusión (pp. 765-766) que la crítica por las cinco razones siguientes: «First... is wrong to limit the preparatory acts that involve a loss of protected status to preparation for an attack: the ICRC compounds this error by further restricting the notion to preparation for a particular attack. Second, when the Interpretative Guidance discusses deployment to and return after direct participation, the ICRC interpretation to what amounts to DP (Direct Participation) is for to restrictive. Third, by restricting the definition of civilians capable of continuous loss of protection to those who are members of organized armed groups with a continuous combat function, the ICRC prejudice the important balance between military need and humanitarian interest inherent in international law. Fourth, the correct position at customary law is that civilians who directly participate lose their protected status for the approximate period of that participation,

Dicho esto, no es extraño que esta interpretación tan restrictiva presente en la «Interpretative Guidance» haya suscitado esta clase de reacciones, ya que, si se aplicara tal y como está expuesta, se reduciría considerablemente el alcance de la lucha contra estos grupos armados y, lo que es más grave, sería un aliciente para crearlos, pues una buena parte de sus miembros tendrían inmunidad en los combates. Hay que tener siempre presente los hechos tal y como están recogidos en el caso *United States v. List*, que no tiene por objeto juzgar los hechos de los maquis o partisanos, sino el de juzgar a los oficiales alemanes por haberlos ejecutado. Esto puede explicar, como señala Ian Henderson, por qué no se debate en el caso la cuestión de saber si esos hechos constituían una ayuda o si podía ser considerado como una participación en los combates, aunque el Tribunal señala que las acciones de los partisanos consistían en llevar a cabo ataques para destruir las infraestructuras de transporte y de comunicaciones, ataques por sorpresa, emboscadas y la captura de soldados alemanes que a menudo eran torturados o simplemente ejecutados. De ahí que el precitado autor llegue a la conclusión de que estos hechos como «...aiding, abetting or participating in fighting is a subset of actions that amount to direct participation in hostilities»¹⁰⁶.

there being no revolving door of protection, and that repeated participation can be the basis of a determination that the individual is continuously engaged and thus continuously liable to attack. Fifth, the ICRC interpretation of the word 'participates' in the treaty rule excessively narrows the notion of DPH (Direct Participation in Hostilities), by inappropriately excluding the notion of continuous participation. For these reasons, the Interpretative Guidance, in its treatment of the time dimension to the DPH rule, should be considered with some care». Ver también PARKS, H., «Part IX of the ICRC 'Direct Participation in Hostilities' Study: No mandate, No Expertise and Legally Incorrect», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, 2010, pp. 769-831; SCHMITT, M. N., «Deconstructing Direct Participation in Hostilities: the Constitutive Elements», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, 2010, pp. 697-739; para una respuesta a estas críticas, MELZER, N., «Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: a Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, 2010, pp. 833-916.

¹⁰⁶ Cfr. HENDERSON, I., «Civilian Intelligence Agencies and the Use of Armed Drones», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 13, 2010, pp. 133-173, especialmente pp. 143-144. Para ilustrar esta afirmación, este autor pone los siguientes ejemplos: «A person who delivers mortar rounds from a factory to a central ammunition depot is participating in the war effort; and accordingly is only indirectly participating in hostilities. A person who delivers mortar rounds to a magazine at a remote fire base, but not while a fire mission is underway, is directly participating in hostilities, but is not aiding, abetting or participating in fighting (at least not as that term is used in the Hostage Trial). A person who delivers mortar rounds from a magazine to a mortar team during a fire mission is aiding, abetting or participating in fighting... A further example... Take the interesting case of civilians acting as coast-weatherers in their own territory and thereby providing advance warning of the approach of enemy forces. It is clear that such civilians are taking a direct part in hostilities and are liable to attack», pp. 144-145.

Por último, la Guía Interpretativa nos recuerda en relación con las consecuencias de la recuperación de la pérdida de la protección como persona civil, que el Derecho internacional humanitario no prohíbe ni favorece la participación directa de las personas civiles en las hostilidades. Sin embargo, deja bien claro que cuando «las personas civiles dejan de participar directamente en las hostilidades, o cuando miembros de grupos armados organizados que pertenecen a una parte no estatal en un conflicto armado dejan de asumir una función continua de combate, recuperan la plena protección como personas civiles contra los ataques directos, pero no quedan exentos de ser enjuiciados por las violaciones que puedan haber cometido contra el derecho interno y el Derecho internacional»¹⁰⁷. Evidentemente, este derecho a participar directamente en las hostilidades no significa que se tiene derecho a realizar actos prohibidos por el DIH, sino que solo otorga a los combatientes inmunidad contra los eventuales enjuiciamientos que el Derecho interno prevea por los actos que, a pesar de ser conformes con el DIH, puedan constituir delitos de conformidad con el Derecho penal nacional de las partes en conflicto, es decir el denominado «privilegio de combatiente», recogido en el artículo 43.2 del Protocolo I. Tampoco le exime de la responsabilidad por crímenes de guerra u otros crímenes recogidos en el Derecho internacional.

La Guía Interpretativa es, como su nombre indica, un instrumento que provee de elementos básicos de juicio a los mandos militares y a todos aquellos que se ocupen de programar las operaciones militares a la hora de elaborar la noción de la participación directa en las hostilidades. Son principios que deban ser llevados a la práctica en el terreno de las operaciones, y es aquí donde entra en juego en muchos casos esa expresión tan conocida y razonable que es «a la luz de todas las circunstancias del caso».

4.3. *Los drones y algunas controversias en relación con el alcance del principio de distinción*

En relación con los drones y el principio de distinción, queremos hacer los siguientes comentarios. Los drones son utilizados en muchas ocasiones por ser un arma de precisión que puede alcanzar objetivos causando menores daños que si se recurre a otras armas al estar provistos en general de misiles guiados

¹⁰⁷ Cfr. *Interpretativa Guidance...*, *op. cit.*, p. 83.

por láser, siendo además capaces de utilizar las denominadas «GBU-38 Joint Direct Attack Munitions Bom» (JDAM) y otras armas guiadas también por láser como las GBU-12 Paveway II, bastante utilizados por las fuerzas estadounidenses. Sin embargo, es sabido que en ciertos casos es muy difícil obtener información realmente fidedigna. Es más, en las guerras, los errores son en algunos casos inevitables debido a varias circunstancias, de ahí que cuando hay tragedias como muertes de vidas inocentes, esto no quiere decir sin más que los ataques sean ya ilegales, pues hay que examinar si esos daños «colaterales» son excesivos en relación con la ventaja militar o si son realmente necesarios llevarlos a cabo¹⁰⁸. Desde esta perspectiva, es difícil en general que los drones violen el principio de distinción. No obstante, sí que se ha recurrido a ellos para atacar individuos u objetivos cuya legalidad ha sido puesta en duda por algunos, al menos en ciertos casos, cuando han llevado ataques contra individuos o miembros de un grupo armado que no desempeñaban estrictamente funciones de combate permanentemente, y que por lo tanto se ha considerado, como hemos visto con la «Interpretative Guidance», que en estos casos no eran combatientes, al no participar directamente en las hostilidades, tesis que, como ya hemos apuntado, no compartimos. Pero en este caso, no se pone en duda el arma utilizada, los drones, sino el estatuto legal del objetivo.

Un aspecto no muy utilizado por la doctrina es saber si lo que se denomina «la máquina de la propaganda de guerra» puede ser un objetivo militar o no. Esta cuestión estuvo en el tapiz de la actualidad jurídica en esta materia a raíz de la guerra de Irak de 1991-1992 y, posteriormente, tras el bombardeo por la OTAN en 1999 en la antigua Yugoslavia. En el caso de la guerra de Irak de 1991-1992, en un Informe que presentó el Departamento de Defensa de los Estados Unidos al Congreso sobre la conducta en la guerra se señalaba que: «*When objects are used concurrently for civilian and military purposes, they are liable to attack if there is a military advantage to be gained in their attack*»¹⁰⁹. Y añade además que la «ventaja militar» no se restringe únicamente a las ventajas tácticas, sino que está vinculada completamente a todo el contexto de la guerra, en el caso en cuestión, a la ejecución del plan de la Coalición que no es otro que liberar Kuwait. Desde esta perspectiva, dicho Informe asumió que

¹⁰⁸ Cfr. BYRON, C., «International Humanitarian Law and Bombing Campaigns: Legitimate Military Objectives and Excessive Collateral Damage», *op. cit.*, pp. 180-181.

¹⁰⁹ Cfr. *United States: Department of Defence Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War-Appendix on the Role of the Law of War*, en *International Legal Materials*, vol. 31, n° 3, 1992, pp. 612-644, especialmente p. 623.

atacar a todos los sectores de las comunicaciones iraquíes era esencial para la destrucción del C2 militar iraquí¹¹⁰, que era considerado fundamental tanto para la defensa de la fuerza aérea como para las fuerzas terrestres, estando todo centralizado y bajo la más alta autoridad, es decir Sadam Hussein. Es más, los puentes que atravesaban el río Éufrates contaban múltiples líneas de fibra óptica para asegurar estas comunicaciones, por lo que: «...Civilians using those bridges or near other targets at the time of their attack were at risk of injury incidental to the legitimate attack of those targets»¹¹¹. El mismo análisis se lleva a cabo con las redes de energía eléctrica, por ser de uso conjunto, civil y militar. Es más, se señala que en estos entornos hay población civil que corre serios riesgos en caso de ataques, a menos que sean evacuados, cosa que, a pesar de las advertencias, las autoridades iraquíes no hicieron¹¹².

El otro caso controvertido es el bombardeo por parte de la OTAN de las comunicaciones de Serbia durante la guerra de Kosovo de 1999, durante la cual se bombardeó la estación de televisión y la radio central de Belgrado en el que murieron entre diez y diecisiete civiles, acusando a la OTAN por parte de algunas ONGs, de cometer además otros crímenes de guerra. Algunas de estas ONGs dirigirían después informes al Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, señalando que se habían cometido crímenes de guerra por parte de las fuerzas de la OTAN, entre las cuales figuraba un genocidio, a causa del número de víctimas que habían producido los ataques a la población civil. El Fiscal de dicho Tribunal creó un Comité el 24 de mayo de 1999 con el mandato de asesorar al Fiscal si había bases suficientes para iniciar una investigación. El 8 de junio del 2000, el Comité recomienda que «On the basis of Information available, the committee recommends that no investigation be commenced by the OTP in relation to the NATO bombing campaign or incidents occurring during the campaign»¹¹³. Y respecto a la cuestión del genocidio, el Informe señala claramente que: «*If one accepts the figures of this*

¹¹⁰ La C2 es el «military command and control system».

¹¹¹ Cfr. *United States: Department of Defence Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War...*, *op. cit.*, p. 624.

¹¹² Para más detalles sobre esta cuestión, véase los comentarios de BYRON, C., «International Humanitarian Law and Bombing Campaigns: Legitimate Military Objectives and Excessive Collateral Damage», *op. cit.*, pp. 183-186.

¹¹³ Cfr. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY): *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, June 8, 2000. Ver el texto en *International Legal Materials*, vol. 39, 2000, pp. 1257-1283, p. 1293, párrafo 91.

compilation of approximately 495 civilians killed and 820 civilians wounded in documentary instances, there is simply no evidence of the necessary crime base for charges of genocide or crimes against humanity»¹¹⁴.

En nuestra opinión, a pesar de las críticas que ha recibido este Informe, preconizar y defender que hubo un genocidio es salirse de contexto. Por otro lado, es cierto que hubo situaciones que pueden suscitar cuestiones como el ataque al tren civil de pasajeros en Grdelica Gorge el 12 de abril de 1999, el ataque al convoy en Djakovica el 14 del mismo mes o el ataque a la Embajada de la República Popular China en Belgrado el 7 de mayo de 1999, ataques que fueron considerados errores muy particulares¹¹⁵. En efecto, en el caso del ataque al tren de Grdelica Gorge, el Secretario de Defensa de los Estados Unidos, indicó que el objetivo era atacar un puente de ferrocarril, pero que justo en ese momento un tren pasaba por allí, y que el piloto había ya lanzado el misil a una distancia de muchas millas del objetivo. Esto fue confirmado también por el Comandante General de la OTAN para Europa. El puente estaba integrado en la red de comunicaciones serbias¹¹⁶. En cuanto al convoy en Djakovica¹¹⁷, que causó entre 70/75 muertos y 900 heridos, la OTAN se negó al principio a asumir cualquier responsabilidad, pero posteriormente la asumió, indicando que el objetivo era destruir las fuerzas especiales de policía serbias (the MUP), las cuales habían estado llevando a cabo los días precedentes operaciones de limpieza étnica. Por último, en el caso del ataque a la Embajada China, que mató a tres ciudadanos de este país, y causó una quincena de heridos, el error se debe a que esta Embajada estaba erróneamente identificada como si fuera la «Yugoslav Federal Directorate for Supply and Procurement (FDSP) en el n° 2 Umenotsi Boulevard en el nuevo Belgrado, lo que llevó a la CIA a considerarla como un objetivo militar, al representar un papel importante en el poder militar yugoslavo¹¹⁸.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 1283, párrafo 90. Sobre este Informe, véase el análisis crítico que lleva a cabo RONZITTI, N., «Is the *non liquet* of the Final Report by the Committee Established to Review the Nato Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia Acceptable?», *International Review of the Red Cross*, vol. 82, n° 840, 2000, pp. 1017-1027. Ver también los comentarios de BYRON, C., «International Humanitarian Law and Bombing Campaigns: Legitimate Military Objectives and Excessive Collateral Damage», *op. cit.*, pp. 184-185.

¹¹⁵ Cfr. *International Legal Materials*, vol. 39, 2000, pp. 1273-1275, pp. 1275-1277 y 1280-1281, respectivamente.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 1637, párrafo 59.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 1275, párrafo 64.

¹¹⁸ A este respecto, el Secretario de Estado estadounidense, Thomas Pickering, ofreció la siguiente explicación: «The bombing resulted from three basic failures. First, the technique used to locate the intended target –the headquarters of the Yugoslav Federal Directorate for Supply and

Así las cosas, y a pesar de estos incidentes erróneos, el Informe reconoce que hay bastantes cosas confusas, y poco claras, de ahí que rechace proceder a una investigación sobre los incidentes ocurridos. Justifica esta actitud, señalando que: «*In all cases, either the law is not sufficiently clear or investigations are unlikely to result in the acquisition of sufficient evidence to substantiate charges against high level accused or against lower accused for particularly heinous offenses*»¹¹⁹. Este Informe del Comité establecido por la Fiscalía del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia no fue considerado como el más satisfactorio por algún autor¹²⁰. Dicho esto, está claro que la Guerra de Kosovo fue una guerra rara desde el punto de vista humanitario. En su fase interna, se cometieron graves violaciones del Derecho internacional humanitario, y en su fase internacional hemos visto cómo la OTAN, con Estados Unidos a la cabeza, con algunas pequeñas notas discordantes, ponían de rodillas a un régimen que destacó por haber cometido atrocidades. ¿Era necesaria tanta destrucción por parte de la OTAN? Como ya se apuntó en su día, la OTAN no tenía en realidad necesidad de tanta destrucción. Luchar solo desde el aire, lanzando misiles dirigidos por LÁSER (cuya sigla inglesa indica *Light Activation by Stimulated Emission of Radiations*), y sabiendo que uno es inalcanzable desde tierra y desde el aire, es realmente una guerra rara. Una guerra en la que la OTAN no tuvo ni una sola baja en combate ¿es realmente una guerra? Desde entonces, los conflictos armados se han estudiado desde una perspectiva un poco distinta recurriendo a diversos términos o conceptos, como conflictos asimétricos, híbridos, etc.), y retando al DIH¹²¹.

Procurement (FDSP)– was severely flawed. Second, of the military or intelligence databases used to verify target information contained the correct location of the Chinese Embassy. Third, nowhere in the target review process was either of the first two mistakes detected. No one who might have known that the targeted building was not the GF DSP headquarters –but was in fact the Chinese Embassy– was ever consulted». *Ibid.*, p. 1280, párrafo 81.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 1283, párrafo 90.

¹²⁰ A este respecto, cfr. por ejemplo, RONZITTI, N., «Is the *non-liquet* of the Final Report by the Committee Established to review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia Acceptable?», *op. cit.*, p. 1026.

¹²¹ Cfr. BERMEJO GARCÍA, R., «El conflicto de Kosovo a la luz del Derecho internacional humanitario», *op. cit.*, pp. 115-116. Ver también BUGNION, F., «Le droit international humanitaire à l'épreuve des conflits de notre temps», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 81, n° 835, 1999, pp. 487-497, especialmente pp. 493-495, que señala lo siguiente: «... l'intervention des forces de l'OTAN a permis d'atteindre les principaux objectifs qui lui étaient assignés. Elle n'en soulève pas moins des délicates questions au regard du droit international humanitaire... Inversement, il est incontestable que la passivité face à des violations graves et délibérées des lois et coutumes de la guerre ou des droits de l'homme face à des politiques qui visent à déraciner

Otra cuestión que se ha suscitado con los objetivos militares es saber si el sistema económico y financiero de un Estado podría considerarse o no como objetivo militar. Aunque el concepto de objetivo militar no debe ser interpretado de una forma amplia, lo cierto es que el CICR no ha desechado de pleno esta teoría al considerar que en ciertas circunstancias los objetivos económicos que apoyan efectivamente las operaciones militares podrían ser considerados como objetivos militares, siempre y cuando ese ataque proporcione una determinada ventaja militar¹²². Conviene apuntar, sin embargo, que estos aspectos económicos y financieros van a estar vinculados a edificios o bases en donde estén presentes ciertas industrias armamentísticas o centros económicos o financieros importantes vinculados con aspectos militares, pasando así a ser considerados como objetivos militares. Algunos códigos militares de determinados países avalan esta posibilidad, siguiendo así las sendas que ya hemos apuntado en relación con las comunicaciones, etc.

Pero los drones no dejan de sorprender a la hora de aplicar el principio de distinción por las capacidades que están adquiriendo en su desarrollo tecnológico. Un buen ejemplo de ello es el que ha presentado Israel en el Salón aeronáutico de París del 17/23 de junio de 2019, denominado T-Heron, que dispone de las tecnologías más avanzadas diseñadas para misiones tácticas en el campo de batalla. Su diseño es versátil, y adecuado para una variedad de cargas útiles de hasta 180 kg., operado ampliamente por las tropas terrestres, los guardias de costa, así como por otras fuerzas de protección. Su motor Rotax le permite volar a una altitud máxima de 24.000 pies, y alcanzar una velocidad de 120 nudos. Es además polivalente, pudiendo desempeñar funciones de reconocimiento, combate y apoyo. Puede ser además muy útil para transportar misiles aire-tierra con el fin de eliminar objetivos hostiles¹²³.

Desde esta perspectiva, no es extraño que los Estados se hayan volcado en estas armas como un medio cada vez más frecuente para llevar a cabo determinadas operaciones relacionadas sobre todo con ataques a personas vinculadas con los grupos armados. Y es que, como ya hemos apuntado, sigue habiendo

des populations, face au génocide –et cela, où que ces faits se produisent– ne peut manquer de ruiner l'autorité de droit international humanitaire et celle du système international des droits de l'homme... l'inaction est porteuse de nouveaux drames de nouveaux conflits et de nouvelles victimes». Para más detalles sobre la intervención de la OTAN, ver *infra*.

¹²² Sobre esta cuestión, cfr. HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law*, vol. I. Rules, ICRC, Geneva-Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 29-32.

¹²³ El T-Heron se une así a la familia Garza de los Estados Unidos.

controversias a la hora de saber qué personas pueden ser objeto de ataques, y si es que están relacionadas o no con esa noción de «participación directa en las hostilidades». Y es que, a este respecto, se ha hablado de operaciones que llevan a cabo los drones denominadas «signature strikes», que consisten en que los drones van a poder atacar objetivos tras haber detectado en un grupo de personas actividades sospechosas relacionadas, sobre todo, con actividades terroristas, o actividades que no están confirmadas por otros entes de control, como los servicios de inteligencia. Un ejemplo de esta situación y de esta figura, es el ataque el 4 de febrero de 2002 en Zawhar Kili, que ha sido descrito y comentado por Heller Kevin Jon de la manera siguiente:

«On 4 february 2002, a Predator, drone operated by the Central Intelligence Agency (CIA) spotted three men standing in Zawhar Killi, an abandoned mujahedeen complex located near the city of host in Afganistan's Paktia province. One of the men war tall; the others were supposedly acting reverently towards him. Convinced that the men were legitimate targets –and hoping that the tall man was Osama Bin Laden– the CIA fired a Hellfire missile from the Predator, killing all three instantly. Bin Laden was not the tall man; journalists later determined that none of the men were even affiliated with Al-Qaeda or the Taliban. They were simply innocent civilians in the wrong place at the wrong time. The attack at Zawhar Killi is the first known example of what has come to be called ‘a signature strike’ – a drone attack that targets groups of men who bear certain signatures, or defining characteristics associated with terrorist activity, but those identities aren't known»¹²⁴.

Este autor nos explica después¹²⁵ las condiciones legales invocadas por los Estados Unidos para llevar a cabo operaciones al amparo de esta figura, pero que conviene subrayar que no forma parte del DIH, ni es en sí una nueva noción jurídica que se pueda invocar a la hora de aplicar el principio de distinción. Por lo tanto, cualquier ataque que se lleve al amparo de estas suspicacias no le da *per se* la legalidad de la acción, sino que para eso tiene que respetar las reglas positivas que regulan el principio de distinción. Esto no quiere decir, sin

¹²⁴ Cfr. HELLER, K. J., «One Hell of a Killing Machine:signature Strikes and International Law», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, n° 1, 2013, pp. 89-119, p. 1. Disponible también en: <https://academic.oup.com/jiej/article/11/1/89&938075> [consultado: 05/06/2019]. Ver también una definición similar en: <https://en.oxforddictionaries.com>.

¹²⁵ Cfr. *ibid.* epigrafe 3, apartado B. Legal Adequacy of Signatures.

embargo, que no se pueda vigilar la zona y tirar las conclusiones pertinentes en torno a saber si puede haber o hay gente sospechosa de colaborar o ayudar a ciertos grupos armados o a grupos vinculados con actividades terroristas, pero esto no les da ya carta libre para considerarlos como objetivo militar. No se puede atacar un objetivo simplemente sobre la base de presunciones.

Dicho esto, no se puede olvidar que el ejemplo precitado es de 2002, y que se combatía en unas circunstancias confusas con muchos grupos armados de difícil calificación¹²⁶, cuyos miembros o adláteres jugaban con trampas de cualquier índole, incluida la perfidia. Hoy en día, los medios tecnológicos han cambiado muchos de estos condicionantes, de ahí que la confianza en los drones se haya reforzado, sin que esto quiera decir que, a pesar de haber adoptado las medidas de precaución pertinentes, no se puedan cometer todavía errores¹²⁷. Esto ocurre con cualquier arma, y nos atrevemos a decir que actualmente esto ocurre más a menudo que con los drones. ¿Por qué salen los drones en los medios y no tanto el resto de armas? A nuestro entender, esto se debe a dos razones: una es la naturaleza de las misiones que se les encomienda, en muchos casos más difíciles; y la otra la eficacia demostrada, pero cuando hay un error, este es claro y evidente y, por lo tanto, difícil de encubrir.

¹²⁶ Como se sabe, los conflictos asimétricos presentan unas especificidades que dificultan en muchos casos una buena aplicación del DIH. A este respecto, cfr. GEISR, R., «Asymetrix Conflict Structures», *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n° 864, 2006, pp. 757-777.

¹²⁷ Errores se pueden cometer en cualquier conflicto, aunque es cierto que en muchos de los conflictos armados de hoy en día, y debido a las características que presentan, esto es casi inevitable, incluso tras haber informado por todos los medios de que la zona en cuestión va a ser atacada. Esto ha ocurrido en algunos casos en operaciones militares en zonas pobladas, como ha sido el caso en Gaza. Conviene advertir, sin embargo, que esta obligación de advertir a la población civil de un ataque sigue vigente, a pesar de que algunos se hayan pronunciado diciendo que eso de advertir a la población antes de llevar a cabo «a bombardement is reflection of a past age of warfare», y que solo es válido para objetivos fijos. Es más, incluso tras las advertencias hechas, el objetivo militar puede ser movido. Por eso, las advertencias se hacen siempre con un plazo de tiempo muy corto para evitar que se cambie el objetivo. A este respecto, ver, por ejemplo, ROWE, P., «Kosovo 1999: The Air Campaign-Have the Provisions of Additional Protocol I Withstood the Text?», *International Review of the Red Cross*, vol. 82, n° 837, 2000, pp. 147-181, especialmente p. 154. No obstante, hay que reconocer que la regla prevista en el artículo 57.2 (c) del Protocolo I deja claro que la regla está ahí, aunque no sea absoluta, como prevé esta misma disposición *in fine* al señalar «salvo que las circunstancias lo impidan». Y es que como ha señalado Jean-François Quéguiner «While practice confirms that the obligation to warn remains a fundamental precaution in attack, it also draws attention to the fact that this rule is not phrased in absolute terms... Military necessity sometimes requires that the rule be flouted if compliance would result in annihilating –or at least seriously compromising– the military operation’s chance of success». Cfr. QUÉGUINER, J. F., «Precautions under the Law Governing the Conduct of Hostilities», *op. cit.*, p. 807.

4.4. *Los drones y el debate sobre el principio de proporcionalidad*

Una de las críticas más comunes que se han llevado a cabo contra los drones ha sido no solo los daños excesivos producidos en caso de ataques considerados por algunos como indiscriminados, sino también que no tomaban en consideración la regla de la proporcionalidad. Se les ha reprochado que como los drones son pilotados desde bases que se pueden encontrar a miles de kilómetros de donde se llevan a cabo los ataques, no tienen el objetivo a la vista de un ser humano, lo que puede acarrear errores de apreciación en los ataques con desproporcionadas consecuencias. Por eso no hay que negar que en algunos casos personas civiles han muerto incidentalmente en ataques de drones. Sin embargo, a pesar de que haya habido estas personas muertas en ataques, esto no quiere decir sin más que los ataques fueran ilegales o desproporcionados, pues hay que ver las circunstancias en las que se desarrollaron. En efecto, si en tiempo de paz no se vislumbra el peligro que corren las personas civiles o los bienes de carácter civil que se encuentran a proximidad inmediata de los objetivos militares, en período de conflicto, si esto no se corrige, los ataques producirán estos daños colaterales. No hay que olvidar que los daños colaterales se producen no cuando se atacan objetivos civiles, que está en teoría prohibido, sino cuando se atacan objetivos militares cuyos efectos alcanzan también a las personas civiles o bienes de carácter civil. Además, como ya hemos apuntado, bienes de carácter civil pueden en ciertas circunstancias del combate convertirse en objetivos militares, poniendo así en peligro a las personas que se encuentren en su proximidad. Éste es el caso por ejemplo de construcciones o instalaciones de carácter civil que son ocupadas o utilizadas por las Fuerzas Armadas y, salvo en caso de pérdidas excesivas infligidas a las personas o bienes civiles, tales instalaciones podrán ser atacadas. Y es que hay que tener siempre presente que en la confusión que genera cualquier combate, se pueden cometer errores que, en algunos casos, son casi inevitables. Dicho esto, no hay que olvidar que el DIH que se aplica a los drones es precisamente el mismo que se aplica en los ataques con otras armas tanto en los conflictos internacionales como en los no internacionales.

El principio de proporcionalidad ha estado siempre presente en los debates que se han sucedido tras muchos conflictos armados tanto desde la perspectiva del *Jus ad Bellum* como del *Jus in Bello*¹²⁸. Y es que la regla de la

¹²⁸ Para un estudio pormenorizado sobre este principio, cfr. GARDAN, J., *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004. De una forma más

proporcionalidad tiene dos vertientes: la que limita el uso de la fuerza a los Estados, obligando a que cuando recurran a ella sea proporcional, y la del *Jus in Bello*, que limita los medios y los métodos a la hora de llevar a cabo las hostilidades. Aunque esta distinción es en principio clara teóricamente hablando, en la práctica se difumina considerablemente, como se ha visto en la guerra de Kosovo con la intervención de la OTAN, en la guerra de Afganistán, y, de una forma más específica incluso, en la guerra entre Israel y Hizbollah en el Líbano en 2006, así como en las diversas operaciones contra Hamás y otros grupos armados en Gaza, por citar solo estos ejemplos. Es evidente que en todos estos casos la cuestión que va a surgir es saber qué es «excesivo», ya que en algunos casos no habrá lugar a dudas, mientras que en otros puede haberlas. En este último caso, habrá que tomar en consideración el interés de la población civil que en algunos casos será evidente, y no en otros¹²⁹. Y es que siempre habrá que tomar en cuenta las circunstancias en las que se actúa, los medios de los que dispone el enemigo, si respeta o no el DIH, etc. Y esto vale tanto para el *Jus ad Bellum* como para el *Jus in Bello*.

Con esto queremos decir que en muchos de estos conflictos se suele invocar violaciones de este principio tanto desde la perspectiva del *Jus ad Bellum* como del *Jus in Bello*, mezclando en muchos casos distintas apreciaciones de esta regla en ambos ámbitos. Conviene dejar claro, además, que si la regla es generalmente aceptada sobre todo en el ámbito del DIH, y es, por tanto, una norma consuetudinaria, los problemas surgen sobre todo a la hora de aplicarla, es decir, ver cuál es su alcance en cada conflicto concreto, siendo más estricto en estos casos, los que no están involucrados en ellos, que los que están, aunque entre estos últimos es común que se reprochen abusos en relación con el conflicto. Como se sabe, ocurren en este ámbito descuidos o negligencias de distinto calado que, si no son graves, son más o menos asumibles. Esto no quita, sin embargo, que se tenga que asumir la responsabilidad pertinente. Como esta regla se aplica tanto en el *Jus ad Bellum* como en el *Jus in Bello*, vamos a dedicar unos comentarios, primero, al alcance que tiene este principio fundamental en el *Jus ad Bellum*.

general es analizado este principio por CANNIZZARO, E., *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 2000.

¹²⁹ Estas dudas están presentes en SANDOZ, Y.; SWINARSKI, C. y ZIMMERMAN, B. (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, párrafos 1979-1980.

4.4.1. La proporcionalidad en el *Jus ad Bellum*

En el ámbito del recurso al uso de la fuerza, la proporcionalidad va a tener que estar presente tanto para saber si está permitida cuando se trata de un recurso unilateral a la fuerza, como para determinar el calibre y la intensidad de la acción militar. Como se sabe, el recurso al uso de la fuerza está prohibido, salvo que se trate de legítima defensa, o haya sido decidido por el Consejo de Seguridad¹³⁰. Pero el problema de la legítima defensa es saber si ha habido o no un «ataque armado» (agresión en los textos francés, chino y ruso del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas), cuestión que sigue siendo muy controvertida en cuanto al umbral necesario para que pueda desencadenar la legítima defensa, a pesar del famoso asunto de Nicaragua de la Corte Internacional de Justicia¹³¹, así como si es posible defenderse ya antes del ataque, siempre que este sea inminente. Sin embargo, para la regla de la proporcionalidad en este ámbito, lo importante es, presumiendo obviamente que ha habido un ataque armado (porque si no el Estado que responde cometería una agresión)¹³², es cómo debe llevarse a cabo la respuesta y con qué intensidad.

Respecto a la cuestión de saber cuándo puede haber un ataque armado en relación con los drones, se podría decir que un ataque de una cierta entidad de un solo dron, ha sido considerado por algunos autores como que puede ya adquirir el umbral necesario para considerarse ya como ataque armado. Este es el caso de Stuart Casey-Maslen quien no duda en afirmar que si en 1988, el caso de los nueve comandos israelíes que mataron a un líder militar de la OLP en su casa de Túnez, fue considerado como una agresión por la Resolución 611 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 25 de abril de 1988, al violar flagrantemente la Carta, este hecho apoyaría que lo mismo puede hacer

¹³⁰ Dejamos al margen otras intervenciones militares como las denominadas humanitarias u otras que suscitan muchas controversias tanto en la doctrina como en la práctica.

¹³¹ A este respecto, cfr. *ICJ, Reports*, 1986, párrafos 176 y ss., párrafos 194-195 y párrafo 211

¹³² Se interpretaría también como ataque armado pequeños ataques que se repitan durante un tiempo de una forma más o menos constante, teoría invocada por Israel para llevar a cabo últimamente operaciones militares contra Hamás en Gaza, y contra Hizbollah en el Líbano, aunque esta actitud ha sido una constante en Israel desde su creación en 1948, es decir defenderse de los numerosos ataques que se llevaban a cabo contra territorio israelí. Cfr. BERMEJO GARCÍA, R., «Cuestiones claves del Próximo y Medio Oriente», en *La Unión Europea como actor global de las relaciones internacionales: retos y problemas seleccionados*, Cesáreo Gutiérrez Espada y María José Cervell Hortal (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 9-122. De este autor, ver también, «Israel en dos frentes», en *Conflictos armados y Derecho internacional humanitario: problemas actuales*, Consuelo Ramón Chornet (coord.), Tirant lo Blanch, 2008, pp. 171-210.

un dron¹³³. Y si hay ataque armado, este genera el derecho de legítima defensa, derecho que se rige por el principio de necesidad y de proporcionalidad, como ya se apuntó en Opinión Consultiva de la CIJ sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, principios de derecho consuetudinario¹³⁴.

Pero estos dos principios, considerados norma consuetudinaria, fueron antes ya analizados por la CDI en el Informe presentado por Roberto Ago¹³⁵, en donde se señala que el principio de necesidad implica que no existe otro medio para detener el ataque que no sea recurriendo a la fuerza armada, mientras que el principio de proporcionalidad alude «... a la relación entre esa acción y el fin que se propone alcanzar, es decir... detener y repeler la agresión o también, siempre que se admita la legítima defensa preventiva, impedir que se produzca la agresión. Sería equivocado, en cambio, creer que la proporcionalidad debe existir entre el comportamiento que constituye la agresión armada y el comportamiento que se opone a esta. Es muy posible que la acción necesaria para detener y repeler la agresión deba adquirir proporciones que no correspondan a las de la agresión sufrida. Lo que cuenta a este respecto es el resultado que debe alcanzarse mediante la acción ‘defensiva’ y no las formas, la sustancia y la intensidad de la acción misma»¹³⁶. Y es que la Comisión de Derecho Internacional distingue las represalias de la legítima defensa. En el primer caso, el equilibrio de proporciones entre la acción punitiva y la infracción es de una evidencia lógica. Pero en el segundo, la acción que se emprende, «... cuyo fin específico es detener y repeler una agresión armada, no es en absoluto seguro que esa acción debe revestir proporciones más o menos idénticas a las de la acción agresiva. Su licitud, por lo tanto, no debe medirse más que con arreglo a su aptitud para alcanzar el resultado buscado». Es más, no han

¹³³ Cfr. CASEY-MASLEN, S., «Pandora's Box? Drone Strikes under *Jus ad Bellum*, *Jus in Bello* and International Human Rights Law», *op. cit.*, pp. 602-603. El párrafo 1 de la Resolución 611 señala que el Consejo de Seguridad tras sentirse *profundamente preocupado* por este acto de agresión que constituye una amenaza grave y reiterada contra la paz, la seguridad y la estabilidad de la región en el Mediterráneo, en su párrafo 1 «Condena enérgicamente la agresión perpetrada el 16 de abril de 1988 contra la soberanía y la integridad territorial de Túnez en patente violación de la Carta de las Naciones Unidas, del derecho y de las normas de conducta internacionales». Esta Resolución se adoptó por 14 votos a favor y la abstención de los Estados Unidos.

¹³⁴ Cfr. ICJ *Legality of the Threat or Use of Nuclear weapons*, *Advisory Opinion of 8 July 1996*, párrafo 41.

¹³⁵ Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1980, vol. II, pp. 72-73, párrafos 120-121 (UN Doc. A/CN.4/318/Add.5-7).

¹³⁶ *Ibid.*, párrafo 121.

faltado autores que, como Charles Chaumont, no han aceptado incluso que en esta materia este concepto forme parte del Derecho internacional positivo¹³⁷.

Esta opinión de la CDI suscitó, sin embargo, algunos comentarios de sorpresa al no partir de una equiparación casi matemática entre la acción ofensiva del ataque y la defensiva, trampa en la que cayeron algunos autores, y en la que se han basado algunos dirigentes de Estados para condenar como excesivas ciertas acciones armadas defensivas, sobre todo en relación con Israel y sus operaciones militares contra Hamás en Gaza y Hizbolláh en el Líbano. Sin embargo, ha sido la que más se ha llevado a la práctica. En efecto, en este ámbito la regla de la proporcionalidad tiene dos facetas: la cuantitativa y la cualitativa. La primera implica que la respuesta debe tener una cierta proporcionalidad en relación con el ataque producido, pero esto no quiere decir que tenga que ser similar o igual, pues el Estado atacado puede dar una respuesta para que los ataques no puedan volver a producirse, al menos en un tiempo adecuado: aquí entramos ya en la calidad de la respuesta¹³⁸. En realidad, ambas facetas están dirigidas a obtener un mismo resultado, que es el de mantener el control de la respuesta para que esta no se aparte mucho del ataque recibido, aunque guardando el derecho del Estado que invoca la legítima defensa a impedir que vuelva a ser atacado. Este aspecto tiene su importancia, ya que, si esto no fuera así, el conflicto se podría regenerar en cualquier momento. Por eso, no estamos de acuerdo con lo que señala el Profesor Enzo Cannizzaro, cuando señala que tiene que haber un equilibrio entre la necesidad de repeler el ataque y el daño de la acción defensiva, pues esta ecuación, a pesar de que

¹³⁷ Este autor señala lo siguiente: «Le principe de proportionnalité ne fait pas partie du droit international positif. Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait que ce principe ait acquis une précision qu'il n'a pas actuellement. Il est notamment évident qu'interdire à la victime de l'agression la faculté d'employer des moyens plus puissants que ceux de l'adversaire, s'il en dispose, et si l'agresseur a par exemple commis une erreur d'appréciation sur ces moyens et leur emploi, aboutirait à favoriser l'agresseur, qui agit le premier, et à supprimer la dissuasion vis-à-vis des agresseurs potentiels. Cette observation fait d'ailleurs ressortir l'importance d'une exacte qualification de l'agression et de la légitime défense». Estas ideas fueron lanzadas por este autor al informe presentado por ZOUREK, J., «La notion de légitime défense en droit international. Aperçu historique et principaux aspects du problème», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 56, 1975, Sesión de Wiesbaden, p. 76.

¹³⁸ Este criterio cualitativo ha estado detrás de la respuesta israelí en la guerra con Hizbolláh en 2006, y en las tres grandes operaciones militares desencadenadas contra Hamás en Gaza tras la retirada de Israel de este territorio en 2005. En el caso de la guerra de Israel con Hizbolláh, cfr. CANNIZZARO, E., «Contextualizing Proportionality: *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the Lebanese War», *International Review of the Red Cross*, vol. 88, 2006, pp. 779-792. Este autor discrepa de las opiniones aquí expresadas.

parezca razonable y respetuosa con ciertos valores humanitarios, puede ser muy engañosa para pacificar la zona y llegar a una solución equilibrada¹³⁹. Y es que el derecho de legítima defensa no puede ser restringido sin tomar en consideración el derecho de todo Estado a vivir en paz y seguridad, derecho que a menudo se olvida cuando se trata de establecer esta correlación entre el que ha llevado a cabo el ataque, sea este un Estado o un grupo armado, y el Estado atacado. No se puede sin más, salvo casos excepcionales, atribuir las consecuencias sociales del conflicto al Estado que se defiende, y dejar impunes en esta materia al Estado o grupo armado que ha generado el conflicto.

Ignorar esta realidad, como si la proporcionalidad se rigiera por parámetros matemáticos, es olvidar no solo las premisas aristotélicas, sino también que el derecho tiene que adaptarse a la realidad. Y en esta materia, es muy posible que las medidas necesarias para detener y repeler la agresión tengan que ser proporcionalmente mucho mayores que las de la acción agresiva que ha generado el derecho de legítima defensa. Así las cosas, la licitud de la reacción en legítima defensa debe pues medirse con arreglo a su aptitud para alcanzar el resultado buscado tal y como lo puso de relieve la Comisión de Derecho Internacional, tal y como hemos apuntado. Es más, puede ser también un elemento de disuasión importante frente al Estado o grupo armado que ha llevado a cabo la agresión. Hay que evitar establecer criterios absolutos en relación

¹³⁹ *Ibid.*, p. 784. La legítima defensa no es solo repeler el ataque, sino también que no se vuelva a repetir en la medida de lo posible, sin que esto quiera decir que se pueda destruir sin más, y sin reglas aplicables al Estado o ente que ha llevado a cabo el ataque. Este autor considera así que el test cualitativo conlleva también un análisis cuantitativo en la medida en que estas situaciones requieren un equilibrio entre la necesidad de repeler el ataque y el daño que la acción defensiva puede causar en otros aspectos como pueden ser los valores de naturaleza humanitaria. Esto le lleva a condenar no el ataque (s) de Hizbolláh, sino la desproporción de Israel a la hora de llevar a cabo la respuesta armada contra Hizbolláh, que se debe a tres consideraciones: «... The scale of its action, which considerably exceeded what was deemed necessary for repelling the attack; the fact that the response involved the destruction of military and civilian infrastructures located hundreds of miles from the area attacked, which were therefore unrelated to the defensive objective of the action; and the threat to an harm sustained by civilians». Esto le lleva ya a sostener que el test cuantitativo de la respuesta entre el ataque y la defensa no guarda una correlación razonable, lo que ha traído consigo consecuencias desproporcionadas para lo que podría considerarse normalmente el coste social de una respuesta defensiva. En nuestra opinión estas clases de razonamientos no solo no son correctos, sino que ignoran de forma ignominiosa los 167 muertos israelíes que hubo en este conflicto, y los destrozos importantes en el norte del país, incluida la ciudad de Haifa, el traslado de personal civil hacia el interior de Israel, etc., cuando Israel, si hubiera querido, hubiera podido demoler el Líbano siguiendo el ejemplo de la OTAN en Kosovo en 1999, como veremos más tarde, aplicando la regla de víctimas cero, que siempre se ha negado a aplicar también en las operaciones militares en Gaza.

con estas exigencias, ya que su contenido es variable, dependiendo así de las circunstancias de cada caso. No es lo mismo evaluar la capacidad de respuesta ante un ataque determinado que dé lugar al derecho de legítima defensa, que cuando se producen de forma más o menos continuada ataques menores que, evaluados individualmente quizás no den lugar al derecho de legítima defensa, pero que si son repetitivos y se llevan a cabo de forma continuada, es evidente que cabría la legítima defensa. Es lo que se ha denominado la doctrina de la «accumulation of events», elaborada por Yoram Dinstein, lo que no es una casualidad, por ser Israel el ejemplo hoy en día más claro en esta materia¹⁴⁰. Si se hace esto se promueven los ataques armados y se deslegitiman los Estados atacados, como si estos casi fueran los responsables de todas las consecuencias del conflicto armado.

4.4.2. La proporcionalidad en el *Jus in Bello*

Respecto a la proporcionalidad en el *Jus in Bello*, conviene tener presente que se parte de unas premisas distintas que en el *Jus ad Bellum*, pues los beligerantes están obligados a cumplir por igual las distintas normas de DIH. En este ámbito van a entrar en juego conceptos como la ventaja militar en relación con los daños que se pueden causar. Desde esta perspectiva, la regla de la proporcionalidad, tal y como está incorporada en el DIH¹⁴¹, implica la obligación de «abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños o bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivas en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista». Es lo que se denomina el «test de la proporcionalidad» que hay que aplicar en casos que no estén predeterminados por el Derecho, pero que hay que tener en consideración a la luz de todas las circunstancias de cada caso concreto y de los diversos intereses en presencia.

Esta regla se encuentra completada por el artículo 57.2 (a) (iii) del mismo Protocolo I, según los cuales «quienes preparen o decidan un ataque deberán abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil,

¹⁴⁰ De este autor, véase su famosa obra, *War Aggression and Self-Defence*, Cambridge University Press, 3ª ed., 2001, pp. 192-221, reimpresión posteriormente en varias ocasiones. Su primera versión data ya de 1988, y publicada online en 2012. Actualmente la 6ª ed. se ha publicado en 2017, Cambridge University Press, 440 p.

¹⁴¹ Cfr. artículo 51.5 (b) del Protocolo I.

o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista». Por su parte, el artículo 57.2 (b) prevé que «un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista». Por otro lado, este mismo artículo prevé en su apartado 3 que «cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil». Estas disposiciones se completan con el artículo 35 del precitado Protocolo, según las cuales «en todo conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado»¹⁴², pero este artículo continúa señalando que queda también prohibido «el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios»¹⁴³ así como el «empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural»¹⁴⁴.

Esta misma filosofía está presente en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, aunque el texto difiera y se aparte de la literalidad del Protocolo I, al indicar en el artículo 8.2 b) (IV) que entre las formas de conducta que constituyen graves violaciones del DIH está la de «lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños externos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serán manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea»

Conviene subrayar que este principio de proporcionalidad no figura expresamente ni en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y tampoco en el Protocolo II, aunque esto no afecta al valor de la norma, pues es considerado como norma consuetudinaria aplicable tanto a los conflictos armados internacionales como no intencionales. Pero es cierto, sin embargo, que an-

¹⁴² Párrafo 1.

¹⁴³ Párrafo 2.

¹⁴⁴ Párrafo 3. Esta última disposición es en sí la más problemática, al no especificar qué se entiende por daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural; y ser condiciones acumulativas.

tes de los Convenios de Ginebra en los conflictos armados no internacionales se tenía tendencia a considerar que los Estados tenían dentro de su territorio una mayor discrecionalidad a la hora de luchar contra un grupo insurreccional que si se trataba de un conflicto armado internacional. Esto fue lo que ocurrió en la guerra civil española, por ejemplo, por mucho que se intente ahora pretender ocultar ciertos crímenes y persecuciones.

Todo esto implica que si se está en curso de llevar un ataque y se puede vislumbrar que tal regla puede ser violada, habrá que anular el ataque si es todavía posible. Es evidente, sin embargo, que precisar y definir cuando hay «proporcionalidad», y cuando las pérdidas civiles podrán ser desproporcionadas, revisite una cierta dosis de subjetividad en los mandos de las operaciones militares, pero es obvio que los tribunales y la opinión pública mundial no se tragarían los excesos. Desde esta perspectiva, es evidente que en cualquier análisis que se haga sobre la proporcionalidad, la cuestión esencial va a ser la cuadratura del círculo en torno al término «excesivo». Y es que como se ha apuntado, analizar la desproporción entre los daños y las pérdidas causado, y la ventaja militar que se quiere obtener, es un problema delicado, ya que en algunos casos no habrá dudas de ningún tipo, mientras que en otros, hay muchas razones para dudar de que sea así. Y en esta clase de situaciones, hay que insistir en el hecho de que los intereses de la población civil deben prevalecer¹⁴⁵ ya que el artículo 51.5 (b) del Protocolo I no prevé ninguna justificación para atacar objetivos militares que causen daños *excesivos* a la población civil.

Dicho esto, lo cierto es que ni la doctrina, ni los Estados, ni los mandos militares van a tener los mismos pensamientos en torno a lo que puede considerarse *excesivo*, y también en lo que puede ser *proporcional* o no, y estas discrepancias se han revelado de una forma más intensa últimamente por los conflictos asimétricos que se han venido desarrollándose, así como en los conflictos con determinados grupos armados considerados por algunos Estados u Organizaciones internacionales como terroristas. El caso del Estados Islámico es el ejemplo más reciente. Desde esta perspectiva, las discrepancias entre Estados han estado a la hora del día en torno a este concepto, no solo allí donde los Estados mantienen visiones diferentes a la hora de cómo llevar a cabo las posibilidades en ciertos conflictos, sino que también las ha habido entre Estados tan aliados como son el Reino Unido y los Estados Unidos. Y es que estos países

¹⁴⁵ Cfr. SANDOZ, Y.; SWINARSKI, C. y ZIMMERMAN, B. (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, op. cit., párrafos 1979-1980.

han tenido distintos comportamientos y sensibilidades a la hora de abordar este concepto, por ejemplo, en Afganistán¹⁴⁶.

Pero, a pesar de que haya estas discrepancias, la proporcionalidad exige un examen objetivo de la situación que pueda conducir a seleccionar los medios de los que se disponga con el fin de evitar los daños colaterales excesivos en los ataques. Esta evaluación tendrá obviamente ciertas dosis de relativismo y de subjetividad, pero esto no es una exclusividad de este concepto. Esta evaluación determinará las dosis de probabilidad de que los eventuales daños colaterales sean o no excesivos en relación con la ventaja militar que se quiere obtener. Esta operación se llevará a cabo pensando siempre en el resultado, es decir, la protección de la población civil, aunque esta evaluación servirá solo para el caso en cuestión, y dependerá de las circunstancias. Desde esta perspectiva, el primer paso que se tendrá que dar es verificar si los objetivos que se quiere atacar no son civiles ni objetos civiles. Pero si los objetivos son militares (fuerzas armadas, civiles que participan directamente en las hostilidades u objetos militares), el ataque será legal y lícito, siempre y cuando, por supuesto, que no se prevea daños excesivos a la población civil en relación con lo que se quiere obtener como ventaja militar en ese caso determinado.

¹⁴⁶ Cfr. CASEY-MASLEN, S., «Pandora's Box? Drone Strikes under *Jus ad Bellum*, *Jus in Bello*, and International Human Rights», *op. cit.*, p. 613. Esta autora trae a colación dos ataques con drones: uno del Reino Unido y el otro de los Estados Unidos. En el primero de los casos un dron Reaper de la «Royal Air Force» llevó a cabo un ataque contra «líderes insurgentes en la provincia de Helmand el 25 de marzo de 2011, en el que murieron cuatro civiles afganos y dos heridos. El portavoz del Ministerio de Defensa británico informó del incidente, señalando que sentía profundamente lo que había ocurrido, a pesar de que el ataque había matado a dos insurgentes, destruyendo además una gran cantidad de explosivos que llevaban los dos vehículos objeto del ataque. Señaló, además, que había procedimientos establecidos a la luz de la experiencia que habían adquirido para minimizar el riesgo de accidentes, y que investigarían qué había pasado. La ISAF llevó a cabo una investigación del caso, señalando que el dron británico había actuado siguiendo los procedimientos establecidos por las reglas de enfrentamiento británicos. Sin embargo, una fuente del Ministerio de Defensa británico informó al periódico *The Guardian*, que el ataque no hubiera tenido lugar si hubieran sabido que en los vehículos atacados iban también civiles. Sobre este artículo en *The Guardian*, cfr. HOPKINS, N., «Afghan Civilians Killed by RAF Drone», *The Guardian*, de 5 julio de 2011, consultado en <http://www.guardian.co.uk/uk/2011/jul/05/afghanistan-raf-drone-civilian-deaths> (el 11 de junio de 2019). Sin embargo, en contraste con este ejemplo que acabamos de comentar, es el ataque llevado a cabo por la CIA el 23 de junio de 2009 en el que mataron a Khwaz Wali Mehsud, un mando medio militar talibán paquistaní, y planearon utilizar su funeral como cebo para matar a Baitulah Mehsud. Al funeral asistieron unas 5000 personas, entre las que había combatientes talibanes y muchos civiles. El ataque del dron mató a 83 personas, de las cuales 45 eran civiles, entre ellos 10 niños, mientras que Baitullah Mehsud resultó ileso. No obstante murió seis semanas más tarde, acompañado de su mujer, en otro ataque de la CIA. Esto demuestra las dos aproximaciones distintas por dos Estados democráticos y aliados al concepto de «proporcionalidad».

En esta misión, los drones pueden jugar un papel primordial, debido a las capacidades de las que disponen para verificar los objetivos. En muchos casos, este va a requerir una estrecha coordinación con las tropas terrestres que pueden observar el terreno y la zona en la que se encuentran. Al disponer de estos medios, el recurso a los drones implica tener siempre presentes dos aspectos esenciales, tal y como ha señalado Michael N. Schmitt:

«First, it must be understood that the very existence of the principle is an acknowledgement that attacks may in some cases be lawful even when there is absolute certainty that civilians will be killed or injured or that civilian property will be damaged or destroyed. The legal question is whether the civilian harm that an attacker hopes to attain. Second, proportionality is not assessed with the benefit of hindsight, but instead from the perspective of an attacker in the circumstances. In other words, had the situation been as the attacker reasonably believed it to be, based on intelligence and other information, would the harm have been excessive? Whether it in fact turned out to be excessive, either because the attack caused greater collateral damage than expected or because the mission was less successful than anticipated, is irrelevant as a matter of law»¹⁴⁷.

Pero el desarrollo de las hostilidades, no siempre se desarrollan tal y como se ha programado, pues surgen acontecimientos nuevos o situaciones no previstas, sin descontar batallas perdidas y los efectos que esto puede generar. Es más, en algunos conflictos recientes, las estrategias planteadas para llevarlas a cabo se han restringido única y exclusivamente a llevar a cabo una «guerra desde el aire», como fue el caso de los bombardeos por los países de la OTAN en 1999 en la antigua Yugoslavia, lo que no deja de plantear serios problemas a la hora de evaluar la proporcionalidad con ciertas dosis de objetividad. Es evidente que en circunstancias, en donde se plantea casi de manera imperativa tener víctimas cero, y bombardear solo desde el aire para conseguir las ventajas militares, no parece que sea muy proporcional. En nuestra opinión, la regla de la proporcionalidad saltó por los aires desde el primer momento en que se decide llevar las

¹⁴⁷ De este autor, cfr. SCHMITT, M. N., «Drone Attacks under the *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*: clearing the Fog of Law», *op. cit.*, p. 322. Ver también p. 23. Esta coordinación entre los drones y las fuerzas terrestres fue ejemplar ya en la Operación «Plomo Fundido» que Israel llevó a cabo en Gaza en diciembre de 2008 y enero 2009, siendo analizada con lupa en otros muchos ejércitos.

operaciones militares solo desde el aire¹⁴⁸, a pesar de que el conflicto había tenido en su fase interna unas características desoladoras. Y es que tanto el denominado UCK, como las fuerzas militares y paramilitares de Belgrado cometieron actos de terrorismo y otros crímenes, como el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha puesto de manifiesto. Sin embargo, es evidente que las fuerzas de Belgrado se destacaron en algunos momentos por el pillaje, los castigos colectivos y los tratos humillantes y degradantes, como la violación. Por otro lado, los actos y las amenazas de violencia contra la población civil han sido continuos, por lo que dicha población no fue solo lo suficientemente protegida sino que fue atacada, sufriendo además desplazamientos forzados¹⁴⁹. La matanza de Račak, descubierta el 15 de enero de 1999, es un buen ejemplo de ello.

Todo esto no justifica, sin embargo, la forma y los métodos utilizados por la OTAN en sus operaciones militares, fase en la que tenemos ya un conflicto internacional clásico. Es cierto que se habían violado las normas humanitarias más básicas, pero es evidente que las respuestas de las fuerzas de los países de la OTAN no solo no respetaron el principio de distinción sino tampoco el de proporcionalidad, dos principios básicos del DIH. Partiendo de estas premisas, es aquí donde los ataques comandados por la OTAN han decepcionado. No solo no han sido proporcionales, sino que, además, los métodos utilizados no siempre han respetado lo previsto en el artículo 35.2 en donde se prohíben los «métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios»¹⁵⁰, como fue el caso de armas fabricadas con uranio empobrecido. En nuestra opinión, todo estaba viciado a partir del momento en que se decidió que las operaciones militares se llevaran a cabo sólo desde el aire.

¹⁴⁸ A este respecto, cfr. *European Journal of International Law*, vol. 12, n° 3, 2001, pp. 391-536, los estudios siguientes: GAZZINI, T., «NATO Coercive Military Activities in the Yugoslav Crisis (1992-1999)», pp. 391-436; HILPOLD, P., «Humanitarian Intervention: Is There a Need for a Legal Reappraisal?», pp. 437-468; FENRICK, W. J., «Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign against Yugoslavia», pp. 489-502; BENVENUTI, P., «The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia», pp. 503-530; BOTHE, M., «The Protection of the Civilian Population and NATO Bombing on Yugoslavia: Comments on a Report to the Prosecutor of the ICTY», pp. 531-536. Ver también, CANNIZZARO, E., «Le operazioni aeree della NATO contro la Repubblica Federale di Yugoslavia e il diritto umanitario», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 84, 2001, pp. 133-135.

¹⁴⁹ Todo esto está recogido en la Resolución 1199, de 23 de septiembre de 1998, del Consejo de Seguridad.

¹⁵⁰ Conviene subrayar que esta regla prevé una prohibición de resultados y no directamente una prohibición del medio utilizado, como se apunta en *Commentaire des Protocoles Additionnel du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 du août 1949*, CICR, Genève-Nijhoff, 1986, p. 418.

Y es que esta filosofía iba a ensuciar todas las operaciones armadas al invocar la regla de víctimas cero, a pesar de que se sabía que una intervención terrestre contundente y rápida hubiera hecho añicos a las fuerzas serbias. No fue una casualidad que el ejército serbio se retirara en desbandada de la Krajina ante el primer ataque serio de los croatas, y cómo con los primeros cañonazos abandonaron las colinas que rodean Sarajevo tras los primeros bombardeos sobre el monte Igman que llevaron a cabo la fuerza de reacción rápida franco-británica establecida en el marco de la UNPROFOR, ataques que tuvieron lugar el 30 de agosto de 1995¹⁵¹. Todo esto dejaba claro que el mito del ejército serbio era más propaganda que otra cosa, algo que compartían tanto los dirigentes británicos como franceses, así como el reputado Zbigniew Brzezinski, antiguo asesor de Asuntos de Seguridad Nacional del Presidente de los Estados Unidos¹⁵².

En realidad, fueron los Estados Unidos los que se opusieron a llevar a cabo esa operación terrestre en esos momentos, lo que les obligaría después a tener que llevar el peso en las operaciones aéreas en 1999, en donde el 90 % de los bombardeos se llevaron a cabo por aviones estadounidenses. Es evidente que la guerra terrestre hubiera demostrado la defensa de los valores humanitarios haciendo frente a la barbarie, en tierra, y no luchando desde las alturas y a condición de que el precio no fuera no solo demasiado alto sino cero¹⁵³. Esta actitud recibiría acerbadas críticas por parte de muchos analistas, entre ellos el estadounidense William Pfaff, para quien la dirección política de la guerra ha estado marcada por la cobardía, en el estricto sentido del término. Los planes que la OTAN ha seguido la han deshonrado militarmente... Esta ambigüedad moral, que nada tiene que ver con los errores en los bombardeos, es la que ignoran los

¹⁵¹ Sobre esta cuestión, véase el interesante estudio del General francés, COT, J., «La France et le conflit de Bosnie-Herzégovine», *Défense nationale*, n° 11, de noviembre 1999, pp. 13-20, especialmente pp. 17 y ss.

¹⁵² A este respecto, ver su artículo «¿Será la OTAN a sus 50 años una víctima de la Guerra de Kosovo?», *El País*, de 14 de abril de 1999, p. 12.

¹⁵³ ROGERS, A.P.V., «Zero-Casualty Warfare», *International Review of the Red Cross*, vol. 82, n° 837, 2000, pp. 165-181. Este autor, a pesar del título, no entra de lleno en un análisis jurídico del conflicto, ni el título es correcto, lo de víctimas-cero solo estuvo en una parte no en la otra. Esto lo vuelve a repetir en el «Résumé» al artículo, p. 181. Muy distinto es el estudio de SERGEY ALEXEYEVICH, E., «The Kosovo Crisis and the Law of Armed Conflicts», *International Review of the Red Cross*, vol. 82, n° 837, 2000, pp. 183-192, en donde concluye que el DIH no ha sido respetado en varios ámbitos, sobre todo a la hora de aplicar el principio de distinción, lo que ha traído consigo numerosas víctimas civiles, mencionando además el caso de municiones que contenían uranio empobrecido (p. 192) que son armas mucho más eficaces que aquellas producidas con tungsteno, que era el material utilizado anteriormente pudiendo perforar los carros de combate con mucha mayor facilidad.

líderes políticos de la Alianza... Ese giro en la percepción moral contradice la resolución de los accidentales y su voluntad de sacrificio¹⁵⁴.

En esto la OTAN falló, y esperábamos que no tuviera otra ocasión para volver a hacer lo mismo. Sin embargo, esto ha vuelto a ocurrir para desgracia del DIH en las operaciones en Libia en 2011 para derrocar al régimen de Muamar El Gadafi, y no tanto para proteger la población civil, como ya hemos apuntado. Y es que una cosa es que un Estado pueda elegir el método de guerra que estime más adecuado, que no ponemos en duda, y otra que esa guerra se lleve a cabo ignorando o menospreciando el principio de proporcionalidad. Por eso, no se puede partir de la premisa, como hace el Informe presentado al Procurador del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia¹⁵⁵ por el Comité creado al respecto para analizar la proporcionalidad de forma global refiriéndose al conjunto de las operaciones, que eso puede traer consigo que ciertos mandos militares que hayan podido llevar a cabo ataques claramente desproporcionados no se les pueda exigir responsabilidades. Tampoco compartimos la alusión al caso Kuprerkić, al señalar que:

«To an overall assessment of the totality of civilian victims as against the goals of the goals of the military campaign»... It is the committee's view that where individual (and legitimate) attacks on military objectives are concerned, the mere accumulation of such instances, all of which are deemed to have been lawful, cannot ipso facto be said to amount to a crime. The committee understands the above formulation, instead, to refer»¹⁵⁶.

Hay que subrayar que por aquel entonces en el que tiene lugar esta guerra, se barajaban diversas teorías sobre el uso del arma aérea en los conflictos contemporáneos, y una de ellas era la de «Five Strategic Rings», según la cual no es que sugiriera que se atacara a la población civil, pero sí que preveía afectar a la población civil para que esta no colaborara en el esfuerzo de guerra. Como señala Willian Fenwick, para cumplir este objetivo, un medio era atacar masivamente todo aquello que podía servir al esfuerzo de guerra, de ahí los bombardeos masivos sobre los bienes e infraestructuras serbias como las refinerías de petróleo, las

¹⁵⁴ Cfr. diario *ABC*, de 18 de mayo de 1999, p. 14. De este analista, ver también *El País*, de 13 de abril de 1999, p. 12.

¹⁵⁵ Cfr. *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the Nato Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, op. cit., párrafo 52 y 78.

¹⁵⁶ *Ibid.*, párrafo 52 in fine.

comunicaciones, los puentes sobre el Danubio, de ferrocarriles, etc. sin olvidar ya objetivos más militares como los depósitos de munición¹⁵⁷. Este autor no recoge cifras de civiles muertos que han dado ONG's, como Human Rights Wach, en torno a 500, y compara esta cifra con otros bombardeos llevados a cabo en otras épocas, sobre todo de la Segunda Guerra Mundial, sin olvidar el de Guernica el 26 de abril de 1937, en el que señala que murieron 1654¹⁵⁸. Sin entrar en la vivacidad de las cifras que da este autor en torno a otros muchos bombardeos ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial, lo cierto es que no considera que, a pesar de los duros bombardeos, se haya violado el principio de proporcionalidad¹⁵⁹.

Aunque a otro nivel distinto, algo de esto ocurrió también en la Guerra de 1990-1991 contra Irak para liberar Kuwait, aunque en dosis más razonables. Sin embargo, respecto a la segunda guerra de Irak, de 2003, tan denostado en general en algunos países europeos, no parece que durante el desarrollo de las hostilidades se produjeran graves violaciones del DIH, a lo que pudo ayudar el avance arrollador de las tropas británicas y estadounidenses. Cuestión muy distinta es lo que ocurrió en el postconflicto, algo que los intervinientes en ella ni lo previeron, ni se molestaron en preverlo, lo que es peor. Y es que la guerra fue rápida, precisa y al mismo tiempo contundente, poniendo en combate solo las fuerzas necesarias para romper las líneas enemigas y avanzar por dos o tres frentes hasta llegar a Bagdad en solo tres semanas. Pero, obviamente, hubo incidentes, como el del misil que cayó en un mercado causando numerosas víctimas, hecho que reconocieron las fuerzas estadounidenses, señalando que se había debido a una desviación inexplicable del misil. Quizás, el incidente más grave fue el de los bombardeos sobre Hilla, el 1 de abril de 2003, en los que más de 30 personas murieron y unas 300 fueron heridas entre ellas muchos niños, lo que causó un gran estupor en el portavoz del CICR en la capital iraquí, Roland Huguerin-Benjamin ¿Se hubiera podido evitar esta masacre con una mayor dosis de proporcionalidad? Quizás sí...¹⁶⁰.

¹⁵⁷ A este respecto, cfr. FENWICK W., J., «Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign against Yugoslavia», *op. cit.*, pp. 491-492.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 493. Como se sabe, esta cifra de Guernica es completamente exagerada, ya que los historiadores las han calculado entre 120 y 300 muertos, 126 según el estudio más reciente, que es el de los historiadores DEL PALACIO, V. y ETXANIZ, J. A., «Refugios de vida para Gernika», *El Correo*, de 27 de abril de 2008, en: <https://www.elcorreo.com/vizcaya/20080427/costa/refugios-vida-para-gernika-20080427.html> [consultado: 14/06/2019].

¹⁵⁹ Cfr. FENWICK, W. J., «Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign Against Yugoslavia», *op. cit.*, pp. 501-502.

¹⁶⁰ A este respecto, cfr. *El Mundo*, de 2 de abril de 2003.

Pero no sería este incidente el que desataría mayor polémica, a pesar de que hubo otros muchos, sino el incidente del carro de combate que disparó al hotel Palestina el 8 de abril de 2003 en el que se hospedaban numerosos periodistas. La investigación llevada a cabo por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos llegó al resultado de que se actuó en defensa propia, ya que «las fuerzas estadounidenses dispararon ante la posibilidad de una amenaza de fuego hostil. No obstante, Colin Powel, en un viaje a España que hizo en mayo de 2003, dijo lo siguiente: «Sabíamos que era el hotel en el que estaban los periodistas y por esa razón no fue atacado durante ninguna fase de la campaña aérea». Pero los militares de los carros de combate niegan que se les informara de ello, y justificaron el ataque porque se les informó de que la Compañía A estaba siendo vigilada por un observador con binoculares, de cuya planta salían también flashes de luz similares a los de fuego enemigo. Se disparó una bala, y el fuego enemigo cesó¹⁶¹. Sin embargo, la cuestión de los prisioneros de guerra, y los avatares del postconflicto enturbiarían en sí todo el conflicto y sus consecuencias, llegan hasta hoy en día.

5. LA CUESTIÓN DE LA TERRITORIALIDAD DE LOS CONFLICTOS ARMADOS Y LOS DRONES

Una cuestión importante que se ha suscitado en muchos conflictos comentados en este estudio es la cuestión de los ataques «extraterritoriales» de los drones, debido sobre todo a que el DIH no contiene ninguna disposición relativa a este tema. En relación con los drones ya se sabe que estos se han utilizado en conflictos internacionales como los Estados Unidos en Afganistán en 2001-2002, así como durante la intervención en Libia en 2011, y se piensa que

¹⁶¹ Véase el artículo de Elsa Granda en *El País*, de 31 de octubre de 2005. Como se sabe, en este incidente murió el cámara español Javier Couso, y el periodista ucraniano Taras Protsyak. Conviene subrayar que en algunos casos la protección de los periodistas en los conflictos armados es una tarea complicada y delicada, como señala Gonzalo Jar Couso, cuando dice: «Muchos periodistas optan por correr riesgos y poder así transmitir información más objetiva. El problema puede agravarse cuando el periodista se encuentre en plena zona de operaciones o en las proximidades de unidades de combatientes o de objetivos militares, o vistiendo ropas que se presten a confusión con los uniformes militares, pues, si bien no pierde nunca su estatuto de persona civil, sí puede peligrar la protección de hecho en la medida que esas unidades u objetivos pueden ser objeto de ataques lícitos que afecten a su seguridad». De este autor, cfr. JAR COUSELO, G., «La protección de los periodistas en los conflictos armados», *Tiempo de Paz*, n° 2003, pp. 65 y ss. Sobre la protección de los periodistas, ver en *International Review of the Red Cross*, vol. 80, n° 832, 1998, los estudios de U. Boegli, I. Gutman y Y. Sandoz.

también se utilizaron en la guerra de Irak de 2003-2004¹⁶². Sin embargo, hasta ahora es evidente que la mayoría de los ataques con drones se han producido en conflictos no internacionales exceptuando el caso de Israel, como los Estados Unidos y el Reino Unido en Afganistán a partir de junio de 2002, o los de Estados Unidos en Pakistán, Somalia o Yemen. En otros muchos casos se han utilizado para información y reconocimiento.

No obstante, la carrera de los ejércitos a los drones no solo no ha parado, sino que se está desarrollando de forma espectacular como nos lo está mostrando la reciente actualidad internacional. En efecto, una prueba más del uso de los drones y el papel que representan actualmente en las fuerzas armadas es el que están desempeñando estas armas en el Estrecho de Ormuz, en donde se ha producido un ataque que, según ciertas informaciones, estaba dirigido contra un dron Predator B estadounidense que hacía labores de reconocimiento. El ataque procedía de un misil tierra-aire iraní, aunque el misil erró y cayó en el agua. Este hecho no tendría quizás mayor relevancia si no fuera porque este dron es el que grabó en aguas internacionales todo lo que ocurrió con las bombas que buques iraníes habían pegado en el casco de los dos petroleros, uno noruego y otro japonés, para que estos estallaran. El Predator B está diseñado para vigilancia de larga duración desde una gran altitud, lo que hace que hoy en día sean aparatos que van a canalizar información esencial de forma instantánea¹⁶³. Y el 20 de junio de 2019, la Guardia Revolucionaria de Irán ha anunciado el derribo de un dron estadounidense, tipo MQ-4C Tritón de la Marina, derribo confirmado por portavoces militares estadounidenses. Sin embargo, mientras que los iraníes señalan que el dron había violado su espacio aéreo, los portavoces militares estadounidenses dicen que se encontraba en el espacio aéreo internacional sobre el Estrecho de Ormuz¹⁶⁴. Es evidente que este incidente vuelve a poner en el tapiz de la actualidad internacional las tensiones en la zona, al anunciar Irán que el 27 de junio de 2019, habrá superado el límite de almacenamiento de uranio que le permitía el acuerdo nuclear de

¹⁶² Cfr. «Unmanned Aerial Vehicles (UAV's)», *Globalsecurity.org* en: <http://www.globalsecurity.org/intell/systems/uav-intro.htm>.

¹⁶³ Cfr. ALANDETE, D., «Irán intentó derribar un dron de EE.UU en el Golfo de Omán», *ABC Digital*, del 16 de junio de 2019, en: https://www.abc.es/internacional/abci-iran-intento-derribar-dron-eeuu-golfo-oman-201906160158_noticia.html. Parece que esta información ha sido dada por fuentes gubernamentales estadounidenses a la cadena CNN. Habrá que ver, sin embargo, si esta información es veraz o no.

¹⁶⁴ Cfr. *El País Digital* del 20 de junio de 2019.

2015. Ni que decir tiene que este hecho ya ha suscitado un escueto comentario del Gobierno israelí según el cual sigue estando vigilante.

Así pues, como el DIH no determina la cuestión territorial, lo que algunos han denominado «la geografía de la guerra»¹⁶⁵, surgen cuestiones como estas: ¿El DIH se aplica a territorios de las Partes en conflictos o está limitado solo a los territorios en donde se desarrollan las hostilidades? ¿Se aplica el DIH fuera del territorio de las Partes en conflicto como, por ejemplo, un territorio neutral o no beligerante?¹⁶⁶. Y es que no solo la escasa jurisprudencia internacional existente no es homogénea, sino que las especificidades de cada caso, así como conceptos como la «zona de batalla» o «zona de hostilidades» han hecho que se planteen estas cuestiones. Otros han hablado más claro como «zona de activas hostilidades»¹⁶⁷. En efecto, aunque el DIH no aclara estas cuestiones, siempre

¹⁶⁵ A este respecto, cfr. ANDERSON, K., «Targeted killing and Drone Warfare: How We Came to Debate Whether There is a ‘Legal Geography of War’», en *Future Challenges in National Security and Law*, Peter Berkowitz (ed.), Hoover Institution, Stanford University, 2011, pp. 1-19, p. 8, en: http://media.hoover.org/sites/default/files/documents/FutureChallenges_Anderson.pdf. Es cierto, sin embargo, que el DIH menciona conceptos como «territorio neutral», «zona neutral», «territorio ocupado», pero lo hace para calificar jurídicamente esos territorios, pero no para referirse al ámbito material territorial, es decir a la extensión de la zona que debe considerarse como zona de conflicto armado. Cfr. *El ABC del Derecho Internacional Humanitario*, Confederación Suiza, Departamento Federal de Asuntos Exteriores, Berna, 2014, p. 53, en: https://www.eda.admin.ch/dam/eda/es/documents/publications/GlossarezurAussenpolitik/ABC-Humanitaeren-Voelkerrechts_es.pdf

¹⁶⁶ Estas preguntas son las que se plantea Jelena Pejic en su ya citado estudio, PEJIC, J., «Extraterritorial Targeting by Means of Armed Drones: Some Legal Implications», *op. cit.*, p. 94.

¹⁶⁷ Tal es el caso de DASKAL, J. C., «The Geography of the Battlefield: A Framework for Detention and Targeting Outside the Hot, Conflict Zone», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 161, n° 5, 2013, pp. 1165-1234. Este interesante estudio plantea todos los problemas suscitados por la Guerra contra Al-Qaeda en diferentes frentes, distinguiendo entre «zona de guerra» o «zona pacífica», basándose en el asunto *Reid v. Covert* de 1957, en el que la Corte Suprema señaló que los civiles que acompañan las fuerzas armadas fuera de una zona de guerra no deben someterse a un juicio militar ya que «The exigencies which have required military rule on the battlefield are not present where no conflict exists. Military trial of civilians ‘in the field’ is an extraordinary jurisdiction and it should not be expanded at the expenses of the Bill of Rights». *Ibid.*, p. 1193. La autora también aborda el concepto de «Lawless Zone» (zona sin ley), como puede haber en Yemen o Somalia, en donde la población civil puede tener el sentimiento de vivir en una zona de conflicto, aunque esta situación habría que distinguirla de una «hot conflict zone», en donde habrá combates abiertos y continuos entre las tropas terrestres. *Ibid.*, p. 1279. Por último, también analiza el concepto de «zone of active hostilities», que es para la autora un concepto más claro que el de «hot conflict zone», aunque esté muy próximo a él. *Ibid.*, pp. 1202-1203. Sobre estas cuestiones, ver también BLANCK, L. R., «Defining the Battlefield in Contemporary Conflict and Counter terrorism: Understanding the Parameters of the Zone of Combat», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 39, n° 1, 2010, pp. 3-38, especialmente pp. 36-38, en donde se aborda el concepto de «zona de combates», señalando que «Notwithstanding the

se ha considerado que en un conflicto internacional el DIH se aplicaba en la totalidad de los territorios de los Estados que participaban en el conflicto, lo que implica según el Derecho internacional, no solo el territorio terrestre, sino también el mar territorial y el espacio aéreo, considerandos como espacios soberanos del Estado, a los que hay que añadir el Alta Mar y la Zona Económica Exclusiva, espacios que están recogidos en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982¹⁶⁸, y en donde hay libertad de navegación. Hay que subrayar, sin embargo, que esta Convención no contiene normas sustantivas sobre esta materia y ni siquiera se refiere expresamente a la aplicación del DIH, a pesar de que es un tema importante como se está viendo en el Mar de China y las controversias que se están suscitando entre los Estados Unidos y China en la Zona Económica Exclusiva de este último país¹⁶⁹. El hecho de que la Convención guarde silencio en esta materia no es algo casual sino que fue uno de los aspectos deliberadamente omitidos debido a que tanto los Estados Unidos como la antigua URSS se negaban sistemáticamente a negociar estos asuntos¹⁷⁰.

Según apuntan algunos autores, esto se debe a que el conocido Arvid Pardo, el representante de Malta ante la ONU, que tuvo un papel preponderante en los antecedentes que condujeron a la III Conferencia sobre el Derecho del Mar, seleccionó los problemas que se suscitaban en torno a los usos militares de los mares y océanos, así como de las regiones polares (la Antártida y el Ártico, entre aquellos otros, en total eran siete temas), que fueron todos ellos en gran medida ignorados, por tratarse de asuntos demasiado políticos o delicados. Esto traería consigo que el representante estadounidense en la Conferencia ya señalara en

complicated nature of the conflict between the US and Al-Qaeda and affiliated terrorist groups and the resulting confusion in trying to define the space where that conflict is taking place, identifying the parameters of the zone of combat is a critical task», p. 36.

¹⁶⁸ Cfr. Artículos de dicho Convenio.

¹⁶⁹ Cfr. YAODONG, Y. y WEN-JIN, P., «Legal Study on Military Activities in the EEZ. With a Focus on Foreign Military Activities in the EEZ of P.R. China», *KMI International Journal of Maritime Affairs and Fisheries*, 2011, pp. 163-181.

¹⁷⁰ Sobre las actividades militares y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, cfr. GODIO, L.M.A., «La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 y las actividades militares», *Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo*, n° 39, 2015, pp. 97-118; RAUCH, E., «Military Uses of the Oceans», *German Yearbook of International Law*, vol. 28, 1985, pp. 228-267; WOLFRUM, R., «Military Activities on the High Seas: what are the Impacts of the UN Convention on the Law of the Sea?», *International Law Studies*, vol. 71, 1998, pp. 501-513; de este mismo autor «Restricting the Use of the Sea to Peaceful Purposes: Demilitarization in Being?», *German Yearbook of International Law*, vol. 24, 1981, pp. 200-241, especialmente pp. 205-206; VUKAS, B., «L'utilisation pacifique de la mer, dénucléarisation et désarmement», en *The Law of the Sea. Selected Writings*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 157-204.

1976, al tratarse la cuestión del alcance que habría que dar al término «usos pacíficos», que cualquier limitación concreta de las actividades militares en esos espacios requeriría la negociación de un acuerdo minucioso sobre el control de armamento. Es más, también señaló que la Conferencia no tenía ese fin ni estaba preparada para ese tipo de negociaciones, y que cualquier intento de abordar una tarea tan compleja pondría fin a los esfuerzos para negociar la Convención. Esto lo confirma el hecho de que la expresión «actividades militares» solo aparece en la Convención incluyendo sus anexos, en el artículo 298.1 (b), al enumerar las excepciones facultativas a los procedimientos obligatorios del sistema de solución de controversias relativas a la interpretación o aplicación de la Convención previstas en la Parte XV, en donde se señala que «... las controversias relativas a actividades militares, incluidas las actividades militares de buques y aeronaves de Estado dedicadas a servicios no comerciales, etc.»¹⁷¹. Es cierto, sin embargo, que algunas de las disposiciones de la Convención aluden indirectamente a ciertas disposiciones que aunque no hagan una referencia expresa a aspectos de naturaleza militar, sí lo hacen implícitamente como cuando trata del derecho de paso inocente, el de paso en tránsito, etc., sin que esto implique que tengan que aplicar determinadas conductas humanitarias previstas por el DIH¹⁷².

Pero si en los conflictos internacionales han surgido todas estas cuestiones, en los conflictos no internacionales el propio artículo 3.1 Común no deja dudas al respecto, aunque no hable de la conducta de hostilidades, al señalar que se prohíben, en cualquier tiempo y lugar los actos mencionados en él¹⁷³. Es decir, que el DIH se aplica en todo el territorio de las Partes que participan en el conflicto. Es más, nada se dice en esta disposición ni de «zonas de combate», ni de «zonas de activas hostilidades», sino solo de «hostilidades». Pero es que tampoco en los trabajos preparatorios se sugiere nada de que su aplicabilidad puede estar confinada a las zonas de combate o a zonas de hos-

¹⁷¹ Cfr. GODIO, L.M.A., «La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 y las actividades militares», *op. cit.*, p. 101. A este respecto, ver también, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, United Nations Treaty Series, vol. 1833, art. 298 (1) (6). Para un estudio sobre esta cuestión, cfr. JANIS, M., «Dispute Settlement in the Law of the Sea Convention: The Military Activities Exception», *Ocean Development & International Law*, vol. 4, n° 1, 1987, pp. 51-65.

¹⁷² Ver, por ejemplo, RAUCH, E., «Military Uses of the Oceans», *op. cit.*, pp. 238 y ss.

¹⁷³ Sobre la conducta de hostilidades en los conflictos no internacionales, cfr. OBRADOVIC, K., «Les règles du droit international humanitaire relatives à la conduite des hostilités en période des conflits armés non internationaux», *Yearbook of the International Institute of Humanitarian Law*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 95-116.

tilidades activas, etc. Así las cosas, no es extraño que la Cámara de Apelación del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia tuviera que ocuparse de esta cuestión, dadas las características del conflicto en la zona, señalando al respecto que no existe una necesaria correlación entre la zona en donde tienen lugar los actuales combates y el ámbito geográfico de las leyes de la guerra, pues: «*The laws of war apply in the whole territory of the warring parties, or in the case of internal armed conflicts, the whole territory under the control of a party to the conflict, whether or not actual combat takes place there*»¹⁷⁴.

Conviene subrayar que no fue esto lo que dijo exactamente en 1995 en el famoso asunto Tadic, cuando refiriéndose a esta cuestión en el caso de un conflicto interno se expresó en los siguientes términos:

«The geographical and temporal frame of reference for internal conflict is similarly broad. This conception is reflected in the fact that beneficiaries of common Article 3 of the Geneva Conventions are those taking no active part (or no longer taking active part) in the hostilities. This indicates that the rules contained in Article 3 also apply outside the narrow geographical context of the actual theatre of combat operations. Similarly, certain language in Protocol II... also suggest a broad scope...»¹⁷⁵

Como se puede ver, la posición del Tribunal ha evolucionado desde este asunto en lo referente al ámbito geográfico de aplicación.

Pero esta visión no es la misma que ha mantenido el Tribunal Internacional para Rwanda, quien a este respecto se pronunció un año más tarde indicando, en relación con la *Ratione Loci*, lo siguiente:

«Once the conditions for the applicability of Common Article 3 and Additional Protocol II are satisfied, their scope extends throughout the territory of the State where the hostilities are taking place without limitation to the ‘war front’ or to the ‘narrow geographical context of the actual theatre of combat operations»¹⁷⁶.

Es evidente que las diferentes percepciones territoriales entre ambos Tribunales tienen mucho que ver con la cuestión de la competencia para juzgar los

¹⁷⁴ Cfr. ICTY, *The Prosecutor v. Dragoljub Kumarac, Radomir Kovat and Zoran Vukovic*, Case n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Judgement, 12 June 2002, párrafo 57.

¹⁷⁵ Cfr. ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic...*, *op. cit.*, párrafo 69.

¹⁷⁶ Cfr. *The Prosecutor v. Laurent Semanza*, Case n° ICTR-97-20-t, ICTR, 15 May 2003, párrafo 367. Ver también los párrafos 51-59, de la Opinión separada del Juez Yakov Ostrovsky.

crímenes de guerra cometidos, aunque hay que tener presente que la aplicación del DIH en el territorio de las Partes en conflicto no quiere decir que no haya otras restricciones legales derivadas del uso letal de la fuerza contra las personas que pueden ser legalmente atacadas, sean estas fuerzas armadas de los Estados o de los grupos armados. Y es que el DIH no regula expresamente ni qué fuerza debe emplearse para los objetivos legítimos ni tampoco el grado de intensidad. Esto no quiere decir, sin embargo, que se pueda recurrir a la fuerza letal contra las personas en cualquier circunstancia y sin ninguna consideración, pues como ya se ha apuntado, hay que tomar en consideración la necesidad militar y las consideraciones humanitarias, siguiendo la regla de la proporcionalidad¹⁷⁷. Y es que en un conflicto no internacional, no siempre se deberá recurrir al uso letal de la fuerza, ya que en varios casos, y dependiendo de las circunstancias, se podrá, e incluso se deberá recurrir a otros medios o mecanismos de coerción. Desde esta perspectiva, no es lo mismo situarse en un conflicto armado internacional que en uno no internacional, en donde como ya se ha señalado no siempre está claro si uno se sitúa en un contexto de hostilidades o no, y en este último caso se podrá ser más flexible, pues no estaría justificado recurrir al uso letal de la fuerza. Es decir, el uso letal de la fuerza tendrá sentido cuando los otros mecanismos de coerción no sean posibles, o se revelen inadecuados¹⁷⁸.

El debate en torno a esta clase de situaciones trae a colación la aplicación del DIH en aquellos conflictos no internacionales en los que va a haber un elemento de extraterritorialidad, como ha sido el caso con los Estados de la ISAF que han participado en Afganistán. En este caso pensamos que el DIH debe aplicarse en los territorios de todos los Estados, aunque no haya hostilidades, pero se sabe que puede haberlas en cualquier momento. Y es que si se dijera que el DIH se aplica exclusivamente en el territorio del Estado en el que en ese momento se desarrollan las hostilidades, las operaciones militares fuera de ese territorio en el que se cobijan miembros de un grupo armado que participa

¹⁷⁷ Esto ya se ha comentado *supra*, comentando la «Interpretative Guidance...», aspecto que recoge claramente en su página 77, Recomendación IX.

¹⁷⁸ Sobre estos aspectos, ver las opiniones expresadas por KRETSMER, D.; BEN-YEHUDA, A. y FURTH, M., «Thou Shall Kill: The Use of Lethal Force in Non-International Armed conflicts», *Israel Law Review*, vol. 47, n° 2, 2014, pp. 191-224, especialmente 194 y ss., en donde se relata el contenido y la historia del artículo 3 común. Estos autores insisten además en criticar la decisión precitada del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia (*The Prosecutor v. Dragoljub Kanarac* y otros) al señalar que el DIH se aplica en todo el territorio del Estado en el que tiene lugar el conflicto no internacional, pues esto implica trasladar las reglas de los conflictos armados internacionales a los no internacionales, cuando las situaciones de unos y otros son distintas. *Ibid.*, p. 224.

en el conflicto en cuyo territorio tienen lugar las hostilidades tendrían una libertad de acción para atacar desde allí con plena impunidad. En este caso, como ha señalado Michael Schmitt, ¿habría que solicitar el consentimiento del Estado para llevar a cabo una operación? ¿Habría que esperar el consentimiento o permitir que las fuerzas de ese Estado actúen?¹⁷⁹. Y es que como ha señalado Nils Melzer:

«Whether or not a group is involved in hostilities does not only depend on whether it resorts to organized armed violence temporally and geographically coinciding with a situation of armed conflict, but also on whether such violence is designed to support one of the belligerents against another (belligerent nexus)»¹⁸⁰.

Estas cuestiones nos llevan a hacer los siguientes comentarios. El primero tiene que ver con los Estados no beligerantes desde cuyo territorio, miembros de un grupo armado continúan llevando a cabo sus actividades bélicas. En este caso, ya hemos apuntado que tales miembros podrían ser objeto de ataques en ese territorio, pero no porque lo diga el DIH, que no lo dice, sino porque esa situación estaría regida por el *Jus ad Bellum*. Y es que el DIH no regula cuando un Estado puede llevar a cabo ciertas operaciones militares, sino que solo las regula una vez que estas tienen lugar, y por lo tanto se trata de una cuestión fáctica. Esto implica que si se dan los criterios objetivos para que se pueda hablar de un conflicto armado, la aplicabilidad del DIH no está delimitada territorialmente,

¹⁷⁹ Cfr. SCHMITT, M. N., «Drone Attacks under the *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*: Clearing the Fog of Law», *op. cit.*, p. 325. Este autor confirmaría esta opinión unos años más tarde, al indicar lo siguiente: «In particular, there is growing acceptance of the proposition that IHL applies to ‘spill over’ conflicts in which government armed forces penetrate the territory of a neighbouring State in order to engage organized armed groups operating in areas. In support of this position, the ICRC argues that ‘spill over’ of a NIAC into adjacent territory cannot have the effect of absolving the parties of their IHL obligations simply because an international border has been crossed. The ensuing legal vacuum would deprive of protection both civilians possibly affected by the fighting, as well as persons who fall into enemy hands. There is certainly State practice and scholarly support for this interpretation. Indeed, the jurisdiction of the International Criminal Tribunal for Rwanda extends to ‘serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for such violations committed in the territory of neighbouring States. Cfr. «Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict», *International Law Studies*, US Naval War College, *op. cit.*, p. 11. Ver también pp. 13 y ss.

¹⁸⁰ De este autor, cfr. MELZER, N., «Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity; a Response to four Critiques of the ICRC’s Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, 2010, p. 841.

sino que se aplica a los beligerantes allí donde se enfrenten. Este sería el caso para los drones que lleven a cabo los ataques, pues estarían obligados a respetar las normas del DIH al margen de las consideraciones territoriales. Esta es la posición que aquí ya hemos mantenido. Es cierto que puede haber también otros planteamientos en caso de conflictos no internacionales, sobre todo, ya que en caso de conflictos internacionales ya se sabe que la aplicabilidad del DIH está limitada al territorio de los Estados beligerantes, a pesar de que el artículo 49.2 del Protocolo I puede generar una cierta confusión¹⁸¹. Sin embargo, los trabajos preparatorios nos demuestran que la intención de la expresión en «cualquier territorio» no era la de ampliar la extensión del ámbito territorial más allá de los territorios de las Partes beligerantes, sino que de lo que se trataba era de que cada Parte beligerante garantizara su aplicación en su territorio¹⁸².

Dicho esto, es evidente que la redacción no es ejemplar... La realidad internacional nos demuestra, además, que la ampliación de la extensión territorial automáticamente genera problemas de todo tipo cuando se lleva a cabo en Estados no beligerantes, de ahí que el recurso a los ataques con drones en estas circunstancias solo sería justificable en casos excepcionales, pero que se pueden dar. Pero estos ataques también pueden chocar además con el principio de neutralidad, derecho que tienen los Estados de no participar en un conflicto armado internacional, y obliga a los Estados beligerantes a respetar esa neutralidad, que implica la prohibición de llevar a cabo cualquier actividad militar en ese territorio, y si esto ocurriera, el Estado neutral no solo estaría obligado a prevenirlo, sino también a defenderse con el fin de repelar la agresión. Hay que reconocer, sin embargo, que, como otros aspectos o figuras del Derecho internacional, el derecho de la neutralidad se está quedando bastante obsoleto, y necesitaría no solo un simple operación cosmética, sino una verdadera operación de cirugía¹⁸³.

¹⁸¹ Esta disposición tiene el tenor siguiente: «Las disposiciones del presente Protocolo respecto a los ataques serán aplicables a todos los ataques en cualquier territorio donde se realicen, inclusive en el territorio nacional que pertenezca a una Parte en conflicto, pero que se halle bajo el control de una parte adversa».

¹⁸² A este respecto, cfr. SANDOZ, Y.; SWINARSKI, C. y ZIMMERMAN, B. (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, op. cit., párrafos 1884 y 1888.

¹⁸³ Sobre el Derecho de neutralidad, cfr. SEGER, P., «The Law of the Neutrality», en *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Andrew Clapham y Paola Gaeta (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 248-272. Ver también, BOTHE, M., «The Law of Neutrality», en *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Dieter Fleck (ed.), Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 485-516, especialmente p. 487.

5. CONCLUSIÓN

El alboroto que en algunos casos ciertos autores han mantenido en torno a los drones en el marco del *Jus in Bello* ha sido completamente infundado, pues las normas que se aplican a las operaciones armadas de los drones son las mismas que se aplican a las otras armas. Por eso no se entiende esa manía persecutoria en relación con los drones, cuando precisamente estas armas, por sus propias características, hayan tenido, y lo seguirán teniendo, un papel relevante sobre todo a la hora de aplicar las medidas de precaución pertinentes a la hora de llevar a cabo los ataques, con el fin de causar los menores daños colaterales posibles. Pero eso no quiere decir que las normas del DIH aplicables procedan de un mundo jurídico nublado o tergiversado como en algunos casos se los ha reprochado.

Así pues, la Caja de Pandora ya se ha abierto, aunque, sin lugar a dudas, sorpresas mucho más desagradables nos sorprenderán en un futuro no muy lejano, y será en esos momentos cuando quizás, haya que reflexionar un poco más que con los drones sobre el DIH. La martirización de los drones forma parte ya del pasado, y esto es evidente, pero esto ha ocurrido al no ser ya un puñado de Estados los que disponen de los drones, sino una gran mayoría de ellos. Si esto no hubiera sido así, se seguiría hablando de «armas asesinas», cuando precisamente son las que pueden salvar muchas vidas. Pero no hay que extrañarse, pues esto ha sido muy corriente en la historia y también en el ámbito del Derecho internacional, como reconoce John Villasenor, al indicar sobre los drones lo siguiente:

«To believe that drones will remain the exclusive province of responsible nations is to disregard the long history of weapons technology. It is only a matter of time before rogue groups or nations hostile to the United States are able to build or acquire their own drones and to use them to launch attacks on our soil or on our soldiers abroad»¹⁸⁴.

Basta con mirar un poco al mundo actual para comprender que lo que para algunos hace unos años podía ser un mito, hoy es una realidad, y los drones forman parte ya no solo de los arsenales militares de la mayoría de los Estados del mundo, sino de nuestra sociedad.

¹⁸⁴ Cfr. VILLASENOR, J., «Cyber-Physical Attacks and Drone Strikes: The Next Homeland Security Threat», *The Brookings Institution*, de 5 de julio de 2011. Este autor menciona por ejemplo drones mejicanos sobre El Paso (Estados Unidos) o los drones que Irán ha entregado a Hizbollah. Ver: <https://www.brookings.edu/research/cyber-physical-attacks-and-drone-strikes-the-next-homeland-security-threat/>