

ASESINATOS SELECTIVOS Y EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES EN LOS CONFLICTOS ARMADOS ACTUALES

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO

Doctor en Derecho, Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario
de la Cruz Roja Española. General Consejero Togado

SUMARIO

I. Introducción. A. Pórtico. B. La Sentencia del Tribunal Supremo de Israel de 13 de diciembre de 2006. **II.** La Aportación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Protección del Derecho a la Vida. A. La prohibición de la privación «arbitraria» de la vida. B. La posición de los Tribunales y Organismos internacionales. C. Los Derechos Humanos y la lucha contra el terrorismo. **III.** Aplicación de las Normas del Derecho Internacional Humanitario. A. Los conflictos armados internacionales. B. Los conflictos armados no internacionales. C. La ocupación militar. D. Los ataques letales promovidos por los Estados. **IV.** Limitaciones Establecidas por el Derecho Internacional Humanitario para la Protección de las Personas Civiles. A. El principio de distinción. B. La condición de combatientes. C. La participación directa en las hostilidades. D. El principio de proporcionalidad. E. La necesidad de una investigación independiente. **V.** La Relación entre los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario en los Conflictos Armados. «Lex Specialis» y aplicación complementaria. **VI.** Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

A. Pórtico

La protección de la vida e integridad personal en circunstancias de normalidad o excepcionales esta regulada por el Derecho de los Derechos Humanos, pero en los conflictos armados corresponde al ámbito del Derecho Internacional, bien se trate del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en lo sucesivo, DD.HH.) o del Derecho Internacional Humanitario (en lo sucesivo, DIH).

Este estudio se realiza desde la óptica del Derecho Internacional y tiene por objeto contestar a la pregunta de si, durante cualquier clase de conflicto armado o situación de ocupación militar, es lícita la que vulgarmente se puede calificar como «*licencia para matar*», a la vista de la política seguida por algunos Estados (en particular, dentro de la llamada «*guerra contra el terrorismo*»), promoviendo asesinatos selectivos o ejecuciones extrajudiciales.

Afirma L. Arroyo Zapatero¹ que, ante los impulsos político criminales posteriores al 11 de septiembre, es nuestra obligación constituirnos en un observatorio permanente de la política criminal que vele ante reacciones indeseables o incompatibles con el ideario de la Asociación Internacional de Defensa Social.

Destaca Tom Ruys² que, paralelamente al incremento y emergencia de un terrorismo transnacional (o global), en varios países se advierte el recurso creciente al asesinato selectivo de personas previamente escogidas por la policía, las fuerzas armadas o los servicios de información o seguridad. Alude este autor a la muerte de Sheik Ahmed Yassin, líder de Hamas, en una operación militar de las Fuerzas de Defensa de Israel, al ataque por la aviación de Estados Unidos de América en Yemen contra sospechosos de pertenecer a Al Qaeda, al asesinato de líderes chechenos en Qatar por oficiales de inteligencia de Rusia y a la política del Reino Unido de «*shoot-to-kill*» (disparar a matar) en relación con supuestos terroristas, que ha dado lugar a una sentencia condenatoria del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en el caso *Mc Cann*.

Hechos similares, cuando responden a una política estatal que promueve asesinatos con el pretendido amparo del Derecho internacional durante una situación de conflicto armado u ocupación militar (muchas veces negada por los poderes públicos) y en ocasiones cometidos fuera del territorio del Estado actuante, presentan en las guerras actuales la grave cuestión de su hipotética cobertura legal (convencional) por los DD.HH. y por las normas del DIH.

1 L. Arroyo Zapatero, Presidente de la Asociación Internacional de Defensa Social, «Cahiers de Defense Sociale», 2006, pp. 74 y 75.

2 T. Ruys, «License to Kill? State-sponsored assassination under international law», en *Revista de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra*, nº 44, 2005, Vol. 1-2, pp. 15 y ss.

Para Kenneth Watkin³, el siglo XXI, reflejo del 11 de septiembre de 2001, ha incrementado la compleja naturaleza de los conflictos modernos y significado retos al criterio tradicional de que el DIH regula exclusivamente el uso de la fuerza en los conflictos armados. En efecto, la tecnología informática combinada con la información y la precisión de las armas se ha dirigido contra los líderes adversos como una de las mayores manifestaciones del cambio en las circunstancias del uso de la fuerza letal. Como ejemplos se citan: el intento de matar al Presidente Saddam Hussein al comienzo del conflicto de Irak, los ataques a líderes de la resistencia palestina en los territorios ocupados por Israel o la muerte de sospechosos de pertenencia a Al Qaeda en Yemen.

Reitera este autor⁴ que ello supone un desafío a la idea tradicional de que el uso de la fuerza en los conflictos armados está regulado únicamente por el DIH y argumenta que la respuesta no puede consistir en la aplicación excluyente de aquella normativa, sino en preguntarse cuales son los principios pertinentes que deben ser afirmados para asegurarse de que no existen lagunas en la protección humanitaria.

Louise Doswald-Beck⁵ se plantea si, en relación con el derecho a la vida, el DIH proporciona todas las respuestas. Su aportación parte de la interpretación del derecho a la vida por los Convenios de los DD. HH. y analiza la gran influencia del derecho relativo al uso de la fuerza en los conflictos armados y ocupación cuando son claras las normas del DIH.

La primera cuestión que debe abordarse es el reconocimiento mayoritario de que los DD. HH. deben seguir aplicándose durante los conflictos armados al tiempo que el DIH. Manuel Pérez Gonzalez⁶ ha escrito páginas bien reveladoras sobre la necesidad de una doble perspectiva (Derecho humanitario y Derechos Humanos) estimando que el refuerzo de la protección hay que buscarlo en los principios y reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así pues, la tendencia es que las normas de los DD. HH. ayudan a clarificar determinadas situaciones durante los conflictos armados⁷.

3 K. Watkin, «Controlling the use of force: a role for Human Rights norms in contemporary armed conflict», en *American Journal of International Law*, vol. 98-1, January, 2004, p. 1 y 8.

4 K. Watkin, «Controlling...», art. cit. p. 2.

5 L. Doswald-Beck, «The right of life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?», en *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n° 864, December 2006, pp. 881 y ss.

6 M. Pérez González y J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos», en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2002, 1, Vol. LIV, pp. 31 y ss.

7 Vid. la Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares (1996). En particular, el Número Especial de la Revista Internacional de la Cruz Roja, n° 139, enero-febrero de 1997.

Por otra parte, es evidente que la aplicabilidad conjunta de los DD. HH. y del DIH a la acción hostil no garantiza el respeto al derecho a la vida en todas las situaciones de un conflicto armado y, por tanto, es necesario interpretar las normas internacionales de acuerdo con las previsiones del DIH. En este sentido, L. Doswald-Beck⁸ sostiene la aplicación de los DD. HH. relativos al derecho a la vida como suplemento de las normas del DIH en los casos de conflictos armados no internacionales y de ocupación militar, en supuesto de las personas civiles «*que toman parte directa en las hostilidades*». La pregunta fundamental a la que responde esta autora consiste en determinar en que ocasiones la aplicación de los DD. HH. puede suponer un cambio notable en el espíritu del DIH, en relación con la prohibición tradicional del asesinato.

Debemos ahora hacer cumplida referencia a las reuniones de expertos promovidas por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) con el Asser Institute, en orden a determinar «*cuando las personas civiles pueden ser atacadas al tomar parte directa en las hostilidades*» (en lo sucesivo «*Informe «Participación directa en las hostilidades*»⁹) y con el University Centre for International Humanitarian Law de Ginebra (en lo sucesivo UCIHL) sobre «*El derecho a la vida en los conflictos armados y situaciones de ocupación*»¹⁰.

Son muy relevantes algunas aportaciones de diversos organismos internacionales, como las decisiones de la Comisión Interamericana de DD. HH. en los casos «*Abella contra Argentina*», «*Las Palmeras contra Colombia*» y «*Hamaca-Velasquez contra Guatemala*».

Asimismo hay que destacar que el Comité de DD. HH. de las Naciones Unidas en su Comentario General (26 de mayo de 2004), a pesar de declarar que las normas específicas de DIH pueden ser especialmente importantes para la interpretación del derecho convencional, no hace referencia en la práctica al DIH en relación con el derecho a la vida en los conflictos armados.

B. La sentencia del Tribunal Supremo de Israel de 13 de diciembre de 2006

No debe sorprender que, en la materia objeto de estudio, se haya tenido en cuenta como ejemplo bien significativo la política de Israel sobre objetivos letales, como muestra de un Estado promotor de ataques mortales (asesinatos selectivos) en los territorios palestinos ocupados, en especial después de la Intifada y en la actualidad.

8 L. Doswald-Beck, «The right...», art. cit. p. 883.

9 Informe «Participación directa en las hostilidades con arreglo al derecho internacional humanitario», texto elaborado por Jean-François Quéguiner, Anexo I al Documento «El derecho Internacional Humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos», XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja, Ginebra, 2003.

10 «Report of the expert meeting on the right to life in armed conflicts and situations of occupation», UCIHL, Ginebra, 1-2 september 2005.

Según expone T. Ruys¹¹, las autoridades israelitas argumentan que los ataques mortales («*Targeted killing*») son necesarios porque la Autoridad Palestina no cumple con su obligación de combatir el terrorismo y prevenir los ataques suicidas. En efecto, una Guía aprobada en 2001 autoriza a las fuerzas de seguridad a realizar acciones contra terroristas desconocidos, aún en el caso de que no se encuentren en trance de iniciar un ataque.

Por todo ello es relevante la sentencia nº 769/02, de 13 de diciembre de 2006, dictada por el Tribunal Supremo de Israel, en el caso del «Comité Público contra la Tortura en Israel *versus* Gobierno de Israel». En un documento oficial del Ministerio de Asuntos Exteriores de Israel se recoge la opinión de que esta decisión del Tribunal Supremo permite a las Fuerzas de Seguridad de Israel continuar llevando a cabo ataques letales con la condición de que sean examinadas las circunstancias en cada caso. Según esta nota los puntos esenciales de esta sentencia se concretan en el examen del marco normativo que regula la conducta en la confrontación israelo-palestina, el estatuto legal de las operaciones terroristas según el Derecho internacional de los conflictos armados, el derecho relativo a las personas civiles que no tienen protección según el Derecho internacional (participación directa en las hostilidades) y las consideraciones para determinar la legalidad de un ataque letal individual, daños incidentales y proporcionalidad.

En su análisis final, el Tribunal Supremo de Israel adopta una interpretación del Derecho internacional consuetudinario aplicable a los conflictos armados internacionales, según la cual la protección establecida para las personas civiles frente a los ataques militares no se extiende a los «terroristas» que participen directamente en las hostilidades durante el tiempo de su participación. En definitiva, un ataque contra dichas personas (aunque produzca la muerte) es permisible, pero únicamente si no puede ser empleado un medio menos dañoso y sujeto a la condición de que los daños incidentales causados a civiles «inocentes» cumplan los requisitos de proporcionalidad.

La sentencia del Tribunal Supremo de Israel, que comentamos, tiene fecha de 13 de diciembre de 2006 y su ponente fue el Presidente emérito A. Barak (con votos particulares concurrentes del Presidente D. Beinisch y del Vicepresidente). En la decisión se establece que el Gobierno de Israel realiza una política de ataques preventivos que produce la muerte de terroristas en Judea, Samaria y la franja de Gaza (el «*Area*»), ataques que se dirigen contra los «*terroristas*» que planean, lanzan o perpetran ataques terroristas en el «*Area*» tanto contra civiles como contra militares, causando a su vez daños a personas civiles «*inocentes*». Y se pregunta la sentencia si el Estado actúa legalmente.

11 T. Ruys, «License...», art. cit. pp. 31 y 32.

Después de la descripción de los hechos, examen de los argumentos de los demandantes y sus peticiones, contestaciones de la parte demandada, vista y fundamentos de derecho (desde el punto de vista material y procesal), el Tribunal adoptó la decisión de que no puede determinar («*non liquet*») en principio que cualquier ataque letal está prohibido por el Derecho Internacional consuetudinario, así como tampoco puede afirmarse en principio que cualquier ataque mortal está permitido por el mismo Derecho Internacional consuetudinario. El derecho que regula los ataques letales, finaliza la sentencia, está determinado por el citado D. I. consuetudinario y la legalidad de cada acción debe decidirse a la luz de tal derecho.

II. LA APORTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: LA PROTECCION DEL DERECHO A LA VIDA

A. La prohibición de la privación «arbitraria» de la vida

En principio el «*derecho a la vida*» es una garantía tan intensa que protege tanto en tiempo de paz como en conflicto armado, porque el punto de partida tanto de los DD. HH.¹² como del DIH es la protección de los valores y dignidad de la persona humana. Pero el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar la seguridad de los ciudadanos y ello legitima el uso excepcional de la fuerza letal, aunque esta potestad es limitada y sometida a las normas jurídicas. Así, tanto los miembros de las Fuerzas Armadas como las personas civiles gozan del mismo derecho a la vida de acuerdo con las normas de los DD. HH. y el DIH. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el marco normativo del DIH difiere del propio de los DD. HH. pues las reglas del DIH expresan un delicado equilibrio entre los principios de humanidad y de necesidad militar. En todo caso, esta precisión no significa que el derecho a la vida sea absoluto según los DD. HH. pero el uso de la fuerza letal está estrictamente limitado por la prohibición de la privación «*arbitraria*» de la vida.

Destaca Doswald-Beck¹³ que tres de los cuatro Convenios más importantes en materia de DD. HH. (Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, Convención Americana de DD. HH. de 1969 y Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981) especifican que nadie puede ser privado «*arbitrariamente*» de la vida. Y más concretamente, el artículo 2 (2) del Convenio Europeo para la Protección de los DD. HH. y Libertades Fundamentales (Roma, 1950) establece que la privación de la vida solo puede ser realizada cuando el resultado del uso de la fuerza es absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra la

12 K. Watkin, «Controlling...», art. cit. p. 9.

13 L. Doswald-Beck, «The right...», art. cit. p. 83 .

violencia ilegal (legítima defensa), b) como consecuencia de un arresto legal o para prevenir la fuga de una persona legalmente detenida, y c) dentro de una acción legal adoptada con el fin de combatir un motín o insurrección. Ahora bien, este mismo Convenio Europeo contiene una excepción a la inderogabilidad del derecho a la vida que consiste, justamente, en las muertes resultantes de acciones legales de guerra, según el artículo 15 (2).

La autora antes citada sostiene acertadamente que estas «*acciones legales de guerra*» se refieren a la conducta en los conflictos armados internacionales y se excluye la alusión al uso de la fuerza en una insurrección, ya que está citada y cubierta por mencionado apartado c) del artículo 2 del mencionado Convenio Europeo.

Hay que resaltar que las muertes de individuos en cualquier territorio y en tiempo de paz (incluyendo motines o disturbios internos) es materia regulada por los DD. HH. pero excluida del DIH, que se aplica solo en los conflictos armados internacionales o internos¹⁴.

B. La posición de los Tribunales y Organismos Internacionales

Estimamos que es decisivo en esta materia conocer como estas normas convencionales de DD. HH. han sido interpretadas por los Tribunales y Organismos internacionales. Se ha sostenido¹⁵ que en muchos casos el resultado de la interpretación de las normas propias de los DD. HH. es similar al que se hubiera alcanzado con la aplicación del DIH. En el caso de hostilidades entre fuerzas gubernamentales y disidentes internos el análisis de las normas convencionales se concreta en si se han adoptado o no las previsiones suficientes para evitar víctimas civiles.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de DD. HH.¹⁶ son significativas las decisiones sobre el caso «*Ergi contra Turquía*» (uso de la fuerza por el Ejército turco contra miembros del Partido de los Trabajadores de Kurdistán, PKK, caso presentado por los familiares de las personas civiles y no por los familiares de los disidentes) y sobre el caso «*Güles contra Turquía*». En éste último (uso de una ametralladora por la policía para restaurar el orden en una manifestación) el Tribunal no aceptó el argumento gubernamental de que la manifestación se había convertido en una rebelión por la presencia de miembros del PKK. Según la decisión debe existir un equilibrio entre el fin perseguido y los medios empleados, de forma que cuando las autoridades esperan desórdenes deben tener preparado el equipo necesario (porras, escudos, cañones de agua, balas de goma o gases lacrimógenos).

14 T. Ruys, «License....», art. cit. p. 16.

15 L. Doswald-Beck, «The right....», art– cit. p. 884.

16 K. Watkin, «Controlling...», art. cit. p. 19, en particular el caso *Mc Cann contra Reino Unido*. Ver también, L. Doswald-Beck, «The right....», art. cit. pp. 884 y 886.

En los casos «*Ysayeva, Yusupova y Bazayeva contra Rusia*», referente a los rebeldes chechenos, el Tribunal estimó insuficientes las precauciones adoptadas durante el planeamiento y ejecución de las acciones de fuerza para evitar o minimizar las víctimas civiles. Pero aceptó la necesidad del uso de la fuerza potencialmente letal para acabar con la insurrección en dos casos relativos a bombardeos aéreos en Chechenia. Se justificaba así¹⁷ el uso de la fuerza mortal por los agentes del Estado cuando los rebeldes utilizan ese mismo tipo de fuerza letal durante las hostilidades.

En el caso «*Anchova contra Bulgaria*» se analizó la conducta de los agentes que dispararon contra personas que no portaban armas (previamente condenados por robo) para evitar la huida. Se juzgó excesivo el uso de la fuerza al no concurrir la necesidad de poner en riesgo la vida humana cuando se conoce la identidad de la persona que debe ser arrestada y no sospechosa de delitos violentos, existiendo la posibilidad de arrestar más tarde al fugitivo. «*A contrario sensu*» el uso de la fuerza puede no constituir una violación si se ha puesto en peligro la vida de algunos o la persona es sospechosa de haber cometido delitos violentos, aunque exista la posibilidad de arresto con posterioridad¹⁸.

El caso «*Mc Cann contra Reino Unido*» es significativo¹⁹ porque se establece la distinción entre el planeamiento de una operación policial y el uso de la fuerza letal por oficiales gubernamentales. El Tribunal Europeo entendió que en la acción de la policía disparando (y causando la muerte a miembros del IRA en Gibraltar) no hubo violación del derecho a la vida porque los miembros del IRA estaban a punto de detonar un coche bomba. Sin embargo, se fundamenta la violación de éste derecho por el Reino Unido en el hecho de que los agentes oficiales tuvieron (a lo largo de varios días) suficientes oportunidades para arrestar a tales personas, especialmente cuando cruzaron la frontera de Gibraltar. Y, además, la operación no fue planeada con el cuidado de minimizar la necesidad de disparar contra los miembros del IRA. En concreto no se aceptó el argumento del Gobierno de que el peligro para la población de Gibraltar, al no prevenir la entrada de los miembros del IRA en este territorio, se debió a la inexistencia de pruebas para acordar la detención y el juicio.

También son ilustrativos los informes del Comité de DD. HH. de las Naciones Unidas, en particular en el caso de «*Guerrero contra Colombia*», donde se examina la práctica del Gobierno de Colombia en relación con los bombardeos habituales de los campos de la insurgencia de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), especialmente cuando los rebeldes no desarrollan las hostilidades activa-

17 L. Doswald-Beck, «The right...», art. Cit. p. 884.

18 L. Doswald-Beck, «The right...», art. Cit. p. 886.

19 T. Ruys, «License...», art. cit. pp. 18 y 19. También cita el caso «*Andronicou y Constantinou contra Chipre*». Ver también, K. Watkin, «Controlling...», art. cit. pp. 20 y 21. L. Doswald-Beck, «The right...», art. Cit. pp. 885 y 886.

mente²⁰. El caso se refiere a la sospecha del Gobierno colombiano de que la «*organización guerrillera*» ha secuestrado a un antiguo embajador y le ha tomado como rehén en una casa. Cuando las fuerzas gubernamentales visitaron el edificio no encontraron al rehén, pero esperaron el regreso de los rebeldes y dispararon contra ellos aún cuando estaban desarmados. El Comité reafirmó que el estado de emergencia existente en Colombia no ha derogado el derecho a la vida, violado por el uso de la fuerza cuando era posible el arresto en tales circunstancias. En el mismo sentido se pronunció el Comité en el caso «*Baboeran-Adhin y otros contra Surinam*»²¹.

La importante aportación jurisprudencial del Tribunal Europeo de DD. HH. contrasta con la interpretación del término «arbitrariamente» por el Tribunal Africano de Derechos del Hombre y de los Pueblos (artículo 4 del Convenio), al estimar que este concepto todavía debe ser completamente implementado. Por el contrario, la Comisión Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos ha encontrado violaciones del derecho a la vida interpretando ampliamente el citado artículo 4 del Convenio²².

Destaca en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DD. HH. la amplia interpretación del término «*arbitrariamente*» en relación con el derecho a la vida, «*como garantía para prevenir las ejecuciones sumarias*». En el caso «*Neira Alegre contra Perú*» la Corte valoró la muerte de presos durante la intervención de la policía peruana durante un motín producido en una cárcel²³. Para acabar con un elevado riesgo y ante presos armados, la policía usó dinamita para volar el edificio causando lesiones o la muerte de más de cien reclusos. Se consideró que el uso desproporcionado de la fuerza y el hecho de que las autoridades peruanas no adoptaron todas las medidas necesarias para identificar a las personas, implicó la infracción del derecho a la vida.

La Comisión Europea de DD. HH. ha aplicado el Convenio de Roma, concretamente su artículo 2 (2), en los casos «*Wolfgang contra Alemania*» y «*Nelly contra Reino Unido*», relativos a resultados de muerte por el Estado como consecuencia de una detención legal o para prevenir la fuga de una persona arrestada legalmente. En ellos la Comisión emplea el «*test*» de proporcionalidad y razona el propósito de detener a determinadas personas para prevenir actividades terroristas. En el mismo sentido, en el caso «*Stewart contra Reino Unido*» examinó el uso de medios que han causado la muerte no intencional²⁴.

El Derecho Internacional de los DD. HH., en definitiva, limita el uso de la fuerza a situaciones de absoluta necesidad, disponiendo que debe ser utilizado un «*test*»

20 T. Ruys, «License...», art. cit. p. 17. L. Doswald-Beck, «The right...», art. Cit. pp. 884 y 885

21 T. Ruys, «License...», art. cit. p. 17.

22 T. Ruys, «License...», art. cit. p. 18.

23 T. Ruys, «License...», art. cit. p. 18.

24 T. Ruys, «License...», art. cit. p. 19.

estricto cuando determinadas actuaciones del Estado son necesarias en la sociedad democrática²⁵.

Para T. Ruys²⁶ existe un criterio suficientemente consolidado por la jurisprudencia que, en relación con el derecho a la vida, se centra en los principios de necesidad y proporcionalidad. Solo cuando todos los intentos de detener a una persona fracasan o son claramente inapropiados, está justificado el uso de la fuerza.

Algunos autores²⁷ citan de forma muy pertinente el Documento de las Naciones Unidas «*Principios básicos de las Naciones Unidas sobre el uso de la fuerza y armas de fuego por los funcionarios encargados de cumplir la ley*». Concretamente, el Principio 9 que limita el uso de tal fuerza a lo estrictamente necesario en defensa propia o de otros contra un inminente peligro de muerte o lesión grave, para prevenir la perpetración de un crimen especialmente grave que suponga un serio riesgo para la vida, para detener a una persona que suponga un peligro y se resista a la autoridad o para evitar una fuga, y solo cuando medios menos gravosos fueren insuficientes para alcanzar estos fines. Estos requisitos son alternativos, no acumulativos y, aunque el posible uso de la fuerza no está necesariamente limitado por la inminencia del riesgo, siempre está condicionado por la necesidad real y la proporcionalidad de dicho uso.

C. Los Derechos Humanos y la lucha contra el terrorismo

Debemos preguntarnos hoy si los DD. HH. pueden ser desconocidos en la lucha contra el terrorismo. Frente a la opinión de algunos autores que propugnan la denegación de derechos a los terroristas (llegando a justificar la «*coacción física moderada*» e incluso la tortura como medio de obtener información en los interrogatorios «*intensivos*»), T. Ruys²⁸ rechaza terminantemente estas posiciones académicas. Para este autor, los terroristas no pueden ser torturados en ninguna circunstancia y ninguno puede ser privado arbitrariamente de la vida. Posición que compartimos y que se fundamenta en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de DD. HH., en los Informes de la Subcomisión de DD. HH. de las Naciones Unidas y en la Resolución de la Asamblea General de la ONU «*Protección de los DD. HH. y libertades fundamentales durante la oposición al terrorismo*». Textos donde se reafirma que los Estados deben cumplir el Derecho internacional en la lucha contra el terrorismo.

25 K. Watkin, «Controlling...», art. cit. pp. 17 y 18. En particular ver la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en el caso «*Tennessee contra Garner*».

26 T. Ruys, «License...», art. cit. pp. 20 y 21.

27 L. Doswald-Beck, «The right...», art. Cit. pp. 886 y 887. K. Watkin, «Controlling...», art. Cit. p. 28.

28 T. Ruys, «License...», art. cit. p. 21.

Mientras en el marco de los DD. HH. se regula el uso de la fuerza, el DIH aporta un marco relativo a la responsabilidad²⁹ que comprende la responsabilidad penal y la responsabilidad del mando, así como la doctrina de la obediencia jerárquica, que puede obligar al subordinado a la desobediencia de las órdenes manifiestamente delictivas. Son, en efecto, notables los esfuerzos por definir y codificar los llamados crímenes internacionales (crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad), el proceso de creación de Tribunales Penales Internacionales («*ad hoc*» o permanentes como la Corte Penal Internacional) y la puesta en marcha de la Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta (artículo 90 del Procolo I de 1977). Hay que añadir que la exigencia de responsabilidad penal por las normas del DIH no se limita a los conflictos armados internacionales, como demuestra el Estatuto del Tribunal penal Internacional para Ruanda y su jurisprudencia, así como el artículo 8 (crímenes de guerra) del Estatuto de la Corte penal Internacional³⁰.

La cuestión, como ha subrayado T. Ruys³¹, es que los Estados que promueven los asesinatos en el territorio de un tercer Estado deben también observar la prohibición de la privación arbitraria de la vida. Así pues, debe ser asimismo rechazada la idea de que tiene fundamento en el DIH que los terroristas de Al Qaeda (calificados como «*combatientes enemigos*») son objetivos legítimos para ser atacados. La mera sospecha de que una persona está integrada en actividades terroristas no es suficiente para calificarla como combatiente, puesto que no existe el estatuto de combatiente fuera del ámbito de los conflictos armados. En todo caso no se puede afirmar que los terroristas nunca pueden ser combatientes. Por ejemplo, los miembros de Al Qaeda que lucharon integrados en las fuerzas talibanes contra Estados Unidos de América en Afganistán tomaron parte directa en un conflicto armado. Pero cuando los terroristas actúan fuera de un conflicto armado no son combatientes que puedan ser muertos inmediatamente, sino criminales que deben ser detenidos y llevados ante la justicia.

El mismo T. Ruys reconoce³² que la mayoría de las situaciones se producen en la lucha entre el Estado y una organización terrorista que opera en el ámbito de un conflicto armado interno, con alto grado de organización militar y uso intensivo de armas poderosas. El autor concluye que la legalidad de estas acciones no se debe examinar según el «*ius ad bellum*» ni según el DIH, sino conforme al Derecho internacional de los DD. HH. Y la pregunta fundamental es cuando la muerte de sospe-

29 K. Watkin, «Controlling...», art. cit. p. 22.

30 Ver el Número Monográfico sobre la Corte Penal Internacional de la *Revista Española de Derecho Militar*, nº 75, enero-junio de 2000.

31 T. Ruys, «License...», art. cit. p. 22. Este autor pone como ejemplo el ataque de Estados Unidos de América con misiles (3 de noviembre de 2002) a seis sospechosos de pertenecer a Al Qaeda en Yemen, con el consentimiento de éste último Estado.

32 T. Ruys, «License...», art. cit. pp. 22 y 23.

chosos es o no arbitraria. ¿Cual es el criterio de proporcionalidad y de necesidad que debe observarse?

Precisamente porque no compartimos esta conclusión, al estimar que se debe tener en cuenta el DIH en el ámbito de los conflictos armados internos (además de los DD. HH.), trataremos de dar respuesta a la pregunta (aplicación de los criterios de proporcionalidad y de necesidad) también desde la óptica del DIH aplicable en todos los tipos de conflictos armados y ocupación militar.

III. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Debemos ahora recordar que la materia a que se concreta este estudio es el análisis de los asesinatos selectivos y ejecuciones extrajudiciales en los conflictos armados a la luz del DIH y de los DD. HH. Por tanto, una vez examinadas las normas pertinentes de los DD. HH. , es necesario abordar la cuestión desde el punto de vista del DIH, aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los internos y en los supuestos de ocupación militar.

A. Los conflictos armados internacionales

Resalta Watkin³³ que las normas que regulan la vida y la muerte son objeto de discusión en dos esferas distintas de actividad: el «conflicto armado» y la «paz». Ahora bien, los DD. HH. continúan siendo aplicables durante los conflictos armados, aunque como estableció el Tribunal Internacional de Justicia (Opinión Consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares) la existencia de una privación arbitraria del derecho a la vida es regulada por el DIH como «*lex specialis*».

Paso previo para adentrarse en el DIH es determinar la noción de conflicto armado, algo más extensa que la de conflicto armado internacional pues comprende los conflictos armados internos (artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y Protocolo II Adicional). Aquí, de nuevo, conviene recordar que no toda respuesta a los actos terroristas constituye una situación de conflicto armado. Y tampoco los ataques terroristas integran un conflicto armado por si mismos, según la interpretación del mismo Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia de 1986 sobre actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua³⁴, pues es necesario distinguir entre ataques muy graves (ataques armados) y menos graves (como los meros incidentes fronterizos) .

33 K. Watkin, «Controlling...», art. cit. p. 2.

Al no proporcionar los Convenios de DIH un concepto de *conflicto armado*, debemos elaborarlo a partir de la práctica de los Estados y de su distinción de la situación de *conflicto no armado*³⁵. Así pues, la amplia noción de *conflicto* debe completarse con la de *enfrentamiento armado*, que quiere decir tanto como lucha entre dos partes contendientes con utilización de las armas, sin que importe la existencia de una resistencia de gran entidad por una de ellas, ni naturalmente el requisito formal de una declaración de guerra. Existe *conflicto armado* cuando se inician los actos de fuerza o violencia armada con manifiesta voluntad hostil.

Para Hans-Peter Gasser³⁶ la aplicabilidad del DIH se resuelve simplemente desde el momento en que las Fuerzas Armadas sufren o causan heridos, se rinden, se hacen prisioneros o ejercen su autoridad en parte del territorio del adversario. En todas estas situaciones se debe respetar el DIH, sin que importe el número de heridos o de prisioneros, ni la extensión del territorio ocupado. Naturalmente, en caso de conflicto armado, la aplicación del DIH es automática y no se hace depender de la calificación legal de la acción armada (agresión o acción de legítima defensa), que es una cuestión de *ius ad bellum* regulada por la Carta de las Naciones Unidas, de forma que todas las víctimas de la guerra (pertenzcan al Estado agresor o al que se defiende legítimamente) tienen idéntica protección por las normas humanitarias. El último párrafo del Preámbulo del Protocolo I de 1977 reafirma que las disposiciones de los Convenios de Ginebra y del propio Protocolo deberán aplicarse plenamente «en toda circunstancia» a las personas protegidas, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la naturaleza o el origen del conflicto armado o en las causas invocadas por las Partes en conflicto o atribuidas a ellas.

El *conflicto armado* implica pues una acción violenta persistente, integrada por la lucha armada entre dos o más partes en el conflicto con intención hostil.

El *Conflicto armado internacional*, presenta tres subespecies que denominamos «interestatal», «internacional por extensión» y «situación de ocupación bélica»³⁷.

El «Conflicto armado interestatal» supone el enfrentamiento o lucha armada entre dos o más Estados. Según el párrafo 1 del artículo 2 común a los Convenios de Ginebra, se aplicarán sus normas en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por alguna de ellas. De forma que, superando todo requisito formal (declaración de guerra o reconocimiento del estado de

34 K. Watkin, «Controlling...», art. cit. p. 4.

35 J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto, *Derecho Internacional Humanitario*, 2ª ed. Tirant y Cruz Roja Española, Valencia 2007, pp. 154 y ss.

36 Hans-Peter Passer, *Le Droit Internationale Humanitaire. Introduction*, Institut H. Dunant, Haupt, 1993, p. 24.

37 J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto, *Derecho Interenacional...*, ob. cit. pp. 158 y ss.

guerra), basta la existencia de un conflicto armado entre Estados para que esta realidad objetiva suponga la aplicación de las normas del DIH.

Aunque los conflictos armados internacionales, en principio, se caracterizaron por producirse entre Estados soberanos, después de la II Guerra Mundial el reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos significó la eventual inclusión de la lucha de los movimientos de liberación nacional como conflictos armados internacionales³⁸. Así, el concepto de «Conflicto armado internacional por extensión» se refiere a las guerras de liberación nacional, es decir la lucha de un pueblo contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la autodeterminación. El número 4 del artículo 1 del Protocolo I de 1977, dispone su aplicación a *los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*.

Finalmente la «*Situación de ocupación bélica*» comprende los supuestos de ocupación total o parcial de un territorio por otro Estado, aunque no exista resistencia armada por parte del Estado ocupado o de su población. El segundo párrafo del artículo 2 común a los Convenios de Ginebra dispone que se aplicarán también *a todos los casos de ocupación total o parcial de un territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar*.

B. Los conflictos armados no internacionales

En los conflictos armados no internacionales o internos no se reconoce formalmente el estatuto de «*combatientes*» a los miembros de la parte adversa a la gubernamental que participan en la acción hostil, por el criterio de los Estados de negar a los «*rebeldes*» cualquier beneficio derivado de un reconocimiento internacional como el «*estatuto de prisioneros de guerra*». Pero es generalmente aceptado que el Gobierno no puede tener un poder ilimitado para el uso de la fuerza en los conflictos armados internos. Las normas del DIH que regulan tales conflictos (artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y Protocolo II Adicional) aplican concepto básicos de la protección de las víctimas de la guerra (personas fuera de combate o en poder de la parte adversa, heridos, enfermos o personas civiles que no participan en la acción hostil).

38 K. Watkin, «Controlling...», art. cit. p. 11 .

Doswald-Beck³⁹ considera que las normas del DIH en estas situaciones han suscitado controversias. Por ejemplo, alguna interpretación sostiene que la referencia a las «*fuerzas armadas*» y «*grupos armados*» supone que la fuerza puede ser utilizada automáticamente contra estos grupos, particularmente porque estas mismas reglas establecen la necesidad de abstenerse de usar la fuerza contra las personas que no toman parte directa en las hostilidades. Esta sería la postura de los Comentarios del C.I.C.R. al Protocolo II de 1977 Adicional, aunque allí se estima que la fuerza puede ser usada contra los grupos armados, sin referencia a otras condiciones.

La segunda interpretación mantiene que el uso de la fuerza se basa únicamente en el sentido de la frase «*tomar parte directa en las hostilidades*», puesto que la referencia del artículo 1 del citado Protocolo II Adicional a los «*grupos armados*» se hace solo con el fin de describir la situación que debe existir para la aplicación del citado Protocolo. Y que la única referencia al uso de la fuerza contra las personas se hace en el artículo 13 del mismo Protocolo, que protege justamente a las personas civiles que no toman parte directa en las hostilidades.

Hay que destacar que los expertos que tomaron parte en la citada reunión del UCIHL en 2005, aunque se dividieron en cuanto a estas interpretaciones, consideraron que las normas del DIH pueden ayudar a resolver el problema pues tales reglas obligan a las fuerzas estatales a efectuar una detención cuando sea posible y a adoptar las máximas precauciones en el plan de operaciones. Es verdad que algunos expertos rechazaron esta conclusión, pero la mayoría opinaron que los miembros de tales «*grupos armados*» deben estar exentos de ataques en situaciones donde pueden ser fácilmente detenidos⁴⁰. Sin embargo, cabe observar que la segunda interpretación (que hace referencia a las personas civiles que no toman parte directa en las hostilidades) puede basarse en normas esenciales del DIH, sin necesidad de acudir a las reglas de los DD. HH. Por ello, no es difícil concluir aceptando una amalgama de las normas de DIH y de los DD. HH., que las personas que pertenecen a los grupos armados pueden en principio ser atacadas, pero no deben serlo si pueden ser fácilmente detenidas.

Ahora bien, en la mencionada reunión de expertos de UCIHL se apuntó que la prohibición gubernamental de atacar a los rebeldes cuando pueden ser detenidos podría crear un desequilibrio entre las fuerzas del Gobierno y la parte adversa. En contra, L. Doswald-Beck⁴¹ objetó que en realidad no hay igualdad en los conflictos armados no internacionales puesto que los «*rebeldes*» son considerados criminales

39 L. Doswald-Beck, «The right...», art. Cit. pp. 889 y ss.

40 Se pone el ejemplo de un rebelde atacado durante la compra en un supermercado, cuando es evidente que no toma parte directa en las hostilidades en ese momento (L. Doswald-Beck, «The right...», p. 890).

41 L. Doswald-Beck, «The right...», p. 890.

según el derecho interno y el DIH no prohíbe esta calificación. Por ello es habitual que el Gobierno tenga más responsabilidades (según el DIH) que sus ciudadanos, que se concretan en las limitaciones impuestas por los DD. HH. Así las fuerzas armadas son objetivos militares porque los «*grupos armados rebeldes*» incluyen solo a aquellos miembros que combaten regularmente. El C.I.C.R. propuso esta noción porque no es infrecuente que los Gobiernos consideren a todos los miembros de un grupo étnico como un «*grupo rebelde*», cuando solo algunos de sus integrantes hacen uso de la fuerza.

La segunda condición consiste en que las «*fuerzas armadas rebeldes*» no deben ser atacadas si pueden ser fácilmente detenidos sus miembros sin riesgo para las fuerzas gubernamentales y, por ello, es necesario que el Gobierno planifique el arresto cuando sea posible sin usar la fuerza letal.

Hay que recordar que el citado artículo 9 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas para el uso de la fuerza, establece en que circunstancias los agentes estatales pueden utilizarla para prevenir la violencia potencialmente letal por parte de la persona implicada. Ahora bien, cuando la fuerza mortal es empleada antes de que el sospechoso ejecute un acto violento, realmente el Gobierno está ejecutando a esa persona por mera sospecha o le aplica instantáneamente la pena capital.

Para algunos autores⁴², el DIH distingue entre el uso de la fuerza letal contra una persona y las normas relativas a los objetivos militares. El mismo Comentario del C.I.C.R. a los Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra se refiere a la participación directa en actos de guerra que por su naturaleza o fin causen daño actual al personal o material de las fuerzas armadas enemigas, según el artículo 51 (3) del Protocolo I de 1977. Pero solo es objetivo militar aquel que contribuye efectivamente a la acción militar y el ataque proporciona una ventaja militar definida. Ahora bien, consciente o inconscientemente se usan estos razonamientos (propios de la definición de «*objetivo militar*») cuando se trata de un ataque contra las personas, interpretando una laguna del DIH sobre los objetivos «*humanos*» susceptibles de ataques en los conflictos armados no internacionales.

C. La ocupación militar

C.1. Consideraciones generales

Del examen de los Convenios de los DD. HH. y de la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia sobre esta materia puede deducirse la aplicación de sus normas (además de las reglas del DIH) a las situaciones de ocupación militar, aun-

42 L. Doswald-Beck, «The right...», p. 891.

que algunos Gobiernos (Estados Unidos de América e Israel) han establecido que únicamente se aplicará el DIH.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de Israel de 13 de diciembre de 2006 considera que hay que establecer un equilibrio entre la seguridad y los derechos, necesidades e intereses de la población civil local en los casos de ocupación. Y ello porque el DIH se basa en un delicado balance entre dos conceptos contradictorios: 1º. Las consideraciones de humanidad, contemplando los daños que produce el conflicto armado en relación con los derechos de la persona y su dignidad, y 2º. La necesidad militar y el triunfo en el conflicto. Es decir, el compromiso entre la necesidad militar y los dictados de humanidad (Dinstein, Dieter Fleck, Greenwood).

Más concretamente, los dos ejes centrales son la seguridad del ocupante del territorio y las necesidades de la población civil local. Las reglas de La Haya (Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899 y 1907) obligan al mando militar como responsable tanto de la seguridad de la fuerza como del bienestar de los habitantes del territorio ocupado y de la protección de sus derechos humanos.

Según la citada sentencia israelita el resultado del balance es que los DD. HH. son protegidos por las normas del DIH, pero no en el más amplio sentido porque la noción de necesidad militar refleja la relatividad de los DD. HH. en caso de conflicto armado y, concretamente, de la ocupación militar. Este equilibrio, siempre según la referida sentencia, no es constante y en ocasiones se inclina hacia la necesidad militar y en otras hacia las necesidades de la población civil.

Por el contrario, existe una extensa práctica deducible de diversas resoluciones de la Asamblea General y Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que insiste en la aplicación del DIH y de los DD. HH. en situaciones de ocupación.

Para Doswald-Beck⁴³ las condiciones relativas al uso de la fuerza en la ocupación militar durante los conflictos armados no internacionales son diferentes de las que se producen en un conflicto armado internacional, puesto que se trata de una ocupación «*sui generis*». Ahora bien, los participantes en la mencionada reunión de expertos de la UCIHL llegaron a la conclusión de que las respuestas pueden variar considerablemente según la situación en el terreno. Y no solo en el tiempo, sino en diferentes partes del territorio ocupado, pues algunas pueden encontrarse en relativa calma y otras en pleno estallido de las hostilidades.

C.2. El uso de la fuerza letal en las ocupaciones de relativa tranquilidad

En las situaciones de relativa calma durante una ocupación militar se reconoce generalmente que el uso de la fuerza potencialmente letal está regulado por el

43 L. Doswald-Beck, «The right...», p. 892.

«Modelo de las Naciones Unidas para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley», es decir que la aplicación de los DD. HH. obliga a proceder a la detención cuando sea posible. El mismo Comité de DD. HH. de la ONU en su informe sobre Israel (2003) estableció que antes de acudir al uso de la fuerza mortal deben ser agotadas todas las medidas para el arresto de las personas sospechosas de cometer actos de terror.

Durante la referida reunión de expertos de la UCIHL, una minoría sostuvo que cuando la potencia ocupante necesita tomar medidas para proteger su seguridad, se aplican las normas del DIH porque tales acciones están relacionadas con los conflictos armados internacionales antes que con el mantenimiento del orden en el territorio ocupado. Sin embargo, para otros autores⁴⁴ esta distinción ofrece dificultades prácticas y carece de apoyo en las normas de los Convenios Internacionales. Así, los artículos 5 a 64 del IV Convenio de Ginebra de 1949 disponen que las personas peligrosas para la seguridad de la potencia ocupante están sujetas a la legislación penal y a la detención, antes que ser objeto de ataques como objetivo militar.

Por otra parte, en relación con la cuestión de si la fuerza letal puede ser usada contra las fuerzas armadas del Estado ocupante, se admite generalmente que si tales fuerzas participan en una acción hostil (conducción de las hostilidades) o de combate en el territorio ocupado son de aplicación las normas habituales del DIH. Estas pueden incluir la calificación como combatientes de los miembros de un movimiento de resistencia que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo 4.A.(2) del III Convenio de Ginebra, si se trata de un conflicto armado internacional.

Finalmente, en la mencionada reunión de expertos se planteó⁴⁵ el posible uso de la fuerza contra combatientes extranjeros que actúen contra el Estado ocupante, en el inicio del estallido de un conflicto armado internacional, concluyendo que si todos los combatientes extranjeros son enviados por un tercer Estado para luchar contra el Estado ocupante y cumplen las condiciones para ser considerados combatientes, pueden ser atacados conforme a las normas del DIH y si no las cumplen son personas civiles que pueden ser atacadas si participan directamente en las hostilidades.

C.3. La reanudación o ruptura de las hostilidades en territorio ocupado

A diferencia de la ocupación en situación de tranquilidad, la existencia de hostilidades en territorio ocupado supone lógicamente la aplicación de las normas de DIH sobre la conducción de la acción hostil. Las hostilidades significan una actividad de combate o lucha armada entre las fuerzas de ocupación y la resistencia, distinta de los casos de violencia interna, motines o tensiones interiores, regulados por el citado

44 L. Doswald-Beck, «The right...», pp. 892 y 893.

45 L. Doswald-Beck, «The right...», p. 893.

«Modelo de las Naciones Unidas para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley».

Se pregunta la doctrina⁴⁶ si la autorización del Estado ocupante para usar la fuerza en la conducción de las operaciones militares le permite actual en todo el territorio ocupado. Y la mayoría de los expertos opina que si gran parte del territorio está en calma, la conducción de las hostilidades según el DIH solo se puede aplicar al lugar concreto donde existe la acción hostil.

No obstante, la situación más habitual es la actividad de resistencia militar sin la ocupación del territorio por miembros de «*grupos no oficiales*» de las fuerzas armadas del Estado ocupado. No se regula en los Convenios de DIH la «*reanudación*» o «*ruptura*» de las hostilidades en territorio ocupado y por ello se ha sostenido por algunos expertos que tal acción hostil puede considerarse como integrante de un conflicto armado interno. Sin embargo, con sobrada razón se objeta que una ocupación es por definición parte de un conflicto armado internacional, con la única excepción del caso en que el poder soberano cambie claramente y no reconozca al movimiento de resistencia.

La actividad de resistencia, por otra parte, debe tener la suficiente intensidad y durar tanto la acción hostil que haga necesario el uso por el Estado de medios militares, rebasando por inadecuada la actuación policial para el cumplimiento de la ley y restauración del orden. Así, los ataques aislados o esporádicos por los movimientos de resistencia no alcanzan este umbral, aunque los expertos reconocen que es difícil de encontrar la prueba que legitime la utilización de las normas del DIH sobre la conducción de las hostilidades en los conflictos armados internacionales que se desarrollen en territorio ocupado.

Se concluye⁴⁷ observando que como el derecho aplicable a las situaciones de violencia (DIH ó DD. HH.) depende de los hechos debatidos, son necesarias unas normas claras de enfrentamiento y adiestramiento efectivo para facilitar la distinción entre la situación de guerra (conflicto armado) y la de cumplimiento de la ley.

D. Los ataques letales promovidos por los Estados

La doctrina internacional⁴⁸ se plantea el problema de los ataques individuales y el tipo de acciones integradas por asesinatos en los conflictos armados y, si son legales, cuando pueden considerarse medios eficaces en la conducción de las operaciones. Naturalmente estamos contemplando solo los asesinatos cometidos durante un conflicto armado, pues en tiempo de paz o normalidad esta conducta está normalmente

46 L. Doswald-Beck, «The right...», p. 893.

47 L. Doswald-Beck, «The right...», art. Cit. p. 894.

48 K. Watkin, «Controlling...», art. Cit. pp. 16 y 17.

asociada a la responsabilidad gubernamental por un ilícito penal, mientras que en los conflictos armados el hecho de matar está condicionado por el estatuto de la víctima.

El debate se centra en la muerte de los líderes enemigos, cuando puede tener algún efecto en la posible prolongación del conflicto. No faltan autores que basan el asesinato en el argumento de que eliminando a los responsables directos del conflicto se evitan muertes de «*inocentes*», teniendo en cuenta que los ataques legales a los líderes pueden incluir a Jefes de Estado que visten el uniforme o Comandantes en Jefe de condición civil. En contra de esta postura, Yoram Dinstein⁴⁹ indica que un miembro civil de la dirección política no se convierte en objetivo militar por sí mismo. Se puede añadir, al respecto, que las decisiones de ataque no dependen de las normas constitucionales de un país en concreto, pues no es habitual que políticos civiles puedan dirigir las operaciones militares o determinar los objetivos⁵⁰. En todo caso, en tales situaciones es evidente que éstos políticos pueden ser considerados objetivos válidos.

T. Ruys⁵¹ aborda de forma muy acertada la cuestión de las asesinatos promovidos por los Estados durante los conflictos armados que, en principio, deben ser regulados por el DIH tal como se deduce de los Convenios de Ginebra y de La Haya. Sin embargo, aunque no existen reglas particulares que contemplen el asesinato como tal, hay dos series de normas de especial importancia. Por un lado, la prohibición de la perfidia y de la muerte a traición. Y por otra parte, las normas que regulan los ataques y el principio de distinción.

En efecto, son muy antiguos los debates sobre la muerte del enemigo en la doctrina clásica del «*bellum justum*», pudiendo citarse la obra de Tomas de Aquino y Tomás Moro. Pero fue el español Baltasar de Ayala, Auditor del Ejército español en Flandes (siglo XVI), el primero en ocuparse de los medios lícitos para matar a los líderes enemigos. Las ideas de este autor y su distinción entre engaños permisibles, fraudes ilícitos y trampas predominaron en la visión posterior de los asesinatos cometidos en la guerra. Los clásicos Alberico Gentili y Hugo Grocio condenaron la traición como una violación de la confianza de la víctima que espera una conducta legítima por parte de los asesinos. Rechazo que también expresaron E. Kant y E. de Vattel. En definitiva, concluye Ruys⁵² que existe consenso entre los pensadores sobre que, durante un conflicto armado, un ataque dirigido a matar a un enemigo

49 Y. Dinstein, «Legitimate Military Objectives Under the Current «*ius in Bello*», 78, INT'L L. STUD, 139, 158 (2002).

50 Michael Short, «Operation Allied Force from the Perspective of the NATO Air Commander», 78 INT'L L. STUD, 19, 20, 25 (2002).

51 T. Ruys, «License...», art. Cit. p. 23.

52 T. Ruys, «License...», art. cit. p. 24.

concreto (incluyendo los líderes de la parte adversa) está generalmente permitido siempre que no se usen medios traicioneros.

Recientemente la Regla 89 de las integrantes del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, recogidas en la publicación del CICR⁵³, dispone que «*el homicidio esta prohibido*». Se refiere a la muerte de personas civiles, según el Derecho Internacional Consuetudinario, tanto en los conflictos armados internacionales como en los internos. El fundamento de esta regla se encuentra en el Código Lieber, en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, en el IV Convenio de Ginebra que considera crimen de guerra el homicidio de civiles, en los Protocolos I y II Adicionales de 1977, en el estatuto de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona. Se completan estas normas, hasta consolidar una costumbre internacional, con numerosos Manuales Militares, legislación estatal, jurisprudencia nacional e internacional, así como declaraciones y práctica estatal.

Las violaciones de esta prohibición de matar a personas civiles han sido condenadas por los Estados, por el Consejo de Seguridad, la Asamblea General y la Comisión de DD. HH. de las Naciones Unidas. Y esta condena ha sido reiterada por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Pero además la muerte de civiles y personas fuera de combate está proscrita por diversos instrumentos de DD. HH. en relación con la «*privación arbitraria de la vida*» como norma inderogable y aplicable en todo tiempo. Postura sustentada por el Tribunal Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva (1996) sobre «*La licitud de la amenaza y del empleo de las armas nucleares*» y otras decisiones.

No muy diferente es la posición de algunos organismos regionales, como la Comisión Interamericana de DD. HH., el Comité de DD. HH. de la ONU, la Comisión Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos y la Corte Interamericana de DD. HH.⁵⁴

La evolución histórica del DIH nos presenta una serie de normas que prohíben matar o herir en la guerra a traición, como el Manual de Oxford de 1880 y el artículo 23 (b) del Reglamento de La Haya de 1907 sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre. En particular, el Manual del Ejército de Tierra de los Estados Unidos de América recoge la prohibición del asesinato, y de la proscripción (declarar «*fuera de la ley*» al enemigo) o poner precio a su cabeza, así como ofrecer una recompensa por un enemigo «*vivo o muerto*». Esta regla no incluye los ataques a militares

53 J-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I. Rules, ICRC, Cambridge University Press, 2005, pp. 311 y ss.

54 J-M. Hanckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary.....*, ob. Cit. p. 314, ver en particular notas 76, 77 y 78.

concretos u oficiales enemigos en la zona de hostilidades, territorio ocupado o en cualquier otra parte.

Por su parte, T. Ruys⁵⁵ centra su estudio en la prohibición contenida en el artículo 37 del Protocolo I de 1977, que cambia el término «traición» por el de «perfidia» y permite los ataques a objetivos militares llevados a cabo (sin traición o perfidia) en un conflicto armado. Cita este autor el Manual de Operaciones del Ejército de los Estados Unidos de América donde se declara que el principio de necesidad militar prohíbe la muerte de un Jefe de Estado en la guerra, si esta muerte no es indispensable para asegurar la completa rendición del enemigo.

La «perfidia» está definida en el citado artículo 37 del Protocolo I de 1977, donde se destacan como elementos esenciales que se trate de una traición intencional de la confianza y que tal confianza se relacione con la protección según las normas del DIH. El párrafo segundo del mencionado artículo 37 describe algunos ejemplos de perfidia. El empleo de algunos medios de combate, como la utilización del veneno, se considera como perfidia ya desde el Reglamento de La Haya de 1907. Por el contrario, están permitidas las «*estratagemas*», también definidas en el referido artículo 37 como actos que intentan confundir al adversario o inducirle a cometer imprudencias, así como el camuflaje.

Como ejemplos de ataques letales se citan⁵⁶ la muerte del Almirante Yamamoto, Comandante de la Armada de Japón y uno de los autores del ataque a Pearl Harbour, cuando fue abatido su aeroplano al ser interceptados por Estados Unidos los códigos de comunicaciones japoneses. Por el contrario, la muerte del General alemán Heydrich en 1942 se consideró ilegal, puesto que la bomba fue colocada en su coche por miembros del ejército checoslovaco que se lanzaron en paracaídas desde un avión británico, pero actuaron fingiendo el estatuto de personas civiles.

Para centrar el problema que plantean los ataques letales diremos que se dirigen contra un individuo no combatiente que el Estado considera que puede causar un riesgo grave por sus actividades y decide matarlo aún cuando en ese momento no esté desarrollando una acción hostil⁵⁷.

Debemos ahora recordar que el Comité de DD. HH. de la ONU, en su informe sobre Israel (21 de agosto de 2003), consideró que el Estado no puede usar los ataques letales como medio de disuasión o imposición de una pena, debiendo tener en cuenta el principio de proporcionalidad en su respuesta a los actos terroristas. Por otra parte, la práctica estatal debe reflejarse en las guías o manuales para los mandos regionales y las quejas por un uso desproporcionado de la fuerza deben ser investi-

55 T. Ruys, «License...», art. cit. p. 25.

56 T. Ruys, «License...», art. cit. p. 26.

57 L. Doswald-Beck, «The right...», art. Cit. p. 894.

gadas por un órgano independiente. Antes de recurrir a la fuerza letal deben adoptarse exhaustivamente todas las medidas para la detención de los sospechosos.

El Tribunal Supremo de Israel en su sentencia de 11 de diciembre de 2005 consideró que los ataques mortales llevados a cabo por el Gobierno eran legales. Se sostuvo que las hostilidades tienen lugar en el contexto de un conflicto armado internacional, pero los terroristas no son combatientes y deben ser tratados como personas civiles que toman parte directa en las hostilidades.

El término «terroristas» es el empleado en esta sentencia, aunque Doswald-Beck⁵⁸ prefiere con razón referirse a personas que luchan en la resistencia. El Tribunal de Israel en esta decisión judicial entendió que una persona que pertenece a un grupo armado y desempeña un papel en su organización está comprometido en la cadena de la acción hostil y pierde su inmunidad frente a los ataques. Aunque reconoce que una persona civil que toma parte directa en las hostilidades no puede ser atacado durante el tiempo que actúa si es posible utilizar un medio menos lesivo, la sentencia concluye de forma expansiva que la acción hostil incluye: a personas civiles que portan armas cuando van al lugar donde son usadas contra el ejército o vuelven de tal sitio; a las personas que obtienen información sobre las fuerzas armadas; a quienes transportan a combatientes hasta el lugar donde se desarrollan las hostilidades; y a las personas que realizan el mantenimiento de las armas que usan los combatientes, supervisan sus operaciones o proporcionan los servicios necesarios.

Hay que tener en cuenta las circunstancias de la ocupación de los territorios palestinos desde 1967, que puede calificarse como una ocupación militar según el artículo 42 del Reglamento de La Haya de 1907, en los términos establecidos por el Tribunal Internacional de Justicia. Por otra parte, la aplicación del citado Reglamento de La Haya al conflicto israelo-palestino ha sido reconocida por el propio Tribunal Supremo de Israel. Por lo que se refiere a la aplicación en estos territorios del IV Convenio de Ginebra de 1949, la postura del Gobierno ha sido denegar su validez «*de iure*» por considerar que no se trata del «*territorio de una Alta Parte Contratante*» en el sentido del artículo 2 del mencionado Convenio.

Sin embargo, como advierte T. Ruys⁵⁹, la argumentación del Gobierno de Israel ha recibido escasos apoyos y numerosos autores han expresado su rechazo a tal interpretación. Tanto el Consejo de Seguridad como la Asamblea General de la ONU han adoptado numerosas resoluciones donde se decide la aplicación del referido Convenio a la franja de Gaza. Posición que ha sido confirmada en el año 2004 por el Tribunal Internacional de Justicia. Finalmente, el 30 de mayo de 2004, el Tribunal Supremo de Israel ha declarado que las operaciones militares de las Fuerzas de

58 L. Doswald-Beck, «The right...», art. Cit. p. 894. Nota 53.

59 T. Ruys, «License...», art. cit. pp. 32 y 33.

Defensa de Israel en Rafah están reguladas por la IV Convención de La Haya de 1907 y el IV Convenio de Ginebra de 1949.

En definitiva, como concluye Doswald-Beck⁶⁰ si un terrorista que toma parte en las hostilidades puede ser detenido, interrogado y juzgado, ésta debe ser la opción elegida. Pues el estado de derecho debe emplear antes procedimientos legales que el uso de la fuerza. Naturalmente, a veces esto no es posible o supone un grave riesgo para la vida de los militares, pero la posibilidad debe ser siempre examinada en particular cuando se trate de una ocupación militar en la que el ejército controla el área donde tienen lugar las operaciones. En este supuesto existen mayores posibilidades de llevar a cabo una detención, investigación y juicio. Hay que tener en cuenta que los ataques a los presuntos terroristas pueden causar graves daños incidentales a personas civiles próximas y esta circunstancia obliga a suspender el ataque por respeto al principio de proporcionalidad. En todo caso debe iniciarse una investigación por un órgano independiente cuando se ha producido un ataque a personas civiles sospechosas de tomar parte activa en las hostilidades, para establecer con precisión las circunstancias del ataque y sus consecuencias.

IV. LIMITACIONES ESTABLECIDAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CIVILES

A. El Principio de Distinción

En la actualidad no se duda que el principio de distinción es una norma básica del DIH y tiene aceptación universal a nivel de los Estados, hasta el punto de que se considera parte esencial del DIH consuetudinario. Por tanto, incluso los Estados que no son parte en el Protocolo I de 1977, admiten la vigencia de tal regla como integrante de la costumbre internacional obligatoria.

Debemos recordar que el principio de distinción obliga a diferenciar en un conflicto armado entre las personas que combaten y los bienes que son objetivo militar por una parte y las personas y bienes civiles por otra, proclamando la inmunidad a los ataques de estas últimas personas y bienes. La norma es aplicable a los conflictos armados internacionales e internos⁶¹.

Existe pues una distinción relativa a las personas: combatientes y personas civiles, que admite dos excepciones. Una, la de los combatientes fuera de combate, que son personas protegidas como víctimas de la guerra (heridos, enfermos, naufragos, prisioneros de guerra, entre otros). Otra, la de las personas civiles que solo pierden

60 L. Doswald-Beck, «The right...», art. Cit. p. 896.

61 T. Ruys, «License...», art. cit. p. 27.

su inmunidad si toman parte directa en las hostilidades y durante el tiempo de su participación.

Las personas civiles son definidas negativamente por el artículo 50 (1) del Protocolo I de 1977, como las personas que no pertenecen a ninguna de las categorías de combatientes, añadiendo que en caso de duda se presume la condición de persona civil. Quiebra el principio de distinción cuando las personas civiles participan directamente en la acción hostil y la consecuencia es que pierden su inmunidad frente a los ataques de la parte adversa, según el artículo 51 (3) del citado Protocolo.

Para el DIH consuetudinario el principio de distinción se fundamenta en que los combatientes arriesgan sus vidas en el combate y, por tanto, pueden matar y ser muertos (herir y ser heridos), aunque no de cualquier forma y con la utilización de cualquier medio. Las Normas pertinentes del DIH consuetudinario⁶² disponen:

Norma 1. Las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques sólo podrán dirigirse contra los combatientes. Los civiles no deben ser atacados.

Norma 6. Las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

Norma 7. Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados.

Estas normas, desde la óptica del principio de distinción, se completan con las reglas legales sobre prisioneros de guerra, que no pueden ser sometidos a juicio por el hecho de haber participado en los combates y que deben ser tratados con humanidad. Naturalmente pueden ser juzgados por crímenes de guerra cometidos durante las hostilidades, con las garantías establecidas por el DIH.

B. La condición de combatientes

En las normas del Derecho DIH, particularmente, en el III Convenio de Ginebra y en el Protocolo I Adicional, se determina el concepto de combatiente en los conflictos armados internacionales, puesto que a tal condición se anudan dos consecuencias jurídicas: el derecho a participar (directa y legítimamente) en la acción hostil y el derecho al estatuto de prisionero de guerra.

En general para que concurra en una persona la condición de combatiente el DIH exige, en primer lugar, que pertenezca a las fuerzas armadas de una Parte en conflicto y, por tanto, que se encuentre encuadrado en una organización militar dotada de disciplina interna, mando responsable y que respete las normas del DIH. En segundo

62 J-M. Henkaerts y L. Doswald-Beck, «*Customary...*», ob. Cit. Vol. 1, pp. 3, 19 y 25.

lugar, que se distinga de la población civil, portando un signo fijo reconocible a distancia y llevando las armas abiertamente.

De forma esquemática diremos que, en territorio ocupado, los civiles que portan las armas abiertamente en los ataques y se distinguen de la población civil son combatientes y tienen derecho al estatuto de prisioneros de guerra según el artículo 44 del Protocolo I Adicional. Las personas civiles que no se distinguen de la población civil no son prisioneros de guerra, pero si son capturados combatiendo gozan de una protección equivalente (art.44 del Protocolo I Adicional). Los civiles, nacionales de una Parte en conflicto de la cual no sean súbditos, que participan directamente en las hostilidades están protegidos por el IV Convenio de Ginebra. Y, finalmente, las personas civiles extranjeras gozan de la protección residual (artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y artículo 75 de su Protocolo I Adicional).

En la actualidad el argumento de que las personas civiles están protegidas a menos que abiertamente realicen actos de agresión o porten las armas encuentra especiales dificultades, según Watkin⁶³, para ser mantenido cuando grupos armados que técnicamente poseen el estatuto de personas civiles no pueden ser considerados combatientes legales. Estima este autor que si las personas civiles cumplen una función similar a los combatientes, en las fuerzas armadas o como parte de una organización de agentes no estatales ilegítimos, están lógicamente sujetos a los ataques conforme a las previsiones del DIH.

Afirma T. Ruys⁶⁴ que la categoría de personas civiles que toman parte directa en las hostilidades está sujeta a grandes debates y el primer problema consiste en determinar el estatuto de tales personas. Se emplean diversos términos en la literatura jurídica para designarlos: «beligerantes no privilegiados», «combatientes ilegales» o «combatientes no privilegiados». Pero, como afirma el CICR en sus Comentarios, toda persona en poder del enemigo debe tener un estatuto según el DIH: el de prisionero de guerra, el de civil amparado por el IV Convenio o el de miembro del personal sanitario de las Fuerzas Armadas. Ninguna persona en poder de la parte adversa puede estar fuera de la ley.

Un problema distinto es el estatuto de los «agentes no estatales», que participan en un conflicto armado⁶⁵. El término «no estatales» puede designar tanto a participantes «privados» en el conflicto armado como a fuerzas irregulares pertenecientes al propio Estado. Y calificar a estos actores privados reviste mayor dificultad por el incremento de la etiqueta «terrorista». Pero es bien sabido que los ilegítimos actos de terror también pueden ser llevados a cabo por cuenta del Estado. Personas que no tienen o tienen escasa relación con las fuerzas armadas de un Estado han parti-

63 K. Watkin, «Controlling...», art. cit. p. 17.

64 T. Ruys, «License...», art. cit. p. 28.

65 K. Watkin, «Controlling...», art. cit. p. 6.

cipado regularmente en la acción hostil dentro del contexto de un conflicto armado. Las previsiones del Protocolo I de 1977, ciertamente no ratificadas por algún Estado importante, establecen un hito decisivo para dotar a las fuerzas armadas de los «movimientos de liberación nacional» no estatales con el estatuto de combatientes. No obstante, algunos integrantes estatales y participantes no estatales en un conflicto armado internacional han sido calificados como «beligerantes no privilegiados» o «combatientes ilegales». Afirma K. Watkin⁶⁶ que estos actores no estatales, que no son calificados con el estatuto de combatientes, a menudo participan en las hostilidades con un nivel y un grado de intensidad semejante al de las fuerzas armadas regulares y de las fuerzas irregulares «legítimas».

Por tanto se hace necesario examinar el moderno concepto de «combatientes ilegales».

Knut Dörmann⁶⁷ examina la situación jurídica de una categoría de personas a quienes la terminología estadounidense denomina «Combatientes ilegales o no privilegiados», criticando desde la óptica del Derecho Internacional Humanitario la postura de quienes entienden que tales combatientes quedan fuera de los ámbitos de aplicación de los III y IV Convenios de Ginebra de 1949.

Existe una postura, minoritaria entre la doctrina, que sostiene que los civiles que participan directamente en las hostilidades quedan fuera de la protección del DIH. No compartimos esta posición extrema ni tampoco la más moderada o intermedia de quienes estiman que los combatientes «no privilegiados» solo gozan de la protección del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y del artículo 75 del Protocolo I Adicional de 1977. Por el contrario, creemos que la interpretación sostenida por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y la doctrina mayoritaria se asienta sólidamente en el artículo 4 del IV Convenio de Ginebra. O para decirlo con palabras del propio CICR: «...los civiles que han tomado parte en las hostilidades y cumplen con los criterios de nacionalidad previstos en el IV Convenio de Ginebra siguen siendo personas protegidas en virtud de dicho Convenio». Los civiles que no cumplan el criterio de la nacionalidad (extranjeros) están, en todo caso protegidos por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y por el artículo 75 de su Protocolo I Adicional.

En una reciente e importante obra en la que el Comité Internacional de la Cruz Roja examina el Derecho Internacional Humanitario consuetudinario⁶⁸, se formula la Regla consuetudinaria n° 106, de la forma siguiente: «Los combatientes deben distinguirse de la población civil mientras toman parte en un ataque o en una operación

66 K. Watkin, «Controlling...», art. cit. p. 7.

67 K. Dörmann, «La situación jurídica de los combatientes ilegales/ no privilegiados», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 849, marzo, 2003.

68 J-M. Henkaerts y L. Doswald-Beck, «Customary...», ob. Cit. Vol. 1, Regla 106.

militar preparatoria de un ataque. Si no lo hacen así, no tienen derecho al estatuto de prisioneros de guerra».

C. La participación directa en las hostilidades

C.1. El principio básico

El mayor problema jurídico que se presenta hoy, en relación con las ejecuciones extrajudiciales de personas civiles en caso de conflicto armado, es la determinación de que debe entenderse por «participación directa» (Protocolos I y II de 1977, Adicionales a los Convenios de Ginebra) o por «participación activa» (artículo 3 común a los Convenios de Ginebra). Como advierte la doctrina⁶⁹ no se cuestiona esta calificación en la conducta consistente en participar en la acción militar (haciendo fuego con armas), sabotando instalaciones militares, municionando a los combatientes o proporcionándoles información. Pero caso distinto es la contribución general al esfuerzo bélico, aportando víveres a los que combaten o trabajando en una fábrica de armamento, porque hay que tener en cuenta que todas las personas civiles de un territorio en conflicto armado contribuyen en mayor o menor grado al esfuerzo que supone la guerra.

Hay que destacar que la contribución indirecta o no activa a la acción hostil puede suponer la detención (e incluso la imposición de una pena) de las personas civiles, pero no las convierte (en cuanto tales) en objeto de un ataque, que solo se justifica cuando es directa su participación.

J-F. Quéguiner⁷⁰ presenta el concepto de participación «directa o activa» (términos similares, según el Tribunal penal Internacional para Ruanda, caso J.P. Akayesu) en las hostilidades de las personas civiles, resaltando sus consecuencias como la pérdida de la inmunidad en el ataque o el régimen legal de los enemigos capturados. Los términos «directa» o «activa» han presentado algunas dificultades en la versión inglesa del citado artículo 3 común a los Convenios de Ginebra («active part») frente a los Protocolos Adicionales («direct participation»), pero no en la versión española que utiliza únicamente el término «directa» tales normas convencionales.

Aunque los Comentarios del CICR a los Protocolos Adicionales han considerado similares ambos términos, la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional vio algunas diferencias en el caso de participación de los niños en las hostilidades.

69 T. Ruys, «License...», art. cit. pp. 28 y 29.

70 J-F. Quéguiner, «Direct participation in hostilities under Internacional Humanitarian Law», Briefing Paper, november 2003, *Research Initiative reaffirmation and developement og IHL*, Program on Humanitary Policy and Conflict Reseach at Harvard University.

En el Seminario de Expertos sobre «Participación directa en las hostilidades»⁷¹ se pretendió distinguir entre dos grupos de personas civiles: los que contribuyen al apoyo de las operaciones militares y los civiles «puros» (como los niños), a los que hay que proteger en todas las circunstancias. Sin embargo, parte de los expertos rechazaron esta distinción puesto que no se puede tratar a unos civiles como «mas civiles que a otros» y, en todo caso, esta diferenciación podría socavar la protección general de la población civil como tal.

Ante la carencia de una definición explícita de la «participación directa en las hostilidades», se ha señalado⁷² que ni las actas de la Conferencia Diplomática de 1949, ni las de la Conferencia Diplomática 1974-1977 nos proporcionan una definición precisa de que debe entenderse por una «participación directa» en la acción hostil.

Y, sin embargo, en la Reunión de Expertos⁷³ se destacó la utilidad de una definición, la exigencia de una mayor clarificación ante la inexistencia de una interpretación unánime y se propuso la elaboración de una lista no exhaustiva de actos de participación directa para llegar a una definición general.

En la sentencia del Tribunal Supremo de Israel de 13 de diciembre de 2006 se estableció un principio básico: «Las personas civiles que toman parte directa en las hostilidades no están protegidas durante el tiempo en que participan en la acción hostil».

La protección de la vida y de la integridad corporal es un derecho básico que reconoce el DIH a las personas civiles que no pueden ser atacadas (artículo 51 del Protocolo I de 1977 y DIH consuetudinario) de forma directa o con ataques indiscriminados, constituyendo un crimen de guerra (artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional) el ataque intencionado a las personas civiles.

Ahora bien, la sentencia se pregunta por la fuente jurídica de este principio básico, ya que Israel no es parte en el citado Protocolo I de 1977. Y el Tribunal Supremo de Israel acepta que tal principio forma parte de la costumbre internacional y además se deduce del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra (de los que Israel es parte). Se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en la práctica de los Estados y en diversos Manuales Militares.

¿Cuál es la esencia de este principio? Una persona que no es combatiente debe abstenerse de participar directamente en la acción hostil y si lo hace viola una norma, pero no pierde su estatuto de persona civil. Naturalmente está sujeto a los riesgos de un ataque como persona que combate, pero no goza de los derechos que otorga el estatuto de combatiente (condición de prisionero de guerra) ni de la inmunidad de la

71 Informe «Participación directa...», ob. cit.

72 J-F. Quéguiner, «Direct participation...», ob. cit. p. 1.

73 Informe «Participación directa...», ob. cit.

población civil. Es un civil que desempeña la función de combatiente y por ello no puede conservar la protección que se garantiza a los civiles que no combaten.

El Manual de la Cruz Roja establece que a los civiles no se les permite tomar parte directa en las hostilidades y, a la vez, permanecer inmunes a los ataques. En cuanto a los llamados «combatientes ilegales», en tanto se mantenga su estatuto de personas civiles (al no formar parte de las fuerzas armadas del enemigo) y tomen parte en el combate, cesa la protección como civiles y quedan sujetos al riesgo de ataques directos como combatientes.

Sin embargo, aunque las personas civiles que toman parte directa en la acción hostil no tienen la inmunidad propia de los civiles, no dejan de ser civiles, aunque sus actos desmientan su condición de personas civiles.

C.2. *La noción de «hostilidades»*

Advierte J-F Quéguiner⁷⁴ que, aunque los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales hacen un uso extenso de la palabra «hostilidades», no definen específicamente este término que en ocasiones se usa como sinónimo de «conflicto armado». Sin embargo, en sentido estricto, designa las acciones ofensivas y defensivas y las operaciones militares llevadas a cabo por los beligerantes durante un conflicto armado⁷⁵.

En sentido amplio se pueden deducir tres características del concepto de hostilidades⁷⁶. Primero. El acto u operación debe estar ligado intrínsecamente a un conflicto armado, pues en ausencia de éste un ataque contra las fuerzas armadas del Estado constituye un delito sancionado en el derecho interno. Segundo. Los actos deben ser realizados por beligerantes (combatientes) aunque se trate de personas civiles, pero no incluye la actividad de grupos criminales sin conexión con el conflicto armado. Tercero. Requiere actos de violencia o uso de la fuerza, cuya naturaleza e intención sea dañar o lesionar al personal o material de las fuerzas armadas.

La sentencia del Tribunal Supremo de Israel de 13 de diciembre de 2006, en relación con el concepto de hostilidades, cita la definición de los Comentarios del CICR a los Protocolos Adicionales de 1977: actos que por su naturaleza y objeto tienen la intención de causar daño al personal y material de las fuerzas armadas⁷⁷. Y

74 J-F Quéguiner, «Direct participation...», cit. p. 1.

75 P. Verri define las hostilidades como «un acto de violencia por un beligerante contra un enemigo en orden a poner fin a su resistencia e imponerle obediencia» (*Dictionary of the International Law of Armed Conflict*, CICR, Ginebra, 1992, p. 57).

76 J-F. Quéguiner, «Direct participation...», cit. p. 2.

77 *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Génève du 14 août 1949*, CICR, Génève 1986.

definición similar es aceptada por la Comisión Interamericana de DD. HH. y por el DIH consuetudinario⁷⁸.

Ahora bien, «tomar parte» en las hostilidades no se condiciona a que la persona civil haya hecho uso de sus armas ni a que las porte (abiertamente o de forma oculta), puesto que la palabra «hostilidades» comprende no solo el tiempo en que una persona civil hace uso del arma, obtiene información o prepara la acción hostil, sino que también abarca las situaciones en que desarrolla actos hostiles sin usar las armas y se amplía a las hostilidades dirigidas no solo contra las fuerzas armadas sino contra la población civil. Debemos ahora recordar que las personas civiles no pierden su inmunidad por «tomar parte en las hostilidades» sino por «tomar parte directa».

Finalmente habría que hacer una distinción, dentro de un conflicto armado, entre las hostilidades y las relaciones no hostiles entre beligerantes, como las treguas, suspensiones de armas, armisticios locales o acuerdos para el canje de prisioneros, zonas neutralizadas o desmilitarizadas, entre otras.

C.3. Participación directa frente a participación indirecta

En los Comentarios del CICR al Protocolo I de 1977, se sostiene que la participación directa en las hostilidades supone una relación causal entre la actividad ⁷⁹dirigida contra el enemigo en el tiempo y lugar donde esta acción se realice y el daño causado. En otras palabras, como expresa Quéguiner⁸⁰, la conducta de la persona civil debe constituir una amenaza militar directa e inmediata contra el enemigo. Este criterio, no obstante, ha sido modificado por parte de la doctrina y la práctica de los Estados para ampliar el concepto, incluyendo actividades de protección personal, infraestructuras o material, aunque no supongan una acción violenta.

M. E. Guillory⁸¹ entiende que los civiles participan directamente cuando están integrados en una operación de combate (es decir, cualquier actividad militar que se proponga quebrantar las operaciones del enemigo o destruir sus fuerzas o instalaciones), considerando que la integración se define como una (ininterrumpida) parte indispensable de una actividad tal que la acción no pueda cumplir su función sin la presencia de éstas personas.

Para los citados Comentarios del CICR no existen dudas de que constituye participación directa en la acción hostil el hecho de llevar a cabo un ataque (definido en el artículo 49 del Protocolo I de 1977). Es decir, una acción de combate o el uso de

78 J-M. Henkaerts y L. Doswald-Beck, «*Customary...*», ob. Cit. p. 22 .

79 *Commentaire....*», ob. cit. p. 516.

80 J-F. Quéguiner, «*Direct participation...*», cit. p. 3.

81 M. E. Guillory, «*Civilianizing the force: Is the United Status Crossing the Rubicón?*», en *Air Force Law Review*, p. 117.

la fuerza armada para realizar una operación militar. Pero no solo comprende actos de lucha física, sino también el hecho de dar órdenes para atacar o colocar aparatos explosivos.

Asimismo el carácter directo de la intervención se extiende a la preparación del ataque o al retorno desde el lugar atacado. Debe ser citada la Orden Ejecutiva de los Estados Unidos de América nº 123333 sobre la prohibición del asesinato, que expone un criterio mucho más amplio que el sostenido por el Comentario del CICR, puesto que las personas civiles que trabajan en industrias militares (científicos civiles que ocupan posiciones clave en los programas de armamento, que se estiman vitales para la seguridad nacional) puede ser considerados como directamente participantes en las hostilidades.

Es hora ya de dar cuenta de algunos actos específicos que pueden ser incluidos en la noción de participación directa en la acción hostil, según el «Informe Participación directa en las hostilidades»⁸². Así, existe un acuerdo general sobre algunas actividades como participar en un ataque, tratar de capturar a miembros de las fuerzas armadas enemigas, sus armas, equipos o posiciones, colocar minas o sabotear las líneas de comunicación militar. Por el contrario, no sería participación directa la actividad de las personas civiles que trabajen en una fábrica de armas.

En numerosas ocasiones se planteó la clásica cuestión, ¿es lícito atacar directamente al conductor civil de un camión que porta municiones en una zona de combate? ¿ésta persona ha perdido su inmunidad? No existe consenso en las respuestas de los expertos, aunque se considera⁸³ en todo caso que el camión es (en si mismo) un objetivo militar que puede ser atacado para detener el municionamiento, respetando el principio de proporcionalidad.

El hecho de portar armas no significa de forma automática que integre una forma de participación directa, pues el personal sanitario está autorizado para ello por los Convenios de Ginebra.

Se plantean situaciones problemáticas como el bombardeo de estaciones de radio y televisión, en ocasiones consideradas objetivos militares como parte de las redes de transmisión del enemigo. Pero se rechaza generalmente que los periodistas participen directamente en la acción hostil al realizar funciones de propaganda y mantenimiento de la moral de los combatientes.

Presenta graves dudas el estatuto de las autoridades políticas civiles que, en ocasiones, contribuyen (directa o indirectamente) en la conducción de las hostilidades y el estatuto de las personas civiles que voluntariamente se prestan a actuar como «escudos humanos» para poner a cubierto de los ataques determinados objetivos militares.

82 Informe «Participación directa...», cit. p. 33.

83 T. Ruys, «License...», art. cit. p. 29.

C.4. *La aportación del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario*

Según la Norma 6 del DIH consuetudinario⁸⁴ «las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación». La regla es de aplicación tanto en los conflictos armados internacionales como en los internos. El carácter consuetudinario de esta norma se funda en el artículo 51 (3) del Protocolo I de 1977, apoyado en declaraciones formuladas durante la propia Conferencia Internacional y en el momento de ratificación (Reino Unido), en numerosos Manuales Militares incluso de países que no son parte en el citado Protocolo y en la posición del CICR compartida por diversos Estados.

Hay que añadir que el artículo 13 (3) del Protocolo II de 1977 declara la inmunidad de la población civil salvo y por el tiempo en que tomen parte directa en las hostilidades. Regla incorporada también a diversos Manuales Militares aplicables en los conflictos armados no internacionales y adoptada por la Comisión Interamericana de DD. HH. en el caso de «La Tablada» (Argentina). Esta misma Comisión ha definido la «participación directa en las hostilidades» como actos que, por su naturaleza o finalidad, están dirigidos a causar daños personales o materiales al enemigo⁸⁵.

En distintos Manuales Militares se califica así la conducta de una persona civil que usa las armas u otros medios para cometer actos de violencia contra los efectivos humanos o materiales de la fuerzas enemigas, señalando como ejemplos: servir como escoltas, agentes de información o vigilancia permanente de fuerzas militares (Estados Unidos de América, Ecuador y Filipinas).

El Informe de la Comisión Interamericana de DD. HH. sobre Colombia⁸⁶ proporciona un criterio para distinguir entre participación directa o indirecta en la acción hostil. Constituye participación indirecta expresar simpatía por una de las partes o, más claramente, dejar de actuar para prevenir una incursión por una de las partes, sin actos de violencia que pongan en riesgo inmediato de daño real a la parte adversa.

En el Informe sobre la Práctica de Ruanda de la Comisión de DD. HH. de la ONU se excluye el apoyo logístico del concepto de participación directa. Y, por otra parte, pierden su estatuto de civiles las personas desarmadas que siguen a las fuerzas armadas durante un conflicto armado internacional para proporcionarles comida, transporte de municiones o llevarles mensajes. Por el contrario, en el contexto de un conflicto armado no internacional, los civiles desarmados que colaboran con una de las partes en el conflicto siempre permanecen como personas civiles. Se justifica

84 J-M. Henkaerts y L. Doswald-Beck, «*Customary...*», ob. Cit. pp. 20 y ss.

85 Comisión Interamericana de DD. HH., Tercer Informe sobre DD. HH. en Colombia.

86 Comisión Interamericana de DD. HH., Tercer Informe sobre DD. HH. en Colombia.

esta diferencia porque en los conflictos armados no internacionales, los civiles son forzados a colaborar con la parte en cuyo poder se encuentran.

Se debe concluir que el uso de las armas u otros medios para cometer actos de violencia contra los efectivos humanos o materiales de las fuerzas enemigas supone una definición clara y uniforme de la participación directa en la acción hostil, pero este concepto no ha sido desarrollado por la práctica estatal⁸⁷.

Varios Manuales Militares, entre ellos el de España, establecen que las personas civiles que trabajan dentro de los objetivos militares (fabricas de municiones, por ejemplo) no participan directamente en las hostilidades, aunque deben asumir los riesgos derivados de un ataque a un objetivo militar. Por otra parte, no tiene fundamento en la práctica de los Estados la teoría de que tales personas deben ser consideradas como cuasi-combatientes.

C.5. Retos planteados por los conflictos armados contemporáneos

Quizás la aportación de mayor interés de la Reunión de Expertos sobre la «Participación directa en las hostilidades»⁸⁸ fue el estudio de esta noción en relación con los desafíos de los conflictos armados actuales, pues es evidente la influencia de la doctrina estratégica, táctica y práctica militar contemporánea en la protección de la población civil. En efecto, la progresiva desaparición del concepto de «campo de batalla» y los nuevos métodos de conducción de las hostilidades hacen inoperantes las definiciones basadas en la proximidad geográfica o física a la zona de combate (zonas neutralizadas o desmilitarizadas). Y la confianza en medios de tecnología avanzada (precisión en los bombardeos) carece de sentido ante la realidad de la guerra asimétrica.

Destacan dos factores o características en numerosos conflictos armados actuales: 1º. La gran dependencia de las armas actuales de la tecnología. 2º. La disminución de los presupuestos militares, que lleva a buscar la eficacia con un coste menor que solo pueden ofrecer las empresas privadas. Se trata de la «externalización de la guerra», puesto que se confían auténticas actividades militares a empresas. De forma que los contratos de compraventa de sistemas de armas incluyen su mantenimiento por el personal de la empresa suministradora, incluso durante el conflicto armado.

Nos detendremos en tres situaciones que inciden especialmente en el concepto de participación directa en la acción hostil.

87 J-M. Henkaerts y L. Doswald-Beck, «*Customary...*», ob. Cit. p. 23.

88 Informe «*Participación directa...*», cit. pp. 34 y ss

a. El estatuto de los trabajadores civiles de empresas que participan en un conflicto armado

Los empleados civiles de empresas que suministran sistemas de armas y colaboran en su mantenimiento, a menudo ocupan posiciones vitales para el combate, sirviendo como ejemplo el personal civil experto en informática, del que en ocasiones depende la verificación de la naturaleza militar de un objetivo potencial.

Parte de los expertos en la mencionada reunión estimó que era necesario clasificar en subcategorías a las personas civiles, en relación con su consideración como objetivos militares. Se apuntó el criterio orgánico (formar parte de una estructura militar), que fue rechazado al conducir a la noción de «cuasi-combatientes». Tampoco el criterio funcional triunfó al ser poco práctico. Otra postura consistió en la oposición a la clasificación por categorías intermedias, por estimar que afecta al principio de distinción y entrañar el peligro de aplicar los mismos criterios a un contratista de armas que al clásico conductor de un camión con municiones. Se concluyó que no era necesario crear nuevas categorías jurídicas aunque hubo de reconocerse que la noción de «fuerzas armadas» del Protocolo I de 1977 no resolvía todos los problemas y solo es de aplicación en los conflictos armados internacionales⁸⁹.

Una posible solución sería calificar a los trabajadores civiles de éstas empresas colaboradoras como «personas civiles que siguen a las fuerzas armadas sin formar parte de ellas» del artículo 4 (A) parágrafo 4 del III Convenio de Ginebra de 1949.

Desde luego es rechazable la inclusión de estos trabajadores en el concepto de «mercenarios», establecido con requisitos muy rigurosos en el artículo 47 del Protocolo I de 1977, pues carecen de la primera condición de la norma, es decir: ser especialmente reclutados a fin de combatir en un conflicto armado.

b. Noción de ataque contra las redes informáticas

Se define el concepto de «Computer Network Attack» (CNA) como toda operación con la finalidad de perturbar, denegar, destruir o deteriorar la información contenida en ordenadores o redes informáticas. No plantea objeciones la conclusión de que un CNA equivale a un ataque armado a tales redes informáticas y, por tanto, está sujeto a las normas del DIH como parte de las operaciones de un conflicto clásico o como una guerra cibernética que produce los daños o destrucción propios de un ataque.

La cuestión es que la mayor parte de los operadores informáticos son personas civiles, lo que hace problemático su estatuto civil puesto que el intento de neutralizar una red informática enemiga mediante un CNA podría considerarse como participación directa en la acción hostil⁹⁰.

89 Informe «Participación directa.....», cit. p. 36..

90 Informe «Participación directa.....», cit. p. 36.

c. Lucha contra el terrorismo

En la mencionada Reunión de Expertos se formuló la pregunta de si el uso de la fuerza contra actores transnacionales no estatales podría ser calificada como conflicto armado (internacional o interno). Se sostuvo que los ataques del 11 de septiembre de 2001, aunque pudieron considerarse ataques armados, no podrían ser estimados como conflictos armados puesto que las normas del DIH no regulan la relación entre los Estados y los actores transnacionales no estatales. Otra cuestión es la «legítima defensa» pero este es un concepto propio del «ius ad bellum» y no del «ius in bello». En todo caso, deben aplicarse las normas sobre represión nacional e internacional del delito de terrorismo⁹¹.

d. El ejercicio de la legítima defensa individual

Es asimismo importante la distinción entre la participación directa en las hostilidades y el ejercicio de la legítima defensa individual. En efecto, las personas civiles que, durante un conflicto armado, usen la fuerza de forma proporcional para dar respuesta a un ataque (agresión) ilícita e inminente contra ellos o sus bienes están actuando en legítima defensa y no puede considerarse que están participando directamente en la acción hostil.

C.6. Aplicación de la noción «tomar parte directa en las hostilidades» en el conflicto israelo-palestino

La doctrina se encuentra dividida en la aplicación de éste concepto propio del DIH en el conflicto entre Israel y Palestina. Algunos autores estiman que los miembros de Tamzin, Hamas, Brigadas de Al-Aqsa y Jihad Islámica deben ser considerados combatientes (en todo tiempo) porque son integrantes activos de fuerzas organizadas que toman parte en un conflicto armado. Así los ataques serían legítimos porque Israel entiende que son objetivos militares.

A. Cassese⁹² defiende que los terroristas palestinos son personas civiles y solo pueden ser atacados cuando toman parte directa en las hostilidades, de forma que los sospechosos de tales conductas solo pueden ser muertos cuando participan en una acción armada o portan las armas abiertamente en una acción previa a una operación militar. Y ello porque no se autoriza a las Fuerzas de Defensa de Israel a disparar a personas civiles por la mera sospecha de que son potenciales terroristas. Reconoce

91 T. Ruys, «License....», art. cit. p.30. Entiende este autor que el DIH solo puede aplicarse cuando los terroristas están integrados en el desarrollo de un conflicto armado o cuando el conflicto entre el Estado y un grupo terrorista dentro de su territorio alcanza el nivel de un conflicto armado.

92 A. Cassese, «Expert Opinión on Whether Israel`s Targeted Killing of Palestinian Terrorist is consonant wit International Humanitarian Law», en <http://www.stoptorture.org>, pp. 7 a 10.

este autor la dificultad práctica de aplicar este criterio a los suicidas con bombas, para la seguridad de Israel. En éste contexto, admite que un funcionario pueda disparar a un sospechoso si concurren las circunstancias que evidencien que oculta explosivos y no hay en absoluto tiempo para emitir una intimación.

Kremnitzer⁹³ estima que cuando algunos individuos se autoproclaman, abierta e inequívocamente, líderes de una organización terrorista, se percibe de forma clara que tales individuos toman parte directa en las hostilidades y, en tales circunstancias, pueden ser atacados a condición de que el Gobierno haga públicos sus nombres para que aquellos puedan refutar los cargos o entregarse.

Desde otro punto de vista se recurre al paradigma de la autodefensa: lo relevante no es si toma o no parte directa en la acción hostil sino que suponga una amenaza inminente a la seguridad de Israel. El caso de los territorios palestinos ocupados ilustra las dificultades de aplicar el principio de que pueden ser atacadas las personas civiles que toman parte directa en las hostilidades. En opinión de T. Ruys⁹⁴ el criterio de la «condición de miembros» puede ser demasiado amplio, pues no todos los integrantes de Hamas, Tanzim, Brigadas de Al-Aqsa y Jihad Islámica están comprometidos con la misma intensidad. Algunos tienen un papel meramente político, otros son potencialmente suicidas con bombas y, por tanto, no pueden ser tratados de la misma manera.

La doctrina en general estima que los miembros de las facciones armadas pueden ser únicamente atacados cuando han fracasado otras medidas para detenerlos. Y las Fuerzas de Defensa de Israel han sido capaces de arrestar a sospechosos en los territorios palestinos ocupados. De acuerdo con la presunción de la condición de persona civil en caso de duda (artículo 50 del Protocolo I de 1977), los Estados que promueven los asesinatos deben limitarse a las personas que efectivamente preparan o participan en un ataque contra la población civil de Israel o su personal militar, incluyendo a los llamados «ticking boms»⁹⁵. Otras personas, por ejemplo los sospechosos de ataques terroristas anteriores, solo pueden ser atacadas cuando se cumplan las condiciones para la privación no arbitraria de la vida.

El autor concluye que, en consecuencia, algunos ataques mortales han violado la prohibición de «muerte intencional» de personas civiles. Y pone como ejemplo la muerte del doctor Thabet Thabet (el día 31 de diciembre de 2000, en Tulkarem), que era un dentista que trabajaba para las Naciones Unidas y actuaba como Secretario General de Fatah en su distrito. Para Ruys parece improbable que se tratara de un cualificado combatiente y estima que, además, no estaba implicado en ninguna acción hostil en el momento en que fue muerto.

93 M. Kremnitzer, «Preventive killings», vid en T. Ruys, «License....», art. Cit. p. 34.

94 T. Ruys, «License....», art. cit. p. 34.

95 T. Ruys, «License....», art. cit. p. 35.

En cuanto al discutible estatuto de combatiente, se señala la eliminación de Sheikn Ahmed Yassin en el año 2004, que fue criticada con el argumento de que Yassin era un líder más espiritual que militar.

C.7. El tiempo de duración de la participación directa

a. Los diversos antecedentes doctrinales. La teoría de la «revolving door»

Pese a la claridad de las normas del DIH, como el artículo 51 (3) del Protocolo I de 1977, y a su carácter consuetudinario, ha habido diferentes posturas doctrinales sobre el tiempo de duración de la participación directa en las hostilidades.

Para T. Ruys⁹⁶ los civiles que toman parte directa en la acción hostil pueden recobrar su inmunidad frente a los ataques cuando cesan en sus actividades ilegales, aunque pueden ser perseguidos por sus actos anteriores. Es decir, las personas civiles solo pueden ser atacadas cuando participan en operaciones militares. Pero si, una vez finalizada esta participación, se encuentran en su domicilio, han vuelto a su vida privada o a comprar en el mercado, no deben ser objeto de ataque directo aunque pueden ser detenidos y sometidos a juicio.

En contra, algunos autores objetan a esta postura advirtiendo que puede llevar al abuso del estatuto de personas civiles y reclamar esta condición tan pronto como dejan de usar las armas. Es la llamada teoría de la «revolving door» o «puerta giratoria», que pone de manifiesto el peligro de que las personas civiles recobren la inmunidad durante el lapso de tiempo entre dos actos de hostilidad. Aunque hay que precisar que algunos interpretan que también están sujetos a los ataques durante la preparación de la acción hostil y en el camino de regreso desde el lugar donde han participado en las hostilidades.

Watkin⁹⁷ sostiene que si los miembros de un grupo armado participan directamente en las hostilidades, puede ser razón suficiente para que pierdan su inmunidad. Y Dinstein⁹⁸ parece ir más lejos al estimar que los beligerantes no privilegiados pueden ser atacados en todo tiempo. Con razón esta última argumentación es rebatida por la mejor doctrina⁹⁹, que la considera incompatible con el tenor literal del citado artículo 51 (3) del Protocolo I de 1977.

96 T. Ruys, «License...», art. cit. p. 29.

97 K. Watkin, «Combatants, Unprivileged Belligerents and Conflicts in The 21^o Century», IHLRI-Background Paper. <http://www.ihlresearch.org>, p. 12.

98 Y. Dinstein, «*The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*», Cambridge: CUP, 2004, p. 29.

99 T. Ruys, «License...», art. cit. p. 29.

b. Las conclusiones de la Reunión de Expertos convocada por el CICR y el Asser Institute sobre «Participación directa en las hostilidades»

Estos expertos se plantearon las consecuencias jurídicas de la pérdida de inmunidad contra los ataques, preguntándose si sería lícito el ataque contra miembros individuales de las fuerzas armadas, combatientes sin inmunidad, durante permisos, vacaciones o misiones no relacionadas con los conflictos armados¹⁰⁰. Concluyen que podrían ser atacados ya que pueden lícitamente tomar las armas en cualquier momento.

Ahora bien, la cuestión es más compleja cuando se trata de personas civiles que tomen parte directa en las hostilidades porque solo pierden su inmunidad «mientras dure tal participación directa» según el mencionado artículo 51 (3) del Protocolo I y artículo 13.3 del Protocolo II, ambos de 1977. La duración de la participación directa fue objeto de un debate centrado en la interpretación de la llamada «puerta giratoria», según la cual las personas civiles pueden recobrar su inmunidad contra el ataque tan pronto como hayan depuesto las armas. Una primera postura sostuvo la idea de ampliar la noción de «combatientes» para incluir a las personas civiles que toman parte en la acción hostil, de forma que tales combatientes «lícitos o ilícitos» pudieran ser objeto de ataque en todo momento. Pero otros participantes objetaron, con sobrada razón, que esta interpretación podría socavar el principio de distinción y tampoco podría fundarse siempre en el principio de necesidad militar, si estas personas civiles pudieran ser detenidas al deponer sus armas.

En relación con este tema, se estudiaron las consecuencias de la afiliación de personas, que no son miembros de las fuerzas armadas, a grupos armados que usan la fuerza de modo habitual. Se llegó a la conclusión de que no se pierde la inmunidad derivada de su condición civil por la mera afiliación a un grupo armado, según los Convenios de Ginebra, sus Protocolos Adicionales y la historia de estas normas convencionales, en el caso de los conflictos armados internacionales.

Menos diáfanas fueron las conclusiones en el caso de los conflictos armados internos, donde no se definen los «combatientes» ni las «fuerzas armadas». Se estimó que la afiliación a una organización militar podría conllevar la pérdida de inmunidad contra los ataques, siempre que la organización funcione como una unidad militar. En todo caso, se diferenció esta situación de conflictos armados internos respecto de la de violencia interna (disturbios internos y tensiones interiores), donde rigen las normas de derecho interno y de los DD. HH.

También se distinguió este marco normativo de la situación de ocupación bélica, cuando el nivel de la acción hostil podría determinar la aplicación de las normas sobre conducción de las hostilidades, puesto que, conforme a los principios del IV

100 Informe «Participación directa...», cit. p. 37.

Convenio de Ginebra, la potencia ocupante tiene obligación de garantizar la seguridad mediante medidas de persecución de los delitos consistentes en la detención, el internamiento y el enjuiciamiento de los presuntos autores de los crímenes cometidos¹⁰¹.

C.8. La necesidad de verificación previa al ataque

Es precisa, según la doctrina del DIH, una información bien contrastada mediante una meticulosa verificación para incluir a determinadas personas civiles en una categoría que supone importantes consecuencias, ya que los civiles «indefensos» no deben ser atacados. La información debe comprender tanto la identidad como las actividades de quienes son sospechosos de tomar parte directa en las hostilidades. Y ello porque permitir disparar contra personas civiles enemigas por simples sospechas vulnera los principios básicos del DIH. Ciertamente la carga de la prueba es gravosa en los casos de un ataque armado, pero es indispensable en los supuestos de duda realizar la verificación necesaria.

La sentencia del Tribunal Supremo de Israel de 13 de diciembre de 2006 establece que no se puede atacar automáticamente en caso de duda y que debe realizarse una cuidadosa valoración sobre las condiciones y limitaciones que pueden concurrir en la situación, en particular sobre la existencia de suficientes indicios que justifiquen el ataque.

D. El Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es, también, uno de los más importantes logros del actual DIH, tiene carácter consuetudinario y base convencional en el Protocolo I de 1977.

Hay que destacar que el tantas veces citado Grupo de Expertos¹⁰² consideró que los ataques estatales pueden ser legales, aún en el contexto de una ocupación en la que no se han reanudado las hostilidades; es decir, cuando es aplicable el modelo de «Hacer cumplir la ley». Si bien hubo acuerdo en que, en la mayor parte de las situaciones, los ataques no serían lícitos pues en las ocupaciones «tranquilas» el Estado ocupante ejerce un control suficiente para proceder a la detención del personal de que se trate. Y así, en tales casos, la fuerza letal solo puede usarse si existe un riesgo inminente de muerte o lesiones para el funcionario que ejecuta el arresto o para una tercera persona o cuando es la única vía para impedir la fuga de personas peligrosas.

101 Informe «Participación directa...», cit. p. 38.

102 L. Doswald-Beck, «The right...», art. Cit. p. 896.

Los expertos recuerdan oportunamente el contenido del Principio 9 de los «Principios básicos para el uso de la fuerza y armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley», que establece como condición para el uso de la fuerza letal: «Prevenir la perpetración de un crimen grave que suponga grave riesgo para la vida».

Se debe destacar que corresponde al Estado la obligación de actuar con la debida diligencia para proteger la vida de los ciudadanos contra posibles acciones letales de personas no pertenecientes al Gobierno.

En consecuencia, los expertos consideraron que puede no ser ilegal un ataque mortal en la siguiente situación excepcional: 1°. Que tenga lugar en un área donde el Estado no ejerza un control efectivo, por lo que la detención no sería razonable. 2°. Que las autoridades estatales hayan pedido la transferencia del individuo a cualquier autoridad que posea el control del área. 3°. Que el individuo haya realizado graves actos hostiles, con riesgo de pérdida de vidas y, según una información fiable, se conozca que continúa en la comisión de tales actos contra la vida de las personas que el Estado tiene la obligación de proteger. 4°. Que sean insuficientes otras medidas para evitar el riesgo.

Se ha estimado que estas conclusiones son también aplicables a los conflictos armados no internacionales, cuando existan miembros no combatientes de grupos armados rebeldes no comprometidos en actos violentos.

T. Ruys¹⁰³ escribe que la política de asesinatos llevada a cabo por Israel es asimismo problemática, conforme al principio de proporcionalidad. Hace referencia al artículo 33 del IV Convenio de Ginebra que prohíbe las penas colectivas y cualquier medida de intimidación y terrorismo.

Este autor se refiere, en apoyo de su tesis, al ataque aéreo realizado en un barrio de la ciudad de Gaza (22 de julio de 2002) para matar al activista de Hamas Salah Shehadem, con el resultado de 16 personas civiles muertas (entre ellas 9 niños), 70 heridos y 6 casas próximas destruidas. Ataque que califica de inequívocamente desproporcionado. Otro ejemplo de ataque por parte de las Fuerzas de Defensa de Israel fue el asesinato de Yasser Mohammed Ali Taha en 2003, cuando viajaba en coche en el centro de la ciudad de Gaza. Fue muerto en unión de otros seis, entre los que figuraba su mujer embarazada, su hija de 18 meses y 4 personas civiles espectadores, además de 20 heridos, algunos de ellos niños.

Observa con razón este autor que si el propósito de esta política consiste en paralizar a los grupos terroristas por el miedo a ser incluidos en la lista de objetivos de Israel, el temor se extiende a las personas civiles por los daños «colaterales».

103 T. Ruys, «License.....», art. cit. p. 36. Cita un informe del Grupo Palestino de DD. HH. según el cual más de 150 ataques letales han causado la muerte de 60 personas no participantes que se encontraban en el escenario del ataque.

En todo caso, la calidad de la información y la investigación posterior son requisitos ineludibles, puesto que cualquier norma que, de modo excepcional, permita ataques letales está expuesta al abuso en un porcentaje muy considerable¹⁰⁴.

Con acierto sostiene Ruys¹⁰⁵ que la legalidad de los ataques letales conforme al DIH debe ser valorada caso por caso pues sus requisitos (estatuto del combatiente, proporcionalidad) dependen a menudo de las circunstancias.

Finalmente, debemos tener en cuenta que el principio de proporcionalidad está recogido en el Protocolo I de 1977, cuando prohíbe los ataques indiscriminados en el artículo 51 (4), que define como aquellos en los que sea de prever que causarán incidentalmente muertes y heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja concreta y directa prevista. También se refiere al principio de proporcionalidad el artículo 57 del mismo Protocolo. Así, cuando en una operación militar dirigida directamente contra combatientes y objetivos militares o contra personas civiles que toman parte directa en la acción hostil, se lesiona o daña también a personas civiles que no participan en las hostilidades, la regla es que el daño incidental causado a éstas últimas debe ser proporcionado en relación con la ventaja perseguida por ese ataque¹⁰⁶.

E. La necesidad de una investigación independiente

Aunque la obligación de abrir una investigación no está expresamente recogida en los Convenios de DIH, en los casos de muerte por uso de una fuerza letal puede deducirse este deber de los tratados de DD. HH. (aplicables también en los conflictos armados), en relación con la protección del derecho a la vida y con la interpretación de la obligación estatal de «asegurar el respeto de estos derechos fundamentales». Esta regla implica la adopción de medidas positivas para garantizar el cumplimiento de las normas de los DD. HH., por lo que es necesario el establecimiento de un procedimiento de investigación ante un uso ilegal de la fuerza, a instancia de la persona afectada. Pero es que, además, el resultado de la investigación aporta el conocimiento para evitar futuros errores y violaciones¹⁰⁷.

En el mismo sentido se han pronunciado diversos Tribunales Regionales y Organismos Internacionales de DD. HH. Así, la Corte Interamericana de DD. HH. en el caso «Myrna Mack Chang contra Guatemala» estableció el deber de los Estados

104 L. Doswald-Beck, «The right...», art. Cit. p. 897.

105 T. Ruys, «License...», art. cit. p. 36.

106 Vid. Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares, en particular la opinión de la Juez Higgins. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 139, enero-febrero de 1997.

107 L. Doswald-Beck, «The right...», art. Cit. p. 887.

de adoptar medidas, entre las que figura de forma especial una investigación, en el caso de ejecuciones extralegales para evitar la creación de un clima de impunidad. Y el Tribunal Europeo de los DD. HH. ha determinado las condiciones para estas investigaciones, a saber: Que el Estado ha de actuar con todo interés y por su propia iniciativa («*motu proprio*»), con independencia de la petición de los afectados y sin que se trate de un cumplimiento meramente formal. Cuando se denuncien muertes ilegales causadas por agentes estatales la investigación debe ser efectiva (es decir, debe servir de apoyo para adoptar una decisión sobre la justificación o no del uso de la fuerza) e independiente respecto de las personas implicadas en el suceso (se debe evitar la relación jerárquica o institucional, para lograr una independencia práctica). Naturalmente no existe una obligación de resultado, pero sí de celeridad y de razonable aportación de los medios adecuados, pues cualquier deficiencia que tenga como resultado la indeterminación de la causa y circunstancias de la muerte o de las personas responsables, conllevaría el riesgo de desprestigiar a la propia investigación.

Se trata, por otra parte, de mantener la confianza de la opinión pública en relación con el funcionamiento del estado de derecho, prevenir la tolerancia con actos ilegales y garantizar la exigencia de las oportunas responsabilidades. En consecuencia debe existir cierto grado de publicidad y transparencia en la investigación.

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias ha determinado la responsabilidad por violaciones del derecho a la vida en los conflictos armados y situaciones de ocupación bélica. Hace lógica referencia a las normas específicas del DIH sobre crímenes de guerra y a la obligación de los Gobiernos de asegurar el respeto de tales normas. Destaca la obligación efectiva de investigar a los sospechosos de violaciones del DIH mediante procedimientos imparciales e independientes para perseguir y castigar las infracciones, al tiempo que pone de relieve la necesidad de una supervisión sistemática en la investigación periódica de las instituciones y prácticas militares para asegurar el derecho a la vida.

Este informe no puede menos que reconocer las características únicas del conflicto armado, pero insiste en que la investigación debe evaluar si el fallecido tomaba parte (directa) en las hostilidades y si ha existido proporcionalidad. En relación con los militares, los beligerantes deben evitar las acusaciones falsas y abstenerse de las críticas al DIH afirmando que no se respeta en la práctica

El Relator Especial¹⁰⁸ deploró en especial las políticas que han permitido excepciones injustificadas a los anteriores requisitos y la lenidad penal de determinado personal militar condenado por asesinato. En cuanto a la necesidad de transparencia

108 L. Doswald-Beck, «The right...», art. Cit. p. 889.

en la investigación, estima que sus resultados deben hacerse públicos, incluyendo detalles de su desarrollo.

L. Doswald-Beck¹⁰⁹ escribe, acertadamente, que aunque ni los tratados de DD. HH. ni los de DIH incluyen explícitamente el deber de investigación, una interpretación «bona fide» del DIH llega a la conclusión de que toda sospecha de violación del DIH necesita ser inspeccionada adecuadamente.

En la sentencia del Tribunal Supremo de Israel de 13 de diciembre de 2006 se plantea también la exigencia de una verdadera investigación, después de un ataque a personas civiles sospechosas de haber tomado parte en las hostilidades. Esta indagación debe comprender la identificación de objetivos y las circunstancias del ataque, formalizarse retroactivamente y ser independiente. Se reconoce que en supuestos justificados se debe abonar una compensación económica por el daño causado a las «víctimas inocentes», según el artículo 91 del Protocolo I de 1977. Este daño «colateral» debe resistir el «test» de la proporcionalidad.

Las sucesivas Reuniones de Expertos sobre esta materia¹¹⁰ resaltan que todo uso de la fuerza letal contra una persona depende de la misma identificación de la víctima del ataque y este es, justamente, el origen de la norma que exige que los combatientes se distingan visualmente de la población civil vistiendo un uniforme o portando las armas abiertamente. Esta regla propia de los conflictos armados internacionales ofrece considerables dificultades cuando se trata de la identificación de personas sospechosas de formar parte de grupos armados no estatales en el contexto de un conflicto armado no internacional o en situaciones de ocupación bélica.

En consecuencia, el uso de la fuerza letal contra una persona civil en el momento en que no utiliza la violencia tiene la posibilidad de error, que es particularmente grave en el caso de los ataques mortales. Por ello los expertos de la reunión convocada por el CICR y la UCIHL señalaron la necesidad de cumplir determinados requisitos de procedimiento, tanto antes (verificación) como después (investigación) de tales ataques letales.

Por supuesto, con antelación al uso de la fuerza mortal, hay que comprobar que el individuo objeto del ataque estatal ha cometido y continúa cometiendo actos hostiles de gravedad, por lo que existe la necesidad de matarle para proteger la vida de otras personas. Los expertos apuntan que este procedimiento previo se asemeja a los juicios «in absentia» (en ausencia del acusado), por lo que no eximen al Estado de su obligación de juzgar al individuo, previamente detenido, si es posible.

Pero la cuestión que ahora nos interesa es la obligación de realizar una investigación fiable para que pueda legalizarse el uso estatal de la fuerza letal. Aunque

109 L. Doswald-Beck, «The right...», art. Cit. p. 889.

110 L. Doswald-Beck, «The right...», ob. Cit. p. 897.

los Estados, en general, no creen que deben cumplir el requisito de desarrollar una indagación siempre que se hace uso de la fuerza (porque ello es difícilmente factible durante las hostilidades en un conflicto armado), una interpretación «bona fide» del DIH conduce a la exigencia de una investigación en orden a asegurar que las fuerzas estatales respetan la ley, en particular si hay sospecha de posibles ilegalidades¹¹¹.

Por otra parte, los resultados de la citada indagación, cuando se hacen públicos, pueden tener un estimable efecto disuasorio para hacer cesar los ataques letales ilegales, salvo en situaciones muy excepcionales.

V. LA RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: «LEX SPECIALIS» Y APLICACIÓN COMPLEMENTARIA

El profesor Pérez González¹¹² ha afirmado acertadamente la compatibilidad entre la aplicación del Derecho Internacional de los DD. HH. y el DIH, en el contexto de un conflicto armado, como una doble perspectiva que refuerza la protección. Y, en relación con los asesinatos selectivos o ejecuciones extrajudiciales, L. Doswald-Beck¹¹³ se pregunta si las normas de los DD. HH. son incompatibles con el DIH, dada la naturaleza de éste último como «lex specialis». El término «lex specialis» se utiliza para describir un tipo de normas más detallado en cualquier rama del derecho y, en este caso, se refiere a la rama especial del derecho creada específicamente para regular los conflictos armados. Estas reglas especiales no aparecen recogidas en las normas de los DD. HH. Así, el Tribunal Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre «Las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado»¹¹⁴ confirmó la aplicación concurrente de los DD. HH. y del DIH, declarando que algunos derechos pueden ser materia exclusiva del DIH, otros exclusiva de los DD. HH. y todavía otros pueden ser materia común de ambas ramas del Derecho Internacional.

K. Watkin¹¹⁵ plantea la relación directa entre el DIH y los DD. HH. en el ámbito del derecho a utilizar la fuerza para oponerse a la violencia, en un nivel que linda con el conflicto armado y que concreta en la división entre estos dos regímenes normativos que separan la regulación de la actuación de las fuerzas policiales y el estatuto de los combatientes, particularmente en los territorios ocupados o en los conflictos armados internos.

111 L. Doswald-Beck, «The right...», ob. Cit. p. 898.

112 M. Pérez González y J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto, «El caso de los detenidos de Guantánamo...», art. cit. pp. 31 y ss.

113 L. Doswald-Beck, «The right...», art. Cit. p. 898.

114 Naciones Unidas, Asamblea General, Doc. A/ES-10/273.

115 K. Watkin, «Controlling...», art. cit. p. 24.

Por su parte, Theodor Meron¹¹⁶ destaca que los DD. HH. o, por lo menos, un mínimo de su núcleo inderogable, continúa aplicándose en tiempo de conflicto armado llenando el vacío de protección que pueda presentar el llamado Derecho de la Guerra en algunas circunstancias.

Concretando su análisis a los asesinatos promovidos por el Estado durante los conflictos armados, T. Ruys¹¹⁷ afirma que la protección ofrecida por los tratados de los DD. HH. no cesa en el caso de los conflictos armados, excepto en las «derogaciones» o suspensiones previstas en tales convenios. Pero existen derechos inderogables, entre los que está el derecho a la vida, que continúan aplicándose tanto en los conflictos armados internacionales como en los internos o en los supuestos de ocupación bélica. Y ello porque las normas del DIH y de los DD. HH. integran el núcleo común del «standard» fundamental aplicable en cualquier tiempo. Par este autor ello significa que el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida se aplica en las hostilidades, aunque el alcance de lo que deba interpretarse como privación «arbitraria» de la vida queda limitada al determinarse por la «lex specialis» aplicable, que es el DIH. En estos casos se produce un equilibrio entre el derecho a la vida y el concepto de necesidad militar o de mantenimiento del orden, por lo que aparece claro que los combatientes pueden ser atacados en el curso de un conflicto armado, incluso cuando duermen o descansan, conforme a las normas del DIH.

Los expertos de la reunión convocada por el CICR y la UCIHL¹¹⁸ coinciden en que la interpretación del Tribunal Internacional de Justicia sobre la relación entre los DD. HH. y el DIH (éste como «lex specialis») no fue clarificadora, por lo que se discute sobre la aplicación concurrente de ambas áreas del derecho, con particular incidencia en el uso de la fuerza letal en los conflictos armados internos y situaciones de ocupación bélica. La cuestión es menos relevante en los conflictos armados internacionales, fuera de los casos de ocupación, pues el Estado atacante carece de jurisdicción sobre el territorio no ocupado, que no controla. Aunque la Comisión Interamericana de DD. HH. ha aplicado la Declaración Americana de DD. HH. y Derechos del Hombre al uso de la fuerza letal contra personas fuera de la jurisdicción del Estado atacante.

Ahora bien, es útil preguntarse si pueden ser aplicadas las normas de los DD. HH. en caso de conflicto armado, a la vez que se considera el DIH como «lex specialis». Hay que tener en cuenta la dilatada historia y vigencia del estatuto de los combatientes en el DIH, así como el hecho de que los DD. HH. no reconocen categorías de personas como combatientes o civiles, por lo que es aplicable el DIH como «lex spe-

116 T. Meron, A. Eide y A. Rosas, «Combating Lawlessness in Gray Zone Conflicts Through Minimum Humanitarian Standard», en AJIL, 89, 1995, p. 215.

117 T. Ruys, «License.....», art. cit. pp. 30 y 31.

118 L. Doswald-Beck, «The right.....», art. Cit. p. 899.

cialis» y aceptable la legalidad de un ataque a los combatientes (o personas civiles que toman parte directa en la acción hostil) en un conflicto armado internacional.

Apunta Watkin¹¹⁹, después de reconocer que el desarrollo del IV Convenio de Ginebra constituye el más notable avance del DIH en el siglo XX, que tal convenio opera como parte de la «lex specialis» del Derecho Internacional, pero también incorpora algunos principios de los DD. HH. y clarifica el papel de la potencia ocupante respecto de las personas civiles bajo su jurisdicción y el mantenimiento, con excepciones, de un sistema penal en los territorios ocupados.

L. Doswald-Beck¹²⁰ recuerda que el Convenio Europeo de DD. HH. contempla la excepción de los «actos legales de guerra» en los conflictos armados internacionales y en otros tratados de DD. HH. se considera que atacar a los combatientes no puede ser calificado como «arbitrario», pues las normas del DIH establecen cuando un combatiente puede ser atacado y cuando goza de protección al encontrarse «fuera de combate». Esta sería la interpretación más compartible en relación con el carácter del DIH como «lex specialis».

Por otra parte, el uso de la fuerza letal contra personas que no suponen un riesgo y contra quienes han sido arrestados por las autoridades o han sido heridos y se abstienen de realizar actos hostiles, está prohibido por tratarse de una violación del derecho a no ser privados arbitrariamente de la vida¹²¹. Y ello supone, en definitiva, un incremento de la protección de las personas civiles en caso de conflicto armado, pues es necesaria una verificación de las circunstancias para respetar el derecho a la vida.

Dentro de la importante cuestión de si los DD. HH. añaden condiciones extraordinarias al DIH que prohíbe los ataques a personas civiles o combatientes fuera de combate, L. Doswald-Beck¹²² sostiene que es clara la respuesta afirmativa en el caso de ocupación bélica y conflictos armados no internacionales, en los supuestos en que estas personas puedan ser detenidas. Entonces, ¿se puede aplicar esta conclusión a los conflictos armados internacionales? Desde el punto de vista de los DD. HH. no hay razones para negarlo siempre que exista jurisdicción y, en particular, respecto de las «personas civiles que toman parte directa en las hostilidades». Es más difícil afirmarlo en relación con los combatientes pues el DIH no nos ofrece una norma (salvo los casos de «combatientes fuera de combate») que disponga que un combatiente no puede ser atacado si es posible proceder a su arresto.

Sin embargo, esta autora¹²³ opina que la razón de la ausencia de tal norma debe ser examinada con cuidado, pues existe la vieja regla que prohíbe el asesinato y nos

119 K. Watkin, «Controlling....», art. cit. p. 26.

120 L. Doswald-Beck, «The right....», art. Cit. p. 899.

121 T. Ruys, «License....», art. cit. p. 31.

122 L. Doswald-Beck, «The right....», art. Cit. p. 900.

123 L. Doswald-Beck, «The right....», p. 900.

plantea la reflexión de si las normas de los DD. HH. son verdaderamente distintas a las reglas originales y a la filosofía del DIH. Se refiere seguidamente a las normas del DIH que protegen a los combatientes «fuera de combate» o prohíben la «traición» y la «perfidia».

Para K. Watkin¹²⁴ el reto, en el momento actual, consiste en separar los incidentes que son simplemente criminales de aquellos que forman parte de las acciones propias de los conflictos armados, es decir de una resistencia armada o de fuerzas opositoras contra una ocupación militar (casos de Irak o del conflicto israelo-palestino en el Oriente próximo). Desafío que se complica cuando se estudia la relación entre los DD. HH. y el DIH surgida en el contexto posterior al 11 de septiembre de 2001, dentro de las operaciones realizadas en la estrategia nacional para la seguridad interna que se conoce como «guerra contra el terrorismo».

A la pregunta ¿son las DD. HH. incompatibles con las normas originarias y filosofía del derecho de la guerra?, L. Doswald-Beck¹²⁵ contesta que las normas específicas de los DD. HH. (como el derecho a la vida) no son incompatibles si son interpretadas en la práctica correctamente. Así el CICR propuso en la reunión de expertos (convocada por el propio CICR y el Asser Institute) una norma que pudiera reflejar la regla de los DD. HH. prohibiendo la muerte de personas que pudieran ser detenidas, salvo en el caso de necesidad militar. Sin embargo, la referencia a la necesidad militar suscita dudas puesto se trata de un principio antes que una norma y podría producir encontradas interpretaciones según las circunstancias. En todo caso parece evidente que atacar a una persona civil (que ha perdido su inmunidad al tomar parte directa en las hostilidades) cuando puede ser arrestada no resulta necesario desde el punto de vista militar.

La autora¹²⁶ se plantea dos opciones. La primera es la posibilidad de una definición estricta del concepto de «tomar parte directa en las hostilidades» que incluya solo a personas (incorporadas o no a un grupo armado) que inician la marcha para hacer fuego con un arma. La segunda consiste en la aplicación paralela de las normas de los DD. HH. Y se decanta por esta última referencia por considerar que refleja mejor el derecho vigente.

T. Ruys¹²⁷ considera sumamente problemáticas, a la luz de los tratados de los DD. HH., los ataques letales de Israel en el conflicto del Oriente próximo. Destaca el gran número de personas «inocentes» muertas o heridas por encontrarse en el lugar de los hechos, en relación con el principio de proporcionalidad. Resalta el fracaso de las investigaciones que han conducido a una cultura de la impunidad dentro de

124 K. Watkin, «Controlling...», art. cit. p. 28.

125 L. Doswald-Beck, «The right...», art. Cit. p. 902.

126 L. Doswald-Beck, «The right...», art. Cit. p. 903.

127 T. Ruys, «License...», art. cit. p. 37.

las Fuerzas de Defensa de Israel. Estas, en opinión de este autor, a menudo ejecutan misiones de eliminación en las que los sospechosos pueden ser fácilmente detenidos, lo que supone violación del derecho a la vida y a un juicio justo (cita el caso Thabet Thabet).

Por ello, el Relator Especial de las Naciones Unidas calificó esta política de Israel como «grave violación de los DD. HH.», puesto que no deben ser usados los ataques como una forma de disuasión o pena. Se debe de respetar el principio de proporcionalidad en todas las respuestas a las amenazas o actuaciones terroristas, las normas deben estar claramente especificadas en los Manuales de los Comandantes Militares y el uso desproporcionado de la fuerza debe ser investigado con rapidez por un órgano independiente. Por último, antes de acudir a la fuerza letal deben ser agotados todos los medios oportunos para detener a una persona sospechosa de cometer o intentar cometer actos de terror.

Además, el propio T. Ruys¹²⁸ estimó muy rechazable que el Tribunal Supremo de Israel no haya aprovechado la oportunidad para pronunciarse sobre la legalidad de los ataques letales en el caso «Comité Público contra la Tortura y otros contra el Gobierno de Israel y otros» (2004), al entender los jueces que se trataba de una cuestión política no sometida al examen de la justicia.

No obstante, debemos precisar que justamente la sentencia del Tribunal Supremo de Israel de 13 de diciembre de 2006, que hemos citado reiteradamente, no elude ésta cuestión y, uno de sus mayores méritos, consiste en abordar (ciertamente con los reparos que hemos señalado anteriormente) la legalidad de los ataques letales por parte de las Fuerzas de Defensa de Israel a la luz del Derecho de los Conflictos Armados.

VI. CONCLUSIONES

Aunque el derecho a la vida no es absoluto según las normas del DIH y de los DD. HH., es necesario afirmar el principio de su protección tanto en paz como en los conflictos armados, al tiempo que se establece un marco normativo claro para garantizar el derecho a la no privación «arbitraria» de la vida.

Ahora bien, ¿qué respuesta aporta el Derecho Internacional ante la «licencia para matar» que parece encontrarse detrás de determinadas ejecuciones extrajudiciales? Y ello porque algún relevante autor¹²⁹ denuncia, en relación con la política de algunos Estados de asesinatos selectivos, que Israel ha recurrido a los ataques letales desde el año 2000 y los Estados Unidos de América han iniciado la adopción de técnicas similares en la llamada «guerra contra el terrorismo». Critica asimismo la actuación

128 T. Ruys, «License.....», art. cit. p. 38.

129 T. Ruys, «License.....», art. cit. p. 38.

de Rusia en Chechenia dentro de este conflicto armado, volando las viviendas de los rebeldes y sus familias, calificados como terroristas. Y no faltan quienes, afectados por el síndrome «post 11 septiembre de 2001», cuestionan la distinción entre guerra y paz, a la vez que justifican el asesinato como método de guerra cuando la nación es amenazada por grupos ilegítimos.

A este panorama actual hay que sumar, en opinión del mismo autor, que las fuerzas policiales del Reino Unido han adoptado en ocasiones la política de «disparar a matar» («shoot-to-kill») respecto de los sospechosos de terrorismo, como en el caso de J. C. Menezes en el Metro de Londres (7 de julio de 2005) y en el citado caso Mc Cann (Gibraltar).

K. Watkin¹³⁰ destaca que actualmente actores no estatales participan en los conflictos armados de ámbito internacional y este tipo de «guerra privada» desafía las bases estatales del régimen internacional establecido, de forma que es necesario facultar al DIH para regular los conflictos armados contemporáneos de manera efectiva con normas realistas sobre el uso de la fuerza letal, que reflejen el nivel de violencia y la naturaleza de la amenaza. Muy particularmente es precisa esta regulación en los conflictos armados no internacionales, en las situaciones de ocupación bélica y en la llamada «guerra contra el terrorismo». Reconoce este autor que, tanto el DIH como los DD. HH., han hecho importantes contribuciones para el disfrute de los derechos fundamentales y, en particular, ha resultado muy positiva la incorporación de los principios de los DD. HH. relativos a la responsabilidad en relación con el uso de la fuerza en los conflictos armados.

Con razón apunta L. Doswald-Beck¹³¹ que la aplicación conjunta de los DD. HH. y del DIH a las hostilidades no garantiza el derecho a la vida en todas las situaciones de un conflicto armado, que debe interpretarse de acuerdo con las previsiones, el espíritu y el propósito del DIH. Ahora bien, acertadamente rechaza la opinión de quienes entienden que los DD. HH. solo se aplican en tiempo de paz, puesto que esta conclusión no se deriva del texto de los Convenios de DD. HH. Por el contrario, ambas ramas del Derecho Internacional (DIH y DD. HH.) protegen a las personas de la violencia innecesaria. En el caso del DIH se trata de la necesidad de asegurar que las fuerzas armadas no vean frustrada su misión de controlar un conflicto armado interno o de vencer en un conflicto armado internacional. En el supuesto de los DD. HH. el fundamento es la necesidad de garantizar el orden en la sociedad. Pero en los dos casos estas reglas deben prevenir las muertes innecesarias y desproporcionadas, prohibiendo la venganza, la megalomanía y la crueldad.

Si el DIH permite la muerte no páfida de los combatientes y de las personas civiles (mientras toman parte en la acción hostil), el derecho a la vida (DD. HH.)

130 K. Watkin, «Controlling...», art. cit. p. 34.

131 L. Doswald-Beck, «The right...», art. Cit. p. 903.

complementa estas normas prohibiendo la muerte arbitraria de las personas civiles, puesto que hay que respetar los principios de proporcionalidad y de necesidad, así como realizar una verificación e investigación efectivas.

Por otra parte, T. Ruys¹³² solicita modificar el marco establecido para el trato a los terroristas en cuanto erosiona el Estado de Derecho. Y apunta dos razones. La primera es que el terrorismo no es un fenómeno nuevo pero todavía no está definido en el plano internacional. Si, en ocasiones, no es fácil distinguir un terrorista de las personas que luchan contra una parte adversa estatal, se pregunta este autor: ¿Cómo podemos decidir a que personas debe denegarse la protección de los DD. HH. y del DIH?

La segunda razón consiste en que no debe infravalorarse la ruptura del Estado de Derecho, cuya primera víctima es la población civil, lo que proporciona argumentos que utiliza la propaganda de las organizaciones terroristas y dificulta su erradicación.

Como afirma el CICR es necesario trazar un equilibrio entre los intereses de la seguridad estatal, la seguridad individual y las libertades civiles. Y, en general, la política de «disparar a matar» viola este balance. Así se concluye afirmando que es imprudente abrir las puertas para legalizar los ataques letales realizados por los Estados promotores de los asesinatos.

En un sentido análogo, K. Watkin¹³³ reflexiona sobre la necesidad de que los Estados y organismos internacionales de DD. HH. reajusten su entendimiento sobre el papel que deben jugar los DD. HH., desde la óptica de la responsabilidad y a la vista del uso de la fuerza letal en los conflictos armados, pues no puede permitirse una laguna en el esfuerzo para garantizar la aplicación de normas apropiadas de humanidad.

L. Doswald-Beck¹³⁴ concluye su excelente aportación al tema afirmando que las claras y bien establecidas normas del DIH pueden ser consideradas «lex specialis». Y añade que, sin embargo, cuando exista algún tipo de duda o en los casos en que las normas son demasiado generales para proporcionar todas las respuestas, es cuando los DD. HH. deben colmar el vacío aportando sus reglas, que no son incompatibles con el espíritu y propósito fundamental del DIH. Los DD. HH., en este caso el derecho a la vida, es aceptado como complemento y elemento interpretativo de las normas del DIH relativas al uso de la fuerza en los conflictos armados no internacionales y situaciones de ocupación bélica, aplicándose a las personas civiles que toman parte directa en la acción hostil para prevenir muertes innecesarias.

132 T. Ruys, «License...», art. cit. p. 39.

133 K. Watkin, «Controlling...», art. cit. p.

134 L. Doswald-Beck, «The right...», art. Cit. p. 904.

