

CAPÍTULO CUARTO

LA PÉRDIDA DE LA INMUNIDAD DE LAS PERSONAS CIVILES POR SU PARTICIPACION DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

RESUMEN

Las personas civiles desempeñan un papel cada vez más relevante, como víctimas y victimarias, en los conflictos armados. Gozan de inmunidad contra los ataques directos pero la pierden si participan directamente en las hostilidades y mientras dure su participación. Para interpretar esta excepción es preciso definir la noción de personas civiles en los conflictos armados internacionales y no internacionales, delimitar qué se debe entender por hostilidades y determinar los elementos constitutivos del concepto de participación directa en la acción hostil, su ámbito temporal, las limitaciones al uso de la fuerza y las consecuencias de la recuperación de la inmunidad establecidas por el derecho internacional humanitario.

Palabras clave:

Derecho internacional humanitario, conflictos armados, personas civiles, inmunidad, grupos armados organizados, función de combate continua, hostilidades, participación directa, Comité Internacional de la Cruz Roja, principios de distinción, precaución y proporcionalidad, puerta giratoria y uso de la fuerza.

ABSTRACT

Civilians play an increasingly important role in armed conflicts, both as victims and perpetrators. Civilians are protected against attack but lose the immunities for such time as they take a direct part in hostilities. Concerning the interpretation to the notion of direct participation in hostilities is fundamental the concept of civilian in international or non-international armed conflicts, the notion of hostilities and the legal criteria for determining the constitutive elements of direct participation in hostilities, temporal scope of the loss of protection, restraints on the use of force in direct attack and consequences of regaining civilian protection, under international humanitarian law.

Key words:

International humanitarian law, armed conflict, civilian, immunity, organized armed groups, continuous combat function, hostilities, direct participation, International Committee of the Red Cross, principles of distinction, precaution and proportionality, revolving door and use of force.

■ PÓRTICO

Las personas civiles desarrollan un rol en los conflictos armados actuales que se incrementa cada vez más en importancia y aumenta su complejidad⁽¹⁾. Ahora bien, su participación tiene dos aspectos que parecen contradictorios: son víctimas pero también victimarios y, paradójicamente, esta incidencia se produce tanto en los enfrentamientos con armas convencionales y escaso uso de la tecnología armamentística (típica de los conflictos armados asimétricos, en países desestructurados o Estados fallidos) como en aquellos donde se utiliza alta tecnología. Podríamos resumir las causas de este fenómeno bélico destacando las siguientes:

- 1.^a Disminución de las guerras entre estados y aumento de la frecuencia de los conflictos armados internos o no internacionales, que alcanzan más del 90 % de los actuales.
- 2.^a Confusión en la práctica entre combatientes y personas civiles.
- 3.^a Desconocimiento o no aceptación del principio del monopolio estatal del uso legítimo de la fuerza, dogma incontrovertido en los países occidentales pero no compartido en numerosos países donde se considera legítima la resistencia armada de entidades no estatales frente a un Estado que se considera opresor.
- 4.^a Aumento exponencial de las víctimas civiles por la utilización de armas o métodos de combate de alta tecnología que no respetan los principios de distinción, precaución y proporcionalidad.
- 5.^a Violación de las normas más elementales del derecho internacional humanitario (DIH) en los combates que se desarrollan en los conflictos armados asimétricos, en países desestructurados donde realmente no existe un Estado capaz de respetarlas.
- 6.^a La privatización de la guerra, con la intervención masiva de empresas privadas militares y de seguridad.

En una primera aproximación, necesariamente esquemática, podríamos afirmar que el derecho internacional humanitario (DIH) establece un delicado equilibrio en los conflictos armados entre la necesidad militar y los imperativos de humanidad. Uno de los principios generales que lo garantiza es el de distinción, que obliga a diferenciar entre las personas que gozan de inmunidad respecto de los ataques directos y aquellas que constituyen objetivos militares. Gozan de inmunidad las personas civiles (que no participan directamente en las hostilidades) y el personal sanitario y religioso, así como los combatientes fuera de combate (heridos, enfermos, naufragos, prisioneros de guerra y personas en poder de la parte adversa). Naturalmente, las personas civiles pierden su inmunidad si participan directamente en la acción hostil y mientras

⁽¹⁾ WENGER, Andreas y MASON, Simon J. A.: «Participación directa de civiles en conflictos armados: tendencias e implicaciones», en Revista Internacional de la Cruz Roja, núm. 872, diciembre de 2008, pp. 339 y ss.

dura su participación. No gozan de inmunidad contra los ataques directos los miembros de las fuerzas armadas combatientes y, en el caso de un conflicto armado interno (o no internacional), los pertenecientes a los grupos armados opositores o no gubernamentales en función continua de combate.

■ PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN CIVIL EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

■ Introducción

Los nuevos tipos de conflictos armados han significado un aumento creciente de las víctimas de la guerra pertenecientes a la población civil⁽²⁾. En una estadística repetida se indica que en la Primera Guerra Mundial el 14% de las víctimas fueron civiles, el porcentaje ascendió al 67 % en la Segunda Guerra Mundial y en las guerras actuales puede afirmarse que son personas civiles el 90% de las víctimas. Naturalmente, la existencia de refugiados y desplazados internos contribuye a que este preocupante porcentaje no disminuya en la actualidad⁽³⁾.

El 12 de agosto de 1949 se aprobó el IV Convenio de Ginebra, que es el más extenso de todos y ha sido ratificado por la totalidad de la comunidad internacional (194 estados)⁽⁴⁾. No obstante, la insuficiencia de sus normas ante el incremento de las víctimas civiles en las guerras de la posguerra hizo necesaria la aprobación en 1977 de dos protocolos adicionales relativos el primero a los conflictos internacionales y el segundo a los conflictos internos o no internacionales⁽⁵⁾. El principal objetivo de estos dos protocolos adicionales, en opinión del recordado Javier Sánchez del Río Sierra⁽⁶⁾, fue justamente profundizar en la protección de las personas civiles.

⁽²⁾ ALONSO PÉREZ, Francisco: «La protección de la población civil», en Derecho internacional humanitario, Tirant lo Blanch, 2.^a edición, Valencia, 2007, pp. 555 y ss.

⁽³⁾ RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: «Aplicación del derecho internacional humanitario en el conflicto de Bosnia-Herzegovina», en Revista Española de Derecho Militar, enero-junio de 1995, pp. 307-344.

⁽⁴⁾ PICTET, Jean (Dir.): Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949, volume iv, «La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre: commentaire», CICR, Ginebra, 1956, 729 pp.

⁽⁵⁾ AA. VV.: Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), tomos I y II, Comité Internacional de la Cruz Roja y Plaza y Janés Editores, Colombia, Santa Fé de Bogotá, 2001. Hay también versión española del Comentario del Protocolo II y del artículo 3 de los convenios de Ginebra. Ver también BOTHE, Michael, PARTSCH, Karl Josef y SOLF, A. Waldermar: New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 protocols additional to the Geneva Conventions of 1949, 1982, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1982, 746 págs.

⁽⁶⁾ SÁNCHEZ DEL RÍO SIERRA, Javier: «La protección de la población civil», Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, 1989.

■ El concepto de personas civiles

El artículo 4 del IV Convenio de Ginebra nos proporciona un concepto de personas civiles protegidas a efectos del referido convenio. Son personas civiles las que se encuentran en poder de la parte adversa en el conflicto armado o de una potencia ocupante de la que no sean nacionales. Si toman parte directa en las hostilidades pierden su inmunidad contra los ataques directos, pero siguen siendo personas civiles si reúnen los requisitos de nacionalidad. El DIH, para la protección general de las personas civiles, las distingue de los combatientes. Son personas civiles, en una definición negativa, las que no son combatientes. La distinción es así entre combatientes y personas civiles, ya que hay miembros de las Fuerzas Armadas que no son combatientes (como los miembros de los servicios sanitarios o religiosos) o se encuentran fuera de combate.

Los combatientes legítimos tienen el derecho a combatir y realizar actos de hostilidad contra la parte adversa y gozan del estatuto de prisioneros de guerra si caen en poder del enemigo. Son combatientes legítimos los miembros de las Fuerzas Armadas (excepto el personal sanitario y religioso), los miembros de las Fuerzas Armadas de una parte no reconocida por la otra parte, los miembros de otras milicias y cuerpos sujetos a disciplina militar e incorporados a las Fuerzas Armadas, los miembros de los movimientos de resistencia o guerrilleros que reúnan determinadas condiciones (actuar en territorio ocupado y llevar las armas abiertamente durante la acción y durante el movimiento hacia el lugar desde el que o hacia el que va a ser lanzado el ataque) y la población de un territorio que se levanta en armas esporádicamente contra un ejército invasor.

Ahora bien, la paradoja de los conflictos armados actuales es que, por una parte, las personas civiles combaten ocultando su condición de combatientes y, por la otra, las personas civiles que se abstienen de todo acto hostil son objeto de ataques directos por las partes en el conflicto, que no respetan su inmunidad contra los ataques.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), después de una larga preparación a través de una comisión de expertos (en cinco reuniones celebradas de 2003 a 2008) a la que nos referiremos más adelante, ha elaborado y aprobado (Asamblea del CICR de 26 de febrero de 2009) una *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*⁽⁷⁾. Hay que destacar que esta guía refleja únicamente el punto de vista del CICR, por lo que no es en absoluto un texto

⁽⁷⁾ CICR. MELZER, Nils: «*Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*». Fue publicada en la Revista Internacional de la Cruz Roja, vol. 90, núm. 872, diciembre de 2008, pp. 991-1047.

normativo ni convencional, aunque trata de reflejar el DIH y no cambia su contenido.

Por lo que se refiere al concepto de personas civiles, las define esta guía interpretativa en sus dos primeras recomendaciones. En la primera, relativa a los conflictos armados internacionales, establece que, a los efectos del principio de distinción, todas las personas que no son miembros de las Fuerzas Armadas de una parte en el conflicto ni integrantes de una leva en masa son personas civiles. Se trata pues de una definición negativa de acuerdo con el Protocolo I de 1977, adicional a los convenios de Ginebra, basado en la recíproca exclusión de los conceptos de «personas civiles» respecto de los miembros de las Fuerzas Armadas combatientes y leva en masa. Naturalmente, deben reunir los requisitos de legitimidad e identificación. Es decir, los grupos armados organizados deben pertenecer a una parte en el conflicto (un Estado responsable o un movimiento de liberación nacional en el caso de los conflictos armados internacionales por extensión a que hace referencia el artículo 1.4 del citado Protocolo I de 1977), incluyendo expresamente las milicias irregulares, cuerpos de voluntarios y movimientos de resistencia además de los miembros combatientes de las Fuerzas Armadas.

170 |

Así, los grupos organizados de violencia armada (delincuencia común, terroristas o piratas) sin relación con ninguna parte en el conflicto armado no son miembros de las Fuerzas Armadas ni combatientes.

La consecuencia es que las personas civiles en los conflictos armados internacionales gozan de la protección contra los ataques directos salvo y por el tiempo en que tomen parte directa en las hostilidades.

En la segunda recomendación, la *Guía* determina el concepto de personas civiles en los conflictos armados no internacionales, concretando que son todas las que no son miembros de las Fuerzas Armadas del Estado o de grupos armados organizados por una parte en el conflicto. Estos últimos constituyen las fuerzas armadas de la parte no estatal en el conflicto y comprenden únicamente a los individuos cuya función continua consiste en tomar parte directa en las hostilidades (función de combate continua).

En el informe del CICR⁽⁸⁾ *El derecho internacional humanitario y los desafíos en los conflictos armados contemporáneos* presentado a la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, diciembre de 2011), se reitera el concepto de personas civiles a efectos del principio de distinción.

⁽⁸⁾ Documentación de la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, ver la página web del CICR: www.cicr.org.

■ Los sistemas de prevención

- *Sistemas preventivos de carácter táctico*

Se parte del conocido «principio de distinción»⁽⁹⁾ que obliga a diferenciar entre la población civil y los combatientes, así como entre los bienes de carácter civil y los objetivos militares (art. 48 del Protocolo I adicional de 1977).

Objetivos militares⁽¹⁰⁾ son las Fuerzas Armadas de la parte adversa pero solo los combatientes, pues no son objetivos militares los miembros de los servicios sanitarios y religiosos. Por lo que se refiere a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción, total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

Así pues, no son objetivos militares las personas civiles que se abstengan de hostilizar y los bienes civiles⁽¹¹⁾.

El mismo Protocolo I adicional determina las «reglas de oro de la protección humanitaria» al establecer las precauciones exigibles en un ataque⁽¹²⁾.

En consecuencia, según el DIH, hay obligación de señalizar los lugares protegidos con signos visibles, se debe evacuar a la población civil si así lo exige su seguridad o imperiosas necesidades militares (aunque se prohíbe la deportación), no se puede retener a la población civil en regiones singularmente expuestas, se debe alejar a la población de los objetivos militares y no situarlos en zonas densamente pobladas y se prohíbe utilizar a las personas civiles como escudos humanos para poner a cubierto objetivos militares⁽¹³⁾.

Otro principio humanitario de singular importancia es el principio de proporcionalidad⁽¹⁴⁾. Según esta norma, todas las operaciones militares deberán

⁽⁹⁾ JORGE URBINA, Julio: *Protección de las víctimas de los conflictos armados*, Naciones Unidas y derecho internacional humanitario. Desarrollo y aplicación del principio de distinción entre objetivos militares y bienes de carácter civil. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 37 y ss.

⁽¹⁰⁾ AA.VV.: Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 Adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), tomo ii, ob. cit., pp. 879-893.

⁽¹¹⁾ BOTHE, Michael, PARTSCH, Karl Josef y SOLF, A. Waldermar: *New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 protocols additional to the Geneva Conventions of 1949*, ob. cit., pp. 296-318.

⁽¹²⁾ JORGE URBINA, Julio: *Protección de las víctimas de los conflictos armados*, Naciones Unidas y derecho internacional humanitario. Desarrollo y aplicación del principio de distinción entre objetivos militares y bienes de carácter civil. Ob. cit., pp. 175 y ss.

⁽¹³⁾ ALONSO PÉREZ, Francisco: «La protección de la población civil», en Derecho internacional humanitario, ob. cit., p. 565.

⁽¹⁴⁾ AA.VV.: Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 Adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos

realizarse con el cuidado de preservar a la población civil y los bienes civiles, hay que verificar antes del ataque que los objetivos militares propuestos son tales, elegir los medios y métodos que menos daño causen a la población civil y suspender o anular el ataque cuando se prevea que causará en la población o bienes civiles daños excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares con ventaja militar equivalente, se optará por el que presente menos peligro para la población y bienes civiles.

• *Prohibición de los actos terroristas*

Hay que puntualizar que la prohibición que formulan de forma absoluta e incondicional las normas del derecho internacional humanitario se refiere a los *actos de terrorismo*⁽¹⁵⁾ en caso de conflicto armado internacional o interno (es decir, sin carácter internacional). Ante todo, hay que constatar que una apreciable dificultad consiste en la ausencia de una definición⁽¹⁶⁾ de los actos de terrorismo aceptada universalmente.

Examinando los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de sus dos Protocolos (I y II) adicionales de 1977, se deduce inequívocamente que los actos terroristas (es decir, el empleo de la violencia indiscriminada para aterrorizar a la población civil) están prohibidos en toda circunstancia, terminantemente y sin excepción. Como escribió H. P. Gasser, las autoridades de las partes contendientes y todos los estados partes en los instrumentos de derecho humanitario (194 en la actualidad) tienen la obligación de proceder contra todo supuesto infractor de la prohibición del terrorismo⁽¹⁷⁾.

De esta forma, en los conflictos armados internacionales⁽¹⁸⁾ y dentro de las normas humanitarias que limitan los medios y métodos de la acción hostil,

armados internacionales (Protocolo I), tomo ii, ob. cit., pp. 945-963. Ver también FENRICK, William John: «The rule of proportionality and Protocol I in conventional warfare» (La norma de la proporcionalidad y el Protocolo I en la guerra convencional), *Military law review*, vol. 98, 1982, pp. 91-127, y SOLF, Waldemar A.: «Protection of civilians against the effects of hostilities under customary international law and under Protocol I» (Protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades, según el derecho internacional consuetudinario y según el Protocolo I), *The American University Journal of International Law and Policy*, vol. i, 1986, pp. 107-135.

⁽¹⁵⁾ GASSEN, Hans-Peter: «Prohibición de los actos de terrorismo en el derecho internacional humanitario», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, julio-agosto de 1986, n.º 76, pp. 208-221. Del mismo autor, «Actos de terror, 'terrorismo' y derecho internacional humanitario», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 847, septiembre de 2002.

⁽¹⁶⁾ RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: «Terrorismo y derecho internacional humanitario», en *Derecho internacional humanitario*, ob. cit., pp. 221 y ss.

⁽¹⁷⁾ GASSEN, Hans-Peter: «Actos de terror, 'terrorismo' y derecho internacional humanitario», art. cit., *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 847, septiembre de 2002.

⁽¹⁸⁾ PÉREZ GONALEZ, Manuel :«Terrorismo y conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el derecho internacional humanitario», en *Lucha contra el terrorismo y derecho internacional* (coord.: J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto), *Cuadernos de Estrategia*, Instituto

el artículo 51.2 del citado Protocolo I de 1977 prohíbe los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. Y el artículo 54 del mismo Protocolo proscribe los ataques contra las obras o instalaciones (presas, diques y centrales nucleares) que contengan fuerzas peligrosas.

La proscripción de los actos terroristas se establece igualmente de manera absoluta en los conflictos armados sin carácter internacional⁽¹⁹⁾. La prohibición expresa de terrorismo en este ámbito se formula en los artículos 4.2 d) y 13 (por lo que se refiere a la población civil) del Protocolo II adicional de 1977 («quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil»).

■ LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

■ Consideraciones generales

El principio de inmunidad de la población civil contra los ataques directos en los conflictos armados contiene una excepción que constituye el mayor problema jurídico⁽²⁰⁾ que se presenta en los conflictos actuales. Se trata de la determinación de lo 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 doctrina⁽²¹⁾, no se cuestiona esta calificación en la conducta consistente en participar en la acción militar (haciendo fuego con armas) saboteando 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.

Debemos precisar 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

Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, marzo de 2006, pp. 81 y ss. Del mismo autor, *Lucha contra el terrorismo, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, Tirant Monografías 797, Valencia, 2012.

⁽¹⁹⁾ GASSEN, Hans-Peter: *Actos de terror, 'terrorismo' y derecho internacional humanitario*, art. cit., p. 560.

⁽²⁰⁾ BOTHE, Michaël, PARTSCH, Karl Josef y SOLF, Waldemar. A.: *New rules for victims of armed conflicts. Commentary on the two protocols additional to the Geneva Conventions of 1949*, ob.cit., pp. 301 y 302.

⁽²¹⁾ RUYS, Tom: «License to kill? State-sponsored assassination under international law», en *Revista de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra*, n.º 44, 2005, vol. 1-2, pp. 28 y 29.

se justifica cuando es directa su participación. J. F. Quégainer⁽²²⁾ 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» en tales normas convencionales.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en los comentarios a los protocolos adicionales, ha considerado similares ambos términos; sin embargo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional vio algunas diferencias en el caso del crimen de guerra de participación de los niños en las hostilidades (art. 8) y utilizó la expresión *participación activa en las hostilidades* en lugar de emplear la locución *participación directa*.

Diversos autores que participaron en el seminario de expertos sobre «Participación directa en las hostilidades»⁽²³⁾ pretendieron 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 «más civiles que a otros» y, en todo caso, esta diferenciación podría socavar la protección general de la población civil como tal.

Lo cierto es que no existe en los textos convencionales de DIH una definición explícita de la «participación directa en las hostilidades» pues, como se ha señalado⁽²⁴⁾, ni las actas de la Conferencia Diplomática de 1949 ni las de la Conferencia Diplomática 1974-1977 nos proporcionan una definición precisa de qué debe entenderse por una «participación directa» en la acción hostil.

Bothe, Partsch y Solf⁽²⁵⁾ han puesto de manifiesto la variedad de expresiones empleadas por el Protocolo I de 1977 relativas a las circunstancias en las que se pierde la protección por parte de las personas civiles:

⁽²²⁾ QUÉGUINER, Jean François: «Direct participation in hostilities under international humanitarian law», Briefing Paper, november 2003, Research initiative reaffirmation and development of IHL, Program on Humanitarian Policy and Conflict Reseach at Harvard University.

⁽²³⁾ QUÉGUINER, Jean-François «Participación directa en las hostilidades con arreglo al derecho internacional humanitario», anexo i al documento El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2003.

⁽²⁴⁾ QUÉGUINER, Jean François: «Direct participation...», ob. cit., p. 1.

⁽²⁵⁾ BOTHE, Michaël, PARTSCH, Karl Josef y SOLF, Waldemar. A.: New rules for victims..., ob. cit., p. 302.

- Tomar parte directa en las hostilidades. Art. 51 (3).
- Abstenerse de todo acto de hostilidad. Art. 8 a) y b).
- Abstenerse de todo acto hostil. Art. 41 (2).
- Encontrarse realizando un acto hostil. Art. 42 (2).
- Realizar actos perjudiciales para el enemigo. Arts. 13 (1) y (2) y art. 65 (1).

Ahora bien, certeramente apuntan estos autores que, como la interpretación de estos términos afecta a materias *de vida o muerte*, debe rechazarse que su carácter ambiguo pueda dejarse a la práctica de los estados en los conflictos futuros.

Volviendo a los textos convencionales, el Protocolo I de 1977 utiliza como conceptos distintos las expresiones *participación directa en las hostilidades* y *actos perjudiciales para el enemigo*, por lo que cabe distinguirlas en cada contexto en el que son utilizadas en la norma convencional. Así, en los comentarios del CICR a los mencionados protocolos de 1977 y en relación con los combatientes fuera de combate, se afirma que en el contexto del artículo 41 el término *acto hostil* incluye todo acto en el que una persona revele su participación en un combate o apoye directamente una acción de combate⁽²⁶⁾.

Para resolver este problema, de tanta repercusión práctica en el desarrollo de las hostilidades, en el citado seminario de expertos⁽²⁷⁾ se destacó la utilidad de una definición y 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.

Así, Tony Rogers, en un taller presentado a la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja (Ginebra, 2007), defendió la elaboración de diversos «escenarios» calificados del número 1 al 20 según su mayor claridad (capturar a miembros de las Fuerzas Armadas o armas del enemigo, colocar minas o realizar sabotajes o, por el contrario, trabajar en instalaciones industriales de apoyo a las Fuerzas Armadas) o su carácter dudoso (conducir un camión que transporta municiones a un almacén enemigo).

El CICR⁽²⁸⁾, en un informe elaborado para la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, noviembre de 2007), explica que el concepto de participación directa en las hostilidades necesita responder a tres preguntas:

- ¿A quién se considera civil a los fines de conducción de hostilidades?
- ¿Qué conducta equivale a participación directa en las hostilidades?

⁽²⁶⁾ Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux conventions de Génève du 12 août 1949, CICR, Gineve, 1986, Comentario al art. 41 (2), párrafo 2.3.2.

⁽²⁷⁾ Informe «Participación directa en las hostilidades...», ob. cit.

⁽²⁸⁾ Informe del CICR El derecho internacional humanitario y los desafíos en los conflictos armados contemporáneos, Ginebra, octubre de 2007, pp. 20 y 21.

- ¿Cuáles son las condiciones precisas bajo las cuales las personas civiles que participan directamente en las hostilidades pierden su protección contra el ataque directo?

Y este mismo contenido se reitera en el informe ya citado presentado a la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en Ginebra en diciembre de 2011 (pp. 47 a 51). Debemos advertir que en este segundo informe el CICR ha tenido en cuenta la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, que había sido aprobada con anterioridad (29 de febrero de 2009) por la propia Asamblea General del CICR. La *Guía* había recibido algunas críticas gubernamentales, doctrinales y de algunas oenegés a las que hace mención el informe que, sin embargo, es considerado por el CICR como un conjunto jurídico y operacional bastante equilibrado.

Precedente de los dos informes citados (2007 y 2011) fue el estudio que en el año 2003 inició el CICR y el Asser Institute sobre el concepto de *participación directa en las hostilidades*, con varias reuniones de expertos donde se prepara un documento con la presentación de una interpretación coherente de las normas del derecho internacional humanitario (DIH) sobre la materia.

Revistió singular importancia durante estos años la polémica sentencia del Tribunal Supremo de Israel de 13 de diciembre de 2006, en la que 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». En efecto, afirmó este tribunal que 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.

En sus razonamientos legales, la citada 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 antigua Yugoslavia, en la práctica de los estados y en diversos manuales militares.

Ahora bien, ¿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 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.

Por otra parte, 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 tales 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.

Como hemos indicado antes, en la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, noviembre de 2007), a iniciativa del CICR, se celebró un taller sobre la «Participación directa de las personas civiles en las hostilidades», con intervenciones de Nils Melzer, Tony Rogers y Marco Sassoli, que ofrecieron diversos enfoques sobre la materia, en particular sobre el concepto de hostilidades, la participación en la acción hostil, la participación directa o indirecta y la definición de actos hostiles, el tiempo de la participación (despliegue y repliegue hacia y desde el lugar donde se ejecuta el ataque directo), la naturaleza de los grupos armados no estatales que participan directamente en la acción hostil (movimientos de resistencia y de liberación nacional), la participación (directa o indirecta) de los dirigentes políticos o religiosos, de los periodistas y de quienes financian la guerra y la problemática del empleo (voluntario o forzoso) como «escudos humanos» de personas civiles durante el desarrollo de un conflicto armado de carácter internacional o no internacional.

■ El concepto de acción hostil u hostilidades

Advierte la doctrina y J. F. Quéguiner⁽²⁹⁾ 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 armado⁽³⁰⁾. El informe del III Comité de la Conferencia Diplomática (1974-1977) que aprobó los Protocolos adicionales

⁽²⁹⁾ QUÉGUINER, Jean-François: «Direct participation...», cit., p. 1.

⁽³⁰⁾ Pietro 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).

de 1977, como afirma la doctrina⁽³¹⁾, reconoció que no se había definido el término «hostilidades» pero numerosas delegaciones habían expresado el punto de vista de que tal concepto comprendía la preparación para el combate y el repliegue desde el lugar del combate.

Para algunos autores como Nils Melzer⁽³²⁾ el concepto de hostilidades precisa de la concurrencia de tres elementos: 1.º Umbral del daño causado, es decir, debe afectar a las operaciones militares y tener capacidad para infilir la muerte, lesiones y daños a las personas y bienes; 2.º Causa directa. Relación de causa a efecto entre la acción u operación militar coordinada y sus consecuencias lesivas, y 3.º Nexo con los beligerantes. Debe tratarse de una persona específicamente designada para apoyar a una parte en el conflicto y para dañar a la parte adversa. El principio y fin de un acto hostil comprende su preparación (medidas necesarias, como cargar un arma), el despliegue al lugar de ejecución y el retorno o repliegue desde el lugar de ejecución.

En sentido amplio, se pueden deducir tres características del concepto de hostilidades⁽³³⁾: primero, el acto u operación debe estar ligado intrínsecamente a un conflicto armado, pues en ausencia de este 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, y 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. Un concepto similar es aceptado también por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (DDHH) y por el DIH consuetudinario⁽³⁴⁾.

Al definir el término «hostilidades» hay que tener en cuenta que «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».

⁽³¹⁾ BOTHE, Michaël, PARTSCH, Karl Josef y SOLF, Waldemar A.: *New rules for victims...*, ob cit., p. 302.

⁽³²⁾ MELZER, Nils: Taller «Participación directa de las personas civiles en las hostilidades», en XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2007.

⁽³³⁾ QUÉGUINER, Jean-François: «Direct participation...», cit., p. 2.

⁽³⁴⁾ HENKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise: *Customary international humanitarian law*, vol. i, Rules, ICRC, Cambridge University Press, 2005, p. 22.

Es necesario hacer una distinción, dentro del clásico derecho que regula el desarrollo de los conflictos armados, 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 y zonas neutralizadas o desmilitarizadas, entre otras.

■ Delimitación de la noción de participación directa de las personas civiles en la acción hostil

- *Antecedentes. Las diversas posturas doctrinales*

Desde el punto de vista doctrinal, los autores de los comentarios del CICR al Protocolo I de 1977 sostienen que la participación directa en las hostilidades supone una relación causal entre la actividad⁽³⁵⁾ dirigida contra el enemigo en el tiempo y lugar donde esta acción se realice y el daño causado. En otras palabras, como expresa Quéguiner⁽³⁶⁾, 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 países para ampliar el concepto, incluyendo actividades de protección personal, infraestructuras o material, aunque no supongan una acción violenta. Para Bhote, Partschy y Solf⁽³⁷⁾ este es el caso de las personas civiles que forman parte de un equipo de armas o proporcionan información sobre los objetivos de los sistemas de armas destinados para su utilización inmediata contra el enemigo, tales como los localizadores de la artillería o miembros de equipos de observadores sobre el terreno. La preparación para el combate debe incluir el apoyo logístico directo a las unidades comprometidas directamente en el combate, como la entrega de municiones a la posición desde donde se hace fuego.

179

Para otros autores, como M. E. Guillory⁽³⁸⁾, 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 estas personas.

Volviendo a la postura de los antes citados autores de los comentarios del CICR⁽³⁹⁾, 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

⁽³⁵⁾ *Commentaire...*», ob. cit., p. 516.

⁽³⁶⁾ QUÉGUINER, Jean-François: «*Direct participation...*», cit., p. 3143.

⁽³⁷⁾ BOTHE, Michaël, PARTSCH, Karl Josef y SOLF, Waldemar A.: *New rules for victims...*, ob. cit., p. 303.

⁽³⁸⁾ GUILLORY, M. E.: «*Civilianizing the force: is the united status crossing the rubicon?*», en *Air Force Law Review*, p. 117.

⁽³⁹⁾ *Commentaire...*, ob. cit., p. 603.

Protocolo I de 1977). Es decir, una acción de combate o el uso de 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.

La práctica estatal y la doctrina, por lo que se refiere al carácter directo de la intervención, la 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 n.º 12333 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) pueden ser considerados como directamente participantes en las hostilidades.

Bothe, Partsch y Solf⁽⁴⁰⁾ y la doctrina mayoritaria no comparten esta postura y sostienen acertadamente que las personas civiles que solo proporcionan ayuda indirecta a las Fuerzas Armadas, como los trabajadores en las fábricas de defensa o los encargados de la distribución o almacenamiento de repuestos militares en áreas de retaguardia, no pueden ser objeto de ataques individuales deliberados. Aunque, naturalmente, estas personas asumen el riesgo de daños incidentales como consecuencia de los ataques contra sus lugares de trabajo o transporte.

Desde un punto de vista más general, que contempla un panorama completo del desarrollo de los conflictos armados, Marco Sassolí⁽⁴¹⁾ plantea un enfoque previo basado en las cualidades personales de los miembros que participan directamente en las hostilidades, apuntando que las Fuerzas Armadas regulares están en desventaja frente a los grupos armados enemigos irregulares pues estos solo pueden ser atacados mientras participan directamente en la acción hostil. Para este autor hay que establecer diferencias entre los conflictos armados internacionales y los no internacionales. En los primeros es fundamental el concepto de combatiente y la identificación. En los conflictos armados internos, según el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, se otorga protección únicamente: a) a los grupos armados que sean parte en el conflicto (partes identificables) con función de combate, y b) a los miembros combatientes que hayan depuesto las armas.

Debemos dar cuenta ahora 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»⁽⁴²⁾. Así, existe un acuerdo

⁽⁴⁰⁾ BOTHE, Michaël, PARTSCH, Karl Josef y SOLF, Waldemar: *New rules for victims...*, ob. cit., p. 303.

⁽⁴¹⁾ SASSOLÍ, Marco: Taller «Participación directa...», XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, doc. cit.

⁽⁴²⁾ Informe «Participación directa...», cit., p. 33.

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.

Como hemos visto antes, Tony Rogers⁽⁴³⁾ nos informa sobre la elaboración de diversos escenarios para clarificar la participación directa en las hostilidades que comprenden desde los supuestos más evidentes hasta los que la excluyen. No faltan los casos dudosos como el del conductor civil de un camión que transporta municiones, supuesto al que nos referimos seguidamente.

Se trata de un caso práctico que ha motivado el interés de la doctrina, que 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? ¿Esta persona ha perdido su inmunidad? No existe consenso en las respuestas de los expertos, aunque se considera⁽⁴⁴⁾ en todo caso que el camión es (en sí mismo) un objetivo militar que puede ser atacado para detener el municionamiento respetando el principio de proporcionalidad. Por nuestra parte entendemos que no se puede estimar participación directa, sino indirecta, en el caso de que el transporte se realice desde una fábrica a un almacén. Pero constituye participación directa si se trata de una actividad de municionamiento, mediante el transporte de proyectiles al lugar donde van a ser utilizados en el combate.

Hay consenso en la doctrina para negar que el hecho de portar armas signifique, de forma automática, una forma de participación directa, pues el personal sanitario está autorizado para ello por los convenios de Ginebra.

El conflicto armado de los Balcanes (Kosovo) ha planteado 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⁽⁴⁵⁾. 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, pues se trata de acciones de participación indirecta.

⁽⁴³⁾ ROGERS, Tony: Taller «Participación directa...», XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, doc. cit.

⁽⁴⁴⁾ RUY'S, Tom: «License...», art.cit., p. 29.

⁽⁴⁵⁾ RONZITTI, Natalino: «¿Es aceptable el non liquet del Informe Final del Comité instituido para examinar la campaña de la OTAN en contra de la República Federativa de Yugoslavia?», en Revista Internacional de la Cruz Roja, n.º 156, diciembre de 2000, p. 300. Ver también ROWE, Peter: «Kosovo 1999: The air campaign. Have the provisions on Additional Protocol I withstood the test?», en Revista Internacional de la Cruz Roja, n.º 837, marzo 2000, pp. 147-164.

No existe consenso en la doctrina ni en la práctica estatal sobre el estatuto de las autoridades políticas civiles que, en ocasiones, contribuyen (directa o indirectamente) en la conducción de las hostilidades. Para M. Sassolí⁽⁴⁶⁾, es decisivo saber si estas autoridades están involucradas en la toma de decisiones de la acción hostil. Para otros autores⁽⁴⁷⁾, se debe interpretar estrictamente la noción de participación directa y siempre se debe distinguir entre el ala política y la militar.

Durante el desarrollo del conflicto colombiano se produjo cierta polémica en el caso de la muerte del dirigente de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) Raúl Reyes y otros guerrilleros que le acompañaban como consecuencia de un ataque letal realizado por el Ejército de Colombia contra un campamento situado en territorio del vecino Ecuador. Con independencia de la posible violación del derecho internacional que supuso una intervención armada en el territorio de otro estado, se planteó la legalidad del ataque letal contra un importante dirigente que se ocupaba de las relaciones internacionales de las FARC y que, en ese momento, se encontraba en un campamento de guerrilleros armados y uniformados, de forma que el hecho de estar integrado en los órganos de decisión de las FARC como uno de sus máximos dirigentes le constituye en partícipe directo de las actividades bélicas y no puede ser considerado, en el marco de un conflicto armado no internacional, como persona civil protegida al participar directamente en las hostilidades.

182

Para las diversas posturas doctrinales también es problemático el estatuto de las personas civiles que voluntariamente se prestan a actuar como «escudos humanos»⁽⁴⁸⁾ para poner a cubierto de los ataques determinados objetivos militares. Estima T. Rogers⁽⁴⁹⁾, en opinión que compartimos, que si actúan voluntariamente se puede considerar que participan directamente en la acción hostil al impedir una operación militar. Por el contrario, no es participación directa si son obligados a poner a cubierto un objetivo militar o son tomados como rehenes.

Finalmente, no está exenta de problemas interpretativos la participación de líderes religiosos que exalten la moral de combate, prediquen el mantenimiento de las hostilidades o inciten a la resistencia con argumentos religiosos o desde lugares de culto⁽⁵⁰⁾. Naturalmente, constituye un supuesto de participación directa si están involucrados en las decisiones u organización de la acción

⁽⁴⁶⁾ SASSOLÍ, Marco: Taller «Participación directa...», doc. cit.

⁽⁴⁷⁾ ROGERS, Tony: Taller «Participación directa...», doc. cit.

⁽⁴⁸⁾ QUÉGUINER, Jean-François: «Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades», en Revista Internacional de la Cruz Roja, n.º 864, diciembre de 2006, pp. 20 y ss. Ver también ROGERS, A. P. V.: «Una guerra sin víctimas», en Revista Internacional de la Cruz Roja, n.º 153, marzo de 2000, pp. 85 y ss., y GARCÍA RICO, Elena del Mar: «La doctrina de las zero casualty wars ante el derecho internacional humanitario», en Los conflictos armados en la era de la globalización, ed. Partenón, Madrid, 2007, pp. 127 y ss.

⁽⁴⁹⁾ ROGERS, Tony: Taller «Participación directa...», doc. cit.

⁽⁵⁰⁾ SASSOLÍ, Marco: Taller, «Participación directa...», doc. cit.

hostil, pero solo se puede calificar de indirecta la participación si se limita a un apoyo confesional prestado a una de las partes en el conflicto armado, suministrando argumentos teológicos para la lucha armada.

- *El punto de vista del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario*

La Norma 6 del DIH consuetudinario⁽⁵¹⁾ dispone: «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.

En cuanto al DIH aplicable a los conflictos armados internos, 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 DDHH 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 enemigo⁽⁵²⁾.

Si nos centramos en el concepto mismo de participación directa en la acción hostil, 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).

Además, el citado informe de la Comisión Interamericana de DDHH sobre Colombia nos 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.

Por otra parte, en el *Informe sobre la práctica de Ruanda* de la Comisión de DDHH de la ONU se excluye el apoyo logístico del concepto de participación directa. Y, además, pierden su estatuto de civiles las personas desarmadas

⁽⁵¹⁾ HENKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise: «Customary...», ob. cit., pp. 20 y ss.

⁽⁵²⁾ Comisión Interamericana de DDHH, tercer Informe sobre DDHH en Colombia.

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

Como resumen debemos 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 estatal⁽⁵³⁾.

El manual militar de España⁽⁵⁴⁾ establece que las personas civiles que trabajan dentro de los objetivos militares (fábricas 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 quasi-combatientes.

• *Los nuevos métodos de conducción de las hostilidades*

En la reunión de expertos sobre la «Participación directa en las hostilidades»⁽⁵⁵⁾ se estudió 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.

Los expertos destacaron la concurrencia de dos factores o características en numerosos conflictos armados actuales: la gran dependencia de las armas actuales de la tecnología y 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

⁽⁵³⁾ HENKAERTS, Jean-Marie y DOYSWALD-BEECK, Louise: *Customary...*, ob. cit., p. 23.

⁽⁵⁴⁾ Orientaciones ORT-004. El derecho de los conflictos armados, Ejército de Tierra español, 2.^a edición, vigor: 2-11-2007, tomos i, ii y iii.

⁽⁵⁵⁾ Informe «Participación directa...», cit., pp. 34 y ss.

por el personal de la empresa suministradora, incluso durante el conflicto armado⁽⁵⁶⁾.

- *Análisis de la «Guía para interpretar de la noción de participación directa en las hostilidades» del CICR*

Procede ahora profundizar en el análisis de la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario* del CICR, a la que hemos hecho antes numerosas referencias⁽⁵⁷⁾.

a. *La participación directa como acto específico*

En primer lugar, en su recomendación cuarta, considera que el concepto de participación directa en las hostilidades se refiere a acciones específicas, es decir, excluye una actividad permanente de los sujetos activos. Estos son, no lo olvidemos, personas civiles y, por tanto, es necesario diferenciarlos de los que no tienen esta condición, como hemos visto al definir la propia *Guía a las personas civiles* (recomendación primera y segunda). La participación directa diferencia ese acto específico hostil de las personas civiles (que no pierden tal carácter) de la actuación de quienes toman parte directa en la acción hostil incorporados o integrados en las Fuerzas Armadas (conflictos armados internacionales) o de los miembros de grupos armados organizados (no estatales) de una parte en un conflicto armado no internacional que realizan una función continua de combate.

Se trata pues, en todo caso, de acciones específicas llevadas a cabo por individuos civiles como parte de la conducción de las hostilidades entre las partes en un conflicto armado.

b. *Elementos constitutivos de la participación directa*

En la recomendación quinta de la *Guía*, y a fin de calificar un acto hostil específico como participación directa en las hostilidades, se exige la concurrencia de tres requisitos acumulativos: 1.º El umbral del daño; 2.º La causación directa, y 3.º El nexo de beligerancia.

c. *El umbral del daño*

El *umbral del daño* significa que el acto debe ser idóneo para afectar negativamente a las operaciones militares o a la capacidad militar de una de las partes en un conflicto armado. O, de forma alternativa, capaz de infligir

⁽⁵⁶⁾ Ver el número monográfico de la Revista Internacional de la Cruz Roja, septiembre de 2006, «Entreprises militaires privées». En particular los artículos de Enmanuela-Chiara Gillard y Michael Cottier.

⁽⁵⁷⁾ CICR. MELZER, Nils: *Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*, ob. cit.

la muerte, lesiones o destrucción de personas o bienes protegidos contra los ataques directos por gozar de inmunidad. Como ejemplos se citan los sabotajes, las limitaciones para el despliegue enemigo, su logística o comunicaciones, la captura o la custodia de personal capturado a la parte adversa, la obstaculización del uso militar de bienes, equipo o territorio, la limpieza de minas, los ataques a las redes informáticas militares, la información sobre la vulnerabilidad de objetivos militares que pueden ser atacados y los ataques de francotiradores contra personas civiles. Por el contrario, no se pueden calificar como actos hostiles que reúnan este requisito (umbral del daño) la construcción de vallas o alambradas, la interrupción del suministro de electricidad, aprovisionamiento, agua o alimentos, la apropiación de vehículos y combustible o la manipulación de sistemas informáticos.

Existen una serie de actos específicos que, sin duda, constituyen supuestos de participación directa en las hostilidades. Tales actos son el ataque haciendo uso de las armas, la captura de las fuerzas enemigas, sus armas y equipo, el sabotaje, la colocación de minas y la colaboración activa con los servicios de inteligencia de la parte adversa. Por el contrario, no implican participación directa sino indirecta la actividad de las personas civiles que trabajan en una fábrica de armas o material militar, sin perjuicio de que tales instalaciones militares puedan calificarse como objetivo militar.

En cuanto a las personas civiles que financian a las partes en un conflicto armado, por importante que sea su aportación esta no puede considerarse una participación directa sino indirecta y, por tanto, no pierden su inmunidad frente a los ataques directos.

Además, en relación con el requisito del umbral del daño, la necesidad de la causación directa se satisface si de alguno de los actos específicos en cuestión (o de una concreta y coordinada operación militar de la que tal acto constituye parte integrante) debe esperarse que directamente cause un daño que se extienda al referido umbral. Sin embargo, continúa la guía interpretativa, aunque los actos reúnan los requisitos de la causación directa y alcancen el citado umbral del daño, solo equivalen a la participación directa en la acción hostil si satisfacen adicionalmente el requisito del nexo de beligerancia.

d. *La causación directa*

El segundo requisito es la *causación directa* y consiste en la exigencia de que debe existir una relación directa de causalidad entre el acto y el daño que sea asimismo idónea para producirlo como consecuencia del referido acto o de una operación militar coordinada de la que tal acto constituya parte integrante. Ahora bien, debemos distinguir cuidadosamente la concurrencia

de este requisito con la participación en actividades de sostenimiento de la guerra (actividades políticas, mediáticas y económicas, propaganda política, transacciones financieras y producción de bienes agrícolas o industriales no militares) o aportación al esfuerzo general bélico (transporte de armas y municiones, producción de equipo militar y construcción y reparación de carreteras, puentes, puertos, aeropuertos, líneas de ferrocarril y otras infraestructuras fuera del contexto de operaciones militares concretas). La diferencia es que en las acciones de conducción de las hostilidades se diseña la actividad para causar un daño a la parte adversa.

Por otra parte, la distinción entre la participación directa y la indirecta en las hostilidades debe interpretarse como la correspondiente entre la causación directa o indirecta del daño. Por ejemplo, la imposición de sanciones económicas a una de las partes en el conflicto, la provisión de alimentos, la investigación científica o el suministro al adversario (electricidad, gasolina o materiales de la construcción) pueden tener gran importancia pero constituyen una participación indirecta. Asimismo se considera como vínculo causal indirecto el reclutamiento y entrenamiento del personal combatiente, salvo cuando las personas son reclutadas y entrenadas para acción predeterminadamente hostil.

Supuestos más dudosos, donde hay que pronunciarse sobre la interrupción de la cadena causal, son el montaje y almacenamiento de IED (artefactos explosivos improvisados) en un taller o almacén o la compra de sus componentes para la fabricación, que no causan directamente el daño pero pueden ser conectados con el resultado dañoso a través de una cadena causal de acontecimientos.

Cuestión de gran interés es la concurrencia del requisito de causación directa del daño en operaciones colectivas, dada la naturaleza compleja y colectiva de las operaciones militares contemporáneas. Por ejemplo, los ataques llevados a cabo por vehículos aéreos no tripulados pueden comprometer simultáneamente a un número significativo de personas civiles, como especialistas informáticos que operan con el vehículo a través de control remoto, iluminan los objetivos, recopilan datos, controlan el disparo de misiles o transmiten órdenes como operadores de radio. Así, el requisito de causación directa puede ser cumplido cuando el acto constituye parte integrante de una operación táctica concreta y coordinada que cause directamente el daño.

En cuanto a la distinción entre proximidad causal, temporal y geográfica, hay que decir que el requisito de causación directa se refiere a un grado de proximidad causal (daño que puede ser esperado razonablemente como resultado directo de un acto concreto u operación o daño apropiado), que no debe ser confundido con meros elementos indicativos de la proximidad

temporal o geográfica (preparación de comida en el mismo sitio y tiempo que el combate). Por el contrario, existe proximidad causal cuando se utilizan sistemas de armas retardados, como minas, armas trampa o artefactos de tiempo controlado.

e. *Noción de ataque contra las redes informáticas*

El concepto de *computer network attack* (CNA) puede definirse 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 cibernetica que produce los daños o destrucción propios de un ataque.

Puede decirse que hemos asistido a la primera ciberguerra en el conflicto armado que ha tenido lugar en el conflicto entre Georgia y la Federación Rusa, derivado de la intervención armada en Osetia del Sur y Abjasia, al producirse la manipulación y el bloqueo durante días de algunas páginas del Gobierno georgiano y los ataques virtuales a su red informática dejándola incapaz para atender a sus comunicaciones reales. Aunque los efectos fueron limitados por la escasa dependencia de Georgia respecto de Internet, cuya capacidad de comunicación *on line* es escasa y no incide en servicios básicos, no han faltado opiniones que han aventurado que la guerra cibernetica (barata y fácil de ejecutar) marcará el futuro de los conflictos armados como acompañamiento imprescindible de los ataques con fuego real. En efecto, los *ciberataques* se pueden convertir en una inevitable rutina militar durante los conflictos armados por su sencillez y efectividad, bajo coste y ausencia de bajas, aunque es ingenuo pensar que la guerra virtual pueda sustituir a la real pues los ataques a los ordenadores o a las redes informáticas son simplemente una parte de las operaciones militares que seguirán desarrollándose con los cada vez más poderosos medios letales disponibles para vencer a la parte adversa.

Desde el punto de vista del DIH, el problema es que la mayor parte de los operadores informáticos son personas civiles, lo que hace cuestionable su estatuto civil puesto que el intento de neutralizar una red informática enemiga mediante un CNA podría considerarse como participación directa en la acción hostil⁽⁵⁸⁾.

La ciberguerra ha sido objeto de atención especial en el informe del CICR («El Derecho Internacional Humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos», Ginebra, 2011) preparado para la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja⁽⁵⁹⁾. En primer lugar, se

⁽⁵⁸⁾ Informe «Participación directa...», cit., p. 36.

⁽⁵⁹⁾ Ver página web del CICR: www.cruzroja.org, páginas 41 y ss. del informe «El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos», Gine-

plantean problemas en relación con el tradicional teatro de la guerra, que ahora es un espacio virtual que ofrece la interconectividad sin fronteras e implica que pueden causarse daños en otros sistemas ajenos al conflicto armado; en segundo lugar, la determinación del momento en que comienza un conflicto armado puede verse afectada por el carácter anónimo y no identificado de un ataque cibernético, y en tercer lugar, las operaciones cibernéticas, aunque pueden dirigirse contra un objetivo militar, pueden producir efectos en bienes civiles protegidos y violar los principios de distinción y proporcionalidad, produciendo interferencias con los sistemas de tráfico aéreo (accidente de una aeronave civil), sistemas de oleoductos, centrales nucleares o infraestructuras sanitarias.

f. *Nexo de beligerancia*

El acto hostil, para satisfacer el tercer requisito constitutivo de la participación directa, debe ser programado específicamente para producir directamente el umbral de daño requerido, bien en apoyo de una parte en el conflicto o bien en detrimento de la otra parte. En la guía interpretativa del CICR se restringe el concepto de participación directa en las hostilidades a su relación estrecha (*nexo de beligerancia*) con la acción hostil conducida entre las partes en un conflicto armado, de forma que constituye una parte integral de tales hostilidades. A tales efectos, se debe distinguir entre *intención subjetiva* (el estado mental de la persona de que se trate) e *intención hostil* (propósito objetivo del acto que se expresa en su programación). Y ello tiene como consecuencia que las personas civiles forzadas a participar directamente en la acción hostil, como los niños menores de 15 años (niños soldados que carecen de capacidad para dar su consentimiento), pierden su protección contra los ataques directos. Este escenario puede incluso concurrir cuando las personas civiles ignoran el rol que juegan en la conducción de las hostilidades (un conductor de un camión que no conoce la carga militar que transporta) o cuando están totalmente privados de libertad física de acción (las personas civiles colocadas obligatoriamente como escudos humanos para poner a cubierto un objetivo militar). Naturalmente, la condición civil de estas personas debe ser tenida en cuenta para respetar el principio de proporcionalidad.

Ahora bien, las operaciones militares de una parte en el conflicto pueden ser bloqueadas directa y negativamente cuando vías de comunicación de gran importancia estratégica son bloqueadas por el éxodo masivo de personas civiles que huyen de la guerra. Sin embargo, la conducta de estas personas no está programada para apoyar a una parte en el conflicto y, por tanto, no existe el nexo de beligerancia. Sí concurriría en el caso de que los civiles bloqueen las carreteras para facilitar la retirada del ejército propio. En concreto, falta el nexo de beligerancia en los supuestos siguientes:

- 1.º La causación de un daño, en el ejercicio del derecho de legítima defensa individual de una persona civil contra ataques ilegales, pillaje, violación o asesinato por militares saqueadores.
 - 2.º El ejercicio del poder o la autoridad sobre personas o en el territorio para reprimir motines, protestas civiles, saqueos, destrucciones o mantenimiento del orden público, porque aunque puedan constituir en ocasiones incluso crímenes de guerra no forman parte de la conducción de las hostilidades.
 - 3.º El ejercicio de acciones violentas de resistencia civil durante un conflicto armado cuyo principal propósito sea expresar la insatisfacción con las autoridades territoriales o detenadoras.
 - 4.º La violencia de las personas civiles contra otras personas civiles, que se aprovechan del colapso del orden público para cometer delitos violentos (disputas políticas, odios étnicos, delincuencia común organizada o piratería) sin nexo con el conflicto armado.
- En conclusión, aplicados conjuntamente los tres requisitos (umbral del daño, causación directa y nexo de beligerancia), se puede lograr una adecuada distinción entre las actividades equivalentes a la participación directa en las hostilidades y las acciones que, pese a tener lugar en un conflicto armado, no forman parte de la conducción de las hostilidades.

- g. El estatuto de los trabajadores civiles de las empresas que participan en un conflicto armado

Los empleados civiles de empresas⁽⁶⁰⁾ 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.

En los conflictos armados actuales se observa, como característica progresiva y relevante, la llamada *privatización de la guerra*⁽⁶¹⁾. Según datos del *Informe de la Oficina Presupuestaria del Congreso de los Estados Unidos* (año 2008), uno de cada cinco dólares, es decir, el 20% de los gastos de la guerra de Irak correspondieron al pago de empresas privadas que prestan servicios para el Ejército norteamericano (seguridad, construcción, ingeniería o suministros de comida o energía). Se calcula en 100.000 millones de dólares este enorme gasto en la externalización de las Fuerzas Armadas. Y en el aspecto del personal, hay que destacar que el número de personas civiles (contratados por empresas privadas) que trabajan en Irak para Estados Unidos (190.000) es superior al total de efectivos militares del Ejército estadounidense allí destacados. Solo en empresas de seguridad se calcula la presencia de 25.000 trabajadores civiles.

⁽⁶⁰⁾ BOTHE, Michaël, PARTSCH, Karl Josef y SOLF, Waldemar: *New rules for victims...*, ob. cit., p. 304.

⁽⁶¹⁾ MÜNKLER, Herfried: «Las guerras del siglo xx», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 849, marzo de 2003, pp. 13 a 18.

Existe una grave laguna en la regulación convencional de las empresas privadas militares y de seguridad a pesar del avance que supuso el *Documento de Montreux*, suscrito por numerosos países y que establece unas detalladas reglas de conducta y buenas prácticas para la actuación de las aludidas empresas en los conflictos armados. El grupo de trabajo constituido en el seno del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas llegó a elaborar un ambicioso borrador de convenio internacional⁽⁶²⁾ que, sin embargo, no prosperó. Sobre este tipo de empresas hay que citar la numerosa bibliografía española, entre la que destaca la excelente tesis doctoral de Mario Laborié Iglesias, pendiente de publicación⁽⁶³⁾.

Ahora bien, volviendo a la materia que nos ocupa, algunos de los expertos en la mencionada reunión sobre «Participación directa en las hostilidades» estimaron 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 internacionales⁽⁶⁴⁾.

Varios expertos del Comité Internacional de la Cruz Roja⁽⁶⁵⁾, en criterio que compartimos, ante la laguna convencional estimaron que una posible solución sería calificar a los trabajadores civiles de estas 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.

⁽⁶²⁾ GOMEZ DEL PRADO, José Luis y TORROJA MATEU, Helena: Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas, ed. Tribuna Internacional, 2011.

⁽⁶³⁾ LABORIE IGLESIAS, Mario A.: La privatización de la seguridad. Las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual, tesis doctoral, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2011, pendiente de publicación. JORGE URBINA, Julio: «El papel de las compañías militares y de seguridad privadas en los conflictos armados recientes: una aproximación al estatuto jurídico de su personal», en Seguridad y defensa hoy, Plaza y Valdés, Villaviciosa de Odón, 2008, pp. 141-175. Del mismo autor, «Nuevos retos para la aplicación del derecho internacional humanitario frente a la 'privatización' de la violencia en los conflictos armados», en Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 709-732. TORROJA MATEU, Helena y GÜELL PERIS, Sonia: La privatización del uso de la fuerza armada. Política y derecho ante el fenómeno de las «empresas militares y de seguridad privadas», Bosch Editor, Barcelona, 2009.

⁽⁶⁴⁾ Informe «Participación directa...», cit., p. 36.

⁽⁶⁵⁾ GILLARD, Emmanuel-Chiara: «Quand l'entreprise s'enva-t-en guerre: les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire», en Revista International de la Cruz Roja, n.º 863, septiembre 2006, pp. 179 y ss.

Se puede afirmar con certeza que 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⁽⁶⁶⁾.

El mencionado *Documento de Montreux*, al determinar los servicios que se pueden contratar con las empresas privadas militares y de seguridad, establece que los estados deben tener en cuenta el riesgo de que la prestación de un servicio pueda implicar la participación directa en las hostilidades de su personal, que perdería la inmunidad contra los ataques directos.

La doctrina se formula, en relación con las citadas empresas, las siguientes cinco preguntas: 1.^a ¿Cuáles son las funciones militares que el Estado no puede delegar en las empresas? 2.^a ¿Quién es el país responsable? ¿El que concede la licencia a las empresas, el que las contrata o el que controla el territorio donde despliegan su actividad? 3.^a ¿Responde el mando militar de los crímenes cometidos por los empleados civiles? 4.^a ¿Cuáles son los deberes de las empresas en cuanto a la formación de sus trabajadores en el respeto de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario? 5.^a ¿Es necesaria la creación de un órgano internacional de control?

En la guía interpretativa del CICR, la tercera de sus recomendaciones («Contratistas privados y empleados civiles») establece que los contratistas privados y empleados civiles de una parte en un conflicto armado que tengan la condición de personas civiles (aquí se remite a las recomendaciones primera y segunda) gozan de protección contra los ataques directos salvo por el tiempo en que tomen parte en las hostilidades. En efecto, la gran mayoría de los empleados civiles que actúan en los conflictos armados no han sido incorporados a las Fuerzas Armadas, asumen funciones que no pueden ser calificadas como participación directa en la acción hostil y no desarrollan función continua de combate. Hay que destacar que el hecho de acompañar a las Fuerzas Armadas, aunque les suponga el reconocimiento del estatuto de prisioneros de guerra (III Convenio de Ginebra), no les priva de su condición de personas civiles. Conclusión diferente ha de alcanzarse si estos empleados son incorporados a las Fuerzas Armadas (formalmente o de facto) para realizar una función permanente de combate.

En definitiva, la noción de participación directa en las hostilidades de estos empleados depende de los mismos criterios aplicables a las restantes personas civiles.

⁽⁶⁶⁾ GILLARD, Enmanuela-Chiara: «Quand l'entreprise...», art. cit., pp. 211 y ss.

Ahora bien, la tercera recomendación de la guía del CICR aclara que sus actividades o ubicación pueden, sin embargo, exponerles a un riesgo incrementado de muerte o lesiones incidentales aun cuando no tomen parte directa en la acción hostil.

- *Inicio y fin de la participación directa*

Se trata de una cuestión cuya importancia se deriva de que las personas civiles pierden su inmunidad frente a los ataques directos únicamente durante el tiempo en que participan directamente en las hostilidades. Es decir, el principio y el fin del acto específico de hostilidad deben ser regulados con precisión. En la interpretación más compartida, la iniciación comprende las llamadas medidas preparatorias, es decir, «las operaciones militares preparatorias de un ataque». Es necesario que tengan carácter militar y estén estrechamente vinculadas a la ejecución de un acto hostil, pero no es absolutamente precisa la proximidad temporal con la ejecución del acto específico de ejecución. Como ejemplo, el municiónamiento de una aeronave militar o un carro de combate para atacar un objetivo seleccionado constituye una medida preparatoria y, por tanto, de participación directa en las hostilidades, aunque el acto hostil se demore hasta el día siguiente. E igualmente el equipamiento, instrucción y transporte de personal con el fin de realizar un acto hostil específico.

193

Constituyen, por el contrario, supuestos de participación indirecta el transporte de proyectiles o armamento desde una fábrica a un almacén para un futuro uso, así como los actos de preparación bélica general (adquisición, producción y ocultación de armas, reclutamiento general y entrenamiento y apoyo financiero).

Normalmente, para la realización de un acto hostil específico se requiere previamente un despliegue geográfico hasta el lugar de ejecución. Este despliegue para integrar la participación directa en las hostilidades precisa del desplazamiento físico con el propósito de llevar a cabo una operación hostil específica.

Por las mismas razones, el retorno desde el lugar donde se ha lanzado un ataque o un acto hostil específico supone una parte integral de la operación que le precede (la retirada, en términos militares) que solo finaliza cuando el individuo se ha separado físicamente del lugar de ejecución, ha depuesto las armas, las ha ocultado o ha vuelto a asumir sus actividades habituales netamente diferenciadas de su participación en las hostilidades.

El criterio decisivo es, en consecuencia, que el despliegue y el retorno sean realizados como parte integral de un acto hostil específico equivalente a la participación directa en las hostilidades.

Ahora bien, pueden existir actos de ejecución que no requieran ningún desplazamiento geográfico (ni despliegue ni retorno), como los ataques a las redes informáticas o el empleo de armas de control remoto. En estos supuestos se restringe la duración de la participación directa en las hostilidades a la ejecución inmediata del acto, incluyendo naturalmente las medidas preparatorias.

La recomendación sexta («Inicio y fin de la participación directa en las hostilidades») de la guía interpretativa del CICR establece que las medidas preparatorias de la ejecución de un acto específico de participación directa en las hostilidades, tales como el despliegue hasta o el retorno desde el lugar de ejecución, constituyen parte integrante de dicho acto.

• *Ámbito temporal y pérdida de la inmunidad*

a. Las aportaciones doctrinales

Algunos autores como Nils Melzer⁽⁶⁷⁾ estudian la pérdida de la protección por parte de las personas civiles que participan directamente en las hostilidades y su recuperación. En cuanto a su ámbito temporal, hay que distinguir entre los miembros de las Fuerzas Armadas o actores civiles organizados y los espontáneos, pues estos últimos solo pierden la protección durante el tiempo de su participación directa. Se debe observar el principio de precaución y verificar si la persona es un civil o un combatiente y si está o no participando directamente en la acción hostil. En caso de duda existe una presunción a favor de las personas civiles protegidas. Se permiten los ataques letales contra una persona civil (durante su participación directa en las hostilidades) si existe una necesidad razonable de uso de la fuerza.

Sin embargo, esto no supone la consagración de una *licencia para matar*. El tipo de fuerza que se puede utilizar dependerá de las circunstancias (principio de proporcionalidad) respetando el equilibrio entre la necesidad militar y los criterios de humanidad. En cuanto a la recuperación de la protección por las personas civiles, dependerá de su cese en la participación directa en la acción hostil. Si recuperan la inmunidad no se les puede atacar pero pueden ser detenidos y, en su caso, perseguidos penalmente por una infracción del DIH: realizar actos de hostilidad sin tener el estatuto de combatientes.

Las normas del DIH revisten adecuada claridad (artículo 51 (3) del Protocolo I de 1977) y se les reconoce un indudable carácter consuetudinario⁽⁶⁸⁾, pese a lo cual ha habido diferentes posturas doctrinales sobre el tiempo de duración de la participación directa en las hostilidades.

⁽⁶⁷⁾ MELZER, Nils: Taller «Participación directa...», doc. cit.

⁽⁶⁸⁾ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise: *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, CICR, volumen i. Normas, pp. 22-27.

De acuerdo con la postura de T. Ruys⁽⁶⁹⁾, 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.

b. La teoría de la *revolving door*.

Algunos autores critican, por el contrario, 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 comparten la interpretación ya comentada de 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.

Por ejemplo, Watkin⁽⁷⁰⁾ sostiene que si los miembros de un grupo armado participan directamente en las hostilidades, puede ser razón suficiente para que pierdan su inmunidad. Y Dinstein⁽⁷¹⁾ 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 doctrina⁽⁷²⁾, que la considera incompatible con el tenor literal del citado artículo 51 (3) del Protocolo I de 1977.

Desde el punto de vista del estudio sobre el DIH consuetudinario⁽⁷³⁾, se razona que en los conflictos armados no internacionales la norma parecería crear una ambivalencia entre los grupos armados de oposición y las Fuerzas Armadas gubernamentales, implicando que un ataque a los grupos opositores solo sería lícito si participan directamente en las hostilidades *y mientras dure tal participación*, mientras que sería lícito atacar en todo momento a las Fuerzas Armadas gubernamentales. El rechazo a tal ambivalencia se fundamenta en la consideración de que los miembros de los grupos armados de oposición toman continuamente parte directa en las hostilidades por su militancia, o que no son civiles.

⁽⁶⁹⁾ RUYS, Tom: «License...», art. cit., p. 29.

⁽⁷⁰⁾ WATKIN, K.: «Combatants, unprivileged belligerants and conflits in the 21th Century», IHRLI, Background Paper, <http://www.ihlsearch.org>, p. 12.

⁽⁷¹⁾ DINSTEIN, Yoram: «The conduct of hostilities under the Law of International Armed Conflict», Cambridge: CUP, 2004, p. 29.

⁽⁷²⁾ RUYS, Tom: «License...», art. cit., p. 29.

⁽⁷³⁾ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise: *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, ob. cit., p. 24.

c. El debate en la reunión de expertos convocada por el CICR y el Asser Institute sobre «Participación directa en las hostilidades»

En el curso de los estudios y debates de la citada reunión de los expertos se plantearon las consecuencias jurídicas de la pérdida de inmunidad contra los ataques y se cuestionó 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 armados⁽⁷⁴⁾. Concluyeron que podrían ser atacados ya que pueden lícitamente tomar las armas en cualquier momento.

Por el contrario, la cuestión se presenta 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.

El tiempo o duración de la participación directa fue objeto de un debate centrado en la interpretación de la llamada «puerta giratoria» (*revolving door*), 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.

196 |

En relación con este tema, también 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.

Suscitaron mayores problemas las conclusiones en el caso de los conflictos armados no internacionales o 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 derechos humanos⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷⁴⁾ Informe «Participación directa...», cit., p. 37.

⁽⁷⁵⁾ Ver para esta materia la importante aportación de COSTAS TRASCASAS, Milena: *Violencia interna y protección de la persona. Una laguna jurídica del derecho internacional*, Tirant

Los expertos consideraron necesario distinguir 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 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 cometidos⁽⁷⁶⁾.

d. La postura de la guía interpretativa del CICR

La recomendación séptima («Ámbito temporal de la pérdida de la protección») de la citada guía interpretativa dispone que las personas civiles pierden la protección contra los ataques directos en el tiempo de duración de cada acto específico que equivalga a la participación directa en las hostilidades, mientras que los miembros de los grupos armados organizados pertenecientes a una parte no estatal en el conflicto armado cesan de ser personas civiles y pierden la protección contra los ataques directos durante el tiempo en que asuman su función de combate continua.

Esto significa que las personas civiles pierden y recuperan la protección contra los ataques directos en paralelo con los intervalos de su participación directa y temporal en las hostilidades, por lo que la teoría de la puerta giratoria no es una disfunción del DIH sino una consecuencia lógica de las normas humanitarias convencionales. En contraste con los miembros de los grupos armados en función continua de combate, recuperan la inmunidad las personas civiles cuando ya no representan una amenaza militar para la parte adversa. Incluso cuando estas personas civiles hayan tomado parte directa y repetidamente en las hostilidades, el DIH no permite la presunción de su futura conducta. De forma que el mecanismo de la puerta giratoria, necesario para proteger a la población civil de ataques erróneos o arbitrarios, debe ser aceptable para las fuerzas operativas en el desarrollo de un conflicto armado.

Ahora bien, los miembros de los grupos armados organizados pertenecientes a una parte no estatal en el conflicto, como hemos concluido antes, no son personas civiles porque cesan en tal condición cuando realizan una función continua de combate. No se pueden, en consecuencia, beneficiar de la recuperación de la inmunidad (protección contra los ataques directos) por la sencilla razón de que no son personas civiles. Si el DIH les concediera la recuperación de la inmunidad y pudieran ser objeto de ataques directos «solo y por el tiempo de su participación directa en las hostilidades», se les otorgaría una significativa ventaja sobre las Fuerzas Armadas estatales. Se primaría la estrategia de los grupos armados organizados no estatales consistente en ser *granjeros de día y combatientes de noche*.

Lo Blanch y Cruz Roja Española, Valencia, 2007, pp. 34 y ss.

⁽⁷⁶⁾ Informe «Participación directa...», cit., p. 38.

Mayores dificultades se presentan para determinar cuándo estas personas se desenganchan de un grupo armado organizado y recuperan su condición de personas civiles protegidas. No es necesario que declaren formal y abiertamente esta circunstancia, pues su decisión puede también expresarse a través de una conducta concluyente. Son ejemplos el permanente distanciamiento físico del grupo, la reincorporación a una profesión civil desempeñada de forma abierta o la reasunción (también permanente) de una función (política, administrativa o incluso humanitaria) claramente alejada de la función continua de combate. No se puede establecer, como es lógico, el lapso de tiempo necesario para adquirir la condición de persona civil protegida, pero debe de garantizarse que no se trata de un mero descanso en la acción hostil.

■ Restricciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario

- *El principio de precaución*

Conforme a las normas convencionales y consuetudinarias de DIH, resulta imprescindible 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. Pero el DIH solo obliga a adoptar las precauciones *factibles*, es decir, aquellas que son practicables teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en un momento dado, incluyendo las consideraciones tanto militares como humanitarias.

Incluso una vez iniciado, el ataque debe cancelarse o suspenderse si se advierte que no se trata de un objetivo militar o que la persona atacada goza de protección como civil.

En este mismo sentido, debemos concluir que, en caso de duda, ha de efectuarse una cuidadosa evaluación de cada situación para determinar si hay suficientes indicaciones para lanzar un ataque, pues no se puede atacar automáticamente a todo sospechoso.

El Tribunal Supremo de Israel, en la sentencia de 13 de diciembre de 2006, estableció 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.

La recomendación octava (Precauciones y presunciones en situaciones de duda) de la guía interpretativa del CICR establece que deben ser adoptadas todas las precauciones factibles para determinar si una persona es civil y, de ser así, si participa directamente en las hostilidades (principio de precaución); añadiendo que, en caso de duda, la persona debe presumirse protegida contra los ataques directos. En efecto, en las operaciones llamadas de contrainsurgencia las Fuerzas Armadas se encuentran constantemente con individuos que adoptan una actitud hostil mayor o menor. Y es difícil distinguir entre: 1.º Los miembros de grupos armados organizados no estatales (que actúan en la clandestinidad). 2.º Las personas civiles que han participado directamente en las hostilidades con un acción hostil específica pero que han recuperado la inmunidad perdida durante tal participación. 3.º Las personas civiles que proporcionan apoyo indirecto a la parte adversa pero no participan directamente en las hostilidades.

Esta determinación deberá tomarse sopesando la información («inteligencia») disponible, la urgencia para adoptar una decisión y los daños que pudieran producirse tanto a los miembros de las Fuerzas Armadas propias como a las personas protegidas.

Naturalmente, esta presunción de protección de las personas civiles contra los ataques directos no excluye la utilización de la fuerza armada contra los civiles cuya conducta ponga en peligro el orden o la seguridad pública aunque no participen directamente en las hostilidades.

- *El principio de proporcionalidad*

Uno de los más importantes logros del actual DIH es la proclamación del principio de proporcionalidad que tiene carácter consuetudinario⁽⁷⁷⁾ y base convencional en el Protocolo I de 1977. Para Krüger-Sprengel⁽⁷⁸⁾, la función actual de la regla de la proporcionalidad se puede resumir así: 1.º Es un principio general de interpretación normativa. 2.º Es un criterio independiente que permite determinar si son lícitos los daños colaterales causados a personas y bienes protegidos. 3.º Constituye una parte integrante de las normas de protección establecidas por el derecho internacional. En suma, aunque los actos de guerra satisfagan el criterio de la necesidad militar, pueden ser considerados ilícitos en virtud de la regla de la proporcionalidad si los daños secundarios(incidentales) que causen son excesivos.

⁽⁷⁷⁾ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise: *Derecho internacional...*, ob. cit., pp. 53-57.

⁽⁷⁸⁾ KRÜGER-SPRENGEL, Friedhelm: «Le concept de proportionnalité dans le droit de la guerre», informe presentado en el VIII Congreso de la Société Internationale de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre, en *Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre*, vol. xix, 1980, 1-2, pp. 194-196.

El Grupo de Expertos⁽⁷⁹⁾, tantas veces mencionado, consideró que los ataques estatales pueden ser legales aun 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.

Los expertos recordaron 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».

La reunión de expertos consideró que puede no ser ilegal un ataque mortal en la siguiente situación excepcional: 1.º Que tenga lugar en un área donde el Estado no ejerza un control efectivo, por lo que la detención no sería razonable. 2.º Que las autoridades estatales hayan pedido la transferencia del individuo a cualquier autoridad que posea el control del área. 3.º 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.º Que sean insuficientes otras medidas para evitar el riesgo. Se puede interpretar 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.

200

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 los 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⁽⁸⁰⁾. 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 lesionan o daña también a personas civiles que no participan en las

⁽⁷⁹⁾ DOSWALD-BECK, Louise: «The right of life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?», en International Review of the Red Cross, vol. 88, núm. 864, diciembre de 2006, p. 896.

⁽⁸⁰⁾ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise: Derecho internacional..., ob. cit., pp. 53 y ss.

hostilidades, la regla es que el daño incidental causado a estas últimas debe ser proporcionado en relación con la ventaja perseguida por ese ataque⁽⁸¹⁾.

• *Limitaciones del uso de la fuerza en el ataque directo*

Es indudable que la pérdida de la inmunidad de las personas civiles contra los ataques directos por su participación directa en las hostilidades o el desempeño de una función de combate continua no las coloca fuera de la ley ni de la protección general del DIH. Los civiles pierden ciertamente su estatuto de inmunidad pero los ataques directos están sometidos a las normas que regulan la conducción de las hostilidades contra objetivos militares legítimos. Hay que recordar el principio fundamental, convencional y consuetudinario que preside esta materia: *El derecho de los beligerantes a adoptar medios para dañar al enemigo no es ilimitado*⁽⁸²⁾.

Así, deben respetarse en los ataques directos los tres grandes principios que regulan la conducción de las hostilidades: el principio de distinción, el principio de precaución y el principio de proporcionalidad. Y además existen limitaciones y prohibiciones de determinadas armas (medios) y métodos de guerra. Por ejemplo, no pueden utilizarse las armas químicas o biológicas, el veneno, las minas antipersonas o las municiones racimo. En general, las armas de tal naturaleza que puedan causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios, sean indiscriminadas o causen daños graves, extensos y duraderos al medio ambiente natural. La perfidia está absolutamente prohibida.

En definitiva, la pérdida de inmunidad de las personas civiles no implica que exista el derecho a matarlas sin tener en cuenta otras normas humanitarias. Y tampoco, en sentido contrario, existe el deber de capturarlas en todas las circunstancias.

Pero además hay que lograr el equilibrio entre el principio de la necesidad militar y el principio humanitario. El principio de necesidad militar hoy solo permite utilizar un grado de fuerza que no exceda de la necesaria para alcanzar un objetivo militar legítimo, como vencer a la parte adversa o someterla total o parcialmente, en el plazo más breve posible y con el mínimo sacrificio de vidas humanas y empleo de recursos. El principio de humanidad prohíbe infligir sufrimientos, lesiones o destrucciones innecesarios para lograr un propósito militar legítimo. Las circunstancias del conflicto aconsejarán al mando el uso del tipo y grado de fuerza necesarios, excluyendo las arbitrariedades y abusos derivados de la adopción de estándares inflexibles o poco realistas.

⁽⁸¹⁾ 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 jueza Higgins, Revista Internacional de la Cruz Roja, n.º 139, enero-febrero de 1997.

⁽⁸²⁾ Artículo 22 del Reglamento de las Leyes y Costumbres de la Guerra (La Haya, 1907) y artículo 35.1 del Protocolo I de 1977, adicional a los convenios de Ginebra.

La recomendación novena («Limitaciones del uso de la fuerza en el ataque directo») establece que, además de las limitaciones impuestas por el derecho internacional humanitario para los medios y métodos específicos de hacer la guerra, y sin perjuicio de otras restricciones que puedan surgir de acuerdo con otras ramas aplicables del derecho internacional (como por ejemplo el derecho internacional de los derechos humanos), el tipo y grado de la fuerza permisible contra las personas que no gozan de protección contra los ataques directos no debe exceder de la realmente necesaria para alcanzar un propósito militar legítimo en las circunstancias concurrentes.

■ CONSECUENCIAS DE LA RECUPERACIÓN DE LA PROTECCIÓN PARA LAS PERSONAS CIVILES

Las normas de DIH en el ámbito de los conflictos armados internacionales otorgan a los combatientes legítimos el derecho a realizar actos de hostilidad contra la parte adversa (privilegio del combatiente), respetando siempre las reglas establecidas por el DIH. Por tanto, no pueden ser juzgados por los tribunales penales estatales por el mismo hecho de realizar los indicados actos hostiles. Pero, aunque las normas humanitarias no conceden idéntico derecho a las personas civiles que participan directamente en las hostilidades, no podemos deducir que su actividad esté prohibida por el derecho internacional⁽⁸³⁾.

202 |

Sin embargo, al carecer estas personas civiles del privilegio de la inmunidad, pueden ser sometidas a juicio y castigadas con una pena según el derecho penal interno de los estados. En efecto, los códigos penales y códigos penales militares tipifican delitos aplicables a estas personas (traición, sabotaje, terrorismo, rebelión o destrucciones) y los castigan con severas sanciones. En este sentido, es frecuente la incriminación de los actos de perfidia cometidos por las personas civiles que realicen un ataque sin distinguirse de la población, simulando la condición de persona protegida o sin portar abiertamente las armas.

La recomendación décima («Consecuencias de la recuperación de la protección por las personas civiles») de la guía interpretativa del CICR afirma que el DIH ni prohíbe ni privilegia la participación directa de las personas civiles en las hostilidades.

Ahora bien, cuando las personas civiles cesan de participar directamente en las hostilidades o cuando los miembros de los grupos armados organizados pertenecientes a una parte no estatal en un conflicto armado cesan de asumir su función de combate continua, recuperan la plena protección como personas civiles contra los ataques directos pero no quedan exentos de ser enjuiciados

⁽⁸³⁾ Esta conducta no está tipificada como crimen de guerra en los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia, Ruanda o Sierra Leona, ni en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

por las violaciones que pudieran haber cometido contra el derecho interno o internacional al no gozar del privilegio de combatientes.

■ CONCLUSIONES

PRIMERA. Las personas civiles desarrollan un rol en los conflictos armados actuales que se incrementa cada vez más en importancia y aumenta su complejidad. Los nuevos tipos de conflictos armados han significado un aumento creciente de las víctimas de la guerra pertenecientes a la población civil.

SEGUNDA. En los conflictos armados internacionales, todas las personas que no son miembros de las Fuerzas Armadas de una parte en el conflicto ni integrantes de una leva en masa son personas civiles. En los conflictos armados no internacionales, son personas civiles todas las que no son miembros de las Fuerzas Armadas del Estado o de grupos armados organizados de la parte no estatal en el conflicto. En este caso comprenden únicamente a los individuos cuya función continua consiste en tomar parte directa en las hostilidades.

TERCERA. El «principio de distinción» obliga a diferenciar entre la población civil y los combatientes, así como entre los bienes de carácter civil y los objetivos militares. Así pues, no son objetivos militares las personas civiles que se abstengan de hostilizar y los bienes civiles.

CUARTA. El principio de inmunidad de la población civil contra los ataques directos en los conflictos armados contiene una excepción que constituye el mayor problema jurídico que se presenta en los conflictos actuales; se trata de la determinación de lo que debe entenderse por «participación directa en las hostilidades».

QUINTA. El concepto de hostilidades se caracteriza porque la operación debe estar ligada intrínsecamente a un conflicto armado, los actos deben ser realizados por beligerantes (combatientes) y requiere un uso de la fuerza cuya intención sea dañar o lesionar al personal o material de las Fuerzas Armadas.

SEXTA. El concepto de participación directa en las hostilidades se refiere a acciones específicas. Diferencia ese acto específico hostil de las personas civiles de la actuación de quienes toman parte directa en la acción hostil integrados en las Fuerzas Armadas o de los miembros de grupos armados organizados (no estatales) que realizan una función continua de combate.

SÉPTIMA. A fin de calificar un acto hostil específico como participación directa en las hostilidades, se exige la concurrencia de tres requisitos acumulativos: 1.^º El umbral del daño, 2.^º La causación directa y 3.^º El nexo de beligerancia.

OCTAVA. Las personas civiles pierden la protección contra los ataques directos en el tiempo de duración de cada acto específico que equivalga a la participación directa en las hostilidades. Así, pierden y recuperan la protección contra los ataques directos en paralelo con los intervalos de su participación directa y temporal en las hostilidades. Ahora bien, la teoría de la *revolving door* o «puerta giratoria» evita el peligro de que las personas civiles recobren abusivamente la inmunidad durante el lapso de tiempo de descanso entre dos actos de hostilidad.

NOVENA. Deben ser adoptadas todas las precauciones factibles para determinar si una persona es civil y, de ser así, si participa directamente en las hostilidades (principio de precaución). En caso de duda, la persona debe presumirse protegida contra los ataques directos. 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 estas últimas debe ser proporcionado en relación con la ventaja perseguida por ese ataque.

DÉCIMA. El DIH ni prohíbe ni privilegia la participación directa de las personas civiles en las hostilidades. Ahora bien, cuando las personas civiles cesan de participar directamente en las hostilidades, recuperan la plena protección como personas civiles contra los ataques directos pero no quedan exentos de ser enjuiciados por las violaciones que pudieran haber cometido contra el derecho interno o internacional, al no gozar del privilegio de combatientes.

■ BIBLIOGRAFÍA

AA. VV.: *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomos I y II, Comité Internacional de la Cruz Roja y Plaza y Janés Editores, Colombia, Santa Fé de Bogotá, 2001.

AA. VV.: Número monográfico de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, septiembre de 2006, «Entreprises militaires privées». En particular, los artículos de Emmanuel-Chiara Gillard y Michael Cottier.

ALONSO PÉREZ, Francisco: «La protección de la población civil», en *Derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, 2.^a edición, Valencia, 2007, pp. 555 y ss.

BOTHE, Michael, PARTSCH, Karl Josef y SOLF, A. Waldermar: *New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 protocols additional to the Geneva Conventions of 1949*, 1982, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1982, 746 pp.

COSTAS TRASCASAS, Milena: *Violencia interna y protección de la persona. una laguna jurídica del derecho internacional*, Tirant Lo Blanch y Cruz Roja Española, Valencia, 2007.

CICR. MELZER, Nils: *Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*. Fue publicada en la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 90, núm. 872, diciembre de 2008, pp. 991-1047.

DINSTEIN, Yoram: *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, Cambridge, CUP, 2004.

DOSWALD-BECK, Louise: «The right of life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?», en *International Review of the Red Cross*, vol. 88, num. 864, diciembre de 2006.

FENRICK, William John: «The rule of proportionality and Protocol I in conventional warfare» («La norma de la proporcionalidad y el Protocolo I en la guerra convencional»), *Military Law Review*, vol. 98, 1982, pp. 91-127.

GARCÍA RICO, Elena del Mar: «La doctrina de las *zero casualty wars* ante el derecho internacional humanitario», en *Los conflictos armados en la era de la globalización*, ed. Partenón, Madrid, 2007, pp. 127 y ss.

GASSER, Hans-Peter: «Prohibición de los actos de terrorismo en el derecho internacional humanitario», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, julio-agosto de 1986, n.º 76, págs. 208-221. Del mismo autor, «Actos de terror, ‘terrorismo’ y derecho internacional humanitario», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 847, septiembre de 2002.

GILLARD, Enmanuela-Chiara: «Quand l’entreprise s’enva-t-en guerre: les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 863, septiembre de 2006, pp. 179 y ss.

GÓMEZ DEL PRADO, José Luis y TORROJA MATEU, Helena: *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*, ed. Tribuna Internacional, 2011.

HENKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise: «*Customary international humanitarian law*», vol. I y II, ICRC, Cambridge University Press, 2005.

JORGE URBINA, Julio: *Protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones Unidas y derecho internacional humanitario. Desarrollo y aplicación del principio de distinción entre objetivos militares y bienes de carácter civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 37 y ss.

— Julio: «El papel de las compañías militares y de seguridad privadas en los conflictos armados recientes: una aproximación al estatuto jurídico de su personal», en *Seguridad y defensa hoy*, Plaza y Valdés, Villaviciosa de Odón, 2008, pp. 141-175. Del mismo autor, «Nuevos retos para la aplicación del derecho internacional humanitario frente a la ‘privatización’ de la violencia en los conflictos armados», en *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 709-732.

KRÜGER-SPRENGEL, Friedhelm: «Le concept de proportionnalité dans le droit de la guerre», informe presentado en el VIII Congreso de la Société Internationale de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre, en *Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre*, vol. xix, 1980, 1-2.—LABORIE IGLESIAS, Mario A.: «La privatización de la seguridad. Las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual», tesis doctoral, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, julio de 2011.

MELZER, Nils: Taller «Participación directa de las personas civiles en las hostilidades», en XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2007.

MÜNKLER, Herfried: «Las guerras del siglo xx», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 849, marzo de 2003.–PÉREZ GONZALEZ, Manuel: «Terrorismo y conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el derecho internacional humanitario», en *Lucha contra el terrorismo y derecho internacional, Cuadernos de Estrategia*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, marzo de 2006, pp. 81 y ss. Del mismo autor, *Lucha contra el terrorismo, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, Tirant Monografías 797, Valencia, 2012.

PICTET, Jean (Dir.): *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, volumen iv: «La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre: commentaire», CICR, Ginebra, 1956, 729 pp.

QUÉGUINER, Jean-François: «Direct participation in hostilities under international humanitarian law», Briefing Paper, noviembre de 2003, *Research Initiative reaffirmation and development of IHL*, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University.

RUYS, Tom: «License to kill? State-sponsored assassination under international law», en *Revista de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra*, n.º 44, 2005, vol. 1-2.

207

TORROJA MATEU, Helena y GÜELL PERIS, Sonia: *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y derecho ante el fenómeno de las «empresas militares y de seguridad privadas»*, Bosch Editor, Barcelona, 2009.

VERRI, P.: *Dictionary of the international law of armed conflict*, CICR, Ginebra, 1992.

WATKIN, K.: «Combatants, unprivileged belligerants and conflicts in the 21st Century», IHLRI, Background Paper, <http://www.ihlrsearch.org>.– WENGER, Andreas y MASON, Simon J. A.: «Participación directa de civiles en conflictos armados: tendencias e implicaciones», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 872, diciembre de 2008, pp. 339 y ss.

