

GUÍA PARA INTERPRETAR LA NOCIÓN DE

PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Nils Melzer, asesor jurídico, CICR



CICR



CICR

Comité Internacional de la Cruz Roja
19, avenue de la Paix
1202 Ginebra, Suiza
T + 41 22 734 60 01 F + 41 22 733 20 57
shop@icrc.org www.icrc.org
© CICR, diciembre de 2010

GUÍA PARA INTERPRETAR LA NOCIÓN DE

PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Nils Melzer, asesor jurídico, CICR

ÍNDICE

PREFACIO	4
AGRADECIMIENTO	8
INTRODUCCIÓN	9
1. Finalidad y naturaleza de la guía	9
2. La cuestión de la participación de las personas civiles en las hostilidades	11
3. Aspectos jurídicos esenciales	12
PARTE 1: RECOMENDACIONES DEL CICR	15
PARTE 2: RECOMENDACIONES Y COMENTARIO	19
A. EL CONCEPTO DE PERSONA CIVIL	20
I. EL CONCEPTO DE PERSONA CIVIL EN UN CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL	20
1. Carácter mutuamente excluyente de los conceptos de persona civil, fuerzas armadas y levantamiento en masa	20
2. Fuerzas armadas	21
3. Levantamiento en masa	25
4. Conclusión	26
II. EL CONCEPTO DE PERSONA CIVIL EN UN CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL	27
1. Carácter mutuamente excluyente de los conceptos de persona civil, fuerzas armadas y grupos armados organizados	27
2. Fuerzas armadas estatales	30
3. Grupos armados organizados	31
4. Conclusión	36
III. CONTRATISTAS PRIVADOS Y EMPLEADOS CIVILES	37
1. Dificultades concretas en relación con los contratistas privados y los empleados civiles	37
2. Conflicto armado internacional	38
3. Conflicto armado no internacional	39
4. Conclusión	40
B. EL CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES	41
IV. PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES COMO ACTO ESPECÍFICO	43
1. Componentes básicos de la noción de participación directa en las hostilidades	43
2. Limitación a actos específicos	44
3. Conclusión	45

V. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES	46
1. Umbral de daño	47
2. Causalidad directa	51
3. Nexo beligerante	58
4. Conclusión	64
VI. INICIO Y FIN DE LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES	65
1. Medidas preparatorias	65
2. Despliegue y regreso	67
3. Conclusión	68
C. MODALIDADES QUE RIGEN LA PÉRDIDA DE LA PROTECCIÓN	69
VII. ÁMBITO TEMPORAL DE LA PÉRDIDA DE LA PROTECCIÓN	70
1. Personas civiles	70
2. Miembros de grupos armados organizados	71
3. Conclusión	73
VIII. PRECAUCIONES Y PRESUNCIONES EN LAS SITUACIONES DE DUDA	74
1. Requisito de tomar las precauciones factibles	74
2. Presunción de protección como persona civil	75
3. Conclusión	76
IX. RESTRICCIONES EN EL USO DE LA FUERZA EN UN ATAQUE DIRECTO	77
1. Prohibiciones y restricciones impuestas por disposiciones concretas del derecho internacional humanitario	77
2. Los principios de necesidad militar y de humanidad	78
3. Conclusión	82
X. CONSECUENCIAS DE LA RECUPERACIÓN DE LA PROTECCIÓN COMO PERSONA CIVIL	83
1. Carencia de inmunidad contra enjuiciamientos en el derecho interno	83
2. Obligación de respetar el derecho internacional humanitario	84
3. Conclusión	85

PREFACIO

La protección de las personas civiles es uno de los principales objetos del derecho internacional humanitario. Según las disposiciones sobre la conducción de las hostilidades, la población civil y las personas civiles gozan de una protección general contra los efectos de las hostilidades. Por consiguiente, el derecho internacional humanitario obliga a las partes en un conflicto armado a hacer una distinción, en todo momento, entre población civil y combatientes y a dirigir sus operaciones únicamente contra objetivos militares. Dispone, además, que las personas civiles no pueden ser objeto de ataques deliberados. Del mismo modo, dispone que las personas civiles en poder del enemigo deben ser tratadas con humanidad. Esta norma de amplio alcance está expresada en muchas disposiciones del derecho humanitario, especialmente las que prohíben todos los atentados contra la vida, así como la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Aunque hoy puede parecer extraño, la protección general de las personas civiles no siempre constituyó una piedra fundamental del derecho internacional humanitario. El origen de este derecho, al menos por lo que se refiere a las normas escritas, se remonta a una época en que la población civil estaba ampliamente preservada de los efectos directos de las hostilidades y en que los enfrentamientos en sí tenían lugar únicamente entre combatientes. En 1864, cuando se aprobó el Primer Convenio de Ginebra, los ejércitos contendían en campos de batalla claramente circunscritos; lo que se necesitaba entonces era aliviar el sufrimiento de los soldados que, a menudo por millares, yacían heridos o moribundos en el campo de batalla tras un enfrentamiento militar. Solo más tarde, cuando las innovaciones tecnológicas en el armamento comenzaron a causar víctimas y sufrimientos masivos a la población civil en las situaciones de guerra, se evidenció también la necesidad de establecer normas para la protección de las personas civiles.

Con el tiempo, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, fue necesario regular, asimismo, las consecuencias de la participación directa de las personas civiles en las hostilidades, la cual era cada vez

más frecuente. Había entonces dos situaciones emblemáticas. Una eran las guerras de liberación nacional, es decir, situaciones en que fuerzas gubernamentales hacen frente a formaciones armadas “irregulares” que luchaban por la liberación de pueblos colonizados. Mediante la aprobación, en 1977, del Protocolo adicional I se reconoce que en ciertas circunstancias puede considerarse que esas guerras tienen un carácter internacional. La otra situación ha ido predominando y hoy continúa siendo motivo de gran preocupación: los conflictos armados sin carácter internacional. Éstos tienen lugar entre fuerzas gubernamentales y grupos armados organizados no estatales, o entre estos grupos, y se desencadenan por razones políticas, económicas o de otra índole. Casi huelga decir que los conflictos de este tipo, en que grupos de la población civil se transforman, de hecho, en fuerzas combatientes y en que las principales víctimas son también civiles, continúan causando incalculables pérdidas de vidas humanas, heridas y destrucción.

La tendencia a una mayor participación de las personas civiles en las hostilidades ha sido regulada en el derecho internacional humanitario mediante una disposición básica –plasmada en los dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra– según la cual las personas civiles se benefician de protección contra los ataques directos “salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”. Éste es el sentido de la noción de “participación directa en las hostilidades”, en la cual se tratará de ahondar en la presente Guía. Al examinar esta noción, el CICR ha tenido que hacer frente no solo a viejos dilemas en relación con su aplicación práctica (es decir, ¿puede una persona ser, durante el día, un agricultor con derecho a protección y, por la noche, un combatiente que puede ser atacado?), sino también a tendencias más recientes que han puesto de relieve la necesidad de un esclarecimiento. Una ha sido el notorio desplazamiento de la conducción de las hostilidades a los centros de población civil, como las guerras en núcleos urbanos, que se caracterizan por una confusión sin precedentes entre personas civiles y actores armados. Otra ha sido el creciente recurso a la externalización de funciones tradicionalmente militares, mediante su atribución a algunas

categorías de personal civil, como los contratistas privados y los empleados gubernamentales. Por consiguiente, resulta aún más difícil hacer una distinción entre las personas que tienen y las que no tienen derecho a protección contra los ataques directos. Otra tendencia muy preocupante es que las personas que participan directamente en las hostilidades –tanto civiles como miembros de fuerzas armadas– no se distinguen de forma adecuada de la población civil.

La lectura jurídica que se hace en esta Guía de la noción de “participación directa en las hostilidades” tiene por objeto fortalecer la aplicación del principio de distinción. Para el cumplimiento cabal de la prohibición de dirigir ataques contra las personas civiles, es necesario que las fuerzas armadas de las partes en un conflicto armado –internacional o no– se distingan de las personas civiles y que las personas civiles que nunca participan en las hostilidades se distingan de las que lo hacen solo de forma individual, esporádica o desorganizada. El interés del presente texto es facilitar estas distinciones proporcionando pautas para interpretar el derecho internacional humanitario en relación con la noción de participación directa en las hostilidades. A estos efectos, se examinan tres cuestiones esenciales: a quién se considera persona civil para los fines del principio de distinción, qué conducta constituye una participación directa en las hostilidades y qué modalidades rigen la pérdida de la protección contra los ataques directos.

Las respuestas a estas preguntas y las consiguientes interpretaciones contenidas en la Guía abordan una de las más difíciles cuestiones del derecho internacional humanitario, aún por resolver. El CICR inició la reflexión sobre la noción de participación directa en las hostilidades basándose, por una parte, en la necesidad práctica de fortalecer, por razones humanitarias, la protección de las personas civiles y, por otra, en el cometido que recibió de la comunidad internacional de trabajar por una mejor comprensión y fiel aplicación del derecho internacional humanitario. Al respecto, cabe hacer tres observaciones: en primer lugar, los puntos de vista expresados en esta Guía son únicamente los del CICR. Si bien el derecho internacional humanitario relacionado con la noción de participación directa en las hostilidades fue examinado durante varios años con un grupo de eminentes expertos jurídicos –con quienes, por lo demás, el CICR queda profundamente agradecido–, las posiciones

enunciadas son solo las del CICR. En segundo lugar, dado que la Guía refleja puntos de vista del CICR, no es, ni puede ser, un texto de obligatorio cumplimiento. Únicamente los acuerdos (tratados) entre Estados o la práctica de éstos que se deriva de un sentido de obligación jurídica pueden tener un efecto vinculante. En tercer lugar, lo que se pretende con esta Guía no es modificar el derecho, sino proporcionar una interpretación de la noción de participación directa en las hostilidades, tomando como base los parámetros jurídicos existentes.

En el presente texto se interpreta la noción de participación directa en las hostilidades únicamente para los fines de la conducción de las hostilidades. Por lo tanto, aparte de ofrecer una guía sobre cuándo y por cuánto tiempo se considera que una persona pierde la protección contra los ataques directos, en la interpretación no se abordan las consecuencias de la participación directa de una persona en las hostilidades una vez que está en poder del adversario. En estas circunstancias se aplican otras normas del derecho internacional humanitario y, ante todo, el ya mencionado principio de humanidad.

Desafortunadamente, hay pocas razones para pensar que la tendencia actual hacia una mayor participación de las personas civiles en las hostilidades ceda con el tiempo. Hoy más que nunca, es fundamental tomar todas las medidas factibles para prevenir que la población civil sea objeto de ataques erróneos o arbitrarios, mediante el uso de una Guía fiable sobre la forma en que debería aplicarse el principio de distinción en las complejas y desafiantes circunstancias que dominan en los combates contemporáneos. Con esta Guía, el CICR espera lograr que las personas que no participan directamente en las hostilidades reciban la protección humanitaria a la que tienen derecho de conformidad con el derecho internacional humanitario.

*Dr. Jakob Kellenberger,
presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja*

AGRADECIMIENTO

La presente Guía es una publicación institucional del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Es el resultado de una ronda de expertos dirigida por el CICR de 2003 a 2008.

Su conceptualización, redacción y publicación hubieran sido imposibles sin la participación y contribución de muchas personas y es posible agradecer aquí solo a algunas de ellas. En primer lugar, agradecemos personalmente al señor Nils Melzer, asesor jurídico del CICR, que se encargó de la organización de las reuniones de expertos desde 2004 y es el autor de la presente Guía y de casi todos los documentos de referencia e informes de las reuniones redactados desde ese año. Queremos también expresar nuestra más cordial gratitud a todos los expertos, los cuales participaron en las reuniones a título personal únicamente. Sin su empeño, competencia y experiencia hubiera sido imposible concluir con éxito esas reuniones de esclarecimiento. Por último, quisiéramos agradecer sinceramente a los colegas del CICR que contribuyeron con sus comentarios a la redacción de la Guía, así como a los que prestaron un valioso apoyo a la organización y al seguimiento de las reuniones de expertos o ayudaron de una forma u otra a la publicación de la presente Guía.

*Comité Internacional de la Cruz Roja
Febrero de 2009*

INTRODUCCIÓN

1. FINALIDAD Y NATURALEZA DE LA GUÍA

La finalidad de la presente Guía es formular recomendaciones sobre la interpretación del derecho internacional humanitario (DIH) en relación con la noción de participación directa en las hostilidades. Por consiguiente, **el objeto de las diez recomendaciones formuladas en la Guía, así como el comentario que las acompaña, no es modificar las normas vinculantes del derecho internacional humanitario consuetudinario o convencional, sino expresar la posición institucional del CICR en cuanto a la forma en que se debe interpretar el DIH vigente**, atendiendo a las circunstancias que predominan en los conflictos armados contemporáneos.

La Guía se basa en diversas fuentes que incluyen, ante todo, las normas y los principios del DIH consuetudinario y convencional y, en caso necesario, los trabajos preparatorios de los tratados, la jurisprudencia internacional, diferentes manuales militares y obras clásicas de la doctrina jurídica. Se basa asimismo en el cuantioso material producido en las reuniones de expertos realizadas a iniciativa del CICR y del Instituto *TMC Asser* con el fin de esclarecer la noción de participación directa en las hostilidades según el DIH.¹ Se llevaron a cabo cinco reuniones de 2003 a 2008, en La Haya y en Ginebra, en las que participaron, exclusivamente a título privado, de 40 a 50 expertos de círculos universitarios, militares, gubernamentales y no gubernamentales.²

La Guía se basa ampliamente en los debates mantenidos durante las reuniones de expertos, pero no refleja necesariamente un punto de vista unánime o una opinión mayoritaria de los expertos. Su finalidad es proponer una solución equilibrada y práctica que tenga en cuenta la

1 Todo el material producido durante la ronda de expertos –informes, documentos informativos, etc.– puede ser consultado en www.cicr.org (gran parte solo en inglés).

2 Para más información sobre la ronda de expertos, v. el documento “*Overview of the ICRC’s Expert Process (2003 2008)*”.

amplia variedad de asuntos en cuestión y, al mismo tiempo, velar por una interpretación clara y coherente del derecho, en consonancia con los fines y principios del DIH. **El CICR, como organización humanitaria neutral e independiente a la que la comunidad internacional le ha asignado el cometido de promover y velar por una mejor comprensión del DIH, asume, en definitiva, la responsabilidad de esta Guía.**³

Si bien una interpretación del DIH jurídicamente vinculante puede ser formulada únicamente por un órgano judicial competente o, de forma colectiva, por los Estados mismos, el CICR espera que, gracias al detenido análisis jurídico y al cuidadoso equilibrio entre intereses humanitarios y militares que presiden esta Guía, las recomendaciones sean convincentes para los Estados, los actores no estatales, los profesionales y los círculos universitarios.

La Guía está constituida por diez recomendaciones, cada una de las cuales resume la posición del CICR sobre la interpretación del DIH respecto a una cuestión jurídica específica y por un comentario que explica los fundamentos de cada recomendación. A lo largo del texto, se han insertado notas que remiten a los pasajes de los informes de las reuniones de expertos y de los documentos de referencia en que figuran los debates pertinentes, principalmente cuando persistió una diferencia de opinión entre los expertos. **Todos los apartados y recomendaciones de la Guía están estrechamente relacionados entre sí y solo pueden comprenderse de forma correcta si se leen como una unidad.** Del mismo modo, los ejemplos que se ofrecen en diferentes apartados de la Guía no deben ser entendidos como declaraciones absolutas sobre la calificación jurídica de una situación o conducta particular, sino que deben ser interpretados de buena fe, en el contexto exacto en que son utilizados y de conformidad con las normas y los principios del DIH generalmente reconocidos. Sirven únicamente para ilustrar los principios sobre la base de los cuales se deben hacer las distinciones pertinentes y de ningún modo obvian la necesidad de hacer un cuidadoso examen de las circunstancias que prevalgan en un momento y lugar concretos.

3 V., p. ej., art. 5.2 c) y g) de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

Por último, cabe destacar que en la Guía **se examina el concepto de participación directa en las hostilidades únicamente en relación con la conducción de las hostilidades**. No se pretende que las conclusiones sirvan de fundamento para interpretar las disposiciones del DIH relativas al estatuto, los derechos y la protección de las personas ajenas a la conducción de las hostilidades; por ejemplo, las personas privadas de libertad. Además, si bien la guía versa solo sobre el DIH, **sus conclusiones no perjudican en modo alguno los análisis de cuestiones relacionadas con la participación directa en las hostilidades conforme a otras normas del derecho internacional aplicables, como el derecho de los derechos humanos o el derecho que rige el uso de la fuerza entre Estados (*jus ad bellum*)**.

2. LA CUESTIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS CIVILES EN LAS HOSTILIDADES

El principal objeto del DIH es proteger a las víctimas de los conflictos armados y reglamentar la conducción de las hostilidades, manteniendo un equilibrio entre los intereses relacionados con la necesidad militar y con la humanidad. Un pilar del DIH es el principio de distinción entre fuerzas armadas, que conducen las hostilidades en nombre de una parte en un conflicto armado, y personas civiles, con respecto a las cuales se presume que no participan directamente en las hostilidades y deben ser protegidas contra los peligros procedentes de las operaciones militares. A lo largo de la historia, la población civil siempre ha contribuido de una manera u otra al esfuerzo general de guerra de las partes en los conflictos armados; por ejemplo, mediante la producción y el suministro de armas, equipamiento, víveres y alojamiento, o prestando un apoyo económico, administrativo y político. Sin embargo, esas actividades se realizaban, por lo general, en lugares distantes de los campos de combate y, generalmente, solo una pequeña minoría de personas civiles se veía implicada en la conducción de operaciones militares.

En las últimas décadas, la configuración ha cambiado de forma significativa. El continuo desplazamiento de la conducción de las hostilidades a los centros de población civil ha hecho que las personas civiles se confundan cada vez más con los actores armados y ha facilitado su participación en actividades que tienen una relación más estrecha con las operaciones militares. Más recientemente, la creciente externalización de funciones tradicionalmente

militares ha integrado en la realidad del conflicto armado moderno a muchos contratistas privados, personal civil de inteligencia y otros empleados civiles gubernamentales. Además, la complejidad sin precedentes que a veces alcanzan las operaciones militares exige la coordinación de una gran variedad de recursos humanos y técnicos interdependientes ubicados en diferentes lugares.

Todos estos aspectos de la guerra contemporánea han creado confusión e incertidumbre respecto a la distinción entre objetivos militares y personas protegidas contra los ataques directos. Esas dificultades son mayores aún cuando los actores armados no se distinguen de la población civil; por ejemplo, cuando llevan a cabo operaciones militares clandestinas o cuando actúan como agricultores durante el día y como combatientes por la noche. Por consiguiente, hay más probabilidades de que las personas civiles sean víctimas de ataques erróneos o arbitrarios, al tiempo que los miembros de las fuerzas armadas, ante la imposibilidad de identificar correctamente al adversario, están más expuestos a ser atacados por personas que ellos no pueden distinguir de la población civil.

3. ASPECTOS JURÍDICOS ESENCIALES

Esta tendencia pone de relieve la importancia de distinguir no solo entre personas civiles y fuerzas armadas, sino también entre las personas civiles que participan directamente en las hostilidades y las que no. De conformidad con el DIH, el concepto de participación directa en las hostilidades se refiere a la conducta que, si es llevada a cabo por civiles, hace que se suspenda su protección contra los peligros procedentes de las operaciones militares.⁴ Al respecto, cabe destacar que, mientras dure su participación directa en las hostilidades, las personas civiles pueden ser objeto de ataques directos como si fueran combatientes. La noción de participar directamente en las hostilidades, que dimana del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra (CG I-IV), figura también en muchas otras disposiciones del DIH; sin embargo, ni en los Convenios ni en sus Protocolos adicionales se define esa noción, a pesar de las graves consecuencias jurídicas que comporta. Por ello, es necesario examinar tres cuestiones a la luz del DIH aplicable a los conflictos armados, tanto internacionales como no internacionales:

⁴ A los efectos de esta Guía, se utilizarán como sinónimos las frases “participación directa en las hostilidades” y “participar directamente en las hostilidades”.

- *¿A quién se considera civil a los fines del principio de distinción?*

La respuesta a esta pregunta determina el círculo de personas protegidas contra los ataques directos, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.⁵

- *¿Qué conducta constituye una participación directa en las hostilidades?*

La respuesta a esta pregunta define la conducta individual que tiene como consecuencia la suspensión de la protección de una persona civil contra los ataques directos.⁶

- *¿Qué modalidades rigen la pérdida de la protección contra los ataques directos?*

La respuesta a esta pregunta elucidará cuestiones como la duración de la pérdida de la protección contra los ataques directos, las precauciones y las presunciones en situaciones de duda, las normas y los principios que rigen el uso de la fuerza contra objetivos militares legítimos y las consecuencias de recuperar la protección contra los ataques directos.

5 El estatuto, los derechos y la protección de las personas fuera del contexto de la conducción de las hostilidades no depende de su calificación como personas civiles, sino del ámbito personal de aplicación de las disposiciones que confieren un estatuto, derechos y protección en las circunstancias del caso (v. g., CG III, art. 4; CG IV, art. 4; CG I-IV, art. 3 común; P I, art. 75, y P II, arts. 4-6).

6 Para simplificar, cuando se hable de las consecuencias de la participación directa de las personas civiles en las hostilidades, en la Guía se hará referencia a la pérdida de la protección contra los «ataques directos». A menos que se indique otra cosa, esta terminología incluye también la suspensión de la protección como persona civil contra otros «peligros procedentes de las operaciones militares» (P I, art. 51.1 y 51.3 y P II, art. 13.1 y 13.3). Esto significa, por ejemplo, que las personas civiles que participan directamente en las hostilidades no solo pueden ser atacadas directamente, sino también que no han de ser tomadas en cuenta en la evaluación de la proporcionalidad cuando se emprenda un ataque contra los objetivos militares que estén a su alrededor.

Parte 1

RECOMENDACIONES DEL CICR

sobre la interpretación del derecho
internacional humanitario

en relación con la noción de participación
directa en las hostilidades

I. EL CONCEPTO DE PERSONA CIVIL EN UN CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL

A los efectos del principio de distinción en un conflicto armado internacional, todas las personas que no son miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto ni participan en un levantamiento en masa son personas civiles y, por lo tanto, tienen derecho a protección contra los ataques directos, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

II. EL CONCEPTO DE PERSONA CIVIL EN UN CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL

A los efectos del principio de distinción en un conflicto armado no internacional, todas las personas que no son miembros de las fuerzas armadas estatales o de los grupos armados organizados de una parte en conflicto son personas civiles y, por consiguiente, tienen derecho a protección contra los ataques directos, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. En un conflicto armado no internacional, los grupos armados organizados constituyen las fuerzas armadas de una parte no estatal en conflicto y están integrados solo por personas cuya función continua es participar directamente en las hostilidades (“función continua de combate”).

III. CONTRATISTAS PRIVADOS Y EMPLEADOS CIVILES

Los contratistas privados y los empleados de una parte en un conflicto armado que sean civiles (v., más arriba, apartados I y II) tienen derecho a protección contra los ataques directos, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. Sus actividades o su ubicación, sin embargo, pueden exponerlos a un mayor riesgo de morir o de resultar heridos de forma incidental, aunque no participen directamente en las hostilidades.

IV. PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES COMO ACTO ESPECÍFICO

La noción de participación directa en las hostilidades se refiere a actos específicos ejecutados por personas como parte de la conducción de las hostilidades entre partes en un conflicto armado.

V. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

Para considerar un acto como participación directa en las hostilidades, deben cumplirse los requisitos acumulativos siguientes:

1. debe haber probabilidades de que el acto tenga efectos adversos sobre las operaciones militares o sobre la capacidad militar de una parte en un conflicto armado, o bien, de que cause la muerte, heridas o destrucción a las personas o los bienes protegidos contra los ataques directos (umbral de daño), y
2. debe haber un vínculo causal directo entre el acto y el daño que pueda resultar de ese acto o de la operación militar coordinada de la que el acto constituya parte integrante (causalidad directa) y
3. el propósito específico del acto debe ser causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra (nexo beligerante).

VI. INICIO Y FIN DE LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

Las medidas para preparar la ejecución de un acto específico de participación directa en las hostilidades, así como el despliegue al lugar de su ejecución y el regreso, son parte integrante de ese acto.

VII. ÁMBITO TEMPORAL DE LA PÉRDIDA DE LA PROTECCIÓN

Las personas civiles pierden la protección contra los ataques directos durante la duración de cada acto específico que constituya una participación directa en las hostilidades; los miembros de los grupos armados organizados que pertenecen a una parte no estatal en un conflicto armado, en cambio, cesan de ser civiles (v., más arriba, apartado II) y pierden la protección contra los ataques directos durante todo el tiempo que asuman una función continua de combate.

VIII. PRECAUCIONES Y PRESUNCIONES EN LAS SITUACIONES DE DUDA

Se tomarán todas las precauciones posibles para determinar si una persona es civil y, en caso afirmativo, si esa persona civil está participando directamente en las hostilidades. En caso de duda, se presumirá que la persona está protegida contra los ataques directos.

IX. RESTRICCIONES EN EL USO DE LA FUERZA EN UN ATAQUE DIRECTO

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

X. CONSECUENCIAS DE LA RECUPERACIÓN DE LA PROTECCIÓN COMO PERSONA CIVIL

El derecho internacional humanitario no prohíbe ni favorece la participación directa de las personas civiles en las hostilidades. Cuando las personas civiles dejan de participar directamente en las hostilidades, o cuando miembros de grupos armados organizados que pertenecen a una parte no estatal en un conflicto armado dejan de asumir una función continua de combate, recuperan la plena protección contra los ataques directos como personas civiles, pero no quedan exentos de ser enjuiciados por las violaciones que puedan haber cometido contra el derecho interno y contra el derecho internacional.

Parte 2

**RECOMENDACIONES
Y COMENTARIO**

A. EL CONCEPTO DE PERSONA CIVIL

A los fines del principio de distinción, la definición de civiles se refiere a las personas que gozan de inmunidad contra los ataques directos, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.⁷ En los casos en que el DIH otorga inmunidad contra los ataques directos a personas que no son civiles, la pérdida y la recuperación de la protección se rige por criterios similares, pero no necesariamente idénticos, a los que se aplican en caso de participación directa en las hostilidades.⁸ Por lo tanto, antes de interpretar la noción misma de participación directa en las hostilidades, es necesario elucidar el concepto de persona civil de conformidad con el DIH aplicable en los conflictos armados internacionales y no internacionales.

I. EL CONCEPTO DE PERSONA CIVIL EN UN CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL

A los efectos del principio de distinción en un conflicto armado internacional, todas las personas que no son miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto ni participan en un levantamiento en masa son personas civiles y, por lo tanto, tienen derecho a protección contra los ataques directos, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

1. CARÁCTER MUTUAMENTE EXCLUYENTE DE LOS CONCEPTOS DE PERSONA CIVIL, FUERZAS ARMADAS Y LEVANTAMIENTO EN MASA
En el Protocolo adicional I (P I)⁹, aplicable en las situaciones de conflicto armado internacional, se da una definición negativa de persona civil: cualquier persona que no sea miembro de las fuerzas armadas de una

7 P I, art. 51.3; P II, art. 13.3. V. también Henckaerts / Doswald-Beck, *Derecho internacional humanitario consuetudinario*, Volumen I: Normas (Buenos Aires, CICR, 2007), norma 6 [en adelante, *DIH consuetudinario*]. En cuanto a la terminología de “pérdida de la protección contra los ataques directos” utilizada en la Guía, v., más arriba, nota 6.

8 Por ejemplo, el personal sanitario y el personal religioso de las fuerzas armadas pierden la protección si, al margen de su función privilegiada, cometen actos “hostiles” o “perjudiciales” (CG I, art. 21; P II, art. 11.2; *DIH consuetudinario* (v., más arriba, nota 7), Vol. I, norma 25). Un combatiente fuera de combate pierde su protección si comete un “acto hostil” o “trat[a] de evadirse” (P I, art. 41.2).

9 En 1 de noviembre de 2008, 168 Estados eran Partes en el P I. Al mismo tiempo, la ratificación de los CG I-IV era prácticamente universal (194 Estados Partes).

parte en conflicto ni participe en un levantamiento en masa.¹⁰ Si bien los tratados de DIH que existían antes de la aprobación del P I no contienen una definición expresa de “persona civil”, se deduce de la terminología utilizada en el Reglamento de La Haya y en los CG I-IV que los conceptos de persona civil, fuerzas armadas y levantamiento en masa se excluyen mutuamente y que todas las personas implicadas en la conducción de las hostilidades o afectadas por éstas pertenecen a una de esas tres categorías.¹¹ Dicho de otro modo, en todos los instrumentos relativos a los conflictos armados internacionales, el concepto de persona civil está delimitado, de forma negativa, por las definiciones de fuerzas armadas y de levantamiento en masa,¹² conceptos que serán examinados más detenidamente en los siguientes apartados.

2. FUERZAS ARMADAS

a) Concepto básico

Según el P I, las fuerzas armadas de una parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados.¹³ A primera vista, este extenso concepto funcional de fuerzas armadas parece ser más

10 P I, art. 50.1. De conformidad con el *DIH consuetudinario* (v., más arriba, nota 7), Vol. I, norma 5, esta definición de persona civil refleja el DIH consuetudinario en los conflictos armados internacionales. Las categorías mencionadas en el artículo 4, A) 1), 2) y 3), del CG III están incluidas en la definición general de fuerzas armadas que contiene el artículo 43.1 del Protocolo I. V. también Sandoz y otros. (eds.), *Comentario del Protocolo adicional del 8 de junio de 1977 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 (Bogotá, CICR y Plaza y Janés, 2001) (en adelante: *Comentario P I*, Tomo II), §§ 1916 y ss.

11 El artículo 22, párrafo 2, de la Declaración de Bruselas (1874) y el artículo 29 del Reglamento Anexo al Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra de 1907 (Convenio IV) (en adelante, R H IV), por ejemplo, se refieren a “civiles” por oposición a “soldados”. Del mismo modo, como lo sugieren sus títulos, los Convenios de Ginebra de 1949 utilizan la categoría genérica de “personas civiles” (CG IV) como complementaria a la de miembros de las “fuerzas armadas” (CG I y CG II). Aun cuando el ámbito de aplicación de cada Convenio no corresponde exactamente a las categorías mencionadas en los respectivos títulos, las categorías de “personas civiles” y “fuerzas armadas” son utilizadas, sin duda alguna, como mutuamente excluyentes en los CG I-IV. Por ejemplo, los CG I, II y IV se refieren a “civiles” heridos, enfermos y náufragos, (CG I, art. 22.5; CG II, art. 35.4; CG IV, arts. 20, 21, 22) en contraste con las categorías genéricas que gozan de la protección de los CG I y II, a saber, los heridos, los enfermos y los náufragos de las “fuerzas armadas” (títulos CG I y II). Del mismo modo, el artículo 57 del IV CG se refiere a heridos y a enfermos “militares” por oposición a la categoría genérica protegida por el CG IV, a saber las “personas civiles”. En otras disposiciones de los Convenios también se utiliza el término “civil” por oposición a “militar” (CG III, art. 30.2: “unidad civil o militar”; CG IV, art. 32: “agentes civiles o militares”; CG IV, art. 144.1: “instrucción civil y militar”; CG III, art. 93.2: “ropa civil”, presuntamente por oposición a uniforme militar; CG IV, arts. 18, 19, 20, 57: “hospitales civiles”, sin duda en contraste con hospitales militares; CG IV, art. 144.2: “autoridades civiles, militares, de policía u otras”) o a “combatientes o no combatientes” (CG IV, art. 15). Ninguno de estos instrumentos deja suponer la existencia de categorías adicionales de personas que no sean consideradas civiles o miembros de las fuerzas armadas o participantes en un levantamiento en masa.

12 Esto también se afirma en el *Comentario P I*, Tomo II (v., más arriba, nota 10), § 1914. El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) define el concepto de persona civil para las situaciones de conflicto armado internacional como “personas que no son, o han dejado de ser, miembros de las fuerzas armadas” (TPIY, *Prosecutor v. Blaskic*, Causa No. IT-95-14-T, Fallo del 3 de marzo de 2000, § 180). En cuanto a los correspondientes debates durante las reuniones de expertos, v. *Report DPH 2005*, pp. 43 y s., 58, 74; *Report DPH 2006*, pp. 10, 12 y ss., 19 y ss.; *Report DPH 2008*, pp. 35, 37.

13 P I, art. 43.1; *DIH consuetudinario* (v., más arriba, nota 7), Vol. I, norma 4.

amplio que el concepto en que se basan el Reglamento de La Haya y los Convenios de Ginebra. Si bien estos tratados no definen expresamente a las fuerzas armadas, exigen que los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que no sean las fuerzas armadas regulares reconocidas como tales por el derecho interno cumplan los cuatro requisitos siguientes: a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo y reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra.¹⁴ En rigor, sin embargo, esos requisitos son condiciones para que las fuerzas armadas irregulares tengan derecho, tras la captura, al privilegio de combatientes y al estatuto de prisioneros de guerra, y no son elementos constitutivos de las fuerzas armadas de una parte en un conflicto.

Por lo tanto, el hecho de que los miembros de fuerzas armadas irregulares que no cumplen los cuatro requisitos no tengan derecho al privilegio de combatiente y al estatuto de prisionero de guerra tras la captura¹⁵ no significa forzosamente que todas las personas en esas condiciones deban ser excluidas de la categoría de fuerzas armadas y consideradas personas civiles a los efectos de la conducción de las hostilidades.¹⁶ Si así fuera, hacer gozar a las fuerzas armadas irregulares de un régimen jurídico de protección más amplio que el que se aplica a la población civil, solo por el hecho de que omiten distinguirse de esa población, llevar las armas abiertamente o conducir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra, estaría en contradicción con la lógica del principio de distinción. Por consiguiente, incluso de conformidad con los términos del Reglamento de La Haya y de los Convenios de Ginebra, todas las fuerzas armadas que tengan un grado suficiente de organización militar y que pertenezcan a una parte en conflicto deben ser consideradas como pertenecientes a las fuerzas armadas de esa parte.¹⁷

14 R H IV, art. 1; CG I y CG II, art. 13 I), 2), 3) y 6); CG III, art. 4 A 1), 2), 3) y 6).

15 En opinión del CICR, en los conflictos armados internacionales, cualquier persona que no pueda adquirir el estatuto de prisionero de guerra de conformidad con el artículo 4 del CG III debe gozar de las garantías fundamentales dispuestas en el artículo 75 del P I –ahora de índole consuetudinaria– y, siempre que cumpla los requisitos de nacionalidad dispuestos en el artículo 4 del CG IV, también sigue siendo una “persona protegida” según el sentido del CG IV.

16 Como lo ilustra el trato que debe darse a los espías (R H IV, arts. 29-31; P I, art. 46) y a otros combatientes que omitan distinguirse según los requisitos del DIH (P I, art. 44), la pérdida del derecho al privilegio de combatiente o al estatuto de prisionero de guerra no conduce necesariamente a la pérdida de la calidad de miembro de las fuerzas armadas.

17 Si bien la opinión que prevaleció durante la reunión de expertos de 2006 estaba a favor de esta interpretación, se señalaron algunas inquietudes con respecto al hecho de que este enfoque podía entenderse, erróneamente, como la creación de una categoría de personas que no gozaba de la protección del CG III ni de la protección del CG IV (*Report DPH 2006*, pp. 15 y s.). En cuanto a la posición del CICR al respecto, v. por ejemplo, más arriba, nota 15.

b) Importancia y significado de “pertener a” una parte en conflicto

Los grupos armados organizados deben pertenecer a una parte en conflicto para ser considerados fuerzas armadas de conformidad con el DIH. A pesar de que este requisito se señala textualmente solo para las milicias y los cuerpos de voluntarios irregulares, incluidos los movimientos de resistencia organizados,¹⁸ está implícito en todos los casos en que los tratados se refieren a las fuerzas armadas “de” una parte en conflicto.¹⁹ El concepto de “pertener a” exige al menos una relación *de facto* entre un grupo armado organizado y una parte en conflicto. Esta relación puede ser objeto de una declaración formal, pero también puede manifestarse mediante un acuerdo tácito o un comportamiento decisivo que deje claro para que parte combate el grupo.²⁰ Sin duda alguna, se puede decir que, según lo dispuesto por el derecho internacional sobre la responsabilidad del Estado, un grupo armado organizado pertenece a un Estado si su conducta es atribuible a ese Estado.²¹ El grado de control exigido para que un Estado sea responsable de la conducta de un grupo armado organizado no está establecido en el derecho internacional.²² En la práctica, para que un grupo armado organizado pertenezca a una parte en conflicto, resulta esencial que conduzca las hostilidades en nombre y con el acuerdo de esa parte.²³

Según lo dispuesto tanto en el P I como en el Reglamento de La Haya y los CG I-IV, los grupos que participan en una violencia armada organizada contra una parte en un conflicto armado internacional, pero que no pertenecen a otra parte en este conflicto no pueden ser considerados miembros de las fuerzas armadas de una parte en ese conflicto. Por lo tanto,

18 V. CG I y CG II, art. 13.2, y CG III, art. 4 A 2).

19 V., v. g., R H IV, art. 3; CG III, art. 4 A 1); P I, art. 43.

20 Pictet (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War* (Ginebra, CICR, 1960), p. 57 [en adelante, *Commentary CG III*].

21 V. también *Report DPH 2006*, p. 16.

22 En cuanto a las posiciones básicas al respecto, v., sobre todo, CIJ, Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América), Fallo del 27 de junio de 1986 (Fondo del Asunto), Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991, Naciones Unidas, Nueva York, 1992, ST/LEG/SER.F/1 (http://icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf), 1948-1991 p. 210, apartado VII; TPIY, *Prosecutor v. Tadic*, Causa No. IT-94-A, Fallo del 15 de julio de 1999 (Sala de Apelación), § 145; CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Fallo del 27 de febrero de 2007, § 413; CDI, Informe a la Asamblea General sobre los trabajos de su 53 período de sesiones (2001), Doc. ONU A/56/10(SUPP). p. 91, proyecto de artículo 8, Comentario § 5.

23 V. también, más adelante, nota 26.

de conformidad con los mencionados instrumentos, se trata de personas civiles.²⁴ Cualquier otro punto de vista descartaría la dicotomía en todos los conflictos armados, entre las *fuerzas armadas* de las partes en conflicto y la *población civil*; asimismo, estaría en contradicción con la definición de conflictos armados internacionales como enfrentamientos entre Estados y no entre Estados y actores no estatales.²⁵ Los grupos armados organizados que operan en el contexto más amplio de un conflicto armado internacional sin pertenecer a una parte en este conflicto pueden seguir siendo consideradas partes en un conflicto armado no internacional distinto, siempre que la violencia alcance el umbral exigido.²⁶ En este caso, habría que determinar si las personas son civiles o miembros de las fuerzas armadas de una parte en ese conflicto basándose en el DIH relativo a los conflictos armados no internacionales.²⁷

Cabe observar, por último, que la violencia armada organizada que no se califica como conflicto armado internacional o no internacional es un asunto de orden público, ya sea que se considere a los perpetradores como amotinados, terroristas, piratas, bandidos, secuestradores o como otros criminales organizados.²⁸

24 Es la opinión que prevaleció durante las reuniones de expertos (*Report DPH 2006*, pp. 16 y ss.; *Report DPH 2008*, pp. 43 y s.). En cuanto a la jurisprudencia nacional reciente en que se refleja esta posición, v. Tribunal Superior de Justicia de Israel, *The Public Committee Against Torture et al. v. The Government of Israel et al.*, (HC) 769/02, Fallo del 13 de diciembre de 2006, § 26, en que la Corte declara que, de conformidad con el DIH que rige los conflictos armados internacionales, los grupos armados palestinos independientes que operan en un contexto de ocupación beligerante reúnen forzosamente las condiciones para ser considerados civiles. Sin embargo, respecto al ámbito temporal de la pérdida de la protección para los miembros de esos grupos, la Corte llegó a la conclusión de que: “un civil que se ha unido a una organización terrorista que se ha convertido en su “hogar”, y que en relación con el papel que desempeña en esa organización comete una serie de hostilidades, con breves pausas entre una y otra, pierde su inmunidad contra los ataques “durante el tiempo” que esté cometiendo esa serie de actos. De hecho, respecto a este tipo de civil, el tiempo que transcurre entre las hostilidades no es más que una preparación para la siguiente hostilidad” (ibíd., § 39).

25 V. también *Report DPH 2006*, pp. 16 y ss., 52 y s.; *Report DPH 2008*, pp. 43 y s. Para los Estados Partes en el P I, el derecho que rige los conflictos armados internacionales también se aplica a los conflictos armados entre Estados y los movimientos de liberación nacional según el significado del artículo 1.4 del P I.

26 Según el *Commentary CG III* (v., más arriba, nota 20), p. 57: “Los movimientos de resistencia deben estar combatiendo en nombre de la ‘Parte en conflicto’ en el sentido del artículo 2; de otro modo son aplicables las disposiciones del artículo 3 relativas a los conflictos armados no internacionales, pues esos cuerpos de voluntarios y milicias no tienen derecho a considerarse a sí mismos como ‘Parte en conflicto’”. En los documentos de los trabajos preparatorios, no se aborda en absoluto la posible existencia paralela de aspectos internacionales y no internacionales en el contexto más amplio de un único conflicto. En cuanto a los debates al respecto, v. *Report DPH 2005*, p. 10; *Report DPH 2006*, pp. 17 y ss. y 53 y s.; *Report DPH 2008*, pp. 43 y s. Cabe señalar que las situaciones de “tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos” (P II, art. 1.2) no alcanzan el umbral de “violencia armada prolongada”, lo que es un requisito para que haya un conflicto armado no internacional distinto (TPIY, *Prosecutor v. Tadic*, Causa No. IT-94-1-AR72, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995*, § 70).

27 V., más adelante, Sección II.

28 V. *Report DPH 2006*, p. 16; *Report DPH 2008*, pp. 44, 49.

c) **Determinación de la calidad de miembro**

Por lo que a las fuerzas armadas regulares se refiere, la calidad de miembro de las fuerzas armadas estatales está generalmente regulada en el derecho interno y se expresa mediante su integración formal en unidades permanentes distinguibles por sus uniformes, insignias y equipamiento. Lo mismo se aplica cuando se incorporan unidades armadas de policía, de guardafronteras o de fuerzas uniformadas análogas en las fuerzas armadas. Los miembros de fuerzas constituidas regularmente no son civiles, sea cual fuere la conducta personal o la función que asuman en las fuerzas armadas. A los efectos del principio de distinción, la calidad de miembro de las fuerzas armadas regulares estatales cesa, y se recupera la protección como persona civil, cuando un miembro deja el servicio activo y se reintegra en la vida civil, sea por el cese total en el cargo que desempeñaba, sea por el cese como reservista movilizable.

El derecho interno no regula, en general, la calidad de miembro de una fuerza armada irregular –tales como una milicia, un cuerpo de voluntarios o un movimiento de resistencia– de una parte en conflicto, y solo puede ser determinada de forma fiable si se utilizan criterios funcionales, como los que se aplican a los grupos armados organizados en un conflicto armado no internacional.²⁹

3. LEVANTAMIENTO EN MASA

En cuanto al levantamiento en masa, todos los instrumentos pertinentes se basan en la misma definición, según la cual se trata de la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, toma espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, siempre que lleve las armas a la vista y respete las leyes y costumbres de la guerra.³⁰ Los participantes en un levantamiento en masa son los únicos actores armados que quedan excluidos de la población civil aunque, por definición, operan espontáneamente y carecen de suficiente organización y mando para ser considerados miembros de las fuerzas armadas. Todas las demás personas que participan directamente en las hostilidades de forma meramente espontánea, esporádica o no organizada deben ser consideradas civiles.

²⁹ V., más adelante, Sección II.3.b) y, con respecto a los contratistas privados, Sección III.2.

³⁰ R H IV, art. 2; CG III, art. 4.6. V. también la remisión al artículo 4.6 del CG III en el artículo 50.1 del P I.

4. CONCLUSIÓN

A los efectos del principio de distinción en un conflicto armado internacional, todas las personas que no son miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto ni participan en un levantamiento en masa son personas civiles y, por lo tanto, tienen derecho a protección contra los ataques directos, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. Para determinar la calidad de miembro de una milicia y de un cuerpo de voluntarios constituidos de forma irregular –incluido un movimiento de resistencia organizado– que pertenezcan a una parte en conflicto, se aplicarán los mismos criterios funcionales que se aplican a los grupos armados organizados en un conflicto armado no internacional.

II. EL CONCEPTO DE PERSONA CIVIL EN UN CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL

A los efectos del principio de distinción en un conflicto armado no internacional, todas las personas que no son miembros de las fuerzas armadas estatales o de los grupos armados organizados de una parte en conflicto son personas civiles y, por consiguiente, tienen derecho a protección contra los ataques directos, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. En un conflicto armado no internacional, los grupos armados organizados constituyen las fuerzas armadas de una parte no estatal en conflicto y están integrados solo por personas cuya función continua es participar directamente en las hostilidades (“función continua de combate”).

1. CARÁCTER MUTUAMENTE EXCLUYENTE DE LOS CONCEPTOS DE PERSONA CIVIL, FUERZAS ARMADAS Y GRUPOS ARMADOS ORGANIZADOS

a) Falta de definiciones expresas en el derecho convencional

El DIH convencional que rige los conflictos armados no internacionales utiliza los términos “civiles”, “fuerzas armadas” y “grupos armados organizados” sin definirlos expresamente. Por consiguiente, estos conceptos deben ser interpretados de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuírseles en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del DIH.³¹

Aun cuando está generalmente reconocido que los miembros de las fuerzas armadas estatales en un conflicto armado no internacional no tienen derecho al estatuto de civiles, ni el derecho de los tratados, ni la práctica de los Estados, ni la jurisprudencia internacional han zanjado de forma inequívoca si lo mismo se aplica a los miembros de grupos armados organizados (i. e. las fuerzas armadas de partes no estatales en un conflicto armado).³² Dado que, según el derecho interno, los grupos armados organizados no tienen, por lo general, derecho al estatuto de fuerzas armadas regulares, podría ser fácil concluir que la calidad de miembro de esos grupos es simplemente una forma

31 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, art. 31.1.

32 V. *DIH consuetudinario* (v., más arriba, nota 7), Vol. I, pp. 21 y 22.

continua de participación directa de personas civiles en las hostilidades. Por lo tanto, podría considerarse que los miembros de grupos armados organizados son personas civiles que, debido a su continua participación directa en las hostilidades, pierden la protección contra los ataques directos mientras dure su calidad de miembros de esos grupos. Sin embargo, este enfoque menoscabaría gravemente la integridad conceptual de las categorías de personas en que se basa el principio de distinción, sobre todo porque crearía partes en conflictos armados no internacionales cuya totalidad de fuerzas armadas seguiría siendo parte de la población civil.³³ Como ponen de manifiesto la letra y la lógica del artículo 3 común a los CG I-IV y del Protocolo adicional II (P II), las personas civiles, las fuerzas armadas y los grupos armados organizados de las partes en conflicto son categorías que se excluyen mutuamente también en un conflicto armado no internacional.

b) Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra

Aun cuando, en general, no se considera que el artículo 3 común a los CG I-IV rige la conducción de las hostilidades, su texto autoriza a sacar ciertas conclusiones en relación con la distinción genérica entre fuerzas armadas y población civil en un conflicto armado no internacional. En especial, el artículo 3 común dispone que “cada una de las partes en conflicto” deberá otorgar protección a “[l]as personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate”³⁴. Por consiguiente, tanto los Estados como las partes no estatales en conflicto tienen fuerzas armadas, por oposición a la población civil.³⁵ Este pasaje también deja claro que se considera que los miembros de esas fuerzas armadas, por oposición a otras personas, “no participan directamente en las hostilidades” solo cuando ya no desempeñan su función de combate (“han depuesto las armas”) o han sido puestas fuera de combate; la mera suspensión de un combate es insuficiente. Por lo tanto, en el

33 En cuanto al peligro de no limitar el concepto de participación directa en las hostilidades a actos específicos, v. también, más adelante, Sección IV.2. Durante las reuniones de expertos, el enfoque basado en la continua participación directa en las hostilidades fue criticado porque difuminaba la distinción que se hace en DIH entre la pérdida de la protección en razón de la conducta (civiles) y en razón del estatus o función (miembros de fuerzas armadas o grupos armados organizados). V. *Background Doc. DPH 2004*, p. 36; *Background Doc. DPH 2005*, WS IV-V, p. 10; *Report DPH 2005*, pp. 44, 48, 50. V. también los debates en *Report DPH 2006*, pp. 20 y ss.; *Report DPH 2008*, pp. 46 y ss.

34 CG I-IV, art. 3.

35 Según el *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 sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios* (Bogotá, CICR y Plaza y Janés, 2001) (En adelante, *Comentario P II y artículo 3 CG*), p. 338: “De manera general, hay que admitir que los conflictos a los que se refiere el artículo 3 son conflictos armados caracterizados por hostilidades en las que se enfrentan *fuerzas armadas*. En suma nos encontramos ante un conflicto que presenta muchos de los aspectos de una guerra internacional [...]”.

artículo 3 común a los CG I-IV se sobreentiende un concepto de persona civil que incluye a las personas “que no llevan armas” en nombre de una parte en conflicto.³⁶

c) Protocolo adicional II

A pesar de que el ámbito de aplicación del P II³⁷ es mucho más restringido que el del artículo 3 común a los CG I-IV, y de que los términos empleados en su texto son diferentes, la categorización genérica de personas es la misma en los dos instrumentos.³⁸ Durante la Conferencia Diplomática de 1974-1977, el texto de la definición de civil incluida en el proyecto de artículo 25, párrafo 1, del P II, era “cualquier individuo que no pertenezca a las fuerzas armadas ni a un grupo armado organizado”³⁹. Aunque se descartó este artículo junto con la mayoría de las otras disposiciones sobre la conducción de las hostilidades en un intento final por “simplificar” el Protocolo, el texto final sigue reflejando el concepto de civil que se propuso inicialmente. De conformidad con el Protocolo, las “fuerzas armadas”, las “fuerzas armadas disidentes”, y “otros grupos armados organizados” tienen la función y la capacidad de “realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”⁴⁰, mientras que “la población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares” que lleven a cabo esas fuerzas “salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”⁴¹.

d) Conciliación terminológica

En el P II, el término “fuerzas armadas” está limitado a las fuerzas armadas estatales, y con las expresiones “fuerzas armadas disidentes” u “otros grupos armados organizados” se alude a las fuerzas armadas de partes no estatales. La noción de “fuerzas armadas” en el artículo 3 común

36 Según Pictet (ed.), *Comentario P II y artículo 3 CG*, p. 343: “el artículo 3 tiene un ámbito de aplicación sumamente amplio y concierne tanto a los miembros de las fuerzas armadas como a las personas que no toman parte en las hostilidades. Pero, en el caso presente, queda claro que a quienes se aplica este artículo es ante todo a las personas civiles, es decir, a quienes no llevan armas”.

37 En 1 de noviembre de 2008, 164 Estados eran Partes en el P II.

38 En cuanto al restringido umbral de aplicación del Protocolo adicional II, v. P II, art. 1.1.

39 El proyecto de artículo 25.1 del P II fue aprobado por consenso por la Comisión III el 4 de abril de 1975 (Actas, Vol. XV, p. 322, CDDH/215/Rev.1). V. también el comentario del CICR (octubre de 1973) sobre la versión original del art. 25.1 del Proyecto de P II presentado a la Conferencia Diplomática de 1974 a 1977: “[...] sont considérés comme civils tous les êtres humains qui se trouvent sur le territoire d’une Partie contractante où se déroule un conflit armé au sens de l’article premier et qui ne font pas partie des forces armées ou groupes armés”.

40 P II, art. 1.1.

41 P I, art. 13.1 y 13.3). Esta interpretación se basa también en los contextos respectivos en que el Protocolo se refiere a “personas civiles” (P II, arts. 13, 14 y 17) y a “población civil” (P II, Título IV; P II, arts. 5.1 b) y e, 13, 14, 15, 17 y 18).

a los CG I-IV, por lo demás, incluye a las tres categorías yuxtapuestas en el artículo 1, párrafo 1, del P II, a saber, fuerzas armadas estatales, fuerzas armadas disidentes y otros grupos armados organizados. Por consiguiente, del mismo modo que en las situaciones de conflicto armado internacional, el concepto de persona civil en un conflicto armado no internacional se delimita de forma negativa mediante la definición de “fuerzas armadas” (art. 3 común a los CG I-IV) o, según la terminología del P II, de “fuerzas armadas” estatales, “fuerzas armadas disidentes” y “otros grupos armados organizados”.⁴² Para los fines de esta Guía, se empleará el término “fuerzas armadas estatales” para las fuerzas armadas de los Estados Partes en un conflicto armado no internacional, mientras que para las fuerzas armadas de partes no estatales se utilizará el término “grupos armados organizados”.⁴³ Mientras no se indique otra cosa, el concepto de “grupo armado organizado” incluye tanto a las “fuerzas armadas disidentes” como a “otros grupos armados organizados” (P II, art. 1.1).

2. FUERZAS ARMADAS ESTATALES

a) Concepto básico

Nada deja presumir que los Estados Partes contratantes en los dos Protocolos adicionales desearan definiciones diferentes de “fuerzas armadas estatales” en situaciones de conflicto armado internacional y no internacional. Según los trabajos preparatorios del P II, la finalidad del concepto de fuerzas armadas de una Alta Parte Contratante en el artículo 1, párrafo 1, del P II, era que ese fuera lo suficientemente amplio como para incluir a los actores armados que, según el derecho interno, no forman parte, obligatoriamente, de la noción de fuerzas armadas, tales como los miembros de la Guardia Nacional, Carabineros y fuerzas de Policía, siempre que, de hecho, asuman la función de fuerzas armadas.⁴⁴ De este modo, de forma comparable con el concepto de fuerzas

42 Como lo afirma el TPIY, *Prosecutor v. Martić*, Causa No. IT-95-11-A, Sentencia del 8 de octubre de 2008, §§ 300-302. Esta opinión predominó también durante las reuniones de expertos (v. *Report DPH 2005*, pp. 43 y s.; *Report DPH 2006*, pp. 20 y ss.; *Report DPH 2008*, pp. 46 y ss.).

43 Obsérvese que el concepto de grupo armado organizado se utiliza también en el DIH relativo a los conflictos armados internacionales para describir a los actores armados organizados que no son las fuerzas armadas regulares que operan bajo un mando responsable de una parte en conflicto y, por consiguiente, cumplen las condiciones de calidad de miembro de las fuerzas armadas de esa parte (P I, art. 43.1; v., más arriba, Sección I).

44 V. *Comentario P II y artículo 3 CG* (v., más arriba, nota 35), § 4462: “Hay que entender la expresión ‘fuerzas armadas’ de la Alta Parte Contratante en su acepción más amplia. En efecto, se la ha escogido de preferencia a otras propuestas –como fuerzas armadas regulares, por ejemplo– con el fin de cubrir todas las fuerzas armadas, también aquellas que ciertas legislaciones nacionales no incluirían en la noción de ejército (Guardia Nacional, Carabineros, fuerzas de Policía y cualquier otro organismo similar)”, remisión a las Actas, Vol. X, p. 96, CDDH/I/238/Rev.1. Respecto a la eventual calidad de las fuerzas de Policía como miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto, v. también el debate en *Report DPH 2005*, p. 11; *Report DPH 2006*, pp. 43, 52 y s.; *Report DPH 2008*, pp. 54, 64, 68.

armadas en el P I, las fuerzas armadas estatales según el P II incluyen tanto a las fuerzas armadas regulares como a otros grupos o unidades organizados bajo la dirección de un mando responsable ante el Estado.⁴⁵

b) Determinación de la calidad de miembro

Al menos por lo que a las fuerzas armadas regulares se refiere, la calidad de miembro de las fuerzas armadas estatales está generalmente regulada en el derecho interno y se expresa mediante su integración formal en unidades permanentes distinguibles por sus uniformes, insignias y equipamiento. Lo mismo se aplica cuando se incorporan unidades armadas de policía, de guardafronteras o de fuerzas uniformadas análogas en las fuerzas armadas. Los miembros de fuerzas constituidas regularmente no son civiles, sea cual fuere la conducta personal o la función que asuman en las fuerzas armadas. A los efectos del principio de distinción, la calidad de miembro de las fuerzas armadas regulares estatales cesa, y se recupera la protección como persona civil, cuando un miembro deja el servicio activo y se reintegra en la vida civil, sea por el cese total en el cargo que desempeñaba, sea por el cese como reservista movilizable. Del mismo modo que en un conflicto armado internacional, la calidad de miembro de fuerzas armadas estatales irregulares –tales como milicias o grupos de voluntarios o paramilitares– generalmente no está reglamentada en el derecho interno y puede ser determinada de modo fiable si se utilizan los mismos criterios funcionales que se aplican a los grupos armados organizados de partes no estatales en conflicto.⁴⁶

3. GRUPOS ARMADOS ORGANIZADOS

a) Concepto básico

Los grupos armados organizados que pertenecen a una parte no estatal en un conflicto armado incluyen tanto a las fuerzas armadas disidentes como a otros grupos armados organizados. Las fuerzas armadas disidentes constituyen, esencialmente, una parte de las fuerzas armadas de un

45 Según Bothe et al., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (La Haya, Martinus Nijhoff, 1982), p. 672, los términos “organizado” y “bajo un mando responsable” en el artículo 1, párrafo 1, del P II, “por inferencia [...] reconocen las condiciones esenciales prescritas en el artículo 43 del Protocolo I: que las fuerzas armadas tengan un nexo con una de las partes en conflicto, que estén organizadas, y que estén bajo un mando responsable”.

46 V., más arriba, Sección I.2.c) y, más adelante, Sección II.3.b).

Estado que se ha vuelto en contra del Gobierno.⁴⁷ Otros grupos armados organizados reclutan a sus miembros sobre todo entre la población civil, pero el grado de organización militar que alcanzan es suficiente para conducir las hostilidades en nombre de una parte en conflicto, aunque no siempre con los mismos medios, intensidad y nivel tecnológico que las fuerzas armadas estatales.

En los dos casos, para proteger a la población civil es esencial distinguir a una parte no estatal en un conflicto (v. g., un movimiento de insurgencia, rebelión o secesión) de sus fuerzas armadas (i. e., un grupo armado organizado).⁴⁸ Del mismo modo que las partes estatales en un conflicto armado, las partes no estatales están formadas por fuerzas combatientes y por segmentos de la población civil que les prestan apoyo, como las alas política y humanitaria. El término “grupo armado organizado”, sin embargo, se refiere exclusivamente al ala armada o militar de una parte no estatal, es decir, a sus fuerzas armadas en el sentido funcional. Esta distinción tiene importantes consecuencias para la determinación de la calidad de miembro de un grupo armado organizado por oposición a otras formas de afiliación o apoyo a una parte no estatal en conflicto.

b) Determinación de la calidad de miembro

Fuerzas armadas disidentes. Aunque los miembros de las fuerzas armadas disidentes dejan de ser miembros de las fuerzas armadas estatales, no se convierten en civiles por el mero hecho de que se han puesto en contra del propio Gobierno. Al menos en la medida y durante el tiempo que permanezcan organizadas según la estructura de las fuerzas armadas a las que antes pertenecían, esta estructura también debería seguir determinando su calidad personal de miembros de las fuerzas armadas disidentes.

Otros grupos armados organizados. El concepto de calidad de miembro de grupos armados organizados que no sean fuerzas armadas disidentes plantea más dificultades. La calidad de miembro de estos grupos constituidos de forma irregular no está estipulada en el derecho interno. Pocas veces queda formalizada mediante un acto de integración que

⁴⁷ V. *Comentario P II y artículo 3 CG* (v., más arriba, nota 35), § 4460.

⁴⁸ A pesar de que el artículo 1 del P II se refiere a los conflictos armados “entre” fuerzas armadas estatales y fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados, las partes propiamente dichas en este tipo de conflicto son, sin duda alguna, la Alta Parte Contratante y la parte no estatal adversaria y no sus respectivas fuerzas armadas.

no sea asumir una función para el grupo; además, no es ostensible sistemáticamente mediante uniformes, signos distintivos fijos o tarjetas de identidad. En vista de la amplia variedad de contextos culturales, políticos y militares en que operan los grupos armados organizados, puede haber varios grados de afiliación a esos grupos que no necesariamente significan “calidad de miembro” en el sentido del DIH. La afiliación puede depender, según el caso, de una elección individual, de un reclutamiento involuntario o de nociones más tradicionales de clan o familia.⁴⁹ En la práctica, la falta de formalidad y el carácter clandestino de las estructuras de casi todos los grupos armados organizados, así como la flexibilidad de la calidad de miembro hacen que sea especialmente difícil hacer una distinción entre una parte no estatal en un conflicto y sus fuerzas armadas.

Como se ha señalado más arriba, el concepto de grupo armado organizado se refiere, según las disposiciones de DIH que rigen los conflictos armados no internacionales, a las fuerzas armadas no estatales en un sentido estrictamente funcional. Para los fines prácticos del principio de distinción, por consiguiente, la calidad de miembro de esos grupos no puede depender de una adscripción abstracta, de vínculos familiares, o de cualquier otro criterio que pueda ocasionar errores, arbitrariedades o abusos. Por el contrario, la calidad de miembro debe depender de si la función continua que asume una persona corresponde a la que todo el grupo ejerce de forma colectiva, es decir, la conducción de las hostilidades en nombre de una parte no estatal en un conflicto.⁵⁰ Por consiguiente, según el DIH, el criterio decisivo para que exista la calidad de miembro en un grupo armado organizado es que una persona asuma una función continua para el grupo y que esa comprenda su participación directa en las hostilidades (en adelante, “función continua de combate”).⁵¹ La función continua de combate no conlleva *de jure* que se tiene derecho al privilegio de combatiente,⁵² sino que distingue a los

49 *Background Doc. DPH 2005*, WS IV V, P. 15.

50 En cuanto a la índole colectiva o individual de la función continua de combate, v. *Report DPH 2008*, pp. 55 y ss.

51 Respecto a la consideración de una conducta como participación directa en las hostilidades, v., más adelante, Sección V.

52 El privilegio de combatiente, a saber, el derecho a participar directamente en las hostilidades con inmunidad contra los enjuiciamientos estipulados en el derecho interno por actos de guerra lícitos, se asigna únicamente a los miembros de las fuerzas armadas de las partes en un conflicto armado internacional (excepto al personal sanitario y religioso), así como a los participantes en un levantamiento en masa (RH IV, arts. 1 y 2; PI, art. 43.1). A pesar de que todos los combatientes privilegiados tienen derecho a participar directamente en las hostilidades, no tienen obligatoriamente una función que así lo exija (v. g., cocineros, personal administrativo). En cambio, las personas que asumen una función continua de combate sin formar parte de las categorías privilegiadas de personas, carecen del derecho a gozar del privilegio de combatientes también en el caso de un conflicto armado no internacional, según lo dispuesto en el DIH (V. también, más adelante, Sección X).

miembros de las fuerzas combatientes organizadas de una parte no estatal de las personas civiles que participan directamente en las hostilidades solo de forma espontánea, esporádica o no organizada o que asumen funciones exclusivamente políticas, administrativas o cualquier otra función que no sea de combate.⁵³

La función continua de combate exige una integración duradera en un grupo armado organizado que actúe como las fuerzas armadas de una parte no estatal en un conflicto armado. Por lo tanto, los individuos cuya función continua consista en la preparación, realización o comisión de actos u operaciones que equivalgan a una participación directa en las hostilidades asumen una función continua de combate. Se puede considerar que las personas reclutadas, formadas y equipadas por un grupo de ese tipo para participar de forma continua y directa en las hostilidades en su nombre asumen una función continua de combate incluso antes de que cometan un acto hostil. Se debe distinguir este caso del de las personas que puedan ser equiparadas a reservistas que, después de un período de formación básica o de actuar como miembros activos, dejan el grupo armado y se reintegran a la vida civil. Esos “reservistas” son civiles hasta que se les pida, y mientras no se les pida, ejercer de nuevo una función activa.⁵⁴

Las personas que acompañan o apoyan continuamente a un grupo armado organizado, pero cuya función no conlleve una participación directa en las hostilidades, no son miembros de ese grupo en el sentido del DIH. En cambio, siguen siendo civiles que asumen funciones de apoyo, similares a las de los contratistas privados y los empleados civiles que acompañan a las fuerzas armadas estatales.⁵⁵ Por lo tanto, reclutadores, formadores, financieros y propagandistas pueden contribuir de forma continua al esfuerzo general de guerra de una parte no estatal, pero no son miembros de un grupo armado organizado de esa parte, salvo si su función comprende actividades que signifiquen una participación directa en las hostilidades.⁵⁶

53 Durante las reuniones de expertos, predominó la opinión de que las personas cesan de ser civiles en el sentido del DIH mientras asuman continuamente una función que implique una participación directa en las hostilidades (“función continua de combate”) en nombre de un grupo armado organizado que pertenezca a una parte en un conflicto armado no internacional (*Expert Paper DPH 2004* (Prof. M. Bothe); *Report DPH 2005*, pp. 43 y s., 48 y ss., 53 y ss., 63 y ss., 82 y s.; *Report DPH 2006*, pp. 9 y ss., 20 y ss., 29 32, 66 y s.; *Report DPH 2008*, pp. 46-60).

54 V. también, más arriba, Secciones I.2.c) y II.2.b) y, en un contexto más general, v., más adelante, Sección VII.2.

55 V., más adelante, Sección III.

56 En cuanto a considerar como participación directa el hecho de reclutar y formar, financiar y hacer propaganda, v., más adelante, Secciones V.2 a) y b) y VI.1.

Lo mismo se aplica a las personas cuya función se limita a comprar, contrabandear, manufacturar y mantener armas y otros equipamientos fuera del ámbito de operaciones militares específicas o a recoger información de inteligencia que no tenga un carácter táctico.⁵⁷ Aunque esas personas pueden acompañar a grupos armados organizados y prestar un apoyo sustancial a una parte en un conflicto, no asumen una función continua de combate y, a los efectos del principio de distinción, no pueden ser considerados miembros de un grupo armado organizado.⁵⁸ Como personas civiles, se benefician de protección contra los ataques directos salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación; sin embargo, sus actividades o su ubicación puedan exponerlos a un mayor riesgo de morir o de resultar heridos de forma incidental.

En la práctica, el principio de distinción debe ser aplicado basándose en una información que se pueda obtener de forma factible y que se pueda considerar razonablemente fiable en las circunstancias del caso. La función continua de combate puede ser expresada ostensiblemente mediante el uso de uniformes, signos distintivos o algunas armas. Sin embargo, también puede ser determinada basándose en un comportamiento concluyente; por ejemplo, cuando una persona participa directamente de forma reiterada en las hostilidades para apoyar a un grupo armado organizado en circunstancias que indican que esa conducta constituye una función continua y no una acción espontánea, esporádica o temporal que se asume durante la duración de una operación concreta. Cualesquiera que sean los criterios que se apliquen para dar cumplimiento al principio de distinción en un contexto concreto deben permitir que se haga una distinción de forma fiable entre los miembros de las fuerzas armadas de una parte no estatal en conflicto y las personas civiles que no participan directamente en las hostilidades, o que participan solo de forma espontánea, esporádica o no organizada.⁵⁹ Como se indica más adelante, esa determinación está supeditada a todas las precauciones factibles y a la presunción de protección en caso de duda.⁶⁰

57 En cuanto a considerar como participación directa en las hostilidades los hechos de comprar, contrabandear, transportar, manufacturar y mantener armas, explosivos y equipamiento, así como recoger y entregar información de inteligencia, v., más adelante, Sección V.1 a) y V.2 a), b) y g) y Sección VI.1.

58 Tal falta de "calidad de miembro" no excluye, por supuesto, el hecho de que las personas civiles que apoyan a los grupos armados organizados sean responsables penalmente, de conformidad con el derecho interno, por las actividades que desplieguen y, en el caso de crímenes internacionales, también en virtud del derecho internacional. V., más adelante, Sección X.

59 V. también *Report DPH 2006*, pp. 25 y ss.; *Report DPH 2008*, pp. 49-57.

60 V., más adelante, Sección VIII.

4. CONCLUSIÓN

A los efectos del principio de distinción en un conflicto armado no internacional, todas las personas que no son miembros de las fuerzas armadas estatales o de los grupos armados organizados de una parte en conflicto son personas civiles y, por consiguiente, tienen derecho a protección contra los ataques directos, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. En un conflicto armado no internacional, los grupos armados organizados constituyen las fuerzas armadas de una parte no estatal en conflicto y están integrados solo por personas cuya función continua es participar directamente en las hostilidades (“función continua de combate”).

III. CONTRATISTAS PRIVADOS Y EMPLEADOS CIVILES

Los contratistas privados y los empleados de una parte en un conflicto armado que sean civiles (v., más arriba, apartados I y II) tienen derecho a protección contra los ataques directos, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. Sus actividades o su ubicación, sin embargo, pueden exponerlos a un mayor riesgo de morir o de resultar heridos de forma incidental, aunque no participen directamente en las hostilidades.

1. DIFICULTADES CONCRETAS EN RELACIÓN CON LOS CONTRATISTAS PRIVADOS Y LOS EMPLEADOS CIVILES

En las últimas décadas, ha aumentado la frecuencia con que diferentes partes en conflictos armados emplean a contratistas privados y a empleados civiles en diversas funciones tradicionalmente desempeñadas por militares.⁶¹ En términos generales, para determinar si los contratistas privados y los empleados de una parte en un conflicto armado son civiles en el sentido del DIH y si participan directamente en las hostilidades, se utilizarán los mismos criterios que se aplican a cualquier otra persona civil.⁶² Dada la tarea especial que ejercen esas personas, es necesario hacer esa determinación con especial cuidado y teniendo debidamente en cuenta la proximidad geográfica y organizativa de muchos contratistas privados y empleados civiles a las fuerzas armadas y las hostilidades.

Cabe señalar que la finalidad de la distinción entre personas civiles y miembros de las fuerzas armadas no es necesariamente del mismo tenor en el derecho interno y el derecho internacional. De conformidad con las legislaciones nacionales, la calidad de miembro de las fuerzas armadas puede tener consecuencias en el ámbito administrativo, jurisdiccional y otros que no afectan al principio de distinción en la conducción de las hostilidades. De conformidad con el DIH, las principales consecuencias de la calidad de miembro de las fuerzas armadas son la exclusión de la

61 Esta tendencia es la razón por la cual el Gobierno suizo tomó la iniciativa, en cooperación con el CICR, de abordar la cuestión de las compañías militares y de seguridad. El resultado de la iniciativa es un documento consensuado por 17 Estados participantes, titulado "Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados", A/63/467-S/2008/636, 6 de octubre de 2008.

62 En cuanto al concepto de persona civil, v., más arriba, Secciones I y II. En cuanto al concepto de participación directa en las hostilidades, v., más adelante, Secciones IV-VI.

categoría de personas civiles y, en un conflicto armado internacional, el derecho a participar directamente en las hostilidades en nombre de una parte en conflicto (privilegio de combatiente). En los casos en que se trate de definir los conceptos de persona civil y de fuerzas armadas a los efectos de la conducción de las hostilidades, las normas pertinentes serán las del DIH.⁶³

Los contratistas privados y los empleados civiles actualmente activos en los conflictos armados no están incorporados, en su mayoría, en las fuerzas armadas estatales y asumen funciones que claramente no implican una participación directa en las hostilidades en nombre de una parte en conflicto (i. e. no desempeñan una función continua de combate).⁶⁴ Por consiguiente, según lo dispuesto en el DIH, están incluidos, en general, en la definición de personas civiles.⁶⁵ Aun cuando esto les da derecho a gozar de protección contra los ataques directos, su proximidad a las fuerzas armadas y a otros objetivos militares, puede exponerlos más que a otras personas civiles a los peligros procedentes de las operaciones militares, como el riesgo de morir o de sufrir heridas de forma incidental.⁶⁶

En algunos casos, sin embargo, puede ser sumamente difícil determinar el carácter civil o militar de la actividad de un contratista. Por ejemplo, no es fácil discernir la diferencia entre defensa del personal militar y de otros objetivos militares contra ataques del enemigo (participación directa en las hostilidades) y protección de ese mismo personal y de esos mismos bienes contra delitos o violencia sin relación con las hostilidades (mantenimiento del orden público / defensa propia o de otros). Por lo tanto, es especialmente importante en este contexto observar las normas generales del DIH sobre las precauciones y las presunciones en situaciones de duda.⁶⁷

2. CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL

Nunca se pensó en que las personas civiles, incluidas las que están oficialmente autorizadas a acompañar a las fuerzas armadas y que tienen derecho a gozar del estatuto de prisionero de guerra tras la captura, participaran directamente en las hostilidades en nombre de una parte

63 *V. Report DPH 2005*, pp. 74 y s.

64 En cuanto al concepto de función continua de combate, v., más arriba, Sección II.3.b).

65 *Report DPH 2005*, p. 80.

66 *Report DPH 2006*, pp. 34 y s.

67 V., más adelante, Sección VIII.

en conflicto.⁶⁸ Mientras los contratistas privados y los empleados civiles no estén incorporados en las fuerzas armadas, no dejan de ser civiles simplemente porque acompañan a las fuerzas armadas y/o asumen funciones distintas a la conducción de las hostilidades que tradicionalmente hubieran sido desempeñadas por personal militar. En el caso de que participen directamente en las hostilidades sin la autorización expresa o tácita del Estado Parte en conflicto, siguen siendo civiles y pierden la protección contra los ataques directos mientras dure su participación directa.⁶⁹

Se llega obligatoriamente a una conclusión diferente por lo que respecta a los contratistas y a los empleados civiles que, para todos los fines y objetos, son incorporados en las fuerzas armadas de una parte en conflicto, sea mediante un procedimiento oficial de conformidad con el derecho interno, sea *de facto* porque se les ha asignado una función continua de combate.⁷⁰ De conformidad con el DIH, esos se convierten en miembros de una fuerza, una unidad o un grupo armado organizado, bajo un mando responsable ante una parte en conflicto y, a los fines del principio de distinción, dejan de ser considerados personas civiles.⁷¹

3. CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL

Las anteriores observaciones se aplican también, *mutatis mutandis*, a los conflictos armados no internacionales. Por consiguiente, durante el tiempo que los contratistas privados asuman una función continua de combate en

68 Entre las categorías de personas que tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra según el artículo 4, párrafos 1 a 6, del CG III, las que figuran en el artículo 4, párrafo 4, del CG III (civiles que acompañan a las fuerzas armadas) y el artículo 4, párrafo 5, del CG III (tripulantes civiles de la marina mercante o de la aviación civil) son civiles (P I, art. 50.1). Como cualquier otra persona civil, están excluidas de las categorías que tienen derecho al privilegio de combatiente, que son, concretamente, los miembros de las fuerzas armadas y los participantes en un levantamiento en masa (P I, arts. 43, párrs. 1 y 2, y 50.1; R H IV, arts. 1 y 2); por consiguiente, no tienen derecho a participar directamente en las hostilidades y, si lo hacen, no están exentas de enjuiciamientos internos. V. también, más adelante, Sección X, así como el breve debate incluido en *Report DPH 2006*, pp. 35 y 36.

69 *Report DPH 2005*, p. 82.

70 En cuanto al concepto de función continua de combate, v., más arriba, Sección II.3.b). En cuanto a la determinación funcional subsidiaria de la calidad de miembro, especialmente en un conflicto armado internacional, v., más arriba, Sección I.2.c).

71 El punto de vista que predominó durante las reuniones de expertos fue que, para los fines de la conducción de las hostilidades, los contratistas privados y los empleados civiles autorizados por el Estado a participar directamente en las hostilidades en su nombre dejaban de ser civiles para convertirse en miembros de sus fuerzas armadas de conformidad con lo dispuesto en el DIH, aunque la incorporación no fuera oficial. Se señaló que, desde las históricas patentes de corso y represalia que se extendían a los corsarios hasta el actual privilegio de combatiente, se había considerado que la participación directa en las hostilidades con la autoridad de un Estado era legítima y que, como tal, estaba exenta de enjuiciamientos penales internos. V. *Report DPH 2006*, pp. 4 y s.; *Report DPH 2004*, pp. 11 y ss., 14; *Expert Paper DPH 2004* (Prof. M. Schmitt), pp. 8 y ss.; *Report DPH 2005*, pp. 74 y ss. y 80 y s.; *Background Doc. DPH 2005*, WS VIII IX, p. 17.

nombre de un grupo armado organizado que pertenezca a una parte no estatal, se convierten en miembros de ese grupo.⁷² En teoría, las compañías militares privadas podrían llegar a ser partes no estatales independientes en un conflicto armado no internacional.⁷³ Sin embargo, los contratistas privados y los empleados civiles que no sean miembros de fuerzas armadas estatales ni miembros de grupos armados organizados, deben ser considerados personas civiles; por lo tanto, están protegidos contra los ataques directos salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

4. CONCLUSIÓN

Para saber si los contratistas privados y los empleados de una parte en un conflicto armado son civiles en el sentido del DIH y si participan directamente en las hostilidades, se recurrirá a los mismos criterios que se aplican a cualquier otra persona civil. Dada la proximidad geográfica y organizativa de ese personal a las fuerzas armadas y a las hostilidades, se tendrá especial cuidado cuando se haga esa determinación. Las personas que pueden ser consideradas civiles tienen derecho a protección contra los ataques directos salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación, aunque sus actividades y su ubicación puedan exponerlos a un mayor riesgo de sufrir heridas o de morir de forma incidental. Esto no excluye la posibilidad de que, para fines distintos a la conducción de las hostilidades, el derecho interno regule el estatuto de los contratistas privados y empleados civiles de forma diferente al DIH.

72 V. *Report DPH 2005*, pp. 81 y 82.

73 *Ibid.*

B. EL CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

En el DIH convencional no existe una definición de participación directa en las hostilidades y no es posible deducir de la práctica estatal o de la jurisprudencia internacional una interpretación clara de ese concepto. Por consiguiente, la noción de participación directa en las hostilidades debe ser interpretada de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos que constituyen esta noción, en el contexto de estos y teniendo en cuenta el objeto y fin del DIH.⁷⁴

La noción de hostilidades dimanante del derecho convencional está intrínsecamente relacionada con las situaciones de conflicto armado internacional o no internacional.⁷⁵ Por lo tanto, el concepto de participación directa en las hostilidades no puede referirse a conductas que no tengan lugar en situaciones de conflicto armado, tales como las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, entre las cuales, los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos.⁷⁶ Además, incluso durante un conflicto armado, no todas las conductas forman parte de las hostilidades.⁷⁷ La finalidad de este capítulo es definir los criterios para determinar si una conducta particular puede ser considerada participación directa en las hostilidades y, llegado el caso, durante cuánto tiempo.

74 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, art. 31.1.

75 Se utiliza a menudo el concepto de hostilidades en los tratados que rigen las situaciones de conflicto armado internacional y no internacional, por ejemplo, en los siguientes contextos: ruptura de las hostilidades, conducción de las hostilidades, actos de hostilidad, personas que (no) participan en las hostilidades, efectos de las hostilidades, suspensión de las hostilidades, fin de las hostilidades. V. H III, título y art. 1; R H IV, título de la Sección II; CG I-IV, art. 3.1; CG I, art. 17; CG II, art. 33; CG III, título de la Sección II y arts. 21.3, 67, 118, 119; CG IV, arts. 49.2, 130, 133-135; P I, arts. 33, 34, 40, 43.2, 45, 47, 51.3, 59, 60 y Título IV, título de la Sección I; P II, arts. 4 y 13.3; Protocolo sobre los restos explosivos de guerra (Protocolo V de la Convención sobre ciertas armas convencionales – CCAC), arts. 3 1)-3) y 4.

76 Según el artículo 1.2 del P II, esas situaciones no son conflictos armados.

77 De hecho, puede surgir un conflicto armado sin que haya hostilidades, especialmente cuando hay una declaración de guerra o cuando se efectúa la ocupación de un territorio sin resistencia armada (CG I-IV, art. 2). Además, muchas disposiciones del DIH abordan asuntos diferentes a la conducción de las hostilidades; por ejemplo, el ejercicio del poder y autoridad sobre las personas y el territorio en poder de una parte en conflicto. V. también *Report DPH 2005*, pp. 13, 18 y s.

En la práctica, la participación de las personas civiles en las hostilidades puede adquirir diferentes formas y grados y tener lugar en una amplia variedad de contextos geográficos, culturales, políticos y militares. Por consiguiente, para determinar si una conducta particular constituye una participación directa en las hostilidades, hay que considerar debidamente las circunstancias que prevalecen en el momento y en el lugar en que esa ocurre.⁷⁸ Sin embargo, la importancia de las circunstancias propias de cada caso no deberían hacer perder de vista el hecho de que la participación directa en las hostilidades sigue siendo un concepto jurídico de flexibilidad limitada, que debe ser interpretado de un modo coherente y racional desde el punto de vista teórico, que refleje los principios fundamentales del DIH.

78 V. también, más adelante, Sección VIII. V., además, *Report DPH 2006*, pp. 25 y ss., 70 y ss.

IV. PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES COMO ACTO ESPECÍFICO

La noción de participación directa en las hostilidades se refiere a actos específicos ejecutados por personas como parte de la conducción de las hostilidades entre partes en un conflicto armado.

1. COMPONENTES BÁSICOS DE LA NOCIÓN DE PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

La noción de participación directa en las hostilidades comprende, esencialmente, dos elementos, a saber, “hostilidades” y “participación directa”.⁷⁹ Mientras que el concepto de “hostilidades” se refiere al recurso (colectivo) por las partes en conflicto a medios y métodos de causar daño al enemigo,⁸⁰ el de “participación” en las hostilidades se refiere a la implicación (individual) de una persona en esas hostilidades.⁸¹ Según el tipo y el grado de implicación, la participación individual en las hostilidades puede ser descrita como “directa” o “indirecta”. La noción de participación directa en las hostilidades dimana de la frase “que no participen directamente en las hostilidades” utilizada en el artículo 3 común a los CG I-IV. Si bien en los textos de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales en inglés se utilizan, respectivamente, las palabras “active” (activa)⁸² y “direct” (directa)⁸³, el uso continuo en el texto igualmente auténtico de los Protocolos en español de la frase “*participan/participen directamente*” demuestra que los términos “direct” y “active” se refieren a la misma calidad y grado de participación individual en las hostilidades.⁸⁴ Además, como la noción de “participar

79 *Report DPH 2005*, p. 17; *Background Doc. DPH 2005*, WS II-III, p. 2.

80 V. R H IV, art. 22 (Sección II, De las “Hostilidades”). El derecho de los tratados no contiene una terminología uniforme respecto a la conducción de las hostilidades, sino que se refiere también a “hostilidades”, “guerra” (P I, Título III, Sección I y art. 35.1), “operaciones bélicas” (CG IV, art. 53), “operaciones militares” (P I, art. 51.1; P II, art. 13.1) o, simplemente, “operaciones” (P I, art. 48).

81 V. P I, arts. 43.2, 45 1) y 3), 51.3, 67.1.e); P II, art. 13.3.

82 CG I-IV, art. 3.

83 P I, arts. 43.2, 51.3, 67.1.e) y P II, art.13.3.

84 Ésta fue la opinión que predominó también durante las reuniones de expertos (*Report DPH 2005*, p. 29; *Report DPH 2006*, p. 62). El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) confirmó la sinonimia de las nociones de “active” and “direct” participation”: TPIR, *Prosecutor v. Akayesu*, Causa No. TPIR-96-4-T, Fallo del 2 de septiembre de 1998, § 629. A primera vista, puede pensarse que la Comisión Preparatoria para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional (CPI) suponía una distinción entre los términos “active” y “direct” en el contexto del reclutamiento de niños cuando explicaba que: “Las palabras ‘using’ y ‘participate’ han sido adoptadas para cubrir tanto la participación directa en los combates como la participación activa en actividades militares relacionadas con un combate”. En rigor, sin embargo, la Comisión hacía una distinción entre “combate” y “actividades militares relacionadas con un combate”, y no entre participación directa y activa.

directamente” en las hostilidades se utiliza de forma equivalente en los Protocolos adicionales I y II, ésta debería ser interpretada del mismo modo en un conflicto armado internacional y no internacional.⁸⁵

2. LIMITACIÓN A ACTOS ESPECÍFICOS

En el DIH convencional, la conducta personal que constituye parte de las hostilidades es descrita como participación directa en las hostilidades, que se trate de una persona civil o de un miembro de las fuerzas armadas.⁸⁶ Saber si las personas participan directamente en las hostilidades de forma espontánea, esporádica y no organizada o como parte de una función que asumen en nombre de una fuerza o de un grupo armado organizado que pertenece a una parte en conflicto puede ser decisivo para la determinación de su estatuto como civiles, pero no influye en modo alguno en el ámbito de la conducta que constituye participación directa en las hostilidades. Esto ilustra que la noción de participación directa en las hostilidades no se refiere al estatuto, función o afiliación de la persona, sino a su participación en actos hostiles específicos.⁸⁷ En esencia, se puede describir el concepto de hostilidades como la totalidad de los actos hostiles realizados por las personas que participan directamente en las hostilidades.⁸⁸

Cuando las personas civiles realizan actos hostiles de forma reiterada y persistente, se puede caer en la tentación de considerar, no solo que cada acto hostil es una participación directa en las hostilidades, sino incluso que esas personas mantienen la intención de realizar actos hostiles indeterminados en

85 Ésta fue la opinión que predominó también durante las reuniones de expertos (*Background Doc. DPH 2004*, p. 30; *Report DPH 2004*, pp. 15 y ss.; *Report DPH 2005*, p. 13). Por supuesto, esto no excluye que algunas consecuencias, especialmente en relación con la inmunidad judicial por haber participado directamente en las hostilidades, puedan estar reglamentadas de forma diferente para las distintas categorías de personas que intervienen en conflictos armados internacionales y no internacionales.

86 V. P. I, arts. 43.2, 51.3, 67.1.e); P II, art. 13.3.

87 Ésta fue también la opinión dominante durante las reuniones de expertos (v. *Report DPH 2004*, pp. 24 y s.; *Report DPH 2005*, pp. 17-24; *Report DPH 2006*, pp. 37 y s.; *Report DPH 2008*, pp. 33 y ss.).

88 Para los fines de esta Guía, la noción de acto “hostil” se refiere a un acto específico que se considera participación directa en las hostilidades. Según el *Comentario P I*, Tomo II (v., más arriba, nota 10), § 1943, “Al parecer, la palabra “hostilidades” no cubre solamente el tiempo en el que el civil utiliza de hecho un arma, sino también, por ejemplo, el tiempo durante el cual la lleva, así como las situaciones en las que el civil realiza actos hostiles sin emplear un arma”. Según Verri, *Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados* (Bogotá, Colombia, TM editores y CICR, 1998), p. 57, por el término “hostilidades” “se entiende los actos de violencia ejercidos por un beligerante contra un adversario a efectos de aniquilar su resistencia y de obligarlo a seguir su propia voluntad”, y Salmon, *Dictionnaire de droit international public* (Bruselas, Bruylant, 2001), p. 550 (hostilidades): “Conjunto de actos ofensivos o defensivos y de las operaciones militares ejercidas por un beligerante en el contexto de un conflicto armado”. V. también el uso del término “acto hostil” en los arts. 41.2 y 42.2 del P I. En cuanto al significado y la interrelación de las nociones de “hostilidades” y “actos hostiles”, v., asimismo, *Report DPH 2004*, pp. 24 y s.; *Report DPH 2005*, pp. 17-24; *Report DPH 2006*, pp. 37 y s.

el futuro.⁸⁹ Sin embargo, toda extensión del concepto de participación directa en las hostilidades a actos que no sean específicos anularía la distinción que se hace en el DIH contemporáneo entre *pérdida temporal de protección en razón de la actividad* (debido a la participación directa en las hostilidades), y *pérdida continua de la protección en razón del estatuto o de la función* (debido al estatuto de combatiente o a la función continua de combate).⁹⁰ En la práctica, confundir los distintos regímenes por los que el DIH rige la pérdida de la protección para las personas civiles y para los miembros de las fuerzas armadas estatales o los grupos armados organizados ocasionaría insuperables dificultades probatorias. Las personas que conducen las hostilidades ya tienen que hacer frente a la dificultad de distinguir entre civiles que cometen un acto hostil específico (participación directa en las hostilidades) y los que no, y entre estos dos grupos de personas y los miembros de grupos armados organizados (función continua de combate) y de fuerzas armadas estatales. En el plano operacional, sería imposible determinar con un grado de fiabilidad suficiente si las personas civiles que no se están preparando o no están realizando un acto hostil lo han hecho previamente de forma reiterada y persistente y si continúan teniendo la intención de hacerlo de nuevo. Basar en esos criterios especulativos la pérdida continua de la protección tendría como consecuencia inevitable ataques erróneos o arbitrarios contra las personas civiles, menoscabando con ello la protección a que estas personas tienen derecho y que constituye la esencia del DIH.⁹¹ Por lo tanto, de conformidad con el objeto y el fin del DIH, la interpretación del concepto de participación directa en las hostilidades debe limitarse a actos hostiles específicos.⁹²

3. CONCLUSIÓN

La noción de participación directa en las hostilidades se refiere a actos hostiles específicos ejecutados por personas como parte de la conducción de las hostilidades entre partes en un conflicto armado. Debe ser interpretada de la misma forma en situaciones de conflicto armado internacional y no internacional. Los términos convencionales de “directa” y “activa” indican la misma calidad y grado de participación individual en las hostilidades.

89 *Report DPH 2006*, pp. 28 y s.; *Report DPH 2008*, pp. 35-40. En cuanto a un razonamiento similar hecho en un reciente caso de jurisprudencia de derecho interno, v. TSJ de Israel, *PCATI v. Israel* (v., más arriba, nota 24), § 39.

90 V. también, más arriba, Sección II.3. En cuanto a la diferencia en el ámbito temporal de la pérdida de la protección para los actores armados organizados y las personas civiles, v., más adelante, Sección VII.

91 *Report DPH 2008*, pp. 36-42.

92 Ésta fue también la opinión que prevaleció durante las reuniones de expertos (v. *Report DPH 2006*, p. 38).

V. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

Para considerar un acto como participación directa en las hostilidades, deben cumplirse los requisitos acumulativos siguientes:

1. debe haber probabilidades de que el acto tenga efectos adversos sobre las operaciones militares o sobre la capacidad militar de una parte en un conflicto armado, o bien, de que cause la muerte, heridas o destrucción a las personas o los bienes protegidos contra los ataques directos (umbral de daño), y
2. debe haber un vínculo causal directo entre el acto y el daño que pueda resultar de ese acto o de la operación militar coordinada de la que el acto constituya parte integrante (causalidad directa) y
3. el propósito específico del acto debe ser causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra (nexo beligerante).

Los actos considerados como participación directa en las hostilidades deben cumplir tres requisitos acumulativos: (1) un umbral respecto al daño que probablemente el acto tenga como consecuencia, (2) una relación de causalidad directa entre el acto y el daño previsto y (3) un nexo beligerante entre el acto y las hostilidades entre las partes en un conflicto armado.⁹³ A continuación se examinarán estos elementos uno a uno, a pesar de que están estrechamente relacionados entre sí, y aun cuando existe la posibilidad de que se superpongan en algunos aspectos.

93 En cuanto a la índole acumulativa de estos requisitos, v. también *Report DPH 2006*, pp. 40 y s., 43 y ss., 49 y s.

1. UMBRAL DE DAÑO

Para que un acto específico alcance el umbral de daño exigido, debe haber probabilidades de que el acto tenga efectos adversos sobre las operaciones militares o sobre la capacidad militar de una parte en un conflicto armado, o bien, de que cause la muerte, heridas o destrucción a las personas o los bienes protegidos contra los ataques directos.

Para calificar un acto específico como participación directa en las hostilidades, el daño que pueda resultar del acto debe alcanzar cierto umbral.⁹⁴ Éste se puede alcanzar sea causando un daño de índole específicamente militar o causando la muerte, heridas o destrucción a las personas o los bienes protegidos contra los ataques directos. La calificación de un acto como participación directa no requiere la *materialización* del daño que alcance ese umbral sino simplemente la probabilidad objetiva de que el acto tenga como consecuencia ese daño. Por lo tanto, la determinación del umbral correspondiente debe basarse en el daño “probable”, es decir, en el daño que razonablemente se puede esperar que un acto tenga como consecuencia en las circunstancias del caso.⁹⁵

a) Tener efectos adversos sobre las operaciones militares o sobre la capacidad militar de una parte en un conflicto armado

Cuando razonablemente quepa esperar que un acto causará daños de *naturaleza* claramente *militar*, el requisito en relación con el umbral se cumplirá independientemente de la gravedad de los daños en términos cuantitativos. En este contexto, deberá interpretarse que los daños militares entrañan no solo el hecho de causar la muerte, heridas o destrucción al personal y los bienes militares,⁹⁶ sino fundamentalmente cualquier consecuencia adversa en las operaciones militares o la capacidad militar de una parte en conflicto.⁹⁷

⁹⁴ *Background Doc. DPH 2004*, pp. 27 y s.; *Background Doc. DPH 2005*, WS II-III, p. 6.

⁹⁵ *Background Doc. DPH 2004*, p. 25; *Report DPH 2005*, p. 33.

⁹⁶ El uso de armas o de otros medios para cometer actos de violencia contra el personal o el material de las fuerzas enemigas es probablemente el ejemplo de participación directa en las hostilidades que menos se ha prestado a controversias (*DIH consuetudinario* (v., más arriba, nota 7), Vol. I, norma 6, p. 22).

⁹⁷ Durante las reuniones de expertos, hubo un amplio consenso sobre el hecho de que causar daños de naturaleza militar como parte de las hostilidades no necesariamente suponía usar la fuerza armada o causar la muerte, heridas o destrucción (*Report DPH 2005*, p. 14), sino que incluía, esencialmente, “todos los actos que afectan adversamente o que tengan como objetivo afectar adversamente la consecución por parte del enemigo de su objetivo o finalidad militar” (*Report DPH 2005*, pp. 22 y s., 31). La preocupación expresada por algunos expertos de que el criterio de “tener efectos adversos sobre” las operaciones militares o la capacidad militar era demasiado amplio y vago y podía malinterpretarse como autorizar a matar a civiles sin necesidad militar alguna, se examina, más adelante, en la Sección IX (v. *Report DPH 2006*, pp. 41 y s.).

Por ejemplo, aparte de causar la muerte o heridas al personal militar y de causar daños materiales o funcionales a los bienes militares, las operaciones militares o la capacidad militar de una parte en conflicto pueden resultar afectadas adversamente por un sabotaje y otras actividades armadas o no, que restrinjan o perturben los despliegues, la logística o las comunicaciones. Los efectos adversos también pueden ser la consecuencia de la captura, o bien, del establecimiento o del ejercicio de control sobre personal militar, bienes y territorio en detrimento del adversario. Por ejemplo, impedir que el adversario haga un uso militar de algunos bienes, equipamiento y territorio,⁹⁸ vigilar a militares de la parte adversaria que hayan sido capturados para impedir que sean liberados por la fuerza (por oposición a ejercer autoridad sobre ellos),⁹⁹ y limpiar el terreno de las minas que el adversario haya colocado¹⁰⁰ alcanzarían el umbral exigido de daño. También podría bastar una interferencia electrónica en las redes informáticas militares, sea mediante ataques contra la red informática o la explotación de la red informática¹⁰¹, así como la interceptación de las líneas telefónicas de los altos mandos de la parte adversaria¹⁰² o la transmisión de información o inteligencia táctica en relación con los objetivos de un ataque.¹⁰³

98 *Report DPH 2005*, pp. 11, 29.

99 La opinión que predominó durante las reuniones de expertos fue que vigilar a personal militar capturado era un caso claro de participación directa en las hostilidades (*Background Doc. DPH 2004*, pp. 9; *Report DPH 2005*, pp. 15 y s.). Sin embargo, en la medida de lo posible, se debería hacer una distinción entre vigilar a los militares capturados como medio para impedir su liberación por el enemigo y el ejercicio de la autoridad administrativa, judicial y disciplinaria sobre ellos cuando estén en poder de una parte en conflicto, incluso en los casos de disturbios o evasiones, los cuales no son parte de una operación militar hostil. No se debatió este matiz durante las reuniones de expertos. V. también el debate sobre el "ejercicio del poder o autoridad sobre personas o territorio", más adelante, notas 163-165 y el texto que las acompaña.

100 *Report DPH 2005*, p. 31.

101 Los "ataques contra la red informática" han sido definidos, a título indicativo, como "operaciones para perturbar, denegar, deteriorar o destruir información contenida en ordenadores y en redes informáticas o los ordenadores y las redes mismos" (*Background Doc. DPH 2003*, pp. 15 y ss., con referencias) y pueden ser efectuados a larga distancia mediante ondas de radio o mediante redes de comunicación internacionales. Si bien no producen, necesariamente, daños materiales físicos directos, la consiguiente disfunción del sistema puede ser devastadora. La "explotación de la red informática", a saber, "la capacidad para obtener acceso a información almacenada en sistemas de información y la capacidad para utilizar el sistema mismo" (*ibid.*, con referencias), aunque su naturaleza no sea directamente destructiva, podría tener consecuencias militares igualmente importantes. Durante las reuniones de expertos, se consideró claramente que los ataques contra la red informática que causan un daño militar al adversario en una situación de conflicto armado formaban parte de las hostilidades (*Report DPH 2005*, p. 14).

102 V. *Report DPH 2005*, p. 29.

103 Durante las reuniones de expertos, se dio el ejemplo de una mujer civil que a menudo entraba a mirar en un edificio donde se habían resguardado algunas tropas para indicar la posición de éstas a las fuerzas de asalto enemigas. Se consideró que el criterio decisivo para considerar su conducta como participación directa en las hostilidades era la importancia de la información transmitida para la causalidad directa del daño y, por consiguiente, para la ejecución de una operación militar concreta. V. *Report DPH 2004*, p. 5.

Al mismo tiempo, no puede interpretarse que la conducta de un civil tiene efectos *adversos* sobre las operaciones militares o la capacidad militar de una parte en conflicto solo porque no tiene efectos *positivos*. Por lo tanto, el hecho de que un civil se niegue a colaborar con una parte en conflicto como informador, explorador o centinela no alcanzará el umbral necesario de daño sean cuales fueren los motivos de la negativa.

b) Causar la muerte, heridas o destrucción a las personas o los bienes protegidos contra los ataques directos

Los actos específicos pueden constituir parte de las hostilidades aun cuando no haya probabilidades de que tengan efectos adversos sobre las operaciones militares o la capacidad militar de una parte en conflicto. A falta de ese daño militar, sin embargo, debe haber probabilidades de que el acto específico cause, como mínimo, la muerte, heridas o destrucción.¹⁰⁴ Los ejemplos menos controvertidos de actos que pueden ser considerados como participación directa en las hostilidades aun a falta de daño militar son los ataques dirigidos contra las personas civiles y los bienes de carácter civil.¹⁰⁵ En el DIH, los ataques están definidos como “actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos”¹⁰⁶. La frase “contra el adversario” no especifica el objetivo, sino el nexa beligerante de un ataque;¹⁰⁷ por consiguiente, incluso los actos de violencia dirigidos específicamente contra personas civiles o bienes de carácter civil pueden llegar a constituir una participación directa en las hostilidades.¹⁰⁸ Por ejemplo, dado que existe la probabilidad de que los ataques de francotiradores contra personas civiles¹⁰⁹ y el bombardeo o el fuego de artillería contra localidades civiles o núcleos urbanos residenciales¹¹⁰ causen la muerte, heridas o destrucción a personas

104 Durante las reuniones de expertos, se consideró que se alcanza claramente el umbral de daño cuando pueda razonablemente esperarse que un acto cause daños físicos a las personas o los bienes, es decir, la muerte, heridas o destrucción (*Report DPH 2005*, pp. 30 y s.; *Background Doc. DPH 2004*, pp. 5 y s., 9 y s., 28).

105 Por ello, según la Sección III del Reglamento de La Haya (titulada “Hostilidades”) está prohibido “atacar o bombardear, cualquiera que sea el medio que se emplee, ciudades, aldeas, habitaciones o edificios que no estén defendidos” (R H IV, art. 25).

106 P I, art. 49.1. No debe confundirse el significado de ataques según el DIH (P I, art. 49.1) con el sentido que se da a esta palabra en el contexto de los crímenes contra la humanidad (V., más adelante, nota 167), o con ataques armados según el *ius ad bellum*, aspectos que no forman parte de este estudio.

107 Sobre el nexa beligerante, v., más adelante, Sección V.3. En cuanto a los debates sobre el proyecto de artículo 44 A del P I durante la Conferencia Diplomática de 1974 1977, v. CDDH/III/SR.11, pp. 93 y s.

108 Huelga decir que esos ataques están siempre prohibidos según el DIH por el que se rigen los conflictos armados internacionales y no internacionales. V., por ejemplo, P I, arts. 48 y 51 y P II, art. 13; *DIH consuetudinario* (v., más arriba, nota 7). Vol. I, norma 1.

109 En cuanto a calificar el hecho de tirar desde una posición emboscada como un ataque en el sentido del DIH, v., v. g., *TPIY, Prosecutor v. Galic*, Causa No. IT-98-29-T, Fallo del 5 de diciembre de 2003, § 27, junto con el § 52.

110 *TPIY, Prosecutor v. Strugar*, Causa No. IT-01-42 T, Fallo del 31 de enero de 2005, §§ 282 y s. junto con el § 289.

y bienes protegidos contra los ataques directos, pueden ser considerados como participación directa en las hostilidades, que la parte contendiente en conflicto sufra o no daños militares.

Los actos que no pueden causar daños de índole militar ni causar la muerte, heridas o destrucción en detrimento de las personas o de los bienes protegidos no pueden ser equiparados al uso de métodos y medios de “hacer la guerra”¹¹¹ o, respectivamente, de “dañar al enemigo”¹¹², lo que constituye un requisito para calificarlos de hostilidades. Por ejemplo, la construcción de barreras o de bloqueos en las carreteras, la interrupción del abastecimiento de corriente eléctrica, agua o suministros alimentarios, la apropiación de vehículos y carburante, la manipulación de redes informáticas y el arresto o la deportación de personas pueden tener un grave impacto en la seguridad pública, la salud y el comercio, y es posible que estén prohibidos según el DIH. Sin embargo, esos actos no causarían, a falta de efectos militares adversos, el tipo y el grado de daño exigido para considerarlos como participación directa en las hostilidades.

c) Resumen

Para que un acto específico tenga el umbral exigido de daño considerado como participación directa en las hostilidades, debe haber probabilidades de que tenga efectos adversos sobre las operaciones militares o la capacidad militar de una parte en un conflicto armado. A falta de daño militar, el requisito de umbral también puede cumplirse cuando es probable que un acto cause la muerte, heridas o destrucción a las personas o los bienes protegidos contra los ataques directos. En los dos casos, los actos que constituyen el umbral de daño exigido solo pueden ser considerados participación directa en las hostilidades si, además, cumplen los requisitos de causalidad directa y nexa beligerante.

111 P I, art. 35.1.

112 R H IV (Sección II De las hostilidades), art. 22.

2. CAUSALIDAD DIRECTA

Para cumplir el requisito de causalidad directa, debe haber un vínculo causal directo entre el acto y el daño que pueda resultar de ese acto o de la operación militar coordinada de la que el acto constituya parte integrante.

a) Conducción de las hostilidades, esfuerzo general de guerra, y actividades en apoyo de la guerra

La terminología convencional de participación “directa” en las hostilidades, con la cual se describe la conducta de un civil que causa la pérdida de su protección contra los ataques directos, implica que puede haber también una participación “indirecta” en las hostilidades, que no acarrea la pérdida de la protección. De hecho, la distinción entre la participación directa e indirecta en las hostilidades corresponde, en el plano colectivo de las partes contendientes en un conflicto armado, a la distinción entre la conducción de las hostilidades y las otras actividades que son parte del esfuerzo general de guerra o que pueden caracterizarse como actividades en apoyo de la guerra.¹¹³

En términos generales, además de la conducción propiamente dicha de las hostilidades, podría decirse que el esfuerzo general de guerra incluye todas las actividades que objetivamente contribuyen a la derrota del adversario (v. g., fabricación, producción y envío de armas y equipamiento militar, construcción y reparación de carreteras, puertos, aeropuertos, puentes, ferrocarriles y otras infraestructuras ajenas al contexto de operaciones militares concretas); en cambio, las actividades en apoyo de la guerra incluirían adicionalmente actividades políticas, económicas o con los medios de comunicación en apoyo del esfuerzo general de guerra (v. g., propaganda política, transacciones financieras, producción agrícola o producción industrial no militar).

¹¹³ Según el *Comentario PI*, Tomo I (v., más arriba, nota 10), § 1679, “restringir esta noción [es decir, de “participación directa en las hostilidades”] al combate y a las operaciones militares propiamente dichas sería demasiado estrecho; extenderla a la totalidad del esfuerzo de guerra sería demasiado amplio, pues en una guerra moderna, toda la población participa, en cierta medida, en el esfuerzo bélico, aunque sea indirectamente. Pero no puede ser considerada por ello como combatiente [...]”. Del mismo modo, *ibid.* *Comentario PI*, Tomo II (v., más arriba, nota 10), art. 51, § 1945. Afirmativo también TPIY, *Prosecutor v. Strugar*, Causa No. IT-01-42-A, Fallo del 17 de julio de 2008, §§ 175 y 176. V. también la distinción entre “participación en las hostilidades” y “trabajo [...] de índole militar” en el artículo 15.1 b) del CG IV. La posición reflejada en el Comentario corresponde a la opinión dominante expresada durante las reuniones de expertos (*Report DPH 2005*, p. 21).

Sin duda alguna, el esfuerzo general de guerra y las actividades en apoyo de la guerra pueden tener como consecuencia final daños que alcanzan el umbral exigido para ser considerados como participación directa en las hostilidades. Algunas de esas actividades pueden incluso ser indispensables para dañar el adversario, como proporcionar financiación, víveres y alojamiento a las fuerzas armadas y producir armas y municiones. Sin embargo, contrariamente a la conducción de las hostilidades, que está destinada a causar –es decir, materializar– el daño exigido, el esfuerzo general de guerra y las actividades en apoyo de la guerra incluyen actividades que solo mantienen o fortalecen la capacidad para causar ese daño.¹¹⁴

b) Causalidad directa e indirecta

Para calificar un acto específico de participación “directa” en vez de “indirecta” en las hostilidades, debe haber una relación causal bastante próxima entre el acto y el consiguiente daño.¹¹⁵ Generalidades como “causalidad indirecta del daño”¹¹⁶ o “facilitar materialmente el daño”¹¹⁷ son a todas luces demasiado amplias, porque pueden incluir todo el esfuerzo de guerra en el concepto de participación directa en las hostilidades y privar, por consiguiente, a muchos grupos de población civil de la protección a que tienen derecho contra los ataques directos.¹¹⁸ En cambio, la distinción entre participación directa e indirecta en las hostilidades debe ser interpretada de modo que corresponda con la que se hace entre causalidad directa e indirecta del daño.¹¹⁹

114 Según el *Comentario P I*, Tomo II (v., más arriba, nota 10), § 1944, “[...] Por ‘participación directa’ hay que entender, pues, los actos de guerra que, por su naturaleza o por su propósito, estén destinados a causar daños concretos al personal o al material de las fuerzas armadas adversas”. Afirmativo también TPIY, *Prosecutor v. Strugar, Appeal*, (v., más arriba, nota 16), § 178. Durante las reuniones de expertos, se destacó que la “participación directa” en las hostilidades no era sinónimo de “implicación en” o “contribución a” las hostilidades, ni de “preparar” a otra persona a participar, o “permitir” que trabaje, directamente en las hostilidades, sino que significa esencialmente que una persona “toma parte en el ejercicio que se lleva a cabo para dañar al enemigo” (*Report DPH 2004*, p. 10) y que realiza personalmente actos hostiles que son “parte de” las hostilidades (*Report DPH 2005*, pp. 21, 27, 30, 34).

115 Según el *Comentario P II y artículo 3 CG*, (v., más arriba, nota 35), § 4787: “El término ‘participación directa en las hostilidades’[...] implica una relación de causalidad adecuada entre el acto de participar y su resultado inmediato”. V. también *Report DPH 2005*, pp. 30, 34 y ss.

116 *Report DPH 2005*, p. 28.

117 *Background Doc. DPH 2004*, p. 27; *Report DPH 2005*, pp. 28, 34.

118 V. también *Background Doc. DPH 2004*, pp. 27 y s.; *Report DPH 2004*, pp. 11, 25; *Report DPH 2005*, pp. 28, 34.

119 Según el *Comentario P I*, Tomo I (v., más arriba, nota 10), § 1679: “La participación directa en las hostilidades implica un nexo directo de causa a efecto entre la actividad ejercida y los golpes asestados al enemigo, en el momento y en el sitio en que esa actividad se ejerce”.

En el contexto aquí tratado, debe entenderse por causalidad directa que el daño en cuestión debe ser ocasionado por una sola secuencia causal. Por consiguiente, la conducta individual que simplemente fomenta o mantiene la capacidad de una parte para dañar al adversario o que, de otra manera, causa un daño solo de forma indirecta, queda excluida del concepto de participación directa en las hostilidades. Por ejemplo, imponer un régimen de sanciones económicas a una parte en un conflicto armado, privándola de haberes financieros,¹²⁰ o proporcionar al adversario suministros y servicios (como electricidad, carburante, material de construcción, finanzas y servicios financieros)¹²¹ tendría un impacto potencialmente importante, aunque también indirecto, en la capacidad militar o en las operaciones de esa parte. Otros ejemplos de participación indirecta son la investigación científica y el diseño¹²², así como la producción¹²³ y el transporte¹²⁴ de armas y equipamiento, a menos que esas tareas sean efectuadas como parte integrante de una operación militar específica cuyo objetivo sea ocasionar el umbral exigido de daño. Del mismo modo, aunque el reclutamiento y el entrenamiento de personal es vital para la capacidad militar de una parte en conflicto, el nexo causal del daño infligido al adversario será generalmente indirecto.¹²⁵ Es posible considerar esas actividades como parte integrante de ese acto y, por consiguiente, como participación directa en las hostilidades únicamente cuando las personas son reclutadas y entrenadas especialmente para la ejecución de un acto hostil previamente determinado.¹²⁶

120 *Background Doc. DPH 2004*, pp. 9 y s.; *Report DPH 2005*, pp. 14 y s.

121 *Background Doc. DPH 2004*, pp. 14 y s.

122 Aunque, durante las reuniones de expertos se consideró, en general, que los científicos y los expertos en armas civiles estaban protegidos contra los ataques directos, se expresaron algunas dudas en cuanto a la posibilidad de mantener esa apreciación en situaciones extremas, concretamente cuando la pericia de un civil privado tenía un valor excepcional y potencialmente decisivo para el desenlace de un conflicto armado, como el caso de expertos en armas nucleares durante la Segunda Guerra Mundial (*Report DPH 2006*, pp. 48 y s.).

123 Durante las reuniones de expertos, hubo un consenso general en que lo que hacen los obreros civiles que trabajan en una fábrica de municiones es simplemente incrementar la capacidad de una parte en un conflicto para dañar al adversario, pero que ellos mismos no le causan directamente daño. Por consiguiente, contrariamente a las personas civiles que efectivamente utilizan la munición producida para causar daño al adversario, no puede considerarse que los obreros de la fábrica están participando directamente en las hostilidades (v. *Report DPH 2003*, p. 2; *Report DPH 2004*, pp. 6 y s.; *Report DPH 2005*, pp. 15, 21, 28 y s., 34, 38; *Report DPH 2006*, pp. 48 y s., 60; *Report DPH 2008*, p. 63). La opinión de los expertos quedó dividida, sin embargo, en cuanto a saber si la construcción de dispositivos explosivos improvisados o de misiles por actores no estatales puede exceder, en algunas circunstancias, el mero fortalecimiento de la capacidad y, en contraste con la producción industrial de armas, podría llegar a ser una medida preparatoria para una operación militar concreta (v. *Report DPH 2006*, pp. 48 y s., 60).

124 En cuanto al ejemplo de un conductor civil de un camión cargado de municiones, v., más adelante, Sección V.2.e).

125 *Report DPH 2004*, p. 10; *Report DPH 2005*, pp. 35 y s. En cuanto a las opiniones disidentes, v. *Report DPH 2006*, pp. 26, 65; *Report DPH 2008*, p. 51, 53 y ss.

126 V., más adelante, Secciones V.2.c) y VI.1.

Además, para cumplir el requisito de causalidad directa, no es necesario ni suficiente que el acto sea indispensable para causar el daño.¹²⁷ Por ejemplo, la financiación o producción de armas y el suministro de víveres a las fuerzas armadas pueden ser indispensables para infligir el consiguiente daño, pero no lo causan directamente. Por lo demás, una persona que sirva como uno de varios exploradores durante una emboscada estará tomando parte directa en las hostilidades aunque su contribución no sea indispensable para causar el daño. Por último, no es suficiente que el acto y sus consecuencias estén relacionados mediante una cadena causal ininterrumpida de eventos. Por ejemplo, el montaje y el almacenamiento de un dispositivo explosivo improvisado en un taller, o la compra o el contrabando de sus piezas, pueden estar relacionados con el consiguiente daño mediante una serie causal ininterrumpida de eventos, pero, contrariamente a la colocación y a la detonación de ese dispositivo, no causan ese daño directamente.

c) Causalidad directa en operaciones colectivas

La norma exigida de causalidad directa del daño debe tener en cuenta la índole colectiva y la complejidad de las operaciones militares contemporáneas. Por ejemplo, los ataques realizados con aeronaves no tripuladas pueden implicar simultáneamente a varias personas, como especialistas en informática que operan la aeronave con control remoto, personas que iluminan el objetivo, tripulantes de aeronaves que recogen datos, especialistas que controlan el disparo de misiles, operadores de radio que transmiten órdenes y un mando general.¹²⁸ Mientras que todas esas personas forma parte integrante de esa operación y participan directamente en las hostilidades, podría decirse que solo algunas desempeñan actividades que, de forma aislada, causan directamente el umbral exigido de daño. Por consiguiente, debe considerarse que la norma de causalidad directa incluye una conducta que causa el daño solo junto con otros actos. De forma más precisa, cuando un acto específico no causa directamente por sí mismo el umbral exigido de daño, se seguiría cumpliendo el requisito de causalidad

127 Sobre el debate durante las reuniones de expertos sobre la causalidad “de no ser por” (i.e. el daño en cuestión no ocurriría “de no ser por” la comisión del acto), v. *Report DPH 2004*, pp. 11, 25; *Report DPH 2005*, pp. 28, 34.

128 *Report DPH 2005*, p. 35.

directa cuando el acto constituya parte integrante de una operación táctica concreta y coordinada que cause directamente ese daño.¹²⁹ Ejemplos de esos actos incluirían, entre otros, la identificación y el señalamiento de objetivos,¹³⁰ el análisis y la transmisión de información de inteligencia a las fuerzas de asalto,¹³¹ y la instrucción y la asistencia que se da a las tropas para la ejecución de una operación militar específica.¹³²

d) Proximidad causal, temporal y geográfica

El requisito de causalidad directa se refiere a un grado de proximidad *causal*, el cual no debe confundirse con los elementos meramente indicativos de proximidad *temporal* o *geográfica*. Por ejemplo, es ahora muy común que las partes en los conflictos armados conduzcan las hostilidades mediante dispositivos con temporizador (es decir, remotos temporalmente), como minas, armas trampa y dispositivos de control de tiempo, así como mediante misiles accionados por control remoto (es decir geográficamente remoto), aeronaves no tripuladas y ataques contra redes de ordenadores. La relación causal entre el empleo de esos medios y el consiguiente daño sigue siendo directo sea cual fuere la proximidad temporal o geográfica. En cambio, aunque el suministro o la preparación de alimentos para las fuerzas combatientes puede ocurrir en el mismo lugar y al mismo tiempo que los combates, la relación causal entre esas actividades de apoyo y el hecho de causar el umbral exigido de daño a la parte contendiente sigue siendo indirecto. Por lo tanto, si bien la proximidad temporal o geográfica al daño resultante puede indicar que un acto específico llega a ser participación directa en las hostilidades, esos factores no serían suficientes por falta de causalidad directa.¹³³ Como se señala más arriba, cuando aún no se ha materializado el daño requerido, debe determinarse el elemento de causalidad directa tomando como referencia el daño que razonablemente se pueda esperar que una operación o un acto específico tenga como consecuencia directa (daño “probable”).¹³⁴

129 *Report DPH 2004*, p. 5; *Report DPH 2005*, pp. 35 y s.

130 *Background Doc. DPH 2004*, pp. 13; *Report DPH 2004*, p. 11, 25; *Report DPH 2005*, p. 31.

131 *Report DPH 2005*, pp. 28, 31. V. también el ejemplo en la nota 103, que se dio como equivalente de “sistema de control de fuego”.

132 *Report DPH 2004*, p. 10; *Report DPH 2005*, pp. 33, 35 y s.

133 *Report DPH 2005*, p. 35.

134 V., más arriba, Sección V.1.

e) Selección de ejemplos

Conducir un camión cargado de municiones. Es casi seguro que la entrega de una carga de municiones por un camionero civil a una posición activa de tiro en el frente tenga que considerarse como parte integrante de los combates que estén teniendo lugar y, por consiguiente, como participación directa en las hostilidades.¹³⁵ Transportar municiones de una fábrica a un puerto para el envío a un almacén ubicado en una zona de conflicto, por otra parte, es muy remoto del uso de esa munición en operaciones militares específicas para que pueda causar el consiguiente daño directamente. Si bien el camión de municiones sigue siendo un objetivo militar legítimo, el conductor del camión no estaría participando directamente en las hostilidades y no podría privarse al conductor civil de la protección contra los ataques directos.¹³⁶ Por consiguiente, en caso de ataque directo contra el camión, en la evaluación de la proporcionalidad tendría que tenerse en cuenta la muerte probable del conductor civil.¹³⁷

Escudos humanos voluntarios. La misma lógica se aplica a las personas civiles que tratan de cubrir un objetivo militar con su presencia por ser personas con derecho a protección contra los ataques directos (escudos humanos voluntarios). Cuando las personas civiles se colocan en un lugar voluntaria y deliberadamente de modo que constituyen un obstáculo físico para la realización de las operaciones militares de una parte en conflicto, pueden hacer que se alcance directamente el umbral exigido de daño para calificar su acto de participación directa en las hostilidades.¹³⁸ Esta situación puede tener especial interés para las operaciones terrestres, como las que tienen lugar en entornos urbanos, durante las cuales las personas civiles pueden intentar cubrir físicamente al personal armado al que prestan apoyo o impedir el movimiento de tropas de la infantería adversaria.¹³⁹

¹³⁵ *Background Doc. DPH 2004*, p. 28; *Report DPH 2006*, p. 48. Recientemente, se hizo un razonamiento similar en la jurisprudencia interna por lo que respecta a “conducir un vehículo que contiene dos misiles tierra-aire a proximidad tanto temporal como espacial de las operaciones de combate en curso” (U.S. Military Commission, *USA v. Salim Ahmed Hamdan*, 19 de diciembre de 2007, p. 6) y “conducir un vehículo con la munición hacia al lugar donde será utilizada para los fines de las hostilidades”, TSJ de Israel, *PCATI v. Israel* (v., más arriba, nota 24), § 35.

¹³⁶ *Report DPH 2006*, p. 48.

¹³⁷ V. también *Report DPH 2005*, pp. 32 y s. Si bien durante las reuniones de expertos se reconoció que el conductor civil de un camión cargado de municiones corre el riesgo de que se le tome por miembro de las fuerzas armadas, se convino ampliamente también en que hay que tener en cuenta la presencia de un civil en un objetivo militar cuando ésta es conocida, salvo si participa directamente en las hostilidades y mientras dure esa participación (*Report DPH 2006*, pp. 72 y s.).

¹³⁸ Se compartió, en general, esta opinión durante las reuniones de expertos (*Report DPH 2006*, pp. 44 y ss.; *Report DPH 2008*, pp. 70 y ss.).

¹³⁹ Durante las reuniones de expertos, se ilustró esta situación con el ejemplo concreto de una mujer que cubriría a dos portadores de armas con un vestido ondulado, dándoles la posibilidad de tirar contra el adversario posicionándose detrás de ella (*Report DPH 2004*, pp. 6 y s.).

Por el contrario, en las operaciones en que se utiliza armamento más potente, como artillería o ataques aéreos, la presencia de escudos humanos voluntarios casi nunca tiene un efecto adverso en la capacidad del atacante para identificar y destruir el objetivo militar cubierto. En cambio, la presencia de civiles alrededor del objetivo que se tiene la intención de atacar puede hacer variar los parámetros de la evaluación de la proporcionalidad en detrimento del atacante, y esto incrementa la probabilidad de que el daño incidental esperado tenga que ser considerado excesivo en relación con la ventaja militar prevista.¹⁴⁰ El mero hecho de que se considere que los escudos humanos voluntarios constituyen un obstáculo *jurídico* –y no *físico*– para las operaciones militares demuestra que se reconoce que están protegidos contra los ataques directos o, en otras palabras, que su conducta no llega a ser una participación directa en las hostilidades. En efecto, aunque la presencia de escudos humanos voluntarios puede llevar, en definitiva, a la anulación o suspensión de una operación por parte del atacante, la relación entre su conducta y el daño resultante sigue siendo indirecto.¹⁴¹ Según las circunstancias, también puede ponerse en duda el hecho de que los escudos humanos alcancen el umbral exigido de daño.

El hecho de que algunos civiles abusen de forma voluntaria y deliberada de su derecho a la protección contra los ataques directos para cubrir objetivos militares no implica, sin más, que pierdan la protección y que puedan ser objeto de ataques directos independientemente del objetivo que cubren.¹⁴² Sin embargo, mediante su presencia voluntaria cerca de objetivos militares legítimos, los escudos humanos voluntarios están particularmente expuestos a los peligros de las operaciones militares y, por consiguiente, se exponen a un mayor riesgo de sufrir la muerte o heridas de forma incidental durante los ataques contra esos objetivos.¹⁴³

140 140 V. P I, art. 51.5.a) y, en cuanto a la índole consuetudinaria de esta norma en un conflicto armado internacional y no internacional, v. *DIH consuetudinario*, v., más arriba, nota 7, Vol. I, norma 14. En cuanto a la discusión que se hizo al respecto durante las reuniones de expertos, v. *Report DPH 2004*, pp. 6 y s.; *Report DPH 2006*, pp. 44 y ss.; *Report DPH 2008*, p. 70.

141 Aun cuando durante las reuniones de expertos se estuvo de acuerdo, en general, en que los escudos humanos involuntarios no podían considerarse como participación directa en las hostilidades, los expertos no pudieron ponerse de acuerdo en las circunstancias en que actuar como escudo humano voluntario podía o no llegar a ser una participación directa en las hostilidades. En cuanto a un panorama de las diferentes posiciones, v. *Report DPH 2004*, p. 6; *Report DPH 2006*, pp. 44 y ss.; *Report DPH 2008*, pp. 70 y ss.

142 V. también P I, art. 51.7 y 51.8, según el cual ninguna violación de la prohibición de utilizar a las personas civiles como escudos humanos dispensará al atacante de sus obligaciones con respecto a la población civil y las personas civiles, incluida la obligación de adoptar las medidas de precaución exigidas.

143 V. *Report DPH 2004*, p. 7; *Report DPH 2008*, pp. 71 y s.

f) Resumen

Se cumple el requisito de causalidad directa si se puede esperar razonablemente que, sea el acto específico en cuestión, sea una operación militar concreta y coordinada de la que ese acto constituye una parte integrante, causará directamente –en una sola secuencia causal– el daño que alcanza el umbral exigido. Sin embargo, los actos que cumplen los requisitos de causalidad directa y de umbral de daño solo pueden llegar a constituir una participación directa en las hostilidades si cumplen también el tercer requisito, es decir el de nexos beligerante.

3. NEXO BELIGERANTE

Para que exista el requisito de nexos beligerante, el propósito específico del acto debe ser causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra.

a) Concepto básico

No todos los actos que tienen directamente efectos adversos sobre las operaciones militares o sobre la capacidad militar de una parte en un conflicto armado o que causan directamente la muerte, heridas o destrucción a las personas y los bienes protegidos contra los ataques directos son, forzosamente, una participación directa en las hostilidades. Como ya se señaló, el concepto de participación directa en las hostilidades se limita a los actos específicos que están tan estrechamente relacionados con las hostilidades entre las partes en un conflicto armado que constituyen una parte integrante de ellas.¹⁴⁴ En el DIH convencional se describe el término hostilidades como el recurso a métodos y medios para “dañar al enemigo”¹⁴⁵, y los ataques individuales como ataques dirigidos “contra el adversario”¹⁴⁶. En otras palabras, para que llegue a haber una participación directa en las hostilidades, no solo debe ser *probable, objetivamente*, que un acto causará el daño que cumple los dos primeros

¹⁴⁴ V., más arriba, Sección IV.

¹⁴⁵ V. R H IV, art. 22 (Sección II “Hostilidades”).

¹⁴⁶ V., sobre todo, la definición de “ataques” como actos de violencia “contra el adversario [...]” (P I, art. 49.1).

Report DPH 2005, pp. 22 y s., 26, 40; *Report DPH 2006*, pp. 50 y ss.

critérios, sino también que el propósito específico del acto debe ser causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra (nexo beligerante).¹⁴⁷

En cambio, la violencia armada que no esté destinada a causar daño a una parte en un conflicto armado o a causarlo en apoyo de otra parte, no puede llegar a constituir forma alguna de “participación” en las hostilidades entre esas partes.¹⁴⁸ A menos que esa violencia alcance el umbral exigido para dar lugar a un conflicto armado distinto, seguirá siendo de índole no beligerante y, por consiguiente, se le debe hacer frente mediante medidas de orden público.¹⁴⁹

b) Nexo beligerante e intención subjetiva

Debe distinguirse el nexo beligerante de conceptos tales como intención subjetiva¹⁵⁰ e intención hostil.¹⁵¹ Éstos están relacionados con el estado de ánimo de la persona en cuestión, mientras que el nexo beligerante se relaciona con el propósito objetivo del acto. Se expresa ese propósito en la preparación del acto o de la operación y no depende del ánimo de cada uno de los participantes.¹⁵² Como criterio objetivo relacionado con

147 Se concibe el requisito de nexo beligerante de forma más restrictiva que el requisito de nexo general desarrollado en la jurisprudencia del TPIY y del TPIR como requisito previo para la calificación de un acto como crimen de guerra (v. TPIY, *Prosecutor v. Kumarac et al.*, Causa No. IT-96-23, Fallo del 12 de junio de 2002 (Sala de Apelaciones), § 58; TPIR, *Prosecutor v. Rutaganda*, Causa No. TPIR-96-3, Fallo del 26 de mayo de 2003 (Sala de Apelaciones), § 570). Aun cuando el requisito de nexo general se refiere a la relación entre un acto y una situación de conflicto armado en general, el requisito de nexo beligerante se refiere a la relación entre un acto y la conducción de las hostilidades entre las partes en un conflicto armado. Durante las reuniones de expertos, se estuvo de acuerdo, en general, en que ninguna conducta que careciera de un nexo suficiente con las hostilidades podía ser calificada como participación directa en esas hostilidades. V. *Report DPH 2005*, p. 25 y, en general, *Background Doc. DPH 2004*, pp. 25 y s.; *Report DPH 2004*, pp. 10, 25; *Background Doc. DPH 2005*, WS II-III, p. 8; *Report DPH 2005*, pp. 9 y s., 22 y ss., 27, 34.

148 *Report DPH 2006*, pp. 51 y s.

149 Lo mismo vale, por ejemplo, por lo que respecta a la violencia armada por parte de grupos armados independientes en conflictos armados internacionales (V. también, más arriba, notas 24-27 y el texto que las acompaña). Durante las reuniones de expertos, se estuvo de acuerdo, en general, en que era importante distinguir, en los contextos de conflicto armado, entre operaciones de orden público y conducción de las hostilidades. V. *Report DPH 2005*, pp. 10 y s.; *Report DPH 2006*, pp. 52 y s.; *Report DPH 2008*, p. 49, 54, 62 y ss.

150 En las reuniones de expertos, hubo casi un acuerdo unánime en que los motivos subjetivos que llevan a un civil a ejecutar un acto específico no pueden ser determinados con certeza durante la conducción de las operaciones militares y, por consiguiente, no pueden servir como un criterio claro y factible para decidir “en fracción de segundos” acerca de un objetivo. V. *Report DPH 2005*, pp. 9, 26, 34, 66 y s.; *Report DPH 2006*, pp. 50 y s.; *Report DPH 2008*, p. 66.

151 Durante las reuniones de expertos, se convino en que la intención hostil no es un término de DIH, sino un término técnico empleado en las normas de intervención redactadas de conformidad con el derecho interno. Estas normas constituyen instrumentos de mando y control internos para orientar al personal armado en relación con la conducta que debe adoptar en contextos específicos. Como tales, esas normas no reflejan forzosamente el contenido exacto del DIH y no pueden ser utilizadas para definir el concepto de participación directa en las hostilidades. Por ejemplo, algunos conjuntos de normas de conducta pueden prohibir, por razones políticas u operacionales, el uso de la fuerza letal para responder a ciertas actividades, aun cuando éstas lleguen a ser una participación directa en las hostilidades según lo dispuesto en el DIH. En cambio, contienen normas sobre el uso letal de la fuerza en defensa propia contra actos violentos que no llegan a ser una participación directa en las hostilidades. Por consiguiente, se consideró, en general, poco útil, confuso o incluso peligroso referirse a la intención hostil para los fines de la definición de la participación directa en las hostilidades. V. *Report DPH 2005*, p. 37.

152 *Report DPH 2005*, pp. 22 y s., 26, 40; *Report DPH 2006*, pp. 50 y s.

el acto únicamente, factores como una situación personal difícil o una preferencia personal, o la capacidad mental o la voluntad de las personas de asumir la responsabilidad por su conducta no influyen, en general, en el nexo beligerante. Por consiguiente, existe la posibilidad de que incluso las personas civiles que son obligadas a participar directamente en las hostilidades¹⁵³ o los niños que no tienen la edad legal para ser reclutados¹⁵⁴ pierdan la protección contra los ataques directos.

El estado mental de las personas civiles podría poner en tela de juicio el nexo beligerante de su conducta solo en situaciones excepcionales. Este caso puede presentarse, sobre todo, cuando las personas civiles ignoran totalmente la función que están desempeñando en la conducción de las hostilidades (v. g., un conductor que no sabe que está transportando una bomba que se acciona por control remoto) o cuando están completamente privados de su libertad física de movimiento (v. g., cuando son escudos humanos involuntarios obligados físicamente a actuar para cubrir un combate a poca distancia). Los civiles en estas circunstancias extremas no pueden ser considerados como personas que están ejecutando una acción (i.e. *que están haciendo algo*) en cualquier sentido coherente; por consiguiente, siguen estando protegidos contra los ataques directos, a pesar del nexo beligerante de la operación militar en que están siendo instrumentalizados. Por lo tanto, se tendrá en cuenta la presencia de los civiles en estas circunstancias cuando se evalúe la proporcionalidad durante una operación militar que pueda causarles un daño incidental.

c) Pertinencia práctica del nexo beligerante

Muchas actividades durante un conflicto armado carecen de un nexo beligerante, aunque causen una cantidad considerable de daño. Por ejemplo, delitos de derecho común, como un asalto a un banco en que hay toma de rehenes e intercambio de tiros con la policía,¹⁵⁵ crímenes violentos que no tienen relación alguna con el conflicto y robos de equipamiento militar para uso privado¹⁵⁶ pueden alcanzar el umbral exigido de daño, pero no están

153 Cabe señalar, sin embargo, que las personas civiles protegidas de conformidad con el IV CG no pueden ser obligadas a realizar trabajos que tengan "relación [...] directa con la conducción de las operaciones militares" o a servir en las fuerzas armadas o auxiliares del enemigo (CG IV, arts. 40.2 y 51.1), y que el personal civil sanitario y religioso no puede ser obligado a realizar tareas que no sean compatibles con su misión humanitaria (P I, art. 15.3; P II, art. 9.1).

154 Por consiguiente, todas las partes en un conflicto armado están obligadas a hacer todo lo que sea factible para que los niños de menos de 15 años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas o grupos armados organizados (P I, art. 77.2; P II, art. 4.3 c); *DIH consuetudinario*, v., más arriba, nota 7, Vol. I, norma 137). Es evidente que tan pronto como los niños recuperan la protección contra los ataques directos, también recuperan la protección especial que el DIH asigna a los niños (P I, art. 77.3; P II, art. 4.3 d)).

155 V. también *Report DPH 2005*, pp. 9, 11.

156 *Report DPH 2004*, p. 25.

destinados específicamente a dar apoyo a una parte en conflicto causando daños a la otra. Del mismo modo, las operaciones militares de una parte en conflicto pueden ser afectadas de modo directo y adverso cuando las carreteras que conducen a una zona estratégicamente importante resultan bloqueadas por grandes grupos de refugiados o por civiles que huyen. Sin embargo, el comportamiento de estos civiles no está destinado específicamente a prestar apoyo a una parte en conflicto causando daño a otra parte y, por consiguiente, carece de nexos beligerante. Este análisis cambiaría, por supuesto, si las personas civiles bloquearan una carretera para retardar la llegada de fuerzas armadas gubernamentales, facilitando con ello la retirada de fuerzas insurgentes (o viceversa). Cuando se hace una distinción entre las actividades que constituyen una participación directa en las hostilidades y las que no, el criterio de nexos beligerante es especialmente importante en las cuatro situaciones siguientes:

Defensa propia. Causar daño en defensa propia o de otras personas para responder a un acto de violencia prohibido según el DIH carece de nexos beligerante.¹⁵⁷ Por ejemplo, cuando civiles recurren a la fuerza en legítima defensa contra ataques ilícitos o pillajes, violaciones o asesinatos por parte de soldados que van merodeando, se puede alcanzar el umbral necesario de daño, pero es indudable que su finalidad no es apoyar a una parte en conflicto en menoscabo de otra. Si la defensa propia contra una violencia prohibida acarrea la pérdida de la protección contra los ataques directos, esto tendría como consecuencia absurda la legitimación de un ataque ilícito que haya tenido lugar con anterioridad. Por lo tanto, no se puede considerar como una participación directa en las hostilidades el uso de la fuerza necesaria y proporcionada en esas situaciones.¹⁵⁸

Ejercicio del poder o autoridad sobre personas o territorio. En el DIH se hace una distinción básica entre la conducción de las hostilidades y el ejercicio del poder o autoridad sobre personas o territorio. Por consiguiente, el hecho de que civiles causen la muerte, heridas o destrucción a las personas o los bienes que “estén en [su] poder”¹⁵⁹ o “caigan en [su] poder”¹⁶⁰ en el sentido del DIH, no constituye, sin más, parte de las hostilidades.

157 Fue también la opinión que predominó durante las reuniones de expertos (v. *Report DPH 2003*, p. 6; *Background Doc. DPH 2004*, pp. 14, 31 y s.).

158 El uso de la fuerza por una persona en defensa propia o de otras personas es una cuestión diferente a la del uso de la fuerza por parte de los Estados para defenderse contra un ataque armado; este último caso está reglamentado por el *ius ad bellum* y no forma parte del ámbito de este estudio.

159 P. ej., CG IV, art. 4, P I, art. 75.1.

160 P. ej., CG III, art. 5.

Por ejemplo, el uso de la fuerza armada por las autoridades civiles para reprimir motines y otras formas de disturbios civiles,¹⁶¹ para impedir el pillaje o para mantener el orden público de otra manera en una zona en conflicto puede causar la muerte, heridas o destrucción, pero no constituye, en general, parte de la conducción de las hostilidades entre partes en un conflicto armado.¹⁶² Del mismo modo, una vez que se ha capturado a personal militar (el cual queda, por consiguiente, fuera de combate), la represión de los motines y la prevención de evasiones¹⁶³ o la ejecución lícita de la pena de muerte¹⁶⁴ no están destinadas a causar directamente daño militar a la parte contendiente y, por consiguiente, carecen de nexos beligerante.¹⁶⁵

Se excluye del concepto de participación directa en las hostilidades no solo el ejercicio lícito de la autoridad administrativa, judicial o disciplinaria en nombre de una parte en conflicto, sino también la perpetración de crímenes de guerra u otras violaciones del DIH ajenas a la conducción de las hostilidades. Esto significa que, si bien los castigos colectivos, la toma de rehenes, los malos tratos y las ejecuciones sumarias de personas bajo custodia física están prohibidos por el DIH en todos los casos, no forman parte de la conducción de las hostilidades.¹⁶⁶ Esa conducta puede constituir un crimen de conformidad con el derecho interno o internacional y permitir el uso lícito de la fuerza armada contra los perpetradores como una cuestión de orden público o de defensa propia o de otras personas.¹⁶⁷ La pérdida de la protección contra los ataques directos en el sentido del DIH, sin embargo, no es una sanción por una conducta criminal, sino la consecuencia de una necesidad militar en la conducción de las hostilidades.¹⁶⁸

161 En cuanto al nexo beligerante en caso de disturbios civiles, v., más adelante, nota 169 y el texto que la acompaña.

162 El DIH convencional confirma expresamente la función de orden público que desempeñan, por ejemplo, las Potencias ocupantes (R H IV, art. 43) y los Estados Partes en un conflicto armado no internacional (P II, art. 3.1).

163 P. ej., CG III, art. 42.

164 P. ej., CG III, arts. 100 y 101.

165 V. también, más arriba, nota 99 y el texto que la acompaña.

166 V., por ejemplo, CG I-IV, arts. 3 y 32; P I, 75.2. En cuanto a la divergencia de opiniones expresadas durante las reuniones de expertos en relación con la calificación de toma de rehenes como participación directa en las hostilidades, v. *Report DPH 2004*, p. 4; *Report DPH 2005*, p. 11; *Report DPH 2006*, pp. 43 y s.; *Report DPH 2008*, pp. 67 y ss.

167 El concepto de “ataque” en el contexto de los crímenes contra la humanidad no denota forzosamente una conducta que llega a ser participación directa en las hostilidades de conformidad con el DIH. Como explicó el TPIY “[e]l término ‘ataque’ en el contexto de un crimen contra la humanidad tiene un significado ligeramente diferente en el derecho de la guerra. No se limita a la conducción de las hostilidades. Puede comprender también situaciones de malos tratos contra personas que no participan directamente en las hostilidades, por ejemplo, un detenido” (TPIY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Causa No. IT-96-23, Fallo del 22 de febrero de 2001 (Sala de Audiencias), § 416, lo que confirmó la Sala de Apelaciones en su Fallo del 12 de junio de 2002 sobre el mismo caso, § 89). V. también *Report DPH 2006*, pp. 42 y s.

168 En cuanto a la discusión sobre este tema durante las reuniones de expertos, v. *Report DPH 2008*, pp. 63-65.

Disturbios civiles. Durante un conflicto armado, las manifestaciones políticas y otras formas de disturbios civiles se caracterizan a menudo por altos niveles de violencia, a los que a veces se responde con la fuerza militar. De hecho, los disturbios civiles pueden tener como consecuencia la muerte, heridas y destrucción y, al final, pueden incluso beneficiar el esfuerzo general de guerra de una parte en conflicto menoscabando la autoridad y el control de otra parte sobre un territorio mediante el recurso a la presión política, la inseguridad económica, la destrucción y el desorden. Por consiguiente, es importante distinguir entre participación directa en las hostilidades –específicamente designada para apoyar a una parte en un conflicto armado contra otra– de las formas violentas de disturbios civiles, cuya finalidad primera es expresar la falta de satisfacción con las autoridades territoriales o detenedoras.¹⁶⁹

Violencia entre civiles. Del mismo modo, para considerar el uso de la fuerza, aunque sea generalizado, por parte de civiles contra otros civiles como parte de la conducción de las hostilidades, su finalidad específica debe ser apoyar a una parte en un conflicto armado cuando se enfrenta militarmente contra otra parte.¹⁷⁰ Esto no ocurre si las personas civiles simplemente sacan ventaja de la vulneración del orden público para cometer delitos violentos.¹⁷¹ Es más probable que exista un nexo beligerante cuando la violencia entre civiles es motivada por las mismas discrepancias políticas o el mismo odio étnico que han causado el conflicto armado en el entorno y cuando la violencia causa un daño de naturaleza específicamente militar.

d) Determinación práctica del nexo beligerante

Determinar el nexo beligerante de un acto puede plantear considerables dificultades en la práctica. Por ejemplo, en muchos conflictos armados, los bandidos y los piratas operan en una zona gris que dificulta la distinción entre hostilidades y crímenes violentos ajenos al conflicto armado o a los que éste solo da pábulo. El eventual nexo beligerante debe basarse en la información de la que razonablemente disponga la persona que debe determinarlo, pero debe deducirse siempre de factores que puedan comprobarse de modo objetivo.¹⁷²

169 V. también *Report DPH 2004*, p. 4; *Report DPH 2008*, p. 67.

170 V. también *Report DPH 2004*, p. 4; *Report DPH 2005*, pp. 8, 11.

171 Respecto a la existencia de un nexo general entre violencia civil y conflicto armado en un mismo contexto, el TPIR llegó a una conclusión similar, *Prosecutor v. Rutaganda* (v., más arriba, nota 147), § 570.

172 *Report DPH 2005*, pp. 9 y s., 22, 26, 28, 34, 40.

En la práctica, la cuestión decisiva ha de ser si la conducta de un civil, junto con las circunstancias dominantes en el momento y lugar pertinentes, puede ser percibida de forma razonable como un acto destinado a prestar apoyo a una parte en conflicto causando directamente el umbral exigido de daño a la otra parte. Dado que la determinación del nexo beligerante puede ocasionar la pérdida de la protección de un civil contra los ataques directos, deben tomarse todas las precauciones factibles para evitar elegir de forma errónea o arbitraria el objetivo y, en situaciones de duda, ha de considerarse que la persona interesada está protegida contra los ataques directos.¹⁷³

e) Resumen

Para que exista el requisito de nexo beligerante, el propósito específico del acto debe ser causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra. En general, el daño causado (a) en defensa propia o en defensa de otros contra una violencia prohibida de conformidad con el DIH, (b) en el ejercicio del poder o autoridad sobre personas o un territorio, (c) como parte de disturbios civiles contra esa autoridad, o (d) en las situaciones de violencia entre civiles, carece del nexo beligerante indispensable para calificarlo como participación directa en las hostilidades.

4. CONCLUSIÓN

La aplicación combinada de los tres requisitos de *umbral de daño*, *causalidad directa* y *nexo beligerante* permite hacer una distinción fiable entre actividades que constituyen una participación directa en las hostilidades y actividades que, a pesar de ocurrir en el contexto de un conflicto armado, no son parte de la conducción de las hostilidades y, por consiguiente, no conllevan la pérdida de la protección contra los ataques directos.¹⁷⁴ Incluso en el caso de que un acto específico constituya una participación directa en las hostilidades, el tipo y el grado de la fuerza utilizada como respuesta deben ser conformes a las normas y los principios del DIH y a otras normas aplicables del derecho internacional.¹⁷⁵

173 V., más adelante, Sección VIII.

174 El uso de la fuerza para responder a actividades que no cumplen estos requisitos se rige por las normas de orden público y defensa propia, teniendo en cuenta la amenaza a la que se hará frente y a la naturaleza de las circunstancias del caso.

175 V., más adelante, Sección IX.

VI. INICIO Y FIN DE LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

Las medidas para preparar la ejecución de un acto específico de participación directa en las hostilidades, así como el despliegue al lugar de su ejecución y el regreso, son parte integrante de ese acto.

Dado que las personas civiles pierden la protección contra los ataques directos “mientras” dure su participación directa en las hostilidades, es necesario determinar con sumo cuidado el comienzo y el fin de los actos específicos que constituyen una participación directa en las hostilidades.¹⁷⁶ Sin duda alguna, el concepto de participación directa en las hostilidades incluye la fase inmediata de ejecución de un acto específico que cumpla los tres requisitos ya señalados, es decir, *umbral de daño, causalidad directa y nexa beligerante*. Puede comprender también las medidas preparatorias para la ejecución de ese acto, así como el despliegue al lugar de su ejecución y el regreso, cuando éstos constituyan parte integrante del acto u operación específica.¹⁷⁷

1. MEDIDAS PREPARATORIAS

Para determinar si una persona está procediendo a un despliegue o regresando de la ejecución de un acto hostil específico, es necesario tener en cuenta muchos factores relacionados con las circunstancias, que no pueden ser descritos exhaustivamente en términos abstractos.¹⁷⁸ En esencia, las medidas preparatorias que pueden ser consideradas una participación directa en las hostilidades corresponden a lo que en el DIH convencional se describe como “una operación militar preparatoria de un ataque”.¹⁷⁹

176 V. también el debate en *Report DPH 2006*, pp. 54-63. En cuanto al ámbito temporal de la pérdida de la protección, v., más adelante, Sección VII.

177 V. también el debate correspondiente a la causalidad directa en operaciones colectivas, más arriba, Sección V.2.c).

178 En cuanto a los debates al respecto durante las reuniones de expertos, v. *Background Doc. DPH 2004*, pp. 7, 10, 13, 21; *Background Doc. DPH 2005*, WS VI-VII, p. 10; *Report DPH 2005*, p. 19; *Report DPH 2006*, pp. 56-63. Por lo que atañe a la distinción entre medidas preparatorias, despliegues y regresos que conllevan la pérdida de la protección contra los ataques directos, y preparaciones, tentativas y otras formas de intervención que conllevan una responsabilidad penal, v. *Report DPH 2006*, pp. 57 y ss.

179 P I, art. 44.3.

Son de índole específicamente militar y están tan estrechamente relacionadas con la subsiguiente ejecución de un acto hostil específico que ya por ello constituyen una parte integrante de ese acto. En cambio, la preparación de una campaña general de operaciones indefinidas no podría calificarse como participación directa en las hostilidades. En consonancia con la distinción entre participación directa e indirecta en las hostilidades, puede decirse que las medidas preparatorias *cuya finalidad sea ejecutar un acto hostil específico* constituyen una participación directa en las hostilidades, pero no las medidas preparatorias *que tengan como objetivo asentar la capacidad general de realizar actos hostiles específicos*.¹⁸⁰

Para calificar de participación directa una medida preparatoria, no es necesario ni suficiente que ésta se lleve a cabo inmediatamente antes (proximidad temporal) o muy cerca (proximidad geográfica) del lugar de ejecución de un acto hostil específico o que la medida preparatoria sea indispensable para la ejecución del acto. Por ejemplo, cargar bombas en un aeroplano para atacar directamente objetivos militares en una zona de hostilidades constituye una medida preparatoria en relación con un acto hostil específico y, por consiguiente, será una participación directa en las hostilidades; será así aunque la operación no tenga lugar sino al día siguiente, aunque se haya de elegir el objetivo solo durante la operación y aunque haya una gran distancia entre el lugar donde se realiza la medida preparatoria del lugar del subsiguiente ataque. En cambio, el hecho de transportar bombas de una fábrica a un almacén ubicado en un aeródromo y después a un avión para enviarlas a otro almacén en la zona de conflicto sin que estén destinadas a un uso concreto en el futuro, constituiría una medida preparatoria general y ésta puede ser considerada únicamente como una participación indirecta.

De mismo modo, si todos los actos que se ejecuten después se llevan a cabo con la finalidad de ejecutar un acto hostil específico, serían sin duda medidas preparatorias que constituyen una participación directa en las hostilidades: equipamiento, instrucción y transporte de personal; recopilación de información de inteligencia; y preparación, transporte y colocación de armas

180 V., más arriba, nota 114 y el texto que la acompaña, así como la Sección V.2.b).

y de equipamiento. Ejemplos de una preparación general que no conlleva la pérdida de la protección contra los ataques directos serían, en general, la compra, la producción, el contrabando y el ocultamiento de armas; el reclutamiento y el entrenamiento general de personal; y el apoyo financiero, administrativo o político a actores armados.¹⁸¹ Cabe repetir que estos ejemplos solo sirven para ilustrar los principios en que se basarán las distinciones necesarias que deberán hacerse y no sustituyen una evaluación detenida de todas las circunstancias que prevalecen en un contexto concreto y a la hora y en el lugar de la acción.¹⁸²

2. DESPLIEGUE Y REGRESO

Cuando la ejecución de un acto específico de participación directa en las hostilidades exige un despliegue geográfico previo, tal despliegue constituye de por sí una parte integrante del acto en cuestión.¹⁸³ Del mismo modo, el regreso tras la ejecución de un acto hostil constituye una retirada militar, siempre que siga siendo una parte integrante de la operación previa, y no debería confundirse con la rendición o con el hecho de estar fuera de combate.¹⁸⁴ Un despliegue que se considera una participación directa en las hostilidades comienza solo una vez que la persona que se despliega emprende un desplazamiento físico con el fin de llevar a cabo una operación concreta. El regreso después de ejecutar un acto hostil específico termina una vez que la persona en cuestión se ha separado físicamente de la operación, por ejemplo, deponiendo, almacenando o escondiendo las armas u otro equipamiento utilizado y reanudando actividades diferentes a las de la operación.

181 En cuanto a la calificación de esas actividades como participación directa en las hostilidades, v. también, más arriba, Sección V.2 a) y b).

182 Durante las reuniones de expertos, se puso de relieve que ha de ponerse especial cuidado al hacer la distinción entre las medidas preparatorias que constituyen una participación directa en las hostilidades y las que no, para evitar que actos demasiado alejados de los combates reales provoquen la pérdida de la protección de las personas civiles. Para que la palabra "directa" en la frase de participación directa en las hostilidades conserve algún sentido, las personas civiles pueden ser objeto de ataques directos exclusivamente en el caso de preparaciones reconocibles y próximas, como cargar un fusil, y durante despliegues en el ámbito de una operación militar concreta (*Report DPH 2006*, pp. 55, 60 y s.).

183 V. *Comentario P I y Comentario P II y artículo 3 CG* (v., más arriba, notas 10 y 35), §§ 1679, 1943, 4788, en que se recuerda que varias delegaciones en la Conferencia Diplomática de 1974-77 habían señalado que el concepto de hostilidades comprendía los preparativos para el combate y el regreso del combate. En sus respuestas al Cuestionario de 2004, una gran mayoría de expertos consideró que el despliegue a un lugar geográfico de un acto hostil debería constituir, de hecho, una participación directa en las hostilidades y tendieron, aunque de forma menos firme, hacia la misma conclusión respecto del regreso a partir de ese lugar. V. *Background Doc. DPH 2004*, pp. 7 (I, 1.3.), 10 (I, 2.4.), 13 (I, 3.4.), 20 (I, 6.4.). V. también *Report DPH 2005*, pp. 65 y s.

184 Mientras que esta fue la opinión que también predominó durante las reuniones de expertos (v. *Report DPH 2005*, p. 66), algunos de éstos temían que una pérdida continua de la protección después de ejecutar un acto hostil específico diera pie a la selección arbitraria e innecesaria de objetivos (*Report DPH 2006*, pp. 56 y s., 61 y ss.).

Para determinar si una persona está procediendo a un despliegue o regresando de la ejecución de un acto hostil específico, hay que tener en cuenta muchos factores situacionales, que no pueden ser descritos exhaustivamente en términos abstractos. El criterio determinante es que tanto el despliegue como el regreso han de efectuarse como parte integrante de un acto específico que constituya una participación directa en las hostilidades. Esta determinación debe hacerse con sumo cuidado y basarse en una evaluación razonable de las circunstancias del caso.¹⁸⁵ Si la ejecución de un acto hostil no requiere un desplazamiento geográfico, como puede ocurrir en el caso de ataques contra redes informáticas o cuando se utilizan sistemas de armas con control remoto, la duración de la participación directa en las hostilidades se limitará a la ejecución inmediata del acto y a las medidas preparatorias que forman parte integrante de ese acto.

3. CONCLUSIÓN

Si las medidas preparatorias, así como los despliegues y regresos en el espacio, constituyen una parte integrante de un acto o de una operación específico que equivale a una participación directa en las hostilidades, el comienzo y el fin del acto u operación no se limita a la fase de su ejecución inmediata.

¹⁸⁵ V. *Report DPH 2005*, p. 66; *Report DPH 2006*, p. 55.

C. MODALIDADES QUE RIGEN LA PÉRDIDA DE LA PROTECCIÓN

Según el DIH convencional y el DIH consuetudinario, las personas civiles pierden la protección contra los ataques directos sea porque participan directamente en las hostilidades sea porque cesan totalmente de ser civiles, principalmente porque se convierten en miembros de las fuerzas armadas estatales o de grupos armados organizados que pertenecen a una parte en un conflicto armado.¹⁸⁶ Teniendo en cuenta las graves consecuencias que ello tiene para las personas en cuestión, en el presente capítulo se elucidan las modalidades precisas que rigen la pérdida de la protección de conformidad con el DIH. En las siguientes secciones se examinarán el ámbito temporal de la pérdida de la protección contra los ataques directos (VII), las precauciones y presunciones en las situaciones de duda (VIII), las normas y los principios que rigen el uso de la fuerza contra objetivos militares legítimos (IX) y las consecuencias de recuperar la protección contra los ataques directos (X).

En consonancia con la finalidad de esta Guía, este capítulo se centrará en el examen de la pérdida de la protección principalmente en caso de participación directa en las hostilidades (personas civiles), pero también en caso de función continua de combate (miembros de grupos armados organizados), puesto que este último concepto está intrínsecamente relacionado con el concepto de participación directa en las hostilidades.¹⁸⁷ No se abordará, o solo de forma somera, la pérdida de la protección en el caso de las personas que tienen la calidad de miembro de fuerzas armadas estatales, lo que depende ampliamente de criterios que no están relacionados con la participación directa en las hostilidades, como el reclutamiento oficial, la incorporación, el cese en un cargo o el retiro según el derecho interno.¹⁸⁸ Salvo que en el DIH se disponga lo contrario, esto no excluye la aplicabilidad de las conclusiones a las que se llegan en las Secciones VII a X, *mutatis mutandis*, a los miembros de las fuerzas armadas estatales.

186 En cuanto a la terminología de “pérdida de la protección contra los ataques directos” utilizada en la Guía v., más arriba, nota 6.

187 Respecto al concepto de función continua de combate, v., más arriba, Sección II.3.b).

188 En relación con la aplicabilidad del criterio de función continua de combate para la determinación de la calidad de miembro de milicias, de cuerpos de voluntarios y de movimientos de resistencia constituidos de forma irregular pertenecientes a Estados, v., más arriba, Sección I.2.c).

VII. ÁMBITO TEMPORAL DE LA PÉRDIDA DE LA PROTECCIÓN

Las personas civiles pierden la protección contra los ataques directos durante la duración de cada acto específico que constituya una participación directa en las hostilidades; los miembros de los grupos armados organizados que pertenecen a una parte no estatal en un conflicto armado, en cambio, cesan de ser civiles (v., más arriba, apartado II), y pierden la protección contra los ataques directos, durante todo el tiempo que asuman una función continua de combate.

1. PERSONAS CIVILES

De conformidad con el DIH convencional y el DIH consuetudinario aplicable a los conflictos armados internacionales y no internacionales, las personas civiles gozan de protección contra los ataques directos “salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”¹⁸⁹. Las personas civiles que participan directamente en las hostilidades no dejan de ser parte de la población civil, pero se suspende temporalmente su protección contra los ataques directos. Los términos “salvo” y “mientras dure” dejan claro que esa suspensión dura exactamente el mismo tiempo que la participación directa de la persona civil en las hostilidades.¹⁹⁰ Esto supone forzosamente que las personas civiles pierden y recuperan la protección contra los ataques directos de forma simultánea en los intervalos de su participación directa en las hostilidades (el “vaivén” de la protección como persona civil).

El “vaivén” de la protección como persona civil es parte integrante del DIH y no una deficiencia de este derecho. Impide los ataques contra civiles que, en un momento determinado, no representan una amenaza militar. En contraste con los miembros de grupos armados organizados, cuya función continua es conducir hostilidades en nombre de una parte en conflicto, el comportamiento de las personas civiles depende de muchas circunstancias que cambian

¹⁸⁹ P I, art. 51.3; P II, art. 13.3; *DIH consuetudinario*, v., más arriba, nota 7, Vol. I, norma 6. El TPIY confirmó también la índole consuetudinaria de esta norma en TPIY, *Prosecutor v. Blaskic*, Causa No. IT-95-14-A, Fallo del 29 de julio de 2004, § 157, y remite a una jurisprudencia precedente. En cuanto a una jurisprudencia interna reciente en que se acepta expresamente la índole consuetudinaria del artículo 51.3 del P I, y se examina la frase “mientras dure” v. TSJ de Israel, *PCATI v. Israel* (v., más arriba, nota 24), § 30.

¹⁹⁰ En cuanto al inicio y el fin de la participación directa en las hostilidades v., más arriba Sección VI.

constantemente y que son, por consiguiente, muy difíciles de prever. Aunque un civil haya participado en repetidas ocasiones en las hostilidades, sea de forma voluntaria o bajo presión, no es posible hacer una previsión fiable del comportamiento que tendrá en el futuro.¹⁹¹ Como el concepto de participación directa en las hostilidades se refiere a actos hostiles específicos, el DIH restablece la protección de un civil contra los ataques directos cada vez que cesa su participación en un acto hostil.¹⁹² Hasta que el civil en cuestión emprenda de nuevo un acto específico de participación directa en las hostilidades, el uso de la fuerza contra esa persona debe atenerse a las normas de orden público o de defensa personal.

Aun cuando el mecanismo de “vaivén” de la protección hace más difícil que las fuerzas armadas o grupos armados organizados contendientes respondan de manera efectiva a la participación directa de civiles en las hostilidades, sigue siendo necesario proteger a la población civil contra los ataques erróneos o arbitrarios, lo que las fuerzas o los grupos operativos deben aceptar mientras esa participación ocurra de forma simplemente espontánea, desorganizada o esporádica.

2. MIEMBROS DE GRUPOS ARMADOS ORGANIZADOS

Los miembros de grupos armados organizados que pertenecen a una parte no estatal en un conflicto cesan de ser civiles mientras mantengan esa calidad de miembros en virtud de su función continua de combate.¹⁹³ Formalmente, por consiguiente, dejan de beneficiarse de la protección que se asigna a las personas civiles “salvo si” participan directamente en las hostilidades y “mientras dure” tal participación. De hecho, la finalidad de la restricción de la pérdida de la protección a la duración de actos hostiles específicos es responder a actos

191 En cuanto a la imposibilidad práctica de prever de forma fiable la conducta futura de un civil, v. también *Report DPH 2006*, pp. 66 y ss.

192 Según el *Comentario P II y artículo 3 CG* (v., más arriba, nota 35), § 4789: “Si un civil participa directamente en las hostilidades, no se beneficia evidentemente de ninguna protección contra los ataques mientras dure esa participación. Fuera de ese periodo, al no representar peligro para el adversario, no debe ser atacado”. V. también la descripción de participación directa en las hostilidades como algo que puede producirse de forma “intermitente y discontinua” en *TPIY, Prosecutor v. Strugar, Appeal*, (v., más arriba, nota 16), § 178. Aunque, durante las reuniones de expertos, el “vaivén” de la protección dio lugar a algún debate, la opinión que predominó fue que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3.1 de los CG I-IV y en los Protocolos adicionales, la pérdida continua de la protección como persona civil no podía basarse en actos recurrentes por parte de personas civiles, sino exclusivamente en el concepto de calidad de miembro de las fuerzas armadas estatales o de un grupo armado organizado que pertenezca a una parte no estatal en el conflicto. V. *Report DPH 2004*, pp. 22 y s.; *Report DPH 2005*, pp. 63 y s.; *Report DPH 2006*, pp. 64-68; *Report DPH 2008*, pp. 33-44.

193 En relación con la exclusión mutua de los conceptos de civil y grupo armado organizado, v., más arriba Sección II.1. En cuanto al concepto de función continua de combate, v., más arriba, Sección II.3.b).

hostiles espontáneos, esporádicos o desorganizados y no se aplica a los grupos armados organizados. Daría a los miembros de esos grupos una ventaja operacional significativa sobre los miembros de fuerzas armadas estatales, que pueden ser continuamente objeto de ataques. Este desequilibrio alentaría a los grupos armados organizados a operar como granjeros durante el día y como combatientes por la noche. A la larga, resultaría menoscabada la confianza de la parte desaventajada en la capacidad del DIH de reglamentar la conducción de las hostilidades de forma satisfactoria, lo que podría tener graves consecuencias de todo tipo, como interpretaciones excesivamente liberales del DIH y la falta total de respeto a las protecciones dispuestas en este derecho.¹⁹⁴

En cambio, cuando las personas no se limitan a participar directamente en las hostilidades de forma espontánea, esporádica y desorganizada y se convierten en miembros de un grupo armado organizado que pertenece a una parte en conflicto, el DIH las priva de la protección contra los ataques directos mientras sean miembros de ese grupo.¹⁹⁵ En otras palabras, comienza el “vaivén” de la protección basada en la calidad de miembro.¹⁹⁶ Como se señala más arriba, la calidad de miembro de un grupo armado organizado comienza en el momento en que un civil empieza a asumir *de facto* una función continua de combate para el grupo, y dura hasta que deje de asumir esa función.¹⁹⁷ La persona que decide no pertenecer más a un grupo armado organizado no tiene que declararlo abiertamente; es suficiente que lo exprese mediante un comportamiento concluyente, como el hecho de distanciarse físicamente del grupo de forma duradera, reintegrándose en la vida civil o ejerciendo de nuevo y de forma permanente una función totalmente ajena a la de combate (v. g., actividades políticas o administrativas). En la práctica, asumir o abandonar una función continua de combate depende de criterios que pueden variar según el contexto político, cultural y militar.¹⁹⁸

194 *Report DPH 2005*, p. 49; *Report DPH 2006*, p. 65.

195 Según el *Comentario P II y artículo 3 CG* (v., más arriba, nota 35), § 4789: “Las personas pertenecientes a las fuerzas armadas o a grupos armados pueden ser atacadas en todo tiempo”. V. también *Expert Paper DPH 2004* (Prof. M. Bothe). Se recupera la protección contra los ataques directos cuando los miembros de los grupos armados quedan fuera de combate como consecuencia de la captura, la deposición de las armas, heridas o por cualquier otra causa (CG I-IV, art. 3.1. V. también P I, art. 41).

196 Durante las reuniones de expertos, este compromiso que recibió un amplio apoyo fue descrito como un “enfoque funcional de la calidad de miembro”. Respecto a un panorama de los debates, v. *Report DPH 2003*, p. 7; *Background Doc. DPH 2004*, pp. 34 y ss.; *Report DPH 2004*, pp. 22 y s.; *Report DPH 2005*, pp. 49, 59-65; 82 y ss.; *Report DPH 2006*, pp. 29 y ss., 65 y s.

197 V., más arriba, Sección II.3. V. también *Report DPH 2005*, p. 59.

198 V. también, más arriba, Sección II.3. Durante las reuniones de expertos, se destacó el hecho de que debían tenerse en cuenta las circunstancias del caso para determinar si la participación había cesado efectivamente (*Report DPH 2005*, p. 63). En cuanto a las precauciones y presunciones que deben observarse en situaciones de duda, v., más adelante, Sección VIII.

Por consiguiente, la determinación debe hacerse de buena fe y basarse en una consideración razonable de las circunstancias del caso, presumiendo, en caso de duda, que la persona tiene derecho a protección como persona civil.¹⁹⁹

3. CONCLUSIÓN

De conformidad con el DIH convencional y el DIH consuetudinario, las personas civiles que participan directamente en las hostilidades, así como las personas que asumen una función continua de combate para un grupo armado organizado que pertenece a una parte en conflicto, pierden el derecho a protección contra los ataques directos. En cuanto al ámbito temporal de la pérdida de la protección, se ha de hacer una clara distinción entre civiles y actores armados organizados. Mientras que las personas civiles pierden la protección durante cada acto específico que pueda ser considerado una participación directa en las hostilidades, los miembros de grupos armados organizados que pertenecen a una parte en conflicto cesan de ser civiles y, por consiguiente, pierden la protección contra los ataques directos mientras dure su calidad de miembros, es decir, mientras asuman una función continua de combate.

¹⁹⁹ Durante las reuniones de expertos, se señaló reiteradamente que, si bien el “vaivén” de la protección es parte de la norma relativa a la participación directa de los civiles en las hostilidades, plasmada en los artículos 51.3 del P I y 13.3 del P II, la distinción práctica entre miembros de grupos armados organizados y civiles era muy difícil. Durante operaciones reactivas llevadas a cabo para responder a un ataque, las fuerzas operativas carecen a menudo de suficiente información de inteligencia y tienen que fiarse de las presunciones hechas sobre la base de la conducta de la persona. Por consiguiente, esas operaciones deberían restringirse, en general, a la duración de los actos hostiles concretos a los que se responde. En cambio, las operaciones proactivas iniciadas por las fuerzas armadas basándose en una sólida información de inteligencia sobre la función que desempeña una persona en un grupo armado organizado, podrían realizarse en un momento en que las personas objeto del ataque no estén participando directamente en las hostilidades (v. *Report DPH 2006*, pp. 56 y s.).

VIII. PRECAUCIONES Y PRESUNCIONES EN LAS SITUACIONES DE DUDA

Se tomarán todas las precauciones posibles al determinar si una persona es civil y, en caso afirmativo, si esa persona civil está participando directamente en las hostilidades. En caso de duda, se presumirá que la persona está protegida contra los ataques directos.

Uno de los principales problemas prácticos que plantean los diferentes grados de participación de los civiles en las hostilidades es el de la duda en cuanto a la identidad del adversario. Por ejemplo, en muchas operaciones de contransurgencia, las fuerzas armadas están confrontadas constantemente con personas que adoptan una actitud más o menos hostil. La dificultad para esas fuerzas es distinguir de forma fiable entre miembros de grupos armados organizados que pertenecen a una parte contendiente en el conflicto, civiles que participan directamente en las hostilidades de forma espontánea, esporádica y no organizada y civiles que pueden o no estar prestando apoyo al adversario, pero que, en el momento en cuestión, no participan directamente en las hostilidades. Para evitar atacar por error o arbitrariamente a las personas civiles que tienen derecho a protección contra los ataques directos, es necesario hacer un planteamiento claro de las precauciones y las presunciones que deben tomarse y observarse en situaciones de duda.

1. EL REQUISITO DE TOMAR LAS PRECAUCIONES FACTIBLES

Antes de un ataque, se tomarán todas las precauciones factibles para verificar que las personas que se proyecta atacar son objetivos militares legítimos.²⁰⁰ Una vez que se inicie un ataque, los responsables suspenderán o anularán el ataque si se advierte que el objetivo no es un objetivo militar legítimo.²⁰¹ Antes y durante cualquier ataque, debe hacerse todo lo que sea factible para determinar si la persona contra la que se dirige el ataque es un civil y, llegado el caso, para saber si está participando directamente en las hostilidades.

²⁰⁰ P I, art. 57.2 a) i). De conformidad con el *DIH consuetudinario* (v., más arriba, nota 7), Vol. I, norma 16, esta norma es ahora de índole consuetudinaria en los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales.

²⁰¹ P I, art. 57.2 b). De conformidad con el *DIH consuetudinario* (v., más arriba, nota 7), Vol. I, norma 19, esta norma es ahora de índole consuetudinaria en los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales.

Tan pronto como se advierta que la persona contra la que se dirige un ataque tiene derecho a protección como persona civil, los responsables del ataque deben abstenerse de lanzarlo, o suspenderlo o anularlo si ya lo han comenzado. Esta determinación debe hacerse de buena fe y teniendo en cuenta toda la información de la que razonablemente pueda disponerse en la situación concreta.²⁰² Como se afirma en el DIH convencional, “[s]e entiende por ‘precauciones viables’ aquellas que son factibles o posibles en la práctica, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluidas consideraciones humanitarias y militares”.²⁰³ Además, debe anularse o suspenderse un ataque directo contra un civil en el caso de que esta persona quede fuera de combate.²⁰⁴

2. PRESUNCIÓN DE PROTECCIÓN COMO PERSONA CIVIL

Para los fines del principio de distinción, el DIH distingue entre dos categorías genéricas de personas: civiles y miembros de las fuerzas armadas de las partes en conflicto. Los miembros de fuerzas armadas estatales (excepto el personal sanitario y religioso) o los grupos armados organizados son considerados, en general, como objetivos militares legítimos, a menos que se entreguen o queden de otra manera fuera de combate. Las personas civiles, en general, están protegidas contra los ataques directos salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure esa participación. Para cada categoría, la norma general se aplica hasta que no se cumplan los requisitos para una excepción.

Por consiguiente, en caso de duda sobre si la conducta específica de un civil puede ser considerada una participación directa en las hostilidades, debe presumirse que se aplica la norma general de protección como persona civil y que la conducta no llega a ser una participación directa en las hostilidades.²⁰⁵

202 *Report DPH 2006*, p. 70 y ss.

203 Protocolo II CCAC (1980), art. 3.4; Protocolo III CCAC (1980), art. 1.5; Protocolo II CCAC enmendado (1996), art. 3.10. V. también el texto francés del artículo 57 del P I (“faire tout ce qui est pratiquement possible”).

204 Además de determinar si un civil está participando directamente en las hostilidades, el principio de precaución en un ataque exige también que se tomen todas las precauciones factibles para evitar y, en todo caso, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudiera causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil. Impone también la obligación a los responsables de abstenerse de decidir un ataque, de suspenderlo o de anularlo cuando puedan causar daños incidentales que serían “excesivos” en relación con la ventaja militar prevista (v. P I, arts. 57.2 a) ii) y iii) y 57.2 b) y, en relación con la índole consuetudinaria de estas normas en los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales, *DIH consuetudinario* (v., más arriba, nota 7), Vol. I, normas 17, 18 y 19).

205 Durante las reuniones de expertos, se convino en que, en caso de duda sobre si un civil constituía un objetivo militar legítimo, tenía que presumirse que las personas civiles estaban protegidas contra los ataques directos (*Report DPH 2005*, pp. 44 y s., 67 y s.; *Report DPH 2006*, p. 70 y ss.).

La presunción del derecho a protección como persona civil se aplica, *a fortiori*, en caso de duda sobre si una persona se ha convertido en miembro de un grupo armado organizado perteneciente a una parte en conflicto.²⁰⁶ Por supuesto, el grado de duda aplicable a las decisiones sobre los objetivos no puede ser comparado con la estricta norma de duda aplicable en un procedimiento penal, sino que debe reflejar el grado de certidumbre que puede razonablemente alcanzarse en esas circunstancias. En la práctica, para determinarlo se tendrán en cuenta, entre otras cosas, la información de inteligencia de que dispone la persona que decide al respecto, la urgencia de la situación y el daño probable que resulte de una decisión equivocada para las fuerzas operativas o para las personas y bienes protegidos contra los ataques directos.

La presunción del derecho a protección como persona civil no excluye el uso de la fuerza armada contra civiles cuya conducta plantee una grave amenaza para la seguridad y el orden públicos, sin que llegue a ser claramente una participación directa en las hostilidades. En esos casos, sin embargo, el uso de la fuerza se regirá por las normas usuales de mantenimiento del orden público y de defensa propia, teniendo en cuenta la amenaza a la que se hace frente y la índole de las circunstancias del caso.²⁰⁷

3. CONCLUSIÓN

En la práctica, la participación directa de civiles en las hostilidades puede causar gran confusión e incertidumbre en la aplicación del principio de distinción. Para evitar tomar como objetivo de forma errónea o arbitraria a las personas civiles que tienen derecho a protección contra los ataques directos, es muy importante que se tomen todas las precauciones factibles para determinar si una persona es civil y, llegado el caso, si está participando directamente en las hostilidades. En caso de duda, se debe presumir que la persona está protegida contra los ataques directos.

²⁰⁶ Para las situaciones de conflictos armados internacionales, este principio está codificado en el artículo 50.1 del P I. En cuanto a los conflictos armados no internacionales, v. también *Comentario P II y artículo 3 CG* (v., más arriba, nota 35), § 4789, según el cual, “en caso de duda sobre la condición de una persona, se presume que ésta es civil”.

²⁰⁷ V. también *Report DPH 2005*, pp. 11 y s.

IX. RESTRICCIONES EN EL USO DE LA FUERZA EN UN ATAQUE DIRECTO

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

La pérdida de la protección contra los ataques directos, sea debido a la participación directa en las hostilidades (de civiles) o a la función continua de combate (de miembros de grupos armados organizados), no significa que las personas concernidas queden por fuera de la ley. Un principio fundamental del DIH convencional y del DIH consuetudinario es que “[l]os beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios de perjudicar al enemigo”.²⁰⁸ De hecho, se imponen también restricciones jurídicas a los ataques directos contra objetivos militares legítimos, basadas sea en disposiciones específicas del DIH, sea en los principios en que se fundamenta el DIH en su conjunto, sea en otros instrumentos aplicables del derecho internacional.

1. PROHIBICIONES Y RESTRICCIONES IMPUESTAS POR DISPOSICIONES ESPECÍFICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Toda operación militar efectuada en una situación de conflicto armado debe atenerse a las disposiciones aplicables del DIH convencional y consuetudinario que rigen la conducción de las hostilidades.²⁰⁹ Éstas incluyen las normas que dimanen de los principios de distinción, precaución, y proporcionalidad, así como las prohibiciones de negarse a dar cuartel y de la perfidia. Incluyen

208 R H IV, art. 22. V. también P I, art. 35.1: “En todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado”.

209 V. también *Report DPH 2006*, p. 76; *Report DPH 2008*, pp. 24, 29 y ss.

también la restricción o la prohibición de ciertas armas y la prohibición de métodos y medios de combate que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios (*maux superflus*).²¹⁰ Además de la prohibición o restricción de algunos medios y métodos de combate, sin embargo, las disposiciones específicas del DIH no reglamentan expresamente el tipo y el grado de fuerza que está permitido emplear contra objetivos militares legítimos. En cambio, el DIH se abstiene simplemente de asignar a algunas categorías de personas, incluidas las personas civiles que participan directamente en las hostilidades, protección contra los “ataques” directos, es decir, contra “actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos”²¹¹. Por supuesto, el hecho de que una categoría particular de personas no esté protegida contra los actos de violencia ofensivos o defensivos no significa que jurídicamente esté admitido matar a esas personas sin tener en cuenta otras consideraciones. Al mismo tiempo, la falta de un “derecho” ilimitado a matar no implica forzosamente que existe una obligación jurídica de capturar en vez de matar cualesquiera que sean las circunstancias.

2. LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD MILITAR Y DE HUMANIDAD²¹²

A falta de una reglamentación expresa, el tipo y el grado de fuerza permisible en los ataques contra objetivos militares legítimos deberían ser determinados, ante todo, a partir de los principios fundamentales de necesidad militar y de humanidad, que son la base e influyen en toda la estructura normativa del DIH y, por consiguiente, conforman el contexto en que dichas normas deben ser interpretadas.²¹³ Las consideraciones

210 V., por ejemplo, las prohibiciones o restricciones impuestas al uso del veneno (R H IV, art. 23.1.a); Protocolo de Ginebra de 1925 por el que se prohíben los gases asfixiantes, tóxicos o similares, así como los líquidos, materias o procedimientos análogos), las balas que se ensanchan (Declaración de La Haya de 1899 IV/3) y algunas otras armas (CCAC – Convención y Protocolos de 1980, 1995 y 1996, Convención relativa a las Minas Antipersonal de 1997, Convención sobre Municiones en Racimo de 2008), así como la prohibición de emplear métodos que impliquen no dar cuartel (P I, art. 40; R H IV, art. 23, primer párr., d) y el recurso a la traición o la perfidia (R H IV, art. 23, primer párr., b); P I, art. 37). V. también *Report DPH 2006*, p. 76; *Report DPH 2008*, pp. 18 y s.

211 P I, art. 49.1.

212 Durante las reuniones de expertos, esta Sección (IX.2) de la Guía, se prestó a gran controversia. Mientras que un grupo de expertos afirmaba que está permitido el uso de fuerza letal contra las personas que no tienen derecho a protección contra los ataques directos únicamente cuando la captura no sea posible, otro grupo de expertos insistió en que el DIH no contiene obligación jurídica alguna de capturar en vez de matar. Durante todos los debates, sin embargo, nadie afirmó que exista una obligación de asumir un mayor riesgo para proteger la vida de un adversario que no tiene derecho a protección contra los ataques directos, ni que matarlo sea lícito cuando no haya una necesidad militar manifiesta de hacerlo. En cuanto a un panorama de los debates al respecto, v. *Report DPH 2004*, pp. 17 y ss.; *Report DPH 2005*, pp. 31 y s., 44 y ss., 50, 56 y s., 67; *Report DPH 2006*, pp. 74-79; *Report DPH 2008*, pp. 7-32.

213 V., sobre todo, *Comentario P I*, Tomo I (v., más arriba, nota 10), § 1389.

de necesidad militar y de humanidad no restringen ni invalidan las disposiciones específicas del DIH, sino que constituyen principios que guían la interpretación de los derechos y los deberes de los beligerante según los parámetros que imponen esas disposiciones.²¹⁴

Hoy, se reconoce, en general, que el principio de necesidad militar permite “solo el grado y el tipo de fuerza que no estén prohibidos de otro modo por el derecho de los conflictos armados, que sean necesarios para lograr el objetivo legítimo del conflicto, a saber, la sumisión total o parcial del enemigo en el más breve plazo con un costo mínimo de vidas humanas y de recursos”.²¹⁵ El principio de humanidad, según el cual “está prohibido causar sufrimientos, heridas o destrucción que no sean necesarios para el logro de fines militares legítimos”²¹⁶ complementa y está implícito en el principio de necesidad militar. Además, los principios de necesidad militar y de humanidad reducen la amplitud máxima de acción militar permisible, partiendo de la que no está prohibida expresamente por el DIH hasta la que es efectivamente necesaria para lograr un objetivo militar legítimo en las circunstancias del caso.²¹⁷

214 *Report DPH 2008*, pp. 7 y s., 19 y s. V. también la frase de Lauterpacht según la cual “no es ateniéndose a normas existentes como se resuelven estos problemas, en la medida en que pueden resolverse, sino atendiéndose a consideraciones imperativas de humanidad, de salvaguardia de la civilización de la inviolabilidad de la persona humana” (citada en el *Comentario P I*, Tomo I (v., más arriba, nota 10), § 1394).

215 Reino Unido: Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford: OUP, 2004), Sección 2.2 (Necesidad militar). Existen interpretaciones similares en varios otros manuales y glosarios militares contemporáneos. V., por ejemplo, *NATO: Glossary of Terms and Definitions (AAP-6-V)*, p. 2-M-5; Estados Unidos: Departamento de las Fuerzas Armadas, *Field Manual 27-10* (1956), § 3; Departamento de la Armada de Estados Unidos, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, NWP 1-14M/MCWP 5-12-1/COMDTPUB P5800.7A* (2007), § 5.3.1, p. 5-2.; Francia: Ministerio de Defensa, *Manuel de Droit des Conflits Armés* (2001), pp. 86 y s.; Alemania: Ministerio Federal de Defensa, *Triservice Manual ZDv 15/2: Humanitarian Law in Armed Conflicts* (August 1992) § 130; Suiza: Ejército Suizo, *Regulations 51.007/IV, Bases légales du comportement à l'engagement* (2005), § 160. Históricamente, el concepto moderno de necesidad militar se ha visto muy influenciado por la definición del artículo 14 del “Código Lieber” (United States: Adjutant General's Office, *General Orders No. 100*, 24 April 1863).

216 Reino Unido, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (v., más arriba, nota 215), Sección 2.4 (Humanidad). Aun cuando ha perdido vigencia, v. también la formulación en: Estados Unidos: Departamento de la Fuerza Aérea, *Air Force Pamphlet, AFP 110-31* (1976), § 1-3 (2), p. 1-6. Por lo tanto, en la medida en que su finalidad es limitar la muerte, heridas o destrucción a lo que es realmente necesario para fines militares legítimos, los principios de necesidad militar y humanidad no se contradicen, sino que se refuerzan mutuamente. Solo cuando se puede considerar que una acción militar es necesaria para el logro de un fin militar legítimo, los principios de necesidad militar y de humanidad son consideraciones contrarias, que deben ser sopesadas como se expresa en las disposiciones específicas del DIH.

217 V. *Comentario P I*, Tomo I (v., más arriba, nota 10), § 1395. V. también la determinación de la Corte Internacional de Justicia de que la prohibición de utilizar métodos y medios de combate de tal índole que causen sufrimientos innecesarios a los combatientes constituye un principio inviolable del derecho internacional consuetudinario y un principio cardinal del DIH, según el cual está prohibido ocasionar “daños mayores que los inevitables para conseguir objetivos militares legítimos”. V. CIJ, Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o del empleo de armas nucleares, 8 de julio de 1996, § 78.

Mientras que es imposible determinar con anterioridad la cantidad exacta de fuerza que debe utilizarse en cada situación, las consideraciones de humanidad exigen que, según los parámetros que imponen las disposiciones específicas del DIH, no se causen más muertes, heridas o destrucción que las que sean realmente necesarias para lograr el objetivo militar legítimo en las circunstancias del caso.²¹⁸ El tipo y el grado de fuerza que se pueden considerar necesarios en un ataque contra un objetivo militar particular supone una compleja evaluación basada en una amplia variedad de circunstancias operacionales y contextuales. La finalidad no puede ser sustituir el juicio de un comandante militar por normas inflexibles o poco realistas; lo que hace falta es evitar el error, la arbitrariedad y el abuso proporcionando principios rectores para elegir los medios y métodos de combate según la evaluación que el comandante haga de la situación.²¹⁹

En los enfrentamientos clásicos de gran envergadura entre fuerzas o grupos armados organizados y bien equipados, es poco probable que los principios de necesidad militar y de humanidad restrinjan el uso de la fuerza contra objetivos militares legítimos más allá de lo que ya exigen las disposiciones específicas del DIH. La importancia práctica de la función de restricción de esos principios aumentará proporcionalmente a la capacidad de una parte en conflicto de controlar las circunstancias y el área en que lleva a cabo sus operaciones militares, y puede incluso ser decisiva cuando las fuerzas armadas operan contra ciertas personas en situaciones comparables a las de mantenimiento del orden en tiempo de paz. En la práctica, esas

218 V. también la Declaración de San Petersburgo (1868), según la cual: “Que el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo; Que, a este efecto, es suficiente poner fuera de combate al mayor número posible de hombres”.

219 Se reconoce desde hace tiempo que los asuntos que no están expresamente reglamentados en el DIH convencional no deben ser, “a falta de estipulación escrita, dejados a la apreciación arbitraria de los que dirijan los Ejércitos” (Preámbulo H II; Preámbulo H IV) sino que, según los términos de la célebre cláusula de Martens, “las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública” (P I, art. 1.2). Adoptada por primera vez en el Preámbulo del Convenio II de La Haya (1899) y reafirmada luego en posteriores tratados y jurisprudencia durante más de un siglo, la cláusula de Martens continúa sirviendo como constante recordatorio de que, en situaciones de conflicto armado, una conducta particular no es forzosamente lícita porque no está expresamente prohibida o reglamentada de otro modo en el derecho convencional. V., v. g., Preámbulos R H IV (1907), P II (1977), CCAC (1980); CG I, art. 63; CG II, art. 62; CG III, art. 142; CG IV, art. 158; CIJ, OC Armas Nucleares (v., más arriba, nota 217), § 78; TPIY, *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, Causa No. IT-95-16-T-14, Fallo de enero de 2000, § 525). En cuanto a los debates sobre la cláusula de Martens durante las reuniones de expertos, v. *Report DPH 2008*, pp. 22 y s.).

consideraciones pueden llegar a ser especialmente pertinentes cuando una parte ejerce un control territorial efectivo, sobre todo en territorios ocupados y en situaciones de conflicto armado no internacional.²²⁰

Por ejemplo, el caso de un civil inerme que, sentado en un restaurante, utilice un radio receptor o un teléfono móvil para transmitir inteligencia táctica a una fuerza de asalto aéreo en relación con un objetivo, deberá considerarse probablemente como participación directa en las hostilidades. Sin embargo, si el restaurante en cuestión está situado en una zona que está bajo el firme control de la parte adversaria, es posible neutralizar la amenaza militar que supone la persona civil mediante la captura o el empleo de medios no letales sin añadir riesgos para las fuerzas operativas o la población civil en el entorno. Del mismo modo, según lo dispuesto por el DIH, un comandante militar del grupo insurgente no recuperará la protección como persona civil contra los ataques directos por la simple razón de que ha dejado temporalmente las armas, el uniforme y los signos distintivos para visitar a parientes en el territorio controlado por el Gobierno. Sin embargo, según las circunstancias, las fuerzas armadas o de policía del Gobierno pueden capturar al comandante sin hacer uso de fuerza letal. Además, un gran número de civiles inermes que deliberadamente se reúnen en un puente para impedir el paso de fuerzas terrestres gubernamentales que persiguen a un grupo insurgente tendrán que ser considerados, probablemente, como personas que participan directamente en las hostilidades. En la mayoría de los casos, sin embargo, las fuerzas armadas tienen muchas posibilidades de deshacerse del obstáculo físico que plantean esos civiles mediante medios menos dañinos que un ataque militar directo contra ellos.

220 En cuanto a una jurisprudencia nacional reciente que refleja esta posición, v. TSJ de Israel, *PCATI v. Israel* (v., más arriba, nota 24), § 40, en que la Corte declara que “un civil que participa directamente en las hostilidades no puede ser atacado durante el tiempo en que lo esté haciendo si se pueden utilizar medios menos dañinos [...] El arresto, la investigación, y el juicio no son medios a los que siempre se puede recurrir. A veces no existe ninguna otra posibilidad y otras veces, supone un riesgo tan grande para la vida de los soldados, que no se exige actuar de este modo [...] De hecho puede ser especialmente práctico en las condiciones de ocupación beligerante, en que el ejército controla la zona en que tiene lugar la operación, y en que el arresto, la investigación, y el enjuiciamiento son a veces factibles [...] Por supuesto, dadas las circunstancias del caso, esa posibilidad puede ser inexistente. A veces, los daños a las personas civiles inocentes en el entorno pueden ser mayores que los causados en caso de abstención. En estas circunstancias, no debería emplearse».

En resumen, aun cuando difícilmente podría exigirse a las fuerzas operativas que corran riesgos adicionales para ellos o para la población civil con el objeto de capturar a un adversario armado con vida, sería contrario a las nociones básicas de humanidad matar a un adversario o abstenerse de darle la oportunidad de deponer las armas cuando es evidente que no hace falta el uso letal de la fuerza.²²¹

En estas situaciones, los principios de necesidad militar y de humanidad son importantes para determinar el tipo y el grado de fuerza que estaría permitido utilizar contra objetivos militares legítimos. Por último, a pesar de que el análisis y la interpretación del DIH son el único interés de esta Guía, sus conclusiones no menoscaban las restricciones adicionales que, en cuanto al uso de la fuerza, dimanen de otros instrumentos de derecho internacional tales como, especialmente, el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho que rige el uso de la fuerza entre Estados (*jus ad bellum*).²²²

3. CONCLUSIÓN

En situaciones de conflicto armado, incluso el uso de la fuerza contra personas que no tienen derecho a protección contra los ataques directos está supeditado a limitaciones jurídicas. Además, las restricciones que impone el DIH respecto a los métodos y medio de combate, y sin menoscabo de otras restricciones que impongan otros instrumentos del derecho internacional, el tipo y el grado de fuerza a los que se puede recurrir contra personas que no tienen derecho a protección contra los ataques directos no deben exceder lo que es realmente necesario para lograr un objetivo militar legítimo en las circunstancias del caso.

221 En este sentido debe entenderse el famoso planteamiento de Pictet, según el cual “[s]i se puede poner fuera de combate a un militar capturándolo, no hay que herirlo; si se puede lograr este resultado hiriéndole, no hay que matarlo. Si, para la misma ventaja militar, se dispone de dos medios, uno de los cuales causa males menores, ha de elegirse éste”. V. Pictet, *Desarrollo y principios del derecho internacional humanitario* (Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1986), p. 89. Durante las reuniones de expertos, se reconoció, en general, que es poco probable que el enfoque propuesto por Pictet pueda ser aplicado en situaciones clásicas de combate en que los enfrentamientos son de gran envergadura (*Report DPH 2006*, pp. 75 y s., 78) y que las fuerzas armadas que operan en situaciones de conflicto armado, aun cuando estén equipadas con un armamento y con medios de observación ultramodernos, no siempre tendrán los medios o la oportunidad de capturar en vez de matar (*Report DPH 2006*, p. 63).

222 Según el artículo 51.1 del P I, la norma expresada en el art. 51.3 del P I, existe “además de las otras normas aplicables de derecho internacional”. Del mismo modo, en el art. 49.4 del P I se recuerda que las disposiciones de la Sección I del P I (arts. 48-67) “completan las normas relativas a la protección humanitaria contenidas [...] en los demás acuerdos internacionales que obliguen a las Altas Partes Contratantes, así como las otras normas de derecho internacional que se refieren a la protección de las personas civiles [...] contra los efectos de las hostilidades”. Aun cuando estas disposiciones se refieren principalmente a las fuentes de DIH distintas del P I mismo, su finalidad es también incluir “instrumentos de un ámbito de aplicación más amplio, que continúan aplicándose, total o parcialmente, en una situación de conflicto armado” (v. *Comentario P I*, Tomo I (v., más arriba, nota 10), §§ 128-131), como “los pactos o convenios zonales o mundiales –relativos a la protección de los derechos humanos” (ibid., *Comentario P I*, Tomo II, art. 49, § 1901) y otros tratados aplicables que “pueden influir de manera positiva sobre la suerte que corre ésta [la población civil] en tiempo de conflicto armado” (ibid., *Comentario P I*, art. 51.1, § 1937). Durante las reuniones de expertos, algunos de ellos sugirieron basar los argumentos contenidos en la Sección IX en el derecho humano a la vida. Sin embargo, prevaleció el punto de vista de que en la Guía no debía examinarse el efecto del derecho de los derechos humanos en el tipo y el grado de fuerza aceptables de conformidad con el DIH. En cambio, una cláusula general de excepciones debía esclarecer que el texto de la Guía había sido redactado sin perjuicio de la aplicabilidad de otras normas jurídicas, como el derecho de los derechos humanos (*Report DPH 2006*, pp. 78 y s.; *Report DPH 2008*, p. 21 y s.).

X. CONSECUENCIAS DE LA RECUPERACIÓN DE LA PROTECCIÓN COMO PERSONA CIVIL

El derecho internacional humanitario no prohíbe ni favorece la participación directa de las personas civiles en las hostilidades. Cuando las personas civiles dejan de participar directamente en las hostilidades, o cuando miembros de grupos armados organizados que pertenecen a una parte no estatal en un conflicto armado dejan de asumir una función continua de combate, recuperan la plena protección como personas civiles contra los ataques directos, pero no quedan exentos de ser enjuiciados por las violaciones que puedan haber cometido contra el derecho interno y el derecho internacional.

1. CARENCIA DE INMUNIDAD CONTRA ENJUICIAMIENTOS EN EL DERECHO INTERNO

El DIH otorga un “derecho” expreso a participar directamente en las hostilidades solo a los miembros de las fuerzas armadas de las partes en los conflictos armados internacionales y a los participantes en un levantamiento en masa.²²³ Este derecho no significa que se tiene derecho a realizar actos prohibidos por el DIH, sino que simplemente asigna a los combatientes inmunidad contra los enjuiciamientos que el derecho interno estipule por actos que, a pesar de ser conformes con el DIH, puedan constituir delitos de conformidad con el derecho penal nacional de las partes en conflicto (el denominado privilegio de combatiente).²²⁴ El hecho de que el DIH²²⁵ no contenga una disposición en que se señale de forma expresa el derecho de las personas civiles a participar directamente en las hostilidades no significa forzosamente que exista una prohibición internacional de ese tipo de participación. De hecho, la participación directa de las personas civiles en las

223 P I, art. 43.2 (salvo el personal sanitario y religioso); R H IV, arts. 1 y 2.

224 El privilegio de combatiente, por el contrario, no otorga inmunidad contra los enjuiciamientos penales estipulados en el derecho nacional o internacional penal por violaciones del DIH.

225 Éste fue también el punto de vista que prevaleció en las reuniones de expertos (v. *Report DPH 2006*, p. 81). Los expertos también estuvieron de acuerdo en que la legalidad o ilegalidad de un acto según el derecho nacional o internacional carece de importancia para la calificación como participación directa en las hostilidades (*Background Doc. DPH 2004*, p. 26; *Report DPH 2004*, p. 17; *Report DPH 2005*, p. 9; *Report DPH 2006*, p. 50).

hostilidades no está prohibida como tal por el DIH ni está penalizada por los Estatutos de los tribunales o cortes penales internacionales existentes o que hayan existido.²²⁶ Sin embargo, puesto que los civiles –incluidos los que tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra de conformidad con el artículo 4, párrafos 4 y 5, del CG III– no tienen derecho al privilegio de combatiente ni gozan de inmunidad judicial en el derecho interno por actos de guerra lícitos, es decir, por el hecho de haber participado directamente en las hostilidades, aunque hayan respetado las disposiciones del DIH.²²⁷ Por consiguiente, las personas civiles que hayan participado directamente en las hostilidades y los miembros de grupos armados organizados que pertenezcan a un Estado que no es parte en un conflicto²²⁸ pueden ser enjuiciados y castigados siempre que el derecho interno sancione sus actividades, su calidad de miembros o el daño que hayan causado (tales como traición, incendio doloso, homicidio, etc.).²²⁹

2. OBLIGACIÓN DE RESPETAR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

La jurisprudencia de los tribunales militares internacionales creados después de la Segunda Guerra Mundial,²³⁰ así como el TPIY y el TPIR, afirman invariablemente que incluso una persona civil puede violar las disposiciones del DIH y cometer crímenes de guerra. Lo decisivo según el DIH es el carácter de los actos y su nexa con el conflicto, y no el estatuto del perpetrador.²³¹ No cabe duda de que las personas civiles que participan directamente en las hostilidades deben respetar las normas del DIH, incluidas las relativas a la

226 Tampoco los Estatutos de los Tribunales Militares constituidos después de la Segunda Guerra Mundial (es decir, el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente en Tokio), ni los actuales Estatutos del TPIY, del TPIR, de la CPI y del Tribunal Especial para Sierra Leona, sancionan la participación directa de las personas civiles, como tales, en las hostilidades.

227 La cláusula de Martens (v., más arriba, nota 219) expresa un compromiso formulado después de que los Estados que participaron en la Conferencia de Paz de 1899 no pudieron llegar a un acuerdo sobre si las personas civiles que tomaban las armas contra una potencia ocupante establecida debían ser tratadas como combatientes privilegiados o como guerrilleros sujetos a la pena de ejecución. Desde entonces, los Estados han ampliado sucesivamente el privilegio de combatiente a los participantes en un levantamiento en masa, a milicias y a cuerpos de voluntarios (R H IV, 1907), movimientos de resistencia organizados (CG I-III, 1949) y algunos movimientos de liberación nacional (P I, 1977). En cuanto a las personas civiles, sin embargo, hasta la fecha el DIH no prohíbe su participación directa en las hostilidades, ni les otorga inmunidad contra los enjuiciamientos penales impuestos por el derecho interno.

228 Cuando el Protocolo adicional I es aplicable, los miembros de las fuerzas armadas de movimientos de liberación nacional, según el significado del artículo 1.4 del P I, deberían beneficiarse, sin duda alguna, del privilegio de combatiente y, por consiguiente, de la inmunidad contra enjuiciamientos penales por actos legales de guerra, aun cuando los movimientos a los que pertenezcan sean partes no estatales en un conflicto armado.

229 V. también *Background Doc. DPH 2004*, p. 26; *Report DPH 2004*, p. 17; *Report DPH 2005*, p. 9; *Report DPH 2006*, pp. 80 y s.

230 V., más arriba, nota 226.

231 En cuanto al criterio de nexa tal como lo establecieron el TPIY y el TPIR, v., especialmente, TPIY, *Prosecutor v. Tadić, Interlocutory Appeal* (v., más arriba, nota 26), §§ 67, 70; TPIY, *Prosecutor v. Kunarac et al.* (v., más arriba, nota 147), §§ 55 y ss.; TPIR, *Prosecutor v. Rutaganda* (v., más arriba, nota 147), §§ 569 y s.

conducción de las hostilidades, y pueden ser declaradas culpables por crímenes de guerra del mismo modo que los miembros de las fuerzas armadas estatales o de grupos armados organizados. Por ejemplo, las personas civiles violarían el DIH si dirigieran actos hostiles contra personas y bienes protegidos contra los ataques directos, se negaran a dar cuartel a los adversarios fuera de combate, o capturaran, hirieran o mataran a un adversario recurriendo a la perfidia.

La prohibición de la perfidia es de especial interés en la práctica, porque es frecuente que las personas civiles que participan directamente en las hostilidades no lleven armas abiertamente o no se distinguen de otro modo de la población civil. El hecho de que las personas civiles capturen, hieran o maten a un adversario, absteniéndose de distinguirse de la población civil, para inducirlo a creer que tiene derecho a protección como persona civil contra los ataques directos, puede constituir perfidia en violación del DIH convencional y consuetudinario.²³²

3. CONCLUSIÓN

En última instancia, el DIH no prohíbe ni privilegia la participación directa de las personas civiles en las hostilidades. Por consiguiente, cuando éstas cesan de participar directamente en las hostilidades, o cuando las personas cesan de ser miembros de grupos armados organizados porque dejan de desempeñar su función continua de combate, recobran la plena protección como personas civiles contra los ataques directos. Sin embargo, puesto que no gozan del privilegio de combatientes, no están exentas de los enjuiciamientos dispuestos en el derecho penal interno por actos cometidos durante su participación directa o mientras eran miembros del grupo armado. Además, del mismo modo que los miembros de las fuerzas armadas estatales o de los grupos armados organizados que pertenecen a las partes en un conflicto armado, las personas civiles que participan directamente en las hostilidades deben respetar las normas del DIH que rigen la conducción de las hostilidades y pueden ser declaradas culpables personalmente por crímenes de guerra y otras violaciones del derecho internacional penal.

²³² R H IV, art. 23.1 b) y P I, art. 37.1 (conflictos armados internacionales). En cuanto a la índole consuetudinaria de esta norma en un conflicto armado no internacional, v. *DIH consuetudinario* (v., más arriba, nota 7), Vol. I, norma 65. Según el Estatuto de la CPI, matar o herir a traición a “personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo” (conflicto armado internacional, art. 8.2 b) xi) o a un “combatiente adversario” (conflicto armado no internacional, art. 8.2 e) ix)) es un crimen de guerra.

MISIÓN

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), organización imparcial, neutral e independiente, tiene la misión exclusivamente humanitaria de proteger la vida y la dignidad de las víctimas de los conflictos armados y de otras situaciones de violencia, así como de prestarles asistencia. El CICR se esfuerza asimismo en prevenir el sufrimiento mediante la promoción y el fortalecimiento del derecho y de los principios humanitarios universales. Fundado en 1863, el CICR dio origen a los Convenios de Ginebra y al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, cuyas actividades internacionales en los conflictos armados y en otras situaciones de violencia dirige y coordina.



CICR

ISBN 978-2-940396-09-2



9 782940 396092 >

0990/003T 12.2010 2,000