

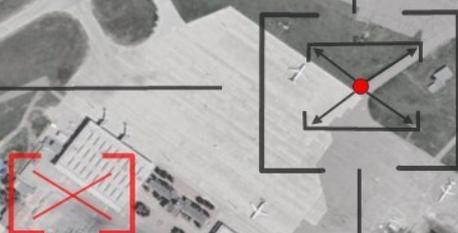


ACADEMIA DE LAS CIENCIAS
Y LAS ARTES MILITARES

Serie de monografías y ensayos
Número 7

● REC

Ius in bello: democracia y control constitucional en tiempo de guerra



Juan A. Moliner González

Diciembre de 2023



ACADEMIA DE LAS CIENCIAS
Y LAS ARTES MILITARES

Serie de monografías y ensayos
Número 7

Ius in bello:
democracia y control constitucional
en tiempo de guerra

Juan A. Moliner González
Academia de las Ciencias y las Artes Militares

Índice de contenido

Resumen.....	i
<i>Abstract</i>	i
Sobre el autor.....	ii
Introducción y consideraciones previas	1
Reflexiones sobre el concepto de ética militar.....	3
Constituciones democráticas y papel de la ética militar	4
<i>Ius in bello</i> y derecho internacional	5
Teorías relevantes sobre el <i>ius in bello</i>	7
<i>La Teoría de la Guerra Justa</i>	7
<i>La visión cosmopolita y la guerra</i>	9
<i>Las teorías realistas de la guerra</i>	10
Cumplimiento de las exigencias éticas del <i>ius in bello</i>	13
<i>La distinción entre combatientes y no combatientes</i>	13
<i>El daño colateral y su permisibilidad moral</i>	16
<i>Armas, tácticas y objetivos militares</i>	19
La responsabilidad de los militares por conductas de sus subordinados	21
<i>La autonomía moral del soldado</i>	23
Conclusiones.....	24
Referencias bibliográficas:	27

Nota: Las ideas y opiniones contenidas en este documento son de responsabilidad de los autores, sin que reflejen, necesariamente, el pensamiento de la Academia de las Ciencias y las Artes Militares.

Ius in bello: democracia y control constitucional en tiempo de guerra

Juan A. Moliner González

Academia de las Ciencias y las Artes Militares

Resumen

En tiempo de guerra las democracias deben mantener la escrupulosidad en el respeto a las leyes de la guerra y muy cuidadosas con las implicaciones éticas y morales de los conflictos bélicos al afectar a elementos esenciales del respeto a los Derechos Humanos, la necesidad en la exigencia de responsabilidades y la imprescindible promoción de la reconciliación para que la paz. Se analizan esos aspectos que se consideran decisivos, dado el juicio de la opinión pública y el escrutinio de sus medios de comunicación, y que anticipan el enorme reto que tiene la ética militar en Estados con constituciones democráticas y su defensa ante los trascendentes cambios que se están produciendo en el orden mundial de los últimos decenios.

Palabras clave

Guerra, derecho

Abstract

During wartime democracies must adhere thoroughly in respect to the Law of War and be very cautious with ethical and moral implications of military conflicts because they concern essential elements in the respect to Human Rights, the need for accountability and the indispensable promotion of peace reconciliation. These decisive elements are analysed, given the public opinion judgment and the scrutiny of media, which foresee the crucial challenge that military ethics has in democratic and constitutional States and its defence in front of the transcendental changes taking place in the world order in the last decades.

Key words

War, lawfare

Sobre el autor

Juan A. Moliner González

General de división del Ejército del Aire y del Espacio (R). Diplomado de Estado Mayor y en Defensa Nacional por el CESEDEN.

Ha ocupado, entre otros, los puestos de profesor militar en el Centro de Selección de la Academia General del Aire y en el Ala 78, Subdirector Jefe de Estudios de la Escuela de Técnicas Aeronáuticas, Subdirector de Enseñanza del Ejército del Aire, Director del Gabinete Técnico de la Secretaría General de Política de Defensa, Secretario de la Comisión Interministerial de Defensa y Subdirector Militar del Instituto Universitario “General Gutiérrez Mellado”.

Ha estado destinado en el Estado Mayor Militar de la Unión Europea (Bruselas) y comisionado como Observador Militar de Naciones Unidas en Bosnia. Ha realizado cursos en el Colegio de Defensa de la Unión Europea, NATO School, Marshall Center, DCAF y Academia de Defensa del Reino Unido.

En 2019 le fue concedido el Premio “Marqués de Santa Cruz de Marcenado” por su labor de difusión en el mundo civil de la cultura de Seguridad y Defensa. Pertenece a la Academia de las Ciencias y las Artes Militares, en la que ocupa desde su creación el cargo de Vicepresidente.

Ha completado su formación profesional con la civil: Doctor en Seguridad Internacional por la UNED/IUGM (premio extraordinario de Doctorado), y Licenciado en Filosofía y Ciencias de la Educación (Psicología) por la Universidad de Granada.

Es miembro de la Sociedad Internacional Europea de Ética Militar (EuroISME) y miembro del jurado internacional de la misma que otorga cada año un premio al mejor Trabajo de Fin de Máster sobre Ética Militar.

Entre sus últimas publicaciones destacan, como autor, el libro *La ética militar como marco de reflexión sobre la guerra y la profesión militar* (2022), y como codirector y coautor, el libro *Seguridad, control de fronteras y derechos humanos. Gestión pública de las crisis sociales* (2023).

Ius in bello: democracia y control constitucional en tiempo de guerra

Introducción y consideraciones previas

Analizar la actuación de los militares y el control que se puede ejercer sobre la conducción y ejecución de las operaciones en época de guerra, desde la perspectiva del *ius in bello*, obliga a realizar unas consideraciones previas que se consideran relevantes para abordar e integrar coherentemente las siguientes reflexiones. Algunas de ellas se plantean exclusivamente para dejar constancia y no serán tratadas en estas páginas, siendo otras en las que se centrará el análisis que se presenta.

La primera de esas consideraciones se refiere a la orientación de este análisis sobre el asunto que nos ocupa. Dado que el autor no es jurista sino militar, tarea elegida para adquirir una capacitación profesional que, en caso de necesidad, le permitiera utilizar la fuerza militar en la defensa de España, sus conocimientos del Derecho Constitucional son limitados e incluso el esfuerzo permanente para ampliar saberes sobre el Derecho Internacional Humanitario (DIH) también tiene sus fronteras.

Por tanto, más que una perspectiva jurídica, la que se ofrece es filosófica y, específicamente, basada en el concepto de «ética militar». En consecuencia, se analizará brevemente el significado, naturaleza y características de este constructo, esencial no solo para los militares que son los principales actores que emplean la fuerza letal en guerras y conflictos bélicos, sino también para cualquier persona implicada en los mismos.

La segunda es una consideración de tipo geopolítico y geocultural, que no se desarrolla aquí y que atiende a dar respuesta a determinadas cuestiones. Una pregunta que deberíamos hacernos es si esa ética militar, con sus profundas raíces europeas filosóficas y religiosas, difiere en sus planteamientos de otros puntos de vista éticos como el chino, con sus raíces confucianas, musulmán con sus raíces teocráticas o africano, con sus raíces en las tradicionales enseñanzas Ubuntu¹.

Otra consideración es plantearse si es correcto, y tiene futuro, analizar y proponer desde un punto de vista europeo u occidental, o sea de países con constituciones democráticas, esa aspiración de un contenido general y global del *ius in bello*, en las operaciones militares de los conflictos armados, con sus características, limitaciones y restricciones.

Finalmente, es importante cuestionarnos por las consideraciones de todo tipo que llevan a los líderes políticos a tomar decisiones que involucran a sus pueblos, bilateralmente o en coaliciones, en conflictos armados o acciones bélicas, exponiendo a las personas a arriesgar sus vidas y su integridad moral en operaciones militares, sobre las que se juzgarán sus conductas y comportamientos.

La última consideración previa que se considera de interés es si resulta apropiado (si alguna vez lo fue), plantear una teoría de la guerra justa como aspiración universal amparada en razones legales y legítimas que sustente las condiciones del recurso a la fuerza, así como de las formas y medios en el uso de la violencia, en la actuación de los soldados, y en las responsabilidades, roles y limitaciones que ello conlleva.

El hilo conductor de esta exposición son las implicaciones éticas y morales de las guerras que, además de consecuencias estratégicas, afectan a elementos esenciales del respeto a los Derechos Humanos, la necesidad en la exigencia de responsabilidades y la imprescindible promoción de la reconciliación para que la paz, último objetivo de los conflictos armados, sea una realidad auténtica y no un paréntesis en el devenir de la humanidad.

Aspectos, todos estos, que se consideran decisivos en Estados con constituciones democráticas, dado el juicio de la opinión pública y el escrutinio de sus medios de comunicación, y que anticipan el enorme reto que tiene ese punto de vista democrático de una ética militar para el conjunto de nuestro mundo, y su defensa

¹ Filosofía procedente del África subsahariana en la que los valores de la solidaridad y la fraternidad deben prevalecer en la resolución de los conflictos, principios que deben ser norma en la vida, junto a la compasión, el respeto por el otro y la creencia en un vínculo que une a toda la humanidad.

ante los trascendentes cambios que se están produciendo en el orden mundial de los últimos decenios.

Reflexiones sobre el concepto de ética militar

La ética es la reflexión sobre los principios que rigen la conducta de los seres humanos, individual y colectivamente. Explica y justifica, desde la razón, los criterios que llevan a juzgar y valorar las acciones como buenas o malas, correctas o incorrectas, apropiadas o inapropiadas.

Hay que diferenciarla de la moral, que se refiere a las conductas y prácticas concretas en la vida de las personas y grupos, inspiradas en preceptos y valores que los seres humanos, como sujetos morales, interiorizan y expresan en sus comportamientos.

Si la ética es teoría, la moral es práctica, aunque en el lenguaje cotidiano, y también en estas reflexiones, ambos términos se utilizan frecuentemente como sinónimos.

En referencia expresa a la ética militar debe señalarse que es una ética aplicada que lleva a cabo una reflexión moral sobre el fenómeno humano y social que es la guerra. También sobre los militares, esas personas que hacen profesión de su preparación y capacitación para intervenir en el conflicto bélico si, lamentablemente, éste se hace imperativo por motivos legales y legítimos.

La ética militar de los Estados con constituciones fundadas y respetuosas con los derechos humanos y el respeto al principio de humanidad exige que la fuerza letal empleada en la función del combate se ejerza de acuerdo con unos principios y restricciones apoyados en sólidos fundamentos éticos y en unas competencias, las de los militares, no solo técnicas, tácticas, logísticas o estratégicas, sino morales y que deben estar al alcance de todos los componentes de las Fuerzas Armadas, desde el más alto escalón jerárquico hasta el último soldado (Moliner, 2022, 53).

Asumido que la ética militar es ética aplicada y profesional, se deben mencionar los tres paradigmas filosóficos que la sustentan, articulados coherentemente y que no son excluyentes. El primero es la ética de la virtud, en la que principios, valores y virtudes conforman el carácter del militar, le permiten mantener su integridad moral en las complejas y ciertamente difíciles situaciones de la vida profesional y particularmente en las del combate, en el que empeña su vida y llega a tomar la de los demás.

El segundo es la ética deontológica basada en el deber, que permite seguir los dictados de las normas legales y morales que contrarresten los impulsos y

emociones complejas que se producen en el fragor de la guerra. Si la ética de las virtudes nos urge a hacer lo que es bueno, la ética deontológica demanda refrenarse de hacer el mal.

El tercer paradigma en que se sustenta la ética militar es la ética de base utilitarista, que tiene en cuenta las consecuencias de las acciones en el combate y no solo las intenciones con que éste se desarrolla a la hora de tomar decisiones sobre las conductas apropiadas en los escenarios de guerra y conflicto.

Constituciones democráticas y papel de la ética militar

En los países regidos por constituciones que tienen su base moral en el respeto esencial al «principio de humanidad», éste se conforma, por un lado casi como una ética universal dado «el valor y la dignidad inherente de la persona y, por extensión, el derecho a la vida» (Fast, 2016, 112) y, por otro, es fuente del derecho internacional desde su aparición en el Preámbulo del II Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre².

El valor de este principio de humanidad también se observa en los códigos morales de conducta en el combate que tienen los Estados con constituciones democráticas. De él derivan los principios éticos que recogen esos códigos con el conocimiento jurídico esencial en el DIH, principios que en sí mismos no son normas jurídicas, pero que dan su razón de ser, su fundamento a esas normas.

Por extensión, la ética militar, en cuanto reflexión profesional aplicada a la profesión militar, sus cimientos morales, los principios y valores que asumen los militares al utilizar la fuerza letal en conflictos legales y legítimos, está en el centro de los conceptos jurídicos, pero sobre todo de naturaleza ética, que constituyen los requisitos que pueden y deben ser asumidos en las guerras. Son estos el *ius ad bellum*, el *ius in bello*, el *ius post bellum* y el *ius ante bellum*.

En esta perspectiva de la ética militar, tan estrechamente relacionada con el DIH, el *ius ad bellum* se constituye en «un razonamiento moral basado en principios que permiten, si se estructuran de forma sólida, dar legitimidad o condenar el uso de la fuerza» (Moliner, *en prensa*).

El *ius in bello* se refiere al uso «apropiado y correcto» en las formas, medios y métodos de hacer la guerra considerando siempre la dimensión ética, tan

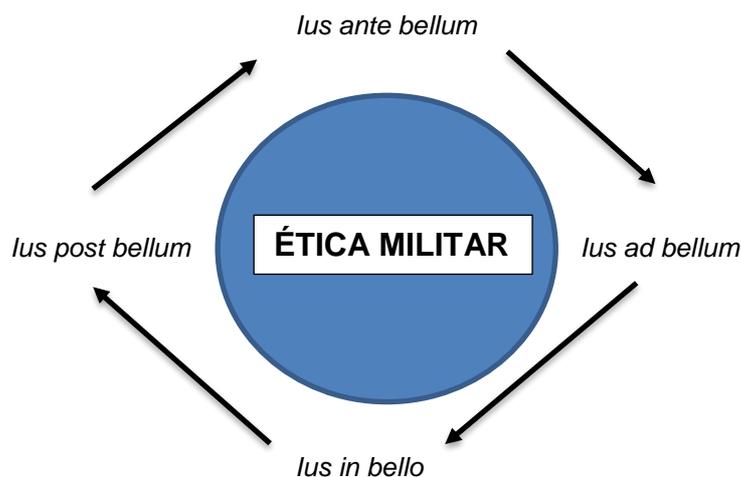
² Convención de La Haya relativa a las convenciones y usos de la guerra terrestre y reglamento anexo. https://cruzroja.es/principal/documents/1750782/1851920/II_convenio_de_la_haya_de_1899.pdf

humanamente trascendente, como es la de tomar vidas ajenas y arriesgar la propia.

El *ius post bellum* entronca con la Paz, ese «objetivo final indisolublemente unido a toda guerra que solo será duradera y estable si respeta unas condiciones aceptadas como justas y morales por las partes enfrentadas» (*Ibidem*).

Finalmente, el *ius ante bellum* se debe entender como «la preparación para que la guerra sea legítima y justa, de modo que los Estados que defienden los derechos humanos y la responsabilidad en el uso de la fuerza, apliquen en el equipamiento y entrenamiento de sus fuerzas militares el respeto al DIH y la capacitación moral que se adquiere en las intervenciones para preservar y mantener la paz internacional» (Moliner, *Ibidem*).

Estos conceptos, racionalmente considerados, hacen que la ética militar esté en el centro de los mismos, y no sea solo un concepto periférico, contribuyendo sus reflexiones y prescripciones a romper el círculo vicioso de violencia y guerra.



Fuente: elaboración propia a partir de Lucas (2020)

Esta es la ética militar que debe derivarse de constituciones basadas en el respeto a los derechos humanos, el principio de humanidad y el imperio de la ley, y que imponen límites y restricciones a los líderes políticos y a los militares, siendo todos responsables legal y moralmente de sus decisiones y acciones en conflictos bélicos y guerras.

***ius in bello* y derecho internacional**

Aunque se sigue una argumentación apoyada en esa ética aplicada que es la militar, resulta conveniente y necesario establecer los instrumentos o fuentes del

Derecho Internacional Humanitario que sustentan el *ius in bello* en la actualidad y que busca mantener «un equilibrio entre las necesidades militares y el principio de humanidad, es decir, entre lo que es necesario para vencer al adversario y lo que simplemente denota crueldad. En suma, oponer la “civilización” de los límites ante el desenfreno de la barbarie que pueden suponer *per se* los enfrentamientos armados» (Salmón, 2012, 27).

Dado que todos los Estados, incluso los no democráticos, han aceptado dichos acuerdos, son vinculantes para ellos las obligaciones que contienen y que abarcan una amplia gama de temas, adoptados con diversos instrumentos a lo largo de los años y que se describen, muy sumariamente, a continuación.

Para ello consideramos una clasificación interesante de los mismos la que se apoya en su origen geográfico, dividiéndolos en Derecho de Ginebra, Derecho de La Haya y Derecho de Nueva York, este último por tener su impulso tras la creación de la Organización de Naciones Unidas, con sede en esta ciudad.

El Derecho de Ginebra se centra en la protección internacional de los no combatientes y las víctimas de los conflictos armados: heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y población civil, en especial mujeres, niños, periodistas, refugiados y desplazados internos. Los acuerdos centrales del mismo son los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, sus dos Protocolos adicionales de 1977³ y el Protocolo III de 2005⁴. Sus antecedentes históricos, referidos a los militares heridos y enfermos, son el Convenio de Ginebra de 1864, la Ampliación de 1899 y el Convenio de 1929.

El Derecho de La Haya, con sus antecedentes en el Código Lieber de 1863 (Washington), la Declaración de San Petersburgo (1868) y las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907, persigue limitar el empleo de ciertos métodos –formas de conducir las hostilidades- y medios –instrumentos a utilizar- en el combate.

Se conforma con el Convenio que prohíbe el uso de gases asfixiantes, tóxicos o similares de 1925; la Convención sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas y tóxicas y sobre su destrucción (1972); el Convenio sobre prohibición o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, y sus Protocolos (1980) y su enmienda (2001); y la Convención

³ Sirven para complementar lagunas de los Convenios de Ginebra, sobre todo en relación con los conflictos armados de carácter no internacional.

⁴ Este Protocolo reafirma y completa los dos anteriores y regula los signos distintivos.

sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y empleo de armas químicas y sobre su destrucción (1993).

Finalmente, el Derecho de Nueva York tiene por objeto la realización, aplicación y puesta en conformidad de los comportamientos individuales con el resto de normas del DIH. Son la Resolución 2444 (XXIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre respeto de los derechos humanos en los conflictos armados; Resoluciones de la Asamblea General de la ONU sobre protección de mujeres y niños, la condición de los combatientes en guerras de liberación nacional y la situación de los periodistas; la Convención sobre prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (1976); y la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (1997).

Debe quedar claro que el DIH⁵, en tanto *ius in bello*, no permite ni prohíbe las guerras y los conflictos armados, sino que persigue el tratar de humanizarlos y limitar sus, habitualmente, tremendos efectos.

Teorías relevantes sobre el *ius in bello*

La Teoría de la Guerra Justa

Siendo esta teoría la única que reconoce la realidad moral de la guerra, en ella «las referencias a las *reglas de la guerra* deberían ser entendidas como referencias a las *reglas morales de la guerra* como son estudiadas por los teóricos de la guerra justa, y no las reglas legales de la guerra como se codifican en la ley internacional» (Frowe, 2011, 2).

En un esfuerzo por trazar los elementos esenciales de la evolución histórica de la teoría, en relación con el *ius in bello*, se considera generalmente que fue San Agustín quien expuso las bases de esta tradición⁶, influyendo notablemente en gran parte de su posterior desarrollo y redefinición conceptual. Tres son las ideas principales, relevantes a nuestro propósito, expuestas por el santo de Hipona:

⁵ En España las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, exigen el respeto y cumplimiento del DIH en cualquier tipo de operación militar.

⁶ Fundamentalmente en algunas de sus numerosas cartas: *Carta a Publicola*, *Carta al general romano Bonifacio*, *Carta al tribuno Marcelino*, y otras como: *Respuesta a Fausto el maniqueo* e incluso la *Ciudad de Dios*.

- El reconocimiento de que la guerra es una forma de violencia que tiene sus propias reglas y es distinta de otros modos de ejercerla.
- La idea de que el soldado tiene una identidad específica religiosa y públicamente sancionada, en la que sus derechos y obligaciones son distintos de los no combatientes.
- La asunción de que la conducta en la guerra está gobernada por reglas que asignan derechos que deben ser respetados en relación incluso con los combatientes enemigos injustos.

Más tarde, es en la Edad Media cuando se retoma su desarrollo, codificándose en el Renacimiento con Vitoria y Grocio, entre otros autores. Desde el siglo XVII, la doctrina sobre la guerra se basa en su empleo discrecional por los Estados, trasladando su orientación desde la licitud de una causa justa a la reglamentación de sus efectos.

Se abre paso así al *ius in bello* en el sentido moderno. Esta evolución, que se inicia ya con Vitoria, quien distingue los motivos de guerra lícitos de los límites justos del derecho de guerra, es impulsada por Wolff, el primero que separa los derechos y las obligaciones *durante bello* de la causa de guerra subyacente, y luego definitivamente por Vattel, quien incorpora en el derecho de gentes una serie de normas que fijan límites a los medios de guerra lícitos (Kolb, 1997).

Sin embargo, la expresión *ius in bello* no aparecerá hasta la creación de la Sociedad de Naciones, «y se imponen como tópico en la doctrina y en la práctica sólo después de la Segunda Guerra Mundial, más precisamente en las postrimerías de la década de los 40» (*Ibidem*), aunque, dada su probada ineffectividad en la Segunda Guerra Mundial, languidecerán hasta finales de siglo.

Será Michael Walzer y su obra *Just and Injust Wars* (Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos. Editada inicialmente en 1977 y en España en 2001), con quien la teoría de la Guerra Justa tiene una importante revalorización que llega a nuestros días. Con diferencias que pueden llegar a ser importantes, «puede decirse que sus textos recuperan el espíritu de la tradición de la guerra justa, aunque con relevantes aportaciones personales» (Baqués, 2007, 138).

En la actualidad, el *ius in bello* que sostienen los teóricos de la guerra justa debemos entenderlo como el conjunto de normas que regula la conducta de los participantes del conflicto armado, determina cuáles son las obligaciones que corresponden a los Estados en guerra, a los mandos de las Fuerzas Armadas que son responsables de las órdenes dadas para y en el combate, y a cada militar en particular.

Entre sus concepciones fundamentales destaca la distinción entre combatientes y no combatientes, es decir, la diferencia entre quienes están capacitados para combatir y quienes no lo están, y el tema de los daños colaterales, dadas las implicaciones éticas, además de las legales, cuando se debate sobre la justicia y responsabilidad de los Estados y de los que luchan en una guerra.

La visión cosmopolita y la guerra

Los defensores de esta teoría proponen un orden global mediante una reforma legal basada en el principio de los derechos humanos universales. En ese orden las fuerzas militares serían las que mantendrían la seguridad y la paz globales, así como las condiciones para el respeto y disfrute general de los derechos humanos (Elliot y Cheeseman, 2002).

Encuentran un fuerte apoyo en el hecho de que las fuerzas armadas, especialmente en la década final del siglo XX y primeros años del siglo XXI, fueron utilizadas cada vez menos en la defensa del Estado y más en tareas humanitarias y de mantenimiento de la seguridad internacional.

En su consideración de la dimensión moral de la guerra, esta teoría tiene en David Rodin un defensor extremo que rechaza el punto de vista de que incluso las guerras de defensa nacional puedan ser justas y solo se podría justificar la fuerza militar si se utiliza como una forma de fuerza judicial cosmopolita.

Rodin argumenta «que siendo su fin la protección de la vida de los ciudadanos no es condición necesaria ni suficiente para que una acción militar pueda ser considerada un acto de defensa nacional» (Rodin, 2002, 132).

Rechaza, en consecuencia, que la vida en común sea un valor moral objetiva e independientemente del valor de los individuos, lo que llevaría a la efectiva abolición de la guerra. Esta no sería sino una forma de violencia como cualquier otra, perdiendo su valor de fenómeno singular, con su propia naturaleza y características, y desapareciendo el tener que ser valorada moralmente con sus criterios específicos.

Por tanto, la exigencia de conductas éticas en la guerra –*ius in bello*– quedaría sin sentido. Pero no se comparte su argumento de que la vida en común no sea un valor moral del conjunto del grupo humano pues, de igual forma que se reconoce el valor moral a las relaciones de familia, y que impone obligaciones, sin que todos los individuos formen parte de la misma familia, también consideramos como una obligación moral la defensa, incluso con la fuerza militar, del sistema de vida que

los ciudadanos se otorgan mayoritariamente basado en principios de justicia, igualdad y libertad, aunque algunos no lo compartan.

Mientras no llegue la paz perpetua, el idealismo cosmopolita no puede rechazar el empleo de la fuerza militar en la defensa de los sistemas que, con todas sus imperfecciones, pugnan por una aspiración universal de los derechos humanos y de la igualdad esencial en su dignidad de cada ser humano. Esta es la consideración fundamental para el respeto del *ius in bello* en la utilización de la fuerza militar en guerras y conflictos.

Las teorías realistas de la guerra

La escuela realista, nacida poco antes de la Segunda Guerra Mundial y popularizada por Morgenthau, trata, en palabras de Edward H. Carr de «describir la realidad tal como es, no como debería ser, sin entrar en valoraciones morales» (Carr, *ápu*d Jordán, 2013, 17).

La consecuencia es que para los realistas la naturaleza de la guerra, fruto del egoísmo natural de individuo y grupos humanos, lleva implícita la consideración de que en ella no hay ninguna restricción legal ni moral y por tanto las guerras se conducen de forma que lo que prima son los intereses y objetivos que se quieren conseguir con ellas. En el fondo subyace la consideración de que el escenario de las relaciones internacionales está regido por la anarquía, en la que el afán de poder y la satisfacción de las necesidades de seguridad autónomas son los principios rectores a los que hay que someterse, dada la ausencia de una autoridad global.

Su antecedente puede encontrarse en Cicerón «*Silent enim leges inter arma* –en medio de las armas callan las leyes-» (Cicerón, sin fecha, 45), idea que ha sido desarrollada por los realistas, entre los que, desde esta reflexión ética, habría dos posturas principales.

Una es la denominada «realismo prescriptivo» (Orend, 2008), caracterizada por la ausencia de reglas, incluidas las morales, y que, dado lo horrible de las guerras, exige conducirlas de forma que lleven a su fin lo antes posible. Para ello, y al no existir ninguna restricción, los combatientes actúan con plena libertad en sus maniobras y operaciones consiguiendo que, aunque pueda ser más brutal, sea más corta y, a largo plazo, esto supone como consecuencia que aporta un mayor beneficio, incluyendo un menor número de víctimas, aunque entre ellas haya civiles no combatientes.

Contra esta posición consecuencialista debe argumentarse que la mayoría de las personas tienen y sienten preocupación, surgida de sus convicciones morales, por

la forma en que se desarrollan las guerras. Sienten que la eliminación de civiles no es lo mismo que la de combatientes, además de que les repugna la comisión de atrocidades y de crímenes de guerra.

Ello tanto por razones éticas como por la consideración más pragmática de que si la guerra se conduce sin ninguna restricción, la consecución de la paz puede ser más difícil de alcanzar, pues la historia nos enseña que es más fácil que surjan nuevas guerras, y de mayor brutalidad, en los espacios en los que guerras irrestrictas o aquellas que no han finalizado de forma justa han tenido lugar.

En este sentido, el realismo prescriptivo podría aceptar la existencia de ciertas reglas, pero de forma contingente y no por su naturaleza moral, que eviten algunas de las consecuencias indeseadas mencionadas, dado que también pueden ir contra la satisfacción de sus intereses. Entre esas reglas podrían mencionarse acuerdos para la protección de civiles, el patrimonio cultural o las infraestructuras.

Esta posición realista moderada, digamos «convencionalista», que se apoya en el interés propio, no se basa en principios morales fundamentales a seguir y, por tanto, debe también ser rechazada desde la perspectiva ética.

La segunda postura del realismo que se destaca es la denominada «realismo descriptivo». En ella la clave no está en que no se deben regular las guerras con principios basados en su eticidad, sino que esto no se puede hacer dada la naturaleza de las mismas, en las que el individuo está expuesto a extremas situaciones de violencia y crueldad.

Sin embargo, la consecuencia de estos planteamientos es que no se podría culpar a los combatientes por las posibles acciones terribles o atrocidades que hubieran cometido, dado que la guerra impediría seguir normas o reglas moralmente aceptadas, y no tiene en cuenta que esa eventual ausencia de responsabilidad moral por comportamientos erróneos no significa que estos no fueran jurídica o éticamente inaceptables.

Pero dado que esto no siempre ocurre así —ejemplos de guerras y combates regidos por principios y normas, por reglas, existen a lo largo de la historia—, el «hacer lo que sea» para derrotar al enemigo, sin ninguna restricción, no es correcto y, en consecuencia, el combatiente tiene responsabilidad por sus acciones moralmente inexcusables.

A ello puede añadirse la consideración de que en las guerras actuales hay muchas ocasiones en las que el combatiente no se desenvuelve en condiciones tan extremas que le lleven a perder la imprescindible «brújula moral» a seguir, pues se

desarrollan a distancias remotas, empleando vehículos no tripulados o con armamento de largo alcance.

En todo caso, e independientemente de que a lo largo de la historia las formas de combatir y los medios empleados no dejan de evolucionar, la incorporación de los nuevos desarrollos tecnológicos en los conflictos bélicos sigue manteniendo «la exigencia de encontrar acomodo a los principios éticos de la guerra justa» (Martínez Paricio, 2017, 10).

También se debe argumentar que en el desarrollo de muchas guerras no siempre han tenido lugar comportamientos ejecutados sin ninguna restricción moral, porque muchas fuerzas militares y sus combatientes siguen unos estrictos códigos morales, cuyo ejemplo magnífico tenemos en España con las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas que luego ampliaremos.

Los soldados profesionales de la mayoría de las Fuerzas Armadas –especialmente en nuestro entorno occidental- suelen tener reglas y códigos, fundados en principios y valores éticos, que les hacen distinguirse, por ejemplo, de milicias paramilitares descontroladas, mercenarios y terroristas.

Esos militares luchan y combaten de forma honorable, teniendo en muchas culturas antiguas y contemporáneas buenos ejemplos, desde el samurái japonés al legionario español y que significa que «El soldado se une a un *ethos* particular que lo distingue de otros ciudadanos porque, en él, la acción es una elección inmediata tanto física como moral» (Rioux, 2018, 19).

No asumir esta diferencia llevaría a justificar los crímenes y atrocidades cometidos en guerras y conflictos armados (My Lai en Vietnam, las matanzas de hutus y tutsis en Ruanda o el caso de Srebrenica en la antigua Yugoslavia), y desde la ética militar estos comportamientos son inaceptables, lo que justifica nuestro rechazo al realismo descriptivo.

Concluimos este apartado sobre teorías que aportan una visión sobre guerra y moralidad del *ius in bello* defendiendo que existe una relación entre ambas y que determinados principios éticos, por más que su aplicación en el combate difiera de su aplicación en la vida ordinaria, tienen pleno sentido y por tanto «que hay algunas cosas que uno [el combatiente] no puede hacer en la guerra, y algunas cosas que uno debe hacer en guerra» (Frowe, *op. cit.*, 99).

Pasemos a continuación a la fundamentación ética de las conductas que prescribe el *ius in bello*, al análisis de lo que se puede y no hacer en la guerra.

Cumplimiento de las exigencias éticas del *ius in bello*

Tras las breves orientaciones históricas y académicas anteriores, se puede constatar que el *ius in bello* se asume como un conjunto de normas que, desde su eticidad prescriptiva, tienen una esencial doble finalidad:

- Por una parte, proteger a las personas que no participan, o han dejado de participar, en las hostilidades.
- Por otra, limitar los métodos y medios de hacer la guerra.

Teniendo esto en cuenta, el análisis que sigue se centrará en esos dos ámbitos indicados. Dentro del primero entran las consideraciones sobre lo que distingue a los combatientes de los no combatientes, dado el gran peso moral que implica esa diferencia y la creciente dificultad en los conflictos armados actuales para identificar como combatientes a los que intervienen en ellos.

En relación con el segundo ámbito nos centraremos en el análisis del concepto de «daño colateral», y en aspectos como el empleo de armas, tácticas y técnicas cuyo uso es moralmente permisible. En ambos casos, su consideración tiene lugar bajo la aplicación y en estrecha relación con los principios de «discriminación/distinción»⁷, «necesidad militar» y «proporcionalidad», así como en la legitimidad de la destrucción de los objetivos militares (*targeting*), que proporcionan una ventaja militar.

La distinción entre combatientes y no combatientes

La inmunidad de los no combatientes es un principio moral que exige la protección de la población civil en las guerras y está en la base de toda la elaboración doctrinal del *ius in bello* y, en consecuencia, la distinción entre combatientes y no combatientes es esencial.

En las discusiones de la Convención de Ginebra de 1949 se pretendía establecer las condiciones que debía respetar un combatiente para facilitar tal distinción. La primera es que forme parte de un grupo organizado con una cadena de mando reconocible. Esto distingue al grupo de combatientes de otros que podrían usar la fuerza en un conflicto, fundamentalmente porque sus miembros cumplen las órdenes que satisfacen las reglas y usos de la guerra.

⁷ En este trabajo se utiliza indistintamente discriminación y distinción, pues se considera que son sinónimos al objeto de nuestra reflexión ética.

La segunda exigía el deber de llevar visible un distintivo que les identifique a distancia como combatientes y que esencialmente es el uniforme militar que, por su naturaleza, implica la consideración tanto de que son objetivos legítimos, como que están obligados a proteger a los no combatientes.

La tercera característica se refiere a llevar las armas abiertamente, pero dada la dificultad de interpretarlas a la luz de una realidad de guerras de liberación y de guerrillas, fue con el Protocolo Adicional 1 de 1977 cuando se aclaró la misma para facilitar ese reconocimiento. Así, el art. 44.3 de ese protocolo establece:

Sin embargo, dado que en los conflictos armados hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil, dicho combatiente conservará su estatuto de tal siempre que, en esas circunstancias, lleve sus armas abiertamente:

- a) durante todo enfrentamiento militar; y
- b) durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar.

La cuarta característica es la que exige obedecer las reglas del *ius in bello*, asunto esencial para evitar, por ejemplo, que grupos que utilizan la fuerza letal indiscriminadamente, como los terroristas, obtengan el estatus de combatientes.

Problema ético a considerar es el de los civiles que se involucran en los combates y que pierden su protección cuando participan directamente en las hostilidades. Para que se pueda establecer que han perdido su inmunidad para ser atacados las acciones que llevan a cabo deben cumplir, al mismo tiempo, los requisitos de umbral de daño, causalidad directa y nexo beligerante (CICR, 2010).

Así, es objetivo directo el civil que se dispone a enterrar un IED [artefacto explosivo improvisado] al paso de un convoy, pero no lo sería el mismo civil que guarda ese IED en su casa, o es objetivo el civil armado que se dispone a participar en un ataque, pero no lo sería si es descubierto, a pesar de la tenencia del arma, y no se puede asociar en ese momento al ataque (Martínez Alcañiz, 2018, 34).

En cualquier caso, ante la duda sobre la consideración de combatiente o no de una persona, corresponde a quién pretende atacarlo para tener plena legalidad, y al objeto de este trabajo legitimidad moral, el disponer de las «evidencias que denoten una conducta hostil, no siendo suficientes evidencias relacionadas con el aspecto o apariencia física» (*Ibidem*, 68).

En estas consideraciones, tiene un papel esencial el «principio de discriminación». La consideración ética que legitima la inmunidad de los no combatientes se relaciona con el hecho de que los combatientes son los que «suponen una

amenaza», pues son los que producen muerte y destrucción. Cuestión a aclarar es cuál es el agente que supone una amenaza, pues en las guerras hay soldados que combaten y matan en el frente, y otros que se limitan a proporcionar entrenamiento, producir inteligencia, transportar materiales o muchas otras actividades que, sin ser actuaciones directamente letales, son instrumentos necesarios que contribuyen a que otros puedan eliminar al enemigo.

Para ser considerados moral y legalmente como combatientes, desde la posición funcionalista, se tiene en cuenta su contribución a las hostilidades. Así, se distingue entre los que proporcionan apoyos específicamente necesarios para la guerra (armas, municiones, etc.) y los que proporcionan otras que también son necesarias en la paz (comida, medicinas, ropas, comunicaciones, etc.). Dado que incluso estas contribuciones, podría objetarse, también colaboran al esfuerzo de guerra, la posición funcionalista se ha matizado, para proporcionar justificación moral de quien no es combatiente, en el sentido de considerar como no combatientes aquellos cuya colaboración no tiene «relación directa» con el uso que de ella se haga en la guerra. Así, los civiles trabajando en una fábrica de munición siguen siendo no combatientes y no son legítimos objetivos, pero la fábrica sí puede ser atacada, por lo que los civiles que trabajan en ella pueden sufrir sus consecuencias como daño colateral, que se analiza a continuación.

Por esto hay muchos implicados en actividades detrás del frente, en la retaguardia, que, sin ser combatientes directos, son considerados una amenaza y objetivos legítimos a la luz del *ius in bello*, dado el papel que desempeñan en la guerra. El ejemplo positivo es el de los líderes políticos y altos mandos militares o miembros de Estados Mayores, dada su condición de participantes instrumentales en cualquier puesto de la organización de mando y control de la guerra mediante actividades de decisión, dirección, planeamiento y conducción de los conflictos bélicos; el negativo es el personal sanitario, capellanes o trabajadores humanitarios, que no son combatientes para el *ius in bello* y no pueden ser blancos deliberados de ataques militares, como tampoco lo son aquellos que están fuera de combate (*hors de combat*), por haber sido heridos, capturados o haberse rendido y cuya eliminación intencional se considera como crimen de guerra y no tienen ninguna justificación moral.

Finalizamos este apartado significando que la última razón moral que esgrimimos para cumplir con el principio de discriminación/distinción entre los combatientes y los no combatientes se apoya en el «concepto de identificación positiva» (*Ibidem*, 93-102). Esta se debe apoyar en la obtención de información suficiente, de la adecuada valoración del mando al frente del combate de los indicios que hacen de las personas objetivos militares y siempre teniendo en cuenta las circunstancias del

momento y lugar. Así llegará a tener una certeza razonable, cuya carga de prueba siempre recaerá en el atacante, debiendo abstenerse de hacerlo en caso de duda.

El daño colateral y su permisibilidad moral

La realidad de guerras y conflictos es que se producen daños colaterales, algunos materiales y otros personales, como las víctimas inocentes que están protegidas por el DIH y la razón ética. Si no fuera así, todo el desarrollo en introducir convenciones y reglas que humanicen la guerra no tendría ningún sentido.

En la lucha armada el «principio de necesidad militar» permite combatir y matar al enemigo con las finalidades tácticas o estratégicas de ganar, evitar la derrota y siempre reducir el riesgo para las fuerzas propias. En aplicación de este principio el soldado asume que, junto a otros objetivos físicos, él es objetivo militar personal, por lo que pone voluntariamente en riesgo su vida e integridad física.

Este principio entra en conflicto, a menudo, con el «principio de discriminación» pues:

La necesidad militar no puede constituir una excusa para no cumplir con el principio de distinción, aun a pesar del incumplimiento del enemigo de este principio, pues, la prohibición de atacar a la población civil, ex art. 51.2 del PAI [Protocolo Adicional I], resulta absoluta (*Ibidem*, 67).

El problema que presentan los civiles no combatientes es que, a pesar de su derecho a no ser atacados, pueden verse afectados en su integridad física como consecuencia de estar en las proximidades del objetivo militar que sí es legítimo destruir, o por encontrarse en lugares en los que se desarrollan actividades de apoyo directo a las acciones bélicas.

A este respecto, reforzando lo apuntado más arriba, se considera que hay que diferenciar entre los civiles que contribuyen a actividades belicosas (trabajadores de una fábrica de munición) que producen elementos imprescindibles para que los soldados puedan combatir, y los que solo producen elementos que son siempre necesarios –en guerra y en paz– para vivir (trabajadores de una planta de producción de alimentos). Se puede criticar la supuesta falta de claridad de esta distinción, pues los combatientes, para llevar a cabo sus acciones letales, necesitan no solo las armas sino también los alimentos, ropas y medicinas especializadas que les permiten utilizar las armas para que cumplan su función destructiva.

Creemos que esta justificación de la legítima acción destructiva contra los combatientes y no contra los no combatientes se apoya en una distinción

moralmente relevante sobre la «contribución» de unos y otros. Ya Grocio en el libro tercero de su obra *Del derecho de la guerra y de la paz* apunta esta idea, de la que se hace eco Walzer, y que consiste en:

Aquí la distinción relevante no es la que se establece entre quienes contribuyen al esfuerzo bélico y quienes no la hacen así, sino entre quienes realizan lo que los soldados necesitan para combatir y quienes producen lo que estos merecen para vivir, como el resto de nosotros (Walzer, 2001, 205).

Por otro lado, la aplicación de la necesidad militar tiene en el «riesgo» otra importante justificación. La necesidad militar exige, en relación con los no combatientes, que se adopte un determinado grado de precaución para no causarles daño. La cuestión difícil es establecer el nivel de precaución a asumir, incluyendo el riesgo propio. De igual modo que un soldado tiene la obligación legal y moral de no disparar contra un enemigo herido, también la tiene para auxiliar a un civil inocente en cuanto son las operaciones militares guiadas por la necesidad militar, que él ejecuta, las que ponen en riesgo a esos no combatientes. Sin embargo, no tiene obligación moral de auxiliar a dichos civiles si ello implica poner en riesgo su propia vida.

Es la «doctrina del doble efecto –DDE–», cuyo valedor es Michael Walzer, la que reconcilia la tajante prohibición de atacar a los no combatientes con la legítima conducta de atacar los objetivos que constituyen una necesidad militar, aunque se produzcan daños colaterales de víctimas inocentes. Cuatro son las condiciones que establece este autor (*Ibidem*, 215):

- Debe tratarse de un acto de guerra legítimo que satisfaga los principios de discriminación, necesidad y proporcionalidad.
- El efecto debe ser moralmente aceptable: eliminación y puesta fuera de combate de soldados enemigos o destrucción de pertrechos militares.
- El efecto propuesto cumple una finalidad militar y los daños colaterales no son fines intencionalmente perseguidos.
- Ese efecto –destruir el objetivo militar– es suficientemente bueno –proporcional– y compensa el negativo.

La justificación moral que ofrece la DDE es que la diferencia está en si hay intención de causar daño al no combatiente o si meramente hay una previsión, una posibilidad de que la acción pueda causar daño. Además, introduce una nueva exigencia: debe haber proporcionalidad entre el bien, la utilidad del objetivo militar que se va a conseguir, y el previsible daño que se podrá causar.

Pero se puede argumentar que el previsible daño a causar sea tan grande que plantee dudas sobre su proporcionalidad con el objetivo militar a conseguir, aunque sean equiparables. Para sortear moralmente este problema, Walzer introduce un nuevo requisito: la «doble intención».

La «doble intención» requiere que el agente, además de no tener propósito de causar daños colaterales y solo pueda prever algunos, use medios proporcionales entre el bien –el objetivo– a conseguir y el daño previsible. Es decir, las formas y medios de llevar a cabo la acción sean tales que minimicen el daño colateral, aunque aumenten el riesgo propio a sufrir. Sería el utilizar la mínima fuerza imprescindible para atacar y destruir una fábrica de munición y, además, hacerlo, por ejemplo, de noche, si se conoce que en esas horas no hay presencia de civiles, con claro aumento, que se asume, del riesgo propio.

No basta con limitarse a aplicar sin más la regla de la proporcionalidad y no matar más civiles de lo que exige la necesidad militar; esa regla se aplica también a los soldados; nadie puede resultar muerto como consecuencia de un propósito trivial. Los civiles tienen derecho a algo más. Y, si el hecho de salvar las vidas de los civiles implica arriesgar la de los soldados, es preciso aceptar el riesgo (*Ibidem*, 218).

Alternativas críticas que han surgido a la DDE son las teorías de McKeogh (2002) y Nathanson (2010) que se acuñan bajo los términos de «principio del daño predecible –*foreseeable harm principle*–» y «principio de precaución –*precautionary principle*–». Con matices diferenciadores, defienden que solo puede ser excusada como genuinamente accidental la muerte de un no combatiente si es a la vez «impredecible» y razonablemente «imprevista».

Para estos, solo estaría justificado el daño colateral, y podrían justificarse las muertes accidentales entre no combatientes, al atacar objetivos militares, cuando hubiere absoluta claridad de que los mismos no afectan a civiles, y sí, por ejemplo, a sus propiedades (concepto que no precisan suficientemente), además de no emplear armas y tácticas inmorales que les pongan en peligro.

Esta exigencia a los combatientes de prácticamente predecir exactamente el daño colateral tiene como resultado el que ninguna actividad táctica o estratégica en el desarrollo de las guerras estaría justificada, pues la absoluta seguridad que se demanda es imposible y, sin embargo, creemos que la legitimidad moral ampara la posibilidad de daños colaterales cuando las acciones militares se llevan a cabo en las condiciones que recoge la DDE reforzada por el principio de la doble intención.

Armas, tácticas y objetivos militares

Se ha indicado que el riesgo que deben aceptar los combatientes, para ser moralmente aceptable, se aumenta en el esfuerzo por evitar la muerte de no combatientes. Esa asunción de un mayor peligro dependerá de factores como la armas y tácticas empleadas, la naturaleza del objetivo, la urgencia del momento, la tecnología disponible y otros factores.

Respecto a las armas y tácticas, las normas legales del DIH también establecen las que son permisibles, pero lo hacen de forma negativa, estableciéndose que lo que no está prohibido se permite por defecto.

En este sentido, el uso de armas cuyos efectos no se pueden controlar, como las minas antipersonales que permanecen en el campo de batalla, causando víctimas civiles incluso después de la finalización del conflicto bélico, la munición explosiva, que estalla dentro del cuerpo del individuo a quien alcanza, ocasionando en él destrozos que van mucho más allá de ponerle fuera de combate, o las armas de destrucción masiva, particularmente dañinas e indiscriminadas con los no combatientes, no están justificadas desde los argumentos morales que sustentan el *ius in bello*, pues causan sufrimiento superfluo e innecesario y atentan gravemente contra los principios de discriminación y necesidad.

La tendencia creciente al desarrollo de guerras en entornos urbanos plantea problemas éticos de gran alcance y difícil solución, pues inevitablemente están involucrados civiles no combatientes. Además de la cuidadosa consideración a la hora del empleo de tácticas y métodos que eviten, discriminada y proporcionalmente, ponerles en riesgo, es general la exigencia moral de proporcionarles ayuda humanitaria, así como vías seguras y protegidas para abandonar las ciudades en las que tienen lugar los combates.

Otro de esos importantes elementos que tiene que contribuir a la justificación ética del principio de necesidad militar, está relacionado con los objetivos que las acciones militares en un conflicto bélico pueden y deben perseguir para conseguir cumplir la misión encomendada.

Imponer la voluntad propia a la del adversario implica ejercer coerción, por lo que la selección y aplicación de la fuerza militar sobre aquellos objetivos cuya eliminación responde a una necesidad militar (*targeting*), contribuye a vencer la voluntad del adversario.

En cuanto a los objetivos militares, que evolucionan al ritmo vertiginoso que lo hacen los conflictos y guerras, parece necesario, desde la perspectiva ética, que cumplan una serie de condiciones:

Que contribuyan eficazmente a la acción militar por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización/uso.

Que su destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida (Martínez A., *op. cit.*, 72).

Importante asunto, en consecuencia, es la consideración moral del concepto de «ventaja militar», que debe ser interpretada bajo los principios de proporcionalidad y precaución, teniendo quién pretende la ventaja militar con la destrucción de un objetivo que actualizar constantemente la información y evaluación del mismo, para tener una identificación positiva que proporcione la convicción de que esa destrucción produce efectivamente tal ventaja, aunque sea indirectamente, y, en caso de duda, suspender esa acción.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, las restricciones en el uso de la fuerza que se han autoimpuesto los países que, como España, exigen su utilización bajo severos códigos legales y éticos (*ius in bello*), los han llevado a adoptar doctrinas militares que, con exigentes criterios, hacen posible la viabilidad y legitimidad ética y moral de los objetivos militares.

La doctrina española sobre objetivos militares (Estado Mayor de la Defensa, 2019) exige, en su apartado 035, aplicar, además de los de «Necesidad militar» y «Proporcionalidad», los principios de «Humanidad» (Prohíbe infligir sufrimientos, daños o destrucción innecesarios para conseguir los legítimos objetivos militares) y «Distinción» (Obliga a que solo se puede llevar a cabo acciones ofensivas contra objetivos militares legítimos). Igualmente, en su apartado 036 define como objetivos militares, aquellas entidades de uso militar y civil –doble uso– como puentes, sistemas eléctricos, de combustible, medios de comunicación, plantas químicas, etc., que serán más difíciles de identificar como objetivos militares legítimos, por lo que deben ser analizados cuidadosamente en cada situación. En caso de duda sobre si una entidad es de doble uso (no se tiene la certeza de que su uso sea exclusivamente militar o apoyo a las operaciones militares), se tratará como entidad de uso civil.

En esta línea, la doctrina de la OTAN sobre objetivos –*targeting*– (OTAN, 2016), asumida por nuestro país, incorpora como herramientas a utilizar en la clasificación de los objetivos el marco jurídico internacional, el derecho consuetudinario, las

reglas de enfrentamiento de la operación (*rules of engagement* –ROE–⁸), los *caveats* nacionales, el empleo de métodos matemáticos para la estimación de daño colateral, los métodos de identificación positiva y de patrones de comportamiento, así como métodos escalonados y muy exigentes de aprobación de la orden de eliminación del objetivo.

Como bien refleja Bueno Fernández:

Debido a que la comunidad internacional y las sociedades exigen a las fuerzas armadas un uso limitado de la fuerza, el concepto de *targeting* es una herramienta útil para cumplir con este requisito. **Los principios ético-legales del *targeting* crean un marco jurídico que, de ser respetado, legitima la acción militar** (2020, 13-41, *realizado propio*).

La responsabilidad de los militares por conductas de sus subordinados

En la institución militar, características imprescindibles y prácticamente universales son la disciplina, la jerarquía y la unidad. Apoyándose en ellas, el ejercicio del mando, cuando se dan órdenes a los subordinados, trae consigo una gran responsabilidad en muchas facetas, siendo las referidas a su legalidad y legitimidad las que nos interesan aquí.

Si «la función operativa ostenta el primer lugar en el rango de las funciones del militar» (Eymar, 2009, 297), esto implica que el mando, obediencia, disciplina u orden jerárquico adquieren su mayor importancia cuando se desarrollan en el ámbito de las operaciones militares.

En otras épocas, el principio de la obediencia en las Fuerzas Armadas se apoyaba exclusivamente en la posición jerárquica y era obediencia pasiva, cuando no ciega⁹. En los Estados respaldados por constituciones democráticas ese principio cede, por un lado, ante el respeto a la legalidad, que es no solo nacional, sino que puede

⁸ Las ROE son el núcleo esencial del Derecho Militar Operativo, que luego se comentará. «En las Reglas de enfrentamiento confluyen tres elementos: las metas políticas de la operación, los condicionantes militares de la misma y las normas jurídicas que la limitan» (Zarranz. Reglas de enfrentamiento. Lecciones de Derecho Operativo, Cap. IX, 146 y ss, ápuđ Eymar, 2009, 302).

⁹ Resulta muy interesante considerar, en relación con *ius in bello*, el concepto de «obediencia debida», pero dadas sus muchas y complejas implicaciones éticas y legales, se deja su análisis y consideración más profundas para un trabajo posterior. Esencialmente, se trata de que cumplir o seguir las órdenes recibidas no es causa de defensa jurídica, como lo establecieron claramente los tribunales de crímenes de guerra después de la Segunda Guerra Mundial.

ser internacional en misiones en el exterior (ONU, OTAN, UE), y, por otro, ante la necesidad de legitimidad moral de las acciones de combate.

Ante las órdenes recibidas, los subordinados tienen la responsabilidad de cumplirlas, pero ello no exime a los superiores de sus propias responsabilidades. En este sentido, en el código moral español que son las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (ROFAS)¹⁰, de obligado cumplimiento legal, se establece no un «derecho a desobedecer» sino unos «límites a la obediencia» y que se recogen así:

Si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delitos, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas. En todo caso, asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión (ROFAS, Art. 48).

Será consciente de la grave responsabilidad que le corresponde y asume para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de los delitos de genocidio, lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (ROFAS, Art. 56).

En la misma línea de actuación existe en las ROFAS el Capítulo VI dedicado en sus siete artículos a la «Ética en las operaciones», recogiendo precisamente el Art. 114:

No utilizará medios o métodos de combate prohibidos por el Derecho Internacional Humanitario que puedan causar males superfluos o sufrimientos innecesarios, así como aquellos que están dirigidos a causar o puedan ocasionar extensos, graves y duraderos perjuicios al medio ambiente, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población.

En Francia, otro ejemplo de Estado con Constitución democrática, la Ley nº 2005-270, de 24 marzo 2005, derogada por la Ordenanza 2007-465, 2007-03-29, de 30 marzo 2007, en su epígrafe L.4122-1, establece:

Los militares deben obedecer las órdenes de sus superiores y son responsables de la ejecución de las misiones que les son encomendadas.

La responsabilidad propia de los subordinados no exime a sus superiores de ninguna de sus responsabilidades.

¹⁰ Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2009. Las ROFAS presentan un doble carácter ético y jurídico. Ético en cuanto establece principios que debe asumir el militar e interiorizar en su conciencia; jurídico en cuanto son normativa a aplicar, inspiradoras de normas jurídicas, o criterio para interpretar otras acciones.

Sin embargo, no les puede ser ordenado y no pueden llevar a cabo actos que son contrarios a las leyes, a las costumbres de la guerra y a las convenciones internacionales (*traducción propia*).

La obediencia, el cumplimiento de las órdenes cuando se presentan en la complejidad de una situación de guerra puede plantear dudas, a los que deben cumplirlas, sobre su legalidad y legitimidad. Pero ante los comportamientos que atentan contra el derecho nacional o internacional, incluyendo los casos extremos de comisión de atrocidades y otros crímenes de guerra, se debe rendir cuentas por parte de todos los responsables.

A este respecto, parece indudable que la sanción o represión en sede jurisdiccional nacional de los defectos de guerra constituye, hoy por hoy, el *instrumento jurídico más eficaz* para lograr la salvaguardia, en caso de conflicto armado, de las personas y bienes jurídicos, garantizando así el cumplimiento y respeto de la normativa en que se concreta el DIH (Pignatelli, 2017, 1146).

Algunas ideas adicionales merecen consideración. La primera es que la responsabilidad no es solo del mando inmediatamente superior, sino que alcanza a todos los situados en la línea jerárquica, incluyendo líderes políticos en posesión de autoridad. Otro aspecto a tener en cuenta es que el conocimiento de conductas perseguibles puede ser real o presunto, y ante informaciones que pudieran alertarles, aunque sea indirectamente, de hechos legal o moralmente inaceptables en subordinados bajo su control no se puede optar por la inacción. Finalmente, la negligencia en la no adopción de medidas preventivas en situaciones comprometidas, o que pudieran serlo, también es fuente de responsabilidad del mando.

[...] este deber de prevenir no se fundamenta sencillamente en la obligación general que corresponde a todo militar al mando de asegurar que sus tropas respeten el Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados y de advertirles de la responsabilidad que recaerá sobre ellos en caso contrario, sino que va más allá, centrándose en la obligación que recae en todo superior de actuar con diligencia y, por ello, de adoptar todas las medidas necesarias, razonables y posibles para prevenir eventuales actividades criminales de sus subordinados (Domínguez, 2008, 37).

La autonomía moral del soldado

En una organización jerarquizada como es la militar, el soldado está sujeto a la disciplina que se sustenta en la virtud de la obediencia.

Sin embargo, como además de soldado el combatiente es ser humano, también disfruta de «autonomía moral» en la aplicación y gestión de la violencia. Esta autonomía moral está limitada en las situaciones de suprema emergencia que significan las guerras, porque en ellas se defienden intereses superiores del Estado y, ya sean profesionales o conscriptos, los soldados renuncian al derecho a no ser eliminados por los soldados enemigos, de igual forma que ellos pueden y deben eliminar a estos.

Pero, aunque limitada, su autonomía moral no les permite, en ningún caso, tomar la vida o poner en riesgo la de civiles no combatientes y los puede llevar a no cumplir órdenes que constituyan crímenes de guerra u otros delitos establecidos en las leyes y usos de la guerra, asumiendo en todo caso su propia responsabilidad.

Por esto es decisivo que los superiores que tienen autoridad apoyen con sus decisiones la autonomía moral de los que reciben las órdenes, que se convierte, así, en una capacidad a formar en los combatientes en la que la institución militar tiene su propia responsabilidad.

Para evitar los dilemas morales que puede suscitar esta evolución en las Fuerzas Armadas constitucionales, en las que la jerarquía no se apoya en un poder absoluto, es necesario formar a los militares que deben ser capaces de detectar que las ordenes no contravienen leyes superiores (DIH), aptos para determinar su ilegalidad y para tener el coraje moral de oponerse al superior asumiendo eventuales consecuencias disciplinarias y penales.

Es, pues, otra razón, importantísima, para la formación de un corpus de ética militar, tan relacionado con la formación jurídica de los militares¹¹, ésta más técnica y aquella de índole moral más específicamente humana, pues al final a quién apela es a la conciencia individual.

Conclusiones

Aunque en ocasiones los términos «legal» y «ético» se usan como sinónimos y, ciertamente, van unidos de forma que las conductas éticas en guerras y conflictos son difícilmente implementadas sin un Estado que respete la ley y el derecho internacional, ambos no son intercambiables.

¹¹ En los últimos años se ha generalizado el concepto de Derecho Militar Operativo como aquel aplicable a operaciones militares y que el *Operational Law Handbook 2000*, de los Estados Unidos, define como «El conjunto de normas de derecho interno, extranjero o internacional que afecta directamente a la conducción de las operaciones militares».

El peor combate que afronta el soldado es el último que lleva a cabo para preservar su humanidad luchando contra el odio, la venganza, el poder de destrucción que tiene o la insensibilidad a la muerte, pues si pierde su humanidad se puede decir que está en el camino a la posible comisión de crímenes de guerra.

Para preservarlo y reforzarlo está la ética militar profesional y aplicada en el combate, difícil y compleja a medida que aumentan los desarrollos tecnológicos en nuevos sistemas de armas que aumentan la distancia, física, emocional y psicológica ante el enemigo.

Por esto, la ética militar necesita una mayor difusión que contribuya a clarificar importantes conceptos –como los analizados en este trabajo– para que las Fuerzas Armadas, tanto en sus miembros individuales, como en su consideración de institución, puedan hacer frente a las responsabilidades que puedan exigírseles desde los puntos de vista legal y ético.

En ese contexto, la distinción entre combatientes y personas que gozan de protección según el derecho internacional puede ser muy difícil en medio de la guerra, y siguen ocurriendo casos donde los militares se ven envueltos en combates en los que dicha distinción se pone en duda, dados los daños colaterales producidos en civiles y que han tenido y tienen consecuencias no solo éticas, políticas y judiciales, sino también en la consecución de los objetivos estratégicos perseguidos.

Para evitar la eventual exigencia de responsabilidades en relación con la forma, medios y métodos con que se utiliza la fuerza militar, la formación en los elementos del *ius in bello*, no solo desde la perspectiva jurídica sino ética, la consideramos esencial.

Es necesario que cualquier militar, desde los escalones inferiores hasta los más elevados, tenga un conocimiento sólido de los principios de las leyes de los conflictos armados y no se limite al mero conocimiento teórico, sino a la práctica aplicación del mismo en ejercicios de planeamiento o adiestramiento, con supuestos dudosos que inciten a la reflexión y al debate (Valencia, 2021, 35).

Reflexión y debate que, desde la perspectiva de la ética militar del *ius in bello*, así como del DIH, implica y supone la manifestación práctica de que en las guerras no hay circunstancias válidas que excluyan el cumplimiento de ciertas disposiciones elementales de humanidad.

Desde dicha ética se postula que en las guerras el uso de la fuerza militar que produce destrucción y muerte debe limitarse a lo estrictamente necesario para

neutralizar y vencer al enemigo. Por esto es imprescindible que la doctrina que se ha ido elaborando sobre el *ius in bello* no se limite a una mera construcción teórica de importante alcance jurídico, sino que debe extenderse a su conocimiento, interiorización y aplicación práctica en los militares (y también en los políticos) que planean, dirigen y participan directa o indirectamente en los combates, pues solo de esa forma tendrán la plena seguridad de la legitimidad de sus acciones y de la convicción moral para arriesgar su vida en conflictos y guerras, para las que aún es necesario prepararse y, llegado el caso, combatir con armas y sistemas que implican la fuerza letal.

Referencias bibliográficas:

- Baqués Quesada, J. *La teoría de la Guerra Justa. Una propuesta de sistematización del ius ad bellum*. Pamplona: Aranzadi, 2007.
- Bueno Fernández, A. El *targeting* como capacitador de las operaciones militares en OTAN. *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 15, 2020.
- Cicerón, M.T. *En defensa de T. Anio Milon*. Ed. Gredos (pdf) <https://es.scribd.com/document/395925404/Ciceron-En-defensa-de-Milon...>
- Comité Internacional de la Cruz Roja. *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*. Ginebra: CICR, diciembre, 2010.
- Domínguez Matés, R. La doctrina de la responsabilidad del mando a la luz de la actual jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. *Revista española de Derecho Militar*, núm. 91, enero/junio. Madrid: Ministerio de Defensa/Escuela Militar de Estudios Jurídicos, 2008.
- Elliot, L. y Cheeseman, G. *Cosmopolitan theory, militaries and the deployment of force*. Camberra: Australian National University, 2002.
- Estado Mayor de la Defensa. Doctrina sobre *Targeting* Conjunto, PDC-3.9 (A), enero, 2019.
- Eymar Alonso, C. El título IV de las Reales Ordenanzas a la luz del Derecho Militar Operativo. *Revista española de Derecho Militar*, núm. 93, enero/junio. Madrid: Ministerio de Defensa/Escuela Militar de Estudios Jurídicos, 2009.
- Fast, L. Unpacking the principle of humanity: Tensions and implications. *International Review of the Red Cross*, 97 (897/898), 2016.
- Frowe, H. *The Ethics of War and Peace. An Introduction*. London/New York: Routledge, 2011.
- Jordán, J. Enfoques teóricos de los estudios estratégicos, en Jordán, J. (coord.), *Manual de Estudios Estratégicos y Seguridad Internacional*. Madrid: Plaza y Valdés, 2013.
- Kolb, R. Origen de la pareja terminológica *ius ad bellum/ius in bello*. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 30 de septiembre, 1997. <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdldr.htm>
- Martínez Alcañiz, A. El principio de distinción y la identificación positiva. *Revista española de Derecho Militar*, núm. 109 y 110. Madrid: Ministerio de Defensa/Escuela Militar de Estudios Jurídicos, 2018.

- Martínez Paricio, J. Gestión de crisis en los ejércitos de las sociedades avanzadas. *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, vol. 3, núm. 2, 2017.
- McKeogh, C. *Innocent Civilians. The Morality and the Ethics of War*. New York: Palgrave Macmillan, 2002.
- Moliner González, J.A. Ética y moral militar, en Argumosa Pila, J. (coord.), *El militar español del siglo XXI*. Madrid/Astorga: Editorial CSED, 2022.
- Moliner González, J.A. La ética militar en la estrategia del siglo XXI, en Colom, G. y Bueno, A. *Transformación de la guerra y estrategia en el siglo XXI*. Madrid: IUGM, en prensa.
- Nathanson, S. *Terrorism and the Ethics of War*. New York: Cambridge University Press, 2010.
- Pigantelli y Meca, F. Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español, en Rodríguez-Villasante, J.L. (coord.). *Derecho Internacional Humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- Orend, B. *War*, en Zalta, E. N. (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Fall, 2008. <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/war/>
- OTAN. AJP 3.9. *Allied Joint Doctrine for Joint Targeting*, Bruselas, 2016.
- Rioux, J.P. Le soldat du nouveau siècle, en Lecontre, F., *Le soldat XX^e-XXI^e siècle*. Gallimard, 2018.
- Rodin, D. *War and Self-Defence*. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- Salmón, E. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Lima: CICR/Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2012.
- Valencia Pérez, J.P. La problemática en el principio de distinción. Los casos de Kunduz y Bounty. *Revista Ejército*, nº 996, octubre, 2021.
- Walzer, M. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*. Madrid: Paidós, 2001.