

LAS REGLAS DE ENFRENTAMIENTO (ROE) COMO PARADIGMA DEL ESTADO DE DERECHO EN OPERACIONES MILITARES*

Rodrigo Lorenzo Ponce de León
Capitán auditor

* Este artículo ha sido galardonado con el premio Querol 2012

SUMARIO

I. *Introducción.*—1. Metodología aplicada a la presente investigación. 2. Las ROE explicadas sucintamente para el no iniciado. 3. Del significado y uso que se hace de las palabras. 4. Sobre el pretendido origen histórico de las ROE.

II. *Las ROE y el Derecho militar operativo.*—1. El Derecho militar operativo. 2. Hacia un concepto de Derecho militar operativo. 3. La institución central del Derecho militar operativo. *a.* La naturaleza de la operación como punto de partida. *b.* Las ROE a nivel estratégico: el mandato de la operación. *c.* Las ROE a nivel operacional: el «OPLAN» y el «abogado operacional». *d.* Las ROE a nivel táctico: la «tarjeta del soldado» y el «cabo estratégico». *e.* Recapitulación. 4. El concepto de ROE. 5. Tipología de las ROE. *a.* Las ROE en el tiempo: ROE de paz y ROE de guerra. *b.* Las ROE en el espacio: ROE domésticas y ROE de ultramar. *c.* Las ROE según las limitaciones y prohibiciones. *d.* Las ROE de conducta y las ROE de estado. *e.* Las ROE tácticas, las ROE operacionales y las ROE estratégicas. *f.* Las ROE durmientes y las ROE efectivas. *g.* Las ROE de paz, las ROE de guerra y las ROE de ejercicios. *h.* Las ROE restrictivas, las permisivas, las preferenciales, las definitorias y las «ROE3». *i.* Las ROE normativas y las ROE instructivas.

III. *Las ROE y el derecho nacional.*—1. A propósito de su naturaleza jurídica. 2. ¿Directriz política, norma jurídica u orden militar? 3. Las ROE y la cuestión de los ordenamientos internos. *a.* España y otros países europeos. *b.* Los Estados Unidos de América. *c.* Canadá. *d.* Países de Hispanoamérica. *e.* Japón. *f.* China. *g.* Australia y Nueva Zelanda. *h.* India. *i.* Países musulmanes. *j.* Israel. *k.* África del Sur y países africanos. *l.* Federación Rusa.

IV. *Las ROE y la ética militar.*—1. ¿Reglas de enfrentamiento o reglas de comportamiento?

V. *Las ROE y el Derecho internacional.*—1. Las ROE y el Derecho internacional en general. 2. El Derecho de la guerra y la «guerra del Derecho». 3. Las ROE y el Derecho de la guerra. a. Entre la guerra y la paz: las ROE y el prestigio implícito en el respeto a los derechos humanos. b. ¿Combatiente o delincuente? Las ROE y la lucha contra el terrorismo internacional. c. Las ROE y la «guerra del Derecho».

VI. *Epílogo.*

I. INTRODUCCIÓN

Enigmáticas y a la vez paradigmáticas, las Reglas de enfrentamiento (ROE) han acabado por convertirse en una herramienta fundamental para el desarrollo de las operaciones militares contemporáneas. No estamos ante un simple documento técnico de los que se manejan de forma rutinaria en los estados mayores y tampoco estamos, pese a que su nombre parezca inducir a eso, ante normas complejas de las que solo entienden personas versadas en Derecho. Habría incluso que descartar de antemano que estas sean uno de esos programas o memorandos de los que solo conocen y entienden quienes se dedican al ejercicio de tareas políticas o diplomáticas. No, antes, al contrario, estamos precisamente ante la institución que mejor simboliza la fusión de la política, del Derecho y de las armas. Su origen resulta algo enigmático, las siguientes páginas resultan lo suficientemente ilustrativas como para certificar dicho aserto. Al propio tiempo, las Reglas de enfrentamiento son el paradigma del uso de la fuerza ejemplar y acorde con el interés político nacional, con el ordenamiento jurídico y —por emplear una expresión ya algo en desuso— según lo que dispone la ordenanza.

Ni esta es la primera investigación que se realiza en torno a las Reglas de enfrentamiento ni, por supuesto, será la última, pero, desde luego, sí que la consideramos original, porque viene a paliar determinados aspectos que juzgábamos insuficientemente tratados en otras anteriores.

Ahora bien: ¿Por qué un trabajo de investigación sobre las Reglas de enfrentamiento? La pregunta y su contestación las consideramos obligadas como punto de partida. En primer lugar, el Derecho militar como rama del saber jurídico científico¹ ha recibido tradicionalmente en España escasa atención.

¹ No vamos a entrar en polémica en torno a si existe verdaderamente un derecho militar o en torno a su pretendida autonomía. Bastan las siguientes palabras aparecidas hace ahora medio siglo en el medio de difusión por excelencia del Derecho militar, la (precisamente) denominada *Revista Española de Derecho Militar*: «En la expresión ‘Derecho militar’ hay siempre un sentido un poco equívoco. Acaso cuando se emplea se piensa más que en nada en Derecho ‘penal militar’, expresión, por cierto, también bastante imprecisa, que engloba casi siempre al ‘procesal militar’. Pero las cosas no ocurren caprichosamente, y si en el Derecho militar se produce este desbarajuste entre el nombre y su concepto, alguna razón

La crítica no es nuestra y mucho menos nueva, podría decirse que ni siquiera exclusiva del solar patrio. Antes al contrario, parece ser su sino universal y viene avalada por autores tanto nacionales como extranjeros. En palabras de Millán Garrido estamos ante «una materia jurídica poco tratada y, en general, mal conocida»². Rodríguez-Villasante llega a referirse con gran sarcasmo, no exento de poderosa razón, al Derecho penal militar como «ciencia oculta»³. Autores como el penalista Rodríguez Devesa elevan sus críticas incluso a los debates parlamentarios que tuvieron lugar con motivo de las primeras reformas de la justicia militar durante la Transición política española hace ya algunas décadas⁴. Otros, en fin, como Fernández-Flores aluden a la situación precaria en la que se encuentra el estudio del Derecho de la guerra, especialidad jurídica tradicional del Derecho militar, del que «se escribe tan poco que –virtualmente– es un tema abandonado»⁵. En otras latitudes, autores tan dispares como el estadounidense Fidell se refieren a la justicia castrense como un campo tradicionalmente «oscuro y pasado por alto»⁶. Otros como el jurista de origen indio Mangala critican el carácter «enigmático» que en su país tienen los asuntos militares en general y el Derecho militar en particular.⁷ El

tiene que haber para ello. Para mí, esta razón se halla en que el actual contenido del Derecho militar es el residuo, por violenta extirpación, de una rama en otro tiempo espléndida del Derecho. Su mutilación la hace funcionar defectuosamente y ofrecer, ante los ojos del vulgo o del jurista no encariñado con ella, extrañas e inexactas perspectivas». ESTEBAN RAMOS, S. (1961). «Hacia un nuevo sentido del Derecho militar», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 11, pp. 89-99, p. 89.

² MILLÁN GARRIDO, A. (2002). «Derecho militar mexicano», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 79, pp. 317-321, p. 318. En alusión a lo que ocurre con el Derecho militar en la mayoría de los países y con ocasión de la recensión que hace a la obra titulada *Derecho militar mexicano*, cuyo autor es el eminente jurista mexicano Alejandro CARLOS ESPINOSA.

³ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (1988). «Introducción al Derecho penal militar», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 51, pp. 448-451, p. 451. En alusión al Derecho penal militar con motivo de la recensión que hace de la obra denominada *Introducción al Derecho penal militar*, escrita por el que fuera presidente de honor de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra y general consejero togado del extinto Cuerpo Jurídico del Ejército de Tierra don Francisco JIMÉNEZ JIMÉNEZ.

⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. (1980). *Derecho penal español. Parte especial*. Gráficas Adonais. Madrid, p. 1243. Al referirse a los debates parlamentarios relativos a la reforma del Código de Justicia Militar de 1945 llega a señalar: «... toda la materia estuvo presidida por la tradicional ignorancia del Derecho militar.»

⁵ FERNÁNDEZ-FLORES, J. L. (1978). «El actual Derecho de la guerra», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 35, pp. 17-38, p. 17.

⁶ FIDELL, E. R. (2000). «A Worldwide Perspective on Change in Military Justice», *The Air Force Law Review*, vol. 48, pp. 195-209, p. 196.

⁷ MANGALA, A. C. (1992). *Commentary on Military Law in India*. Eastern Law House. Calcutta, p. 1: «It has been my experience that ‘Matters Military’ in general and ‘Military Law’ in particular are an anathema as well as a considerable enigma to legal Puritans and the common intelligentsia as well».

colombiano Ariza Arango hace suyas las críticas que antaño formulase otro compatriota suyo, auditor de guerra, afirmando que «poco o ningún interés ha despertado en nuestros juristas el estudio de la justicia castrense en Colombia, y se puede afirmar casi un desconocimiento absoluto de esta rama del Derecho y mirada con gran indiferencia y antipatía...»⁸. En segundo lugar, el estudio de las Reglas de enfrentamiento suele ubicarse por los distintos manuales oficiales⁹ y en las obras¹⁰ o artículos doctrinales¹¹, dentro siempre del más amplio contexto del Derecho militar operativo, concepto este último un tanto confuso e impreciso,¹² por lo que al lector no le resultará difícil predecir que si el Derecho militar, normalmente, es esa materia jurídica tan «poco tratada y, en general, mal conocida» –en palabras de Millán Garrido–, el desconocimiento alcanza ya su punto álgido cuando se trata de aquel como parcela particular dedicada al marco jurídico aplicable a las operaciones militares. En efecto, el presente trabajo de investigación ha tenido que buscar su principal apoyo no en

⁸ ARIZA ARANGO, O. D. Justicia penal militar y sus inconstitucionalidades. Se puede consultar en: <<http://www.monografias.com/trabajos11/teslibro/teslibro.shtml>>. (Consultado el 13 de enero de 2011, 18:46 h.). La cita la atribuye a su vez a RIBON RUIZ, L. (1952). «Justicia Penal Militar», *Revista de la Universidad de Cartagena*, núm. 7, p. 53.

⁹ Por ejemplo, en el manual *Operational Law Handbook* de las Fuerzas Armadas de los EE. UU., manual detallado de esta rama del Derecho militar editado por el Departamento de Derecho Internacional y Operaciones Militares de la Escuela del Judge Advocate Corps (Center for Law and Military Operations, The Judge Advocate General's Legal Center and School, US Army) –centro de formación y doctrina equivalente a nuestra Escuela Militar de Estudios Jurídicos– las Reglas de enfrentamiento ocupan todo un capítulo («Chapter 5» pp. 73-97) y sin perjuicio de las referencias puntuales que se hacen a las mismas en sede de otros capítulos. Véase esto en: <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/operational-law-handbook_2010.pdf>. (Consultado el 31 de enero de 2011, 10:03 h.).

¹⁰ ZARRANZ DOMENECH, G. (2001). «Los parámetros del uso de la fuerza. Las ROE», *Lecciones de Derecho Operativo* (AA. VV.). Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa. Madrid, pp. 145-161. Si bien se trata no de un estudio monográfico individual, sino de una obra colectiva donde se abordan distintos aspectos del denominado Derecho militar operativo.

¹¹ ALÍA PLANA, M. (2009). «Las Reglas de Enfrentamiento (ROE)», *Cuaderno práctico núm. 1*, mayo-agosto. Centro de Investigación y Doctrina Jurídica de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Madrid, pp. 28-38.

¹² A lo largo del presente trabajo intentaremos ofrecer una definición concisa sobre esta especialidad jurídica. En España, la primera y única aportación oficial en forma de manual hasta la fecha es una recopilación de conferencias del Curso de Derecho Operativo que tuvo lugar en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos durante el mes de febrero del año 2000, editado por el Ministerio de Defensa. En esta obra se echa en falta una definición expresa y taxativa del concepto, si bien esta se infiere de su propio contenido y, al menos, de cuanto se expone en el prólogo: «En este escenario de renacimiento del Derecho internacional se alumbra el Derecho internacional operativo (denominación esta desarrollada en los Centros Académicos Militares de los EE. UU.) que pretende analizar en su conjunto y de manera independiente las normas jurídicas aplicables en las operaciones militares...» AA. VV. (2001). *Lecciones de Derecho Operativo*. Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, p. 18.

fuentes de factura nacional, que existen y de acreditada solvencia por cierto,¹³ sino, debido a su escasez, en obras y artículos de autores e instituciones extranjeras, sobre todo, norteamericanas. No deja de resultar evidente nuestra anterior afirmación con una simple ojeada a los índices de la Revista Española de Derecho Militar, a la de todos sus números editados desde 1956, donde no existe un solo estudio monográfico dedicado en exclusiva a las Reglas de enfrentamiento y donde, lo cual no deja de resultar llamativo, tan solo existe uno, y muy reciente además, centrado en el Derecho militar operativo, si bien existen sucintas referencias en toda una serie de artículos aislados centrados exclusivamente en el Derecho de la guerra. Sin embargo, sí que queremos dejar constancia aquí, en estas líneas, al primero que en dicha revista parece manejar y definir el término, se trata de Rodríguez-Villasante, aunque lo hace de manera muy sucinta con ocasión de comentar las discusiones suscitadas en torno a la Mesa Internacional de Expertos sobre el Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados en el Mar celebrada en Madrid en 1988, autor que podría ser considerado el primero en manejar este concepto, al menos en la Revista Española de Derecho Militar, al que denomina «reglas de compromiso»¹⁴. También queremos dejar constancia, desde luego, del primero que nos ofrece una definición algo más apurada que el anterior, se trata de Doménech Omedas, coronel artillero y diplomado de Estado Mayor que, probablemente sin saberlo, dejaba ya de por siempre sentada la primera definición de la que se tiene constancia en los anales de la citada revista, al menos en el contexto de un artículo específicamente dedicado a las operaciones de paz.¹⁵ En fin, tan pocos artículos en tan dilatado tiempo de existencia de la Revista

¹³ En España son escasos los autores dedicados a la difusión pública del Derecho operativo militar, pueden citarse aquí las aportaciones de EYMAR ALONSO (*REDM*, núm. 93, *infra* nota 28) o la obra colectiva *Lecciones de Derecho Operativo* (*op. cit.*, *supra* nota 12) o el obligado manual oficial de referencia denominado *La función de asesoramiento jurídico militar internacional y otros temas jurídico militares*, obra colectiva editada por la Secretaría General del Ministerio de Defensa. Madrid, 2002.

¹⁴ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (1988). «Mesa Redonda Internacional de Expertos sobre el Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados en el Mar», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 52, pp. 529-544, p. 535. Reproducimos la referencia por su gran valor de cara a señalar el primer autor que parece manejar el concepto en nuestra patria, al menos con notoriedad pública (la cursiva es nuestra): «A continuación, se examinan los ‘límites de la prohibición sobre el uso de la fuerza’ definición de agresión, casos en los que es admisible el uso de la fuerza, bases legales de la autodefensa y reglas de compromiso para el mando naval relativas a la reacción adecuada y proporcionada ante intenciones hostiles o un primer ataque.»

¹⁵ DOMÉNECH OMEDAS, J. L. (1995). «Las operaciones de paz de las Fuerzas Armadas Españolas», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 65, pp. 431-456, p. 442. Esta es la definición que aporta: «Las Reglas de enfrentamiento contienen pautas de conducta que implican el uso de la fuerza como último recurso, ante situaciones previstas, determinadas y claramente definidas.»

que merece la pena citar aquellos que, al menos, contienen sucintas referencias o remisiones a las Reglas de enfrentamiento. Nos referimos a las aportaciones de Rodríguez-Villasante y Prieto¹⁶; Pignatelli y Meca¹⁷; Aparicio Gallego¹⁸; García Labajo, que ofrece, de nuevo, una de las escasas definiciones¹⁹; Alía Plana²⁰, autor prolífico donde los haya y a quien debemos, a nuestro juicio, una de las aportaciones españolas pioneras en la materia²¹; de nuevo Rodríguez-Villasante y Prieto²²; Costas Trascasas²³; Iglesias Velasco²⁴; Olásolo Alonso²⁵;

¹⁶ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (1993). «Medios y métodos de combate naval y Derecho de los conflictos armados en la mar (1.ª parte)», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 61, pp. 15-66, p. 16.

¹⁷ Este autor reproduce numerosas resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y es en esos textos donde se encuentra la referencia a las «Reglas de enfrentamiento». En concreto, en la Resolución 816 (1993) aprobada por el C. S. de las NN. UU. en su 3191.ª Sesión, celebrada el 31 de marzo de 1993. PIGNATELLI Y MECA, F. (1993). «Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas relativas al conflicto de la antigua Yugoslavia», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 62, pp. 441-485, p. 474.

¹⁸ APARICIO GALLEGO, J. (1995). «Implicaciones del Convenio de Chicago en la defensa aérea», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 65, pp. 203-226 (en nota a pie de página núm. 23), pp. 222-3.

¹⁹ GARCÍA LABAJO, J. M. (1997). «La Prohibición del uso de la fuerza. La intervención y la injerencia humanitaria», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 70, pp. 145-162, p. 155.

²⁰ ALÍA PLANA, M. (1997). «Las operaciones de paz», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 70, pp. 85-144, pp. 123 & 128.

²¹ ALÍAPLANA, M. (2009). Las Reglas de enfrentamiento (ROE). Véase esto en el sitio: <<http://noticias.juridicas.com/articulos/70-Derecho%20Militar/200907-78965324897521.html>>. (Consultado el 13 de enero de 2011, 12:46 h.); y también ALÍA PLANA, M. (2009), «Las Reglas de enfrentamiento (ROE). Véase esto en el sitio: <<http://monografias.com/trabajos71/reglas-enfrentamiento-roe/reglas-enfrentamiento-roe2.shtml>>. (Consultado el 13 de enero de 2011, 12:53 h.).

²² Este autor firma la crónica de cuanto aconteció en el *XV Congreso Internacional de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra*, celebrado en Lillehammer (Noruega) en junio de 2000. En algún momento se llega a utilizar la expresión «reglas de intervención» en referencia a las Reglas de enfrentamiento (ROE). Compruébese en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (2000), «XV Congreso Internacional de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 76, pp. 329-345, pp. 336, 340 & 342.

²³ COSTAS TRASCASAS, M. (2003). (recensión de la obra colectiva) «Derecho humanitario internacional», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 81, pp. 303-310, p. 305.

²⁴ IGLESIAS VELASCO, A. J. (2005). «El empleo defensivo de la fuerza armada por las operaciones de mantenimiento de la paz», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 85, pp. 213-242, pp. 217-8. Este autor toma prestada su referencia de G. J. F. VON HEGELSOM «The Law of Armed Conflict and UN Peace-keeping and Peace-enforcing Operations», en *Hague Yearbook of International Law*, 1993, vol. 6, p. 54.

²⁵ OLÁSULO ALONSO, H. (2006). «Reflexiones sobre los ataques desproporcionados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 88, pp. 91-158, pp. 93, 98 & 119.

Gamarra²⁶; Corrales Elizondo²⁷; la de Eymar Alonso, por tratarse, entre otros, del único artículo que se conozca, al menos hasta la fecha y en la citada revista, con abundantes referencias al Derecho militar operativo²⁸, el cual aborda con ocasión de comentar su participación en el proceso de creación de nuestras actuales Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, y, por último, la reciente aportación a cargo de Reyes Fernández²⁹. Además de esto, existen dos números de la Revista, el 87 y el 90, donde en nota informativa que aparece anónima se informa de cuanto aconteció tanto en el *XVII Congreso Internacional de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra*, celebrado en Scheveningen (Países Bajos) en mayo de 2006³⁰ como en el *XV Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Defensa Social*, celebrado en Toledo en septiembre de 2007.³¹ También deben destacarse aquí las aportaciones de De las Rivas Aramburu; Fernández-Tresguerres, y Serrano Barberán dentro de una obra colectiva editada por el Ministerio de Defensa en materia, entre otros, de asesoramiento jurídico de carácter internacional o en unidades multinacionales.³²

La tercera razón que nos mueve a un trabajo de investigación de esta naturaleza, no por ello de menos importancia y recurriendo a las palabras

²⁶ GAMARRA, Y. (2007). «El estatus de las misiones de paz en el territorio del estado de acogida desde la práctica de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad de Afganistán», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 90, pp. 191-210, pp. 195-6 (en nota a pie de página núm. 17).

²⁷ CORRALES ELIZONDO, A. (2009). «La ocupación bélica», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 93, pp. 37-62, pp. 46 & 61.

²⁸ EYMAR ALONSO, C. (2009). «El título IV de las Reales Ordenanzas a la luz del Derecho militar operativo», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 93, pp. 287-320, pp. 292, 293, 301, 302, 303, 305, 310 y 311. Un artículo así estimamos que venía siendo largamente esperado en España por las aportaciones que hace en torno a la gestación del concepto y denominación del Derecho militar operativo. Por cierto, en este artículo se reconoce cuanto tenemos afirmado (*supra* nota 12) sobre la ausencia de una definición doctrinal expresa del concepto de Derecho militar operativo en sede de las ponencias contenidas en el aludido manual *Lecciones de Derecho Operativo*, ya que EYMAR ALONSO afirma –en referencia expresa a dicho manual– lo siguiente (p. 289): «Ya en su prólogo, el entonces subsecretario de Defensa, don Víctor Torre de Silva, realizaba una primera aproximación al concepto».

²⁹ REYES FERNÁNDEZ, M. (2009). «El papel de España en las misiones internacionales de paz», *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 94, pp. 181-193, p. 191.

³⁰ *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 87, pp. 387-392, pp. 388-9.

³¹ Uno de cuyos participantes, precisamente en materia de Reglas de enfrentamiento, fue nuestro compatriota el general auditor don José Antonio Fernández-Tresguerres Hernández. Véase la relación sintetizada de las ponencias en *Revista Española de Derecho Militar*; núm. 90, pp. 341-358, pp. 342, 344, 345 y 357.

³² AA. VV. (2002). *La función de asesoramiento jurídico militar internacional y otros temas jurídico militares*. Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa. Madrid, pp. 66, 90 y 141.

de Serrano Barberán, es porque la labor del asesor en materia de Reglas de enfrentamiento o, en términos mucho más generales, en materia de Derecho militar operativo, convierte a este en testigo privilegiado del planeamiento y desarrollo de ejercicios, así como de eventuales operaciones reales, prestando sus servicios profesionales en «dos ámbitos principales: Derecho de los conflictos armados (poniendo especial atención a la aplicación e interpretación de las Reglas de enfrentamiento, que existen también aunque se trate de misiones de combate –alta intensidad–) y aplicación e interpretación de los acuerdos sobre el estatuto de las tropas»³³. Se rescata de esta manera, en palabras de De las Rivas Aramburu, «la figura del auditor, que parecía haberse difuminado, de nuestro paisaje, al compás de la renovación de la legislación militar, en la nueva etapa constitucional»³⁴. Por este motivo, España cumple así en tan delicado ámbito, como resulta ser el planeamiento y desarrollo de las operaciones militares no solo con una obligación internacional³⁵, sino, lo que no es menos importante, dota así también a sus cuadros de mando y a sus tropas de la asistencia profesional adecuada en aras a garantizar que en la ejecución de las mismas no incurren en responsabilidades de otro orden.

En cuarto lugar, no nos resulta ajena tampoco la importancia particular que para nosotros tiene un trabajo de investigación como este, pues, por su propio valor intrínseco, las Reglas de enfrentamiento, como nos tiene dicho Alía Plana, «constituyen una de las más importantes herramientas de control civil sobre el poder militar en una democracia: adquieren su máximo sentido en el marco de un estado de derecho, en el cual el poder militar está sujeto al civil mediante el sometimiento a la ley, de tal manera que solamente corresponde a los militares desplegados en campaña cumplir las órdenes que les dicta su gobierno, respecto a la situación concreta, pero no tomar decisiones políticas por sí mismos»³⁶. A mayor abundamiento, frente al mosaico de trabajos que sobre las Reglas de enfrentamiento han sido

³³ SERRANO BARBERÁN, A. *Op. Cit.*, *supra* nota 32, pp. 127-145, p. 142.

³⁴ DE LAS RIVAS ARAMBURU, I. *Op. cit.*, *supra* nota 32, pp. 57-71, pp. 59 y 66.

³⁵ «Artículo 82. Asesores jurídicos en las fuerzas armadas.

Las altas partes contratantes en todo tiempo, y las partes en conflicto en tiempo de conflicto armado, cuidarán de que, cuando proceda, se disponga de asesores jurídicos que asesoren a los comandantes militares, al nivel apropiado, acerca de la aplicación de los convenios y del presente protocolo y de la enseñanza que deba darse al respecto a las Fuerzas Armadas». Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados.

³⁶ ALÍA PLANA. *Op. cit.*, *supra* nota 21, quien a su vez toma la idea adaptándola al castellano de BERKOWITZ, B. D. (1994). «Rules of Engagement for U. N. Peacekeeping Forces in Bosnia», *Orbis*, (Fall), en: <http://findarticles.com/p/articles/mi_m0365/is_n4_v38/ai_16443484>. (Consultado el 14 de enero de 2011, 11:53 h.).

publicados en nuestra patria hasta la fecha, la nota original de nuestra aportación reside precisamente en ofrecer por vez primera y en texto único un estudio internacionalista y pluridisciplinar cuyo enfoque pone de relieve tanto cuestiones de Derecho nacional e internacional como de Derecho extranjero y ello sin perder de vista la simultánea dimensión política y militar de las ROE. De hecho, incluso –y decimos esto sin ánimo de resultar nada pretenciosos–, pocos trabajos de los publicados en el extranjero encontrarán el estudioso e investigador donde se reúnan en un solo texto aspectos jurídicos, políticos y militares en torno a esta institución como el que nosotros ahora presentamos.

La quinta y última razón es más de orden personal. Preparar y presentar un trabajo como este en el contexto del Premio José Francisco de Querol y Lombardero constituye un honor para cualquier jurista dedicado al Derecho militar, más si cabe a quienes tuvimos la suerte de conocer en persona a tan ilustre jefe, compañero y hombre de bien. Con este trabajo rendimos tributo así a su memoria a la par que contribuimos –ojalá que esto así sea– a desvelar un poco más qué hay detrás de una de las instituciones probablemente más enigmáticas del Derecho militar.

I.1. METODOLOGÍA APLICADA A LA PRESENTE INVESTIGACIÓN

Hablar de Reglas de enfrentamiento es hablar a un tiempo de ordenamiento jurídico, del ejercicio de la alta política nacional y de la conducción de las operaciones militares o lo que es igual, pocas instituciones aparentan tener más implicaciones tanto en el campo del Derecho aplicado, como en el de la definición y ejecución de la política de seguridad y defensa de un país, como en el del empleo de los medios militares necesarios para la consecución de dichos fines, que las Reglas de enfrentamiento. A mayor abundamiento, estas reglas son el resultado precisamente de la interacción de esos tres factores, por lo que exigen e imponen en su redacción y aplicación la estrecha colaboración entre las autoridades políticas, los asesores jurídicos y los comandantes militares. Empero, la riqueza conceptual de esta institución no acaba ahí. Lo que pueda ser válido para un norteamericano en materia de Reglas de enfrentamiento puede no serlo, a la vez, para un europeo o para un asiático. Estas razones son las que nos han llevado a plantear el presente trabajo de investigación desde una perspectiva decididamente internacionalista –estamos ante una investigación propia del Diploma de Especialización en Derecho Internacional Militar, a fin de cuentas– y también pluridisciplinar, que sea reflejo así de todos esos matices y

circunstancias. Internacionalista en sus contenidos porque no solo incluye a España sino también a otros países o zonas geográficas y porque hemos procurado tener en cuenta doctrina o normativa tanto nacional como extranjera. Pluridisciplinar porque no hay otra opción, las ROE son reflejo de la política, del Derecho y de las armas, y estudiar las ROE es estudiar aspectos de todas estas disciplinas. Estrategia, táctica, intereses nacionales en materia de seguridad y defensa, naturaleza jurídica de las ROE, etc., sería imposible abrir un debate o discusión sobre las ROE y que no salieran todos estos conceptos a colación. En cuanto al método concreto de trabajo hemos de señalar que en primer lugar repasamos aspectos básicos y elementales de las Reglas de enfrentamiento como el significado de su denominación o su origen histórico, áreas oscuras y desde luego enigmáticas. En segundo lugar, abordamos su relación con otras ramas e instituciones del Derecho, como su inclusión en el contexto sistemático del Derecho militar operativo y la trascendental función que en estos campos el jurista militar está llamado a desempeñar, en particular en materia de Reglas de enfrentamiento. En tercer lugar, estudiamos su significado de acuerdo con el Derecho nacional, con los derechos nacionales para ser exactos. En cuarto lugar, su vinculación e impacto con la ética militar. En último lugar, abordamos las ROE desde la perspectiva del Derecho internacional y su relación con fenómenos como la lucha contra el terrorismo internacional o la llamada «guerra del Derecho». Simultaneamos todas estas parcelas con observaciones en torno a la participación del jurista militar y del profesional de las armas en el proceso ROE. Estas observaciones probablemente interesen desde un punto de vista práctico tanto al jurista militar como a los cuadros de mando de los cuerpos Generales de nuestras Fuerzas Armadas, llamados ambos a actuar con la máxima sincronía —y con la sintonía deseable— en este ámbito propio de las funciones de lo que, en la jerga castrense se conoce como función de «combate, mando y control»³⁷. Naturalmente, no hemos dejado a un lado cuestiones como la naturaleza, pretendida o no, jurídica de las Reglas de enfrentamiento. Es aquí donde la falta de un criterio transnacional uniforme pone de manifiesto las dificultades inherentes a la interoperabilidad de las fuerzas internacionales. Cierran, por último, la presente investigación una serie de conclusiones y observaciones que esperamos sirvan —al menos esa es nuestra intención— como punto de partida

³⁷ En la Publicación Militar del Ejército de Tierra (PMET) (2003) *DOI-001. Doctrina. Empleo de la Fuerza Terrestre* (3.^a edición). Mando de Adiestramiento y Doctrina. Madrid, p. 7-7 (efectivo desde el 1 de marzo de 2004) se define esta función como: «... el conjunto de actividades mediante las cuales se planea, dirige, coordina y controla el empleo de las fuerzas y los medios en operaciones militares».

para futuros trabajos centrados en esta institución o como fuente adicional que ayude a una mejor comprensión de los ya existentes, lo cual enlaza a su vez con la correspondiente sección bibliográfica puesta a disposición de estudiosos e investigadores.

I.2. LAS ROE EXPLICADAS SUCINTAMENTE PARA EL NO INICIADO

Si nos concedieran escasos diez minutos ante un auditorio repleto para definir así, a grandes rasgos, qué se entiende y esconde tras la denominación de Reglas de enfrentamiento (ROE) podríamos decir sin temor a equivocarnos que estas reglas, aparte de haber servido para dar nombre a una película,³⁸ son un recurso esencial utilizado desde las altas esferas políticas de una nación y dirigido a sus mandos militares en forma de directivas o instrucciones en las que se definen las circunstancias, las condiciones, el grado y los procedimientos a seguir para el empleo de la fuerza, incluida la letal, en el curso de las operaciones militares. Añádase a lo dicho, desde luego, que «fuerza» en este caso no ha de entenderse como sinónimo exclusivo de violencia, ya que estas reglas pueden ocuparse también en ocasiones de conductas que no entrañan necesariamente el uso de esta última, tales como el ataque o la defensa de redes informáticas o el trato a los detenidos. Añádase también que estas reglas no son un sustituto ni excluyen las órdenes particulares de carácter táctico impartidas por el mando. Estas directivas o instrucciones establecen directrices sobre el uso legítimo, gradual y proporcionado de la fuerza para cada operación en la que participan unidades militares o, por decirlo de otro modo, se definen los medios que se pueden emplear y las formas que se pueden seguir cuando deban intervenir en cumplimiento de la misión encomendada. Nótese que en ambos casos decimos «que se pueden» y no «que se deben», ya que esto último pertenece más al ámbito de las órdenes tácticas, mientras que las Reglas de enfrentamiento pertenecen más al ámbito de las instrucciones o directivas. La anterior afirmación viene avalada por la propia doctrina jurídica oficial de la OTAN –«NATO Legal Deskbook, 2010»– donde en la definición de lo que son las ROE se recurre al verbo *may be* («puede ser») y no *must be* («debe ser»). Pese a todas las connotaciones jurídicas que pudieran derivar del uso del tér-

³⁸ DE LAS RIVAS ARAMBURU, I. (2007). «Las ROE salen del armario», revista *Ejército*, núm. 794, pp. 85-91, p. 85. En alusión a la película *Rules of Engagement* (2000) Paramount Pictures.

mino «reglas» en su denominación usual, las Reglas de enfrentamiento no son parte ni del Derecho humanitario bélico en general ni del Derecho de los conflictos armados en particular. De hecho, ni siquiera aparecen mencionadas expresamente en las Convenciones de La Haya, ni en las de Ginebra, ni en sus Protocolos Adicionales y tampoco han sido objeto de un tratado internacional en cuanto a su formulación y aplicación por parte de los estados. Empero, lo anterior no ha sido obstáculo para que ciertos organismos internacionales como la ONU, la OTAN o la Unión Europea hayan promulgado modelos-tipo estandarizados a emplear en el curso de las operaciones. Del mismo modo, pese a todas las connotaciones operativas u operacionales que pudieran derivar del uso del término «enfrentamiento» en su denominación, estas no se agotan en las altas cúspides del mando militar. Antes al contrario, de una forma más o menos detallada, las ROE suelen, y deben, diseminarse a todos los escalones operativos y tácticos con objeto precisamente de que aquellas situaciones en las que deba recurrirse al empleo de la fuerza queden amparadas no solo por el Derecho, sea nacional o internacional, sino dentro del margen de las instrucciones impartidas por las altas jerarquías militares de conformidad con las directrices acordadas en los centros de poder político e incluso, ya a nivel del combatiente individual, de los propios principios y dictados de la conciencia y de la ética militar. Las Reglas de enfrentamiento (ROE) trascienden así el marco estrictamente jurídico –de hecho, como se verá, no es un concepto surgido en el seno de la ciencia del Derecho– para convertirse en una institución pluridisciplinar con implicaciones también tanto en el ejercicio de la política como en el del mando militar. Son como si se tratase, en expresión gráfica empleada por el norteamericano Solís, de una «correa» mediante la cual las autoridades políticas y militares controlan el uso de la fuerza por parte de todos y cada uno de los actores que participan en una operación.³⁹ A su vez, esta correa está fundamentada, en palabras de Grunawalt, en tres pilares indivisibles el uno del otro: «la política nacional, las exigencias operacionales y el Derecho»⁴⁰. En la esfera estrictamente militar, las Reglas de enfrentamiento (ROE) no son, por consiguiente, asunto exclusivo de los cuadros encargados de la planificación y desarrollo de las operaciones, sino que –en palabras de este último– su redacción, actualización y puesta en práctica exceden de la parcela estrictamente operativa en la medida

³⁹ SOLÍS, G. D. (2010). *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*. Cambridge University Press. New York, p. 495.

⁴⁰ GRUNAWALT, R.J. (1997). «The JSC Standing Rules of Engagement: A Judge Advocate's Primer», *The Air Force Law Review*, vol. 42, pp. 245-258, p. 246.

que requieren el concurso del asesor jurídico, del oficial de Inteligencia, del oficial de Planes y del oficial encargado de Logística⁴¹.

Dependiendo del nivel en que cada uno está llamado a desenvolverse, estas reglas reciben unas veces la denominación de Reglas de enfrentamiento (ROE) o reglas de combate, generalmente en los altos niveles decisivos, y la de Reglas para el uso de la fuerza⁴² (RUF, o también a veces ROF)⁴³ a nivel de los portadores de armas de fuego, las cuales no dejan de ser una versión extractada de aquellas y normalmente expedidas, ora en forma verbal⁴⁴, ora en forma de tarjeta o *ROE card*⁴⁵. Esta misma diferenciación entre ROE y RUF, como señala Alía Plana⁴⁶, también la emplea la doctrina estadounidense en alusión a las reglas aplicables, bien más allá del territorio nacional de los Estados Unidos de América, de sus aguas territoriales o de su espacio aéreo suprayacente, para las primeras, y la segunda denominación para referirse a las operaciones llevadas a cabo en territorio nacional, ya sea en actuaciones en apoyo de las autoridades civiles como en operaciones de defensa territorial⁴⁷.

Otro de los elementos que aparecen íntimamente ligados al concepto de ROE es la denominada fórmula «RAMP» o por decirlo de otro modo, la regla nemotécnica empleada en la instrucción del combatiente para que actúe siempre de acuerdo con cuatro principios esenciales que en situaciones

⁴¹ *Id.*, p. 247.

⁴² WARREN, M. L. (1996). «Operational Law: A Concept Matures», *Military Law Review*, vol. 152, pp. 33-73, p. 55.

⁴³ SCOTT, R. L. (2007). «Conflict Without Casualties: Non-lethal Casualties in Irregular Warfare (Thesis)», Naval Postgraduate School. Monterrey (USA), pp. X y 2. Véase en el sitio: <http://edocs.nps.edu/npspubs/scholarly/theses/2007/Sep/07Sep_Scott.pdf>. (Consultado el 15 de enero de 2011, 09:17 h.).

⁴⁴ MARTINS, M. S. (1994). «Rules of Engagement for Land Forces: A Matter of Training, not Lawyering», *Military Law Review*, vol. 143, pp. 3-143, p. 22.

⁴⁵ United States Court of Military Appeals (2010). *United States vs. Rogelio M. Maulet*, no. 09-0073/AR, pp. 4, 8 & 9. Véase esto en: <<http://www.armfor.uscourts.gov/opinions/2009SepTerm/09-0073.pdf>>. (Consultado el 15 de enero de 2011, 09:44 h.).

⁴⁶ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 21.

⁴⁷ THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL (2010). *Operational Law Handbook*. International and Operational Law Department. Charlottesville (USA), p. 74. Véase esto en: <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/operational-law-handbook_2010.pdf>. (Consultado el 15 de enero de 2011, 10:09 h.); lo cual, no deja de resultar contradictorio con otro documento oficial que hemos consultado, nada más y nada menos que de aplicación precisamente fuera del «territorio nacional» de los Estados Unidos de América –y que tanta polémica internacional de carácter jurisdiccional suscitó en su momento precisamente por eso, por no considerarse territorio nacional– que es el *Camp Delta Standard Operating Procedure* (SOP) expedido en 2003 por la Autoridad militar para las fuerzas destacadas en la Base de Guantánamo (Cuba) y donde se alude simultáneamente tanto a las ROE como a las RUF. Véase esto en: <<http://www.comw.org/warreport/fulltext/gitmo-sop.pdf>>. (Consultado el 15 de enero de 2011, 11:12 h.).

de riesgo o de abierta hostilidad le lleven a comportarse dentro del margen que imponen las propias Reglas de enfrentamiento o de combate. Estas siglas obedecen a las frases en inglés: *Return fire with aimed fire* («Repele actos hostiles con la fuerza»); *Anticipate attack* («Se el primero en usar la fuerza si percibes indicios manifiestos de ir a ser víctima de un ataque»); *Measure the amount of force* («Haz un uso proporcionado de la fuerza»); *Protect with deadly force only human life* («Utiliza la fuerza letal solo para proteger vidas humanas»)⁴⁸. Lo cual nos lleva, a su vez, a tener en cuenta que las ROE incorporan lo que no son sino algunas de las reglas esenciales del Derecho de los conflictos armados como el derecho a la legítima defensa o los principios de necesidad militar, humanidad, proporcionalidad y de discriminación entre objetivos militares y objetos civiles. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el valor intrínseco de las Reglas de enfrentamiento reside precisamente no en una situación de guerra o de ruptura generalizada de hostilidades, donde de por sí su contenido coincidirá con las normas propias del Derecho de la guerra al existir un mayor grado de permisividad sobre el uso de la fuerza⁴⁹, sino en situaciones de paz o de crisis o, por decirlo en el argot castrense, en «operaciones no bélicas»⁵⁰, donde el uso de la fuerza y el riesgo de causar bajas entre la población civil aumenta de manera considerable. No resulta baladí afirmar, por consiguiente, que así como en las operaciones bélicas el uso de la fuerza se presume, en las operaciones no bélicas, por el contrario, requiere autorización expresa prevista, entre otros, en forma de Reglas de enfrentamiento.

En la medida que sirven al triple propósito jurídico, político y militar de controlar el uso de la fuerza, las Reglas de enfrentamiento (ROE) también aparecen relacionadas frecuentemente con los conceptos de «TOA» y «EOF». El primero, acrónimo derivado del inglés *Transfer of Authority* («Transferencia de autoridad»), se refiere a todas las limitaciones que para el mando y control operativo o táctico de una unidad nacional se imponen por las autoridades del país cedente a las autoridades internacionales (por ejemplo, la ONU), multinacionales (por ejemplo, la OTAN) o nacionales del país líder de la coalición formada a los efectos. En este caso, el mando al que se le ha transferido la autoridad sobre la unidad puede ordenar determinadas misiones, pero siempre dentro de los márgenes establecidos

⁴⁸ MARTINS, M. S. *Op. cit.*, *supra* nota 44, p. 86.

⁴⁹ FINDLAY, T. (2002). *The Use of Force in UN Peace Operations*, Oxford University Press. Oxford (U. K.), p. 369.

⁵⁰ DOI-001. *Doctrina. Empleo de la Fuerza Terrestre* (3.ª edición). *Op. cit.*, *supra* nota 37, p. 10-5.

por el acuerdo TOA,⁵¹ lo que a su vez repercutirá en la formulación de las ROE que resulten de aplicación. El segundo, acrónimo derivado del inglés *Escalation of Force* («escalada de la fuerza» o también a veces «espectro de la batalla» o «continuo de la fuerza») es una herramienta utilizada para calibrar en todo momento los medios a emplear y la intensidad de la fuerza permitida para repeler los actos hostiles o los intentos de acto hostil a que pueda tener que enfrentarse el combatiente en función a su gravedad⁵², lo cual motivará a su vez, cuando exista un incremento del riesgo o peligro –conocido en los centros de mando operacional a través del flujo sistematizado de información o *Battle Rythm*–, a reconsiderar las ROE que resulte necesario poner en práctica. Esto nos lleva también a manejar los conceptos de «disparo de advertencia», de «acto hostil» o de «intento de acto hostil» cuando hablamos de Reglas de enfrentamiento tanto en cuanto sirven para una mejor identificación de las amenazas o de los actos de fuerza o agresión (aspecto militar de la ROE) y la correspondiente respuesta que deba ofrecerse a fin de evitar un incremento en la «escalada de la fuerza» (aspecto político de la ROE) y dentro siempre de los márgenes impuestos por el Derecho (aspecto jurídico de la ROE)⁵³. Esto que decimos obedece más a los dictados de la razón que a cualquier otro argumento científico, puesto que en una situación de guerra o ruptura generalizada de hostilidades las Reglas de enfrentamiento tenderán a una mayor permisividad en cuanto al uso de la fuerza con objeto de conjurar los distintos riesgos y amenazas, mientras que en una situación no bélica resulta mucho más controvertido calcular los peligros y autorizar los medios para evitarlos o minimizarlos y de ahí que estas tengan un carácter mucho más restrictivo⁵⁴. He aquí el principal dilema que se plantea a nivel político y que, desde luego, afectará a las necesidades militares de la operación, ya que si en una situación bélica pudiera discernirse entre combatientes y no combatientes, en una no bélica el único criterio que podría seguirse serían los conceptos de «acto hostil» o de «intento de acto hostil» previstos y definidos comúnmente en

⁵¹ FELIÚ ORTEGA, L. (2009). «Las limitaciones al uso de la fuerza: la transferencia de autoridad (TOA) y las Reglas de enfrentamiento» (ROE). Véase esto en: <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/defensa+y+seguridad/ari30-2009>. (Consultado el 15 de enero de 2011, 11:30 h.).

⁵² DOI-001. *Doctrina. Empleo de la Fuerza Terrestre* (3.ª edición). *Op. cit., supra* nota 37, p. 3-1.

⁵³ STTAFORD, W. A. (2000). «How to Keep Military Personnel from Going to Jail for Doing the Right Thing: Jurisdiction, ROE & the Rules of Deadly Force», *The Army Lawyer*, vol. nov., pp.1-22, p. 20.

⁵⁴ MARTINS, M. S. (2001). «Deadly Force is Authorized, but also Trained», *The Army Lawyer*, vol. sept./oct., pp. 1-16, p. 6.

las ROE⁵⁵. Pero las Reglas de enfrentamiento o de combate no se agotan solo en sus elementos jurídicos, políticos y militares: van mucho más allá. Hablar de las ROE es hablar también de todos los factores que inciden de un modo u otro en la definición y ejecución de la política de seguridad y defensa de una nación, entre otros, el «Factor CNN» como expresión de hasta qué punto el uso de la fuerza está condicionado por la presión de los medios de comunicación en una sociedad democrática y el lógico temor de la clase política a tener que enfrentarse a una opinión pública adversa. Algunos atribuyen a John Shattuck, ex alto cargo de la Administración estadounidense, haber dicho, hace de esto ya algunos años: «Los medios de comunicación nos metieron en Somalia y luego nos volvieron a sacar»⁵⁶.

Llegamos ya, por último, a lo que las Reglas de enfrentamiento no son y es que, por muy detalladas que estas sean, en ningún caso sustituyen la capacidad de juicio y sentido común que, tal y como insisten autores como Grunawalt⁵⁷, PhillipS⁵⁸ o Hoege⁵⁹, debe tener siempre el mando militar que interviene en el proceso de la toma de decisiones a nivel operacional. Del mismo modo, las ROE tampoco pueden sustituir la capacidad de discernimiento de los mandos inferiores a nivel táctico, ya que estas «ni asignan cometidos ni dan instrucciones tácticas»⁶⁰.

I.3. DEL SIGNIFICADO Y USO QUE SE HACE DE LAS PALABRAS

Por paradójico que pueda resultar no es ninguna extravagancia afirmar que la denominación «reglas de entrada en combate», como también se las conoce a veces, es única y, sin embargo, no es la única. En efecto, una ojeada a la terminología utilizada en las distintas obras, publicaciones, artículos doctrinales e, incluso, haciendo un repaso de la legislación española –a juzgar por el lenguaje empleado por nuestro legislador– nos lleva a esta conclusión. Así, junto a la utilización de la que parece ser la denominación

⁵⁵ SOLÍS, G. D. *Op. cit.*, *supra* nota 39, p. 507.

⁵⁶ AL-ALLAF, M. (2001). «US Wars and the CNN Facto». National War College. Washington D. C., p. 9. Véase esto en: <<http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/ndu/cnnfactor.pdf>>. (Consultado el 15 de enero de 2011, 11:54 h.).

⁵⁷ GRUNAWALT, R. J. *Op. cit.*, *supra* nota 40, p. 250.

⁵⁸ PHILLIPS, G. R. (1993). «Rules of Engagement: A Primer», *The Army Lawyer*, vol. jul., pp. 4-27, p. 9.

⁵⁹ HOEGE, H. H. (2002). «ROE... also a Matter of Doctrine», *The Army Lawyer*, vol. jun., pp. 1-12, p. 6.

⁶⁰ EJÉRCITO DE TIERRA (2003). Mando de Adiestramiento y Doctrina, *RE7-013. Glosario de términos militares*. Madrid, p. 181.

más generalizada en nuestra patria, bien la de Reglas de enfrentamiento o bien recurriendo simultáneamente, a modo de neologismo, a su abreviatura en lengua inglesa ROE (del equivalente término *Rules of Engagement*), tal y como ocurre en las ya citadas aportaciones de Doménech Omedas⁶¹; Aparicio Gallego⁶²; García Labajo⁶³; Alía Plana⁶⁴; Iglesias Velasco⁶⁵; Gamarra⁶⁶; Corrales Elizondo⁶⁷; Eymar Alonso⁶⁸; Reyes Fernández⁶⁹; De las Rivas Aramburu⁷⁰; Serrano Barberán⁷¹; Fernández-Tresguerres⁷², o Zarranz Doménech⁷³, nos encontramos con otros autores que emplean denominaciones un tanto dispares, como Rodríguez-Villasante, el cual llega a emplear simultáneamente tanto la de «reglas de compromiso»⁷⁴ como la de «reglas de intervención»⁷⁵; Costas Trascasas, la de «reglas de conducta»⁷⁶, o la, incluso más gráfica, de «reglas de combate» de la que hace uso Olásolo Alonso⁷⁷. En alguno de sus trabajos doctrinales Perruca Albadalejo sigue la denominación convencional de «reglas de enfrentamiento»⁷⁸, si

⁶¹ DOMÉNECH OMEDAS, J. L. *Op. cit.*, *supra* nota 15, p. 442.

⁶² APARICIO GALLEGO, J. *Op. cit.*, *supra* nota 18, pp. 222-3.

⁶³ GARCÍA LABAJO, J. M. *Op. cit.*, *supra* nota 19, p. 155.

⁶⁴ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 11, p. 28.

⁶⁵ IGLESIAS VELASCO, A. J. *Op. cit.*, *supra* nota 24, p. 217.

⁶⁶ GAMARRA, Y. *Op. cit.*, *supra* nota 26, pp. 195-6. En este artículo emplea la denominación Reglas de enfrentamiento seguida del acrónimo «ROA» y no «ROE», pero entendemos que se trata de un error de imprenta.

⁶⁷ CORRALES ELIZONDO, A. *Op. cit.*, *supra* nota 27, pp. 46 y 61.

⁶⁸ EYMAR ALONSO, C. *Op. cit.*, *supra* nota 28, pp. 292 y ss.

⁶⁹ REYES FERNÁNDEZ, M. *Op. cit.*, *supra* nota 29, p. 191.

⁷⁰ DE LAS RIVAS ARAMBURU, I. *Op. cit.*, *supra* nota 32, pp. 57-71, p. 59; y en *op. cit.*, *supra* nota 38, pp. 85 y ss.; También en DE LAS RIVAS ARAMBURU, I. (2008), «Reglas de enfrentamiento (ROE)». Véase esto en el sitio: <<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/militar/reglas-de-enfrentamiento-roe>>. (Consultado el 15 de enero de 2011, 12:23 h.).

⁷¹ SERRANO BARBERÁN, A. *Op. cit.*, *supra* nota 32, pp. 127-145, p. 142.

⁷² FERNÁNDEZ-TRESGUERRES HERNÁNDEZ, J. A. *Op. cit. supra* nota 32, pp. 73-90, pp. 77, 80, 82 y 90; y, de igual modo, en su conferencia «Reglas de enfrentamiento (ROE)» pronunciada en el *XV Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Defensa Social* (pp. 217-224), a cuyo texto se puede acceder en el sitio: <<http://www.defensasociale.org/xvcongreso/ponencias/JoseAntonioFernandezTresguerres.pdf>>. (Consultado el 15 de enero de 2011, 13:04 h.).

⁷³ ZARRANZ DOMENECH, G. *Op. cit.*, *supra* nota 10, pp. 145 y ss.

⁷⁴ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *Op. cit.*, *supra* nota 14, p. 535.

⁷⁵ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *Op. cit.*, *supra* nota 22, p. 342.

⁷⁶ COSTAS TRASCASAS, M. *Op. cit.*, *supra* nota 23, p. 305; si bien el texto de donde extraemos esta denominación lo atribuye la autora mediante entrecomillado a RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO.

⁷⁷ OLÁSULO ALONSO, H. *Op. cit.*, *supra* nota 25, pp. 93, 98 & 119.

⁷⁸ PERRUCA ALBADALEJO, V. (2009). «Derechos humanos y Derecho internacional humanitario (II y III): régimen de los prisioneros, la retención y la detención».

bien maneja también la de «reglas de empeñamiento» como denominación seguida, según afirma y a nosotros nos consta, en algunos países de Hispanoamérica⁷⁹. A nivel de publicaciones oficiales del Ministerio de Defensa la opción parece ser, sin lugar a dudas, utilizar la denominación más generalizada de Reglas de enfrentamiento o recurrir, en su lugar, al neologismo ROE. Así consta tanto en el *Glosario de términos militares*, de uso reglamentario en el Ejército de Tierra⁸⁰, como en el *Manual de Derecho marítimo para comandantes de buques y estados mayores de la Armada*⁸¹. A mayor abundamiento, el legislador español recurre a la denominación «reglas de comportamiento del militar» en el texto de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, con la cual rubrica el artículo 4, y ello sin perjuicio de utilizar la de «reglas de enfrentamiento» en la regla sexta de dicho precepto⁸², lo cual induce a pensar a su vez que pudiera tratarse de conceptos distintos cuando en realidad, a juicio de Eymar Alonso, no lo son, ya que uno lleva incorporado el otro en su seno⁸³. Igual sucede con esta denominación en el texto de las actuales Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, donde el Ejecutivo ha empleado la denominación «reglas de enfrentamiento» en sede de los artículos 42 («Manejo y uso de las armas»), 84 («Uso legítimo de la fuerza») y 94 («Respuesta ante situaciones cambiantes»). En fin, por encontrar hemos encontrado incluso la de «Normas para entablar combate» seguida, según parece, en algunos países de la América hispa-

Artículo disponible en: <<http://noticias.juridicas.com/articulos/70-Derecho%20Militar/200904-02345897013045.html>>. (Consultado el 15 de enero de 2011, 16:01 h.).

⁷⁹ PERRUCA ALBADALEJO, V. (2009). «Régimen Jurídico General de ‘la ocupación’ militar en respeto de la soberanía y los derechos humanos»; *Id.* (2010), «La regulación del espacio aéreo. Su incidencia terrestre en helicópteros». Véanse sendos artículos en: <<http://noticias.juridicas.com/articulos/70-Derecho%20Militar/200911-6566728101872734.html>> y <<http://noticias.juridicas.com/articulos/70-Derecho%20Militar/201012-383605272934.html>>. (Consultado el 15 de enero de 2011, 16:13 h.).

⁸⁰ EJÉRCITO DE TIERRA (2003). *Op. cit.*, *supra* nota 60, p. 181.

⁸¹ ESTADO MAYOR DE LA ARMADA (2005). *D-CP-07. Manual de Derecho marítimo para comandantes de buques y estados mayores*. Madrid, p. 5-11.

⁸² La cursiva es nuestra: «Sexta. En el empleo legítimo de la fuerza, hará un uso gradual y proporcionado de la misma, de acuerdo con las *Reglas de enfrentamiento* establecidas para las operaciones en las que participe.»

⁸³ EYMAR ALONSO, C. *Op. cit.*, *supra* nota 28, p. 301. Cuando el autor comenta el artículo 84 de las vigentes Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas afirma lo siguiente: «Se trata de una copia literal de la regla de comportamiento recogida en el número 6 del artículo 4 de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar. Por primera vez en un texto legal se aludía al concepto de regla de enfrentamiento, ampliamente utilizado en el ámbito operativo militar de los últimos años. Al incorporarse a las Reales Ordenanzas, este concepto, normalmente confinado al ámbito de las Instrucciones militares operativas, pasa a consolidarse y a adquirir un mayor rango teórico».

nohablante⁸⁴. Todo este mosaico de denominaciones nos lleva de suyo a concluir que la denominación «reglas de entrada en combate», a la que aludíamos al principio, no es la única pero, desde luego, sí que aparenta ser única por cuanto que solo es utilizada por el italiano Verri en su monumental *Diccionario de Derecho internacional de los conflictos armados*⁸⁵ y respecto de la cual el único que aquí en España parece haberse percatado, al menos de forma pública y notoria, es Alía Plana⁸⁶.

Como quiera que sea, de añadimos a la denominación más usual, esto es, la de Reglas de enfrentamiento o a su sustituto el neologismo ROE (denominaciones que en aras a resultar concisos emplearemos a lo largo del presente trabajo), estamos ante una denominación trasladada al castellano del término inglés *Rules of Engagement*, de factura aparentemente estadounidense por ser en aquel país donde en principio habría comenzado a ser utilizada si no como concepto propio de la doctrina militar clásica –polémica que abordamos más adelante–⁸⁷ sí, al menos, como denominación para referirse a una institución estrechamente relacionada con las operaciones militares⁸⁸.

Sin embargo, nuestro interés en la cuestión semántica no acaba aquí, ya que juzgamos que es precisamente en ese ámbito donde pudiera encontrarse la explicación a muchos de los enigmas que rodean tradicionalmente esta institución. Veamos el significado que la palabra *engagement* pueda tener en su propio contexto lingüístico y veamos si, por consiguiente, todas las denominaciones citadas anteriormente se ajustan a las normas semánticas del español o si existe, incluso, alguna alternativa posible que se ajuste mejor. Nos dice el diccionario de inglés *Merriam-Webster* que el término *engagement* tiene varios significados, de los cuales, en lo que aquí interesa,

⁸⁴ CIER SAENZ, C. F. (2006). *Rol de las Fuerzas Armadas de los países de la Comunidad Andina frente al terrorismo y al narcotráfico*. Colegio Interamericano de Defensa, Washington D. C., p. 43. Véase esto en: < <http://library.jid.org/en/thesis/Cier.pdf>>. (Consultado el 16 de enero de 2011, 8:08 h.).

⁸⁵ VERRI, P. (2008). *Diccionario de Derecho internacional de los conflictos armados*. Comité Internacional de la Cruz Roja. Buenos Aires, pp. 94-5. Disponible en: <[http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/p0453/\\$File/ICRC_003_0453.PDF](http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/p0453/$File/ICRC_003_0453.PDF)>. (Consultado el 16 de enero de 2011, 11:43 h.).

⁸⁶ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 21.

⁸⁷ No son pocos los autores estadounidenses que, guiados por un entusiasmo patriótico que juzgamos comprensible, parecen situar el nacimiento del concepto de Reglas de enfrentamiento en el contexto de la batalla de Bunker Hill (17 de junio de 1775) durante la guerra de Independencia de los Estados Unidos. En este trabajo de investigación demostramos que eso no es del todo cierto.

⁸⁸ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES HERNÁNDEZ, J. A. *Op. cit.* (XV Congreso..., p. 217), *supra* nota 72: «Pero las ROE se utilizan por primera vez con ese nombre durante la guerra del Vietnam, en los años sesenta.»

destacamos el de «compromiso» (*commitment*) en el sentido de empeñar la palabra ante algo o alguien, así como el de «encuentro hostil» (*hostile encounter*) entre fuerzas militares, es decir, el genuino de «enfrentamiento»⁸⁹. En iguales términos sucede si consultamos el diccionario *The Scribner-Bantam English* donde el verbo *engage* –palabra de la cual se dice derivar del francés *engager*– se equipara también a «comprometerse mediante juramento o contrato» (*to bind by oath or contract*) y a «entrar en conflicto» (*to enter into conflict*)⁹⁰; o en el *Oxford New Essential Dictionary* donde se define a un tiempo como «dar empleo a alguien» (*hire*), «comprometerse mediante promesa» (*to bind by a promise*) y «entrar en batalla» (*come into battle*)⁹¹ o, por último, en el *New Roget's Thesaurus* donde se define tanto como «compromiso» (*commitment*) como «combate» (*combat*)⁹². Esto por lo que se refiere al inglés contemporáneo o de uso cotidiano. Si acudimos a los diccionarios de mayor abolengo histórico comprobamos también cómo esta palabra ni ha perdido su significado original ni ha caído en desuso en esa lengua. En efecto, en el *Webster's Etymological Dictionary* de 1869 se define *en-gage* –de la que también se dice derivar del francés *engager*– tanto como verbo que significa «encontrar» (*to encounter*), en el sentido de «toparse» con algo, como en su forma nominal de «promesa» (*promise*) y, a su vez, *en-gagement* como sinónimo de «batalla» (*battle*), «obligación» (*obligation*) o «promesa» (*promise*)⁹³. Así también en el vetusto *An Universal English Dictionary* de 1763 donde se definía ya por entonces el verbo *engage* como «persuadir» (*perfuade* en inglés arcaico o *persuade* en el uso moderno), como «comprometer la palabra» (*to prefs one's word to* en inglés arcaico o *to press one's word to* en el moderno) y como «encontrar» o «pelear» (*to encounter or fight*) y, a su vez, el sustantivo *engagement* como «obligación» (*obligation*) y como «pelea» (*fight*)⁹⁴. Cabe concluir, por consiguiente, que la lengua inglesa habría adoptado esta palabra de su equivalente francesa *engagement*, la cual sería el resultado de conjugar el prefijo latín *en-* –indica iniciar o emprender una acción– con la palabra de

⁸⁹ Véase esto en: <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/engagement>>. (Consultado el 17 de enero de 2011, 13:26 h.).

⁹⁰ AA. VV. (1979). *The Scribner-Bantam English Dictionary*, Bantam Books, New York, p. 299.

⁹¹ AA. VV. (2008). *The Oxford New Essential Dictionary*. Penguin Books. London, p. 189.

⁹² AA. VV. (1978). *The New Roget's Thesaurus in Dictionary Form.*, Berkley Books. New York, p. 137.

⁹³ MACPHERSON, C. E. (1869). *Webster's Etymological Dictionary*. London, p. 74.

⁹⁴ BAILEY, N. (1742). *An Universal Etymological English Dictionary*. T. Osborne et al. London, p. 303.

origen franco-germánico *gwage* o *waddi* –de ahí se explica la terminación –*gage*–. A mayor abundamiento, en el *Analytical Dictionary of the English Language* de 1835 se nos dice que palabras inglesas como *wed* («contraer matrimonio») o *wedding* («boda») derivan del sajón *wad*, que significa «promesa» (su origen remoto sería *waddi* luego transformado en *gwage* y de ahí habría surgido el actual *pledge* para referirse a una promesa). Estas palabras, según refiere dicho diccionario, habrían dado origen a la palabra *gage* como «señal» o algo que se ofrece «en prenda» y *engagement* serviría para referirse al acuerdo o contrato en sí. Así, durante la Edad Media *gage* se habría hecho extensivo además a otras situaciones como el reto o promesa entre los caballeros a sostener un duelo o combate en el que, según el rito habitual, el acusador arrojaba en desafío un guante al suelo –esto es, la prenda o *gage*– y el acusado lo recogía en prueba de aceptación, transcurrido lo cual el vencido debía cumplir la pena o sanción acordada. De ahí también el origen de la expresión inglesa *to wage war* («hacer la guerra») que tendría su origen en la promesa –*wage* o *gage* según se adopte la «w» germánica sustituida luego por la «g» francesa– de tomar parte en el botín que se les hacía a quienes voluntariamente participaban en la batalla⁹⁵.

En lengua francesa, donde, por cierto, las Reglas de enfrentamiento se denominan usualmente también *règles d'engagement*⁹⁶, ocurre otro tanto de lo mismo. Según el *Dictionnaire de l'Académie Française*, la palabra *engagement* sirve para designar, entre otros, tanto el alistamiento voluntario de un soldado y la suma que recibe por hacerlo (*enrôlement volontaire d'un soldat; et même de l'argent qu'il reçoit en s'enrôlant*) como un combate entre dos bandos o ejércitos (*un combat qui a lieu entre des corps détachés*)⁹⁷. Por seguir citando países de nuestro mismo entorno cultural, podemos traer a colación el caso de Italia, donde las Reglas de enfrentamiento son las «*Regole di Ingaggio-(R.O.E.)*»⁹⁸ y donde, al igual que sucede con los diccionarios de lengua inglesa o francesa, también se le atribuye a la palabra *ingaggiare* origen francés y es utilizada como sinó-

⁹⁵ BOOTH, D. (1835). *An Analytical Dictionary of the English Language*. James Cochran & Co. London, p. 12.

⁹⁶ MARTINEAU, F. (2004). «Les règles d'engagement en 10 questions, Doctrine, *Revue Militaire Générale*, n.º 4, sept., 2004, París, pp. 18-20, p. 18. Existe una versión electrónica también en la página oficial del Centre de Doctrine d'Emploi des Forces: <http://www.cdef.terre.defense.gouv.fr/publications/doctrine/doctrine04/version_fr/doctrine/art6.pdf>. (Consultado el 18 de enero de 2011, 09:13 h.).

⁹⁷ INSTITUTE DE FRANCE (1835). *Dictionnaire de l'Académie Française*, vol. 1. Firmin Didot Frères, París, p. 643.

⁹⁸ Puede comprobarse esto en el sitio: <http://www.difesa.it/operazioni+militari/operazioni-internazionali_conclude/sudan-unmis-opsnilo/comandocontrollorecoleingaggio.htm>. (Consultado el 18 de enero de 2011, 12:04 h.).

nimo de asumir una obligación (*assumere l'obbligo*), persuadir a alguien para que se haga soldado a cambio de un precio o recompensa (*impegnare alcuno con prezzo a farsi soldato*) o entablar combate o batalla (*ingaggiar la guerra o bataglia*)⁹⁹. En Portugal la denominación utilizada es la de *regras de empenhamento*¹⁰⁰, la cual deriva a su vez del verbo *empenhar*, que en lengua vernácula significa «comprometer». A su vez, si hacemos una lectura comparada, los términos portugueses *empenhar* o *empenhamento* quedan definidos en lengua inglesa como sinónimos de los ya consabidos *engage* o *engagement*¹⁰¹.

Llegamos así a las pautas de la semántica castellana. Si acudimos a la palabra que más se asemeja fonéticamente al inglés *engage* (cuya correcta pronunciación sería algo así como «en-gueich»), esto es, a nuestra palabra homónima *enganche* o *enganchar* comprobamos, en efecto, que el *Diccionario de la Real Academia Española* define el verbo «enganchar» como, entre otros, «prender algo con un gancho o colgarlo de él»; «contratar trabajadores»; «atrapar algo o a alguien que se mueve, huye u opone resistencia» o «atraer a alguien a que siente plaza de soldado, ofreciéndole dinero». En cuanto a la palabra «enganchamiento», esta se recoge expresamente en dicho diccionario, es decir, sí que está en uso, pero su definición es deferida a la de la palabra «enganche» y esta, a su vez, queda definida como acción o efecto de «enganchar» y se relaciona o vincula igualmente con la expresión «banderín de enganche», la cual se define como «oficina destinada a la inscripción de voluntarios para el servicio militar»¹⁰². En resumen, las palabras «enganche» o «enganchamiento» tienen en castellano una acepción semejante a como la tienen en lengua inglesa, francesa, italiana o portuguesa y, por lo tanto, la denominación «Reglas de enfrentamiento» podría ser sustituida válidamente por la de «reglas de enganchamiento» pues entendemos que es la que más se ajusta a la riqueza lexicográfica de nuestra lengua. Si lo anterior no resulta lo suficientemente esclarecedor, basta corroborar esto, a su vez, acudiendo al *Sobrino aumentad, o Nuevo diccionario de las lenguas española, francesa y latina*, de 1769, donde se define «enganchamiento» como la acción por la cual «uno

⁹⁹ Puede comprobarse esto en el sitio: <<http://www.etimo.it/?cmd=id&id=8995&md=427bdd6af0946fbc41984d6b1c6e58fe>>. (Consultado el 18 de enero de 2011, 12:20 h.).

¹⁰⁰ Véase en el sitio oficial de la *Revista Militar* portuguesa: <<http://www.revistamilitar.pt/modules/articles/article.php?id=135>>. (Consultado el 20 de enero de 2011, 12:07 h.).

¹⁰¹ VIEYRA, A. (1813). *Dictionary of the Portuguese and English Languages*. Bryer H. Print. Londres, vol. 1, p. 262.

¹⁰² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Puede consultarse la actual edición en el sitio: <http://buscon.rae.es/drae1/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=enganchamiento>. (Consultado el 20 de enero de 2011, 16:24 h.).

contrata a alguien para servir con las tropas» y «enganchador» como aquel que «compromete a otros a servir con las tropas»¹⁰³, o al *Dictionary of the Spanish and English Languages*, de 1854, donde se define «enganchador» como «aquel que se sirve de artimañas para hacer que otro se comprometa a prestar servicio militar» y «enganchamiento» o «enganche» como el acto de «embaucar o servirse de artimañas para que otro se comprometa a servir en filas»¹⁰⁴.

Por todo lo que llevamos expuesto, podemos concluir que el castellano no solo no desconoce las palabras «enganche» o «enganchamiento», sino que, además, tienen su sitio en el lenguaje militar español al entroncar con nuestra mejor tradición castrense en el sentido de hacer referencia tanto al «compromiso»¹⁰⁵ o acuerdo del militar con las Fuerzas Armadas —o lo que es igual, a su «enganche», según el vocabulario castrense tradicional¹⁰⁶— como en el sentido de la expresión «engancharse» en una pelea, enfrentamiento o combate¹⁰⁷. A mayor abundamiento, en los países de la América hispánica sendas acepciones parecen tener plena vigencia, como es el caso, por citar solo algunos ejemplos, del Uruguay o de México¹⁰⁸, si bien es

¹⁰³ CORMON, F. (1769). *Sobrino aumentado, o nuevo diccionario de las lenguas española, francesa y latina*, vol. I. Imp. Hnos. Tournes. Amberes, p. 521.

¹⁰⁴ SEOANE, M. (1854). *Dictionary of the Spanish and English Languages*, vol. I. Clowes & Sons. Londres, p. 363.

¹⁰⁵ De hecho, no es ajeno a cuanto decimos que en la legislación española se denomine «compromiso» al contrato que fundamenta la relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas de la tropa y marinería, de los militares de complemento y de los reservistas voluntarios por disposición de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, y de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar.

¹⁰⁶ ANDÚJAR CASTILLO, F. (2003). «La privatización del reclutamiento en el siglo XVIII: el sistema de asientos», *Stvdia Historica. Historia Moderna*. Ediciones de la Universidad de Salamanca, núm. 25, pp. 123-147, pp. 124, 137, 138 y 139. El término «enganche» como sinónimo del vínculo entre las tropas y su caudillo o jefe tendría su razón de ser en los «provechos y honras» que este les prometía a cambio de servir con él. Véase esto en MARCHENA FERNÁNDEZ, J. y ROMERO CABOT, R. (1984), «El origen de la hueste y de la institución militar indiana en la guerra de Granada», obra disponible en: <<http://dspace.unia.es/bitstream/10334/303/1/04JIITI.pdf>>. (Consultado el 19 de enero de 2010, 10:03 h.).

¹⁰⁷ Consúltese en prueba de esto el interesante documento «Ejercicio específico planeamiento Balboa» obrante en el sitio: <http://images.indymedia.org/imc/canarias/pdf/Operacion_Balboa.pdf>, donde se emplea el término «reglas de enganche». (Consultado el 19 de enero de 2011, 12:46 h.).

¹⁰⁸ Véase esto, a título de ejemplo, en el documento «Terminología conjunta» obrante en el sitio oficial de la Armada Nacional del Uruguay: <<http://www.armada.mil.uy/Diper/ESGUE/ModuloConjuntoEM/pdf/Semana1/Documentos%20de%20Doctrina%20Conjunta/02%20-%20Diccionario%20Conjunto/D>> (pp. 2 & 20) (consultado el 20 de enero de 2011, 18:34 h.) o en la Ordenanza General de la Armada de México, obrante en el sitio: <http://docs.mexico.justia.com/federales/ordenanza/ordenanza_general_de_la_armada.pdf> (pp. 12 y 13). (Consultado el 20 de enero de 2011, 18:45 h.).

cierto que en Colombia la denominación oficial de estas reglas parece ser también la de «reglas de encuentro»¹⁰⁹ y en Argentina o Chile la de «reglas de empeñamiento»¹¹⁰.

Por consiguiente, la denominación «reglas de enganchamiento» que proponemos, una más de entre todas las posibles, desde luego, no solo se encuentra fundamentada en la tradición castrense española, sino que incluye, además, esa doble y paradójica acepción que el término inglés *engagement* tiene en el sentido de compromiso como sinónimo de acuerdo profesional y en el sentido de combate o enfrentamiento como actividad hostil, curiosa polisemia de la que también se percata Alía Plana¹¹¹. Empero, a fin de no introducir una denominación alternativa que no haría sino provocar todavía más confusión de la que ya existe, respetaremos el criterio ya consolidado de utilizar la convencional de Reglas de enfrentamiento o el neologismo ROE.

I.4. SOBRE EL PRETENDIDO ORIGEN HISTÓRICO DE LAS ROE

Suele ser comúnmente aceptado por la doctrina –sobre todo por la estadounidense– recurrir a la batalla de Bunker Hill de 1775, librada durante el curso de la guerra de Independencia de los Estados Unidos de América, como referente para situar un posible origen histórico de esta institución. En concreto, los distintos autores se refieren a la orden impartida por el general rebelde W. Prescott a sus tropas sobre el momento en que debían abrir fuego contra las británicas: «Que ninguno de ustedes dispare hasta que vean el blanco de sus ojos»¹¹². Esta afirmación en torno a las ROE podría haber comenzado a barajarse en 1993 a través del canadiense Phillips¹¹³ en un artículo suyo sobre las ROE escrito para la revista *The Army Lawyer* –gaceta de doctrina jurídica del Ejército de los Estados Unidos–. Sin embargo, como él mismo se encarga de matizar a continuación en escueta nota a pie

¹⁰⁹ Véase esto en el sitio oficial del Ejército Nacional de Colombia: <<http://www.ejercito.mil.co/?idcategoria=211740>>. (Consultado el 20 de enero de 2011, 19:04 h.).

¹¹⁰ Véase esto en el sitio: <<http://www.centronaval.org.ar/boletin/bcn/BCN817/817fortini.pdf>>. (Consultado el 20 de enero de 2011, 19:32 h.).

¹¹¹ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 21.

¹¹² «Don't shoot until you see the whites of their eyes...!». Si bien algunos atribuyen haberla dicho también al general Israel Putnam en idéntica ocasión histórica. Véase en la nota 114 la aclaración de lo que, probablemente, fue una simple repetición a sus soldados por parte del general W. Prescott de la orden recibida por su superior el general Israel Putnam y no precisamente por razones tácticas, sino logísticas.

¹¹³ PHILLIPS, G. R. (1993). *Op. cit.*, *supra* nota 58, p. 5.

de página¹¹⁴, existen dudas incluso en torno a si fue el general Prescott o su compatriota el general Israel Putnam quien la impartió en aquella ocasión histórica. A mayor abundamiento, el autor citado parece atribuir también una orden semejante tanto al príncipe Carlos de Prusia en 1745, con ocasión de enfrentarse a las tropas austriacas en Jägendorf (actual Krnov, en territorio de la República Checa) y, de nuevo, a Federico el Grande en Praga en 1757. Otros autores, seguidos quizás por cuanto recoge este artículo a partir de la leyenda histórica, parecen remitir a esa orden, impartida en el curso de la batalla de Bunker Hill, como fenómeno primigenio de ROE, tal es el caso de Martins¹¹⁵ en su extenso y detallado artículo, pero lo hace sin abundar y remitiéndose a lo ya dicho por Phillips. Igual hacen Corn y Jensen¹¹⁶, los cuales la citan incluso como ejemplo de ROE utilizada para aprovechar al máximo la potencia de fuego contra el enemigo. La frase parece haber hecho tradición y, como todo hecho de armas memorable, suele aparecer citada en aquel país como ejemplo de valor y disciplina en el combate. Así ocurre, por poner un ejemplo, con el manual de instrucción básica distribuido entre las clases de tropa del Ejército, el denominado *The Soldier's Guide*, donde se recurre a esta frase célebre acompañada de una atractiva ilustración¹¹⁷. Sin embargo, no todo es pacífico en la doctrina estadounidense. Autores como Solís ni siquiera consideran que la alocución de Bunker Hill merezca recibir tal calificación¹¹⁸ y, en su lugar, cita como precedentes válidos las ROE que desde la guerra de Corea venían obser-

¹¹⁴ El autor remite a un diccionario de frases y citas célebres como toda fuente histórica. Una breve ojeada a la vida y obra del general Israel «Old Put» Putnam revela que fue él y no el general Prescott quien acuñó esa frase y que, además, lo hizo con el propósito de ahorrar pólvora, ya que esta parecía escasear en las filas rebeldes. Véase cuanto afirmamos en CANNING HILL, G. (1903), *The Life of Israel Putnam*, A. L. Burt Co., Nueva York, p. 145: «Putnam told the men, as he passed hastily along the lines, dusty and perspiring, not to waste their fire, for powder was very scarce. 'Wait', said he, 'till you see the whites of their eyes, and then take aim at their waistbands!' Fire low, and pick off the commanders, with the handsome coats.»

¹¹⁵ MARTINS, M. S. *Op. cit.*, *supra* nota 44, p. 34.

¹¹⁶ CORN, G. S. & JENSEN, E. T. (2008). «Untying the Gordian knot: A Proposal for Determining Applicability of the Laws of War to the War on Terror», *Temple Law Review*, vol. 81, no. 3, pp. 787-830, p. 804.

¹¹⁷ US ARMY (2003). *Field Manual 7-21.13, The Soldier's Guide*. Department of the Army. Washington D. C., p. 2-4. Por cierto, el manual guarda silencio sobre la autoría de la frase. La cita parece haber saltado al país vecino, el manual oficial de instrucción de las Fuerzas Armadas canadienses denominado *Code of Conduct for the Canadian Forces Personnel* (editado por el departamento del Judge Advocate General) también recurre en esa misma cita como ejemplo histórico de ROE «simple pero efectiva». Véase esto en el siguiente enlace (p. 1-3): <<http://www.forces.gc.ca/jag/publications/Training-formation/CFCC-CCFC-eng.pdf>>. (Consultado el 21 de enero de 2011, 09:56 h.).

¹¹⁸ SOLÍS, G. D. *Op. cit.*, *supra* nota 39, p. 490.

vándose por las fuerzas aéreas o con posterioridad por las fuerzas terrestres en la guerra del Vietnam. Pero en lo que este autor resulta concluyente es en citar como precedente de lo que en la actualidad entendemos como tal, las «reglas» (*rules*) –así las denomina él– impartidas por el almirante Thomas B. Hayward en 1981 sobre las directrices a seguir por los comandantes navales ante el «primer golpe» o *first-strike* que pudiese proceder de los buques de la Armada soviética. Otros autores como su compatriota Hayes¹¹⁹ abordan la cuestión desde lo que precisamente –en nuestra opinión y así queda expuesto más adelante– es la perspectiva correcta, a saber: desde lo que realmente son las ROE *per se* más allá de su significación jurídica, política o militar, esto es, desde la científica (pero de esto hablamos más adelante). Para Hayes, los precedentes históricos, al menos por lo que se refiere a la Armada estadounidense, habría que buscarlos en las ya citadas «reglas» del almirante Thomas B. Hayward establecidas en 1981 y que en 1986 fueron adoptadas con carácter uniforme para todas las fuerzas armadas de los Estados Unidos¹²⁰ por el órgano Joint Chiefs of Staff o lo que es igual, por la Junta de Jefes de Estado Mayor de aquel país.

Nos inclinamos a pensar que Solís y Hayes están en lo cierto y que situar el origen histórico de las ROE en el testimonio anecdótico de lo que no deja de ser una orden táctica impartida en el curso de un combate es tanto como confundir uno de los aspectos esenciales de estas, el de constituir de hecho una orden para el militar que la recibe, con lo que resultan ser *per se* desde la perspectiva científica, esto es, un sistema formalizado de impartir instrucciones políticas sobre el uso de la fuerza a la cadena de mando militar. A mayor abundamiento de cuanto decimos basta señalar que el tratadista estadounidense Winthrop, mentado por la Corte Suprema de los Estados Unidos como el «Blackstone» del Derecho militar en aquel país¹²¹, ni siquiera menciona institución semejante a las ROE en su monumental obra *Military Law and Precedents*, aparecida en 1896¹²², si bien sí llega a mencionar las «órdenes generales» (*General Orders*) como una de las fuentes del Derecho militar. Un ejemplo de estas sería la *General Order 100*, por la que en 1863 se aprobó el *Código Lieber* relativo a la

¹¹⁹ HAYES, B. C. (1989). *Naval Rules of Engagement: Management Tools for Crisis*. The Rand Corporation. Santa Mónica (USA).

¹²⁰ *Id.*, p. 4.

¹²¹ En referencia al célebre tratadista inglés del siglo XVIII, tal y como consta en UNITED STATES SUPREME COURT (2006), *Hamdan vs. Rumsfeld*. La alusión en: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf>>. (Consultado el 21 de enero de 2011, 22:34 h.).

¹²² WINTHROP, W. (1896). *Military Law and Precedents* (edición en facsimil de 2000). Beard Books. Washington D. C.

conducta que debía observarse por las tropas estadounidenses en campaña. Sin embargo, esto en nada cambia nuestra anterior afirmación, puesto que estaríamos ante una orden de carácter permanente por la que se instituía un primigenio Derecho de la guerra codificado, es decir, limitativo en cuanto al uso de la fuerza en combate por razones humanitarias, pero no ante limitaciones o autorizaciones basadas en el interés estratégico de la autoridad política, cual es el caso de las ROE. Tampoco el estadounidense Kastenberg, hagiógrafo de Winthrop, alude a este como autor que se haya ocupado de las ROE en su calidad de institución jurídica o, al menos, en su faceta jurídico-castrense¹²³. Esto es así —añadimos nosotros— porque dicha institución tal y como la conocemos hoy en día era desconocida para el Derecho militar de la época. Ello sin perjuicio de que, como refiere el mismo Hayes: «[tradicionalmente] desde que los marinos de guerra se han hecho a la mar han recibido instrucciones de sus superiores políticos. Les ha sido dicho dónde ir, cuándo ir y qué hacer una vez llegaran allí. Antes que las comunicaciones inalámbricas fuesen una realidad, los líderes políticos que concedían amplios poderes a los comandantes navales estaban jugándose a los dados»¹²⁴.

Por lo que se refiere a la doctrina española, los escasos autores que han dedicado atención a este aspecto histórico de las ROE no parecen coincidir. Alía Plana, en otro de sus documentados trabajos¹²⁵, se remonta también a la batalla de Bunker Hill y a los ya citados ejemplos de Carlos de Prusia y de Federico el Grande; juzgamos que, a su vez, por haber acudido a fuentes norteamericanas —en concreto al trabajo de Phillips—, si bien añade otros ejemplos históricos anteriores y posteriores a la célebre batalla mediante remisiones en forma de nota a pie de página. De hecho, este autor llega a afirmar que «podemos remontarnos en las citas sobre instrucciones relativas al combate tanto como queramos»¹²⁶. De las Rivas Aramburu, en una de sus aportaciones ya mencionadas¹²⁷, maneja varias hipótesis pero todas ellas relativamente recientes, como la guerra de Corea o las instrucciones impartidas a la Armada estadounidense en tiempos de la Guerra Fría. Fernández-Tresguerres apunta también como posible precedente a la

¹²³ KASTENBERG, J.E. (2009). *The Blackstone of Military Law: Colonel William Winthrop*. The Scarecrow Press. Lanham (USA).

¹²⁴ HAYES, B.C. *Op. cit., supra* nota 119, p. 1.

¹²⁵ ALÍA PLANA, M. *Op. cit., supra* nota 21. Por ejemplo, en: <<http://www.monografias.com/trabajos71/reglas-enfrentamiento-roe/reglas-enfrentamiento-roe2.shtml>>. (Consultado el 22 de enero de 2011, 09:46 h.).

¹²⁶ *Id.* (En el apartado: «1.2 De Bunker Hill al primer código-ROE del almirante Thomas Hayward»).

¹²⁷ DE LAS RIVAS ARAMBURU, I. *Op. cit., supra* nota 38, pp. 86-7.

guerra de Corea y, en concreto, añade a esto que «... las ROE se utilizan por primera vez con ese nombre durante la guerra del Vietnam, en los años sesenta»¹²⁸.

En el resto de Europa, autores como el italiano Pierini se refieren también como precedente histórico de las ROE a las instrucciones impartidas a los comandantes navales en tiempos de la Guerra Fría, si bien remite al norteamericano Phillips y al precedente que, a su vez, aparece en el trabajo de este relativo a las instrucciones impartidas a los comandantes de la Armada británica que se encontraban operando en el mar Báltico en tiempos de la Primera Guerra Mundial¹²⁹.

Nosotros no vamos a entrar en polémica, pero sí vamos a aportar algunos datos que consideramos de interés en aras a situar las ROE tanto en su contexto histórico como científico-sistemático. En primer lugar, ya hemos dicho con anterioridad que las ROE encierran en su interior un aspecto esencialmente militar, es decir, constituyen órdenes cuyo contenido consiste en restricciones o autorizaciones relativas al eventual uso de la fuerza, emanadas de la autoridad política y dirigidas a cuantos deban hacer uso de esta en cumplimiento de la misión encomendada. Lo anterior desmonta la validez del precedente de Bunker Hill, ya que nos permite argumentar, en aras a hallar un posible origen histórico de esta institución, que si para un estadounidense pudiera ser un referente válido –lo cual es lógico para un país relativamente joven y pujante–, para un español podría serlo, en su lugar, la orden impartida por el rey Alfonso XI a su hueste en 1340 con ocasión de la batalla del Salado para que ninguno se parase «al despojo, mas que friesen en los moros hasta que lo echasen del campo»¹³⁰. También podría un español traer aquí a colación las capitulaciones que otorgaba la Corona a quienes partían hacia la conquista de América, donde de ordinario se incluían unas instrucciones dictadas por el Consejo de Indias sobre «los pormenores referentes a la navegación, al comportamiento de los conquistadores y, lo más importante, regulaban las atribuciones de mando del jefe de la expedición.», las cuales, además, «representaban, en los casos de

¹²⁸ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES HERNÁNDEZ, J. A. *Op. cit.* (*XV Congreso...*, p. 217), *supra* nota 72.

¹²⁹ PIERINI, J. P. (2007). «Rules of Engagement, Status of Forces agreements and Criminal Law: different approaches as to the legal base of the use of force in military operations and conflicts of jurisdiction in respect of foreign friendly fire», pp. 123-161, p. 127. Ponencia defendida en el *XV Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Defensa Social*, a cuyo texto se puede acceder en: <<http://www.defensasociale.org/xvcongreso/ponencias/JeanPaulPierini.pdf>>. (Consultado el 24 de enero, 19:32 h.).

¹³⁰ SEGURA GONZÁLEZ, W. (2009). *La Batalla del Salado (año 1340)*. Al Qantir, Monografías y Documentos sobre la Historia de Tarifa, pp. 1-32, p. 22.

anomalía, un documento de gran valor para legalizarlas o para desautorizar las expediciones»¹³¹. Ahora bien: ¿Nos aclaran estos datos históricos el origen de las ROE? Juzgamos que no; de creer lo contrario, seguiríamos incurriendo en el mismo error de confundir lo que es una orden o instrucción como elemento fundamental de la organización militar con lo que son las ROE como sistema o procedimiento empleado para controlar el uso de la fuerza en situaciones de crisis, procedimiento que presenta una simbiosis entre el Derecho, la estrategia política y los aspectos operacionales y tácticos de la ciencia militar pero que, dejando a salvo siempre esa triple expresión jurídica, política y militar de las ROE, no deja de ser más que eso, a saber: una forma sistematizada de controlar el uso de la fuerza ante una situación de crisis o de combate. Volvemos así al autor que creemos mejor enlaza el hecho histórico con la realidad científico-sistemática de la institución, es decir, al estadounidense Hayes y su artículo «Naval Rules of Engagement: Management Tools for Crisis»¹³². Este autor, de entrada ya en el título de su trabajo, nos ofrece una clave que juzgamos interesante: *Management Tools for Crisis* o lo que es lo mismo, «herramientas para la gestión de crisis». Esto nos alerta de que no estamos en realidad ante una institución de creación jurídica, sino ante, por así decirlo y si se nos permite la expresión, una «hidra con tres cabezas» pero que en el fondo no deja de ser más que eso, una «hidra» o una «correa» que diría su compatriota Solís, una herramienta en definitiva. En efecto, ya en el preámbulo de su obra Hayes hace una afirmación que juzgamos fundamental: «A pesar que las reglas de enfrentamiento han estado presentes, de una u otra forma, desde que los gobernantes enviaban hombres a la batalla, solo hasta tiempos muy recientes han recibido la atención que merecen.» Hayes afirma, de hecho, que la implantación del primer «sistema» estándar de reglas navales de enfrentamiento tuvo lugar en su país en 1981, a raíz de una propuesta formulada por el jefe de operaciones navales de la Armada estadounidense en 1979¹³³. Al parecer, según Moran¹³⁴ y el ya citado Phillips¹³⁵, el uso de este tipo de reglas o protocolos venía siguiéndose por la Armada británica con ocasión del despliegue en 1918 de una flotilla en el mar Báltico, com-

¹³¹ Ambas afirmaciones en REDONDO DÍAZ, F. (1985). «La organización de la ‘compañía’ indiana de Hernán Cortés», revista *Quinto Centenario*, vol. 9, pp. 87-105, p. 103.

¹³² HAYES, B. C. *Op. cit.*, *supra* nota 119.

¹³³ HAYES, B. C. *Op. cit.*, *supra* nota 119, p. 4.

¹³⁴ MORAN, D. (2009). «The Baltic Patrol: From Counter-Revolution to National Liberation», *Baltic Security & Defence Review*, vol. 11, issue 2, pp. 81-91, p. 84.

¹³⁵ PHILLIPS, G. R. *Op. cit.*, *supra* nota 58, p. 5; pero esta afirmación la fundamenta el autor remitiendo en nota a pie de página a la obra de O’CONNEL, D. P. (1975), *The Influence of Law on Sea Power*. Naval Institute Press. Annapolis (USA).

prendiendo estas reglas las instrucciones relativas a la conducta que debían observar los comandantes en presencia de buques de la Armada bolchevique. Sin embargo, es en tiempos de la Guerra Fría cuando adquieren su verdadero valor como sistema para controlar y gestionar el uso de la fuerza. Ello fue debido al temor de las autoridades de los Estados Unidos a que un incidente entre sus buques de guerra y los de la antigua Unión Soviética pudiese acabar en conflagración nuclear. La prueba de cuanto acabamos de decir nos la aporta Hayes al establecer que las ROE permiten, de un lado, deslindar la acción militar propiamente dicha de los objetivos políticos a los que está subordinada y, de otro, sirven también para deslindar los distintos grados de mando (dentro de la organización militar) mediante la concesión de autorizaciones específicas sobre el uso de la fuerza a nivel de la cadena de mando, aliviando así las tensiones que puedan producirse entre los líderes políticos y los líderes militares o entre estos últimos¹³⁶. Lo anterior nos lleva a concluir, por consiguiente, que el origen histórico de las ROE no ha de buscarse ni en el campo del Derecho histórico, ni en las crónicas de la ciencia política, ni en los libros de historia militar, sino que este pudiera hallarse en un campo de la ciencia, relativamente moderno, llamado «investigación operativa» («*Operational Research*» para los británicos; «*Operations Research*» para los estadounidenses; «*Pesquisa Operacional*» para los portugueses; «*Recherche Opérationnel*» para los franceses o «*Ricerca Operativa*» para los italianos). En efecto, hoy en día existen en España numerosas facultades universitarias dedicadas al campo de la Estadística y de la Investigación Operativa, disciplinas que a menudo aparecen hermanadas y cuyo contenido académico, por el mero hecho de formar parte de los planes de estudio de la Universidad española, asumimos como un hecho. Si se estudia en nuestras universidades –sería nuestro razonamiento– es porque tiene un contenido y una sustancia propia. Sin embargo, apenas nos detenemos a indagar en torno a ese contenido, quizás esto sea por nuestra formación humanista y no científica. De hecho, la investigación operativa está presente entre nosotros mucho más de lo que nos imaginamos, está en nuestra vida diaria, en la gestión y organización no solo de las Fuerzas Armadas y de las operaciones militares, sino en otros ámbitos mucho más exóticos, como la gestión empresarial, la logística y distribución comercial, los estudios de *marketing* o de sociología, la medicina o, incluso, las ciencias visuales. Existe dentro de nuestro Ministerio de Defensa un organismo –el Centro de Investigación Operativa de la Defensa, dependiente de la Secretaría General Técnica– en el que uno de

¹³⁶ HAYES, B. C. *Op. cit.*, *supra* nota 119, «Summary», p. V.

sus cometidos es precisamente servir como órgano de trabajo en la planificación y dirección de las actuaciones en materia de estadística e investigación operativa de interés para la defensa¹³⁷. Existe también un reglamento propio del Servicio de Investigación Operativa del Ministerio de Defensa y un diploma específico en Investigación Operativa¹³⁸. Sin embargo, a simple vista se nos escapa un detalle que juzgamos interesante: la investigación operativa u *Operational Research* es una ciencia nacida al albur de la II Guerra Mundial y de la mano de científicos civiles empleados por el War Office del Reino Unido. Su objeto no era otro que contribuir al éxito del esfuerzo bélico mediante el análisis sistemático de las operaciones militares. La finalidad no era otra que encontrar, entre otros, los métodos y los sistemas idóneos para la organización de los ejércitos, la planificación de las operaciones o el apoyo administrativo y logístico mediante la racionalización de los procesos de toma de decisión. Probablemente fuera cualquiera de estos equipos de investigación el que idease una forma escrita y sistematizada de impartir órdenes y directrices en el ámbito de la función de mando y control, lo que conocemos como sistema ROE; probablemente esto ocurrió en tiempos de la Guerra Fría. En cualquier caso, toda discusión adicional ha de resultar superflua tanto porque las ROE han acabado por convertirse en patrimonio común de la mayoría de los operadores militares contemporáneos como porque abordar esa cuestión en detalle nos alejaría demasiado del curso principal de nuestra investigación.

II. LAS ROE Y EL DERECHO MILITAR OPERATIVO

II.1. EL DERECHO MILITAR OPERATIVO

Si existe una parcela del Derecho que constituye, por así decirlo, la sede natural de los aspectos jurídicos inherentes a toda operación militar y, por consiguiente, de las ROE como una de las instituciones que mayor incidencia tiene en ese ámbito esa es, sin lugar a dudas, el Derecho militar operativo. En torno al concepto de esta novedosa y –en apariencia– rama del Derecho ya hemos hablado con anterioridad. Aquí, en España, hay va-

¹³⁷ Art. 8.2.d del Real Decreto 1287/2010, de 15 de octubre, «por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa» (BOE núm. 257, 11 de diciembre de 2010).

¹³⁸ Orden DEF/3399/2009, de 10 de diciembre, «por la que se aprueba el Reglamento del Servicio de Investigación Operativa del Ministerio de Defensa» (BOE núm. 304, 18 de diciembre de 2009).

rios autores que ya se han ocupado de abordar su estudio desde diversas perspectivas. Aportaciones como las de De las Rivas Aramburu¹³⁹, Serrano Barberán¹⁴⁰ o Eymar Alonso¹⁴¹, por citar solo unos pocos, constituyen obligado punto de partida para todos aquellos que por una u otra razón entren en contacto con esta disciplina jurídica. También hemos dicho ya que la primera aproximación al concepto aparece recogida a título de palabras preliminares en el manual *Lecciones de Derecho Operativo*, editado por el Ministerio de Defensa en 2001¹⁴². Ahora bien, un trabajo de investigación como el presente, cuyo objeto precisamente son las ROE, quedaría incompleto si no formulásemos algunas reflexiones en torno a lo que ya entre nosotros se conoce consolidadamente como Derecho militar operativo y su relación con estas.

El primer interrogante que desde luego a simple vista cabe formular es el siguiente: ¿Por qué Derecho operativo y no Derecho operacional? La pregunta no es desde luego ociosa por cuanto que juzgamos que detrás de un nombre se esconden frecuentemente las claves necesarias para entender su sentido conceptual. Si la cuestión lingüística, tal y como vimos, afecta de hecho al vocablo ROE, otro tanto podríamos señalar de la denominación «derecho militar operativo». De entrada, estamos con Eymar Alonso en que debemos aceptar esta denominación por la extensión de su uso cotidiano¹⁴³. Tal y como decíamos que sucede con el concepto de Investigación Militar Operativa, el cual por el hecho de figurar como disciplina científica en los planes de estudio de la Universidad española solemos dar como algo asumido; otro tanto ocurre aquí con la denominación «derecho militar operativo», la cual por haberse hecho ya tan usual damos como por supuesta. Ello no obstante, veamos por qué sería admisible, siquiera sea en términos estrictamente dialécticos, mantener que el uso de la denominación «derecho operacional militar» es la que mejor se ajusta a las normas de la lingüística española y a la práctica comparada. En efecto, tal y como señala Eymar Alonso, en el *Diccionario de la Real Academia Española* el término «operacional» se define como «relativo a las operaciones matemáticas, militares o comerciales» y en una segunda acepción como «las operaciones militares que están en condiciones de operar». Por el contrario, «operativo» se entiende en un sentido más amplio como «lo que obra o

¹³⁹ DE LAS RIVAS ARAMBURU, I. *Op. cit. supra* nota 32, pp. 57-71.

¹⁴⁰ SERRANO BARBERÁN, A. *Op. cit. supra* nota 32, pp. 127-145.

¹⁴¹ EYMAR ALONSO, C. *Op. cit., supra* nota 28, pp. 287-320.

¹⁴² AA. VV. *Op. cit., supra* nota 12.

¹⁴³ EYMAR ALONSO, C. *Op. cit., supra* nota 28, p. 290.

hace efecto». Ocurre, sí, que en los textos legislativos o reglamentarios españoles se emplea la expresión «estructura operativa» y no «estructura operacional». Podríamos citar, como ejemplo de este uso, la Ley Orgánica 5/2005, de 27 de noviembre, de la Defensa Nacional o el Real Decreto 787/2007, de 15 de junio, «por el que se regula la estructura operativa de las Fuerzas Armadas», reglamento que no hace sino repetir la misma denominación que ya quedó establecida con anterioridad en el Real Decreto 912/2002, de 6 de septiembre, cuyo antecedente probablemente fuese, a su vez, el Real Decreto 1250/1997, de 24 de julio. También podríamos citar como ejemplo la expresión «materia operativa militar» utilizada tanto en la Orden Ministerial 105/2002, de 22 de mayo, «por la que se regula la producción normativa en el ámbito del Ministerio de Defensa» como en la Instrucción 116/2002, de 31 de mayo, «por la que se aprueban las Normas para la Producción Normativa en el Ambito del Ministerio de Defensa», donde se emplea –si bien su ámbito concreto no se llega a definir expresamente– para hacer alusión precisamente a todo aquello que no tenga que ver con las estructuras orgánico-administrativas, métodos de trabajo, procedimientos administrativos y régimen de personal. Dicho esto y descartado, desde luego, el término «operatorio» por aparecer definido en el *Diccionario de la Real Academia Española* como algo «perteneiente o relativo a las operaciones quirúrgicas» quedan, por consiguiente, solo las opciones de «operativo», que es la usual, y «operacional», que es la que, siguiendo también a Eymar Alonso, resultaría más acorde con su sentido gramatical.

La práctica comparada también nos ofrece claves interesantes en abundamiento de esta tesis. En los Estados Unidos de América, país donde tiene su origen esta disciplina a principios de la década de los 80, la denominación utilizada habitualmente es la de *Operational Law* (o también sus siglas en inglés OPLAW). Sea citado aquí como botón de muestra el voluminoso manual oficial *Operational Law Handbook* editado por el Departamento de Derecho Internacional y Operaciones Militares de la Escuela del Judge Advocate Corps (Center for Law and Military Operations, The Judge Advocate General's Legal Center and School, US Army)¹⁴⁴. Decimos esto precisamente por la coincidencia semántica que los términos *operational* y *operative* tienen en inglés y en español. En efecto, el diccionario *Merriam-Webster* define *operational* como todo aquello que guarda relación con «la

¹⁴⁴ THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL. *Op. cit.*, *supra* nota 9.

ejecución de operaciones militares o navales en campaña o en una batalla» y *operative* como aquello que tiene la virtud o cualidad de «producir un efecto»¹⁴⁵. Otro tanto de lo mismo sucede con el uso coloquial que el término *operational* tiene en el resto de los países de habla inglesa como, por ejemplo, el Reino Unido¹⁴⁶, Australia¹⁴⁷ o Canadá¹⁴⁸. A mayor abundamiento, si acudimos a los países de nuestro entorno vemos que sucede igual. En Francia¹⁴⁹ o entre la población francófona de Bélgica¹⁵⁰, Suiza¹⁵¹ o a su vez entre la población francófona de Canadá¹⁵², donde se conoce de común como *Droit Opérationnel*. En Italia tiene acogida la denominación mucho más expresiva de *Diritto delle Operazioni Militari*¹⁵³. En los países de ha-

¹⁴⁵ Véase esto en: <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/engagement>>. (Consultado el 6 de febrero de 2011, 11:06 h.).

¹⁴⁶ UK MINISTRY OF DEFENCE (2009). *Manual of Service Law*, vol. 1 y 2. Véase esto en: <<http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/4E67FD01-64B5-476D-8AD5-12D977C1AE1/0/vol1and2mslver1.pdf>>. (Consultado el 6 de febrero de 2011, 11:32 h.).

¹⁴⁷ ROGERS, F. & WARE, G. T. (1997). «Lawyers on Warships: Oxygen Thieves or Weapons Systems?», *Australian Defence Force Journal*, issue 126, sept./oct., pp. 5-8.

¹⁴⁸ PITZUL, J. F. T. (2001). «Operational Law and the Legal Profession: A Canadian Perspective», *The Air Force Law Review*, vol. 51, pp. 311-321.

¹⁴⁹ MASSONI, L. (2000). «Pour une Doctrine du Droit Opérationnel», *Objectif Doctrine*, noviembre, pp. 31-36; RÉPUBLIQUE FRANCAISE (2009), *Bulletin Officiel des Armées*, Etat-Major des Armées, Division Organisation et Ressources Humaines, p. 14 (referencia al «Droit Opérationnel» en nota a pie 4). Uso generalizado del término *opérationnel* en: MINISTÈRE DE LA DÉFENSE (2006), *Doctrine Interarmées sur l'Usage de la Force en Opération Militaire se Déroulant à l'Extérieur du Territoire National, Les Regles d'Engagement & les Regles de Comportement*. Etat-Major des Armées, Division Emploi. Paris.

¹⁵⁰ CHAMBRE DES REPRESENTANTS DE BELGIQUE (2009). *Question de Mme Brigitte Wiaux au Ministre de la Défense sur «la rédaction d'un manuel de droit opérationnel pour les forces armées»* (n.º 11315). Commission de la Défense Nationale, Publications Officielles éditées par la Chambre des Représentants. Bruselas, p. 27-8.

¹⁵¹ ZEN-RUFFINEN, P. (2004). «L'Officier Conventions et Droit: Un Aide de Commandement Indispensable», *Revue Militaire Suisse*. Parution juin. Véase esto en:<<http://www.revuemilitairesuisse.ch/node/119>>. (Consultado el 7 de febrero de 2011, 08:26 h.).

¹⁵² MINISTÈRE DE LA DÉFENSE NATIONALE DU CANADA (2011). «Droit Opérationnel, Cabinet du Juge-Avocat Général des Forces Canadiennes». Véase esto en el sitio oficial del Ministerio de Defensa de Canadá: <<http://www.forces.gc.ca/jag/oplaw-loiop/index-fra.asp>>. (Consultado el 6 de febrero de 2011, 12:01 h.); esto también en WAR-MAN, R. (2010), «Ex Maple Shore: Un Cas Vécu de FCEI, Salut Militaire», *Bulletin de la Section Nationale du Droit Militaire*, Mars, pp. 21-3.

¹⁵³ En la denominación utilizada por el Ministerio de Defensa: <<http://www.difesa.it/NR/rdonlyres/.../schemiareediscipline11corso1.ppt>>. En la denominación del distintivo de uso sobre el uniforme para el personal experto: <<http://digilander.libero.it/alby.net/Esercito/Distintivi%202.htm>> y en los distintos planes de estudio en general: <<http://www.unucilaquila.it/duichieti.htm>>. (Consultado el 6 de febrero de 2011, 13:07 h.).

bla hispana tiene aceptación la más ajustada gramaticalmente de «derecho operacional», tal sería el caso de Colombia¹⁵⁴, Honduras¹⁵⁵ o Chile¹⁵⁶.

II.2. HACIA UN CONCEPTO DE DERECHO MILITAR OPERATIVO

Por lo que se refiere a la definición del concepto de Derecho militar operativo podemos afirmar, en palabras del gallo Massoni, que: «a simple vista, la asociación de los vocablos ‘derecho’ y ‘operacional’ [u ‘operativo’] puede llevar a creer en una influencia restrictiva, incluso negativa, del primero sobre el segundo. Sin embargo, ocurre precisamente a la inversa: esta rama del Derecho no debe ser considerada por los ‘operacionales’ como un obstáculo sino como un apoyo»¹⁵⁷. En efecto, la verdadera importancia de esta parcela del Derecho reside precisamente, tal y como se desprende de la aportación que ya dijimos de Serrano Barberán, en el hecho de que la labor del asesor jurídico en materia de Derecho militar operativo convierte a este en testigo privilegiado del planeamiento y desarrollo de ejercicios, así como de eventuales operaciones reales, prestando sus servicios profesionales en «dos ámbitos principales: Derecho de los conflictos armados (poniendo especial atención a la aplicación e interpretación de las Reglas de enfrentamiento, que existen también aunque se trate de misiones de combate –alta intensidad–) y aplicación e interpretación de los acuerdos sobre el estatuto de las tropas»¹⁵⁸. En otras palabras, la significación de este derecho reside «en su filosofía, en su finalidad y, en última instancia, en la integración del análisis jurídico en el más amplio contexto del proceso

¹⁵⁴ COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS ARMADAS (2009). *Manual de Derecho operacional FFMM 3-41 Público*, República de Colombia. Véase esto en: <<http://es.scribd.com/doc/37883816/PRESENTACION-MANUAL-DER-OPRNL>>, y en MINISTERIO DE DEFENSA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (2010), «Avances del cumplimiento de las 15 medidas adoptadas por el Ministerio de Defensa Nacional», p. 11. Véase esto también en el sitio: <http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Asuntos_de_Interes/Derechos_Humanos/docs_nweb/Avances_Caso_Soacha.pdf>. (Consultado el 6 de febrero de 2011, 15:38 h.).

¹⁵⁵ FUERZA AÉREA HONDUREÑA (2010). *Seminario de Derecho Operacional Militar*. Véase esto en el sitio: <<http://204.249.98.218/index.php/noticias/fuerza-aerea/1256-seminario-de-derecho-operacional-militar.html>>. (Consultado el 7 de febrero de 2011, 07:42 h.).

¹⁵⁶ CEA CIENFUEGOS, S., y CORONADO DONOSO, R. (2010). «¿Qué Perspectiva de Futuro tiene el Derecho militar Chileno?», *Ars Boni et Aequi*, año 7, núm. 1, pp. 63-82, pp. 69, 72, 79 y 80.

¹⁵⁷ MASSONI, L. *Op. cit.*, *supra* nota 228, p. 32.

¹⁵⁸ SERRANO BARBERÁN, A. *Op. cit. supra* nota 32, p. 142.

operacional»¹⁵⁹. Se trata de un concepto con origen en la práctica jurídico militar de los Estados Unidos de América durante la pasada década de los 80. El estadounidense Barnes, precursor del planteamiento doctrinal de este concepto, al menos en las revistas especializadas¹⁶⁰, definía ya en 1984 el Derecho militar operativo como aquel conjunto de leyes, reglamentos y políticas que afectan a las operaciones militares¹⁶¹. Quizás no fuera ajeno a esto la aparición por entonces del primer manual oficial sobre Derecho militar operativo –el *Operational Law Handbook*– allí mismo, en los Estados Unidos de América, y al que hemos hecho referencia en otro lugar¹⁶². Al contrario de lo que pudiera parecer a simple vista, la práctica de involucrar a los asesores jurídicos en el planeamiento y desarrollo de las operaciones militares tendría su origen mismo en la práctica seguida desde mucho antes en el ámbito de la empresa privada, donde los altos ejecutivos contaban siempre con un asesor en asuntos legales como parte de su equipo más cercano de ayudantes y asesores¹⁶³. Como afirma lacónicamente el autor citado, el asesoramiento en aspectos operacionales puede llegar a ser en un momento dado la diferencia entre «beneficios y pérdidas, entre la vida y la muerte.» A juzgar por este mismo autor, donde cobra especial importancia el Derecho militar operativo no es tanto en las operaciones o conflictos a gran escala, donde desde luego lo es, sino en el caso concreto de las operaciones especiales¹⁶⁴ ya que estas tienen generalmente mayores implicaciones legales y políticas que aquellas. Según el citado autor, este tipo de operaciones, cuando son llevadas a cabo en el exterior principalmente, son el mejor ejemplo de operaciones contemporáneas en las que los objetivos políticos tienen mayor peso que los militares y donde, por consiguiente, cobra especial importancia la atención dedicada a los aspectos legales¹⁶⁵.

¹⁵⁹ MASSONI, L. *Op. cit.*, *supra* nota 228, p. 32.

¹⁶⁰ BARNES, R.C. (1984). «Operational Law, Special Operations, and Reserve Components», *The Army Lawyer*; December, pp. 1-10. Este artículo incluye un epígrafe introductorio titulado precisamente «Operational Law – A New Concept», es decir, «un nuevo concepto», y desde luego que lo era allá en 1984. Posteriormente, otros autores le dedicarán atención doctrinal a este concepto en artículos más detallados y extensos –en esta sección del trabajo citamos algunos– pero ellos, sin lugar a dudas, no fueron los primeros.

¹⁶¹ *Id.*, p. 1.

¹⁶² THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL *Operational Law Handbook*, *op. cit.*, *supra* nota 9.

¹⁶³ BARNES, R. C. *Op. cit.*, *supra* nota 239, p. 2.

¹⁶⁴ El *Glosario de términos militares* español, *op. cit.*, *supra* nota 60, p. 145, define este tipo de operación como aquella «no convencional, clandestina o encubierta, incluyendo las concluidas en territorio fuera del control OTAN y llevada a cabo por fuerzas especialmente organizadas, adiestradas y equipadas».

¹⁶⁵ BARNES, R. C. *Op. cit.*, *supra* nota 239, p. 5.

Existe otro artículo interesante posterior al que venimos citando y centrado también en el Derecho militar operativo donde su autor, el estadounidense Graham¹⁶⁶, ofrecía en 1987 una definición mucho más concisa –de hecho lleva por título: «Operational Law – A Concept Comes of Age», es decir, «Derecho operativo: un concepto alcanza la mayoría de edad»– al afirmar que estaba constituido por el conjunto de normas, nacionales e internacionales, relacionadas con los aspectos jurídicos que lleva consigo el despliegue de tropas de los Estados Unidos en el exterior tanto en tiempo de paz como en circunstancias de conflicto. Este autor sitúa la génesis del Derecho militar operativo en los avatares legales que llevó consigo la operación *Urgent Fury* llevada a cabo en la isla caribeña de Granada (o *Grenada* en la posterior deformación del nombre original español cuando pasó a dominio británico) entre los meses de octubre y noviembre de 1983. Refiere Graham que por su propia naturaleza el Derecho militar operativo trasciende las disciplinas jurídico militares tradicionales e incorpora, por vez primera bajo una sola denominación, aspectos sustantivos del Derecho internacional y del Derecho nacional en materia penal, administrativa y en todo lo referente a materia fiscal y régimen de la contratación militar¹⁶⁷. En opinión de los juristas militares o *judge advocates* que participaron en aquella operación –continúa afirmando este autor– la práctica se encargó de demostrar que «... al jefe solo puedes recordarle hasta un cierto número de veces que no se debe disparar a los prisioneros. Cuando se agotan las balas y los frijoles, cuando surgen determinadas necesidades de equipamiento y además tienes a la población local pidiendo compensaciones por los daños en sus propiedades, es cuando llega el momento en que tienes que estar preparado para resolver todas las cuestiones legales que esto trae consigo»¹⁶⁸.

Por último, la aportación del también estadounidense Warren¹⁶⁹ completa esta trilogía de artículos –llamémoslo así–¹⁷⁰ centrados en los orígenes

¹⁶⁶ GRAHAM, D. E. (1987). «Operational Law – A Concept Comes of Age», *The Army Lawyer*, July, pp. 9-12.

¹⁶⁷ *Id.*, p. 10.

¹⁶⁸ *Id.*, p. 10. Esta cita, atribuida al asesor jurídico en aquella operación, el coronel (JAG) Quentin Richardson, también aparece en BORCH, F. L. (2004), *Judge Advocates in Combat – Army Lawyers in Military Operations from Vietnam to Haiti*, University Press of the Pacific, Honolulu (USA), p. 81.

¹⁶⁹ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42.

¹⁷⁰ Desconocemos si los autores estaban parafraseándose unos a otros. No deja de sorprender la elocuencia de los títulos elegidos por cada uno de ellos, desde el de «nuevo concepto» pasando por el de «un concepto alcanza la mayoría de edad» hasta lo de un concepto «alcanza la madurez»: «Operational Law – A New Concept»; «Operational Law – A Concept Comes of Age»; «Operational Law – A Concept Matures». Comoquiera que sea,

nes del Derecho militar operativo en los Estados Unidos de América. Este artículo, publicado en 1996, es mucho más extenso y está mejor documentado que los anteriores, no siendo ajeno a esto que su autor pudo contar con toda la experiencia acumulada durante casi una década de desarrollo del Derecho militar operativo en su país. La definición que aporta Warren se hace eco ahora de las normas de los Derechos nacionales extranjeros que puedan resultar de aplicación o consideración también en el curso de las operaciones militares, junto con las normas nacionales propias y las normas internacionales. Estas serían, por lo tanto, las tres fuentes aparentes del Derecho militar operativo. Cualquier dicotomía entre las normas nacionales y las normas del país anfitrión o del país sede de la operación quedaría resuelta, bien mediante la adopción de acuerdos políticos en forma, por ejemplo, de acuerdos sobre el Estatuto de la Fuerza o en su denominación en inglés acuerdos SOFA, derivado de su denominación usual en inglés *Status of Forces Agreement*¹⁷¹, o bien mediante la aplicación de los preceptos relativos a la ocupación militar contenidos tanto en el Derecho de La Haya (Reglamento anexo al IV Convenio relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907) como en el Derecho de Ginebra (IV Convenio de 1949 y Protocolo I de 1977). En uno y otro caso podemos comprobar cómo la práctica del Derecho militar operativo lleva al operador jurídico a adoptar o tener en consideración normas de Derecho nacional o extranjero, unas veces, y normas de Derecho internacional, las demás.

Lo anterior nos lleva ineludiblemente a plantearnos la siguiente pregunta: ¿Existe realmente un derecho militar operativo o estamos simplemente ante una construcción teórica, sin otra explicación que buscar una denominación común a la amalgama de normas jurídicas de aplicación a las operaciones militares?

Creemos que no y que, en efecto, nos encontramos ante un simple criterio orientativo que persigue facilitar la labor del operador jurídico. De hecho, creemos que no existe incluso desde la perspectiva de la propia doctri-

estimamos que desde luego los tres artículos son de obligada lectura para todo aquel que quiera obtener un testimonio de primera mano sobre los «primeros pasos» de esta novedosa rama del Derecho.

¹⁷¹ Por nombrar solo los relativos a las cuestiones jurisdiccionales. Otras cuestiones como las económicas o el régimen fiscal tendrían su sede en los denominados Acuerdos de Nación Anfitriona o las cuestiones burocráticas y administrativas a través de los correspondientes Memorandos de Entendimiento. En España son pocos los autores que han dedicado atención a instituciones tan hermanadas con el Derecho operativo militar como son este tipo de acuerdos políticos. Existe un trabajo digno de mención aquí: RECHI RAMÍREZ, P. (2003), Aspectos Jurídicos de los «Acuerdos Políticos Internacionales en el ámbito de la Defensa: MOUS, acuerdos técnicos y otras figuras análogas», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 81, enero junio, pp. 195-221.

na estadounidense. En efecto, si repasamos los tres artículos ya citados de Barnes¹⁷², Graham¹⁷³ y Warren¹⁷⁴ podemos comprobar con facilidad cómo estos autores, sin perjuicio, desde luego, del rigor de sus planteamientos, entremezclan en realidad cuestiones de simple deontología profesional o, por así decirlo, de cómo se debe abordar el ejercicio del Derecho en el ámbito específico de las Fuerzas Armadas, con otras cuestiones que hacen referencia más a la teoría general del Derecho tal cual es afirmar la existencia de un posible «derecho militar operativo» con autonomía y sustancia propia. Desde luego, no es este el lugar para entrar en esa polémica. Basta recordar que en el marco del Estado de derecho tal y como lo entendemos aquí, en Occidente, donde las constituciones políticas garantizan el sometimiento de la fuerza militar a los dictados de la Autoridad civil y donde las Fuerzas Armadas no forman parte de los poderes autónomos del Estado difícilmente puede tener cabida no solo un derecho militar operativo, sino, incluso, hablar de un derecho militar propiamente dicho. Quizás todo se deba a ese desbarajuste del que nos habla nuestro compatriota Esteban Ramos¹⁷⁵ existente entre el nombre y el concepto cuando hacemos referencia a un pretendido derecho militar. Lo cierto es que incluso el estadounidense Graham admite un cierto grado de escepticismo por parte de sus colegas cuando se planteaba por entonces, en 1987, la existencia de un derecho militar operativo para todos aquellos aspectos jurídicos relacionados con el despliegue de las tropas, siendo la primera reacción de los más escépticos formular la siguiente pregunta: «¿Se está conceptualizando un problema que no existe?»¹⁷⁶. Podrá hablarse de una cierta interdisciplinariedad o relación entre leyes especiales como las que integran el Derecho penal militar con respecto a las del Derecho penal común; podrá argumentarse una cierta especialidad común característica de la legislación administrativa destinada a los militares como servidores públicos o a las Fuerzas Armadas como institución del Estado o podrá, en fin, predicarse una cierta especialidad en cuanto a la Jurisdicción castrense.

Ahora bien: ¿justifica eso por sí solo la existencia de una nueva rama del Derecho en nuestra patria?

La respuesta, creemos, pasa por ser necesariamente negativa. A menos que utilicemos dicho concepto con fines estrictamente docentes o como criterio profesional para abordar el estudio de los aspectos jurí-

¹⁷² BARNES, R. C. *Op. cit.*, *supra* nota 239.

¹⁷³ GRAHAM, D. E. *Op. cit.*, *supra* nota 245.

¹⁷⁴ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42.

¹⁷⁵ ESTEBAN RAMOS, S. *Op. cit.*, *supra* nota 1.

¹⁷⁶ GRAHAM, D. E. *Op. cit.*, *supra* nota 245, p. 10.

dicos relacionados con las operaciones militares. De hecho, la aportación de Warren consiste mayoritariamente en identificar la noción de Derecho militar operativo con las características específicas que puede presentar, y de hecho presenta siempre, el asesoramiento jurídico en operaciones. Es decir, con cuestiones que pertenecen más a la deontología profesional del letrado militar. Este autor defiende la necesidad de reinventar el modo en el que se concibe el ejercicio de la profesión jurídico militar en su país basándose en las necesidades particulares que presenta la «praxis» operacional. Si la esencia de un ejército son las operaciones en campaña –afirma–, entonces «el Derecho operacional es la esencia de la práctica jurídico militar»¹⁷⁷. De nuevo insiste, parafraseando un manual de doctrina oficial vigente en aquel país¹⁷⁸ donde se habla de la versatilidad, agilidad y flexibilidad del combatiente, que el jurista militar debe ser «como un atleta de decatlón, no como un boxeador»¹⁷⁹. En fin, con fundamento también en la doctrina militar oficial vigente en aquel país¹⁸⁰ llega a concluir que el asesor jurídico en operaciones debe hacer funciones análogas a las del consejero de una gran empresa, «prestando asesoramiento jurídico y político a la par que sirve como personal multifuncional y como oficial especial del Estado Mayor»¹⁸¹. Este mismo autor tiene otro trabajo posterior¹⁸², también centrado en la configuración de la profesión jurídico militar en su país, en el que uno de los argumentos que utiliza nos sirve precisamente para apoyar una respuesta negativa a la existencia de un pretendido derecho militar operativo. En efecto, según Warren, el Cuerpo de *judge advocates* presta «servicios de apoyo y asesoramiento en seis disciplinas jurídicas y en materia de Derecho operacional en tres áreas funcionales. Las seis disciplinas jurídicas son el Derecho Administrativo, el Derecho Civil [entendido esto en el más amplio sentido de la palabra] (incluyendo contratación, asuntos fiscales y legislación medioambiental), Reclamaciones, Derecho Internacional, Asistencia Jurídica y Justicia

¹⁷⁷ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42, p. 37.

¹⁷⁸ US ARMY TRAINING AND DOCTRINE COMMAND (1993). *Field Manual 100-5. Operations*. Department of the Army. Washington D. C., p. 2-9.

¹⁷⁹ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42, p. 38.

¹⁸⁰ US ARMY TRAINING AND DOCTRINE COMMAND (1997). *Field Manual 101-5. Staff Organization and Operations*. Department of the Army. Washington D. C., pp. 2-3 y 4-32.

¹⁸¹ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42, p. 40.

¹⁸² WARREN, M. L. (2002). «Teaching the JAG Elephant to Dance... Again». US Army War College. Carlisle (USA). Véase esto en el sitio: <<http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?Location=U2&doc=GetTRDoc.pdf&AD=ADA404517>>. (Consultado el 9 de febrero de 2011, 09:22 h.).

Militar. Las tres áreas funcionales son mando y control, apoyo a las operaciones y apoyo al personal»¹⁸³. Esta afirmación –no es suya, por cierto–¹⁸⁴ no hace sino confirmar que, en efecto, el concepto de Derecho militar operativo es antes un término de referencia relacionado más con el desempeño de la función de asesoramiento y cuya finalidad no es otra que acotar o delimitar las disciplinas jurídicas que eventualmente pueden tener incidencia en cualquiera de esas «áreas funcionales», que una especialidad jurídica propiamente dicha. No le falta razón a Eymar Alonso cuando afirma que, en todo caso, pese a los avatares de la elección, aquí, en España, entre la denominación «derecho operacional» y «derecho operativo» sea esta última, quizás, la que mejor sirve al propósito de «cumplir una de las notas características exigidas por el calificativo de operativo, es decir, su aspecto pragmático de derecho en acción que prevalece sobre su sentido teórico o sistemático»¹⁸⁵. Apor-

¹⁸³ *Id.*, p. 6.

¹⁸⁴ Es la definición contenida en el manual de doctrina oficial del Cuerpo de *judge advocates* que se hallaba vigente al momento de hacer esa afirmación en 2002 y donde se describía exhaustivamente la función de asesoramiento jurídico en operaciones tanto bélicas como no bélicas, así como la que tiene lugar en áreas específicas, tales como operaciones especiales, asuntos civiles o en casos de movilización nacional. Se trataba del siguiente manual: U.S. DEPARTMENT OF THE ARMY (2000), *Field Manual 27-100, Legal Support to Operations*. Department of the Army, Headquarters. Washington D. C., pp. VII-III. Sin embargo, los hechos habrían de quitarle la razón a este autor, pues en el siguiente manual oficial que fue promulgado en 2009, el *Field Manual 1-04*, se incluye el Derecho operativo junto con el Derecho internacional formando ambos «una de las disciplinas jurídicas» propias de la función de asesoramiento y estableciéndose, en cuanto a este en particular, lo siguiente: «El Derecho operacional comprende el Derecho de la guerra, pero va más allá de los asuntos tradicionales del Derecho internacional al incorporar todos los aspectos relevantes del Derecho militar que afectan a la conducción de las operaciones. (...) El ‘*judge advocate* operacional’ sirve de apoyo al proceso militar de toma de decisiones preparando dictámenes legales, diseñando la arquitectura del apoyo legal a las operaciones, redactando anexos legales, participando en el desarrollo y difusión de las Reglas de enfrentamiento (ROE) y revisando los planes y las órdenes.» Se puede comprobar cómo la anterior distinción entre «disciplinas jurídicas» y «áreas funcionales» (criterio que servía de justificación del Derecho operativo) ha desaparecido ahora siendo sustituida –no sin cierto malabarismo– por la inclusión del Derecho operativo como una especialidad hermanada con el Derecho internacional tradicional, si bien centrada principalmente en el Derecho de la guerra y en las operaciones militares (US DEPARTMENT OF THE ARMY (2009), *Field Manual 1-04. Legal Support to the Operational Army*. Department of the Army, Headquarters. Washington D. C., p. 5-4).

¹⁸⁵ EYMAR ALONSO, C. *Op. cit.*, *supra* nota 28, p. 293. Además, este criterio relativo a un sentido pragmático del Derecho resulta corroborado por lo que sugiere el estadounidense BRIDGE: «El término Derecho de las operaciones –o también operacional– (...) nos ofrece una descripción aceptable de lo que es probablemente la parcela más importante y dinámica del ejercicio del Derecho militar.» (BRIDGE, R. L. (1994). «Operational Law: An Overview», *The Air Force Law Review*, vol. 37, pp. 1-4, p. 2).

taciones como las ya citadas de De las Rivas Aramburu¹⁸⁶ y Serrano Barberán¹⁸⁷ nos sirven, aquí, en España, como esbozo de un posible –y ojalá no tan futuro– manual de doctrina oficial del Ministerio de Defensa sobre la función de asesoramiento jurídico militar en todos los escenarios posibles, sea esto en operaciones o sea esto en condiciones de guarnición en territorio nacional. La ausencia de un manual oficial de esa naturaleza solo puede ser suplida con el entusiasmo personal y con los textos doctrinales particulares –si bien algunos recogidos o compilados en publicaciones oficiales– a los que unos y otros acudimos habitualmente en nuestro quehacer diario. La doctrina extranjera, sea oficial o particular, existe y nos puede servir de orientación, pero no siempre las inquietudes profesionales del auditor español son las mismas que las de sus colegas extranjeros ni el marco jurídico aplicable a la profesión en uno y otro caso es del todo homologable. España fue pionera en la creación de la figura del auditor militar¹⁸⁸ y ese honor histórico juzgamos que exige, al menos, una aportación científica universal cimentada en la autoridad tanto de los estudios particulares como en la autoridad oficial del Ministerio de Defensa español. La experiencia española contemporánea en operaciones exteriores puede no ser tan copiosa o frecuente como la de otros países de nuestro entorno, desde luego, pero la continua remisión en este campo del Derecho militar operativo a estudios de procedencia norteamericana pone de manifiesto cuán huérfana anda en nuestra patria esta rama del saber jurídico. En este contexto no deja de resultar un tanto irónico que la edición de una de las mejores traducciones –a lengua inglesa desde luego– del tratado ya clásico sobre el Derecho de la guerra *De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari*, originalmente escrito en latín por nuestro compatriota y también auditor militar Baltasar de Ayala en 1582, se deba precisamente a un estadounidense¹⁸⁹.

En todo caso, conviene aclarar que el cuerpo de doctrina relativa al ejercicio de la profesión jurídico militar allí, en el continente americano, donde desde luego abundan estudiosos como los norteamericanos Baker¹⁹⁰,

¹⁸⁶ DE LAS RIVAS ARAMBURU, I. *Op. cit.*, *supra* nota 32, pp. 57-71.

¹⁸⁷ SERRANO BARBERÁN, A. *Op. cit.*, *supra* nota 32, pp. 127-145.

¹⁸⁸ SALCEDO RUIZ, A. (1913). *Sustantividad y fundamentación del Derecho militar*. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Tipografía del Sagrado Corazón. Madrid, p. 51.

¹⁸⁹ BROWN SCOTT, J. (1912). *De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari*, by Balthazar Ayala *Jurisconsult and Judge Advocate General of the Royal Army in the Low Countries*. The Carnegie Institution of Washington. Washington D. C.

¹⁹⁰ BAKER, J. E. (2003). «The Role of Lawyers in War, LBJ'S Ghost: A Contextual Approach to Targeting Decisions and the Commander in War», *The Chicago Journal of*

Eckhardt¹⁹¹, Anderson¹⁹², Lohr & Gallotta¹⁹³, Dunlap¹⁹⁴, Holcomb¹⁹⁵, Newton¹⁹⁶, Dickinson¹⁹⁷ o el sudamericano Niemann Figari¹⁹⁸ está en parte relacionado con otro concepto, acuñado también en círculos jurídico militares de aquel continente, conocido como *lawfare* o, entre nosotros, la «guerra del Derecho» y del cual hablaremos más adelante.

A mayor abundamiento, la idea de «reinventar» el asesoramiento jurídico en operaciones orientándolo hacia una labor mucho más participativa, tan alabada por todos estos autores, no solo no resulta tan original a la luz de la práctica jurídico militar española¹⁹⁹, sino que, incluso, se da la paradoja de que ni siquiera pudiera serlo en el seno mismo de la práctica estadounidense. En efecto, el estadounidense Brown Scott²⁰⁰, autor del que ya hemos hecho referencia y estudioso, por cierto, de la obra de nuestro internacionalista universalmente conocido Francisco de Vitoria²⁰¹, ya adelantaba en 1917, con ocasión de comentar el reclutamiento de asesores

International Law, vol. 4, issue 2, pp. 407-430.

¹⁹¹ ECKHARDT, W. E. (2003). «Lawyering for Uncle Sam When He Draws His Sword», *The Chicago Journal of International Law*, vol. 4, issue 2, pp. 431-444.

¹⁹² ANDERSON, K. (2003). «The Role of the United States Military Lawyer in Projecting a Vision of the Laws of War», *The Chicago Journal of International Law*, vol. 4, issue 2, pp. 445-464.

¹⁹³ LOHR, M. F. y GALLOTTA, S. (2003). «Legal Support in War: The Role of Military Lawyers», *The Chicago Journal of International Law*, vol. 4, issue 2, pp. 465-478.

¹⁹⁴ DUNLAP, C. J. (2003). «It Ain't No TV Show: JAG's and Modern Military Operations», *The Chicago Journal of International Law*, vol. 4, issue 2, pp. 479-492.

¹⁹⁵ HOLCOMB, M. S. (2003). «View from the Legal Frontlines», *The Chicago Journal of International Law*, vol. 4, issue 2, pp. 561-570.

¹⁹⁶ NEWTON, M. A. (2007). «Modern Military Necessity: The Role & Relevance of Military Lawyers», Roger Williams University, *Law Review*, pp. 877-903.

¹⁹⁷ DICKINSON, L. A. (2010). «Military Lawyers on the Battlefield: An Empirical Account of International Law Compliance», *The American Journal of International Law*, vol. 104, pp.1-28.

¹⁹⁸ NIEMANN FIGARI, F. (2001). «Las Reglas de enfrentamiento y el papel del abogado militar», *Revista de Marina de la Armada de Chile*, n.º 5. Véase esto en el sitio: <<http://www.revistamarina.cl/revismar/>>. (Consultado el 11 de febrero de 2011, 10:22 h.).

¹⁹⁹ Nuestro venerable *Reglamento del Servicio en Campaña* ya establecía en 1882 que al auditor general le correspondía, entre otros, el cometido de «proponer cuantas medidas juzgue conducentes para asegurar el cumplimiento de unas y otros [leyes militares y bandos del general en jefe], concertando, siempre que sea posible, los fueros de la justicia con las medidas excepcionales que exija el éxito de las operaciones». En cierto modo, la maestría necesaria para conjugar los rigores que exige la práctica del Derecho con las exigencias de las operaciones militares, de la que tanto hablan los autores contemporáneos, ya se exigía del auditor militar español de finales del siglo XIX. Véase esto en: DEPÓSITO DE LA GUERRA (1882). *Reglamento del Servicio en Campaña*. Imprenta Tipográfica del Depósito de la Guerra. Madrid, pp. 50-1.

²⁰⁰ BROWN SCOTT, J. *Op. cit.*, supra nota 268.

²⁰¹ BROWN SCOTT, J. (1932). *The Spanish Origin of International Law, Francisco de Vitoria and his Law of Nations*. Georgetown University Press. Washington D. C.

jurídicos militares que habrían de acompañar a las fuerzas militares de los Estados Unidos en su marcha a los frentes de la Primera Guerra Mundial, lo siguiente: «El público debería saber que quienes ingresan en el Ejército como asesores jurídicos no lo hacen buscando un puesto cómodo y a salvo en la retaguardia. Los oficiales designados para incorporarse a la plantilla del ‘Judge Advocate General’ serán miembros de las fuerzas combatientes y en cumplimiento de su deber irán al frente en tantas ocasiones como vayan los demás oficiales, como los médicos por ejemplo»²⁰².

II.3. LA INSTITUCIÓN CENTRAL DEL DERECHO MILITAR OPERATIVO

Hechas todas las aclaraciones anteriores cabe ahora la siguiente pregunta: ¿qué relación guardan las ROE con el Derecho militar operativo? La respuesta puede ofrecer, y de hecho ofrece, tantas alternativas posibles como opiniones existen en torno a la existencia, o no, de un genuino derecho militar operativo del que nosotros, si ha de reputarse como especialidad jurídica autónoma y siguiendo al estadounidense Warren, renegamos²⁰³. Si el Derecho militar operativo es el marco de referencia de todas aquellas cuestiones jurídicas que suscita una operación militar y si estas, por su propia naturaleza intrínseca, entrañan el eventual uso de la fuerza, entonces las ROE, qué duda cabe, han de constituir una de las instituciones fundamentales de ese marco de referencia. Dicho de otro modo, la hipotética aplicación de normas internacionales, nacionales y extranjeras a una operación militar, cualquiera que sea su naturaleza, admite dos planteamientos posibles: bien exponer en esta sección que dedicamos al Derecho militar operativo la relación entre las ROE y cualesquiera disciplinas jurídicas a las que estas afectan, lo cual consideramos incoherente con nuestra opinión en torno al alcance conceptual del Derecho militar operativo; o bien exponer en esta sección el modo en que las ROE tienen cabida en el planeamiento de una operación militar, postura que más se ajusta al carácter meramente pragmático de aquel. Por esta razón, abordamos a continuación la cuestión precisamente desde esta última perspectiva, dejando a otra sede distinta el estudio de las ROE de acuerdo con las disciplinas jurídicas

²⁰² BROWN SCOTT, J. (1917). «Judge Advocates in the Army», *The American Journal of International Law*, vol. 11, pp. 650-652, p. 651.

²⁰³ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42, p. 37: «Operational Law exists to provide legal support and services to commanders and soldiers in the field. It is not a specialty, nor is it a discrete area of substantive law. It is a discipline, a collection of all the traditional areas of the military legal practice focused on military operations».

tradicionales de Derecho internacional público y de Derecho penal o administrativo, nacional o extranjero, y dentro de este último el Derecho del país anfitrión o sede de la operación, y el Derecho nacional de terceros países que eventualmente resulten afectados por la misma²⁰⁴. Seguimos así un orden expositivo coherente con el carácter pragmático del Derecho militar operativo que se ajusta, por lo demás, al seguido en otros trabajos como el ya mencionado *Lecciones de Derecho Operativo*²⁰⁵. Admitir lo contrario sería tanto como admitir la existencia de una especialidad jurídica espuria por cuanto se nutre de fuentes que no son propias; tanto como admitir el fin de la existencia científica del Derecho para pasar a convertirse en dominio exclusivo de los operadores jurídicos, dando lugar así a un sinfín de disciplinas jurídicas que se entrelazan entre sí, usurpándose unas a otras el carácter intrínseco de sus fuentes e instituciones.

a. La naturaleza de la operación como punto de partida

Ya hemos dicho con anterioridad que toda operación militar admite un cierto grado de reconducción a la clasificación doctrinal que distingue entre operaciones bélicas y operaciones no bélicas u operaciones distintas de la guerra (MOOTW en sus siglas en inglés). El contenido, por tanto, de las ROE confeccionadas para cada tipo de operación dependerá de si estamos ante una situación de conflicto armado de carácter internacional o de carácter interno o de si, por el contrario, nos hallamos ante una situación distinta de la guerra. Este aspecto tiene una indudable trascendencia en la configuración de las ROE dado que en el primer supuesto el uso de la fuerza adquiere un carácter generalizado, sin otra limitación que la impuesta por el Derecho de los conflictos armados a través de las tradicionales reglas de la necesidad militar, de la distinción entre objetivos y de la proporcionalidad de los medios y métodos elegidos. En el segundo supuesto, por el contrario, el uso de la fuerza tiene un carácter sumamente restrictivo y se sitúa dentro exclusivamente de las limitaciones, parámetros y requerimien-

²⁰⁴ La doctrina de la OTAN en materia de operaciones incluye esto último: «Military Operations of today's world have many folds and layers and the operational environment is very complex. When dealing with a situation or a problem, the first question for a legal adviser to ask usually is what law shall be applied to that situation or problem: (...) International Law, national/domestic law of the sending States, law of host/receiving nation, law of third States (when transiting or stationing there)». NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION., *Op. cit.*, *supra* nota 169, p. 231.

²⁰⁵ AA. VV. *Op. cit.*, *supra* nota 12.

tos impuestos por las ROE²⁰⁶. El resultado práctico de todo esto será que en el primero de los supuestos citados las ROE redactadas para la operación serán normalmente mucho más permisivas, sin más limitación que las necesidades políticas y militares o las que deriven del Derecho internacional de los conflictos armados. En el segundo, por el contrario, las ROE habrán de reflejar todos los condicionantes políticos y militares inherentes a la operación además de aquellos derivados del Derecho internacional, nacional y del Derecho del país anfitrión o sede de la operación. La aproximación a este tipo de operaciones desde el punto de vista del asesoramiento jurídico cambia también radicalmente. Según la doctrina oficial vigente en los Estados Unidos de América las operaciones no bélicas «(...) presentan características jurídicas particulares. Además de los conocimientos tradicionales en materia de justicia militar, el especialista en Derecho debería contar con experiencia suficiente en áreas tales como refugiados; personas desplazadas o detenidas; Derecho fiscal; Reglas de enfrentamiento; operaciones psicológicas; asuntos civiles; apoyo médico; cultura local; aduanas y orden público; Derecho internacional y acuerdos; enlaces políticos y militares; reclamaciones y contratación militar»²⁰⁷. Lo anterior viene a complicarse todavía más si tomamos en consideración la variedad de actores que intervienen en este tipo de operaciones, ya que puede incluir, además del contingente esencialmente diplomático y militar, la presencia de organizaciones internacionales y gubernamentales, organizaciones de carácter no gubernamental y organizaciones de carácter estrictamente privado²⁰⁸.

Por ejemplo, al hilo de cuanto decimos entre uno y otro tipo de operación, en una operación de paz liderada por la Organización de las Naciones Unidas²⁰⁹ el uso de la fuerza, condicionado por los principios de neutralidad y del consentimiento del país anfitrión, está permitido pero solo como último recurso, ya que el riesgo de ocasionar bajas entre la población civil podría poner seriamente en peligro la finalidad de esa operación y precipitar así, de este modo, el mal que se pretende evitar²¹⁰. La distinción entre

²⁰⁶ FINDLAY, T. *Op. cit.*, *supra* nota 49, p. 372.

²⁰⁷ US JOINT CHIEFS OF STAFF (1995). *Joint Doctrine for Military Operations Other Than War. Joint Publication 3-07*. Washington D. C., pp. IV-8 y IV-9. Véase esto en el sitio: <<http://smallwarsjournal.com/documents/jp3-07.pdf>>. (Consultado el 12 de febrero de 2011, 08:02 h.).

²⁰⁸ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42, pp. 46-7.

²⁰⁹ UNITED NATIONS (2003). *Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations*. Department of Peacekeeping Operations. Nueva York (USA), p. 57.

²¹⁰ URQUHART, B. (1987). *A Life in Peace and War*. Harper and Row. Nueva York (USA), pp. 178-9.

una y otra clase de conflicto no resulta desde luego superflua, en la doctrina oficial de los Estados Unidos de América se llegan a identificar hasta dieciséis tipos distintos de operación no bélica que comprenden desde las operaciones de control de armamentos hasta las de apoyo a movimientos insurgentes contra aquellos regímenes que suponen una amenaza para la seguridad y el interés nacional²¹¹. Al contrario de lo que aparenta, el concepto de operación no bélica no es tan novedoso. De hecho, el estadounidense Boot refiere que el Cuerpo de Marines de los Estados Unidos venía ya rigiéndose desde el período de entreguerras por su propio manual de doctrina en cuanto a este tipo de operaciones a través del *Small Wars Manual*²¹², el cual, a su juicio, constituía «una exposición sin precedentes en torno a la teoría de las guerras en miniatura»²¹³.

Por consiguiente, la situación cambia radicalmente si hablamos de operaciones de carácter no bélico. A mayor abundamiento, según el estadounidense Roach, las ROE dictadas para una operación no bélica están basadas en el derecho a la legítima defensa y en cómo ese derecho ha de ser ejercitado ante situaciones en que se produzca un acto hostil o una amenaza de acto hostil contra las fuerzas encargadas de la operación; mientras que las ROE dictadas para una operación bélica parten del presupuesto contrario, es decir, serán mucho más permisivas en cuanto al uso de la fuerza, no limitándose a prescribir una acción o conducta meramente defensiva, sino orientando la magnitud de la respuesta en función a los condicionantes políticos del conflicto y, naturalmente, a los imperativos derivados del Derecho de los conflictos armados²¹⁴. A mayor abundamiento, según la doctrina oficial de los Estados Unidos de América, las ROE dictadas en una situación de guerra o conflicto armado permiten el uso de la fuerza contra todo objetivo enemigo previamente identificado, con independencia que ese objetivo pueda representar una amenaza real o inminente²¹⁵.

²¹¹ US JOINT CHIEFS OF STAFF. *Op. cit.*, *supra* nota 286, pp. III-1, III-15.

²¹² US DEPARTMENT OF THE NAVY (1940). *Small Wars Manual United States Marine Corps*. Government Printing Office. Washington D. C. Véase este documento en el sitio: <<http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/swm/full.pdf>>. (Consultado el 12 de febrero de 2011, 09:01 h.).

²¹³ BOOT, M. (2002). *The Savage Wars of Peace*. Basic Books. Nueva York (USA), p. 145.

²¹⁴ ROACH, J. A. (1983). «Rules of Engagement», *Naval War College Review*, vol. 36, issue 1 (January-February), pp. 46-55, p. 49.

²¹⁵ US DEPARTMENT OF THE ARMY. *Op. cit.*, *supra* nota 263 («*Field Manual 27-100...*»), p. 8-5. Un estudio minucioso sobre los pormenores del proceso de gestación de este manual de campaña, cuya última versión revisada data de 2009, en HERBERT, P.H. (1985), *Toward the Best Available Thought: The Writing of Field Manual 100-5, Operations by the US Army, 1973-1976*. The Ohio State University. Columbus (USA). Véase esto

En fin, como sugiere Warren, puede ocurrir de hecho también que una operación entrañe simultáneamente elementos de una y otra clase de operación²¹⁶, lo que a su vez nos lleva al concepto de la «guerra en tres barrios» acuñado por el estadounidense Krulak –del que ya hemos hablado en otro lugar–²¹⁷ para definir la complejidad de las operaciones militares contemporáneas²¹⁸.

b. Las ROE en el plano estratégico: el mandato de la operación

Toda operación nacional, multinacional o internacional (sea liderada por la ONU, OTAN, UE, etc.) tiene su primer fundamento jurídico y político, o bien en el mandato establecido para su desarrollo, o bien en el acuerdo adoptado conjuntamente con los demás países miembros de la posible coalición, o también, en última instancia, en la decisión adoptada por las autoridades nacionales cuando se trate de operaciones de ámbito estrictamente interno. En cualquiera de esos casos se suelen definir, y quedan así plasmados en documento escrito, los parámetros a los que deben ajustarse las ROE como instrumento que permite el uso legítimo de la fuerza en aras al cumplimiento de la misma. Sin embargo, el mandato solo estipula de ordinario los parámetros, por llamarlo de algún modo, básicos o esenciales: los objetivos y la finalidad; los medios autorizados para alcanzar esos objetivos; el tamaño y estructura de mando y control de la fuerza designada para llevar a cabo la operación, etc. Las ROE son el documento de desarrollo de ese mandato y deberán siempre, por consiguiente, coincidir con este en todos sus términos, objetivos y finalidades²¹⁹. Si tomamos como ejemplo una operación de paz liderada por la ONU, el mandato de la operación estará constituido por la correspondiente resolución del Consejo de Segu-

en: <<http://etd.ohiolink.edu/send-pdf.cgi/Herbert%20Paul.pdf?osu1232646739>>. (Consultado el 13 de febrero de 2011, 10:22 h.).

²¹⁶ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42, p. 44.

²¹⁷ KRULAK, C. C. *Op. cit.*, *supra* nota 139.

²¹⁸ Para un estudio exhaustivo del concepto de «guerra en tres barrios» y su relación con las «guerras de Internet», concepto (nuestro) del que igualmente hemos hablado, puede consultarse SZEPESEY, J. E. (2005), *The Strategic Corporal and the Emerging Battlefield: The Nexus Between the USMC's Three Block War Concept and Network Centric Warfare*. The Fletcher School, Tufts University. Medford (USA). Véase esto en el sitio: <<http://www.carlisle.army.mil/DIME/documents/Szepesy%5B1%5D.pdf>>. (Consultado el 14 de febrero de 2011, 07:27 h.).

²¹⁹ KLAPPE, B. F. (2008). *International Peace Operations, The Handbook of International Humanitarian Law*, edited by Dieter Fleck, Oxford University Press. Oxford (UK), pp. 635-673, p. 649.

ridad como único órgano legitimado por el Derecho internacional público para adoptar medidas coercitivas cuya aplicación requiera, llegado el caso, el uso de la fuerza²²⁰. Refiere el holandés Klappe que tanto el mandato como las ROE se interrelacionan de tal modo que del primero emana la autoridad para intervenir, mientras que de las segundas emana la legitimación para usar la fuerza²²¹. A nivel estratégico, las ROE pueden ser redactadas, bien a modo de prohibición, o bien a modo de autorización. Un ejemplo de lo primero sería la prohibición general de utilizar determinado tipo de armamento; un ejemplo de lo segundo sería la autorización para usar la fuerza, incluida la letal, con objeto de proteger a la población civil ante la amenaza de un acto violento cuando las autoridades locales sean incapaces de brindar esa protección²²². A nivel estratégico también, ni el mandato en sí ni las ROE tienen carácter permanente. Antes al contrario, evolucionan al ritmo mismo que lo hace el curso de la operación²²³. Un claro ejemplo de cuanto decimos es la constante evolución que suele caracterizar la plétora de operaciones subsumibles en el concepto de «operaciones no bélicas», como la lucha contra crímenes, el narcotráfico, la piratería internacional, la intervención humanitaria o la utilización de las Fuerzas Armadas ante desastres a gran escala y ello es debido, precisamente, a la naturaleza esencialmente política que preside este tipo de operaciones²²⁴.

²²⁰ Art. 42 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. Véase esto en el sitio: <<http://www.un.org/en/documents/charter/chapter7.shtml>>. (Consultado el 14 de febrero de 2011, 13:15 h.).

²²¹ KLAPPE, B. F. *Op. cit.*, *supra* nota 298, p. 657.

²²² En el contexto de la ONU esta autorización se encuentra en la Regla 1.8 de las ROE utilizadas en operaciones de paz (la cursiva es nuestra): «Use of force, up to, including deadly force, to defend any civilian person who is in need of protection against a hostile act or hostile intent, *when competent local authorities are not in a position to render immediate assistance*, is authorized. When and where possible, permission to use force should be sought from the immediate superior commander». Véase esto en: UN DEPARTMENT OF PEACEKEEPING OPERATIONS (2002), United Nations Master List of Numbered ROE, *Guidelines for the Development of ROE for UNPKO, Provisional Sample ROE*. Attachment 1 to FGS/0220.001, United Nations Organization Nueva York (USA).

²²³ US JOINT CHIEFS OF STAFF. *Op. cit.*, *supra* nota 286, p. VII. También en WARREN, M. L., *op. cit.*, *supra* nota 42, p. 43. Del mismo modo, en EFLEIN, D. R. (1998), «A Case Study of Rules of Engagement in Joint Operations: The Air Force Shoot-down of Army Helicopters in Operation Provide Comfort», *The Air Force Law Review*, vol. 44, pp. 33-74, p. 37: «An OOTW is fluid and dynamic. Logic dictates that if the political objectives and the military mission change, as they will likely overtime, then the ROE should change as well.»

²²⁴ US JOINT CHIEFS OF STAFF. *Op. cit.*, *supra* nota 286, p. I-2; e incluso influye no solo la política interna del país que aporta las fuerzas, sino también la del país anfitrión, tal y como mantiene WARREN, M. L., *op. cit.*, *supra* nota 42, p. 46.

En las operaciones lideradas por la ONU el mandato incluye también un acuerdo adicional denominado «Términos de referencia» (también «TOR», del inglés *Terms of Reference*), donde se abordan asuntos tales como el objetivo específico de la misión, la estructura y composición de las fuerzas, organización, mando y logística, los elementos de apoyo y la financiación de la operación. Como afirma Warren: «La autoridad emana de las resoluciones del Consejo de Seguridad y de los respectivos derechos nacionales de cada país participante. El mandato expresa en líneas generales la misión, los objetivos y su finalidad. El TOR es el contrato entre las Naciones Unidas y los países que contribuyen con sus fuerzas a la operación»²²⁵.

Esta fase estratégica incluye también el concepto de «nación líder» (*Lead Nation*) que podríamos definir siguiendo la doctrina de la ONU como «aquella nación, o grupo de naciones, que tiene voluntad, capacidad, competencia e influencia suficiente para aportar los elementos esenciales de consulta política y liderazgo militar suficientes en aras a coordinar la planificación, desarrollo y ejecución de una operación militar en régimen de coalición. Dentro del marco organizativo aportado por la nación líder, otras naciones participantes en la coalición, en función a sus capacidades nacionales, pueden actuar como «agentes líder» (*Lead Agents*) en aras a desarrollar o coordinar determinados aspectos específicos tanto de la operación en sí como de su ejecución. Lo anterior podrá ser de aplicación tanto a nivel estratégico como operacional y táctico»²²⁶. En la doctrina oficial de la OTAN el concepto de «nación líder» aparece referenciado, sin embargo, como «nación marco» (*Framework Nation*)²²⁷. Como quiera que sea, esta fase de planificación estratégica incluye en todo momento el predominio de las autoridades políticas de cada nación y de suyo implica que esta traerá consigo sus propias ROE, las cuales serán reflejo a su vez de sus propios intereses políticos, jurídicos y militares. Puede ocurrir, por consiguiente, que las ROE de algunas naciones sean mucho más permisivas que las de otras. En todo caso, corresponde a las autoridades políticas y a sus consejeros militares presentes en las negociaciones hacer lo posible por reconciliar las diferencias entre unas y otras a fin de llegar a unas ROE lo más homo-

²²⁵ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42, p. 47.

²²⁶ UNITED NATIONS MULTINATIONAL INTEROPERABILITY COUNCIL (2000). *The Lead Nation Concept in Coalition Operations*. United Nations Organization, Nueva York (USA), p. 4. Véase esto en el sitio: <<http://www.aiai.ed.ac.uk/project/coax/demo/2002/mic/LeadNationConcept.pdf>>. (Consultado el 15 de febrero de 2011, 11:06 h.).

²²⁷ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION (2000). *Glossary of Terms and Definitions (English and French)*, Allied Administrative Publication 06, modified version 02. Mons (Bélgica), pp. 2-O-2 y 2-T-1.

géneas posibles. Relacionado con esto último serán las reservas o *caveats* que cada nación pueda formular en materia ROE, a fin de ajustar los requisitos estratégicos y operacionales de la operación a sus propios parámetros jurídicos y políticos. Los norteamericanos Auerswald, Saideman y Teirney destacan la enorme significación que en determinadas circunstancias –por ejemplo, Misión ISAF en Afganistán– pueden tener este tipo de reservas nacionales para el eficaz desarrollo de la operación. Reproducimos un párrafo de su trabajo por considerarlo altamente descriptivo del impacto que una decisión adoptada a nivel estratégico puede, sin embargo, tener a nivel incluso táctico: «La cuestión de los ‘caveats’ resulta polémica por la variedad de riesgos militares a los que se debe hacer frente en el teatro de operaciones. (...) Canadá, el Reino Unido, Holanda y los Estados Unidos de América operan fundamentalmente en las zonas sur y este de Afganistán, mientras que alemanes, italianos y franceses en la zona norte. Esto ha creado tensiones porque, como ha señalado un coronel canadiense, operar en la zona norte es como participar en una operación de paz en Bosnia, mientras que hacerlo en la zona sur se asemeja más a Irak: insurgentes, artefactos explosivos improvisados, conductores suicida; contribuyendo todos estos factores a crear una situación mucho más arriesgada. Una de las reservas más importantes quizás sea la relativa a dónde pueden ser empleadas las fuerzas. Por ejemplo, se ha dicho que el empleo de las tropas alemanas en la zona sur requeriría autorización parlamentaria otorgada mediante ley. Los líderes franceses, alemanes e italianos insisten en que sus tropas pueden ser empleadas ‘in extremis’ en cualquier zona del país y, sin embargo, eso supone otro obstáculo, ya que no parece existir consenso en torno a qué ha de entenderse por ‘in extremis’. La lista actual de reservas es materia clasificada; revelarlas supondría revelar las Reglas de enfrentamiento de cada país, lo cual ofrecería una ventaja al enemigo. (...) Esto ha llevado a acuñar el término ‘consumidores de raciones de campaña’ en alusión a aquellos países que ocupan espacio y utilizan recursos sin aportar nada realmente significativo a la operación»²²⁸.

A propósito de las reservas nacionales en materia de ROE debemos insistir en la enorme significación que estas tienen a nivel estratégico. Alcanzar el mayor consenso político en las ROE aplicables por cada contingente nacional no solo resulta conveniente desde el punto de vista opera-

²²⁸ AUERSWALD, D. P., SAIDEMAN, S. M. y TIERNEY, M. J. (2007). *Caveat Emp-tor!* National Oversight and Military Operations in Afghanistan, Paper prepared for delivery at the American Political Science Association, annual meeting. Chicago (USA). Véase esto en el sitio: <<http://mjtier.people.wm.edu/recent%20papers/CaveatEmp-tor.pdf>>. (Consultado el 16 de febrero de 2011, 09:47h.).

cional, sino incluso táctico. Todo ello en aras a simplificar los pormenores de la operación pensando en las tropas sobre el terreno. Generalmente, cada contingente será provisto de sus propias ROE a través de la cadena de mando nacional, sin perjuicio de que también existan, a su vez, unas ROE comunes para la coalición. En este contexto resulta también imperativo que cada contingente conozca en profundidad no solo sus propias ROE, sino incluso aquellas por las que se rigen otros contingentes con los que deba actuar simultáneamente. No resulta ocioso recordar aquí que cualquier divergencia o ambigüedad en este sentido puede llevar a que dos o más contingentes reaccionen de distinta manera ante idéntica situación, lo cual no hará más que contribuir a crear confusión, a la comisión de errores y, en última instancia, a la causación de posibles bajas propias. El estadounidense Dungan, basándose en la experiencia aportada por el desarrollo de las operaciones militares en Afganistán, nos advierte al respecto señalando algunas reglas prácticas sobre las ROE: «Algunos estudiosos han logrado identificar las cuatro reglas esenciales que ayudan a explicar muchos errores tácticos cometidos a veces debido a las ROE vigentes en ese momento: falta suficiente de difusión y explicación de las ROE al nivel más elemental; demasiado énfasis en la configuración de la legítima defensa, basada en las circunstancias tiempo de paz/tiempo de guerra y conducta/estatus; utilización de un lenguaje completamente superfluo y ambiguo en cuanto al derecho inmanente a la legítima defensa, y una falta sistemática de revisión continua de las ROE con fundamento en los requisitos de la misión y de las distintas amenazas»²²⁹. También resulta esclarecedor en este aspecto la aportación del estadounidense Izquierdo: «Las RDE [Reglas de enfrentamiento] deberán evolucionar con la misión y se ajustarán a las realidades de la misión. Las RDE deberán ser un instrumento lo suficientemente flexibles (sic.) en su forma para poder brindar el mejor apoyo a la misión a través de todas sus fases de operación y deberán reflejar los cambios en la amenaza»²³⁰.

En definitiva, tal y como señala el colombiano Villamizar a colación de los posibles errores militares cometidos debido a la existencia de unas ROE ambiguas o imprecisas: «(...) el establecimiento de reglas de encuentro

²²⁹ DUNGAN, C. P. (2004). «Rules of Engagement and Fratricide Prevention: Lessons from the Tarnak Farms Incident», *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 9, Fall/Winter, pp. 301-322, p. 312.

²³⁰ IZQUIERDO, O. A. (2003). *Hacia un modelo de Reglas de enfrentamiento para el hemisferio americano*. Colegio Interamericano de Defensa. Washington D. C., p. 8. Véase esto en el sitio: <<http://library.jid.org/en/mono42/izquierdo.doc>>. (Consultado el 17 de febrero de 2011, 09:27 h.).

claras y explícitas se ha consolidado como una herramienta fundamental para el desarrollo efectivo y legítimo de las operaciones militares». «Para guiar el accionar de las tropas, se promulgaron reglas de encuentro que buscaban evitar errores que pusieran en riesgo la vida de civiles inocentes». «(...) un ambiente confuso y potencialmente caótico en el que es particularmente difícil diferenciar entre fuerzas hostiles y civiles inocentes, debe estar regida (sic.) por reglas de encuentro relativamente estrictas»²³¹.

c. Las ROE a nivel operacional: el OPLAN y el «abogado operacional»

El Plan de Operaciones, a veces también denominado directamente OPLAN, es el siguiente documento básico de toda operación. El Plan de Operaciones suele adoptar forma de instrucción o directiva en la cual el jefe militar de la operación describe las misiones de carácter operacional necesarias para alcanzar los objetivos establecidos en el mandato. En su contenido encontramos no solo eso, sino también otros aspectos operativos como son las estructuras de mando y control y la autoridad atribuida al resto de los mandos subordinados que han de integrar la cadena de mando. En ocasiones existirán además toda una serie de documentos adicionales denominados Procedimientos Operativos Estandarizados (SOP en sus siglas en inglés) donde se recogen, ya a un nivel táctico, aspectos de interés tales como todo aquello relativo al uso de la fuerza y a las directrices que rigen el recurso a la misma, incluido un extracto de las ROE, tal y como sugiere el australiano Findlay²³². Estas –las ROE– suelen figurar aparte en forma de anexo, al igual que sucede con los aspectos legales previstos en el plan, y en ocasiones el mismo llevará por título *Anexo sobre el uso de la fuerza (Use of Force Annex)*²³³. Ya hemos hecho alusión en otro lugar al carácter dinámico del mandato y, por consiguiente, de las ROE. A este respecto, Warren, autor del que también hemos hablado no pocas veces, nos advierte de lo que en la doctrina oficial de su país viene a denominarse *mission creep* o lo que, entre nosotros, podríamos llamar el «cambio sigiloso de la misión»; fenómeno que tiene lugar cuando los principales agentes participantes en una operación de asistencia humanitaria buscan de forma

²³¹ VILLAMIZAR, A. (2004). «Errores Militares y Reglas de Encuentro», Fundación Seguridad y Democracia, pp. 5 y 6. Véase esto en el sitio: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/seguridad/docs/seg_docdocumrel/reglasdeencuentro-andres-0047.pdf>. (Consultado el 17 de febrero de 2011, 10:03 h.).

²³² FINDLAY, T. *Op. cit.*, *supra* nota 49, p. 14.

²³³ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. *Op. cit.*, *supra* nota 169, p. 258.

sigilosa expandir el contenido del mandato mucho más allá de sus propios propósitos u objetivos²³⁴. Este fenómeno bien puede tener su origen en un cambio repentino de criterio por parte de la propia autoridad política de la que procede el mandato, lo cual llevará a su asimilación a nivel operacional mediante la expedición de una orden adicional usualmente conocida como «orden fragmentaria» (del inglés *fragmentary order* y también conocida mediante la expresión FRAGO); o bien puede tener su origen en la iniciativa de las partes involucradas en el desarrollo mismo de la operación, sean estas las autoridades del Estado en cuyo territorio tiene lugar o los agentes involucrados en la misma. En cualquier caso, estamos ante un riesgo evidente que en el primero de los casos citados podría contribuir a crear confusión en cuanto a los propósitos de la autoridad política que dirige la operación y, del mismo modo, en el segundo, poner seriamente en peligro tanto los objetivos como los propósitos de la misma²³⁵.

En este plano operacional, también algunos autores manejan el concepto del «abogado operacional» para hacer referencia al asesor jurídico interviniente en un sinnúmero de tareas relacionadas con el planeamiento y ejecución de la operación. Sea dicho, de entrada, que de acuerdo con la doctrina oficial de la OTAN la redacción del anexo concerniente a las ROE es «responsabilidad del área de operaciones del Estado Mayor» y el asesor jurídico «asiste [al que las redacta] para asegurar que dicho anexo se encuentra conforme con del Derecho internacional (incluido el Derecho de los conflictos armados), el mandato político de la misión, las políticas nacionales y el Derecho de los países de la OTAN»²³⁶. Del mismo modo opina Izquierdo cuando señala lo siguiente: «En la práctica se diseña un equipo de trabajo compuesto por el comandante a cargo de la operación, los oficiales de inteligencia y de planeamiento y el auditor de guerra. Usualmente el borrador de trabajo es circulado a través de la fuerza para recoger aportaciones de personas con experiencia en operaciones previas. Se pretende facilitar unas guías claras en el uso de la fuerza»²³⁷. En torno a esta curiosa figura del «abogado operacional» ya hemos hablado al tratar sobre los distintos estudios que existen relativos al ejercicio de profesión jurídica militar, sobre todo allí, en el continente americano. Los canadien-

²³⁴ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42, p. 43.

²³⁵ US ARMY TRAINING AND DOCTRINE COMMAND (1994). *Field Manual 100-23-1, Multiservice Procedures for Humanitarian Assistance Operations*. Department of the Army. Washington D. C., pp. 3-1 y 3-2.

²³⁶ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. *Op. cit.*, *supra* nota 169, p. 258.

²³⁷ IZQUIERDO, O. A. *Op. cit.*, *supra* nota 309, p. 25.

ses Watkin y Drebot²³⁸ utilizan este concepto para aludir al asesor jurídico involucrado en todas las facetas del planeamiento operacional militar, de entre las que destacan, desde luego, el asesoramiento al mando en todo lo concerniente a la correcta confección y difusión de las ROE o la asistencia jurídica a los órganos encargados tanto de los procesos de selección de objetivos o *targeting*²³⁹ como de los procesos de estudio y análisis de un objetivo para adecuar el armamento y sus parámetros de disparo o *weaponering*²⁴⁰. El estadounidense Warren amplía los cometidos del «abogado operacional» a una lista exhaustiva que incluye, entre otros, la simplificación de aquellas ROE impartidas que resulten complejas –«destilar» las ROE es la fórmula que él emplea–; prestar asesoramiento al mando concerniente al significado, efecto o puesta en práctica e imposición de las ROE, así como instruir al resto de los mandos y a las tropas preparando escenarios teóricos y extractos esquemáticos sobre las ROE²⁴¹. En fin, quizás sea a este nivel operacional donde la figura del auditor militar cobra especial relieve, al menos en lo que se refiere a los cometidos consultivos que le son propios. En nuestra patria tienen, desde luego, difícil cabida propuestas como, entre otras, las ya citadas de los norteamericanos Dunlap²⁴² y Warren²⁴³ o, llegado el caso, los modelos de asesoramiento descritos por la doctrina oficial de su país, donde se llega incluso al paradigma de convertir al asesor jurídico presente en el campo operacional no solo en eso, sino también en «asesor ético y moral» del mando²⁴⁴.

El modelo de «abogado operacional» norteamericano sería difícilmente asimilable aquí, en nuestra patria –sobre todo en materia de asistencia jurídica al personal desplegado en operaciones–, donde las funciones y

²³⁸ WATKIN, K. W., y DREBOT, Z. (2011). *The Operational Lawyer: An Essential Resource for the Modern Commander*. Véase esto en el sitio: <<http://www.forces.gc.ca/jag/publications/pubpages/opLaw-loiop-watkin-eng.asp>>. (Consultado el 17 de febrero de 2011, 19:07 h.).

²³⁹ El *Glosario de términos militares* español, *op. cit.*, *supra* nota 60, p. 168, define este tipo de función como «el proceso de seleccionar objetivos y proporcionar la mejor respuesta posible, teniendo en cuenta las necesidades y capacidades operativas».

²⁴⁰ SAIZ AYALA, C. (2005). «Entrenamiento avanzado», *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, abril, pp. 268-279, p. 278.

²⁴¹ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42, p. 53.

²⁴² DUNLAP, C. J. *Op. cit.*, *supra* nota 273.

²⁴³ WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42.

²⁴⁴ Los asesores jurídicos, entre otros cometidos técnicos propios de su especialidad profesional, sirven además como «consejeros éticos» del mando, y en el campo operacional ayudan particularmente a que las operaciones sean llevadas a cabo con respeto «al Derecho, a la moral y a la ética». Esto en US DEPARTMENT OF THE ARMY (2009), *Field Manual 1-04, Legal Support to the Operational Army*. Department of the Army, Headquarters. Washington D. C. pp. 4-6 & 6-2.

cometidos profesionales del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa tienen un marco jurídico concreto definido tanto en las líneas generales previstas en el art. 37 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar como en las restantes leyes y reglamentos que regulan la profesión con carácter general o, en particular, el ejercicio de la jurisdicción militar. Si repasamos el entramado normativo español sobre el que descansa la actuación del asesor jurídico en el ámbito operacional, podemos encontrar tanto preceptos de Derecho internacional, como el art. 82 del Protocolo Adicional I de 1977, anejo a los Convenios de Ginebra de 1949, el cual establece que «Las altas partes contratantes en todo tiempo, y las partes en conflicto en tiempo de conflicto armado, cuidarán de que, cuando proceda, se disponga de asesores jurídicos que asesoren a los comandantes militares, al nivel apropiado, acerca de la aplicación de los convenios y del presente Protocolo y de la enseñanza que deba darse al respecto a las Fuerzas Armadas.», o como preceptos de carácter netamente reglamentario como es la Instrucción 1/1999, de 12 de marzo, sobre organización del asesoramiento jurídico, dictada por el asesor jurídico general de la Defensa, la cual considera precisa en su apartado VII (bajo la rúbrica «Difusión del Derecho internacional») «la intervención y asesoramiento jurídico en el planeamiento de operaciones militares en orden a su adecuación a la normativa internacional y la difusión del Derecho internacional a los distintos niveles jerárquicos y organizativos de las Fuerzas Armadas.» Es decir, el «abogado operacional» español es, principal y fundamentalmente, un asesor del mando –no del personal militar– en materia del Derecho de los conflictos armados, así como en aquellas otras materias de Derecho nacional, como ocurre con el régimen disciplinario o con el régimen de la contratación pública. Ello sin perjuicio de otras funciones de carácter residual en conexión con la «asistencia al personal» como pudieran ser la prevención de atestados para casos de contingentes desplegados fuera del territorio nacional, entre cuyas funciones se incluye una posible «asistencia a la víctima» (arts. 115 y 116 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar) y la de llevar a cabo, en defecto de juez togado presente en el lugar de los hechos, los juicios de testamentaría y abintestato en relación a los miembros de las Fuerzas Armadas que fallezcan en campaña o navegación (arts. 519 a 521 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar). De los autores españoles que han prestado atención a los aspectos operacionales del asesoramiento jurídico podemos destacar, entre otras, las aportaciones tanto de Serrano Barberán cuando deja a entrever esta posibilidad al referirse a la «asistencia jurídica al personal en período de operaciones, y no solo al mando, aunque subordi-

nada en todo caso a lo que permitan las necesidades del servicio»²⁴⁵, como la de De las Rivas Aramburu cuando señala, si bien solo para los mandos subordinados, lo siguiente: «en este nuevo escenario donde se han visto llamadas a actuar nuestras unidades militares, integradas en coaliciones de carácter internacional, en la mayoría si no en todos los casos, el asesor jurídico aparece tanto al lado del mando operacional, es decir, de aquel jefe militar investido del nivel de autoridad más completo sobre el terreno o zona de operaciones como al lado de los mandos subordinados»²⁴⁶.

En cualquier caso, quede aquí constancia de esto y quede constancia aquí también que la figura del «abogado operacional» tampoco parece ser una panacea, ni siquiera en el seno de la propia doctrina norteamericana²⁴⁷.

d. Las ROE a nivel táctico: La «tarjeta del soldado» y el «cabo estratégico»

Llegamos, por último, al nivel táctico de toda operación, es decir, al nivel del encuentro y, por consiguiente, al nivel del destinatario final de las ROE. En la teoría general de la guerra es lo que Clausewitz definía como el nivel del combate y que en unión del nivel de la planificación bélica u operacional y el nivel del objetivo político o estratégico conforman los tres niveles de la guerra. Para el general prusiano la «táctica enseña el empleo de las fuerzas armadas en el combate y la estrategia el empleo

²⁴⁵ SERRANO BARBERÁN, A. *Op. cit.*, *supra* nota 32, p. 129.

²⁴⁶ DE LAS RIVAS ARAMBURU, I., *op. cit.*, *supra* nota 32, p. 60.

²⁴⁷ Así es, no todos los artículos doctrinales parecen coincidir ni en la necesidad de reformular la profesión jurídico militar en los Estados Unidos de América ni en la necesidad de ampliar los cometidos del jurista militar. Existen tres artículos que de manera detallada parecen sugerir precisamente lo contrario, es decir, que todo lo que afecta a las ROE, en particular su difusión y aclaración, pertenece más al ámbito de la instrucción militar –o del *training*, como ellos dicen– por parte de los jefes inmediatos del soldado que al ámbito de las funciones consultivas de los profesionales militares del Derecho. Estos tres artículos son los de MARTINS (*op. cit.*, *supra* notas 44 y 54) y el de HOEGE (*op. cit.*, *supra* nota 59). Otros autores, como el ya citado WARREN (*op. cit.*, *supra* nota 42) apuntan en sentido opuesto, abogando precisamente –si hemos de tomar sus propuestas al pie de la letra– por un protagonismo tan hipertrofiado del jurista militar que podría asimilarse incluso más al de un comisario político de guerra que al de un consejero jurídico, algo de lo que aquí en España nos previene precisamente DE LAS RIVAS ARAMBURU al señalar lo siguiente «En cuanto a la función de asesoramiento, no puede dejarse de resaltar su carácter extremadamente delicado pues se corre el riesgo de desvirtuarla y transformarla en una suerte de función de censura o comisariado de la actuación del mando militar, cuestionando en cada momento la validez de sus órdenes o lo que es peor aún convirtiendo en nulas todas aquellas órdenes que no se hubieren dictado sin su previo concurso» (DE LAS RIVAS ARAMBURU, I., *op. cit.*, *supra* nota 32, p. 65).

de los combates para alcanzar el propósito de la guerra»²⁴⁸. En una zona intermedia entre una y otra se encontraría la planificación o, por decirlo de otro modo, el nivel operativo de la guerra²⁴⁹. Para Clausewitz, estrategia y táctica no debían ser antagonistas. Antes al contrario, estadista y soldado estaban destinados a entenderse cuando los objetivos políticos entraban en contradicción con los medios, ya que, a fin de cuentas, para él existía una interrelación entre ambos. De hecho, en algunos pasajes de su obra llega a postular lo siguiente: «La guerra en general, y el mando en cualquier caso particular, tienen derecho a exigir que la tendencia y los designios de la política no sean incoherentes con estos medios [estos ‘medios’ a los que se refiere no son otros que la guerra misma como continuación de la política]»²⁵⁰; así como también sugiere que «Si queremos que la guerra se adapte plenamente a los objetivos políticos y que la política sea adecuada a los medios disponibles para la guerra, a menos que el estadista y el soldado se combinen en una sola persona, el único recurso sensato es hacer que el comandante en jefe sea miembro del consejo de ministros, de forma que el consejo pueda compartir los aspectos más importantes de sus actividades. Pero a su vez, eso solo es posible si el consejo, es decir, el Gobierno, está cerca del teatro de operaciones, de forma que se puedan tomar las decisiones sin una grave pérdida de tiempo»²⁵¹. Si enlazamos ahora esta idea a la luz de cuanto llevamos visto sobre las ROE y de cuanto vimos al tratar sobre la estrecha relación existente entre estas y el pensamiento de Clausewitz, podemos comprobar no solo cómo sus dogmas aún siguen siendo válidos en pleno siglo XXI, sino atribuirle a él, incluso, su mismísima creación o al menos haber sentado sus bases doctrinales siglos antes de que estas comenzaran a ser utilizadas universalmente.

A nivel táctico las ROE suelen ser diseminadas de manera extractada o simplificada, a veces mediante una tarjeta o «ROE card» e, incluso, a veces de forma verbal, recibiendo entonces la denominación de «Reglas sobre el uso de la fuerza» (o también RUF, del inglés *Rules for the Use of Force*)²⁵²

²⁴⁸ VON CLAUSEWITZ, C. *Op. cit.*, *supra* nota 151, p. 75.

²⁴⁹ *Id.*, p. 458: «Los planes de guerra cubren cada uno de los aspectos de una guerra y los entrelazan para formar una única operación que debe tener un único objetivo final en el que todos los fines particulares concilien. Nadie empieza una guerra (para ser más exactos, nadie en su sano juicio debería hacerlo) sin tener antes claro lo que pretende lograr con esa guerra y cómo la pretende conducir. La primera cuestión constituye su objetivo político; la segunda, su objetivo operativo. Este es el principio rector que fijará el rumbo, determinará la magnitud de los medios y del esfuerzo requeridos y dejará sentir su influencia hasta en el menor detalle operativo».

²⁵⁰ *Id.*, p. 23.

²⁵¹ *Id.*, p. 499.

²⁵² WARREN, M. L. *Op. cit.*, *supra* nota 42, p. 55.

o la más gráfica de «órdenes para abrir fuego» (OFOF, del inglés *orders for opening fire*)²⁵³ y esto sin descartar, por otro lado, que el comandante pueda impartir instrucciones adicionales sobre el uso de la fuerza en circunstancias concretas²⁵⁴.

Llegados a este punto cabe preguntarse lo siguiente: ¿qué valor concreto tendrían estas instrucciones adicionales o especiales? ¿Forman parte indisoluble de las ROE? ¿No constituyen una intromisión del mando militar en las directrices políticas relativas al uso de la fuerza?

Hemos encontrado un estudio que resulta bastante esclarecedor al respecto, ayudándonos a comprender de paso la interrelación existente entre el binomio órdenes tácticas y directrices políticas. Su autor, el estadounidense Jeter²⁵⁵, mayor de la Fuerza Aérea, sostiene en su trabajo la incuestionable relación que existe entre unas y otras. Reproducimos a continuación los pasajes que mejor reflejan su tesis y, por ende, la estrecha relación existente entre unas y otras: «Durante las operaciones militares que impliquen la utilización de medios aéreos el jefe del componente aéreo tiene atribuida autoridad a través de instrucciones especiales [SPINS en el original, derivado del inglés *Special Instructions*] para restringir el alcance de las ROE promulgadas por su superior el jefe de la Fuerza Conjunta. Las Instrucciones Especiales son el medio utilizado por el jefe a cargo de las operaciones aéreas para controlar el cumplimiento

²⁵³ FINDLAY, T. *Op. cit.*, *supra* nota 49, p. 14.

²⁵⁴ *Id.*, p. 14.

²⁵⁵ JETER, P. E. (2004). «What Do Special Instructions Bring to the Rules of Engagement? Chaos or Clarity?», *The Air Force Law Review*, vol. 55, pp. 377-411. En este artículo se utiliza como caso ilustrativo el incidente de *Tarnak Farms* acaecido en Afganistán en 2002, en el que dos pilotos de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos atacaron por error fuerzas de una compañía de la Infantería canadiense con el resultado de cuatro fallecidos y ocho heridos. Los pilotos basaban su defensa argumentando que habían obrado en función al derecho inherente a la legítima defensa ante lo que avistaron como una pieza de artillería antiaérea que se encontraba abriendo fuego en los márgenes de una carretera. La investigación abierta tras el incidente demostró a las claras que los pilotos ni habían seguido las ROE aplicables, ya que estas aun no negando el derecho a la legítima defensa sin embargo prohibían descender deliberadamente a una altitud desde la cual –si bien no concretando cota exacta– pudieran quedar al alcance de los sistemas de fuego tierra-aire; ni habían cumplido tampoco la instrucción adicional (llamadas «SPINS» del inglés *special instructions*) impartida por sus mandos tácticos que concretaba la altitud exacta por debajo de la cual en ningún caso se podía volar. A mayor abundamiento, las fuerzas canadienses del Princess Patricia's Light Infantry Regiment tan solo estaban realizando ejercicios de combate nocturno en un paraje que hasta hacía un tiempo había sido bastión de Al Qaeda. ¿La niebla de la guerra...? ¿Fratricidio...? ¿Fatal casualidad...? Juzgamos que un cumplimiento estricto de las ROE, y en este caso concreto de las órdenes particulares impartidas al efecto, hubiese evitado tan trágico desenlace. Véase todo esto en el sitio: <<http://www.afjag.af.mil/shared/media/document/AFD-081009-012.pdf>>. (Consultado el 18 de febrero de 2011, 12:00 h.).

de los fines estratégicos de la campaña, las limitaciones operacionales y los procedimientos tácticos. Las SPINS incluyen una sección sobre cómo aplicar las ROE vigentes en el cumplimiento de la misión. Por consiguiente, son tan vinculantes para los pilotos como lo son las ROE promulgadas en el Plan de Operaciones por el comandante en jefe; y para que un piloto haga uso de la fuerza legítimamente debe ajustarse tanto a las SPINS como a las ROE»²⁵⁶; «Las fuerzas de los Estados Unidos reciben instrucciones generales del presidente a través de la cadena de mando en forma de ROE»²⁵⁷; «El jefe del componente aéreo de la Fuerza Conjunta pone de manifiesto a sus subordinados los objetivos y estrategia de la campaña aérea a través de instrucciones especiales. Las Instrucciones Especiales constituyen un documento fundamental para difundir las ROE en detalle. También sirven para impartir instrucciones relativas a los procedimientos tácticos y operativos. (...) Las Instrucciones Especiales ofrecen al operador táctico los pormenores relativos a las ROE necesarios para la preparación, desarrollo y ejecución de la misión. Por consiguiente, las Instrucciones Especiales son un mecanismo de control que el jefe del componente aéreo utiliza para dirigir minuciosamente la campaña aérea a nivel táctico y operacional. Una vez promulgadas, las Instrucciones Especiales tienen la fuerza vinculante de una orden impartida por el jefe del componente aéreo para el cumplimiento de la misión (...)»²⁵⁸; «Una de las herramientas utilizadas para simplificar la complejidad de las ROE en las operaciones aéreas son las SPINS (...). Las SPINS sirven para difundir las normas cambiantes y complejas contenidas en las ROE. Adicionalmente, las SPINS no solo ayudan a comprender las ROE, sino que además se ocupan de otros aspectos operacionales, como las comunicaciones o el reabastecimiento en vuelo»²⁵⁹.

Llegados a este nivel táctico también consideramos interesante señalar que los operadores militares pueden, en función a las amenazas o grado de peligro existente para el cumplimiento de la misión, formular peticiones a través de la cadena de mando en solicitud de aprobación o ampliación del marco de las ROE aplicables. Es aquí donde surgen las nociones de lo que en la doctrina oficial de la OTAN se conoce bajo los acrónimos de ROEREQ (del inglés *ROE request*), o solicitud que remite un mando subordinado a su superior o a la autoridad política a fin de que se aprueben nuevas ROE; ROEAUTH (del inglés *ROE authorization*), la

²⁵⁶ *Id.*, p. 382.

²⁵⁷ *Id.*, p. 384.

²⁵⁸ *Id.*, p. 392.

²⁵⁹ *Id.*, p. 393.

cual sería la autorización concedida a raíz de dicha petición; ROEDENY (del inglés *ROE deny*), o su denegación correspondiente; ROEIMPL (del inglés *ROE implementation*), para hacer alusión a la efectiva aplicación de aquellas ROE declaradas vigentes para un contexto operacional en particular; ROEAMPS (del inglés *ROE amplifications*), en alusión al desarrollo detallado de una ROE demasiado genérica allí donde sea necesario, y, por último, ROESUMS (del inglés *ROE summaries*), para referirse a aquellos extractos o resúmenes de las ROE que han sido aprobadas o modificadas²⁶⁰.

Por último, es también en este nivel táctico donde algunos autores manejan el concepto del «cabo estratégico» (*Strategic corporal*) acuñado por Krulak para hacer alusión a la repercusión que la actuación individual a este nivel puede llegar a tener a todos los niveles incluido el estratégico. De hecho, Krulak afirma que este concepto está íntimamente relacionado con el concepto de la «guerra en tres barrios» –otra de sus metáforas– y viene a simbolizar el tremendo impacto que en la morfología de los conflictos contemporáneos puede tener y de hecho tiene la capacidad de liderazgo de los jefes de pelotón. Si la «guerra en tres barrios» describe la tremenda complejidad de las operaciones militares modernas –sobre todo de aquellas denominadas no bélicas–, donde en cuestión de horas o de «barrios» un mismo pelotón de Infantería ha de enfrentarse a prácticamente todo el espectro de situaciones que van desde la paz a la guerra pasando por la asistencia humanitaria, entonces el énfasis ha de ser puesto, según Krulak, en fomentar la cultura de liderazgo de los jefes a nivel de pelotón ya que en ellos radica esa capacidad extraordinaria de adaptación²⁶¹. Lo anterior es un solo botón de muestra del gran valor que las ROE tienen en los conflictos contemporáneos, pues si la actuación de los mandos tácticos puede repercutir incluso a nivel estratégico, otro tanto de lo mismo podría decirse a la inversa, esto es, decisiones estratégicas como las ROE adquieren una

²⁶⁰ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. *Op. cit.*, *supra* nota 169, p. 255.

²⁶¹ KRULAK, C. C. *Op. cit.*, *supra* nota 139 (*The Strategic Corporal...*) y en desarrollo del concepto puede consultarse también BOYCE, G. R. (2008), «Training and Educating the Strategic Corporal». United States Marine Corps Command and Staff College, Marine Corps University. Quantico (USA). Véase esto en: <<http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA490789&Location=U2&doc=GetTRDoc.pdf>>. (Consultado el 20 de febrero de 2011, 09:16 h.). Desde la perspectiva australiana puede consultarse también LIDDY, L. (2005), «The Strategic Corporal – Some Requirements in Training and Education», *Australian Army Journal*, pp. 139-148; del mismo modo BREEN, B. y McCauley, G. (2008), *The World Looking Over Their Shoulders: Australian Strategic Corporals on Operations in Somalia and East Timor*. Land Warfare Studies Centre. Canberra.

significación todavía mayor como herramienta fundamental para controlar el uso de la fuerza, incluso en los niveles inferiores de tipo táctico.

e. Recapitulación

«Derecho militar operativo», «abogado operacional», «cabo estratégico», etc., no son construcciones dogmáticas sin sentido alguno, y mucho menos en cuanto a las ROE se refiere. Antes al contrario, demuestran la vigencia hoy más que entonces del pensamiento clausewitziano al evidenciar que estrategia, planificación militar y táctica se encuentran estrechamente vinculadas entre sí. También sirven para poner de manifiesto la conclusión, ya apuntada, que sería necesario contar con un manual de doctrina oficial del Ministerio de Defensa español en torno a la función de asesoramiento jurídico en operaciones. ¿O es que, por ejemplo, las ROE no afectan de hecho a todos los participantes en una operación desde el gobernante al jefe de un pelotón de Infantería? Quizás haya llegado el momento histórico de revisar las funciones operacionales oficiales del auditor español ampliándolas a las de poder ofrecer consejo legal a cuantos intervienen en el curso de las operaciones, ya sea esto a nivel estratégico, operacional o simplemente táctico. No ha de faltarle mucha razón al estadounidense Wheaton cuando afirma que «el asesor jurídico militar del siglo XXI tiene ante sí el reto de cumplir un triple objetivo: apoyar la misión (promoviendo y protegiendo la autoridad del mando); prestar consejo profesional (al mando, a los órganos de mando y al personal y a sus familias), y contribuir a la legitimidad de la misión (promoviendo la acción de la justicia y el comportamiento ético). (...) de tal modo que el asesor jurídico militar debe involucrarse en todo el proceso de adopción de decisiones que van desde las células de planeamiento a los escalones inferiores de mando»²⁶². Esto parece ser ya una realidad allí, en los Estados Unidos de América, donde la doctrina oficial ha acabado por incluir en los cometidos del Cuerpo de *judge advocates* tanto la tradicional función de actuar como órgano consultivo del mando, sea operacional o de guarnición, como de servir, incluso, como consejero en asuntos jurídicos para el resto del personal militar en activo, de sus familias y del personal en retiro²⁶³.

²⁶² WHEATON, K. D. (2006). «Strategic Lawyering: Realizing the Potential of Military Lawyers at the Strategic Level», *The Army Lawyer*; septiembre, pp. 1-16, p. 3.

²⁶³ US DEPARTMENT OF THE ARMY. *Op. cit.*, *supra* nota 323, p. 1-1: «The JAGC provides proactive legal support on all issues affecting the Army and the joint force, and delivers quality legal services to Soldiers, retirees, and their families.»

II.4. EL CONCEPTO DE ROE

Existen de ordinario tantos conceptos sobre las ROE como definiciones hay en el ámbito tanto de doctrina oficial como de doctrina particular. Textos como los que vamos a ver a continuación, algunos ya citados a lo largo del presente trabajo, contienen distintas definiciones que nos pueden servir de orientación. Las notas esenciales presentes en cualquier definición en torno a las ROE se repiten casi siempre con precisión matemática: directiva o instrucción impartida por la autoridad política o por el mando militar, especificando los requisitos, condiciones y circunstancias en que las tropas en operaciones pueden recurrir al uso de la fuerza en situaciones distintas de aquellas en que proceda ejercer el derecho a la legítima defensa. Por esta y aquella razón nos limitamos a aportar aquí una exposición de las distintas definiciones existentes más que a elaborar nosotros una definición académica. A mayor abundamiento, como sostiene el alemán Dreist, cada organización internacional y en última instancia cada país suelen crear su propio sistema de ROE²⁶⁴. Por otro lado, ofrecer nosotros una definición propia habría de resultar no solo pretencioso, sino que, probablemente, estaría abocada al fracaso, debido a la tremenda variedad de estas que ya existen. Veamos a continuación algunas definiciones que consideramos interesantes y suficientemente ilustrativas.

En España las ROE aparecen mencionadas en la doctrina oficial del Ejército de Tierra como «aquellas directivas emanadas por la autoridad militar para especificar las circunstancias y limitaciones en las que las fuerzas iniciarán o continuarán un enfrentamiento con otras fuerzas. Definen las circunstancias, condiciones, grado y forma bajo las que se puede o no aplicar la fuerza. Están redactadas en forma de prohibiciones, limitaciones y autorizaciones que regulan la aplicación controlada de la fuerza. Las ROE,s. (sic.) no asignan cometidos ni dan instrucciones tácticas»²⁶⁵. En la doctrina oficial de la Armada se definen como «directivas emitidas a

²⁶⁴ DREIST, P. (2007). «Rules of Engagement in Multinationalen Operationen – ausgewählte Grundsatzfragen», *NZWherR.*, vol. 3, pp. 99-115, p. 106. Véase de este mismo autor DREIST, P. (2008), «Rules of Engagement in NATO-Operationen», *Unterrichtsblätter für die Bundeswehrverwaltung (UBWV)*, vol. 3, pp. 93-108; DREIST, P. (2009), «Militärische WEU Operationen und der Umgang der WEU mit Rules of Engagement», *NZWherR.*, vol. 1, pp. 1-12 y su continuación en *NZWherR.*, vol. 2, pp. 55-66. Resulta curioso comprobar cómo este autor –tiene escritos todos sus trabajos en alemán– ha sucumbido, no obstante, a la tentación de utilizar directamente la denominación en inglés en lugar de emplear la de su lengua vernácula: *Einsatzregeln*. Véase esto en el sitio: <<http://www.dict.cc/german-english/Einsatzregeln.html>>. (Consultado el 21 de febrero de 2011, 07:12 h.).

²⁶⁵ EJÉRCITO DE TIERRA. *Op. cit.*, *supra* nota 60, p. 181.

las fuerzas militares que definen las circunstancias, condiciones, grado y manera bajo los cuales las fuerzas militares podrán emplear la fuerza. El propósito general de las ROE es proporcionar un medio mediante el cual las autoridades de las naciones pueden controlar la actuación de la fuerza en situaciones de paz, tensión o crisis»²⁶⁶.

En la doctrina oficial de la OTAN se definen como «directivas emitidas por la autoridad militar competente en las que se especifican las circunstancias y limitaciones bajo las cuales las fuerzas iniciarán o continuarán un enfrentamiento con otras fuerzas»²⁶⁷. Resulta interesante destacar aquí también cómo en la doctrina oficial de la OTAN llegan a ser definidas simultáneamente como «el medio por el que la autoridad nacional dirige en términos políticos la conducción de las operaciones militares, incluyendo autorizaciones o limitaciones en cuanto a la amenaza al uso de la fuerza, al uso de la fuerza o a la realización de aquellas acciones que pudieran ser consideradas como una provocación»²⁶⁸.

En la Unión Europea las ROE son consideradas como «aquellas directivas emitidas para los comandantes y las fuerzas militares (incluidos los individuos) que definen las circunstancias, condiciones, grado y manera en que la fuerza o aquellas acciones que pudieran ser interpretadas como una provocación pueden, o no, ser aplicadas. Las ROE no son utilizadas para asignar cometidos ni impartir instrucciones tácticas»²⁶⁹.

En el marco de la ONU estas consisten básicamente en «directivas impartidas a los jefes operacionales estableciendo cuándo y cómo puede el personal militar al servicio de las Naciones Unidas recurrir justificadamente al uso de la fuerza»²⁷⁰. Del mismo modo, a través de las ROE se

²⁶⁶ ESTADO MAYOR DE LA ARMADA. *Op. cit.*, *supra* nota 81, p. 5-11.

²⁶⁷ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. *Glossary...*, *op. cit.*, *supra* nota 167, p. 2-R-10.

²⁶⁸ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. *Op. cit.*, *supra* nota 169, pp. 254 y 258. Esta definición viene a ser una reproducción, a su vez, de la que aparece en el manual de doctrina oficial de la OTAN en materia de las Reglas de enfrentamiento, el *Manual MC 362/1, NATO Rules of Engagement*, aprobado por el Consejo del Atlántico Norte en 2003, donde se definen como «directivas dirigidas a las fuerzas militares (incluidos los individuos) que definen las circunstancias, condiciones, grado y manera en que la fuerza o aquellas acciones que pudieran ser consideradas como provocativas puede utilizarse». El término «provocación» entiéndase siempre como sinónimo de «hostil» y, por consiguiente, desprovisto de las connotaciones éticas o morales que dicha palabra puede llevar consigo.

²⁶⁹ EUROPEAN UNION MILITARY COMMITTEE (2008). *Use Of Force Concept for EU-led Military Crisis Management Operations – 1st Revision, Part III: Use of Force/H/50*. Véase esto en: <<http://www.bmlv.gv.at/truppendienst/ausgaben/artikel.php?id=775>>. (Consultado el 21 de febrero de 2011, 09:59 h.).

²⁷⁰ UNITED NATIONS (2002). *Guidelines for the Development of Rules of Engagement (ROE) for United Nations Peacekeeping Operations*. Department of Peacekeeping

establecen «los parámetros dentro de los cuales el personal militar (y policial) armado al servicio de las Naciones Unidas puede recurrir a la fuerza en operaciones de paz»²⁷¹.

En la perspectiva comparada se pueden traer a colación aquí las definiciones contenidas en los numerosos manuales oficiales de los Estados Unidos de América, las cuales como es obvio vienen a ser repetición unas de otras. A fuer de no resultar demasiado redundantes podríamos aquí atenernos a aquella que las define genéricamente como las «directivas emitidas por la autoridad militar competente que establecen las circunstancias y limitaciones bajo las cuales las fuerzas de los Estados Unidos iniciarán o continuarán un combate con otras fuerzas a las que se enfrenten»²⁷².

En la doctrina oficial de Francia aparecen definidas como las «directivas procedentes de una autoridad militar designada [a los efectos], avaladas en el ámbito político y dirigidas a las fuerzas comprometidas en una operación exterior determinada con objeto de definir las circunstancias y las condiciones bajo las cuales esas fuerzas armadas pueden hacer uso de la fuerza o efectuar una acción que pueda ser interpretada como hostil. (...) El uso de la fuerza comprende el empleo de las armas y todas aquellas medidas y acciones que tengan carácter coercitivo susceptibles de limitar la libertad y los derechos de las personas»²⁷³.

Operations, Military Division. Nueva York (USA). Se trata de un documento reservado, aunque las vicisitudes relativas a su preparación y redacción pueden seguirse detalladamente en FINDLAY, T., *op. cit.*, *supra* nota 49, pp. 347-350. Más sobre esto también en McLAUGHLIN, R. (2007), «The Legal Regime Applicable to Use Lethal Force When Operating Under a United Nations Security Council Chapter VII Mandate Authorizing All Necessary Means», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 12, issue 3, pp. 389-417. La primera referencia a las ROE que aparece en el contexto de la ONU dataría de 1993 con ocasión de la intervención en Somalia a través de la operación UNOSOM II (1993-1995), lo cual fue reflejo, sin duda, de la participación de los Estados Unidos de América en su planeamiento (esto en FINDLAY, T., *op. cit.*, *supra* nota 49, p. 191). El derribo de dos helicópteros del ejército estadounidense en Mogadiscio por parte de las milicias somalíes y los trágicos sucesos a que esto dio lugar serían luego llevados al cine en la célebre película que llevó por título *Black Hawk Derribado* (2001), Revolution Studios. Ironías aparte, con la introducción del concepto de ROE en la planificación militar de la operación los Estados Unidos pretendían precisamente, entre otros, difuminar el protagonismo de sus fuerzas en la operación (esto último también en FINDLAY, T., *op. cit.*, *supra* nota 49, p. 189).

²⁷¹ UNITED NATIONS ORGANIZATION (2004). *Commanding United Nations Peacekeeping Operations*. United Nations Institute for Training and Research. Nueva York (USA), p. 234. Véase esto en el sitio: <<http://j3.rtarf.mi.th/poc/Document/data/doc2/UNITAR%20Commanding%20PKO.pdf>>. (Consultado el 21 de febrero de 2011, 11:21 h.).

²⁷² US DEPARTMENT OF DEFENSE (2010). *Dictionary of Military and Associated Terms*, p. 317. Véase esto en: <http://www.dtic.mil/doctrine/new_pubs/jp1_02.pdf>. (Consultado el 21 de febrero de 2011, 10:57 h.).

²⁷³ MINISTÈRE DE LA DÉFENSE. *Op. cit.*, *supra* nota 228, p. 19: «Les règles d'engagement sont des directives provenant d'une autorité militaire désignée, avalisées au

En la doctrina oficial de Australia se definen como «directivas emitidas por la autoridad militar competente donde se especifican las circunstancias y limitaciones en las que las fuerzas australianas iniciarán o continuarán combate con las fuerzas a las que se enfrenten»²⁷⁴. En otro lugar también se definen como «instrucciones [impartidas] a los comandantes donde se establecen las limitaciones y las posibles libertades en aplicación de la fuerza»²⁷⁵.

En fin, en la doctrina oficial del Institute for Security Studies, fundación africana dedicada al estudio de asuntos relacionados con la política de seguridad, se establece que las ROE «ofrecen dirección política, dentro de los parámetros legales, y orientación a los comandantes a todos los niveles en relación al uso de la fuerza»²⁷⁶; lo cual es tanto como repetir el contenido de todas las definiciones oficiales que venimos examinando, a saber: directriz o instrucción dirigida a los mandos militares o a sus fuerzas en relación a cómo, cuándo y dónde pueden llegar a hacer uso de la fuerza o realizar acciones que pudieran ser consideradas hostiles.

En el plano de la doctrina particular son de destacar, una vez más, las aportaciones de nuestros compatriotas De las Rivas Aramburu que las define, según el patrón OTAN, como las «directivas dirigidas a las fuerzas militares (soldados incluidos) en las que se definen las circunstancias, las condiciones, el grado y los procedimientos para el empleo de acciones que podrían considerarse como provocaciones»²⁷⁷; Zarranz Doménech, como las «normas para el uso de la fuerza dadas por el mando de una operación. Con ellas se pretende limitar el uso de la fuerza de forma

niveau politique et adressées aux forces engagées dans une opération extérieure déterminée, afin de définir les circonstances et les conditions dans lesquelles ces forces armées peuvent faire usage de la force ou effectuer toute action pouvant être interprétée comme hostile. (...) Le usage de la force comprend l'emploi des armes et toutes les mesures et actions à caractère coercitif susceptibles de limiter la liberté et les droits des personnes».

²⁷⁴ DEPARTMENT OF DEFENCE (1994). *Glossary*, Australian Defence Force Publication 101. Véase esto en el sitio: < http://epress.anu.edu.au/sdsc/sfsr/mobile_devices/go01.html>. (Consultado el 21 de febrero de 2011, 12:00 h.). También en BREEN, B. (2008), *Struggling for Self Reliance: Four case studies of Australian regional force projection in the late 1980s and the 1990s*. The Australian National University, ANU E Press. Canberra, p. 182.

²⁷⁵ ROYAL AUSTRALIAN NAVY (2010). *Australian Maritime Doctrine, RAN Doctrine I*. RAN Sea Power Centre. Canberra, p. 37.

²⁷⁶ INSTITUTE FOR SECURITY STUDIES (2000). *Peace Support Operations – A Working Draft Manual for African Military Practitioners*. Peace Missions Programme-Institute for Security Studies, DWM 1-2000, February, Pretoria, p. 7. Véase esto en el sitio: <<http://www.iss.co.za/Pubs/Other/PeaceSupportManualMM/Ch1.pdf>>. (Consultado el 21 de febrero de 2011, 18:43 h.).

²⁷⁷ DE LAS RIVAS ARAMABURU, I. *Op. cit.*, *supra* nota 38, p. 86.

que sea utilizada únicamente de manera acorde y congruente con los objetivos finales que se trata de lograr, tanto militares como estratégicos, incluyendo en estos últimos los políticos (...)»²⁷⁸; y Alía Plana, para el que las ROE son aquellas «órdenes del mando que determinan cuándo, dónde, contra quién y cómo se usa la fuerza, incluso la letal, durante una operación militar»²⁷⁹.

En fin, en la doctrina particular extranjera existe un alud de artículos en que cada cual viene a definirlos de acuerdo con la doctrina oficial de su país de origen o bien remitiendo a la doctrina oficial o particular de aquellos otros países u organizaciones internacionales en donde ha recibido mayor atención, tales como –qué duda cabe– los Estados Unidos de América. Para el autor de uno de los trabajos mejor documentados que existen sobre las ROE, el estadounidense Martins, estas son aquellas «directivas emitidas por la autoridad militar competente que establecen las circunstancias y limitaciones bajo las cuales las fuerzas de los Estados Unidos iniciarán o continuarán un combate con otras fuerzas a las que se enfrenten»²⁸⁰. El argentino Várnagy ofrece una definición minimalista al señalar escuetamente que estas son «restricciones para el empleo y uso de la fuerza»²⁸¹. Por el contrario, el peruano Alva Villamón las define procelosamente como las «instrucciones que da un gobierno para trazar claramente las circunstancias y los límites en los que sus fuerzas terrestres, navales y aéreas pueden emprender o proseguir acciones de combate contra fuerzas enemigas. Estas instrucciones pueden ser generales o permanentes, o referirse a acciones específicas o a situaciones determinadas relacionadas con un comportamiento dado del adversario. Fundamentalmente, se trata de reglas que restringen el empleo de la fuerza, en los límites autorizados por el Derecho interno, así como por el Derecho internacional de los conflictos armados. Factores estratégicos, políticos y diplomáticos pueden también influir en su formulación»²⁸². Para la italiana Pineschi estas consisten en «directivas que definen las circunstancias, el grado y la manera en que las fuerzas militares

²⁷⁸ ZARRANZ DOMENECH, G. *Op. cit.*, *supra* nota 10, p. 145.

²⁷⁹ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 21.

²⁸⁰ MARTINS, M. S. *Op. cit.*, *supra* nota 44, p. 4 (en nota a pie 3).

²⁸¹ VÁRNAGY, T. (2010). «Naciones Unidas y Regionalismo: «Cruz del Sur», una fuerza de paz combinada argentino-chilena», *Cuadernos de Marte*, año 1, núm. 0, mayo, pp. 177-208, p. 204. Véase esto en el sitio: <http://www.iigg sociales.uba.ar/revistacuadernosdemarte/nro0/0_Varnagy.pdf>. (Consultado el 21 de febrero de 2011, 23:04 h.).

²⁸² ALVA VILLAMÓN, S. J. (2005). El Control Político de un Conflicto de Baja Intensidad a través de las Reglas de Enfrentamiento de la Autoridad Política Legalmente Constituida: Caso de la Frontera del Perú con Colombia Colegio Interamericano de Defensa. Washington D. C., pp. 39-40. Véase esto en el sitio: <<http://library.jid.org/en/thesis/alva.pdf>>. (Consultado el 23 de febrero de 2011, 11:24 h.).

pueden hacer uso de la fuerza en el desarrollo de sus operaciones (...)»²⁸³. El suizo Zen-Ruffinen las define como «directivas establecidas a nivel nacional o internacional y armonizadas entre las naciones y las instancias de seguridad participantes de cara a un enfrentamiento específico. Regulan el comportamiento de las tropas y, en particular, el recurso a la fuerza y al empleo de medidas coercitivas en el curso de los enfrentamientos, incluido el enfrentamiento armado»²⁸⁴. Por último, el holandés Klappe sostiene que las ROE son «directivas dirigidas a los comandantes operacionales en las que se delimitan los parámetros dentro de los cuales puede emplearse la fuerza por parte de aquellas personas participantes en una operación de paz internacional»²⁸⁵.

En definitiva, todas estas definiciones expresan, de una u otra forma, lo que son las ROE. Algunas, tal y como se puede comprobar, tendrían cabida más en un plano estratégico por hacer referencia expresa a la autoridad política como órgano de las que proceden. Estas resultan, a nuestro juicio, muy acertadas por cuanto que reflejan la finalidad esencialmente política de las ROE. Otras definiciones tendrían mejor cabida en el plano táctico-operacional por señalar, en su lugar, a la autoridad o mando militar. Estas últimas, aun siendo por supuesto acertadas también, sin embargo, pueden llevar a confusión porque siempre existe el riesgo de llegar a identificarlas con lo que en otro caso no dejarían de ser meras órdenes o cometidos de carácter táctico. Existen, también, aquellas definiciones que incluyen en su contenido no solo la apelación al uso de la fuerza, sino incluso al recurso de aquellas acciones coercitivas que, en cualquier otro caso, pudieran ser consideradas como hostiles o provocativas. Estas definiciones tienen la ventaja de incluir en su seno el amplio elenco de actuaciones que pueden llegar a abarcar unas ROE. Con independencia de unas y otras consideraciones, todas ellas, sin embargo, sirven al propósito esencial que las caracteriza, esto es, el de servir como herramienta política para limitar o autorizar el uso de la fuerza militar.

²⁸³ PINESCHI, L. (2009). «L'Emploi de la Force dans les Opérations de Maintien de la Paix des Nations Unies 'Robustes': Conditions et Limites Juridiques», communication orale et contribution écrite in Colloque franco-italien *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, dir. L. Balmond, M. Aracari, Nice, 4-5 octobre 2007, éditions Giuffrè. Milán, pp. 139-178, p. 170.

²⁸⁴ ZEN-RUFFINEN, P. (2006). «Les règles d'engagement», *Revue Militaire Suisse*, Parution avril. Véase esto en el sitio: <<http://www.revuemilitairesuisse.ch/node/16>>. (Consultado el 23 de febrero de 2011, 16:02 h.).

²⁸⁵ KLAPPE, B. F. *Op. cit.*, *supra* nota 298, p. 655.

II.5. TIPOLOGÍA DE LAS ROE

A la hora de identificar los distintos tipos de ROE pueden seguirse criterios o patrones tales como clasificarlas en función a las circunstancias o situaciones para el que son diseñadas o hacerlo desde la perspectiva de los medios y métodos a emplear en el uso de la fuerza o también, incluso, clasificarlas en función a las zonas geográficas o tiempo de vigencia en las que resultan de aplicación. En fin, también puede seguirse si se prefiere el criterio de distinguir las en función a sus destinatarios. Surgen así los conceptos de «ROE de guerra», «ROE de paz», «ROE policiales», «ROE militares», «ROE generales o permanentes», etc. Veamos a continuación algunos ejemplos de cuanto decimos con el propósito de que dicha clasificación pueda ser de utilidad a cuantos de un modo u otro tienen el cometido de redactar, asistir como consejeros o están llamados ser simple y llanamente los destinatarios últimos de las mismas.

a. Las ROE en el tiempo: ROE de paz y ROE de guerra

El estadounidense Izquierdo, autor del que ya hemos hablado y el cual las denomina Reglas de enfrentamiento o RDE²⁸⁶, maneja estos conceptos al clasificarlas y definir sus caracteres del siguiente modo:

RDE para tiempos de paz: «Estas son emitidas por el Estado Mayor Conjunto para asegurar que sus unidades ejerciten la fuerza de acuerdo con lo dispuesto por la ONU, el Derecho internacional y las leyes de la nación, aplicables a la misión que se ejecute. En tiempo de paz, las tropas podrían hacer uso de fuerza solo cuando se ejecuta un acto hostil contra el interés propio o exista una inminente amenaza de daño. Tomando como base la doctrina norteamericana, las RDE para tiempos de paz están diseñadas para permitir que los EE UU ejerciten sus derechos bajo la ley internacional y mediante provisiones y tratados en lo específico para de esta forma prevenir durante situaciones de alta tensión, una escalada accidental de la crisis debido a interpretaciones o cálculos erróneos de las intenciones o acciones del enemigo. Al mismo tiempo están diseñadas para permitirles a los comandantes la debida libertad de acción para proteger sus tropas y los intereses nacionales»²⁸⁷.

²⁸⁶ IZQUIERDO, O. A. *Op. cit.*, *supra* nota 309.

²⁸⁷ *Id.*, pp. 14-5.

RDE para compeler en tiempo de paz y de combate: «Estas deben contener elementos que ayuden en una transición forzosa de tiempos de paz a tiempos de guerra. Estos elementos deben ser claramente definidos y permitir al comandante alertar a sus fuerzas si cambia la situación. Como principio cardinal en períodos de combate se establece que el esfuerzo principal de las tropas debe ir enfocado a vencer al enemigo y las RDE deben reflejar dicha meta. El uso de la fuerza se restringirá solamente por lo que ordene la política nacional o consideraciones tácticas o estratégicas. Por otro lado, en las operaciones de no-guerra (sic.) [lo cual equivale a operaciones distintas de la guerra], consideraciones de tipo político generalmente causan que se restrinja el uso de la fuerza. En general, el grado de fuerza a utilizar va a depender del objetivo que se proponga para el cumplimiento de la misión»²⁸⁸.

RDE para el mantenimiento de la paz: «Ocurre generalmente después de la fase de combate o entran en efecto para fuerzas pacificadoras en territorios que se ven envueltos en conflictos internos. Las fuerzas militares se utilizan para asumir el rol de policías en el mantenimiento del orden y la seguridad pública. También trabajan en conjunto con las autoridades civiles y este cambio drástico de una función de guerra a labores policiales requiere que se limite el uso de la fuerza. Las RDE deben estar redactadas de forma tal que el soldado que participe en la misión, desde el oficial a cargo hasta el último de los soldados en la escala de rangos, entienda el alcance de sus nuevas responsabilidades. Habrá por tanto que considerar la misión que nos proponemos realizar al aplicar las RDE para que las mismas sean efectivas; la inteligencia que podamos recopilar, ya que con ella sabremos con cuáles recursos cuenta la otra parte, tales como sus tácticas, sistemas de armamentos y las capacidades de combate del enemigo; la intención del comandante adverso, conocer y anticipar sus planes, y la amenaza que represente la agresión»²⁸⁹.

Similar clasificación basada en las circunstancias temporales en que resultan de aplicación maneja el también autor estadounidense ya citado Jeter²⁹⁰, el cual las cataloga desde una perspectiva analítica de la siguiente manera:

ROE para operaciones de paz y de combate: «Del mismo modo que los conflictos armados varían y quedan bajo la influencia de las circunstancias, otro tanto puede decirse de las ROE. Una forma de categorizar las ROE es

²⁸⁸ *Id.*, p. 15.

²⁸⁹ *Id.*, p. 15.

²⁹⁰ JETER, P. E. *Op. cit.*, *supra* nota 334.

según la escala del conflicto. (...) Si un conflicto se intensifica, las ROE se adaptarán a la crisis. Este tipo de ROE flexible puede denominarse «ROE de tiempo de paz a tiempo de combate». Este tipo de ROE sería aplicable indistintamente a todos los ejércitos durante la fase de planificación de un conflicto. Sin embargo, cuando la atención se centra en las capacidades operacionales, cada ejército normalmente desarrolla sus propias ROE de combate para adecuarlas a su misión. Por consiguiente, cada tipo de ROE repercute indistintamente en las acciones militares de las Fuerzas de los Estados Unidos»²⁹¹.

ROE Permanentes de la Junta de Jefes de Estado Mayor: según refiere Jeter estas son las que han llegado a ser calificadas en algún lugar como «la cadena entre la autoridad política y el soldado»²⁹². En su opinión este tipo de ROE permanentes constituyen «el punto de referencia fundamental para todas las fuerzas de los Estados Unidos con ocasión de ataques militares que tengan lugar en el territorio nacional y durante todas las operaciones militares, contingencias y ataques terroristas que se produzcan fuera del mismo»²⁹³.

A su vez, el contenido esencial de estas ROE –su estructura consta de hasta diecisiete apartados, o lo que se denomina *enclosures*– se puede desglosar en diversas áreas esquemáticas dedicadas respectivamente a los principios y pautas generales de las ROE (apartado A), donde se describen detalladamente tanto conceptos generales como los objetivos, propósito y ámbito de las ROE, poniendo énfasis en el derecho y obligación que tiene todo comandante a la legítima defensa e incluyendo otros

²⁹¹ *Id.*, p. 385. Su denominación original en inglés resulta ser la de *Peacetime to Combat Operation, ROE*, y vienen a constituir un tipo de ROE flexible que permitirá adaptarlas a una situación en la que el espectro del conflicto o crisis vaya evolucionando de una situación de paz a otra de combate. Al propio tiempo, habría que destacar el carácter universal de las mismas en situación de paz y su fragmentación en ROE particulares *ad hoc* para cada ejército a medida que se produce la transición a una situación de combate.

²⁹² *Id.*, p. 386; el cual a su vez obtiene dicha denominación (según consta en nota a pie 28 de su trabajo) del manual operativo US DEP'T OF THE AIR FORCE, 12TH Air Force, Judge Advocate Office, *Supplement to 612 COS/DOOCOS Operations Duty Officer Guide for an Air Operations Center S1-30*. Las ROE permanentes de la Junta de Jefes de Estado Mayor de los Estados Unidos de América (en inglés *Joint Chiefs of Staff Standing Rules of Engagement for U.S. Forces*) han tenido ya varias versiones, como las de 1994, 2000 o las vigentes, de 13 de junio de 2005 aprobadas por Resolución CJSC 3121.01B (THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL, *op. cit.*, *supra* nota 9, p. 74). Un ejemplo puede examinarse en el sitio: <http://www.fas.org/man/dod-101/dod/docs/cjcs_sroe.pdf>. (Consultado el 25 de febrero de 2011, 11:49 h.). Sin embargo, existen aspectos parciales de estas ROE que, por obvias razones, tienen «la clasificación de secreto» (THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL, *op. cit.*, *supra* nota 9, p. 73).

²⁹³ JETER, P. E. *Op. cit.*, *supra* nota 334, p. 386.

aspectos relacionados con la definición de los términos «acto hostil», «intento de acto hostil», «fuerza declarada hostil» o los de «legítima defensa de la unidad», «legítima defensa nacional» o «legítima defensa colectiva». Los apartados B, C, D, E y H gozan de protección como materia clasificada si bien su contenido consiste en orientaciones y principios relativos a las operaciones terrestres, marítimas, aéreas, espaciales, de información, de evacuación de personas civiles y de apoyo en la lucha contra el narcotráfico fuera del territorio nacional. El apartado I se denomina «Medidas suplementarias» y guarda relación con la facultad de los comandantes para obtener o, en su caso, conceder las ROE adicionales que se consideren necesarias para el cumplimiento de la misión. Se trata de una serie de ROE especiales en el sentido que han sido aprobadas, pero su puesta en práctica o autorización queda en suspenso en tanto no resulten necesarias para el cumplimiento de una misión en particular, bien sea por razones puntuales de carácter operacional, táctico o por razón del armamento a emplear. El apartado J hace referencia al procedimiento de redacción y aprobación de las ROE. El apartado K se refiere a aquellas ROE adicionales que los jefes operacionales pueden solicitar o, en su caso, conceder para el cumplimiento de misiones específicas dentro de la zona bajo su jurisdicción, y está relacionado con las ya mencionadas «medidas suplementarias». Este tipo de ROE adicionales suelen denominarse *Theater-Specific ROE* y se reservan para la destrucción o captura de objetivos de alto interés político o estratégico. Por último, los apartados L a Q hacen alusión a las ROE destinadas a operaciones que tengan lugar dentro del territorio nacional de los Estados Unidos en apoyo de la autoridad civil, las cuales se denominan *Standing Rules for the Use of Force* o también SRUF²⁹⁴.

ROE de campaña: Este es el último criterio manejado por Jeter y hace referencia a las ROE definitivas aplicables a la operación en particular que se vaya a realizar. Tomando como referencia las ROE permanentes de la Junta de Jefes de Estado Mayor, según refiere, y a medida que evoluciona una situación de crisis, las plantillas de los estados mayores a nivel estratégico considerarán y coordinarán cómo encajan las ROE en la misión. El reto será alcanzar el equilibrio entre los distintos intereses que entran en juego. Unas ROE que sean demasiado limitativas habrán de obstaculizar la labor del combatiente. Unas ROE que sean demasiado permisivas po-

²⁹⁴ THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL. *op. cit.*, *supra* nota 9, pp. 74-6.

drían poner en peligro los objetivos estratégicos de la misión o dar lugar a fratricidio²⁹⁵.

El también estadounidense Eflein²⁹⁶ ofrece otra clasificación en términos muy similares:

ROE de paz: para este autor algunas operaciones están destinadas a ser desempeñadas en el ámbito de la paz: las de asistencia humanitaria o las que tienen lugar ante catástrofes naturales. Otras operaciones, sin embargo, si bien no cabe incardinarlas dentro de la categoría de conflicto armado, llevan implícita la posibilidad de que exista una escalada de violencia. Ejemplos de esto último pudieran ser las operaciones de paz, las relativas a la lucha contra el terrorismo o las de asistencia en materia de seguridad. En términos generales, según afirma, este tipo de ROE limitan el uso de la fuerza a reacciones de carácter defensivo, es decir, los operadores militares solo podrán hacer uso de la fuerza cuando se enfrenten a un acto hostil o a una demostración de hostilidad. Las ROE de paz están basadas en una premisa: el derecho a la legítima defensa²⁹⁷.

ROE de guerra: según refiere Eflein este tipo de ROE tienen por objeto el «uso de la fuerza con finalidad ofensiva, como por ejemplo para alcanzar un objetivo militar en aras al cumplimiento de la misión»²⁹⁸. Las ROE de guerra se rigen por el Derecho de la guerra (o Derecho de los conflictos armados) y dedican la atención preferentemente a la selección de blancos (*targeting*) y al empleo de armamento (*weaponering*). Este tipo de ROE puede contener limitaciones o prohibiciones en cuanto a la posibilidad de convertir ciertos blancos en objetivo militar, bien porque lo prohíbe el Derecho de la guerra, o bien por consideraciones de carácter político o estratégico. También puede ocurrir que este tipo de ROE contenga limitaciones en cuanto al tipo o clase de armamento que puede emplearse en cumplimiento de la misión. Tal sería el caso de aquellas armas prohibidas por el Derecho de la guerra o de aquellas otras que aun lícitas se estime, sin embargo, que dañan los objetivos políticos de la operación.

Las ROE permanentes de la Junta de Jefes de Estado Mayor: para este autor las ROE de carácter permanente promulgadas en su país por dicho organismo son un claro ejemplo de la fusión entre las ROE de paz (PROE, del inglés *Peacetime Rules of Engagement*) y las ROE de guerra (WROE del inglés *Wartime Rules of Engagement*). De este modo, según razona él mismo y consta así en la doctrina oficial, las ROE permanentes (SROE, del

²⁹⁵ JETER, P. E. *Op. cit.*, *supra* nota 334, p. 338 (nota a pie 36).

²⁹⁶ EFLEIN, D. R. *Op. cit.*, *supra* nota 302.

²⁹⁷ *Id.*, p. 39.

²⁹⁸ *Id.*, p. 40.

inglés *Standing Rules of Engagement*) están diseñadas para abarcar todo el amplio espectro de operaciones que van desde la paz a la guerra²⁹⁹.

b. Las ROE en el espacio: ROE domésticas y ROE de ultramar

Esta clasificación distingue la tipología de las ROE en función de que hayan sido promulgadas para regir básicamente en aquellas operaciones que puedan tener lugar dentro del territorio nacional y aquellas otras ROE promulgadas para operaciones que se desarrollen principalmente en el exterior. A simple vista esto es lo que ocurre en los Estados Unidos de América, donde según se trate de unas u otras recibirán la denominación de *Standing Rules for the Use of Force*, SRUF, o la de *Standing Rules of Engagement*, SROE. Este es, al menos, el criterio seguido por el estadounidense Henseler según el cual las SRUF son de aplicación «esencial» en las aguas territoriales estadounidenses mientras que las SROE son de aplicación «esencialmente» fuera de estas³⁰⁰. Aquí, en España, nuestro compatriota Alía Plana también se hace eco de esto siguiendo igualmente el criterio establecido por aquel³⁰¹. Sin embargo, nótese que en ambos casos hemos recurrido al adverbio «esencialmente» porque la distinción entre unas y otras más que desde el criterio espacial –que sin embargo influye, desde luego– lo es desde la perspectiva funcional. En efecto, si hacemos una lectura comparada entre las ROE oficiales vigentes en aquel país, las ya mencionadas ROE permanentes de la Junta de Jefes de Estado Mayor³⁰², y lo que nos aporta la doctrina oficial llegamos a la conclusión de que las primeras, las SRUF, están orientadas a la actuación de las Fuerzas Armadas estadounidenses en apoyo de las autoridades civiles, en lo que ellos llaman «operaciones domésticas», esto es, las que tienen lugar dentro del territorio nacional en apoyo de la autoridad civil y en las que los estados de la Unión pueden, incluso, dictar las suyas propias cuando hacen empleo

²⁹⁹ *Id.*, p. 41; en iguales términos THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL, *op. cit.*, *supra* nota 9, p. 74.

³⁰⁰ HENSELER, S. P. (2006). «Self-Defense in the Maritime Environment under the new Standing Rules of Engagement/Standing Rules for the Use of Force (SROE/SRUF)», *Naval Law Review*; vol. 53, pp. 211-228, pp. 211 y 219.

³⁰¹ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 21.

³⁰² Ya hemos dicho en otro lugar (*supra* nota 371) que estas ROE han tenido varias redacciones desde que fueran promulgadas por vez primera en 1994. Las vigentes datan de 13 de junio de 2005 y fueron aprobadas por Resolución CJSC 3121.01B del expresado organismo (THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL, *op. cit.*, *supra* nota 9, p. 74).

de las fuerzas de la llamada Guardia Nacional³⁰³. Las segundas, las SROE, estarían orientadas más hacia las operaciones en el exterior, siendo la nota diferencial entre ambas la mayor o menor permisividad en cuanto al ejercicio que pueda hacerse del derecho a la legítima defensa³⁰⁴. La diferencia entre unas y otras es también solo aparente ya que, de hecho, ambas clases de ROE pueden llegar a ser aplicadas indistintamente tanto dentro como fuera del territorio nacional. Según la doctrina oficial las SROE resultan de aplicación en el ámbito interno solo en operaciones de defensa territorial (*homeland defense*) de carácter marítimo o aéreo, mientras que con carácter general son aplicables a todas las operaciones militares que tengan lugar fuera del territorio nacional de ese país o de sus aguas territoriales. Del mismo modo, las SRUF son de aplicación en todas las operaciones que se desarrollen en apoyo de la autoridad civil dentro del territorio nacional, así como a todo el personal militar, policial o incluso contratistas de las Fuerzas Armadas que se encuentren desempeñando funciones policiales en dependencias del Departamento de Defensa sea esto dentro o fuera del territorio nacional de los Estados Unidos de América³⁰⁵.

Esta clasificación basada en la naturaleza esencialmente policial o militar de la operación también podría aplicarse extramuros en operaciones de paz auspiciadas por la Organización de las Naciones Unidas. En la doctrina oficial de dicha organización internacional las unidades de Policía (FPU, del inglés *Formed Police Units*) participantes en una operación de paz se rigen por las «Directivas sobre el uso de la fuerza y armas de fuego» (DUFF, del inglés *Directives on the Use of Force and Firearms*)³⁰⁶.

c. Las ROE según las limitaciones y prohibiciones

La doctrina oficial estadounidense ha llegado a distinguir hasta diez clases distintas de ROE en función, a su vez, a las pautas, limitaciones

³⁰³ THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL (2010). *Domestic Operational Law Handbook*. International and Operational Law Department. Charlottesville, p. 95. Disponible en: <http://www.loc.gov/r/frd/Military_Law/pdf/domestic-law-handbook-2010.pdf>. (Consultado el 26 de febrero de 2011, 09:42 h.).

³⁰⁴ HENSELER, S. P. *Op. cit.*, *supra* nota 379, p. 221; y también en THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL, *op. cit.*, *supra* nota 382, p. 172.

³⁰⁵ US DEPARTMENT OF THE ARMY. *Op. cit.*, *supra* nota 323, p. F-3.

³⁰⁶ UNITED NATIONS (2010). *Formed Police Units in United Nations Peacekeeping Operations*. Department of Peacekeeping Operations. Nueva York (USA), p. 7. Véase esto en: <http://www.un.org/en/peacekeeping/sites/police/documents/formed_police_unit_policy_032010.pdf>. (Consultado el 26 de febrero de 2011, 10:00 h.).

o prohibiciones que imponen a sus destinatarios. Estas diez clases hacen alusión a criterios muy heterogéneos, tales como el grado de hostilidad demostrada por el sospechoso («Tipo I»); la demostración de fuerza que deben realizar las tropas, antes de recurrir a la fuerza letal, mediante el empleo de advertencia verbal, de defensas o incluso mediante disparos de advertencia («Tipo II»); las ROE relativas a la protección de la propiedad y de ciudadanos extranjeros, aparte de las relativas a la protección de las fuerzas y ciudadanos de los Estados Unidos («Tipo III»); las relativas al estado de alerta y al control de los sistemas de defensa antiaérea, las cuales ofrecen criterios para interpretar cuándo pueden recurrir a la fuerza ante una amenaza y las dirigidas a las fuerzas terrestres en igual sentido («Tipo IV»); las que especifican qué tropas deben ir armadas, las clases de armamento que deben portar y la munición que debe emplearse («Tipo V»); las que establecen los mandos facultados para autorizar el uso de determinados sistemas de armas («Tipo VI»); las que exigen que el blanco u objetivo deba ser identificado por uno o más medios humanos o electrónicos («Tipo VII»); las que establecen zonas geográficas o territoriales donde las tropas no deben abrir fuego («Tipo VIII»); las que limitan el número de tropas que pueden operar en determinada zona geográfica o territorial («Tipo IX»), y las que prohíben seleccionar como objetivo determinadas personas o instalaciones («Tipo X»)³⁰⁷. Esta clasificación es la que el estadounidense Martins denomina como «funcional»³⁰⁸.

d. Las ROE de conducta y las ROE de estado

Esta clasificación es la que consideramos más interesante y guarda estrecha relación con los criterios que deben seguirse en aras a determinar cuándo se encuentran las tropas ante una amenaza o acto de hostilidad y, por consiguiente, cuándo se encuentran legitimadas para abrir fuego o intervenir y cuándo se encuentran ante un objetivo calificado o designado como objetivo militar que puede ser directamente abatido. Esto es tanto como distinguir entre las ROE que pueden ser de aplicación en tiempo de

³⁰⁷ Esta clasificación se incluía a título orientativo para los *judge advocates* en el *Field Manual 27-100 Legal Support to Operations* promulgado en 2000 y derogado, a su vez, por el *Field Manual 1-04 Legal Support to the Operational Army* de 2009. Este último incluye una clasificación similar, si bien no tan exhaustiva como el anterior, pero añadiendo el supuesto de aquellas ROE que establecen los criterios a seguir para la detención de personas, cómo deben ser estas tratadas y el lugar donde deben quedar depositadas (US DEPARTMENT OF THE ARMY, *op. cit.*, *supra* nota 323, pp. A-3 y A-4).

³⁰⁸ MARTINS, M. S. *Op. cit.*, *supra* nota 44, p. 30.

paz, las que nosotros sugerimos llamar «ROE de conducta», y las ROE aplicables en tiempo de guerra o por así decirlo también, «ROE de estado» (de la persona). En efecto, el estadounidense Grunawalt nos aporta, en su trabajo sobre las ROE permanentes de la Junta de Jefes de Estado Mayor de su país, claves interesantes para mantener cuanto decimos en función de los conceptos que maneja de legítima defensa de la unidad y de legítima defensa nacional³⁰⁹. De acuerdo con su exposición sobre dichas ROE existen dos conceptos básicos que operan como premisas para el uso de la fuerza. Uno es esencialmente defensivo, y consiste en el derecho que tiene el militar a la legítima defensa cuando se encuentre ante actos hostiles o demostraciones de acto hostil que obstaculizan o impiden el cumplimiento de la misión encomendada. En estos casos nos encontramos ante una serie de ROE que precisamente autorizan el uso de la fuerza pero solo en función a la conducta hostil que puedan guardar terceras personas, es decir, estaríamos ante una «ROE de conducta». Al mismo tiempo, podrán existir otras ROE que autoricen el uso de la fuerza cuando el militar se encuentre ante «elementos declarados como hostiles», en cuyo caso estaríamos ante unas «ROE de estado», porque permiten el uso de la fuerza directamente, sin necesidad de que por parte de dicho «elemento declarado hostil» se observe necesariamente conducta o comportamiento hostil alguno. Estas últimas son esencialmente ofensivas y estarían dirigidas principalmente a situaciones de guerra o conflicto armado en las que las fuerzas de los Estados Unidos –a juicio de dicho autor– se encuentran amparadas por el derecho a la legítima defensa reconocido por el Derecho y la práctica internacional. Existe otro estudio interesante sobre el impacto que en el desarrollo de las operaciones militares por las fuerzas de los Estados Unidos tanto en el interior como en el exterior pueden tener las «ROE permanentes de la Junta de Jefes de Estado Mayor»; se trata del artículo del estadounidense Sttaford al que ya hemos hecho referencia con anterioridad³¹⁰. Este artículo pone a las claras, entre otras, las diferencias existentes en materia del recurso a la legítima defensa entre las distintas jurisdicciones internas de los Estados Unidos y en relación a las jurisdicciones de otros países. La tesis central de este trabajo gira, siempre y en todo caso, en torno a la dualidad «ROE de conducta» y «ROE de estado». Otro autor que recurre también al análisis de las ROE en función de la dicotomía entre conducta y estado es el ya

³⁰⁹ GRUNAWALT, R. J. *Op. cit.*, *supra* nota 40.

³¹⁰ STTAFORD, W. A. *Op. cit.*, *supra* nota 53. Este autor utiliza como referencia las ROE permanentes de su país y se muestra crítico con el distinto alcance que a la legítima defensa se atribuye tanto en las jurisdicciones extranjeras en general como en las jurisdicciones particulares de cada estado de la Unión.

referido Martins, el cual define las segundas como «aquellas que permiten a las fuerzas de los Estados Unidos abrir fuego contra cualquier objetivo identificado como enemigo, sin perjuicio que dicho objetivo suponga una amenaza real o inminente»³¹¹. Hablaremos más sobre esto, no obstante, cuando analicemos la relación existente entre las ROE y el Derecho de la guerra en particular.

e. Las ROE tácticas, las ROE operacionales y las ROE estratégicas

Esta clasificación es la que sugiere el peruano Alva en el trabajo suyo del que ya hemos hablado³¹². Según su criterio, entre las ROE podemos distinguir las «Reglas para el soldado», las «Reglas de enfrentamiento táctico» y las «Reglas de enfrentamiento de carácter político». Las primeras son «aquellas dirigidas a las tropas, están expresadas en términos simples y que en su contexto se asemejan mucho a las reglas de comportamiento»³¹³. Las segundas son aquellas dirigidas «a un nivel de comando táctico, poseen un detalle técnico mayor y tratan de enfocarse en lo que es los actos e intenciones hostiles, en el uso o no de determinadas armas»³¹⁴. Por último, las «Reglas de enfrentamiento de carácter político» son aquellas dirigidas a los «comandos operacionales, que les permiten tomar decisiones sobre cómo planear las acciones y hasta qué punto involucrarse en el conflicto, o controlar el escalamiento del mismo»³¹⁵.

f. Las ROE durmientes y las ROE efectivas

Esta última clasificación es la que permite diferenciar entre aquellas ROE cuya aplicación se prevé en un futuro hipotético si bien no han sido declaradas expresamente efectivas o, por así decirlo, vigentes para una concreta operación, y aquellas otras que se encuentran en efecto. Suele ser una expresión comúnmente utilizada en la jerga OTAN. En efecto, la doctrina oficial de esa organización internacional distingue entre *Dormant ROE*, las cuales son «aquellas que han sido aprobadas y cuya eficacia se hace depen-

³¹¹ MARTINS, M. S. *Op. cit.*, *supra* nota 44, p. 27.

³¹² ALVA VILLAMÓN, S. J. *Op. cit.*, *supra* nota 361, pp. 54-5.

³¹³ *Id.*, p. 54.

³¹⁴ *Id.*, p. 55.

³¹⁵ *Id.*, p. 55.

der de un evento o contingencia hipotética»³¹⁶, y las ROE efectivas, esto es, aquellas no solo aprobadas sino sobre las cuales ha sido expedida, además, la correspondiente comunicación de cara a poder considerarlas en efecto o autorizadas. Estas últimas dan lugar a lo que se conoce en la jerga OTAN como ROEIMPL (del inglés *Implemented ROE* o *ROE Implementation*) ya sea para aludir tanto a las ROE en efecto autorizadas o en vigor, como al acto o comunicación que las declara en dicho estado³¹⁷.

También encontramos clasificación en parecidos términos en la doctrina oficial francesa a través de un manual ya citado con anterioridad³¹⁸, de las que se dice resultan particularmente idóneas para aquellas operaciones que tengan un alcance limitado. Asimismo, respecto de las *ROE dormantes* se advierte en el citado manual que tanto su carácter específicamente «durmiente» como las condiciones en virtud de las cuales han de ser autorizadas deberían recalcar en los distintos documentos en que se contienen³¹⁹.

g. Las ROE de paz, las ROE de guerra y las ROE de ejercicios

Esta clasificación es la que nos sugieren Bloom y Heintzleman³²⁰, la cual distingue las ROE en función de que sean aplicables en tiempo de paz, para unos ejercicios en concreto o en tiempo de guerra. Las primeras ofrecen generalmente pautas en torno al uso de la fuerza de conformidad con el Derecho internacional. Estas ROE tienen como denominador común el atribuir al comandante la responsabilidad de llevar a cabo cuantas acciones sean necesarias en méritos al derecho a la legítima defensa de la unidad, reservándose a la autoridad política nacional la determinación de los medios y acciones de respuesta adecuada frente a todo acto que pueda considerarse a estos efectos como hostil o como tentativa de acto hostil. Las ROE de guerra permiten un margen de actuación mucho más amplio, pero pueden imponer limitaciones en cuanto a los medios y los métodos de combate. Por último, las ROE promulgadas para unos ejercicios en particular son un híbrido entre unas y otras, ya que pueden contener pautas y orientaciones tanto para el escenario simulado del ejercicio como pautas y orientaciones

³¹⁶ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. Op. cit., *supra* nota 169, p. 256.

³¹⁷ *Id.*, p. 255.

³¹⁸ MINISTÈRE DE LA DÉFENSE. Op. cit., *supra* nota 228.

³¹⁹ *Id.*, p. 24.

³²⁰ BLOOM E. S., y HEINTZELMAN, H. L. (1994). «A Planning Primer: How to Provide Effective Legal Input into the War Planning and Combat Execution Process», *The Air Force Law Review*, vol. 37, pp. 5-24, pp. 17-8.

aplicables ante situaciones de amenaza real que puedan surgir durante el curso de las operaciones.

h. Las ROE restrictivas, las permisivas, las preferenciales, las definitivas y las «ROE3»

Desde una perspectiva radicalmente distinta a las anteriores, Evertsz, Ritter, Rusell y Sheperdson³²¹ nos ofrecen un estudio colectivo muy interesante centrado en las ROE y el comportamiento humano. Para estos autores la mezcla de factores jurídicos, militares y políticos que se encuentran implícitos en estas lleva a la necesidad que sean redactadas con mucha cautela a fin de que el solapamiento que se produce entre todos estos factores no acabe por poner en peligro la misión. Su tesis principal radica en que debido a la complejidad de los conflictos contemporáneos, a la formación frecuente de contingentes de tropas multinacionales y a la existencia de un enemigo no convencional el actual modelo de preparación y redacción según la doctrina oficial en los Estados Unidos de América resulta inadecuado. En su lugar, proponen la implantación de un sistema de evaluación y estudio de las ROE basado en ejercicios simulados por ordenador. Es lo que ellos denominan el sistema «ROE3» (*Rules of Engagement Evaluation Environment*) y es dentro de esta curiosa propuesta donde llegan a clasificar las ROE agrupándolas entre aquellas que restringen la capacidad de decisión del sujeto agente, las restrictivas; las que facilitan una respuesta rápida, las permisivas; las que permiten elegir una de entre varias alternativas posibles, las preferenciales, y, por último, las que sirven de orientación para el sujeto agente al contener la definición de aquellos conceptos incluidos en las ROE, las definitivas.

i. Las ROE normativas y las ROE instructivas

Desde otra perspectiva distinta también Martins recurre a la clasificación de las ROE entre aquellas que obedecen al «modelo normativo» y las que obedecen al «modelo instructivo». Para este autor el sistema

³²¹ EVERTSZ, R.; RITTER, F. E.; RUSSELL, S., y SHEPERDSON, D. (2007). «Modeling Rules of Engagement in Computer Generated Forces», proceedings of the *16th Conference on Behavior Representation in Modeling and Simulation*. University of Central Florida, Orlando (USA). Véase esto en el sitio: <<http://ritter.ist.psu.edu/papers/evertszRRS07.pdf>>. (Consultado el 27 de febrero de 2011, 11:14 h.).

actualmente vigente en las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos para instruir a las tropas en materia de las ROE está demasiado influenciado por las «ROE normativas», esto es, por explicar su contenido y alcance a las tropas tal como si se tratase de normas de carácter jurídico. Este modelo, según refiere, obedece a ciertos intereses preestablecidos y atribuye al jurista militar una función esencial, sin embargo, no es el idóneo para promover la iniciativa o imponer limitaciones a una fuerza militar. Las ROE, según el modelo normativo, son «leyes o, por así decirlo, textos escritos que las autoridades dictan, complementan y a su vez derogan; que los miembros del grupo sometido a control consultan, interpretan e incluso en ocasiones incumplen; y que otros funcionarios aplican, distinguen y en función a los cuales pueden llegar a fundamentar una acusación»³²². Sigue refiriendo este autor que las ROE promulgadas y difundidas según el modelo normativo «no resultan de mucha utilidad como orientación en aras a decidir cuándo, dónde y cómo hacer uso de la fuerza»³²³. Por el contrario, la difusión de las ROE según el modelo instructivo reside más en inculcar principios fácilmente memorizables y en fomentar la capacidad de juicio discrecional en situaciones de estrés, motivo que lleva a este autor a proponer su particular modelo de «ROE instructivas». Este autor tiene también otro trabajo posterior en el que abunda en su tesis sobre el modelo instructivo de enseñanza de las ROE comparando la aplicación de los modelos seguidos en las Fuerzas Armadas y en las fuerzas policiales de su país³²⁴.

III. LAS ROE Y EL DERECHO NACIONAL

III.1. A PROPÓSITO DE SU NATURALEZA JURÍDICA

Del mismo modo que de ordinario resulta fácil confundir una simple orden táctica con lo que pudiera constituir un precepto incluido en las ROE, también resulta fácil confundir las ROE en sí como conjunto de instrucciones relativas al uso de la fuerza, con lo que desde la órbita del Derecho pudiera ser una norma jurídica. Esto es consecuencia lógica y natural de cuanto venimos diciendo en relación a esa triple implicación política, jurídica y militar que las ROE tienen en todos estos ámbitos. A lo anterior añadamos, además, el distinto valor o relevancia jurídica –expresión esta

³²² MARTINS, M. S. *Op. cit.*, *supra* nota 44, p. 55.

³²³ *Id.*, p. 77.

³²⁴ MARTINS, M. S. *Op. cit.*, *supra* nota 54.

última preferida por nosotros— que en cada derecho o jurisdicción nacional se atribuye a esta institución, cuestión que induce a más confusión incluso. De hecho, podría afirmarse que la ausencia de una doctrina uniforme y universal en torno a la cualificación jurídica de las ROE puede afectar no solo a la propia interoperabilidad de ejércitos aliados, sino llevar también a disfunciones que, en última instancia, podrían tener trágicos resultados. Por otro lado, examinando detenidamente los condicionantes jurídicos de cada país llegamos a situaciones un tanto paradójicas, como que las ROE surgieron en Occidente y sirven como instrumento de control del poder civil sobre las fuerzas armadas; en los regímenes autoritarios también sirven al mismo propósito pero con una finalidad radicalmente opuesta.

III.2. ¿DIRECTRIZ POLÍTICA, NORMA JURÍDICA U ORDEN MILITAR?

Como punto de partida volvamos a insistir en la relación que existe entre las ROE y la tríada formada por la política, el Derecho y las armas. ¿Estamos ante una directriz política, una norma jurídica o una orden militar? La respuesta ofrece tantas alternativas como concepciones normativas y doctrinales sean posibles, lo cual lleva a su vez a todo un mosaico de opciones reflejo de las distintas soluciones prácticas aplicadas en cada país. Lo anterior no es baladí, es la interacción entre todos estos condicionantes de la que nos hablan Evertsz, Ritter, Rusell y Sheperdson, la cual en determinadas situaciones puede incluso llevar al fratricidio³²⁵. Esta confusión se traduce en incertidumbre de todos los operadores jurídicos, políticos y militares llamados a intervenir en el proceso de gestación y aplicación de las ROE. Así ocurre que «en algunos países las ROE son solo orientaciones de carácter político, sin apenas eficacia jurídica alguna, mientras que en otros constituyen órdenes cuyo incumplimiento acarrea la misma responsabilidad que el de cualquier otra orden»³²⁶. La naturaleza pretendidamente jurídica —por eso señalábamos antes «relevancia jurídica»— de las ROE está, de hecho, determinada por la función de control jurídico, político y militar que están llamadas a cumplir. Por esta razón no resulta ocioso afirmar, en el área estrictamente dialéctica al menos, que es precisamente por su carácter netamente instrumental por lo que las ROE no constituyen de por sí una norma jurídica autónoma dotada de la eficacia y el alcance propios de

³²⁵ EVERTSZ, R.; RITTER, F. E.; RUSSELL, S., y SHEPERDSON, D. *Op. cit.*, *supra* nota 400, p. 1.

³²⁶ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. *Op. cit.*, *supra* nota 169, p. 257.

una norma de esa naturaleza. Se trata, por decirlo de otro modo, de reglas o pautas que son reflejo de una serie de consideraciones legales, políticas y militares destinadas a ser observadas en el curso de una operación militar. A mayor abundamiento, al no tratarse de una norma jurídica *strictu sensu* la forma que puedan adoptar a través de órdenes verbales, órdenes escritas y permanentes, mediante anexo a un plan de operaciones, etc., entendemos que resulta insignificante. De hecho, unas ROE podrían revestir simultáneamente todas esas formas, ya que en el ámbito estratégico podrían adoptar la forma de instrucciones que la autoridad política imparte a la militar; en el operacional podrían adoptar la forma de un anexo al plan general de la operación; en el táctico la de un extracto del mencionado plan y, por último, en el del soldado individual la de una tarjeta a modo de decálogo o bien incluso la forma verbal³²⁷. Lo anterior resulta confirmado, además, por el simple hecho que la existencia de unas ROE no es ni requisito ni presupuesto previo para garantizar la legitimidad de una operación militar. Ello es así porque ni el Derecho de la guerra ni el Derecho español al menos exigen en modo alguno la promulgación de unas ROE como condición indispensable para garantizar, ya sea la legalidad de una operación militar –en el sentido del *ius ad bellum*–, o la legitimidad respecto al uso que se haga de la fuerza –en el sentido del *ius in bello*–. Antes al contrario, podría suceder incluso que las partes en un conflicto armado estén actuando legítimamente siempre que respeten las normas y principios del Derecho de la guerra, sin necesidad de ajustar su conducta a unas ROE en particular. También puede ocurrir, por ejemplo, que las tropas desplegadas en cumplimiento de un mandato de las Naciones Unidas actúen legítimamente siempre que lo hagan dentro de los límites establecidos en el citado mandato. Lo que sí resulta importante destacar es que, aun y con todo, las ROE sí permiten garantizar la vigencia de los principios y preceptos del Derecho de la guerra o del Derecho interno español siempre que estos sean tenidos en cuenta a la hora de su formulación –he ahí la principal aportación del jurista–, permitiendo de este modo su cristalización y delimitación respecto a una operación o misión en particular.

Llegados a este punto cabe formular los siguientes interrogantes: ¿Cuáles es, por consiguiente, la relevancia jurídica de las ROE? ¿Podrían las ROE ser utilizadas como argumento de descargo frente a una imputación penal o disciplinaria?

La respuesta ofrece tantas alternativas como concepciones nacionales e internacionales existen en torno a las ROE. La doctrina oficial de la OTAN

³²⁷ MARTINS, M. S. *Op. cit.*, *supra* nota 44, p. 22.

parece referir esto a cuanto disponen las jurisdicciones nacionales al plantear y resolver la cuestión del siguiente modo: «¿Puede el personal militar utilizar las ROE como defensa? Si las ROE se formulan de acuerdo con el Derecho internacional y nacional: ¿sirven esas ROE al soldado como defensa ante la imputación de un hecho ilícito? De nuevo, depende. En el contexto de la OTAN, las ROE son autorizadas por el Consejo del Atlántico Norte, es decir, por el órgano con el mayor poder de decisión. Esto implica que la cadena de mando se ha involucrado y ha asumido la responsabilidad de diseminarlas (difundirlas) asegurándose que son entendidas y ha solicitado aclaraciones o modificaciones según el caso. También asume la responsabilidad de asegurar su cumplimiento y determinar las incompatibilidades. En este contexto, las ROE son relevantes en cuanto a ilicitud, pero probablemente no resultarían concluyentes»³²⁸.

III.3. LAS ROE Y LA CUESTIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS

Veamos a continuación qué dicen algunas jurisdicciones nacionales o la doctrina particular u oficial al respecto³²⁹.

a. España y otros países europeos

Aquí, en nuestra patria, nos sirve de principal apoyo la aportación de Alía Plana a través de su estudio, ya citado³³⁰, el cual se ha encargado de hacernos llegar como en una visión caleidoscópica el alcance jurídico de las ROE desde todas las perspectivas posibles. Para este autor las ROE tienen su principal referencia en el Derecho español en el artículo 4.1, regla

³²⁸ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. *Op. cit.*, *supra* nota 169, pp. 257-8.

³²⁹ Nota del autor: Se trata de consideraciones generales con ánimo exclusivamente de poner en relieve algunos aspectos de las ROE que consideramos de interés en distintos países o agrupaciones de estos, deteniéndonos más en aquellos supuestos donde exista una mayor ambigüedad. Naturalmente, lo que pueda ser válido en algunos no tiene por qué serlo, dialécticamente hablando, en otros, ya que no siempre estamos ante estados de derecho homologables entre sí y en cuyo seno las Fuerzas Armadas están constitucionalmente subordinadas al poder civil. Sin embargo, resulta curioso comprobar cómo las ROE, en tanto que herramienta de control del uso de la fuerza, pueden ser de utilidad paradójicamente tanto en aquellos regímenes donde las fuerzas armadas están subordinadas a la autoridad civil como en aquellos otros donde, por la razón que sea, el Estado precisa controlar jurídica, política y militarmente el uso que se haga de esta, por muy distintos que los fines sean.

³³⁰ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 21.

sexta, de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, la cual establece, dentro del contexto más amplio de las reglas de comportamiento –concepto este del que hablaremos más adelante también–, que: «(...) En el empleo legítimo de la fuerza, hará un uso gradual y proporcionado de la misma, de acuerdo con las Reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe.» Asimismo, las vigentes Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, previenen en cuanto al manejo y uso de las armas o de la fuerza (arts. 42, 84 y 94) estar siempre a lo que se disponga, respectivamente, en «la normativa vigente, órdenes recibidas y Reglas de enfrentamiento» o en «las Reglas de enfrentamiento establecidas para la operación», así como tener conocimiento y cumplir «las Reglas de enfrentamiento» en orden a hacer frente a las circunstancias cambiantes en cada momento durante el desempeño de misiones de paz. Ya hemos dicho con anterioridad que las ROE emanan generalmente de la autoridad política, afirmación que nos sirve ahora para señalar que en España el artículo 97 de la Constitución Española establece que el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado, si bien siempre dentro del control que las Cortes Generales ejercen sobre el Ejecutivo de conformidad con los artículos 108 a 116 de la Constitución. A mayor abundamiento, la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, atribuye al Gobierno determinar «la política de defensa y asegurar su ejecución, así como dirigir la Administración militar y acordar la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional» (art. 5); y al presidente del Gobierno, en particular y entre otros cometidos, la «dirección estratégica de las operaciones militares en caso de uso de la fuerza» (art. 6). Esta sería la fundamentación administrativa y constitucional de las ROE en el ordenamiento español y los órganos citados los que constituyen el núcleo esencial del concepto de autoridad política de la que podrían emanar las ROE para una operación. Habría que dejar a salvo también las posibles delegaciones en favor de otras autoridades políticas o militares que pudieran preverse por lo que respecta a la facultad específica de dictar un conjunto de ROE adicionales, de un lado, o bien de autorizar la entrada en efecto de aquellas otras que habiendo sido aprobadas se encontrasen, no obstante, pendientes de aplicación ante una eventualidad concreta o, por así decirlo, «durmientes». Esto último entendemos que podría tener lugar de ordinario a través de las técnicas de delegación de competencias del artículo 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En cuanto a su caracterización jurídica debe añadirse a todo lo anterior que las ROE, cuando consisten en una prohibición o limitación expresa en relación al uso de la fuerza, pudieran tener cabida en el concepto de orden establecido en el artículo 45 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, ya que estas constituyen «mandatos relativos al servicio» que un militar da a un subordinado, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que le corresponden, «para que lleve a cabo u omita una actuación concreta», así como también guardan relación con el deber del militar de «atender los requerimientos que recibe de un militar de empleo superior referentes a las disposiciones y normas generales de orden y comportamiento.» Por consiguiente, el incumplimiento de las pautas y prescripciones contenidas en las ROE puede generar del mismo modo responsabilidades para el militar español que pueden ser tanto de orden penal como disciplinario. A efectos penales, las ROE tendrían cabida en el concepto de orden previsto en el artículo 19 del vigente Código Penal Militar (Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre), ya que nos encontramos ante un «mandato relativo al servicio que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta», cuyo incumplimiento, dependiendo siempre del contenido –sobre uso de la fuerza, sobre empleo de ciertas armas, sobre trato a las personas o los bienes– y del posible carácter clasificado de las ROE aplicables, pudiera ser constitutivo de otras tantas figuras delictivas, tales como revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad nacional y defensa nacional³³¹, contra las leyes y usos de la guerra³³², sedición³³³,

³³¹ Art. 53 del Código Penal Militar: «El militar que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organismo internacional, se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente clasificada relativa a la seguridad nacional o defensa nacional, a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o relativa a industrias de interés militar, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión»; art. 56 del Código Penal Militar: «El militar que, por razón de su cargo, comisión o servicio, tuviere en su poder o conociera oficialmente documentos, objetos o información legalmente clasificada o relativa a la seguridad o defensa nacional, y por imprudencia diera lugar a que sea conocida por persona no autorizada o fuera divulgada, publicada o inutilizada, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión».

³³² Art. 70 del Código Penal Militar: «El militar que empleare u ordenare emplear medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos, será castigado con la pena de prisión de tres a diez años. En los casos de extrema gravedad podrá imponerse la pena de diez a veinticinco años de prisión»; así como cualesquiera otras conductas contra las leyes y usos de la guerra previstas en esta sede específica del código.

³³³ Art. 91 del Código Penal Militar: «Los militares que, mediante concierto expreso o tácito, en número de cuatro o más que, sin llegar a este número, constituyan al menos la mitad de una fuerza, dotación o tripulación, rehusaren obedecer las órdenes legítimas recibidas, incumplieren los demás deberes del servicio (...) serán castigados con la pena de

desobediencia³³⁴, cobardía³³⁵, extralimitación en el ejercicio del mando³³⁶, o contra la eficacia en el servicio³³⁷. Del mismo modo, el incumplimiento o inobservancia de cuanto puedan limitar o prohibir unas ROE podrá dar lugar, en su caso, a responsabilidad de carácter disciplinario a través de conductas tales como las previstas en la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, a título tanto de falta leve³³⁸ como de falta grave³³⁹. Sin embargo, que las ROE puedan ser calificadas como una «orden» militar no quiere decir que el militar tenga necesariamente que hacer uso de la fuerza indiscriminadamente cuando se encuentre actuando amparado por las ROE. Antes al contrario, ya ha quedado dicho que de acuerdo con la doctrina oficial española estas «ni asignan cometidos ni dan instrucciones tácticas»³⁴⁰. Entendemos además que cuando el contenido de las ROE consista en autorizaciones relativas al uso de la fuerza, estas

uno a diez años de prisión, cuando se trate de los meros ejecutores, y con la de dos a quince cuando se trate de los promotores, del cabecilla que se ponga al frente de la sedición y, en todos los casos, si se trata de oficiales o de suboficiales».

³³⁴ Art. 102 del Código Penal Militar: «El militar que se negare a obedecer o no cumpliera las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio que le corresponde será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión».

³³⁵ Art. 111 del Código Penal Militar: «El militar que entregare, rindiere o abandonar al enemigo, rebeldes o sediciosos, plaza, establecimiento, instalación militar, puesto, buque, aeronave, fuerza a sus órdenes u otras recursos humanos o materiales de guerra o combate, sin haber agotado el empleo de los medios de defensa que exijan los preceptos de ordenanza y órdenes recibidas, será castigado con la pena de quince a veinticinco años de prisión».

³³⁶ Art. 139 del Código Penal Militar: «El militar que, en el ejercicio de sus funciones y sin causa justificada, empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencias innecesarias para la ejecución de un acto de servicio que deba realizar, u ordenare, permitiere o hiciere uso ilícito de las armas será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión».

³³⁷ Art. 159 del Código Penal Militar: «El militar que se extralimite en la ejecución de un acto de servicio de armas reglamentariamente ordenado, será castigado con la pena de doce a veinticinco años de prisión si causare muerte; con la pena de cinco a quince años de prisión si causare lesiones muy graves, y con la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión si produjere cualquier otro tipo de lesiones o daños».

³³⁸ Art. 7.2 de la Ley Disciplinaria: «La inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior»; art. 7.4 *id.*: «La inexactitud en el cumplimiento de las obligaciones de un servicio de armas o guardia de seguridad»; art. 7.30 *id.*: «El trato incorrecto con la población civil en el desempeño de funciones militares».

³³⁹ Art. 8.1 de la Ley Disciplinaria: «Dejar de observar por negligencia y en tiempo de paz una orden recibida, causando daño o riesgo para el servicio»; art. 8.6 *id.*: «Incumplir las obligaciones del centinela o de otro servicio de armas, transmisiones o guardia de seguridad, en tiempo de paz, siempre que no se causare grave daño para el servicio»; Art. 8.11 *id.*: «Divulgar información que pueda afectar a la debida protección de la seguridad o de la defensa nacional o publicar datos que sólo puedan ser conocidos en razón del destino o cargo en las Fuerzas Armadas, cuando no constituya delito».

³⁴⁰ EJÉRCITO DE TIERRA. *Op. cit., supra* nota 60, p. 181.

podrían tener cabida en el más amplio concepto de «instrucciones u órdenes del servicio» propio del artículo 21.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común³⁴¹, o en el de los «requerimientos» previstos en el artículo 45 *in fine* de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas³⁴² o, en última instancia, en su propio «sentido de la responsabilidad e iniciativa»³⁴³. La cuestión no resulta superflua, pues a efectos de una posible exoneración de responsabilidad penal –o *mutatis mutandis* disciplinaria– del militar español que ha ajustado su conducta a las ROE aplicables podríamos estar tanto ante la obediencia debida a una orden legítima (cuando se produce un ilícito penal por acatar las limitaciones o prohibiciones impuestas por estas) como ante el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (cuando dicho ilícito tiene lugar en virtud a lo expresamente autorizado en las mismas). En el primero de los casos el militar actúa en cumplimiento de una orden recibida y en el segundo estimamos que dentro de las autorizaciones que le han sido concedidas para el desempeño de sus deberes y obligaciones, lo cual en ambos supuestos tendría la virtualidad de excluir la antijuridicidad de su conducta. También, llegado el caso, es criterio de Fernández-Tresguerres que las ROE podrían amparar la conducta del militar español en concepto de eximente de legítima defensa o estado de necesidad³⁴⁴ y siempre que, dadas las circunstancias, el militar español no tenga el deber jurídicamente exigible de sacrificarse o de superar el miedo o temor a un mal igual o mayor, razón por la cual las ROE, las de paz fundamentalmente, suelen dejar siempre a salvo este derecho a la legítima defensa. Ahora bien, sea en uno u otro caso, excusa decir, siguiendo en esto a Alía Plana, que las ROE por sí solas «carecen de

³⁴¹ Art. 21.1 de la LRJAP-PAC: «Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes del servicio. Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones u órdenes del servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda».

³⁴² Art. 45 «*in fine*» de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: «(...) También deberá atender los requerimientos que reciba de un militar de empleo superior referentes a las disposiciones y normas generales de orden y comportamiento».

³⁴³ Art. 47 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: «En el cumplimiento de las órdenes debe esforzarse en ser fiel a los propósitos del mando, con responsabilidad y espíritu de iniciativa. Ante lo imprevisto, tomará una decisión coherente con aquellos propósitos y con la unidad de doctrina».

³⁴⁴ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES HERNÁNDEZ, J. A. *Op. cit.* (XV Congreso..., p. 223), *supra* nota 72. Por su parte, el artículo 4.1 de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar impone al militar el deber de entregar la vida cuando fuera necesario en la defensa de España, y tanto los artículos 107 a 114 del Código Penal Militar como el artículo 8.3 de la Ley Orgánica 8/1998 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas castigan diversas formas de miedo o cobardía.

rango ni valor normativo independiente, ni en el Derecho internacional, ni en el Derecho interno español»³⁴⁵. Por consiguiente, únicamente pueden servir al operador jurídico como término de referencia en aras a determinar en qué circunstancias el uso de la fuerza, los medios empleados o el trato dispensado a las personas o a los objetos en una operación militar se ajustan o no a Derecho. Entendemos que solo son eso, un término operativo de referencia más que, en todo caso, habría de ser ponderado –tal y como señala el artículo 42 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas– con la «normativa vigente y las órdenes recibidas». Como afirma, de nuevo, Fernández-Tresguerres las ROE «no son instrumentos de naturaleza jurídica, sino operativos (...)»³⁴⁶. Ello sin perjuicio de que, a la inversa, las ROE puedan contravenir lo dispuesto en las normas del Derecho interno español o del Derecho internacional, en cuyo caso entraríamos ya ante la compleja cuestión del alcance y contenido del deber de obediencia del militar ante las ROE, asuntos propios de la ética jurídico militar que abordamos más adelante.

Por lo que se refiere a Portugal, Silva Carreira nos aporta datos que consideramos de interés en torno al concepto de ROE en ese país. Para este autor las ROE constituyen «uno de los medios para el ejercicio del control político y militar del uso de la fuerza, de la amenaza del uso de dicha fuerza o de las actividades relacionadas con su uso»³⁴⁷. Este autor considera que las ROE tienen «carácter instrumental y no exclusivo, dado que son un medio y no un fin en sí mismas, además no agotan todos los aspectos relativos al control de la fuerza militar, pues no tienen por objeto asignar cometidos, ni imponen instrucciones tácticas, ni establecen limitaciones al uso de ciertos medios cuyo empleo se desprende de su propia naturaleza»³⁴⁸. De acuerdo con este autor, la definición oficial portuguesa³⁴⁹ únicamente difiere de la oficial de la OTAN³⁵⁰ en que sustituye la expresión «incluidos

³⁴⁵ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 21.

³⁴⁶ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES HERNÁNDEZ, J. A. *Op. cit.* (*XV Congreso...*, p. 218), *supra* nota 72.

³⁴⁷ SILVA CARREIRA, J. M. (2004). «O Direito Humanitário, as Regras de Empenhamento e a Condução das Operações Militares», *Cadernos Navais*, n.º 11, Outubro-Dezembro, pp. 3-64, p. 46.

³⁴⁸ *Id.*, p. 47.

³⁴⁹ IOA 105 «Regras de Empenhamento para a Fiscalização dos Espaços Marítimos sob Jurisdição Nacional». Véase esto en: <<http://ema.marinha.pt/PT/atividade/doutrina/publicacoes/Pages/IOA.aspx>>. (Consultado el 27 de febrero de 2011, 23:02 h.).

³⁵⁰ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. *Op. cit.*, *supra* nota 347 (*Manual MC 362/1, NATO Rules of Engagement*), donde se definen como «directivas dirigidas a las fuerzas militares (incluidos los individuos) que definen las circunstancias, condiciones, grado y manera en que la fuerza o aquellas acciones que pudieran ser consideradas como provocativas puede utilizarse».

los individuos» por la de «incluyendo elementos aislados». La cuestión no le resulta ociosa por cuanto que —como bien razona— suscita el problema de determinar quiénes son sus destinatarios últimos, considerando que estos «son, antes que nada, aquellos comandantes cuyas decisiones en el ámbito de la operación puedan tener repercusiones políticas y estén a nivel estratégico, operacional o táctico. Para el resto de los militares que actúan individualmente en el plano táctico el contenido de las ROE debe, preferentemente, ser traducido en órdenes [generales], instrucciones o en órdenes individuales y concretas»³⁵¹. Desde luego, no le falta razón, precisamente el valor de las ROE adquiere verdadera carta de naturaleza en aquellas situaciones de aislamiento en que pueden encontrarse las unidades navales o las unidades de Operaciones Especiales. Como ya quedó dicho en otro lugar, esta fue precisamente la circunstancia que llevó a su creación³⁵². A mayor abundamiento, incluso nos parece más acertada la fórmula portuguesa «incluyendo elementos aislados» que aquella utilizada por la OTAN —y que acabamos de ver— o aquella utilizada en el ámbito de la Unión Europea³⁵³. Añade a todo lo anterior Silva Carreira que las ROE en Portugal equivalen, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, a «un mandato jerárquico normativo, por ejemplo unas instrucciones. Así lo entendió el tribunal [que conoció el] caso del NRP Azor, al considerar que las ROE para la fiscalización de la pesca, emitidas por el almirante jefe del Estado Mayor de la Armada, son la referencia que el comandante del buque sigue como instrucciones dadas legítimamente por su superior jerárquico»; «(...) En cuanto al órgano del que proceden, las ROE cuyos destinatarios sean fuerzas y unidades nacionales podrán emanar del Gobierno o de las autoridades militares portuguesas, así como de los órganos políticos y militares de las alianzas. (...) En el territorio nacional tendrán la mayoría de las veces naturaleza de instrucciones de las autoridades militares o del Gobierno actuando como órgano superior de la Administración. En otros casos podrán ser consideradas como orientaciones políticas del Gobierno. Las emanadas de las alianzas no tendrán carácter jurídico. Unas [veces] tendrán naturaleza política y otras naturaleza técnico-militar. Concluimos así que las ROE tienen naturaleza heterogénea, exigiendo cada caso concreto la determinación de su naturaleza»³⁵⁴.

En Francia es, desde luego, Martineau el autor que aborda la naturaleza de las ROE o *regles d'engagement* al afirmar que estas, al sintetizar

³⁵¹ SILVA CARREIRA, J. M. *Op. cit.*, *supra* nota 426, p. 47.

³⁵² Véase esta hipótesis, por ejemplo, en PHILLIPS, G. R. *Op. cit.*, *supra* nota 58.

³⁵³ EUROPEAN UNION MILITARY COMMITTEE. *Op. cit.*, *supra* nota 348.

³⁵⁴ SILVA CARREIRA, J. M. *Op. cit.*, *supra* nota 426, p. 51.

factores políticos, militares y jurídicos, son «una fuente de confusión en torno al valor de tales reglas. Sería un error creer que por el hecho de que las ROE respeten el Derecho internacional y el nacional eso les haga adquirir automáticamente [ese] valor. Las Reglas de enfrentamiento deben ser consideradas como órdenes del comandante o, por decirlo en términos penales, de ‘la autoridad legítima’. En operaciones en el exterior la fuerza es, en efecto, utilizada al amparo de la orden de una autoridad legítima, es decir, de una autoridad pública competente»³⁵⁵. Respecto a su concreto alcance penal, este autor refiere que «el artículo 122-4 del Código Penal establece como causa de exoneración de la responsabilidad penal la obediencia a una orden [que] no [sea] manifiestamente ilegal [impartida por] la autoridad legítima. En la medida en que el acto prescrito por las Reglas de enfrentamiento no sea manifiestamente ilegal, quien lo ejecute quedará exonerado de responsabilidad penal. La responsabilidad pasará al redactor de esas reglas. El respeto a las Reglas de enfrentamiento por los subordinados contribuye de esta manera a su seguridad jurídica»³⁵⁶.

En Italia el debate doctrinal en torno a la naturaleza jurídica de las ROE o *regole d'ingaggio* parece no estar exento de polémica. Afirman Ortolani y Zamponi que la doctrina «se encuentra dividida entre quienes las consideran asimilables a un acto de naturaleza administrativa y quienes las consideran una fuente del Derecho equiparable a la ley. Quienes defienden la primera tesis subrayan que las ROE son equiparables a la consigna que un superior jerárquico imparte a un subordinado y como tal [consigna] puede, incluso, tener naturaleza reservada; en la doctrina es lo que ha venido a denominarse ‘acto administrativo de cobertura política’. Quienes les atribuyen naturaleza normativa lo hacen basándose en los poderes normativos atribuidos al organismo internacional de las que emanan, lo cual exige un acto posterior de trasposición al ordenamiento interno de cada Estado a través del Parlamento. Quienes suscriben son de la opinión que las ROE poseen un rango sublegislativo porque la práctica de aprobación parlamentaria no se ha seguido en todas las misiones militares y porque la aprobación, en todo caso, no ha tenido forma de ley, sino de resolución parlamentaria»³⁵⁷. Pierini ha abordado el problema desde la perspectiva

³⁵⁵ MARTINEAU, F. *Op. cit.*, *supra* nota 96, p. 20.

³⁵⁶ *Id.*, p. 20.

³⁵⁷ ORTOLANI, P. M., y ZAMPONI F. (2010). «La Rilevanza Penale delle Regole d'Ingaggio, Informazioni della Difesa», *Periodico dello Stato Maggiore della Difesa*, n.º 4, pp. 22-31, p. 25. Véase esto en el sitio: <<http://www.difesa.it/backoffice/upload/allegati/2010/%7B92F8176F-09EB-4490-9BAF-C93824E60225%7D.pdf>>. (Consultado el 28 de febrero de 2011, 07:59 h.).

penal y llega a conclusiones muy interesantes en torno a la naturaleza jurídica de este instituto, del que tiene serias dudas no solo en cuanto a su carácter normativo, sino, incluso, en cuanto a su consideración como posible eximente que avale o justifique haber obrado en cumplimiento del deber. A estos efectos manifiesta que en su país las ROE nacionales «son aprobadas por el Ministro de Defensa y su aplicación se delega en los comandantes militares a nivel operacional, de ahí la tendencia a calificar dichas reglas como ‘acto político’. En ocasiones se busca la cobertura política presentándolas ante las comisiones parlamentarias correspondientes para [obtener] lo que es una autorización de carácter no legislativo. (...) Calificarlas de ‘acto político’ es una equivocación, desde nuestro punto de vista, cuando dicha aprobación corre a cargo del Ministro de Defensa porque [este] no está autorizado para dictar actos políticos sino para aplicar las decisiones políticas que adopte el Gobierno. Trasladar esta competencia del Ministro de Defensa (que representa el denominado nivel político-militar) al Gobierno (que representa el denominado nivel político-estratégico) permitiría calificar las ROE como ‘acto político’ y al mismo tiempo evitaría que fueran calificadas como ‘orden militar’, puesto que no procederían de un órgano (el Gobierno) dotado de poder jerárquico estrictamente militar»³⁵⁸. Este autor añade también que la «cuestión en torno a si las ROE constituyen o no [el argumento válido de] una causa de justificación penal es una cuestión retórica, ya que la respuesta negativa es más que obvia en la mayoría de los sistemas jurídicos (...) en el sistema penal italiano (...) las ROE han sido calificadas como causa de justificación atípica o ‘no normativa’ y como tales sin relevancia en orden a evitar que el sujeto incurra en responsabilidad criminal por infringir la ley [cuando actúa] en cumplimiento del deber y de las ROE»³⁵⁹. Nótese no obstante, al hilo de todo esto, que Pierini formulaba estas consideraciones en el *XV Congreso de la Asociación Internacional de Defensa Social* celebrado en 2007 y que posteriormente, en enero de 2010, habría de entrar en vigor en su país la Ley 197/2009, de conversión y modificación del Decreto Ley 152, de 4 de noviembre de 2009, en cuyo art. 4 se establece que «no será punible [la conducta del] militar que en el curso de la misión (...) de conformidad con las directivas, las Reglas de enfrentamiento y las órdenes legítimas recibidas haga uso u ordene hacer uso de las armas, de la fuerza o de cualquier otro medio de coacción física por necesidades derivadas de la operación militar. (...) Cuando en ejecución de tales actos se excediese culposamente de los

³⁵⁸ PIERINI, J. P. *Op. cit.*, *supra* nota 129, p. 136 (nota a pie 27).

³⁵⁹ *Id.*, p. 137.

límites establecidos por la ley, las directivas, las Reglas de enfrentamiento, las órdenes legítimas recibidas o las necesidades derivadas de la operación militar, le serán aplicadas las disposiciones establecidas en la ley en relación al delito culposo si los hechos estuvieren previstos como delito culposo»³⁶⁰. De lo anterior se desprende que, de hecho, haber actuado de conformidad con las ROE tiene la consideración penal de posible causa de justificación para el militar italiano³⁶¹. Por lo que se refiere a las ROE que pudieran tener su origen en organismos internacionales como la OTAN, la Unión Europea o las Naciones Unidas, Tondini también ha formulado consideraciones que juzgamos interesantes al destacar que las ROE, en general, tienen «el valor de directiva y de fuerza jurídica reglamentaria, emanada directamente del nivel político-militar. Como tal, las ROE están subordinadas a otras fuentes del Derecho interno de valor superior, es decir, a la ley y a los actos que tengan fuerza de ley, a la Constitución y a los altos principios constitucionales»³⁶². Continúa afirmando en otro trabajo suyo que en «la práctica italiana las Reglas de enfrentamiento han sido presentadas a veces ante el Parlamento para su aprobación preventiva, junto con el mandato de la misión y la ley que asegura la cobertura económica y financiera. Tal práctica debe entenderse como indicativa exclusivamente de la voluntad del Ejecutivo de legitimar ampliamente la acción militar, permitiendo su escrutinio parlamentario con objeto además de garantizar el apoyo con cargo a los fondos presupuestarios y de asegurar que las Fuerzas Armadas actúan con completa legitimidad dentro de un marco jurídico en ocasiones deficiente, constituyendo de hecho [las ROE] ‘el único instrumento para autorizar el uso de la fuerza en tiempo de paz o en *situaciones de crisis*’»³⁶³. En cuanto a la posible consideración de las ROE como argumento admisible en aras a poder apreciar una posible causa de exención de la responsabilidad penal basada en el cumplimiento del deber, para Tondini no existen dudas en cuanto a su carácter de acto administrativo al afirmar en otro lado que «la reciente introducción en el art. 4 de la Ley 197/2009 [de la que acabamos de hablar más arriba] de una eximente expresa para el

³⁶⁰ ORTOLANI, P. M., y ZAMPONI F. *Op. cit.*, *supra* nota 436, p. 23.

³⁶¹ *Id.*, p. 23.

³⁶² TONDINI, M. (2005). «Regole d’ingaggio e diritto all’autodifesa. Riflessioni e suggerimenti», *Rassegna dell’Arma*, n. 1, gennaio-marzo. Véase la edición electrónica en el sitio: <http://www.carabinieri.it/Internet/Editoria/Rassegna+Arma/2005/1/Studi/01_Matteo+Tondini.htm#4>. (Consultado el 28 de febrero de 2011, 23:45 h.).

³⁶³ TONDINI, M. (2005). «Regole d’ingaggio e uso della forza in mare», *Rivista Marittima*, vol. 138, n.º 3, pp. 57-68, pp. 59-60. Véase esto en el sitio: <http://www.imtlucca.it/_documents/publications/000334-S2DKW-ingaggio_in_mare.pdf>. (Consultado el 28 de febrero de 2011, 23:59 h.).

militar que ‘de conformidad con las directivas, las Reglas de enfrentamiento y las órdenes legítimamente recibidas haga uso, u ordene hacer uso, de las armas, de la fuerza o de cualquier otro medio de coacción física por necesidades derivadas de la operación militar’ (...) [supone la introducción] de un acto administrativo para determinar, subrepticamente, el objeto de la norma penal, abriendo la puerta a un verdadero y genuino ‘derecho penal administrativo’. De esta manera, las directivas y las reglas [de enfrentamiento] se convierten de hecho en [marco de] referencia jurisdiccional de legalidad en virtud a la cual se enjuiciará la conducta del militar no sobre la base de la ley, sino de un mero acto administrativo situado ‘ex lege’ aunque en todo caso ‘legítimo’»³⁶⁴. En fin, para D’Angelo la pregunta que cabe hacerse es «si las ROE pueden o no permitir un uso de la fuerza ‘elástico’ [entrecomillado en el original] respecto a aquello consentido por la norma penal en materia de uso legítimo de las armas o de la defensa individual, lo cual lleva a plantearse la cuestión de si estas son una fuente normativa que pueda derogar la ley o si, por el contrario, se trata de una fuente subordinada a la misma; pareciendo mayoritaria la segunda opción, configurándose las ROE como un acto administrativo ordinario [de tipo] jerárquico»³⁶⁵. Strampelli, sin adoptar una posición personal al respecto, alerta sobre la problemática derivada del nuevo escenario al que tienen que enfrentarse las Fuerzas Armadas italianas en el exterior, en las que las ROE son una fuente normativa «anómala» –entrecomillado en el original– cuya polémica naturaleza jurídica pone en entredicho la aplicabilidad de las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal presentes en la legislación penal común y militar de su país³⁶⁶. En parecidos términos se pronuncia Manacorda, para el que a efectos penales las ROE presentan «una

³⁶⁴ TONDI, M. (2010). «La nuova disciplina delle missioni militari italiane all'estero: una questione di coerenza». Existe una versión electrónica en el sitio: <http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0186_tondi.pdf>. (Consultado el 1 de marzo de 2011, 07:43 h.).

³⁶⁵ D'ANGELO, L. (2004). «L'efficacia 'esimente' delle regole di ingaggio (ROE) nelle missioni militari internazionali ed il loro rapporto con le cause di non punibilità codificate nella legislazione penale comune e militare». Existe una versión electrónica en el sitio: <<http://www.diritto.it/articoli/dangelo.html>>. (Consultado el 1 de marzo de 2011, 08:23 h.).

³⁶⁶ STRAMPELLI, M. (2006). «Regole di ingaggio delle missioni militari all'estero e profili problematici in ordine all'applicabilità delle cause di non punibilità del codice penale comune e militare», *Giustizia Militare*, Bimestrale di Diritto e Procedura Penale Militare, vol. 1-2-3, giugno. Existe una versión electrónica en el sitio: <<http://www.difesa.it/Templates/Structured/detail.aspx?NRMODE=Published&NRNODEGUID={D097CD2-CAE1-44AA-A66E-5FDE6CA3901C}&NRORIGINALURL=%2FGiustiziaMilitare%2FRassegnaGM%2FBimestrale-DPPM%2Felenco-riviste-dettaglio.htm%3FDetailID%3D50&NRCACHEHINT=Guest&Det aillID=50&ArticleID=1061>>. (Consultado el 1 de marzo de 2011, 09:59 h.).

serie de reservas críticas debido a la ausencia de un procedimiento legislativo ordinario para su adopción, el papel dominante del Ejecutivo y de las jerarquías militares, su carácter confidencial y su calificación incierta en el sistema de fuentes, su naturaleza inter-estática. (...) en tanto que órdenes legítimamente impartidas por la autoridad superior, las Reglas de enfrentamiento pueden concretar ciertos elementos (por ejemplo, el peligro inminente) exigidos por la norma [penal] general. Tengo la seguridad –en relación con el debate en curso sobre este tema– que afirmar, como algunos quisieran, que la conformidad de la conducta del soldado con las Reglas de enfrentamiento le exonera de toda responsabilidad es una posición que no se sostiene»³⁶⁷. Pese a toda la amalgama de posturas doctrinales que parecen existir en aquel país, lo cierto es que en la versión oficial del Ministerio de Defensa italiano sobre el empleo efectivo de la fuerza en operaciones recientes como la de Irak (2003-2006) se afirma que esta se estableció, siempre y en todo caso, sobre la base de «una directiva ministerial y de la subsiguiente orden de operaciones que incluyó, igualmente, las Reglas de enfrentamiento»³⁶⁸.

En Suiza es Zen-Ruffinen³⁶⁹ el que mantiene que «las ROE forman parte de un anexo a la Orden de Operaciones, por consiguiente, son una orden del comandante militar responsable de la operación. En consecuencia, se trata de órdenes impartidas a los subordinados que regulan el uso de la fuerza durante la operación en la que participan.» Para este autor el término «orden» deber ser interpretado como «una autorización dada a los subordinados para recurrir a la fuerza, no como si se tratara de una obligación sistemática de recurrir a dicha fuerza.» Sobre la naturaleza jurídica de las ROE, equivalente a una orden militar, Zen Ruffinen no tiene la menor duda en traer a colación tanto los artículos 61 (desobediencia) y 72 (incumplimiento de normas del servicio) del código penal militar suizo, como en señalar que «las ROE deben permitir a todo militar el cumplimiento de la misión pero no le exoneran de toda responsabilidad penal individual. Lo mismo se puede decir de quienes las han redactado (...) El

³⁶⁷ MANACORDA, S. (2007). *Entre la Guerre et la Paix: Le Droit Pénal en Quête de sa Place*, pp. 71-82, p. 76. Ponencia defendida en el *XV Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Defensa Social*, a cuyo texto se puede acceder en: <http://www.defensesociale.org/warandpiece/Entre_la_guerre.pdf>. (Consultado el 1 de marzo de 2011, 10:15 h.).

³⁶⁸ MINISTERO DELLA DIFESA (2011). «Catena di Comando e Controllo e Regole di Ingaggio». Véase esto en el sitio: <http://www.difesa.it/Operazioni+Militari/operazioni-internazionali_concluse/Iraq+-+ANTICA+BABILONIA/comando_controllo-regole-ingaggio.htm>. (Consultado el 1 de marzo de 2011, 11:23 h.)

³⁶⁹ ZEN-RUFFINEN, P. *Op. cit.*, *supra* nota 363.

respeto a las Reglas de enfrentamiento contribuye, a todos los niveles, al éxito de la misión y a la seguridad jurídica de cada uno. En la medida que un soldado se conduzca de conformidad con las Reglas de enfrentamiento, quedará exonerado de toda responsabilidad penal. Sin embargo, el jefe que haya impartido una orden ilegal será responsable, como el subordinado, si hubiera sido consciente que al ejecutar dicha orden estaba cometiendo un acto punible.»

En Alemania todo lo que se refiera al uso de la fuerza militar está condicionado por una serie de imperativos constitucionales³⁷⁰, históricos³⁷¹ y aun filosóficos o morales³⁷² que llevan a considerar tradicionalmente que la *Bundeswehr* es una fuerza de estricta defensa territorial³⁷³ y el soldado alemán «un ‘ciudadano de uniforme’ al que no solo se le exige que cumpla las órdenes que recibe (siempre que estas no sean manifiestamente ilegales), sino que también deje su impronta en el funcionamiento del Ejército, que salvaguarde sus derechos y que contribuya al buen funcionamiento de las Fuerzas Armadas en virtud de su pensamiento independiente»³⁷⁴. Esto último es lo que ha venido a denominarse *Innere Führung* (liderazgo interno), doctrina según la cual a los soldados se les insta a que actúen como «ciudadanos de uniforme» de acuerdo con un estricto código deontológico basado, sobre todas las cosas, en el

³⁷⁰ El artículo 87.A de la Constitución germana de 1949 declara expresamente que las Fuerzas Armadas sirven exclusivamente al propósito de la defensa y que únicamente pueden ser utilizadas fuera de este contexto cuando sea en apoyo de las fuerzas de orden público y bajo estricto control parlamentario. Véase esto en el sitio: < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>>. (Consultado el 2 de marzo de 2011, 11:20 h.).

³⁷¹ NOLTE, G., y KRIEGER, H. (2003). «Military Law in Germany», *European Military Law Systems*. Georg Nolte ed., De Gruyter Recht. Berlín, pp. 337-426, p. 341: «La experiencia derivada de la guerra [II Guerra Mundial] creó en el seno de la sociedad alemana [de la postguerra] un fuerte sentimiento pacifista. En la izquierda, muchos temían que la creación de un ejército alemán exacerbaría todavía más la separación entre las dos Alemanias. Los partidos de centro-derecha, por otro lado, estaban a favor de establecer un ejército dada la agresividad de las acciones del Bloque soviético»; p. 345: «Otro fenómeno que contribuyó al sentimiento pacifista fue el amplio debate público sobre el período nazi y la culpabilidad y responsabilidad moral del pueblo alemán a causa del Tercer Reich».

³⁷² *Id.*, p. 343: «(...) los fundadores de las nuevas fuerzas armadas alemanas decidieron romper radicalmente con el pasado, y crearon un ejército firmemente integrado en la sociedad (entre otros, recurriendo a la recluta obligatoria) que debía ser plenamente responsable ante las instituciones políticas civiles y el cual debía ver en el soldado individual a un ‘ciudadano de uniforme’ que debía ser tratado de acuerdo con su derecho inherente a la dignidad humana».

³⁷³ *Id.*, p. 348: «Dado que la Constitución no prevé expresamente el empleo de las Fuerzas Armadas en el exterior, salvo que esto sea con propósitos estrictamente de defensa, por algunos se ha argumentado que no podían ser utilizadas en operaciones de mantenimiento o restablecimiento de la paz lideradas por la ONU.»

³⁷⁴ *Id.*, p. 343.

principio constitucional de respeto a la dignidad humana. Para algunos autores, por ejemplo Reinhardt³⁷⁵, esta doctrina resulta hoy tan válida como cuando se formuló por vez primera, en la década de los 50. En este contexto, de absoluta subordinación y control de las Fuerzas Armadas por parte de la autoridad civil –muy similar a lo que ocurre en Japón, como más adelante se expone–, Steinkamm y Widmaier destacan precisamente, en palabras no exentas de ironía, el genuino valor de las ROE o *Einsatzregeln* al considerar que estas permiten «de forma desconocida hasta ahora, que las tropas hagan uso de la fuerza a través de instrucciones detalladas (...) Esta innovación de la última década no se debe a la filosofía alemana de liderazgo militar, sino a la situación política mundial y a la evolución del amplio espectro [de operaciones] en que se recurre a las Fuerzas Armadas»³⁷⁶. Algunos autores destacan también el carácter estrictamente defensivo con el que las tropas alemanas parten hacia misiones en el exterior. Schmider afirma al efecto que «en su gran mayoría, los políticos alemanes de casi todas las tendencias muestran una predisposición creciente a emplear tropas alemanas en el exterior mientras que, al mismo tiempo, hacen todo lo posible para asegurarse que la Bundeswehr mantiene un perfil bajo, nada que se asemeje a una guerra. (...) En zona de operaciones, las Reglas de enfrentamiento impartidas a las tropas alemanas cuando comenzaron a operar en Afganistán permitían todo menos un resultado victorioso de tener que hacer uso de la fuerza, ya que solo permitían hacer fuego cuando fueran atacadas y prohibían expresamente enfrentarse a un enemigo en huida que hubiese arrojado o perdido el arma. (...) La marina de guerra desplegada en el Líbano en 2006 y en Somalia recientemente partió con instrucciones que parecían querer evitar cualquier tipo de enfrentamiento antes que el cumplimiento de la misión encomendada»³⁷⁷. Otro dato interesante lo aporta Klose al señalar que durante los cuarenta y cinco años de la Guerra Fría Alemania se acostumbró a la idea de limitar sus acciones defensivas a lo que es

³⁷⁵ REINHARDT, M. (2010). «Civil-Military Relations in the European Union and 'Innere Führung' (Thesis)», Naval Postgraduate School, Monterrey (USA), p. 3. Véase esto en el sitio: <<http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?Location=U2&doc=GetTRDoc.pdf&AD=ADA524746>>. (Consultado el 3 de marzo de 2011, 09:47 h.).

³⁷⁶ STEINKAMM, A. A., y WIDMAIER, U. (2004). *Die Militärischen Führungsphilosophien, Führungskonzeptionen und Führungskulturen Ungarns und Deutschlands im Vergleich*. Institut für Internationale Politik, Sicherheitspolitik, Wehr- und Völkerrecht, Universität der Bundeswehr. Munich, p. 193. Véase esto en el sitio: <<http://137.193.200.177/ediss/zarthe-sascha/inhalt.pdf>>. (Consultado el 3 de marzo de 2011, 17:03 h.).

³⁷⁷ SCHMIDER, K. (2010). «German Military Tradition and the Expert Opinion on Werner Mölders: Opening a Dialogue among Scholars, Global War Studies», *The Journal for the Study of Warfare and Weapons 1919-1945*, vol. 7, issue 1, pp. 3-26, pp. 4 y 5.

su propio territorio exclusivamente³⁷⁸. Lo anterior permitiría inferir que en el caso alemán las ROE son una herramienta hipotéticamente inútil e inservible, y ello, sencillamente, porque si estas fuerzas han de atenerse a acciones simplemente defensivas, entonces cuando actúen lo harán al amparo de la relativa discrecionalidad que otorga el derecho inmanente a la legítima defensa y no siguiendo las directrices establecidas en unas ROE, las cuales, por otro lado, se entienden siempre sin perjuicio de este derecho. Dicho de otro modo, las ROE impartidas en un contexto jurídico-constitucional como este habrán de ser necesariamente restrictivas al límite de únicamente autorizar el uso de la fuerza con carácter defensivo. Por consiguiente, será muy probable que el militar alemán haga uso de las armas ante una agresión exclusivamente, en cuyo caso más que actuar conforme a unas ROE preestablecidas lo que estaría haciendo es ejercer el derecho inmanente a la legítima defensa. Sin embargo, la realidad no parece ser tan sencilla como parece a simple vista. En efecto, desde inicio de los años 90, momento en que el tribunal constitucional alemán reconoció que el empleo de la *Bundeswehr* en el exterior (guerra de los Balcanes) no era contrario a la Ley Fundamental si esto se hacía en virtud a los compromisos derivados de la pertenencia a organizaciones internacionales de seguridad y bajo control parlamentario; hasta 2003, momento en que el Parlamento alemán decidió el envío de tropas a Afganistán formando parte de la misión internacional ISAF y el incremento progresivo del compromiso de estas en la zona, los principios constitucionales de defensa y de vinculación al territorio han ido matizándose sucesivamente dando lugar así a una posible homologación en términos constitucionales de la *Bundeswehr* con el resto de ejércitos occidentales. Lo anterior ha tenido como resultado, a juicio de Merz, la transición de un ejército de compromiso tradicionalmente altruista a una fuerza de intervención moderna³⁷⁹. En la doctrina oficial encontramos pistas muy interesantes en torno a la importancia que en unas fuerzas armadas como las alemanas se concede a las ROE. Por ejemplo, el manual oficial de doctrina en torno a liderazgo o *Innere Führung* establece, entre otros, que «el servicio en la *Bundeswehr* está sometido al Derecho y a la Ley. Esto lo tienen que demostrar los superiores predicando con su ejemplo y me-

³⁷⁸ KLOSE, G. (2005). «The Weight of History: Germany's Military and Domestic Security», *The Quarterly Journal*, Fall, pp. 37-57, p. 37.

³⁷⁹ MERZ, S. (2007). «Still on the way to Afghanistan? Germany and its forces in the Hindu Kush», *Project Paper*. Stockholm International Peace Research Institute. Solna, pp. 2 y 3. Véase esto en el sitio: <<http://www.sipri.org/research/conflict/publications/merz>>. (Consultado el 3 de marzo de 2011, 20:00 h.).

diante la aplicación modélica de la ley (...) El actuar conforme a Derecho es el fundamento de la confianza y el respeto mutuo (...) Es sobre todo en las misiones en el exterior en las que los militares participantes tienen que ser siempre conscientes de la especial importancia y trascendencia que tiene el cumplimiento o no de las normas del Derecho internacional y las Reglas de enfrentamiento»³⁸⁰. En el *Libro blanco de la Defensa Nacional*, editado en 2006, se incluía incluso como uno de los propósitos de la política alemana de defensa y seguridad el «hacer frente a los retos globales, sobre todo, a la amenaza derivada del terrorismo internacional y la proliferación de armas de destrucción masiva»³⁸¹, señalándose que el Derecho internacional humanitario y las Reglas de enfrentamiento establecidas para la operación «forman parte del proceso de mando y control de las Fuerzas Armadas alemanas»³⁸² y destacando la función de los asesores jurídicos, a los que se encomienda «la interpretación de las resoluciones de las Naciones Unidas, de los Acuerdos sobre el Estatuto de la Fuerza (SOFA) y de las Reglas de enfrentamiento (ROE), además de la revisión de los planes de operaciones para garantizar su conformidad con las normas del Derecho internacional humanitario»³⁸³.

En fin, dentro del contexto europeo pudiera decirse que Alemania es un país de contrastes que no deben pasar desapercibidos. De un lado, el diseño constitucional de sus fuerzas armadas ha hecho de estas un modelo ejemplar de estricta subordinación hacia, y de control por, la autoridad civil; de otro, debido a la caracterización constitucional de la defensa nacional en este país, esencialmente defensivo, las ROE pudiera decirse que son un instrumento un tanto superfluo, ya que cuando el militar alemán haga uso

³⁸⁰ THE FEDERAL MINISTER OF DEFENCE (2008). *Innere Führung* (Leadership Development and Civic Education). Joint Service Regulation ZDv 10/1, Armed Forces Staff Branch Bon, p. 24. Véase esto en: <[http://www.innerefuhrung.bundeswehr.de/portal/a/zinfue!/ut/p/c4/JYvLCSIWEEEX_aCaVatWdDwQV1J3WjSttWGLSpMSJgvjx-JngPnM3h4hUTTr50J117Jy1esG70XL3hadTto909EkjDkawlCJEao-AxEmKK5__xtCRr-rviLOZHOvkLkj2AQYf2OYSQ0gFdIu1KNZLUYqJ-K_4VqvZfneqyvH2sDni0PeLH-0bIQeM!/>. \(Consultado el 3 de marzo de 2011, 21:07 h.\).](http://www.innerefuhrung.bundeswehr.de/portal/a/zinfue!/ut/p/c4/JYvLCSIWEEEX_aCaVatWdDwQV1J3WjSttWGLSpMSJgvjx-JngPnM3h4hUTTr50J117Jy1esG70XL3hadTto909EkjDkawlCJEao-AxEmKK5__xtCRr-rviLOZHOvkLkj2AQYf2OYSQ0gFdIu1KNZLUYqJ-K_4VqvZfneqyvH2sDni0PeLH-0bIQeM!/)

³⁸¹ FEDERAL MINISTRY OF DEFENCE (2006). *White Paper 2006 on German Security Policy and the Future of the Bundeswehr*. Bon, p. 6. Véase esto en el sitio: <http://merln.ndu.edu/whitepapers/germany_white_paper_2006.pdf>. (Consultado el 3 de marzo de 2011, 23:11 h.). Esta consideración supone un hito histórico, ya que «se asignó a la Bundeswehr el cometido de proteger la democracia alemana de amenazas externas» por vez primera desde el fin de la II Guerra Mundial. Esto en BINDENAGEL, J. D. (2010), «Afghanistan: The German Factor», *PRISM, Journal of the Center for Complex Operations*, pp. 95-112, p. 108. Véase esto en el sitio: <<http://www.ndu.edu/press/afghanistan-the-german-factor.html>>. (Consultado el 4 de marzo de 2011, 13:15 h.).

³⁸² *Id.* (*White Paper...*), p. 56.

³⁸³ *Id.* (*White Paper...*), p. 110.

de la fuerza probablemente lo sea al amparo del derecho a la legítima defensa, no de aquellas. Por otro lado, también, es el tercer país contribuyente en número de tropas enviadas a Afganistán dentro de la misión ISAF³⁸⁴; de otro, su presencia en dicho país se limita a funciones de consolidación de la paz, reconstrucción y estabilización³⁸⁵. Dentro de estas contradicciones no ha de extrañar que Von der Groeben, al hilo de la intervención alemana en Afganistán, llegue a conclusiones un tanto sorprendentes cuando afirma que «la naturaleza jurídica de estas reglas [de las ROE] no está clara y, por consiguiente, es cuestionable que puedan servir como causa de justificación en ningún caso»³⁸⁶; «(...) dudo que las ROE tengan verdadera significación jurídica. Esta cuestión no debe ser analizada aquí, pero pueden ofrecerse una serie de consideraciones en torno a si las ROE son jurídicamente vinculantes. Primero, son secretas [las de Afganistán] y no se conocen públicamente. (...) Segundo, las ROE no son auténticas normas adoptadas por el Legislativo sino orientaciones administrativas. Por consiguiente, su valor jurídico es insignificante. Sin entrar a dar una respuesta definitiva, mantendría que estas deficiencias descalifican a las ROE como [causa de] justificación válida. Desde luego, uno puede argumentar que los soldados deberían contar con unas ROE y que necesitan seguridad jurídica cuando son enviados a un conflicto. Sin embargo, ese razonamiento no puede afectar a la significación jurídica de las ROE, pero demuestra la necesidad de reconsiderar la situación actual y, o bien se les otorga eficacia jurídica publicándolas y sometiénolas a una decisión legislativa, o se ofrece a nuestros soldados otro tipo de orientación durante los conflictos que no tengan la condición de ‘conflicto armado’»³⁸⁷. En fin, entre tanto malabarismo, polémicas suscitadas en este país por, entre otros, el denominado caso del coronel Klein³⁸⁸, en el que no se formuló imputación

³⁸⁴ BINDENAGEL, J. D. *Op. cit.*, *supra* nota 460, p. 96.

³⁸⁵ *Id.*, p. 96.

³⁸⁶ VON DER GROEBEN, C. (2010). «Criminal Responsibility of German Soldiers in Afghanistan: The Case of Colonel Klein», *German Law Journal*, vol. 11, n.º 5, pp. 469-491, p. 489. Véase esto en el sitio: <http://www.germanlawjournal.com/pdfs/FullIssues/PDF_Vol_11_No_05_Issue%20FINAL.pdf>. (Consultado el 5 de marzo de 2011, 16:00 h.).

³⁸⁷ *Id.*, p. 490.

³⁸⁸ El 4 de septiembre de 2009, en la provincia de Kunduz (al norte de Afganistán), el coronel Georg Klein, de la Bundeswehr e integrado en el Estado Mayor de la ISAF, ordenó a dos pilotos de la Fuerza Aérea estadounidense el ataque a dos camiones cargados de combustible que habían sido capturados horas antes por guerrilleros talibanes. Como consecuencia del ataque se produjeron cerca de 140 bajas entre las que se encontraban numerosos civiles. La alegación principal del coronel Klein fue que ignoraba la existencia de personas civiles en ese lugar en función a la información de la que disponía y que la protección de las tropas alemanas le correspondía a él como responsable de la base (las ROE alemanas únicamente autorizaban el uso de la fuerza en legítima defensa y sus cazas Tornado tenían

contra un mando militar por hechos sucedidos en Afganistán, han llevado a que finalmente, en palabras de Noetzel, las tropas alemanas cuenten con unas reglas de enfrentamiento ajustadas a las «realidades operacionales» vigentes en Afganistán³⁸⁹. Empero, en este contexto un tanto ambiguo resulta muy arriesgado aventurar si las ROE tienen o no relevancia jurídica alguna. La práctica de la Fiscalía federal alemana en el polémico caso del coronel Klein parece indicar que sí mientras que la doctrina particular, Von der Groeben entre otros, opina lo contrario.

En Bélgica, Gossiaux estima que desde la perspectiva del Derecho internacional estas reglas «no tienen cabida en ninguna de las categorías de fuentes del Derecho previstas por el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. Estas no son, evidentemente, ni una convención, ni una costumbre, ni cualquier otra fuente subsidiaria. Como mucho podrían ser consideradas como una directiva emanada de una organización internacional, a imagen y semejanza de las directivas europeas que definen un objetivo a alcanzar pero dejan a los estados miembros de la organización la libertad en cuanto a los medios a emplear para conseguirlo de acuerdo con

parecidas restricciones). De hecho, también se alegó que durante las semanas previas al incidente se habían recibido advertencias en torno al robo de vehículos cisterna y a su posible utilización para cometer atentados. La Fiscalía Federal alemana ordenó el archivo de la investigación abierta en relación con este incidente al considerar que en la conducta del coronel Klein no se apreciaba ilícito alguno ni desde el punto de vista de la legislación alemana (ya que no existió intención de causar bajas civiles) ni del Derecho internacional (ya que al no reconocerse que allí exista una situación de conflicto armado no es de aplicación el Derecho de la guerra y, en todo caso, la presencia de civiles en las inmediaciones era desconocida por quien ordenó el ataque). Los vehículos se encontraban inmovilizados en la calzada a causa del barro, si bien situados en una carretera que discurría por las inmediaciones del lugar donde el contingente alemán tenía su base de operaciones. Los pilotos norteamericanos sugirieron al coronel Klein realizar previamente un vuelo rasante a fin de dispersar a los guerrilleros talibanes y alertar a los civiles que se encontraban curioseando en el lugar de los hechos pero, al parecer, este se negó. Una visión crítica sobre este incidente en VON DER GROEBEN, C., *op. cit.*, *supra* nota 465.

³⁸⁹ NOETZEL, T. (2010). «Germany's Small War in Afghanistan: Military Learning amid Politico-strategic Inertia», «Contemporary Security Policy», vol. 31, issue 3, pp. 486-508, p. 492: «Mientras que hasta julio de 2009 a los soldados alemanes en Afganistán solo se les permitía hacer uso de la fuerza letal de forma muy restringida –esencialmente en legítima defensa– las Reglas de enfrentamiento han tenido desde entonces que ajustarse a las realidades operacionales, principalmente debido al recrudecimiento de la actividad insurgente en la zona Norte. Bajo estas nuevas reglas, entregadas a cada soldado en forma de ‘mapa de bolsillo’ de cuatro páginas (*Taschenkarte*), a las tropas se les permite ahora hacer uso de la fuerza de manera menos restringida para prevenir que sean objeto de agresión: ‘Los ataques pueden ser evitados procediendo contra aquellas personas que planeen, preparen o apoyen ataques o actos hostiles de cualquier tipo’. Esto incluye el uso de la fuerza contra insurgentes que se den a la fuga tras abortarse o interrumpirse un ataque, algo que, por ejemplo, hasta entonces tenían vetado».

su legislación interna»³⁹⁰; «El problema de las Reglas de enfrentamiento, al contrario de ciertas directivas de Derecho internacional, es que deben no solo ser conformes con el Derecho internacional, sino que deben respetar el Derecho nacional. Estamos, por consiguiente, ante una directiva de Derecho internacional cuya validez dependerá asimismo de su conformidad con el Derecho nacional»³⁹¹. Para este autor la cuestión de la naturaleza jurídica de las ROE, a efectos del Derecho penal militar belga, ha sido resuelta por los órganos de la jurisdicción militar con coacción de pronunciarse en casos relativos a la conducta del personal militar en operaciones de las Naciones Unidas en Somalia. Así, de acuerdo con esta jurisdicción, las ROE constituyen una pieza esencial dentro del concepto de «conducta autorizada por la ley» previsto como causa de justificación de la conducta en el art. 70 del Código Penal (belga), definiéndose como «directivas de orden político o militar subsumibles en el concepto de orden de la autoridad que, por ser ejecutivas, deben ser conformes con la ley [nacional]»³⁹². Para Cesoni, acogiéndose a las tesis admitidas por la jurisdicción castrense belga, también resulta que las ROE carecen de valor normativo puesto que pertenecen a la categoría de «orden de la autoridad que debe ser conforme a Derecho para que pueda ser considerada como ejecutiva. No teniendo valor normativo, no pueden derogar ni suspender lo prescrito por la ley. Por consiguiente, si la ejecución de estas órdenes entraña manifiestamente la perpetración de un crimen o delito, el subordinado no tendrá el deber de ejecutarlas»³⁹³. Por su parte, Hemptinne también sale al paso de esta cuestión y alerta sobre la confusión, al parecer frecuente en círculos militares de ese país, entre el Derecho de los conflictos armados, como conjunto de normas jurídicas, y las ROE, como conjunto de órdenes, y esta confusión se debe al hecho de que «en las operaciones ‘distintas del art. 5’ [Tratado OTAN], las ROE regulan el uso de la fuerza, dado que el Derecho de los conflictos armados no resulta de aplicación normalmente. Solo en este caso podría decirse que las ROE sustituyen a las reglas de los conflictos armados. Otra explicación [podría ser el hecho de] que los asesores jurídicos en operaciones en el exterior tienen asignado el cometido de asesorar a los

³⁹⁰ GOSSIAUX, M. (2001). «Règles d’engagement, Norme juridique nouvelle?», *Séminaire de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, Session 2000-2001, pp. 1-16 y 78, 80-3, 85-6, pp. 9-10. Véase esto en el sitio: <http://home.scarlet.be/~tsb93638/session/2001_05_04.pdf>. (Consultado el 6 de marzo de 2011, 12:23 h.).

³⁹¹ *Id.*, p. 81.

³⁹² *Id.*, p. 10.

³⁹³ CESONI, M. (2004). «Missions de soutien de la pax et droit pénal matériel. Le cas de la Belgique», *Manacorda S. (Dir.), Missions militaires de peace keeping et coopération en matière pénale*. Conseil de la Magistrature Militaire. Roma, p. 36.

comandantes en todo lo concerniente a la ‘aplicación del Derecho de los conflictos armados y las Reglas de enfrentamiento’»³⁹⁴. Esto último nos parece bastante acertado, pues la presencia en exceso del asesor jurídico en materia de ROE lleva, como es natural, a identificar equivocadamente las ROE con una norma jurídica más del ordenamiento y no con aquello en lo que consisten, esto es, como un conjunto normalizado y sistematizado de órdenes o de directrices administrativas. Después de todo, tal y como hemos indicado con anterioridad, según la doctrina de la OTAN la redacción del anexo concerniente a las ROE que habrá de integrar el Plan de Operaciones es «responsabilidad del área de operaciones del Estado Mayor»³⁹⁵.

En Holanda, Eiting y Van Duurling nos ofrecen conclusiones muy interesantes en torno a la naturaleza jurídica de las ROE o *Inzetregels* cuando afirman que estas «no son reglas de Derecho en sentido estricto. [Si bien] Tienen una significación política, jurídica y militar. Sin embargo, esta [triple] significación no se traduce en una categoría de reglas jurídicas autónomas e identificables; se trata de reglas de naturaleza combinada. Las ROE tampoco constituyen por sí solas una condición necesaria de cara a [determinar] la legitimidad de una operación militar. (...) En principio, los soldados que formen parte de una fuerza en operación de paz actúan legítimamente siempre que se atengan a las limitaciones del mandato (por ejemplo, de la ONU)»³⁹⁶. Estos autores mantienen, no sin ciertos malabarismos, que estas podrían ser calificadas como «reglas (internacionales) de política político-militar (sic.) (...) en las cuales cristaliza y se limitan los márgenes legales para la aplicación de la fuerza (y de su uso). Esto no quiere decir que las ROE no puedan, por consiguiente, tener consecuencias jurídicas, pero esto solo tendrá lugar (posiblemente) de manera indirecta en una amplia variedad de ramas del Derecho, tales como el Derecho internacional, el Derecho penal, el Derecho disciplinario, el Derecho administrativo y el Derecho civil. Por ejemplo, dejar de observar una regla en forma de ROE que limite una modalidad particular de [uso de la] fuerza militar puede que no constituya en sí misma una

³⁹⁴ HEMPTINNE, C. de (2001). «Le Droit des conflits armés dans la planification des opérations», *Séminaire de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, Session 2000-2001, pp. 1-45, p. 19. Véase esto en el sitio: <http://home.scarlet.be/~tsb93638/session/2001_11_23_bis.pdf>. (Consultado el 7 de marzo de 2011, 18:51 h.).

³⁹⁵ NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. *Op. cit.*, *supra* nota 169, p. 258.

³⁹⁶ EITING R. M., y VAN DUURLING, J. S. (2005). «Guard Dog on a Leash. Conceptual Thoughts on Rules of Engagement», *Strategic Impact*, n.º 1, pp. 95-106, p. 100. Véase esto en el sitio: <<http://www.google.es/#hl=es&biw=941&bih=643&q=eiting+van+duurling&aq=f&aqi=&aql=&oq=&bav=on.2,or.&fp=9878a2ef150599cc>>. (Consultado el 7 de marzo de 2011, 22:20 h.).

conducta punible según el Derecho penal, pero [esa misma conducta] puede dar lugar a considerar que el uso [que se hizo] de la fuerza no estaba justificado, pasando a convertirse –así como sus consecuencias: muerte, lesiones, daños materiales– [en una conducta] sujeta en principio a persecución criminal»³⁹⁷. De lo anterior parece desprenderse que, por consiguiente, en Holanda las ROE son reglas o directrices político-militares cuya relevancia o significación jurídica reside precisamente en que sirven de parámetros a fin de determinar la posible legitimidad o no de una conducta, sobre todo, si dicha conducta acaba produciendo daños que puedan generar responsabilidad penal o civil, pero cuyo simple incumplimiento no es constitutivo, en principio, de infracción alguna. Mucho más explícitos que los autores anteriores parecen ser, sin embargo, Dieben y Dieben cuando, apoyándose, entre otros, en pronunciamientos definitivos de la jurisdicción castrense holandesa, llegan a la conclusión de que tanto las ROE, como documento matriz, como las instrucciones generales o *Geweldsinstructie* impartidas a las tropas en forma de tarjeta de bolsillo, tienen el carácter de reglamentaciones del servicio (*service regulations* o *dienstvoorschrift* en lengua vernácula, como a su vez señala Voetelink³⁹⁸), ya que reúnen los requisitos propios de una reglamentación militar al tratarse de «una decisión de carácter general y [por] escrito, relacionada sin lugar a dudas con los deberes del servicio y que contiene autorizaciones y limitaciones dirigidas a las tropas»³⁹⁹. A mayor abundamiento, también señalan que el criterio de la justicia holandesa es que a pesar de que en ocasiones las ROE aplicables a las tropas estén redactadas en inglés, esto «resulta indiferente por cuanto que dada la dimensión internacional de estos documentos se impone el uso predominante de la lengua inglesa»⁴⁰⁰. Por último, añaden estos autores, que entre las ROE y las *Geweldsinstructie*, o tarjeta de bolsillo entregada a las tropas, existe una relación de subordinación instrumental de tal forma que incluso cuando «se haga uso de la fuerza sin cobertura en estas últimas, pero sí en las ROE, no habrá incumplimiento de reglamentación alguna»⁴⁰¹.

³⁹⁷ *Id.*, p. 101.

³⁹⁸ VOETELINK, J. (2005). «Inzet Van Nederlandse Militairen en de *Rules of Engagement*», *Carré*, n.º 5, pp. 1-8, p. 5. Véase esto en el sitio: <http://www.atlcom.nl/ap_archive/pdf/AP%202005%20nr.%204/Voetelink.pdf>. (Consultado el 9 de marzo de 2011, 19:49 h.).

³⁹⁹ DIEBEN, T., y DIEBEN, D. J. (2005). «When Does War Become Crime? Aspects of the Criminal Case Against Eric O.», Wolf Legal Publishers, Nijmegen, p. 48.

⁴⁰⁰ *Id.*, p. 48.

⁴⁰¹ *Id.*, p. 49.

Llegamos, por último, a Gran Bretaña, país que, como sostiene algún autor⁴⁰², bien podría ser considerado como el precursor de esta institución tan polifacética y ambigua a la vez. De entrada, señalar, al menos en lo que afecta a la doctrina oficial, que en el tradicional y voluminoso *Manual of Service Law*⁴⁰³, editado por el Ministerio de Defensa de ese país, en cuyo seno se comenta exhaustivamente la legislación penal y procesal militar, no existe una sola referencia a las ROE, ni siquiera con ocasión de examinarse los pormenores del delito (o falta disciplinaria) de desobediencia a órdenes legítimas o el incumplimiento de órdenes permanentes⁴⁰⁴. Empero, esto no ha de extrañar en un sistema como el inglés donde, al fin y a la postre, la exigente de obediencia debida a órdenes legítimas dejó de existir como tal desde mediados de la década de los 40⁴⁰⁵. Lo anterior, dicho sea de paso, no quiere decir que las ROE no tengan la consideración, a efectos penales, de orden legítima –de hecho la tienen–, sino que una corte marcial británica solo tendrá en cuenta las ROE ocasionalmente cuando se debata si la responsabilidad del sujeto pudiera estar amparada en una errónea apreciación de la realidad. Hablaremos más sobre esto a continuación. Veamos ahora qué dice la doctrina oficial sobre el carácter de las ROE. Algunas claves interesantes las encontramos en el manual oficial sobre Derecho de los conflictos armados, donde en sede del estudio dedicado a la conducción de las hostilidades se señala que estas constituyen «directivas dirigidas a los comandantes operacionales donde se establecen las circunstancias y limitaciones bajo las cuales puede aplicarse la fuerza armada por las fuerzas del Reino Unido para alcanzar objetivos militares en desarrollo de la política gubernamental del Reino Unido»; y del mismo modo se afirma que: «El Derecho de los conflictos armados emana y forma parte del Derecho internacional y es, en gran medida, de aplicación estable y universal. Las ROE son directivas dirigidas a los comandantes operacionales y están sometidas a una constante revisión, dentro de los límites del Derecho, de acuerdo con valoraciones políticas y militares de interés nacional o multinacional, ya que guardan relación con el cumplimiento de la misión y las circunstancias a las que se enfrenta la fuerza. Las ROE reflejan no solo consideraciones jurídicas, sino también una amplia gama de asuntos de interés, tales como la necesidad de evitar la destrucción de ciertas instalaciones que se persigue capturar intactas; evitar críticas políticamente dañinas; armonizar la ejecución [de la operación] entre aliados, o

⁴⁰² PHILLIPS, G. R. *Op. cit.*, *supra* nota 58.

⁴⁰³ UK MINISTRY OF DEFENCE (2009). *Op. cit.*, *supra* nota 225.

⁴⁰⁴ *Id.*, pp. 1-7-40 – 4, y 1-14-17.

⁴⁰⁵ WALLERSTEIN, S. (2010). «Why English Law Should Not Incorporate the Defence of Superior Orders», *Criminal Law Review*, pp. 109-126, pp. 119-20.

prevenir el denominado ‘fuego amigo’»⁴⁰⁶. En lo que hace alusión al proceso de selección de objetivos o *targeting* se señala que cualquier comandante que haya seleccionado un objetivo «debe tener en cuenta, entre otros, las ROE impuestas por la autoridad superior, bajo las cuales se le exige operar», señalándose como comentario adicional a modo de nota a pie de página –lo cual, sin embargo, consideramos nosotros de suma importancia– que estas «no son Derecho, pero ayudan a los comandantes y a los soldados a operar dentro de la ley o de cualquier limitación política bajo las cuales se encuentren operando»⁴⁰⁷. En otras publicaciones oficiales se considera que las ROE tienen «por finalidad garantizar que la actuación del personal militar se ajusta a Derecho y es coherente con la política del Gobierno; [sin embargo] no son una declaración exhaustiva de la ley o de la política, pero tienen en cuenta ambas. Las ROE reflejan las limitaciones impuestas a la actividad militar, así como las licencias permitidas, y son reflejo del contexto operacional en que se contempla el posible uso de la fuerza. Un acompañamiento inseparable de las ROE es el derecho inherente e inalienable a la legítima defensa allí donde esto sea razonable y necesario»⁴⁰⁸. En el ámbito del planeamiento de operaciones se hermanan indisociablemente los conceptos de posición jurídica (*legal position*) y ROE⁴⁰⁹. En otro lugar se induce a creer que no fueron los británicos, precisamente, los pioneros en el uso regular de las ROE durante la Primera Guerra Mundial –tal y como en algún lugar se ha dicho–⁴¹⁰, ya que, sin negar que estas se hayan desarrollado en Gran Bretaña, se afirma que «el concepto contemporáneo de ROE se desarrolló en el Reino Unido en época tan reciente como los años 60 y 70, convirtiéndose en una característica común de las operaciones militares modernas utilizada por muchas fuerzas armadas a escala mundial»⁴¹¹. En fin, y en otros lugares, o bien ni siquiera se definen las ROE y se aclara en algo su naturaleza jurídica –cuando

⁴⁰⁶ UK MINISTRY OF DEFENCE (2004). *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*. Joint Service Publication 383 (JSP 383). Londres, p. 53.

⁴⁰⁷ *Id.*, p. 82 (y nota a pie 201).

⁴⁰⁸ UK MINISTRY OF DEFENCE (2008). *British Defence Doctrine*. Joint Doctrine Publication 0-01 (JDP 0-01). Londres, p. 1-16. Véase esto en el sitio: <http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/CE5E85F2-DEEB-4694-B8DE-4148A4AEDF91/0/20100114jdp0_01_bddUDCDCIMAPPS.pdf>. (Consultado el 10 de marzo de 2011, 11:03 h.).

⁴⁰⁹ UK MINISTRY OF DEFENCE (2004). *Joint Operations Planning*. Joint Warfare Publication 5-00 (JWP 5-00). Londres, p. 3-2. Véase esto en el sitio: <http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/8114648F-9D93-4A10-8A21-2174B32072A8/0/jwp5_00.pdf>. (Consultado el 10 de marzo de 2011, 11:29 h.).

⁴¹⁰ Esto en PIERINI, J. P. *Op. cit.*, *supra* nota 129, y en PHILLIPS, G. R., *op. cit.*, *supra* nota 135.

⁴¹¹ UK MINISTRY OF DEFENCE (2001). *British Defence Doctrine*. Joint Warfare Publication 0-01 (JWP 0-01). Londres, p. 5-4. Véase esto en el sitio: <<http://www.ids.nic.in/UK%20Doctrine/30%20jun.pdf>>. (Consultado el 10 de marzo de 2011, 18:00 h.). Si bien

podía y debía haberse hecho⁴¹², o se establece una definición tan escueta que no ayuda en mucho a averiguar esto último⁴¹³. En la doctrina particular, el británico Rowe integra esta institución en el concepto de órdenes permanentes (*standing orders*) impartidas por la superioridad y cuyo incumplimiento ilícito, cualquiera que sea la forma en que estas se comuniquen, supone la comisión de un delito (o falta disciplinaria) de desobediencia⁴¹⁴. En otro lugar señala, además, que «el lugar de estas en el ordenamiento jurídico no difiere en mucho del de una orden militar verbal o de cualquier otra orden escrita y, como tal, no tienen el carácter de fuente del Derecho»⁴¹⁵. Nótese, no obstante, que, tal y como este autor se encarga de aclarar⁴¹⁶, el planteamiento en torno al dilema de obedecer o desobedecer órdenes de dudosa legitimidad –es decir, unas ROE de dudosa legitimidad en sí o una orden par-

hemos de aclarar que este manual fue derogado por la siguiente edición de 2008 –citado *ut supra* en nota 487– y en cuyo interior ya no aparece esta curiosa afirmación.

⁴¹² Tal es el caso de la publicación oficial relativa al asesoramiento jurídico en operaciones: UK MINISTRY OF DEFENCE (2005). *Legal Support to Joint Operations*. Joint Warfare Publications 3-46 (JWP 3-46). Londres. Véase esto en el sitio: < http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/32F31626-A428-4B9B-B762-39FDB5E8A35F/0/20071218_jwp3_46_U_DCDCIMAPPS.pdf>. (Consultado el 11 de marzo de 2011, 07:22 h.). Compárese este dato curioso con la enorme proliferación de publicaciones que en torno a las ROE –y a la incidencia que estas tienen en el ámbito del asesoramiento jurídico militar en operaciones– existe en los Estados Unidos de América (por ejemplo, la publicación citada *ut supra* en nota 9 o en nota 263 *in fine*).

⁴¹³ Así sucede con el *Glosario de términos militares* británico, donde se reproduce la definición que a su vez aparece en el glosario terminológico de la OTAN: UK MINISTRY OF DEFENCE (2006), *United Kingdom Glossary of Joint and Multinational Terms and Definitions*. Joint Doctrine Publication 0-01.1 (JDP 0-01.1). Londres, p. R-16. Véase esto en el sitio: <<http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/E8750509-B7D1-4BC6-8AEE-8A4868E-2DA21/0/JDP0011Ed7.pdf>>. (Consultado el 11 de marzo de 2011, 17:22 h.). Por cierto, la misma crítica habría que formular respecto a nuestro propio *Glosario de términos militares* (citado *ut supra* nota 60).

⁴¹⁴ ROWE, P. (2003). «Military Law in the United Kingdom», *European Military Law Systems*. Georg Nolte ed., De Gruyter Recht. Berlín, pp. 831-888, p. 856: «One aspect of superior orders has been discussed in a court of law, namely de obligations of a soldier to comply with the relevant rules of engagement. These may be seen as a form of superior order given to soldiers, usually in written form»; p. 884: «Section 36 of the Army Act 1955 [actualmente serían los artículos 12 o 13 de la vigente Armed Forces Act 2006] should also be considered here, since it relates to disobedience to standing orders. This section would therefore cover the acts of a soldier who refused to obey the rules of engagement issued to him».

⁴¹⁵ ROWE, P. (2007). «The Rules of Engagement in Occupied Territory: Should They Be Published?», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 8, issue 2, pp. 327-339, p. 329. Versión electrónica de este artículo en el sitio: <<http://www.austlii.edu.au/journals/MelbJIL/2007/18.html>>. (Consultado el 12 de marzo de 2011, 19:45 h.).

⁴¹⁶ ROWE, P. *Op. cit.*, *supra* nota 493, pp. 832, 853-6 y 883-4; p. 883: «The fact that superior orders is not recognised as a defence to a charge under military or civil law illustrates well the principle that English law prevails over military orders».

ricular recibida al amparo de estas— se produce en este país de forma inversa a como lo conocemos en la mayoría de los países de Europa continental, ya que, al no reconocerse validez a la obediencia debida como circunstancia eximente de la responsabilidad criminal, un militar británico tiene no el derecho, sino el deber de desobedecer aquellas órdenes cuya ejecución entrañe la posible comisión de un hecho delictivo. ¿Efectos prácticos de todo esto? Sencillamente que el militar británico tiene tanto el deber de obedecer las órdenes legítimas como el deber —y no el derecho subjetivo— de desobedecer las órdenes ilegítimas, esto es, aquellas que puedan ser contrarias al Derecho de Inglaterra y Gales o al Derecho internacional, sucedan los hechos dentro o fuera de Inglaterra y Gales, o al Derecho local del lugar donde sucedan estos, siempre que no haya mediado una «buena razón militar» (*good military reason*) para impartir dicha orden⁴¹⁷. Señala Rowe que la importancia constitucional de no reconocer la eximente de obediencia debida es que «coloca al Derecho común y corriente [al de Inglaterra y Gales] por encima de las obligaciones militares que el subordinado tiene frente a sus superiores»⁴¹⁸. El resultado práctico será que, llegado el caso, la comisión de un delito nunca podrá justificarse en haber seguido al pie de la letra las ROE vigentes al momento de los hechos, puesto que si estas eran contrarias a Derecho, el militar tenía el deber de no acatarlas. Todo lo más, el debate judicial o disciplinario girará en torno a la admisión de un posible error de hecho como causa excluyente de la culpabilidad y no, desde luego, de la antijuridicidad⁴¹⁹. A mayor abundamiento, el hecho de que las ROE puedan ser reflejo de consideraciones políticas o que se limiten a establecer directrices sin llegar incluso a definir derechos u obligaciones reconocidos por una ley o por la práctica judicial tampoco parece haber sido óbice para que la Justicia (ordinaria) británica haya reconocido el valor jurídico de las ROE a título de «órdenes militares (sea en forma de [definición de una] política o de cualquier otra forma)»⁴²⁰. Al contrario de lo que pueda suceder en otros países, en Gran Bretaña las ROE tienen carácter de materia clasificada y, por consiguiente, no son de acceso al público en general ni aun en las circunstancias

⁴¹⁷ *Id.*, p. 854: «*un superior tiene el derecho a impartir órdenes cuyo propósito sea el mantenimiento del buen orden [disciplina] o la supresión de una rebelión, para la ejecución de un deber militar o de una reglamentación, o con alguna finalidad relacionada con el bienestar de las tropas. Sin embargo, no tiene el derecho a aprovecharse de su empleo militar ni a impartir una orden que no guarde relación con los deberes o usos del servicio o cuyo único propósito sea obtener algún provecho particular*».

⁴¹⁸ *Id.*, pp. 853-4.

⁴¹⁹ *Id.*, p. 884 (y especialmente en nota a pie 239: «(...) In this case the soldier may be relieved of liability due to his mistake of fact»).

⁴²⁰ *Id.*, pp. 856-7.

más razonables⁴²¹. Rowe, distinguiendo entre las situaciones de conflicto armado, operación de mantenimiento de la paz y ocupación militar, es de la opinión que estas únicamente deberían publicarse y difundirse para conocimiento general de la población en este último supuesto, ya que «en tal situación no sería aceptable que los órganos [ocupantes] encargados del mantenimiento del orden público e incluso las fuerzas armadas actuaran amparándose en un marco jurídico desconocido por el público en general. (...) Las eximentes tales como la legítima defensa forman parte del contenido de las Reglas de enfrentamiento. Así es que, al basarse estas en el Derecho de la potencia ocupante, para ser efectivas deberían ser conocidas por las tropas encargadas de la operación, siendo muy difícil admitir que estas no se difundan entre la población local de una u otra forma»⁴²². Para este mismo autor, el carácter de orden militar en sentido estricto de las ROE adquiere otro planteamiento cuando las tropas británicas pasan a formar parte de contingentes internacionales actuando al amparo de las que puedan ser impartidas por las Naciones Unidas. Las órdenes impartidas por un comandante militar nombrado por la ONU a un contingente nacional determinado, sostiene Rowe, «no son ‘órdenes’ de la misma manera que lo son aquellas impartidas a través de la estructura de mando estatal. (...) La decisión en torno a si debe o no cumplirse dicha orden corresponde al comandante nacional a cargo del contingente, el cual, en su caso, podrá exigir el cumplimiento [de la misma] a sus subordinados»⁴²³. Por otro lado, el mandato contenido en las resoluciones del Consejo de Seguridad, afirma Rowe, tomando como referencia la pasada experiencia británica de UNPROFOR en Bosnia-Herzegovina, «no prevé en detalle el grado de fuerza autorizado por el Consejo en relación a aquellos encargados de hacerlo cumplir. Esto será objeto, en su caso, de las Reglas de enfrentamiento (...)»⁴²⁴; y estas (las ROE de la ONU)

⁴²¹ Se encuentran recogidas en la publicación oficial *Joint Service Publication 398, United Kingdom Compendium of National Rules of Engagement* y la posición oficial del Gobierno británico es que de ser reveladas más allá de los círculos que estén autorizados a conocerlas esto podría perjudicar la capacidad, eficacia o seguridad de las Fuerzas Armadas. Ni siquiera se ha llegado a acceder a depositar una copia de esta publicación en la biblioteca del Parlamento de Westminster. Véase esto en respuesta dada en 2008 por Derek Twiggs, Secretario de Estado para la Defensa, a una interpelación parlamentaria en este sentido: <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm200708/cmhansrd/cm080513/text/80513w0020.htm>>. (Consultado el 13 de marzo de 2011, 08:22 h.).

⁴²² ROWE, P. *Op. cit.*, *supra* nota 494, p. 338.

⁴²³ ROWE, P. (2010). «United Nations Peacekeepers and Human Rights Violations: The Role of Military Discipline», *Harvard International Law Journal Online*, vol. 51, pp. 69-81, p. 73. Véase esto en el sitio: <<http://www.harvardilj.org/articles/Rowe.pdf>>. (Consultado el 13 de marzo de 2011, 11:54 h.).

⁴²⁴ ROWE, P. (1994). «The United Nations Rules of Engagement and the British Soldier in Bosnia», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, issue 4, pp. 946-

«no forman parte del Derecho inglés [dado que] las reglas de la ONU no son incorporadas al Derecho inglés en aplicación de la Ley de las Naciones Unidas de 1946, la cual solo se ocupa de las resoluciones dictadas al amparo del art. 41 de la Carta. Incluso aunque sean impartidas a continuación por el Ministerio de Defensa no se convierten, por ese hecho, en parte del Derecho inglés»⁴²⁵. Por consiguiente, sigue afirmando Rowe, dado que las ROE de la ONU «carecen de carácter vinculante de acuerdo con el Derecho británico, la conducta de los soldados británicos será juzgada de conformidad con la legislación penal británica»⁴²⁶. Es así como el soldado británico en Bosnia, continúa afirmando este autor, se encontró ante el dilema de que «si no abría fuego ante un acto de agresión llevado a cabo por los serbo-bosnios contra un convoy de ACNUR no infringía las Reglas de enfrentamiento de la ONU, puesto que estas contemplaban el uso de la fuerza a modo de autorización y no de instrucción, pero podía estar cometiendo, sin embargo, un delito de acuerdo con la ley penal británica, ya que haber dejado de responder a la agresión deliberadamente (siendo ello coherente con las Reglas de enfrentamiento de la ONU) equivalía al incumplimiento negligente de sus deberes militares. ¿Era su deber abrir fuego? Considerar que sí significaría admitir que las Reglas de enfrentamiento formaban parte del Derecho inglés y ya hemos visto que esto no es así»⁴²⁷.

Lo anterior viene a demostrar así que a la polémica relativa a la caracterización jurídica de las ROE a efectos internos se suma, del mismo modo, la cuestión relativa a su caracterización de cara al Derecho nacional cuando son impartidas por una autoridad internacional. En Gran Bretaña, por ejemplo, las ROE de las Naciones Unidas precisan de un acto normativo adicional a fin de incorporarlas a su Derecho y convertirlas así en fundamento de una orden militar legítima.

b. Los Estados Unidos de América

País pragmático y contradictorio al que no solo pudiera atribírsele la patente en torno a las ROE, sino, incluso y sin lugar a dudas, la del concepto mismo de Derecho militar operativo entendido este como paradigma del sometimiento de las operaciones militares a la ley y al derecho. Como no podía ser de otro modo, algún autor estadounidense ha llegado a reclamar,

956, p. 947.

⁴²⁵ *Id.*, p. 951.

⁴²⁶ *Id.*, p. 954.

⁴²⁷ *Id.*, p. 955.

naturalmente, haber sido el primero en acuñar y definir el contenido de aquel⁴²⁸. Si las ROE, tal y como venimos diciendo, suponen la incorporación institucionalizada de consideraciones políticas, operacionales y jurídicas –si bien no necesariamente en ese orden– al uso de la fuerza militar, entonces quizás no sea ajeno a esto que en este país las relaciones cívico-militares hayan estado basadas históricamente en la completa subordinación de las Fuerzas Armadas al poder civil. Como sugiere Feaver «el poder formidable de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos, en conjunción y dependiente de su fortaleza económica, hacen de los Estados Unidos el país más poderoso, quizás, en la historia de la Humanidad. Sin embargo, los Estados Unidos jamás han sufrido una tentativa de insurrección militar y mucho menos una insurrección con éxito»⁴²⁹. En la doctrina de este país resultan muy ilustrativas las palabras de Solís al afirmar que las ROE «reflejan la necesidad que tiene el mando de controlar el uso de la fuerza por sus subordinados y [las ROE] son el medio a su alcance para conseguir esto. En una época en que ‘el cabo estratégico’ puede de hecho decidir la batalla, sea porque haga un uso inteligente o desastroso de la fuerza, los comandantes necesitan este medio»⁴³⁰. En cuanto al valor jurídico de las ROE, la doctrina oficial establece lo siguiente: «(...) las ROE son en última instancia reglas impartidas por el comandante que deben ser aplicadas por el soldado, marinero, aviador o ‘marine’ que ejecuta la misión»⁴³¹. Por lo que se refiere a las consecuencias relativas a su incumplimiento, resultan muy esclarecedoras las conclusiones a las que llega Martins en el sentido que «(...) Si bien [el incumplimiento de] la conducta que proscribe [las ROE] puede llegar a constituir infracción de uno o más artículos del Código Uniforme de Justicia Militar, las ROE solo adquieren carta de Derecho penal aplicable de manera muy sucinta. El artículo 92 del UCMJ contempla el incumplimiento de órdenes y reglamentaciones, pero esto es así únicamente si dicha orden o reglamentación se ajusta, a su vez, a otros requisitos legales y constitucionales que pueden llegar a anular su eficacia y validez. Aquellas órdenes que incluyen simples orientaciones de carácter general o que se limitan a aconsejar cómo llevar a cabo una función militar son inexigibles, del mismo modo que también lo son aquellas órdenes que

⁴²⁸ BRIDGE, R. L. *Op. cit.*, *supra* nota 264, p. 2 (en nota a pie 11); donde a su vez se atribuye haber afirmado esto a KEEVA, S. (1991), «Lawyers in the War Room», *American Bar Association Journal*, vol. 77, diciembre, pp. 52-59, p. 52.

⁴²⁹ FEAVER, P. D. (2005). «Civilian Control and Civil-Military Gaps in the United States», *Asian Perspective*, vol. 29, issue 1, pp. 233-243, p. 234.

⁴³⁰ SOLÍS, G. D. *Op. cit.*, *supra* nota 39, p. 512.

⁴³¹ THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL. *Op. cit.*, *supra* nota 9, p. 73.

un juez militar considere inconstitucionalmente vagas, desproporcionadas o de cualquier otra manera ilegítimas»; «Los niveles superiores de mando imparten específicamente las ROE a los cuarteles generales subordinados como política, más que como órdenes penalmente exigibles. Sin embargo, los comandantes pueden impartir unas ROE en particular en forma de órdenes generales que dan lugar así a la posibilidad de exigir responsabilidad a quienes las incumplieren ante un consejo de guerra»⁴³².

La conclusión a la que podríamos llegar es que, en efecto, tal y como sucede en nuestra patria, las ROE en ese país americano no gozan de valor jurídico independiente, sino que su acatamiento o cumplimiento estará en función del acto normativo o forma institucional al que se incorpore su contenido. Esta conclusión debe ser interpretada en el contexto jurídico-político de los Estados Unidos de América, donde las autoridades militares actúan siempre dentro de los márgenes estrictos que impone la política. Las ROE permiten así asegurar la máxima coherencia entre la acción política y la acción militar del Estado. Su utilidad salta a la vista y viene a ser la misma que en España, es decir, sirven como término de referencia para determinar cuándo una orden es o no legítima y, por consiguiente, poder descargar así, o en su caso confirmar, la responsabilidad de quien la acate o incumpla. La necesidad de transponer el contenido de las ROE a un acto normativo concreto o de darles forma de orden militar se convierte así en requisito indispensable en aras a poder atribuirles eficacia jurídica. Ya hemos dicho en otro lugar cómo, por ejemplo, las ROE permanentes de la Junta de Jefes de Estado Mayor aparecen sancionadas por resolución de dicho organismo de la defensa nacional en aquel país. Por consiguiente, no nos encontramos ante una institución que posea naturaleza jurídica de por sí, sino que se trata exclusivamente de una cierta relevancia de ese orden. Incorporadas o manifestadas las ROE a través de un acto formal reconocido por el Derecho, estas y cuantas órdenes adicionales sean dictadas al efecto⁴³³ pasarán a adquirir el valor de dicho acto y a gozar en consecuencia de la protección penal o disciplinaria correspondiente. Esta, al menos, parece ser también la postura de Sttaford, autor ya citado⁴³⁴, el cual nos dice de manera razonada que «(...) como directivas militares, las Reglas de enfrentamiento no son Derecho. Aunque puedan estar basadas en el Derecho, las directivas simplemente proporcionan una política, una autoridad, la definición de la misión y la responsabilidad»⁴³⁵.

⁴³² MARTINS, M. S. *Op. cit.*, *supra* nota 44, pp. 60-1.

⁴³³ Este criterio extensivo en JETER, P. E. *Op. cit.*, *supra* nota 334.

⁴³⁴ STTAFORD, W. A. *Op. cit.*, *supra* nota 53.

⁴³⁵ *Id.*, p. 3.

c. *Canadá*

En este país la posición aparenta ser igual que en el anterior. La doctrina oficial define las ROE como «un instrumento indispensable de mando y control (‘C-2’) para ordenar y controlar el uso de la fuerza durante las operaciones militares. Las ROE son órdenes impartidas por la autoridad militar que definen las circunstancias, condiciones, grado, manera y límites dentro de los cuales la fuerza, o aquellas acciones que puedan ser consideradas como hostiles, puede ser aplicada para alcanzar objetivos militares de acuerdo con la política nacional y el Derecho. El término ‘órdenes’ debe interpretarse como el límite de fuerza autorizado de acuerdo con el mando militar y no debería ser interpretado como obligación de usar la fuerza»⁴³⁶. En términos similares la doctrina oficial vigente en este país en materia de operaciones establece que «el uso de la fuerza está controlado por las ROE, las cuales son órdenes emitidas por el jefe del Estado Mayor de la Defensa. Las ROE son normalmente remitidas al comandante correspondiente a través de un mensaje denominado ‘autorización ROE’ (ROEAUTH). Las ROE definen el grado y manera en que la fuerza militar puede ser aplicada y su finalidad es asegurar que la aplicación de la fuerza queda bajo control meticuloso. Cualquier modificación a las ROE aplicables ha de ser cursada al jefe del Estado Mayor de la Defensa a través de la cadena de mando. Con independencia de las ROE existentes, los comandantes a todos los niveles son los responsables de asegurar que la fuerza solo es utilizada contra objetivos militares legítimos y que esta es, a la vez, necesaria y proporcionada de acuerdo con las circunstancias»⁴³⁷. En la doctrina precedente –que juzgamos mucho más ilustrativa– también se establecía lo siguiente: «A excepción de la legítima defensa, durante las operaciones en tiempo de paz y en aquellas que tienen lugar con carácter previo a la declaración de un conflicto armado, las ROE constituyen la única legitimación que tienen las Fuerzas de Defensa canadienses para usar la fuerza. Las ROE son de aplicación a lo largo de todo el espectro del conflicto. Antes de la

⁴³⁶ DEPARTMENT OF NATIONAL DEFENCE/CANADIAN FORCES (2003). *Use of Force in CF Operations*. Joint Doctrine Manual B-GJ-005-501/FP-000. Ottawa, p. 2-3. Véase en: <[http://www.cfd-cdf.forces.gc.ca/websites/Resources/dgfa/Pubs/CF%20Joint%20Doctrine%20Publications/CF%20Joint%20Doctrine%20B-GJ-005-501%20FP-001%20Use%20of%20Force%20-%20EN%20\(Aug%2008\).pdf](http://www.cfd-cdf.forces.gc.ca/websites/Resources/dgfa/Pubs/CF%20Joint%20Doctrine%20Publications/CF%20Joint%20Doctrine%20B-GJ-005-501%20FP-001%20Use%20of%20Force%20-%20EN%20(Aug%2008).pdf)>. (Consultado el 14 de marzo de 2011, 10:34 h.).

⁴³⁷ DEPARTMENT OF NATIONAL DEFENCE/CANADIAN FORCES (2010). *Operation*. Canadian Forces Joint Publication 3.0. Ottawa, p. 1-8. Véase esto en: <http://publications.gc.ca/collections/collection_2011/dn-nd/D2-252-300-2010-eng.pdf>. (Consultado el 14 de marzo de 2011, 12:09 h.).

declaración de un conflicto armado las ROE son generalmente restrictivas; durante un conflicto armado son generalmente permisivas. Las ROE no son utilizadas para asignar misiones o tareas ni para impartir instrucciones tácticas. El jefe del Estado Mayor de la Defensa [*Chief of Defence Staff, CDS*] es la única autoridad con potestad para autorizar o modificar unas ROE. Ningún comandante ni cualquier otro miembro de las Fuerzas de Defensa canadienses puede impartir ‘órdenes’ [entrecomillado en el texto original] relativas al uso de la fuerza que puedan ser interpretadas como unas ROE o como orientación que pueda ser más permisiva que las ROE aprobadas por el CDS. (...) En Canadá las ROE son definidas como ‘órdenes’ [entrecomillado en el texto original] cuyo objeto es asegurar que tanto los comandantes como sus subordinados no hacen uso de la fuerza o de otras medidas más allá de lo autorizado por el mando militar. Las ROE también sirven para confirmar el grado de fuerza que los comandantes o los individuos están legítimamente autorizados a emplear en apoyo de la misión. (...) Cuando las ROE autorizan el uso de fuerza letal no lo hacen en el sentido de ordenar sino de autorizar el recurso al amplio espectro de fuerza que existe hasta, o incluida, la fuerza letal por parte de un comandante o individuo»⁴³⁸.

En la doctrina particular, Watkin nos ofrece una serie de reflexiones interesantes en torno al deber de obediencia militar, y al papel que cumplen las ROE en ese contexto, cuando sostiene que «(...) [las] ROE son a veces percibidas como limitaciones indeseables en la libertad de acción de los soldados en el plano táctico»⁴³⁹; «La opinión de que las ROE son demasiado restrictivas por razones legales está basada en una malentendida naturaleza de las ROE. Las ROE incorporan imperativos operacionales y objetivos políticos, así como el Derecho aplicable (el Derecho de los conflictos armados o el Derecho nacional). Sin embargo, dado que las ROE son promulgadas como órdenes que deben ser obedecidas por imposición del Derecho militar, a veces son interpretadas erróneamente como un documento exclusivamente legal»; «[Ocurre que] una percepción negativa del Derecho de los conflictos armados o de las ROE no hace sino reflejar cierta renuencia a aceptar el impacto del Derecho en las operaciones contemporáneas (...) La escuela de pensamiento basada en la discrecionalidad de las reglas está fundamentada en la creencia de que el comandante sobre el terreno siempre está mejor informado que los mandos y oficiales de Estado Mayor que producen las

⁴³⁸ DEPARTMENT OF NATIONAL DEFENCE/CANADIAN FORCES (2005). *Canadian Forces Operations*. Joint Doctrine Manual B-GJ-005-300/FP-000. Ottawa, p. 5-5.

⁴³⁹ WATKIN, K. (2000). «Warriors, Obedience and the Rule of Law», *The Army Doctrine and Training Bulletin*. Kingston (Canadá), pp. 24-31, p. 26.

normas (...) Con independencia de su empleo, currículum o experiencia el comandante sobre el terreno estaría capacitado para actuar de acuerdo con su conocimiento de la situación y con su moralidad. Esto a pesar de lo que digan las ROE. [Esta escuela de pensamiento] es incompatible con la doctrina canadiense, para la cual las ROE son órdenes emitidas por el jefe del Estado Mayor de la Defensa para regular el uso de la fuerza por parte de las tropas»⁴⁴⁰; «(...) [unas] ROE eficientes no pueden estar basadas ni en la creencia que se trata de normas claramente prohibitivas ni en la que opina que las reglas admiten siempre un amplio margen de discrecionalidad. Las ROE tienen su fundamento en un marco jurídico de normas predominantemente permisivas que tienen en cuenta los requerimientos de la misión y la legítima defensa, además de tener en cuenta también el ejercicio de la discrecionalidad profesional»⁴⁴¹. Por otro lado, su compatriota Fournier mantiene la teoría de que las ROE en el sistema canadiense son «órdenes válidas que deben ser obedecidas y respetadas»⁴⁴², y para ello cita como ejemplo un manual de doctrina oficial sobre el uso de la fuerza –que también citamos nosotros más arriba– en su versión del año 2001 –nosotros la del 2003–⁴⁴³. No entraremos en polémica en torno a si en este país las ROE son órdenes en sentido estricto o simples orientaciones, solo queremos resaltar que la doctrina oficial que nosotros manejamos, la cual parece adoptar una posición algo más atemperada y semejante a la estadounidense, data del año 2010⁴⁴⁴, mientras que Fournier pronunció estas palabras en 2007. ¿Cambio de criterio oficial? Quizás; detrás de todo esto late que las ROE son heterogéneas por naturaleza y todo dependerá del caso concreto. Habría que estar a lo que las ROE dispongan, bien a título de prohibición, bien a título de autorización.

d. Países de Hispanoamérica

En México las Reglas de enfrentamiento (o Reglas de empeñamiento) son reglas concebidas para hacer la guerra a modo de consignas para el

⁴⁴⁰ *Id.*, pp. 26-7.

⁴⁴¹ *Id.*, p. 28.

⁴⁴² FOURNIER, S. (2007). NATO «Military Interventions Abroad: How ROE are adopted and Jurisdictional Rights Negotiated», pp. 113-122, p. 118. Ponencia defendida en el *XV Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Defensa Social*, a cuyo texto se puede acceder en: <<http://www.defensesociale.org/warandpiece/SYLVAIN%20FOURNIER.pdf>>. (Consultado el 15 de marzo de 2011, 16:40 h.).

⁴⁴³ *Id.*, p. 118 (nota a pie 24). Nosotros la versión del 2003 (*op. cit.*, *supra* nota 515).

⁴⁴⁴ DEPARTMENT OF NATIONAL DEFENCE/CANADIAN FORCES. *Op. cit.*, *supra* nota 516.

combate, según afirma Moloeznik, sobre todo como herramienta del control civil de las Fuerzas Armadas en el contexto de la lucha contra el narcotráfico⁴⁴⁵. En Venezuela la doctrina oficial en torno a las operaciones de paz define las ROE como «la manera a través de la cual la organización supranacional que patrocina la OMP proporciona a los comandantes de unidades, de todos los niveles, una guía (sic.) [entendemos que se trata de una errata y que quiere decir bula] para la respuesta por medio de las armas. Están escritas en forma de prohibiciones o autorizaciones. Tratadas como prohibiciones son órdenes de no realizar determinadas acciones. Tratadas como autorizaciones son la orientación para que los jefes de unidad puedan adoptar ciertas acciones específicas, si lo juzgan necesario, para cumplir con la finalidad de la misión»⁴⁴⁶. Del mismo modo, para la Fuerza Aérea venezolana las ROE «proporcionan una guía e instrucciones concretas para los mandos de unidades, dentro de la estructura de las directivas políticas globales. Definen el grado y manera en la cual la fuerza debe aplicarse. Estas Reglas de enfrentamiento (ROE) normalmente figuran en el anexo E de las Órdenes de Operaciones y están proyectadas para informar a los comandantes aéreos del grado de limitación o libertad permitidos cuando lleven a cabo sus misiones asignadas»⁴⁴⁷. En Perú las Reglas de empleo y uso de la fuerza en el territorio nacional se definen como «aquellas órdenes del mando que determinan cómo y contra quién se emplea la fuerza durante una operación militar. Refieren las instrucciones que da el Estado para trazar claramente las circunstancias y los límites en los que sus fuerzas terrestres, navales y aéreas pueden emprender o proseguir operaciones militares contra grupos hostiles»⁴⁴⁸. En Argentina, el *Libro blanco de la Defensa Nacional* editado en 1999 establece lo siguiente en torno a las «Reglas de empeñamiento»: «(...) son impartidas por la autoridad compe-

⁴⁴⁵ MOLOEZNİK, M. P. (2009). «Principales Efectos de la Militarización del Combate al Narcotráfico en México», *Renglones*. Universidad Jesuita de Guadalajara (México), pp. 1-14, p. 10.

⁴⁴⁶ Este dato ha sido obtenido de un documento que aparenta ser auténtico y que está disponible en la red, en cuya página 59 consta esa definición. Véase esto en: <<http://www.ese.mil.ve/manuales/Manual%20de%20Operaciones%20de%20Paz.pdf>>. (Consultado el 16 de marzo de 2011, 08:12 h.).

⁴⁴⁷ Este dato ha sido obtenido de un documento didáctico que se encuentra en la red. La afirmación, por consiguiente, está hecha con todas las reservas posibles por nuestra parte. Véase esto en: <<http://www.google.es/search?hl=es&noj=1&q=reglas+de+enfrentamiento+para+la+fuerza+aerea&aq=f&aqi=g1&aql=&oq=>>>. (Consultado el 16 de marzo de 2011, 11:27 h.).

⁴⁴⁸ Art. 13.1 del Decreto Legislativo núm. 1095. Véase esto en el sitio: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20100907_01.pdf>. (Consultado el 16 de marzo de 2011, 13:15).

tente y delinear las circunstancias y limitaciones bajo las cuales las fuerzas iniciarán o continuarán un empeñamiento armado con otras fuerzas. Este presupuesto jurídico implica que los comandantes militares deben recibir, además de las clásicas órdenes en cuanto a su misión, tareas y formas de ejecutarlas, instrucciones particulares que delimiten con toda precisión y claridad los criterios relativos al uso efectivo de la fuerza. Estas directivas resultan especialmente necesarias en el contexto actual estratégico y en del conflicto, habida cuenta de la diversidad de situaciones que pueden presentarse, además de las propias de la guerra clásica. Esta necesidad se vuelve más importante durante las crisis, para evitar una escalada indeseada; en situaciones de tensión, y aun cuando es necesario prevenir tales situaciones, las cuales a veces se producen por percepciones mutuas equivocadas de las acciones e incluso de las actitudes que adoptan fuerzas militares próximas»; «Estas instrucciones particulares reciben la denominación internacional (sic.) de Reglas de empeñamiento. (...) Estas reglas configuran un eslabón clave en la aplicación de la fuerza militar en función de los objetivos nacionales, y sus propósitos generales son: proveer una guía normalizada en tiempo de paz; permitir controlar la transición a una crisis y de esta a la guerra, y controlar las operaciones de combate una vez que las fuerzas se ven envueltas en un conflicto armado. Sus objetivos específicos resultan entonces: político: asegurar que la política nacional sea seguida militarmente; militar: proveer seguridad a las propias fuerzas y evitar la posibilidad de una reacción indeseada por el oponente, y legal: asegurar que las operaciones se ejecuten de acuerdo con la ley. De este modo, las Reglas de empeñamiento configuran una interrelación entre la política nacional, el derecho y los requerimientos propios de las operaciones nacionales. Las Reglas consideran entre muchos otros aspectos: la definición de ‘acto hostil’; las restricciones y condiciones para abrir fuego; la magnitud y duración de la violencia a desplegar; las limitaciones de blancos, tácticas, técnicas y de espacios geográficos, etc. Estas reglas son particularmente útiles en situaciones difusas de conflicto y pueden emanar del más alto nivel político-diplomático de la nación, siendo luego trasladadas a las órdenes de operaciones por las autoridades militares en la terminología operativa apropiada. En definitiva, las Reglas de empeñamiento configuran una herramienta práctica que permite dotar de racionalidad, proporcionalidad y humanidad al uso de la fuerza militar»⁴⁴⁹. Por otro lado, según Clark, y refiriéndose a las Fuerzas Armadas argentinas, las Reglas de enfrentamien-

⁴⁴⁹ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL DE ARGENTINA (1999). *Libro Blanco de la Defensa Nacional*. Buenos Aires, pp. 104-6.

to «(normas que definen las circunstancias y límites del uso de la fuerza cuando chocan con otras fuerzas) expuestas en el Libro arrojan luz sobre el tipo de conducta permitida en operaciones militares. Los comandantes tienen el derecho a recibir misiones claras y precisas orientaciones para un efectivo uso de la fuerza»⁴⁵⁰. En cuanto a usos y denominaciones, el argentino Villaverde se encarga de hacernos llegar que mientras que en Argentina, como ya ha quedado dicho, las ROE se conocen como Reglas de empeñamiento, en Chile reciben el nombre más familiar para nosotros de Reglas de enfrentamiento⁴⁵¹. Así es, en Chile, el *Libro blanco de la Defensa*, en su más reciente versión de 2010, establece lo siguiente: «El propio empleo de las capacidades operativas en OPAZ [Operaciones de Paz] exige imponer un conjunto de directrices, emitidas por la autoridad superior competente, que delimitan las circunstancias y limitaciones en que la fuerza iniciará o continuará un encuentro con otras fuerzas, las que en su conjunto se denominan Reglas de enfrentamiento (ROE, *Rules of Engagement*)»⁴⁵².

Como recapitulación a cuanto llevamos dicho, únicamente añadiremos que en estos países las ROE vienen a tener una relevancia jurídica muy similar a la que puedan tener en el resto del continente o en Europa, esto es, operan a modo de órdenes o instrucciones cuando consisten en una limitación o a modo de directiva u orientación cuando se trata de una autorización.

e. Japón

No parece exagerado afirmar que debido a las limitaciones constitucionales impuestas a sus fuerzas de autodefensa (*Jieitai*), en el país nipón las ROE resultan una herramienta inútil e inservible. Existen diversas razones de orden histórico que han llevado a esto. Para Hikotani la respuesta obvia se encuentra «en la experiencia previa a la II Guerra Mundial, la cual llevó

⁴⁵⁰ CLARK, K. M. (2000). «Concepciones de la defensa nacional en Argentina y Chile: una comparación de los libros de la defensa», *Revista Fuerzas Armadas y Sociedad*, pp. 39-51, p. 49.

⁴⁵¹ VILLAVERDE, A. (2010). *El Sistema UNSAS y la Fuerza de Paz Combinada Cruz del Sur*; United Nations Peace Operations Training Centre, Williamsburg (USA), p. 40 (nota a pie 50). Véase esto en el sitio: <http://www.peaceopstraining.org/our_courses/cotipso/theses/>. (Consultado el 18 de marzo de 2011, 13:49 h.).

⁴⁵² MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL DE CHILE (2010). *Libro Blanco de la Defensa*. Santiago de Chile, p. 189. Véase esto en el sitio: <http://www.defensa.cl/archivo_mindef/Libro_de_la_Defensa/2010/2010_libro_de_la_defensa_4_Parte_Politica_Militar.pdf>. (Consultado el 18 de marzo de 2011, 16:01 h.).

a políticos y gobernantes [tras la guerra] a un fuerte sentido de arrepentimiento sobre su incapacidad para controlar las Fuerzas Armadas»⁴⁵³. El punto de partida para un análisis contemporáneo pasa necesariamente por la Constitución nipona de 1946, en vigor desde 1947, en cuyo artículo 9 se declara la renuncia a la guerra como derecho soberano de la nación y la renuncia a la amenaza del uso de la fuerza como medio para resolver disputas, y por este motivo se proclama a continuación –he aquí la polémica desde entonces– que «jamás se mantendrán fuerzas terrestres, navales o aéreas, ni potencial militar»⁴⁵⁴. Este precepto, también conocido como la «cláusula de la paz»⁴⁵⁵, sigue generando discrepancias incluso en la actualidad. Introducido precisamente por presiones de los aliados tras la II Guerra Mundial, si bien existen dudas sobre esto⁴⁵⁶, la renuncia a la guerra y a la legítima defensa, fuere individual o colectiva, hubo de ser reinterpretada poco después y así, desde una posición inicial que consideraba constitucionalmente vetada la existencia de unas fuerzas armadas, se acabó, en última instancia, por establecer la Fuerza de Autodefensa en 1954 que no puede, en ningún caso, llevar a cabo operaciones que admitan la califica-

⁴⁵³ HIKOTANI, K. (2005). «Civilian Control and Civil-Military Gaps in Japan», *Asian Perspective*, vol. 29, issue 1, pp. 244-255, p. 244.

⁴⁵⁴ HASHIMOTO, N. (2009). «Is the Overseas Deployment of Japan's Self-Defense Force (SDF) illegal? Rethinking the Japanese contribution to international peace and security». Véase esto en el sitio: <http://www.monitor.upeace.org/innerpg.cfm?id_article=586>. (Consultado el 19 de marzo de 2011, 10:45 h.).

⁴⁵⁵ ATASSANOVA-CORNELIS, E. (2007). «Security Threats, Domestic Interests and Anti-Militarism in Japanese National Security Policy after 1989». *Cahiers of the Centre for Peace Research*. Leuven, pp. 4-30, p. 6.

⁴⁵⁶ SOUTHGATE, E. (2003). «From Japan to Afghanistan: The US-Japan Joint Security Relationship, the War on Terror, and the Ignominious End of the Pacifist State?», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, pp. 1599-1638, p. 1606. Este autor expone diversas hipótesis en torno a la introducción de este artículo en la Constitución japonesa. Una de estas es que fue el general MacArthur el que, como máximo responsable del Mando Supremo de las Potencias Aliadas, insistió personalmente en que el establecimiento de un gobierno «pacífico y responsable» en Japón pasaba necesariamente por la renuncia a la guerra y el desarme completo e incondicional; otra, que fueron los propios japoneses los que abogaron por ello, ya que la mayoría de las guerras en el pasado habían sido declaradas «en nombre de la legítima defensa». Lo cierto es que, polémicas aparte, la Constitución nipona hubo de ser reinterpretada poco después de su entrada en vigor a fin de permitir el establecimiento de unas fuerzas propias de autodefensa en coherencia no solo con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada un año antes y cuyo artículo 51 reconoce el derecho de los estados a la legítima defensa individual y colectiva, sino también por las necesidades estratégicas de los Estados Unidos, ya que se temía que con el traslado de sus tropas debido a la guerra de Corea en 1950 y la confrontación ideológica de la Guerra Fría, Japón acabase siendo objeto de agresión por la Unión Soviética. El resultado de esto fue el establecimiento en 1954 de las Fuerzas de Autodefensa por la Dieta nipona.

ción de ofensivas⁴⁵⁷. Ahora bien, solo como fuerza destinada al ejercicio de la legítima defensa individual, no colectiva⁴⁵⁸, y prueba de ello es que, por ejemplo, su fuerza marítima no cuenta con portaaviones, ya que implícito en este tipo de buques está la proyección de fuerza⁴⁵⁹ o el hecho de que sus tropas en Irak (2004-2009) no entraron en zona de combate y su protección tuvo que correr a cargo de holandeses y australianos⁴⁶⁰. De hecho, el empleo de fuerzas niponas en operaciones relacionadas con la legítima defensa colectiva no ha sido posible hasta que en 2001 la Dieta aprobara una ley de medidas especiales contra el terrorismo, siendo la posición oficial del Gobierno nipón que el ejercicio de ese derecho se limita «al archipiélago japonés y que el uso de las armas solo está permitido cuando las tropas sean objeto de disparos»⁴⁶¹.

Todo lo anterior no ha sido obstáculo, empero, a que contingentes de tropas japonesas participen en misiones de paz lideradas por las Naciones Unidas al amparo del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. De hecho, según Watanabe, llevan haciéndolo desde que en 1992 se decidiese el envío a Camboya de un contingente mixto cívico-militar⁴⁶², si bien tras aprobarse por la Dieta una ley relativa a la participación en este tipo de misiones internacionales y siempre a condición de que esto solo sea en funciones logísticas o, en todo caso y previa aprobación parlamentaria, en cometidos tales como verificación de acuerdos de alto el fuego o de inspección y recogida de armamento⁴⁶³.

¿Sería posible en este contexto promulgar unas ROE aun si estas fueran para controlar el uso de la fuerza cuando se actuase en ejercicio del

⁴⁵⁷ BENNET, D. A., y MACDONALD, A. F. (1995). «Coalition Rules of Engagement», In Brief, *Joint Forces Quarterly*, Summer, pp. 124-5, p. 124. Véase esto en el sitio: <http://www.dtic.mil/doctrine/jel/jfq_pubs/coal8.pdf>. (Consultado el 19 de marzo 17:05 h.).

⁴⁵⁸ HIKOTANI, K. *Op. cit.*, *supra* nota 532, p. 253.

⁴⁵⁹ SOUTHGATE, E. *Op. cit.*, *supra* nota 535, p. 1602 (en nota a pie 8).

⁴⁶⁰ WEST, D. A. (2006). «Reluctant Samurai? Partnering with Japan to Combat Terrorism». Air Command and Staff College, Air University. Montgomery (USA), p. 17. Véase esto en el sitio: <<http://www.google.es/#hl=es&biw=943&bih=643&q=reluctant+samurai+%3F+maxwell+air+force+base&aq=f&aqi=&aql=&oq=reluctant+samurai+%3F+maxwell+air+force+base&fp=b084db9469258ea2>>. (Consultado el 19 de marzo de 2011, 20:12 h.).

⁴⁶¹ SOUTHGATE, E. *Op. cit.*, *supra* nota 535, p. 1633.

⁴⁶² WATANABE, T. (2003). «The PKO in Cambodia – Lessons Learned: The Japanese Perspective», *Proceedings of the NIDS 50th Anniversary International Symposium on Security Affairs*, pp. 85-104, p. 85. Véase esto en el sitio: <http://www.nids.go.jp/english/event/symposium/pdf/2002/sympo_e2002_09.pdf>. (Consultado el 21 de marzo de 2011, 10:01 h.).

⁴⁶³ SOUTHGATE, E. *Op. cit.*, *supra* nota 535, p. 1631.

derecho a la legítima defensa individual? Entendemos que resultaría superfluo y contradictorio, puesto que, tal y como venimos manteniendo, las ROE son de utilidad precisamente en todos aquellos casos en que sea necesario hacer uso de la fuerza en cumplimiento –legítimo, por supuesto– de una misión cuando de otro modo no proceda hacer ejercicio de ese derecho a la legítima defensa. Por consiguiente, promulgar unas ROE relativas a la legítima defensa equivale a resaltar lo que, por así decirlo, es una obviedad. Antes al contrario, limitar este derecho a través de unas ROE, siempre que sea más allá de lo que la legalidad internacional admite, podría poner en peligro la seguridad de aquellos a quienes precisamente ampara. Cuando analicemos más adelante la interrelación entre las ROE y el Derecho internacional veremos por qué estas son para el Japón una herramienta inútil e inservible o, cuando menos, un mero recordatorio de las normas del Derecho de la guerra.

f. China

Si del Japón pudiera decirse que las ROE son una herramienta inútil debido a que limitaciones constitucionales llevan a que sus tropas solo puedan hacer uso de la fuerza precisamente en aquellos casos en que deban actuar en legítima defensa; de la China podría decirse que las ROE son la herramienta natural de control político del uso de la fuerza pero en un sentido muy distinto a lo que entendemos en Occidente, cuando no un verdadero sarcasmo. En efecto, el Ejército Popular de Liberación es más un instrumento del Partido Comunista Chino que del Estado. De acuerdo con Zheng «el ejército y el partido mantienen una relación de interdependencia... en cierto modo el ejército está en el partido y el partido está en el ejército. Es innecesario para el ejército arrebatar el poder al Partido Comunista Chino»⁴⁶⁴. Lo cierto es que, a juicio de Fleming, desde sus inicios el Ejército Popular de Liberación, «una amalgama de técnica soviética, ideología marxista y caracteres chinos, estuvo indisolublemente vinculado al Partido Comunista Chino por su experiencia juntos en la revolución»⁴⁶⁵,

⁴⁶⁴ ZHENG, S. (2001). *Party-Military Relations in China*. East Asian Institute Background Briefing, National University of Singapore, p. 1.

⁴⁶⁵ FLEMING, K. (2009). «The Party Controls the Gun, but How? Institutionalization as a Trend in Chinese Civil-Military Relations», *College Undergraduate Research Electronic Journal*. University of Pennsylvania, Filadelfia (USA). Véase esta afirmación en el sitio: <<http://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1112&context=curej>>. (Consultado el 22 de marzo de 2011, 11:34 h.).

de ahí que en este país las élites políticas «tengan formación tanto civil como militar», según sugiere Paltiel⁴⁶⁶. Por consiguiente, en China, es el cuartel general del Partido Comunista el que dirige las Fuerzas Armadas y no el Ministerio de Defensa. Este cuartel general, dividido en diversos departamentos, está dirigido por un comité militar central que constituye la «cúpula del mando militar en China»⁴⁶⁷. De hecho, el cargo de presidente del CMC es el cargo de mayor poder e influencia en el sistema político chino, más incluso que el cargo de secretario general del PCC o que el de jefe de Estado⁴⁶⁸. El PCC está presente en las Fuerzas Armadas a través de un aparato de supervisión política en el que la figura del comisario político constituye pieza esencial. Existen comisarios políticos a todos los niveles de la cadena de mando, incluso a nivel pelotón. En este contexto, es lógico pensar que todas las consideraciones políticas, diplomáticas, operacionales o jurídicas que en los ejércitos apolíticos de Occidente se encuentran implícitas en las ROE —entendiendo estas como mecanismo de control— la ocupan en este país las funciones de supervisión atribuidas al comisariado político. Por consiguiente, hablar de las ROE en las Fuerzas Armadas de China es tanto como hablar de algo consustancial a un ejército tan politizado como este, radicando la diferencia en que en este país la autoridad civil se confunde con la militar, por lo que todo lo que estas puedan prohibir, limitar o autorizar no sería con objeto de garantizar el predominio de la primera sobre la segunda, sino para transmitir lo que simplemente son consignas de partido. Tal y como señala Paltiel: «la identidad corporativa del Ejército Popular de Liberación está orientada a su especial misión política, esto es, servir de apoyo y defensa del Partido Comunista Chino»⁴⁶⁹.

g. Australia y Nueva Zelanda

En Australia la doctrina oficial define las ROE como «directivas emitidas por la autoridad militar en las cuales se especifican las circunstancias y limitaciones bajo las que las fuerzas australianas iniciarán o continuarán enfrentamiento de combate con otras fuerzas que salgan a su encuentro»⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ PALTIEL, J. T. (1995). «PLA Allegiance on Parade: Civil-Military Relations in Transition», *The China Quarterly*, issue 143, September, pp. 784-800, p. 784.

⁴⁶⁷ ZHENG, S. *Op. cit.*, *supra* nota 543, p. 4.

⁴⁶⁸ *Id.*, p. 9.

⁴⁶⁹ PALTIEL, J. T. *Supra* nota 545, p. 797.

⁴⁷⁰ AUSTRALIAN DEFENCE FORCE PUBLICATION. 101. *Glossary*. Véase esto en el sitio: <http://www.navy.gov.au/w/images/Amd_glossary.pdf>. (Consultado el 24 de marzo de 2011, 17:09 h.).

Por lo que se refiere a la Armada australiana estas consisten en «instrucciones dirigidas a los comandantes en las cuales se delinean los límites y posibles libertades en aplicación de la fuerza. En las operaciones multinacionales es necesario la armonización de las ROE. Debido a que el Derecho de los conflictos armados codifica importantes principios de Derecho internacional, el control nacional de la acción militar es un requisito fundamental. A los comandantes no les está permitido excederse más allá de ninguno de estos niveles de delegación sin aprobación de la superioridad, sin embargo, el derecho a la legítima defensa se entiende prerrogativa implícita de todo comandante o individuo»⁴⁷¹. En su formulación política, el Comité Permanente de Asuntos Exteriores, Defensa y Comercio del Senado australiano ha establecido que las ROE son «preparadas por [el Departamento de] Defensa estableciendo el tipo de fuerza que puede ser aplicada en un despliegue bajo distintas circunstancias. El Departamento de Defensa y el Departamento de Asuntos Exteriores y Comercio son consultados en la preparación de las ROE –y en las modificaciones subsiguientes durante el curso de una operación– para asegurar que estas son coherentes con los términos de la autorización de despliegue por el Estado receptor y con las obligaciones de Australia en materia de Derecho internacional humanitario»⁴⁷².

En opinión de Brereton las ROE «prescriben las circunstancias en las cuales el Gobierno australiano autoriza al personal militar el uso de varios grados de fuerza hasta la letal incluso. Operamos con limitaciones debido a que nosotros [los australianos] ponderamos los objetivos militares [que nos interesan] con la evitación de daños a los no combatientes. Esto es lo que nos distingue de los terroristas y lo que da a nuestra causa autoridad moral»⁴⁷³. Rogers y Ware tratan algunos aspectos relevantes sobre las ROE, de las que afirman que «son una de las innovaciones más importantes de la guerra moderna»⁴⁷⁴. Sobre su contenido y necesidad sostienen que estas «(...) incluyen consideraciones políticas y diplomáticas, así como factores operacionales, entre otros. Así como los operadores militares pueden aportar consideraciones operacionales y los mandos superiores las

⁴⁷¹ ROYAL AUSTRALIAN NAVY. *Op. cit.*, *supra* nota 354, p. 37.

⁴⁷² AUSTRALIAN SENATE STANDING COMMITTEE ON FOREIGN AFFAIRS, DEFENCE AND TRADE (2007). *Inquiry into Australia's involvement in peacekeeping operations*. Canberra, pp. 1-5, p. 3.

⁴⁷³ BRERETON, P. (2010). *The Director of Military Prosecutions*, «The Afghanistan Charges and the Rule of Law», pp. 1-13, p. 8. Véase esto en el sitio: <[http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/supreme_court/ll_sc.nsf/vwFiles/brereton061110.pdf/\\$file/brereton061110.pdf](http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/supreme_court/ll_sc.nsf/vwFiles/brereton061110.pdf/$file/brereton061110.pdf)>. (Consultado el 24 de marzo de 2011, 19:27 h.).

⁴⁷⁴ ROGERS, F., y WARE, G. T. *Op. cit.*, *supra* nota 226, p. 6.

implicaciones políticas, el abogado debe asegurarse que todas las reglas promulgadas están de acuerdo con la ley. Es aquí donde el abogado operacional pragmático se gana el sueldo. Estas reglas deben articularse de una manera clara y concisa y ofrecer las instrucciones adecuadas al combatiente sobre cuándo puede utilizar o no la fuerza. Si las reglas son inciertas o ambiguas, el riesgo a que el combatiente titubee cuando el uso de la fuerza resulte necesario irá en aumento. A mayor abundamiento, reglas ambiguas pueden dar la impresión de que la fuerza está autorizada, cuando de hecho no lo está. Esto, por el contrario, podrá dar lugar a un recrudecimiento de las hostilidades. (...) Mientras que los abogados operacionales no deben, y no deberían, poner sus dedos en el botón de lanzamiento, lo que ellos aportan a la mesa de operaciones es criterio interpretativo en orden a asesorar al operador al tomar la decisión de la cual serán responsables»⁴⁷⁵. Sobre la dudosa naturaleza jurídica que pudieran tener las ROE, al menos como norma jurídica, nos dicen también estos autores que «las ROE son promulgadas de acuerdo con un modelo legislativo y por consiguiente su redacción inicial y su interpretación es normalmente responsabilidad de un abogado. Por esta razón existe entre los operadores la percepción frecuente de que es el abogado el que limita las ROE impartidas».

De lo anterior bien podría inferirse, en sentido opuesto, que las ROE no son por consiguiente normas jurídicas, sino limitaciones —es decir, órdenes en todo caso— impuestas por reglas que, debido a su apariencia normativa y a que es un letrado el que pudiera redactarlas inicialmente y luego interpretar, son percibidas por algunos como lo que en realidad no son.

Por lo que se refiere a Nueva Zelanda, la naturaleza de las ROE nos la aporta Rout al afirmar que estas consisten en «la aplicación en particular del Derecho de los conflictos armados, el Derecho nacional y los requerimientos políticos y militares de la operación»⁴⁷⁶. Para este autor las ROE podrían incluso cambiar de carácter a lo largo de los distintos niveles de mando y autoridad, ya que «a nivel estratégico/operacional las ROE son directivas emitidas por la autoridad militar competente que delimitan las circunstancias y limitaciones bajo las cuales una fuerza armada iniciará o continuará un enfrentamiento de combate con otras fuerzas que se encuentren. A nivel operacional/táctico sirven como orientaciones relativas a cuándo se puede utilizar la fuerza militar, dónde puede ser utilizada y

⁴⁷⁵ *Id.*, p. 6.

⁴⁷⁶ ROUT, M. W. (2009). *To Define & Control: The Utility of Military Ethics in the New Zealand Army's Contemporary Operational Environment* University of Canterbury. Christchurch (NZ), p. 27. Véase esto en el sitio: <http://ir.canterbury.ac.nz/bitstream/10092/3048/1/thesis_fulltext.pdf>. (Consultado el 24 de marzo de 2011, 23:56 h.).

contra quién puede utilizarse»⁴⁷⁷. La doctrina oficial neozelandesa en materia de operaciones de combate no parece pronunciarse ni en uno ni en otro sentido⁴⁷⁸. Vemos como, por consiguiente, no estamos tampoco ante normas de carácter jurídico, sino ante directivas y orientaciones estrictamente administrativas. ¿Órdenes, directrices o simples recomendaciones? Descartado que sean normas jurídicas en sentido estricto, la cuestión en torno a la relevancia jurídica de esta institución parece serpentear siempre en torno a su carácter de orden militar en sentido estricto o de simple orientación. Resultan muy ilustrativas las palabras del australiano Findlay cuando manifiesta que «algunos ejércitos, como el de Australia o el de los Estados Unidos, conciben las ROE como órdenes y los soldados que las desobedecen son responsables ante un tribunal militar. Otros, como los de Canadá o Nueva Zelanda, las conciben simplemente como ‘orientaciones’»⁴⁷⁹. Ya hemos visto que la respuesta no puede ser ofrecida en términos absolutos y que, tal y como venimos manteniendo, la naturaleza de las ROE como orden militar en sentido estricto o como simple orientación dependerá, en todo caso, de si estamos ante una prohibición o limitación, o ante lo que admita ser interpretado como una autorización. En el primer supuesto podría decirse que el quebrantamiento de la prohibición se pueda interpretar como el incumplimiento de una orden y, por consiguiente, ser trasladado al ámbito del ilícito penal o disciplinario; en el segundo, la autorización podría ser interpretada como consejo, directriz u orientación sujeta siempre a la discrecionalidad del operador militar.

h. India

En este país la necesidad de contar con unas ROE o instrumento de control similar ha venido impuesta por la lucha contra la insurgencia. Según refiere Rajagopalan «debido a la inexistencia de unas ROE estandarizadas, el Ejército de la India siempre ha llevado a cabo cada operación con-

⁴⁷⁷ *Id.*, p. 27.

⁴⁷⁸ NEW ZEALAND DEFENCE FORCE (2008). *Foundations of New Zealand Military Doctrine*. New Zealand Defence Force Publication NZDDP-D 2008. Wellington (New Zealand), p. 5-7: «Operaciones de combate: en la doctrina neozelandesa, las operaciones de combate se definen como: ‘operaciones militares donde el uso o la amenaza de uso de la fuerza, incluido la fuerza letal, es esencial para imponer la voluntad a un adversario o para el cumplimiento de la misión’. El grado concreto de fuerza a emplear durante las operaciones de combate estará determinado por la situación táctica y por las Reglas de enfrentamiento».

⁴⁷⁹ FINDLAY, T. *Op. cit.*, *supra* nota 49, p. 371.

tra la insurgencia sin aprender de las lecciones de la anterior. La naturaleza cambiante de la amenaza y el protagonismo cada vez mayor del Ejército en este campo, llevaron a la necesidad de crear un marco de referencia que cubriese esta laguna. Así fue como se creó la Doctrina para Conflictos Subconvencionales»⁴⁸⁰. Sin embargo, su relativa reciente formulación en el contexto de la lucha contra la insurgencia no debe llevarnos a creer que las ROE sean un fenómeno nuevo en este país. Antes al contrario, existen precedentes que demuestran que la Fuerza Aérea india ya habría recibido en 1999 unas Reglas de enfrentamiento durante el conflicto de Kargil, en Cachemira, donde según afirma Sukumaran se limitaba el poder de la Fuerza Aérea india «bajo la estipulación general de no incurrir bajo ningún concepto en infracción de las normas del Derecho de la guerra»⁴⁸¹. Como quiera que sea, resulta evidente, aquí también, comprobar cómo las ROE cumplen una vez más la función de servir de mandato de la autoridad al que se incorpora, a su vez, la necesidad de observar normas de verdadero carácter jurídico.

i. Países musulmanes

No es este el lugar para abordar en detalle la institución de control político sobre el poder militar que pudiera existir, semejante a las ROE, en lo que pudiera calificarse como «países musulmanes» y que nosotros, a los únicos efectos del presente trabajo, definimos como la comunidad formada por aquellos países hermanados por la fe islámica donde además exista un Estado de corte confesional. Tampoco se pretende incluir bajo esa fórmula de manera indiscriminada a todos aquellos países donde existe, de un modo u otro, un Estado confesional, puesto que incluso dentro de estos podremos encontrar aquellos donde la ortodoxia haya dado lugar a formas más o menos extremistas y aquellos otros, moderados, donde existe reconocimiento, oficial al menos, de la libertad de culto. Hacemos, por consiguiente, abstracción de todos ellos y exponemos a continuación algunas pinceladas sobre lo que nos interesa, esto es, la existencia o no de una institución parecida a las ROE o de su equivalente.

⁴⁸⁰ RAJAGOPALAN, R. (2000). «Restoring Normalcy: The Evolution of the Indian Army's Counterinsurgency Doctrine», *Small Wars and Insurgencies*, vol. 11, issue 1, pp. 44-68, p. 60.

⁴⁸¹ SUKUMARAN, R. (2003). «The 1962 India-China War and Kargil 1999: Restrictions on the Use of Air Power», *Strategic Analysis*, vol. 27, issue 3, jul.-sept., pp. 332-356, p. 346.

Como punto de partida tenemos que señalar que no podemos entender el Derecho de la guerra musulmán, un derecho impregnado de doctrina coránica, sin comprender antes la visión bipolar del orbe que en estos países comenzó a tejerse en la Edad Media, basada, como señalan Aboul-Enein y Zuhur⁴⁸², en la dicotomía formada por el mundo del islam (*dar ul-Islam*), mundo de los creyentes, y el mundo de la guerra (*dar ul-harb*), mundo de los infieles, un mundo este último que «vive en perpetuo desafío al Señor»⁴⁸³. Y es partiendo de esta dicotomía de la que deriva la *yihad* como guerra religiosa de carácter universal librada con el propósito y el deber de defender o propagar la fe islámica, llegando así al fin último de «hacer cumplir la ley divina (la *sharia*) en todo el orbe»⁴⁸⁴. La *yihad* es así, por naturaleza, una lucha integral que puede cubrir muchos frentes tanto internos como externos, tanto individuales como colectivos, tanto militares como civiles⁴⁸⁵. Hecha esta primera aclaración, vayamos ahora a las fuentes del Derecho bélico musulmán. Siguiendo a Freamon, como «en otros muchos aspectos, las fuentes del Derecho de la guerra islámico son las instrucciones, prohibiciones y orientaciones recogidas en el Corán y en la *sunna* establecida por el profeta Mahoma, a lo largo de toda su vida, en torno a la conducción de la guerra y al ejercicio de las funciones de Estado»⁴⁸⁶. Nos dice el pakistaní Malik que la filosofía coránica cubre de forma sistemática «todos los aspectos de la guerra desde su inicio o declaración, su planificación, su conducción y hasta su control. Su eficacia reside en controles divinos bien definidos, los cuales garantizan que la guerra nunca exceda de sus márgenes y propósitos ni caiga por debajo del nivel deseado»⁴⁸⁷. De este modo, siguiendo a dicho autor, el «pensamiento militar coránico es parte integral e inseparable del mensaje íntegro del Corán»⁴⁸⁸; y la finali-

⁴⁸² ABOUL-ENEIN, Y. H., y ZUHUR, S. (2004). *Islamic Rulings on Warfare*. Strategic Studies Institute, US Army War College. Carlisle (USA), p. 4. Véase esto en el sitio siguiente: <<http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015061857804>>. (Consultado el 25 de marzo de 2011, 09:32 h.).

⁴⁸³ MALIK, S. K. (1992). *The Quranic Concept of War*. Adam Publishers and Distributors. New Delhi, (Preface p. IV).

⁴⁸⁴ MUSHKAT, R. (1987). «Is War Ever Justifiable? A Comparative Survey», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 9, pp. 227-318, p. 227.

⁴⁸⁵ AL-DAWOODY, A. M. (2009). *War in Islamic Law: Justifications and Regulations*. College of Arts and Law, University of Birmingham. Birmingham (UK), pp. 133-4. Véase esto en el sitio: <<http://theses.bham.ac.uk/382/1/Aldawoody09PhD.pdf>>. (Consultado el 25 de marzo de 2011, 17:22 h.).

⁴⁸⁶ FREAMON B. K. (2003). «Martyrdom, Suicide, and the Islamic Law of War: A Short Legal History», *Fordham International Law Journal*, vol. 27, issue 1, pp. 299-369, p. 313.

⁴⁸⁷ MALIK, S. K. *Op. cit.*, *supra* nota 562, p. 1.

⁴⁸⁸ *Id.*, p. 3.

dad de la guerra es «la conservación y promoción de la paz y la justicia»⁴⁸⁹. En lo que aquí interesa, hay que señalar que un fenómeno característico de estos países es la total confusión que existe entre la autoridad política y la militar, ya que, como afirma Qureshi, en «el islam, incluso el concepto de separación [entre lo civil y lo militar] resulta irrelevante, puesto que no existe una tradición de secularismo y no hay distinción entre los funcionarios militares y los funcionarios civiles. (...) La única ideología que parece popular y efectiva en los países islámicos es la ideología islámica, la cual, en todo caso, tiende a ser promilitar y a evitar que otras ideologías lleguen a consolidarse»⁴⁹⁰. Llegados a este punto cabe preguntarse: ¿Qué utilidad tendría una institución como las ROE en este contexto? Juzgamos que nula o casi irrelevante. La respuesta es simple inducción derivada del planteamiento dogmático que en estos países se hace en torno al concepto de guerra justa. En efecto, si tomamos como punto de partida que la guerra para el islam es justa o injusta dependiendo que se haga, o no, en nombre de la fe islámica y que es deber de todo musulmán defender y propagar la fe llegando incluso al uso de la fuerza, «en legítima defensa»⁴⁹¹, frente a todo aquel que «obstruya» el cumplimiento de ese deber, entonces no cabe más que concluir que de acuerdo con el Derecho bélico islámico las guerras legítimas, esto es, el recurso válido a la fuerza, se fundamenta siempre en el título justificante de la legítima defensa, por lo que unas ROE promulgadas a estos efectos no harían más que repetir directamente las instrucciones, prohibiciones y orientaciones previstas en el Derecho musulmán. Dicho de otro modo, estaríamos siempre ante unas «ROE de guerra» –o como hemos propuesto con anterioridad, unas «ROE de estado»– cuyo contenido vendría a coincidir con las prescripciones del Derecho de la guerra (musulmán). Tal y como ocurre en Japón, pero por razones constitucionales, o en China, pero por razones de índole política, las ROE que puedan existir en los países musulmanes serían irrelevantes al coincidir en su contenido, por razones de índole religioso, con los preceptos del Derecho de la guerra (musulmán). Cuestión muy distinta son las consignas

⁴⁸⁹ *Id.*, p. 46.

⁴⁹⁰ QURESHI, S. (1981). «Military in the Polity of Islam: Religion as a Basis for Civil-Military Interaction», *International Political Science Review*, vol. 2, issue 3, pp. 271-282, p. 271.

⁴⁹¹ En las palabras preliminares de la obra del pakistaní MALIK (*op. cit.*, *supra* nota 562) se utiliza el argumento de la «legítima defensa» frente a la «obstrucción» de ese deber hasta tres veces para justificar el recurso a la fuerza frente aquellos que, de una u otra manera, impiden la propagación de la fe. En ninguna de estas referencias se aclara qué debe entenderse por «obstruir» ese deber. Para una lectura crítica del trabajo de MALIK consúltese MYERS, J. C. (2006), «The Quranic Concept of Wa», *Parameters*, Winter, pp. 108-121.

u orientaciones que puedan difundirse por los líderes religiosos a través de una institución conocida como *Fatwa*, pero en este caso no estaríamos ante instrucciones o directivas emanadas de una autoridad central, esto es, ante unas ROE, sino ante mensajes de contenido político-religioso que guardan relación más con las creencias del combatiente –de vital importancia para él, por supuesto– que con los aspectos estratégicos, operacionales o tácticos de una campaña⁴⁹². A mayor abundamiento, al contrario de lo que ocurre con el catolicismo, la Iglesia islámica parece carecer incluso de una autoridad central⁴⁹³. Sin embargo, a juzgar por lo que afirma Sardar Ali, pudiera considerarse que la *Fatwa* incluye de hecho orientaciones de alcance estrictamente militar⁴⁹⁴. No vamos a entrar en polémica, solo señalar, naturalmente, el hecho de que en estos países la autoridad política y la autoridad religiosa pueden llegar a confundirse en una misma persona o que hablar de Derecho es hablar también de religión. A nuestros efectos esto último resulta indiferente, ya que toda orden que reciba el combatiente musulmán llevará implícito siempre el carácter defensivo de la campaña en la que participa.

En fin, las palabras preliminares del pakistaní Zia-Ul-Haq a la obra de su compatriota Malik resultan lo suficientemente ilustrativas de cuanto acontece: «El soldado profesional que sirve en un ejército musulmán, en apoyo de los objetivos de un estado musulmán, ‘no puede’ ser ‘profesional’ a menos que en todas y cada una de sus actividades adopte ‘el color de Alá’»⁴⁹⁵.

⁴⁹² CHASE, A. (1996). «Legal Guardians: Islamic Law, International Law, Human Rights Law, and the Salman Rushdie Affair», *American University Journal of International Law and Policy*, pp. 375-435, p. 375 (nota a pie 1): «[la *fatwa*] es una opinión hecha pública o una decisión concerniente a doctrina religiosa o jurídica emitida por una autoridad reconocida».

⁴⁹³ ABOUL-ENEIN, Y. H., y ZUHUR, S. *Op. cit.*, *supra* nota 561, p. 3.

⁴⁹⁴ SARDAR ALI, S. (2009). «Resurrecting *Siyar* through *Fatwas*? (Re) Constructing ‘Islamic International Law’ in a Post-(Iraq) Invasion World», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 14, issue 1, pp. 115-144. Este autor cita, a modo de ejemplo (pág. 131 y ss.), un número de *fatwas* particulares emitidas a través de Internet donde se insta a combatir la presencia de tropas extranjeras en Irak por «todos los medios posibles» o donde se circunscribe esta lucha a «aquellos países en cuyo suelo se encuentren tropas americanas y se utilice ese suelo como punto de lanzamiento de esas tropas contra Irak». Estas cuestiones que pudiéramos llamar de orden político-estratégico (señalamiento de los lugares de combate) o militar (medios a emplear) aparecen, a su vez, entremezcladas con invocaciones de orden religioso (se advierte que el contenido de la *fatwa* es siempre «sin perjuicio del mejor criterio de Alá Todopoderoso»), de orden político (se llama a la unidad de los hermanos musulmanes, se sugieren manifestaciones pacíficas...) o diplomático (se insta incluso al boicot de los productos occidentales).

⁴⁹⁵ MALIK, S. K. *Op. cit.*, *supra* nota 562, (prefacio) p. I.

Otro caso paradigmático de fuerzas armadas únicamente empleadas en operaciones estrictamente defensivas es el de las Fuerzas de Defensa de Israel. El marco jurídico y político de este país en materia de defensa y seguridad es relativamente moderno. Señala Tomer que la legislación militar israelí es tan reciente como la fundación misma del Estado de Israel en 1948⁴⁹⁶ y, aunque pueda resultar una obviedad, –no es así desde luego– esta fue adoptada por la necesidad de defender la integridad territorial del nuevo estado. Existen muchas razones de orden histórico y religioso que explican las convicciones pacifistas del pueblo judío, uno de cuyos rasgos característicos a través de los tiempos ha sido, precisamente, su incapacidad de defenderse a sí mismo contra las agresiones de los demás pueblos entre los cuales ha convivido⁴⁹⁷. Esto fue especialmente cierto en el siglo xx, alcanzando su cénit durante la Segunda Guerra Mundial. De hecho, afirma Edrei que la tradición jurídica del pueblo judío no solo carecía históricamente de una base normativa relativa al Derecho de la guerra –nunca la había necesitado al carecer de soberanía– sino que existía, incluso, una ideología surgida de esta circunstancia y basada en la oposición absoluta a la guerra y al uso de la fuerza⁴⁹⁸. Continúa afirmando este autor que de las tres categorías de guerra admitidas inicialmente por las leyes históricas de la *Mishná* y el *Talmud*, la guerra en legítima defensa es la única relevante en la época contemporánea y siempre que sea para «salvar al pueblo judío de la opresión a la que se enfrenta»⁴⁹⁹. Una de las figuras contemporáneas de mayor relevancia en la creación de un conjunto de preceptos jurídico-religiosos o *halakhah* relativos a la guerra, el rabino Shlomo Goren, fundamentó su obra precisamente en el equilibrio entre las perspectivas bíblicas y rabínicas sobre el uso de la fuerza, su legitimidad y el espíritu que debe orientarlo⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ TOMER, Y. (2002). «The Israeli Military Legal System – Overview of the Current Situation and a Glimpse into the Future», *The Air Force Law Review*, vol. 52, pp. 137-158, p. 137.

⁴⁹⁷ EDREI, A. (2005). Divine Spirit and Physical Power: Rabbi Shlomo Goren and the Military Ethic of the Israel Defense Forces, Theoretical Inquiries in Law, pp. 257-300, p. 258. Véase esto en el sitio: <http://www.tau.ac.il/law/members/arye_edrei/Edrei2ndgallys.pdf>. (Consultado el 26 de marzo de 2011, 07:51 h.).

⁴⁹⁸ *Id.*, p. 259.

⁴⁹⁹ *Id.*, p. 268.

⁵⁰⁰ EDREI, A. (2006). «Law, Interpretation, and Ideology: The Renewal of the Jewish Laws of War in the State of Israel», *Cardozo Law Review*, pp. 187-227, p. 222. Véase esto en el sitio: <<http://www.cardozo.yu.edu/uploadedFiles/Cardozo/Profiles/floersheimer-134/edrei%20lawinterp.pdf>>. (Consultado el 26 de marzo de 2011, 12:50 h.).

Más allá de todas las contradicciones que puedan surgir entre las distintas tendencias religiosas o políticas de unos y otros, donde el sionismo laico coexiste con el pacifismo a ultranza de los ortodoxos, y sin perder de vista que el Estado de Israel es desde luego signatario de la Carta de las Naciones Unidas y de los Convenios de Ginebra en general, podríamos llegar a la conclusión de que al igual que sucede en otros países donde las Fuerzas Armadas han sido configuradas constitucionalmente como fuerzas de estricta defensa, las ROE, en un contexto así, habrán de ser necesariamente superfluas. En efecto, en tiempo de paz tendrán que ser restrictivas en exceso con la única concesión relativa al ejercicio de la legítima defensa ante una agresión inminente o real. En tiempo de guerra podrían alcanzar un cierto grado de permisividad, pero siempre limitado por el carácter defensivo de esta Fuerza. La clave a todo esto reside precisamente en el hecho de que en Israel, por imperativos constitucionales, la autoridad política solo puede hacer uso de la fuerza militar ante una agresión real o inminente contra la «existencia, integridad territorial y soberanía del Estado de Israel, la seguridad de sus habitantes o en la lucha contra todas las formas de terrorismo»⁵⁰¹. Por decirlo de otro modo, las Fuerzas de Defensa de Israel no podrían hacer uso de la fuerza más allá, en principio, de lo que admite el derecho a la legítima defensa, por lo que, o bien actúan dentro de las reglas elementales de la legítima defensa (proporcionalidad, inmediatez de la agresión, etc.), o bien sus ROE habrían de resultar tan restrictivas en cuanto al uso de la fuerza que se convertirían más en una herramienta prohibitiva de cualquier acción violenta u ofensiva que otra cosa.

Cuestión algo más complicada parece ser la práctica seguida en la lucha contra el fenómeno del terrorismo a través de la ejecución selectiva de sujetos sospechosos o *targeted killings*, objeto, al parecer, de encendida polémica en este país, si bien el Tribunal Supremo de Israel considera que dicha práctica ha de entenderse comprendida dentro del derecho a la legítima defensa del Estado y resulta conforme al Derecho nacional y al Derecho consuetudinario internacional siempre que se respeten los principios de necesidad militar y proporcionalidad, así como que lo sea con la finalidad última de proteger la vida de la población o de los militares israelíes⁵⁰².

⁵⁰¹ Véase esto en el sitio oficial: <<http://dover.idf.il/IDF/English/about/doctrine/default.htm>>. (Consultado el 26 de marzo de 2011, 17:22 h.).

⁵⁰² Véase esto en el sitio: <http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/a34/02007690.a34.htm>. (Consultado el 26 de marzo de 2011, 18:15 h.).

k. África del Sur y países africanos

Tras décadas de segregación racial a través del ominoso régimen de *apartheid*, la Constitución de 1996 estableció la Fuerza Nacional de Defensa (*South African National Defence Force*) como fuerza sometida a disciplina militar cuyo objeto es «la defensa y protección de la República, su integridad territorial y sus gentes. de acuerdo con la Constitución y con los principios del Derecho internacional que regulan el uso de la fuerza»⁵⁰³. No ha de resultar extraño, por consiguiente, que las ROE como institución hayan servido de herramienta valiosa no solo para controlar la actuación de esta fuerza en el nuevo contexto democrático, sino, lo que es más importante, para disociar su imagen corporativa con respecto al régimen político precedente. Señala Mandrup que desde 1994 el Gobierno de este país se ha esforzado en sustituir la imagen de «estado paria» por la de «hacedor de paz» y que para «cultivar una reputación de potencia benigna, debe recurrir al uso de la fuerza de una manera que sea aceptable para sus vecinos y para la gran mayoría de la comunidad internacional»⁵⁰⁴. Este autor considera que la experiencia acumulada en la participación de la Fuerza Nacional de Defensa en operaciones de paz puso a las claras que esta fuerza debía «tener en consideración los aspectos políticos antes de iniciar una misión, ser capaz de relacionarse con los medios de comunicación críticos y no atenerse simplemente a alcanzar los objetivos operacionales de la mejor manera posible»⁵⁰⁵. En otro lugar se señala que las ROE entrañan no solo aspectos operacionales, sino también consideraciones jurídicas, morales y políticas⁵⁰⁶.

Por su parte, hablando de las operaciones de paz, el sudafricano Williams nos aporta aspectos interesantes sobre las ROE en este país al señalar que el «éxito político y operacional de la misión depende de las ROE. El uso indiscriminado o desigual de la fuerza puede alienar a la población civil y llevar a que los miembros de las fuerzas intervinientes sufran agresiones por parte de las facciones beligerantes. El resultado de dichas acciones puede acarrear el bochorno político de los países participantes y el descrédito de la operación en su integridad. Es importante tener en cuenta

⁵⁰³ Art. 200 de la Constitución (sudafricana) de 1996. Véase esto en el sitio: <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons11.htm#200>>. (Consultado el 27 de marzo de 2011, 08:17 h.).

⁵⁰⁴ MANDRUP, T. (2007). *Africa: Salvation or Despair?*. Institute for Political Science, University of Copenhagen. Copenhagen, p. 2.

⁵⁰⁵ *Id.*, p. 235.

⁵⁰⁶ ADAMS, J. (2007). *South African Army Vision 2020 – Security Challenges Shaping the Future South African Army*. Institute for Security Studies. Pretoria, p. 167.

los siguientes factores: las ROE deben redactarse de modo que ofrezcan margen suficiente para que las fuerzas puedan actuar en defensa propia al tiempo que garanticen que no se haga un uso indiscriminado de la fuerza contra las partes beligerantes o contra la población civil; deberían ser lo suficientemente fáciles de entender y al tiempo ofrecer una gradación de la fuerza clara que permita distender, defender o resolver ciertas coyunturas operacionales; las ROE y las modificaciones subsiguientes deberían difundirse a cada uno de los miembros de la fuerza de operación de paz y realizar cuantos esfuerzos sean necesarios para asegurarse que son entendidas por el personal interviniente; con carácter previo al despliegue, deberían realizarse ejercicios de simulación intensivamente para recalcar la importancia de las ROE, tales como retiradas defensivas del fuego cruzado o escaramuzas en puestos de control, (...) la observancia de las ROE depende en gran medida de la calidad del liderazgo en una fuerza. Esto exige identificar y desarrollar la experiencia y el liderazgo de los mandos subalternos y vigilar su posterior evolución»⁵⁰⁷.

Por lo que se refiere al resto de los países del continente africano que por una u otra razón no pudieran incluirse dentro de la categoría de países musulmanes –agrupación esta a la que ya hemos hecho referencia sucinta en un contexto mucho más amplio– resultan también muy ilustrativas las nociones que en torno a las ROE se hacen en el manual-tipo de operaciones de paz para los países africanos, realizado bajo los auspicios del Institute for Security Studies del que ya hemos hablado, al señalarse que estas «ofrecen dirección política, dentro de los parámetros legales, y orientación a los comandantes a todos los niveles en relación al uso de la fuerza. El comandante de la Fuerza Conjunta habrá de valorar la amenaza dentro de su zona de operaciones y elevar solicitudes de ROE específicas para su aprobación por la autoridad política superior. Las altas autoridades políticas y militares deberían anticiparse y autorizar la difusión de las ROE que requiera la conducción de las operaciones en línea con los requisitos operacionales. Esto debería hacerse con tiempo suficiente para permitir la aclaración de las mismas y para instruir a las fuerzas antes del despliegue. Si esto no fuera posible, se deberá evaluar el riesgo e instruir a los mandos sobre el impacto de la operación. El comandante de la Fuerza Conjunta también deberá tener en cuenta las diferencias que puedan existir entre

⁵⁰⁷ WILLIAMS, R. (1995). «Practical Challenges to South African Peace Operations», *South Africa and Peace Keeping in Africa*, Institute for Security Studies. Pretoria, pp. 66-7. Véase esto en el sitio: <<http://www.issafrica.org/Pubs/Books/PKVVol1/7Williams.pdf>>. (Consultado el 27 de marzo de 2011, 13:09 h.).

los contingentes nacionales a la hora de interpretar y aplicar las ROE»⁵⁰⁸. El británico Williams, en su estudio sobre la protección de la población civil en operaciones de paz africanas, destaca el papel jugado por las ROE, sobre todo a nivel táctico, cuando sostiene que las mismas «establecen los parámetros para la realización de actividades legítimas de protección aclarando ‘los distintos grados de fuerza que pueden aplicarse según varias circunstancias, cómo deberá aplicarse cada grado de fuerza y cualquier autorización que deba obtenerse por los comandantes’»⁵⁰⁹.

En conclusión, sin que pueda establecerse que exista una doctrina africana homogénea en torno a las ROE, como tampoco podría admitirse que exista una cierta uniformidad jurídica y cultural entre el mosaico de razas y nacionalidades que abundan en el continente africano, sin embargo, sí que podemos colegir, a simple vista, que estas vienen a significar lo mismo que en Occidente en tanto que limitaciones, autorizaciones y orientaciones que se imparten por la autoridad política al mando militar para la ejecución de operaciones que entrañen el uso de la fuerza. Hay que destacar, además, cómo toda mención a las mismas se suele hacer frecuentemente desde la perspectiva de las operaciones de paz y, consecuente con esto, evitando abundar en aspectos operacionales que pudieran guardar relación con operaciones bélicas de carácter ofensivo. Quizás no sea ajeno a todo esto el legado de guerras y luchas fratricidas padecidas endémicamente por este continente durante las pasadas décadas.

1. *Federación Rusa*

Tras la desintegración de la Unión Soviética, a finales de los 80, la Federación Rusa como Estado sucesor adoptó su actual Constitución en 1993. Este país presenta un legado de Fuerzas Armadas politizadas, característico de la extinta Unión Soviética, donde la «doble jerarquía» imponía fidelidad tanto al Estado como, al parecer algo aún más importante, al partido⁵¹⁰. El control político corría a cargo del *zampolit* como delegado político pre-

⁵⁰⁸ INSTITUTE FOR SECURITY STUDIES. *Op. cit.*, *supra* nota 355, p. 7.

⁵⁰⁹ WILLIAMS, P. D. (2010). *Enhancing Civilian Protection in Peace Operations: Insights from Africa*. African Center for Strategic Studies, National Defense University Press. Washington D. C., p. 18. Véase esto en el sitio: <<http://www.ndu.edu/press/lib/pdf/ACSS-Research-Papers/ACSS-1.pdf>>. (Consultado el 27 de marzo de 2011, 22:45 h.).

⁵¹⁰ GOGOLEWSK, A. (1998). «The Restructuring of Civil-Military Relations in Poland», *Ukraine and Russia: A Comparative Study*. NATO Research Fellowships, p. 6. Véase esto en el siguiente trabajo publicado en la red: <<http://www.nato.int/acad/fellow/96-98/gogolews.pdf>>. (Consultado el 28 de marzo de 2011, 14:22 h.).

sente a todos los niveles de la cadena de mando e independiente del mando militar. Eran cometidos suyos «supervisar las actividades del partido y del Komsomol, fomentar la moral de combate y la lealtad política de las tropas, explicar asuntos relativos a política nacional e internacional, velar por la disciplina, instilar patriotismo, así como participar en los programas de formación militar y en los procesos de selección y evaluación de los oficiales»⁵¹¹. El advenimiento de un régimen constitucional y democrático al estilo occidental en Rusia ha llevado a replantear las relaciones cívico-militares desde la perspectiva, por consiguiente, de la subordinación de las Fuerzas Armadas a la autoridad política de la nación. Sin embargo, los poderes exorbitantes que en política militar y de seguridad se atribuyen al jefe del Estado⁵¹² equiparan esta alta magistratura, según Gogolewsk, a lo que en otras democracias tendría asumido el Parlamento⁵¹³. Este protagonismo presidencial será un error que los rusos pagarán muy caro poco tiempo después, como la experiencia así lo demostró. Ya hemos dicho en otro lugar, siguiendo al estadounidense Jeter⁵¹⁴, que las ROE, para ser efectivas, han de reflejar un equilibrio ponderado de todos los intereses políticos, militares y, por supuesto, legales que puedan afectar a la operación militar para las que se redactan. Pues bien, la primera guerra en Chechenia (1994-1996) es un claro ejemplo de cómo unas ROE restrictivas en exceso por razones de índole política principalmente pueden llevar a tremendos errores estratégicos y tácticos al coste de muchas vidas humanas. El británico Wallwork⁵¹⁵ sugiere en su estudio de aquel conflicto que uno de los mayores

⁵¹¹ US DEPARTMENT OF THE ARMY (1991). *Field Manual 100-2-3, The Soviet Army. Troops, Organization and Equipment*. Department of the Army, Headquarters. Washington D. C., p. 2-5.

⁵¹² El artículo 83 de la Constitución rusa (Конституция Российской Федерации) atribuye al presidente la designación del primer ministro y del presidente de la Duma (Cámara Baja), el nombramiento y cese de los ministros, la presidencia del Consejo de Seguridad ruso, la designación y destitución de la cúpula militar y la aprobación de la doctrina militar oficial. El artículo 87 designa al presidente como comandante en jefe de las Fuerzas Armadas. Por último, el artículo 90 reconoce al presidente la potestad de dictar decretos de vigencia en todo el territorio de la Federación. Al Consejo de la Federación (Cámara Alta) únicamente se le reservan las facultades de aprobar la declaración del Estado de sitio a petición del presidente, la aprobación de los presupuestos generales del Estado, la aprobación para el despliegue de tropas fuera del territorio nacional y consentir la declaración de guerra o la firma de la paz por parte de la Duma. Véase esto en: <<http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>>. (Consultado el 29 de marzo de 2011, 16:01 h.).

⁵¹³ GOGOLEWSK, A. *Op. cit.*, *supra* nota 589, p. 23.

⁵¹⁴ JETER, P. E. *Op. cit.*, *supra* nota 334.

⁵¹⁵ WALLWORK, R. D. (2004). *Artillery in Urban Operations: Reflections on Experiences in Chechnya*. US Army Command and General Staff College. Fort Leavenworth (USA), p. 71. Véase esto en el sitio: <<http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA429031>>. (Consultado el 30 de marzo de 2011, 12:22 h.).

errores cometidos por el presidente Boris Yeltsin fue, precisamente, haber dado inicialmente órdenes expresas de evitar a toda costa el bombardeo de la ciudad de Grozni con objeto de ahorrar vidas humanas. Por esta razón, los rusos descartaron preparar la ofensiva de las fuerzas de infantería con apoyo combinado aéreo y mediante artillería pesada. La estrategia de los rebeldes chechenos en esta campaña, plagada de operaciones libradas en terreno urbano, fue precisamente la contraria, esto es, llevarles a las ciudades como única forma de compensar su inferioridad cualitativa y cuantitativa tanto en tropas como, naturalmente, en armamento. Esta estrategia, de la que se hace eco el estadounidense Edwards, ha sido descrita como la de la batalla por «cada ciudad sucesivamente»⁵¹⁶. El resultado del primer asalto a Grozni fue devastador para los rusos, quienes tras numerosas bajas «hubieron de replegarse y a continuación machacar la ciudad con fuego artillero y apoyo aéreo. Las ROE fueron descartadas»⁵¹⁷. El primer asalto a Grozni demostró ser un fracaso debido a unas ROE demasiado restrictivas. De hecho, como afirma Edwards, «(...) las limitaciones sobre el uso de la fuerza fueron suprimidas una vez que la infantería rusa comenzó a sufrir bajas considerables»; «Los rusos atemperaron sus ROE, permitiendo que la artillería y la aviación dañaran prácticamente todo edificio voluminoso (a excepción del palacio presidencial)»⁵¹⁸. Ahora bien, cualesquiera que fueran las intenciones políticas o humanitarias del presidente Yeltsin de evitar bajas a toda costa, la experiencia demostró que unas ROE demasiado restrictivas acabaron provocando el mal que precisamente pretendían evitar, esto es, exponer al fuego enemigo a las tropas rusas y provocar que estas, fruto de la confusión, a su vez, provocasen bajas indiscriminadamente entre la población de Grozni. La conclusión a la que llega Wallwork es que «(...) a medida que se restringe el uso del poder aéreo y de las armas pesadas (ROE restrictivas), aumentará el número de bajas propias durante el asalto, debido a la ínfima ‘preparación’, pero se producirán menos daños colaterales. Unas ROE impropias e inaplicables, como ocurrió en Chechenia, no solo llevan [a la provocación de] bajas civiles y daños colaterales, sino que incluso le dan munición valiosa a los medios de comunicación y a las operaciones de información del enemigo»⁵¹⁹. En parecidos términos

⁵¹⁶ EDWARDS, S. (2000). *Mars Unmasked: The Changing Face of Urban Operations*. The Rand Corporation. Santa Mónica (USA), p. 28 (nota a pie 36). Véase esto en el sitio: <http://www.rand.org/pubs/monograph_reports/MR1173.html>. (Consultado el 30 de marzo de 2011, 15:33 h.).

⁵¹⁷ *Id.*, p. 25.

⁵¹⁸ *Id.*, p. 64.

⁵¹⁹ WALLWORK, R. D. *Op. cit.*, *supra* nota 594, p. 73.

se pronuncia Edwards, para el que «[Unas] ROE restrictivas disminuyeron la eficacia en el combate, pusieron vidas en peligro y fomentaron un sentido de frustración y de moral baja. La necesidad de limitar por razones políticas el uso de la fuerza era muy fácil de comprender para un académico como Clausewitz, pero no lo era tanto entre soldados adolescentes cuyas vidas corrían peligro». «Si las ROE vetan el uso de armamento clave o de potencia de fuego, los soldados se verán obligados a combatir con tácticas con las que no están familiarizados. [Unas] ROE restrictivas que evitan que las unidades cuenten con grupos de asalto combinado acabarán produciendo más bajas»⁵²⁰. De hecho, en 1999, en la segunda campaña de Chechenia o guerra en el Cáucaso Norte, el presidente Vladimir Putin acabará por dar al mando militar «carta blanca para que lleven a cabo las operaciones como crean pertinente»⁵²¹.

De todo lo anterior cabe inferir, en conclusión, que las ROE o правила применения силы⁵²² tienen en aquel país, como lo tienen en la mayoría de los países occidentales, el mismo sentido y alcance como directivas relativas al uso de la fuerza que imparte la autoridad civil al mando militar.

IV. LAS ROE Y LA ÉTICA MILITAR

IV.1. ¿REGLAS DE ENFRENTAMIENTO O REGLAS DE COMPORTAMIENTO?

Ya hemos señalado en otro lugar cómo nuestro compatriota Alía Plana alude en uno de sus documentados trabajos al doble sentido que el término *rules of engagement* tiene en lengua inglesa⁵²³ –y del mismo modo en la española–⁵²⁴ tanto en el sentido de enfrentamiento, lucha o combate como en el sentido de compromiso porque, al fin y a la postre, estas guardan relación también con el deber que el militar asume de actuar o comportarse de una determinada manera cuando se encuentra en operaciones. Esta doble

⁵²⁰ EDWARDS, S. *Op. cit.*, *supra* nota 595, p. 64.

⁵²¹ WALLWORK, R. D. *Op. cit.*, *supra* nota 594, p. 72.

⁵²² NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION (2001). *NATO-Russia Glossary of Contemporary Political and Military Terms*, p. 189. Véase esto en el sitio: <<http://www.nato.int/docu/glossary/eng/index.htm>>. (Consultado el 1 de abril de 2011, 18:00 h.).

⁵²³ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 21.

⁵²⁴ Nota del autor: Enganchamiento, engancho, engancharse, etc., aluden en castellano tanto al sentido de enfrentarse a algo o a alguien como al de comprometerse de igual modo con algo o con alguien. El *Diccionario de la Real Academia Española* recoge hasta quince acepciones que, en definitiva, llevan siempre a esa polisemia. Véase esto en el sitio: <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=enganchar>. (Consultado el 1 de abril de 2011, 21:03 h.).

realidad nos permite así establecer numerosos vínculos de relación entre las ROE y la dimensión operativa de las Fuerzas Armadas —a través del Derecho militar operativo fundamentalmente (y dentro de este con respecto a todas las especialidades jurídicas, en cuyo seno se podrían englobar)—; así como a su vez entre estas y la ética o deontología castrense —a través de aquellas normas del ordenamiento jurídico español que consagran los valores inherentes a la carrera militar, tales como la Ley 5/2005 de la Defensa Nacional, la Ley 39/2007 de la Carrera Militar y las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas aprobadas por el Real Decreto 96/2009—. De hecho, el artículo 20 de la Ley 5/2005 dispuso que por una ley —no ley orgánica— se regularían las reglas que definen el comportamiento de los militares y asimismo que por el Gobierno se desarrollarían esas mismas reglas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Así, el artículo 4 de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar, haciendo realidad dicha previsión, lleva por rótulo «Reglas de comportamiento del militar» y en su interior nos encontramos, entre otros aspectos, que la regla sexta alude al empleo legítimo de la fuerza, de forma gradual y proporcionada, «de acuerdo con las Reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe.» Por su parte, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en cuanto que «código deontológico y compendio de los principios éticos y reglas de comportamiento del militar español», tal y como así las califica Eymar Alonso⁵²⁵, hizo realidad también esa previsión conteniendo en sus preceptos —como no podía ser de otro modo y en virtud al mandato conferido al Gobierno— alusiones esporádicas a las ROE tanto en lo relativo a normas sobre empleo y uso de armas (art. 42), al uso legítimo de la fuerza en operaciones militares en general (art. 84) o al conocimiento y cumplimiento de estas particularmente en operaciones de paz y ayuda humanitaria (art. 94). A lo anterior hay que añadir que, del mismo modo, la futura «Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas» —en fase de tramitación parlamentaria al momento de redactar estas líneas—⁵²⁶ contiene en lo que es su actual artículo 6 (del proyecto) unas «reglas de comportamiento del militar» que vienen a ser reproducción literal de cuanto ya establece el mencionado artículo 4 de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar, si bien se añade una regla adicional, la regla séptima, relativa a la necesidad que tiene el militar de adecuar su comportamiento a las características de las Fuerzas Armadas de disciplina,

⁵²⁵ EYMAR ALONSO, C. *Op. cit.*, *supra* nota 28, p. 300.

⁵²⁶ Véase el proyecto en el sitio: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_082-01.PDF#page=1>. (Consultado el 2 de abril de 2011, 09:31 h.).

jerarquía y unidad. No vamos a entrar a analizar la ubicación normativa más oportuna que dichas reglas de comportamiento debieran tener. Ni siquiera parece existir consenso en torno a esta cuestión tanto en el ámbito político⁵²⁷ como en el doctrinal⁵²⁸. Sin embargo, detengámonos por unos momentos a examinar la relación que pueda existir entre las Reglas de enfrentamiento y las de comportamiento. ¿Es que las primeras no vienen a reducirse al modo en que uno debe guiarse o comportarse cuando hace uso de la fuerza...? Desde luego que sí, veamos a continuación la relación que existe entre unas y otras.

Como punto de partida de toda esta cuestión tenemos que señalar, siguiendo el criterio de Matamoros Martínez⁵²⁹, que las reglas de comportamiento, en su faceta de norma rectora de la actuación del militar⁵³⁰, han de entenderse integradas dentro de la tríada de normas que configuran el estatuto de los empleados públicos en general y que consisten en las «reglas de actuación» propiamente dichas –dentro de las cuales encontramos las «reglas de comportamiento»– y que constituyen la «faz positiva» de la actuación de todo empleado público, en palabras de Requero⁵³¹; las «reglas sobre régimen de personal» y cuyo objeto es la configuración de la carrera propiamente dicha (ascensos, destinos, etc.) y las «reglas sobre régimen disciplinario» o también «faz negativa» de la actuación del funcionario público –según el autor citado– y cuyo objeto es la definición del régimen de infracciones y sanciones relacionadas con el incumplimiento de alguno de los deberes y obligaciones inherentes al ejercicio de la función pública. A su vez, dentro del marco general definido por las reglas de actuación nos encontramos, según Matamoros Martínez⁵³², tanto con los principios

⁵²⁷ Durante los debates parlamentarios de la vigente Ley de la Carrera Militar la posición del por entonces ministro de Defensa, Sr. Alonso Suárez, fue señalar la introducción de unas reglas de comportamiento como contenido novedoso del proyecto de ley; mientras que la posición del Sr. Llamazares Trigo fue que estas debían haber sido mejor incluidas, bien en las Reales Ordenanzas, o en la Ley de Derechos y Deberes de las Fuerzas Armadas. Véase esto en CORTES GENERALES (2007), *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, núm. 243. Madrid, pp. 12262-12277, pp. 12263 y 12266.

⁵²⁸ REQUERO, J. L. (2009). «Reales Ordenanzas: Rango y valor», *Revista Atenea. Seguridad y Defensa*, núm. 3. Véase esta revista digital en el sitio: <http://www.revistatenea.es/RevistaAtenea/REVISTA/PDF/documentos/Documento_58.pdf>. (Consultado el 2 de abril de 2011, 13:01 h.).

⁵²⁹ MATAMOROS MARTÍNEZ, R. (2010). «Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: aspectos estructurales», *Cuaderno Práctico*, núm. 3, enero-abril. Centro de Investigación y Doctrina Jurídica de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Madrid, pp. 5-32.

⁵³⁰ *Id.*, p. 5.

⁵³¹ REQUERO, J. L. *Op. cit.*, *supra* nota 607.

⁵³² MATAMOROS MARTÍNEZ, R. *Op. cit.*, *supra* nota 608, p. 13.

éticos como con las reglas de comportamiento que, en definitiva, conforman este marco general de las reglas de actuación conocido también bajo el epígrafe de «código de conducta»⁵³³. Pues bien, más allá de la distinción conceptual que parece existir en el ordenamiento español entre «principios éticos» y «reglas de comportamiento»⁵³⁴, en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas las ROE aparecen referenciadas dentro de estas últimas, guardando relación con los deberes relativos al empleo y uso de las armas (art. 42)⁵³⁵, al uso legítimo de la fuerza en operaciones militares en general (art. 84)⁵³⁶ o en relación al deber de conocimiento y cumplimiento de estas en operaciones de paz y ayuda humanitaria en particular (art. 94)⁵³⁷. En palabras de Eymar Alonso, cuando trata sobre el título IV de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (en cuyo seno se ubican los arts. 84 y 94) –y que *mutatis mutandis* podría decirse también respecto al artículo 42 (incluido en título I)–, se trata de unos artículos que definen «una auténtica ética militar operativa como el núcleo más específico del código deontológico del militar»⁵³⁸.

Lo anterior nos permite deducir a simple vista que las ROE, entendidas como aquel conjunto particular de órdenes o autorizaciones relativas al manejo de las armas o al empleo y uso de la fuerza, forman parte del catálogo general de deberes y obligaciones, objeto de regulación en las reglas de comportamiento. Empero, no de cualquier deber y obligación, sino tan solo de los referidos tanto a la faceta operativa de la profesión –como una faceta más junto con la técnica, la logística y la administrativa– como a su faceta ético-jurídica.

⁵³³ Art. 1 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (RD 96/2009): «Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que constituyen el código de conducta de los militares, definen los principios éticos y las reglas de comportamiento de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Deben servir de guía a todos los militares para fomentar y exigir el exacto cumplimiento del deber, inspirado en el amor a España, y en el honor, disciplina y valor».

⁵³⁴ MATAMOROS MARTÍNEZ, R. *Op. cit.*, *supra* nota 608, p. 13.

⁵³⁵ Art. 42 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: «Pondrá máxima atención en todo lo concerniente al manejo de las armas, especialmente en la aplicación de las normas de seguridad, consciente de su gran importancia. Para hacer uso de ellas, se atenderá estrictamente a la normativa vigente, órdenes recibidas y Reglas de enfrentamiento.»

⁵³⁶ Art. 84 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: «En el empleo legítimo de la fuerza, el militar hará un uso gradual y proporcionado de la misma, de acuerdo con las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe».

⁵³⁷ Art. 94 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: «El conocimiento y cumplimiento de las Reglas de enfrentamiento le permitirán hacer frente a las situaciones cambiantes de cada momento, debiendo estar preparado para asumir la protección de la población afectada y los riesgos consiguientes».

⁵³⁸ EYMAR ALONSO, C. *Op. cit.*, *supra* nota 28, p. 300.

Las consecuencias prácticas de todo esto nos permiten llegar a una serie de conclusiones que juzgamos de interés:

En primer lugar, entre las ROE y las reglas de comportamiento del militar existe una relación instrumental de forma que las primeras serían solo una manifestación particular de aquellas en forma de orden militar y en lo que concierne a la parcela o faceta operativa de la profesión; las segundas, una serie de deberes, obligaciones y pautas de conducta de mayor alcance impuestos en forma de ley o reglamento.

En segundo lugar, la incorporación del concepto de ROE al ordenamiento jurídico español permite que estas dejen de ser un simple elemento técnico de las operaciones militares para convertirse en término de referencia normativa de cara a la exigibilidad jurídica de los deberes que en un momento dado puedan entrañar. Empero, no por ello estas pasan a adquirir valor de ley o de reglamento, pues, tal y como venimos sosteniendo a lo largo del presente trabajo de investigación, su relevancia jurídica es la de una orden militar o la de una simple autorización administrativa y es en este ámbito donde deben quedar circunscritas, mientras que el pedigrí jurídico de las reglas de comportamiento es el del precepto de una ley o reglamento. Desde luego, siempre podrá argumentarse que nada impide la incorporación de unas ROE en particular a un acto normativo con fuerza de ley o de reglamento; sí, pero en tanto dicho proceso de transposición no tenga lugar –y la práctica española no registra precedentes– su valor jurídico seguirá siendo el de una orden o instrucción administrativa.

En tercer lugar, las ROE quedan sometidas a la cláusula general de legalidad de la actuación administrativa prevista, entre otros preceptos relevantes, en la regla de comportamiento undécima del artículo 4.1 de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar: «Si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, 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»; las reglas de comportamiento se manifiestan con valor de ley o de reglamento, por lo que su cumplimiento queda sometido en todo caso también a lo que pueda disponer cualquier otra norma jurídica de valor superior. El resultado práctico viene a ser el mismo en ambos casos (obedecer, cumplir, acatar, etc.) pero con una notable diferencia, ya que las ROE deberán siempre ajustarse a estas como simple acto administrativo que son y no a la inversa, de ahí la relación instrumental que entre ambas existe, con preferencia, desde luego, de las reglas de comportamiento dado su valor jurídico.

En cuarto lugar, al convertirse las ROE, a través de su mención en las reglas de comportamiento, en término de referencia normativa que permite determinar la legitimación de una operación estas –las ROE– pasan a adquirir también una dimensión ética o moral cuyas fronteras pueden ser delimitadas, precisamente, de acuerdo con los contornos que nos ofrecen las reglas de comportamiento en general, produciéndose así una simbiosis entre moral y Derecho característicos de una profesión como la militar⁵³⁹.

En quinto y último lugar, el respeto a los principios propios del Derecho de los conflictos armados, tales como el de necesidad militar⁵⁴⁰; el de humanidad, o también denominado «cláusula Martens»⁵⁴¹; el de distinción entre objetivos militares y objetos civiles, o entre combatientes y no combatientes⁵⁴², o el de

⁵³⁹ «Superado el debate sobre la caracterización jurídica de los ejércitos, la doctrina actual coincide en señalar que las Fuerzas Armadas son una parte de la Administración del Estado, pero con la particularidad de contener, como señala ALLÍ TURRILLAS, ‘un claro valor institucional que hace referencia a sus valores metajurídicos, de indudable importancia, y que, por ello, inciden en el régimen jurídico inundándolo de una serie de elementos que nos permiten adjetivar a esta administración como ‘especial’». Esto en MATAMOROS MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, *supra* nota 608, p. 6 (y en nota a pie 6 en referencia a ALLÍ TURRILLAS, J. C. (2000), *La Profesión Militar*: INAP. Madrid, p. 50).

⁵⁴⁰ Art. 35 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949: «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.

»2. Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios.

»3. Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural».

⁵⁴¹ Preámbulo del Convenio IV de La Haya de 1907, relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre: «Mientras que se forma un código más completo de las leyes de la guerra, las altas partes contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública»; y art. 1.1 y .2 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949: «1. Las altas partes contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Protocolo en toda circunstancia. 2. En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, 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».

⁵⁴² Art. 48 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949: «A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares».

proporcionalidad en el uso de la fuerza⁵⁴³ a través de las ROE permite garantizar, a su vez, la vigencia y cumplimiento de esos mismos principios cuando aparecen consagrados en las reglas de comportamiento nacionales⁵⁴⁴, de ahí la relación vehicular que consideramos existe entre aquellas y estas. No deja de resultar paradójico que, siendo esto así, las ROE no aparezcan más que esporádicamente citadas tanto en nuestras Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (tan solo en los artículos 42, 84 y 94) como en las reglas de comportamiento del militar recogidas en nuestra principal norma profesional (art. 4.1, regla sexta, de la Ley 39/2007).

En el ámbito comparado también encontramos referencia al concepto de reglas o normas de comportamiento del militar en contraste con las Reglas de enfrentamiento. Por citar algunos ejemplos, en la doctrina oficial de Francia en materia de operaciones en el exterior se distingue entre Reglas de enfrentamiento y reglas de comportamiento o *regles de comportement*⁵⁴⁵. Ya hemos dicho en otro lugar que de acuerdo con la doctrina vigente en el país galo las ROE tienen el carácter de órdenes militares impartidas por la autoridad legítima⁵⁴⁶. Pues bien, en cuanto a las reglas de comportamiento en este ámbito se afirma –al menos en la doctrina oficial– que estas están constituidas por aquellas «directivas procedentes de una autoridad militar en relación a la actitud a adoptar por las unidades y por el personal en operaciones»⁵⁴⁷. Sobre su contenido y alcance se establece que estas «guardan relación con el comportamiento individual y colectivo del personal tanto durante el servicio como fuera de él» y ayudan a completar las Reglas de enfrentamiento «en el sentido que ‘calibran’ [entrecomillado en el original] la actitud de la fuerza (firmeza, neutralidad, etc.) y, por ello mismo, contribuyen en cierta manera a regular la violencia»⁵⁴⁸. En cuanto a su naturaleza jurídica se señala que las reglas de comportamiento «vincu-

⁵⁴³ Art. 51.4 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949: «Se prohíben los ataques indiscriminados. Son ataques indiscriminados:

»a) los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;
»b) los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o
»c) los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo;
y que, en consecuencia, en cualquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil».

⁵⁴⁴ En España esto tiene lugar, entre otros, en el capítulo VI («De la ética en operaciones») del título IV de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

⁵⁴⁵ MINISTÈRE DE LA DÉFENSE. *Op. cit.*, *supra* nota 228.

⁵⁴⁶ MARTINEAU, F. *Op. cit.*, *supra* nota 96.

⁵⁴⁷ MINISTÈRE DE LA DÉFENSE. *Op. cit.*, *supra* nota 228, p. 26.

⁵⁴⁸ *Id.*, p. 26.

lan al comandante, a la cadena de mando y a las unidades comprometidas en una operación. (...) no necesitan ser validadas por las autoridades políticas, lo cual no excluye que les puedan ser comunicadas. No es posible establecer [de antemano] un catálogo de reglas de comportamiento, puesto que esto depende del entorno y de las circunstancias de tiempo, lugar y del contexto geopolítico y cultural en el que se desenvuelven las fuerzas. (...) Uniformidad (casco o boina, defensa policial, equipos de protección...); autorización para salir o no a la ciudad; contacto con la población. (...) las reglas de comportamiento son responsabilidad de las autoridades militares presentes en el teatro de operaciones. (...) Los niveles superiores estratégicos y operativos pueden impartir instrucciones u orientaciones en este ámbito en función de las circunstancias apreciables donde dispongan las medidas que estimen deben ser adoptadas. Al igual que las Reglas de enfrentamiento ligadas al uso de la fuerza, las reglas de comportamiento deben ser comunicadas a las tropas en forma de ‘tarjeta del soldado’»⁵⁴⁹. Este tipo de reglas de comportamiento puntuales y concretas aparece, a su vez, ligado a los deberes generales impuestos al militar francés en la Ley 270/05, de 24 de marzo, relativa al estatuto general del personal militar, donde se consagran de forma abstracta valores castrenses como el espíritu de sacrificio, la disciplina, la disponibilidad para el servicio, la lealtad y la neutralidad⁵⁵⁰.

En el Ejército británico las reglas de comportamiento se presentan en forma de valores y estándares⁵⁵¹. De los «valores» se afirma que «son los principios morales –el espíritu y carácter intangible– que debería guiarnos y convertirnos en las personas que deberíamos ser» a través de la entrega desinteresada, el valor, la disciplina la honestidad, la lealtad y el respeto hacia los demás; de los «estándares», que son la forma «en que nos comportamos» y su objeto es garantizar que «nuestra conducta es acorde con la ley, adecuada y absolutamente profesional», poniéndose especial énfasis en que «todos los soldados están sujetos al Derecho penal de Inglaterra donde quiera que se encuentren y tienen el deber de respetarlo. En este sentido [el soldado británico] no se diferencia de otros ciudadanos, y todos los delitos comunes se encuentran comprendidos en el Derecho militar. En operaciones, los soldados están sujetos al Derecho internacional, inclu-

⁵⁴⁹ *Id.*, pp. 26-7.

⁵⁵⁰ Véase esta ley en el sitio: <<http://admi.net/jo/20050326/DEFX0400144L.html>>. (Consultado el 4 de abril de 2011, 16:37 h.).

⁵⁵¹ BRITISH ARMY (2008). *Values and Standards of the British Army*. Official Publication AC 63812. Véase esto en el sitio: <http://www.army.mod.uk/documents/general/v_s_of_the_british_army.pdf>. (Consultado el 4 de abril de 2011, 17:35 h.).

yendo el Derecho de los conflictos armados y las Reglas de enfrentamiento establecidas y, en algunos casos, el Derecho local [del lugar donde se encuentren]». Tanto de los valores como de los estándares se declara que «son aplicables en todo momento: ya sea en operaciones, de guarnición, en el hogar o fuera de servicio».

En Canadá el código de conducta del personal militar (*Code of Conduct for CF Personnel*)⁵⁵² también establece una serie de reglas de comportamiento inspiradas en el Derecho de los conflictos armados y dirigidas a operaciones en el exterior. Estas reglas se enuncian en once apartados relativos a enfrentamiento con fuerzas adversarias y objetivos militares (*Rule 1*); uso de la fuerza necesaria en aras a causar el menor daño colateral (*Rule 2*); no alteración del armamento o municiones para aumentar el sufrimiento o uso de armamento o munición no autorizados (*Rule 3*); trato con humanidad al personal civil y respeto a la propiedad privada (*Rule 4*); prohibición de atacar a quienes se rinden, despojarles de las armas y detenerles en su lugar (*Rule 5*); trato humano con los detenidos y prohibición de cualquier forma de tortura o abuso (*Rule 6*); rescate y cuidado hacia los enfermos y heridos, propios o enemigos (*Rule 7*); prohibición relativa al saqueo y a los «trofeos de guerra» (*Rule 8*); respeto a los bienes de interés cultural (*Rule 9*); respeto a las personas y objetos que luzcan el emblema de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja y otros símbolos reconocidos de organizaciones humanitarias (*Rule 10*); deber de denunciar infracciones del Derecho de los conflictos armados y de las reglas de comportamiento (*Rule 11*)⁵⁵³. Este código de conducta también establece que la «obligación de obedecer sus reglas y el Derecho de los conflictos armados es un requisito del Derecho militar canadiense, el cual incluye el Código penal de Canadá»⁵⁵⁴. En relación a las ROE se señala en particular que «el Derecho de los conflictos armados no es la única fuente de regulación del uso de la fuerza, sino que esto incluye, además, a las Reglas de enfrentamiento. El código de conducta no reemplaza a las ROE, sino que las complementa»⁵⁵⁵.

Lo anterior nos permite comprobar cómo en la óptica comparada existe también esa interrelación instrumental entre las Reglas de enfrentamiento y las reglas de comportamiento, así como también el carácter predominantemente técnico u operativo de las primeras frente al carácter esencialmente ético-jurídico de las segundas. Respecto a estas últimas cabe platearse también, al igual que sucede con los artículos de nuestras

⁵⁵² OFFICE OF THE JUDGE ADVOCATE GENERAL. *Op. cit.*, *supra* nota 117.

⁵⁵³ *Id.*, pp. 2-1, 2-18.

⁵⁵⁴ *Id.*, p. 2-19.

⁵⁵⁵ *Id.*, p. A-4.

Reales Ordenanzas relacionados con el respeto a las normas y principios del Derecho de los conflictos armados, la necesidad de incorporar este tipo de normas a las leyes militares cuando se trata, precisamente, de deberes y principios cuya eficacia jurídica ya se produce desde el momento en que por el Estado se suscriben los tratados internacionales en que se contienen (Derecho de la Haya, Derecho de Ginebra, etc.). Estamos con Alía Plana en el sentido de que esta práctica de someter a las fuerzas armadas al Derecho internacional humanitario a través de normas de carácter interno no es más que un «recordatorio» en la medida en que dicho sometimiento deriva de la suscripción de los oportunos tratados internacionales, no de la obligatoriedad jurídica derivada de un real decreto⁵⁵⁶. Eymar Alonso, desde la autoridad que le confiere el haber formado parte de la Comisión para la Redacción de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, también parece utilizar el mismo vocablo⁵⁵⁷. De hecho, compendiar todas las normas y principios del Derecho de la guerra en otras normas de carácter interno o nacional podría dar lugar a veces, de no hacerse con las debidas prevenciones, a una cierta «cacofonía normativa» que llevaría a sus destinatarios, en caso de confusión o duda, a plantearse el dilema de si proceder conforme a unas u otras normas. No es este el lugar adecuado para abordar problemas de esta naturaleza, tan solo señalar que una situación así habría de ser resuelta aplicando las normas generales relativas a los límites del deber de obediencia militar. En este sentido, en todos los ordenamientos nacionales –incluso en el Derecho de los tratados internacionales– existen cláusulas relativas, bien al derecho o deber de desobedecer aquellas órdenes de contenido delictivo⁵⁵⁸, bien a la prevalencia de lo que dispone un tratado internacional válidamente suscrito cuando entra en contradicción con las normas del Derecho interno⁵⁵⁹, sin que sea de ningún modo admisible argumentar la obediencia debida a las órdenes de los superiores –o lo que es lo mismo, haber actuado conforme «a las ROE establecidas»⁵⁶⁰– como posible

⁵⁵⁶ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 21.

⁵⁵⁷ EYMAR ALONSO, C. *Op. cit.*, *supra* nota 28, p. 314.

⁵⁵⁸ En España esto se prevé fundamentalmente en el artículo 21 del Código Penal Militar y del mismo modo en el artículo 4 (Regla undécima) de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar y, de nuevo, en el artículo 48 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Real Decreto 96/2009).

⁵⁵⁹ Esto tiene su sede en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Véase esto en el sitio: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf>. (Consultado el 5 de abril de 2011, 08:27 h.).

⁵⁶⁰ Cuando el contenido de las ROE o su extracto en forma de RUF es comunicado por escrito o mediante la entrega de una «tarjeta del soldado» la cuestión en torno al examen de su legalidad o legitimidad, como orden militar que es, no presenta mayor dificultad. El

causa que justifique la comisión de una infracción cualquiera que esta sea; excusa que de usarse con tanta frecuencia y en tantas circunstancias, siguiendo al estadounidense Solís, ha acabado «por convertirse en una parodia de sí misma»⁵⁶¹. Es en este contexto, relativamente moderno, de incorporación explícita de los preceptos del Derecho internacional humanitario a las normas domésticas en forma de reglas de comportamiento, auténtica explosión del concepto de lo humanitario en la sociedad en general y en las Fuerzas Armadas en particular según refiere Eymar Alonso⁵⁶², donde las ROE adquieren todo su valor crítico como elemento de referencia normativa en aras a determinar la legitimidad o no de una orden, sin que sean ajenos a esto los valores ético-jurídicos que impregnan las reglas de comportamiento en general. En cierto modo, como señala el noruego Ydstebø⁵⁶³, las ROE son «reflejo de cómo la sociedad quiere que sus fuerzas armadas se conduzcan en operaciones. En este sentido, las ROE son la viva imagen de los estándares sociales relativos al uso de la violencia»⁵⁶⁴.

Otra cuestión mucho más espinosa que puede plantearse en este ámbito de la ética militar puesta en relación con las ROE en particular o, en un contexto mucho más amplio, con las reglas de comportamiento del militar, es la relacionada con el empleo de sistemas no tripulados en misiones relacionadas con la defensa; iniciativas como el programa estadounidense denominado *Soldier Enhancement Program* y destinado, desde el año 1989 en que se implantó⁵⁶⁵, a perfeccionar al combatiente

problema surge cuando se transmiten de forma verbal o cuando cualquier cambio o modificación es comunicado repentinamente de igual manera. Existen algunos estudios donde se aborda la cuestión, como en OSIEL, M. . (1999), *Obeying Orders: Atrocity, Military Discipline and the Law of War*. Transaction Publishers. Londres; y desde una perspectiva crítica puede consultarse COHN, M., y GILBERD, K. (2009), *Rules of Disengagement: The Politics and Honor of Military Dissent*. PoliPointPress. Sausalito (USA); o MESTROVIC, S. G. (2008), *Rules of Engagement? A Social Anatomy of an American War Crime – Operation Iron Triangle, Iraq*. Algora Publishing. Nueva York.

⁵⁶¹ SOLÍS, G. D. (2000). «Obedience of Orders and the Law of War: Judicial Application in American Forums», *American University Law Review*, vol. 15, pp. 481-526, p. 482. Véase esto en el sitio: <<http://www.wcl.american.edu/journal/ilr/15/solis.pdf?rd=1>>. (Consultado el 5 de abril de 2011, 09:48 h.).

⁵⁶² EYMAR ALONSO, C. *Op. cit.*, *supra* nota 28, p. 313.

⁵⁶³ YDSTEBØ, P. (2000). «Thoughts on Individual Ethics and Rules of Engagemen», *PACEM*, vol. 3, issue 2, pp. 222-8. Véase esto en el sitio: <<http://www.pacem.no/2000/2/pdf/>>. (Consultado el 5 de abril de 2011, 10:22 h.).

⁵⁶⁴ *Id.*, p. 226.

⁵⁶⁵ EATON, P. D. (2002). «The Soldier Enhancement Program: A Paradigm for Transformation», *Infantry Magazine*, Summer, vol. 91, issue 2, pp. 1-2, p. 1; edición digital en el sitio: <http://findarticles.com/p/articles/mi_m0IAV/is_2_91/ai_106792165/>. (Consultado el 5 de abril de 2011, 11:07 h.).

de a pie con toda una serie de medidas técnicas⁵⁶⁶; el uso de armas no letales; así como las operaciones a través de la red informática o «ciberguerra». Detenernos exhaustivamente en todos y cada uno de estos campos desbordaría el objeto de nuestro trabajo. Tan solo decir, a título de apunte, que por lo que se refiere a los sistemas no tripulados estos presentan, a juicio del británico Platts⁵⁶⁷, retos tales como lograr el equilibrio armonioso entre la autonomía propiamente dicha de estos sistemas y su control y gobierno por parte de los operadores remotos; autonomía que lleva a que la interacción entre el artefacto y su operador se produzca en raras ocasiones, como, por ejemplo, «cuando sea necesario tomar decisiones en que deban tenerse en cuenta limitaciones como las impuestas por las ROE»⁵⁶⁸. ¿Estarán lo suficientemente capacitados estos sistemas para identificar y distinguir entre objetivos militares y objetos civiles o entre combatientes o no combatientes en una guerra tan compleja como la contemporánea? ¿Podrán sus programas apereibirse de que existen unas ROE establecidas? En algún lugar se ha dicho que estos sistemas «cambiarán el futuro de la guerra»⁵⁶⁹ y, desde luego, por obvio que esto pueda resultar, dicha afirmación no resulta nada ociosa. Iniciativas como el *Soldier Enhancement Program* estadounidense plantean también dilemas éticos al incluir, dentro de estas medidas de «perfeccionamiento» –humano en este caso–, proyectos de investigación tales como «los relativos al ‘aprendizaje acelerado’ mediante la aplicación de la neurociencia a los procesos de aprendizaje, (...) el denominado ‘CG3’, que capacitaría a los seres humanos para mantenerse con una dieta a base de hierbas y otras plantas no digeribles [o] (...) la instalación de sensores que permiten identificar esencias y productos químicos con la misma agudeza que el olfato de un perro»⁵⁷⁰. Sin perjuicio de sus efectos inmediatos para mejorar la eficacia en el combate: ¿Podrá retener el combatiente capacidad de juicio suficiente

⁵⁶⁶ El organismo encargado de este programa (US Army Natick Soldier Systems Center) tiene incluso sitio oficial propio: <<http://www.natick.army.mil/about/index.htm>>. (Consultado el 5 de abril de 2011, 11:43 h.).

⁵⁶⁷ PLATTS, J. T. (2006). «Autonomy in Unmanned Aerial Vehicles», *The Aeronautical Journal*, February, pp. 97-105. Véase esto en el sitio: <<http://www.raes.org.uk/pdfs/3001Col.pdf>>. (Consultado el 5 de abril de 2011, 12:02 h.).

⁵⁶⁸ *Id.*, p. 98.

⁵⁶⁹ WINSLOW, L. (2007). *Robotic Warfare «Hide and Seek Strategies»*. Online Think Tank. Véase esto en el sitio: <<http://www.worldthinktank.net/pdfs/unmannedvehiclerobotic.pdf>>. (Consultado el 5 de abril de 2011, 12:59 h.).

⁵⁷⁰ LIN, P. (2010). *Robots, Ethics & War*. Stanford Center for Internet and Society. Véase esto en el sitio: <<http://cyberlaw.stanford.edu/node/6571>>. (Consultado el 5 de abril de 2011, 13:22 h.).

a largo plazo para discernir entre lo permitido y lo no permitido? En cuanto al uso de armas no letales y las ROE basta señalar, tal y como afirma –y además demuestra– el estadounidense Hall, que de no compensarse el empleo de este tipo de armas en operaciones de paz o de asistencia humanitaria con unas ROE lo suficientemente robustas ambas pueden llegar a formar una «combinación letal»⁵⁷¹. ¿Y qué decir de nuevas formas de ataque como la denominada «ciberguerra», tan letal o más que la guerra convencional?⁵⁷². Ni siquiera existe en la actualidad una prohibición general relativa a este tipo de ataques a las redes informáticas⁵⁷³. ¿Constituyen dichas agresiones un verdadero ataque ante el cual pueda hacerse uso de la fuerza de acuerdo con el Derecho internacional? ¿Cuáles serían las ROE aplicables? ¿Autorizarían el uso de la fuerza incluso si el atacante fuese una persona física y no un Estado?

Todos estos planteamientos e interrogantes no hacen sino poner a las claras la estrecha relación que existe entre las ROE, como herramienta relativa al control del uso de la fuerza, y las cuestiones relacionadas con la ética militar. Quizás sea dentro de un contexto como este, de escenarios remotos pero no por ello imposibles, donde las reglas de comportamiento cobren su auténtico sentido de norma de conducta de vocación permanente frente al carácter mucho más perecedero de las ROE, sometidas siempre a los vaivenes de la política o de los intereses operacionales o tácticos del momento.

⁵⁷¹ HALL, D. B. (1997). *Rules of Engagement and Non-Lethal Weapons: A Deadly Combination?*. Thesis, United States Marine Corps Command and Staff College, Marine Corps University. Quantico (USA). Véase esto en el sitio: <<http://www.globalsecurity.org/military/library/report/1997/Hall.htm>>. (Consultado el 5 de abril de 2011, 16:19 h.).

⁵⁷² RATTRAY, G. (2001). *Strategic Warfare in Cyberspace*. The MIT Press. Cambridge (USA), p. 20: «Si uno concibe la guerra como [una serie de] hechos violentos, entonces los medios militares no violentos serían por definición inútiles. [Sin embargo] en un contexto mucho más amplio, la consecución de objetivos políticos puede no comprender necesariamente el uso de medios violentos. El recurso a ataques digitales no violentos para alcanzar objetivos políticos debe entenderse como una nueva forma de hacer la guerra. En comparación con otros tipos de fuerza militar, la guerra digital es una especie de microfuerza. (...) Las armas químicas o bacteriológicas se denominan armas de destrucción masiva no por la cantidad de energía liberada cuando son utilizadas, sino por el número de muertes que pueden provocar. (...) A pesar del carácter de microfuerza que tienen los ataques a las redes de información, el ataque a los sistemas de control digital de una planta nuclear puede provocar efectos similares [a los de un arma de destrucción masiva] a gran escala».

⁵⁷³ SCHMITT M. N., y O'DONNELL, B. T. (2002). «Computer Network Attack and International Law», *US Naval War College International Law Studies*, vol. 76. Newport (USA), pp. 59-71, pp. 67-9.

V. LAS ROE Y EL DERECHO INTERNACIONAL

V.1. LAS ROE Y EL DERECHO INTERNACIONAL EN GENERAL

Ya hemos visto en otro lugar cómo las ROE, tengan la consideración o relevancia jurídica de una orden militar –como en España– o la de tratarse de una norma más del ordenamiento jurídico, permiten no solo controlar el uso de la fuerza desde el punto de vista del interés político y militar que todo ello pueda tener en un momento dado, sino que, a la vez, sirven como elemento a tener en cuenta en torno a la legitimidad o no de una orden y, por consiguiente, al fin primordial y último de determinar la responsabilidad individual en que unos y otros (la autoridad que las imparte, los mandos que las cumplen o hacen cumplir, los subordinados que las acatan...) pueden incurrir en un campo tan delicado y arriesgado como es el empleo de la fuerza en operaciones militares, sea esta letal o no. Es así, a través de las ROE, aunque no exclusivamente, donde adquieren plena vigencia conceptos esenciales a la noción misma de Estado de derecho⁵⁷⁴, de sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico⁵⁷⁵ o de sometimiento general de la Administración pública a la Ley y al Derecho⁵⁷⁶. Con la progresiva individualización jurídico internacional de la responsabilidad penal de los operadores militares, algo que atestigua la creación de la Corte Penal Internacional, las ROE se convierten en un elemento clave para deslindar lo que en un momento dado pueden ser conductas individuales contrarias a Derecho de lo que es, en rigor, el uso institucionalizado de la fuerza por parte de los estados, uno de cuyos reflejos son las ROE. Esta es una conclusión válida no solo desde la perspectiva del Derecho interno, también ocurre así desde la del Derecho internacional.

⁵⁷⁴ Art. 1.1 de la Constitución Española: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

⁵⁷⁵ Art. 9.1 de la Constitución Española: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

⁵⁷⁶ Art. 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: «Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho»; y Art. 2.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado: «La Administración General del Estado, bajo la dirección del Gobierno y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, sirve con objetividad los intereses generales, desarrollando funciones ejecutivas de carácter administrativo».

V. 2. EL DERECHO DE LA GUERRA Y LA «GUERRA DEL DERECHO»

No es un juego de palabras, ni se trata de ningún galimatías fraseológico. En las siguientes líneas abordaremos la relación que guardan las ROE con dos ámbitos específicos del Derecho internacional. De un lado analizaremos el impacto que las ROE tienen en la esfera particular del Derecho de los derechos humanos y del Derecho de los conflictos armados; de otro, examinaremos la relación que las ROE tienen con una práctica, perversa unas veces y filantrópica otras, del Derecho internacional –si bien lo mismo podría predicarse del Derecho interno– cuya única finalidad parece ser desprestigiar la acción de los estados cuando hacen uso de la fuerza combatiendo lacras como el terrorismo internacional o la piratería en alta mar. En cuanto a esto último, no estamos ante nada nuevo. Las estrategias procesales de dudosa intención son tan antiguas como la justicia misma. Sin embargo, la dogmática anglosajona parece haber hecho acopio del fenómeno y, como suele ser habitual en esta, lo ha bautizado con nombre tan gráfico como este. A continuación veremos la relación que las ROE guardan con unas y otras.

V. 3. LAS ROE Y EL DERECHO DE LA GUERRA

Guerra, conflicto armado, operaciones militares distintas de la guerra... Se pueden utilizar tantas denominaciones como matices presenta el hecho bélico contemporáneo en general, ahora bien, el denominador común siempre está ahí: uso de la fuerza, respeto a los civiles y a sus propiedades, necesidad y proporcionalidad, legítima defensa, etc. Las ROE pasan así a adquirir verdadera carta de naturaleza cuando son puestas en relación con el hecho bélico y el Derecho internacional. En concreto, cuando son puestas en relación con el Derecho internacional de los derechos humanos, en situaciones de paz, o el Derecho de los conflictos armados –el Derecho de la guerra, a fin de cuentas– en situaciones de guerra o conflicto armado. Las siguientes líneas intentarán demostrar el valor intrínseco de las ROE en estas parcelas del Derecho internacional a través de tres asertos. En primer lugar, que ya sea en un escenario de paz como en uno bélico las ROE afianzan el prestigio político, jurídico, moral y militar del Estado como sujeto preferente del Derecho internacional. En segundo lugar, la compleja cuestión de lo que algunos han venido a denominar «lucha global contra

el terrorismo internacional»⁵⁷⁷, término algo controvertido⁵⁷⁸, exige hoy, más que nunca en la historia reciente, la existencia de unas ROE que hagan compatible el cumplimiento de la misión encomendada a las Fuerzas Armadas con la estricta protección de las fuerzas empleadas en ese cometido, necesidades ambas nada antagónicas, sino, antes al contrario, que pueden y deberían ser armonizadas a través de unas ROE que se adecúen a las peculiares circunstancias de esta lucha. En tercer y último lugar, que las ROE juegan un papel fundamental para garantizar la legitimidad política, jurídica, moral y militar de los estados frente a lo que por algunos se ha venido a denominar la «guerra del Derecho»⁵⁷⁹.

a. Entre la guerra y la paz: las ROE y el prestigio implícito en el respeto a los derechos humanos

Según refiere el estadounidense Maxwell, «cuando un recluta ingresa en el Ejército de los Estados Unidos para convertirse en soldado profesio-

⁵⁷⁷ «Al poco de producirse los ataques de Al Qaeda del 11 de septiembre de 2001 en el World Trade Center de Nueva York y el Pentágono, el presidente declaró una ‘guerra de alcance global contra el terrorismo.’ A continuación, y reiteradamente, él y otros cargos de la Administración usaron los términos ‘guerra global contra el terrorismo’, ‘guerra contra el terrorismo global’, ‘guerra contra el terrorismo’, ‘guerra contra el terror’ y ‘batalla contra el terrorismo internacional’. La ‘guerra global contra el terrorismo’, junto con su acrónimo [en inglés] GWOT [global war on terrorism], se convirtió pronto en el término más utilizado.» Esto en RECORD, J. (2003), *Bounding The Global War On Terrorism*, Strategic Studies Institute, US Army War College, Carlisle (USA), p. 1. Véase esto en el sitio: <<http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pdf/files/PUB207.pdf>>. (Consultado el 6 de abril de 2011, 11:16 h.).

⁵⁷⁸ «El término ‘guerra contra el terrorismo’ es una equivocación, producto de una idea distorsionada de la principal amenaza a la que se enfrentan los americanos en la actualidad. El terrorismo es solo un medio para alcanzar un fin; por esta razón, una ‘guerra contra el terror’ tiene tan poco sentido como una ‘guerra contra los submarinos’». Esto en FUKUYAMA, F. (2003), «Phase III in the War on Terrorism? Challenges and Opportunities». Brookings Institution. Véase la edición digital en el sitio: <<http://www.brookings.edu/comm/events/summary20030514.pdf>>. (Consultado el 6 de abril de 2011, 17:34 h.).

⁵⁷⁹ En círculos de habla inglesa se conoce como *lawfare* –juego de palabras derivado del inglés *warfare*, que significa guerra– y la idea detrás de este concepto es la de la utilización perversa de los *mass media* y de los mecanismos judiciales tanto nacionales como internacionales por parte de los estados que amparan a elementos terroristas, por los terroristas o por sus simpatizantes, con el propósito de desacreditar la acción de los estados involucrados en la lucha contra el terrorismo exclusivamente nacional o de carácter internacional. La acuñación de este término se produjo en 2001 y se atribuye en algún lugar al estadounidense Charles Dunlap Jr. (autor del que hablamos más adelante). Esta última afirmación en KITTRIE, O. F. (2010), «Lawfare and US National Security», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 43, pp. 393-421, p. 394. Véase esto en el sitio: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1779562###>. (Consultado el 6 de abril de 2011, 19:22 h.).

nal, aprende desde el primer día cuándo puede hacer uso de la fuerza letal. Este es el aspecto más importante para ser un soldado disciplinado y bien formado. (...) La fuerza letal, herramienta fundamental de todo soldado, se puede dividir en dos apartados: el derecho a la legítima defensa y el derecho a enfrentarse a una fuerza declarada hostil por la superioridad»; «Para el soldado americano la legítima defensa se basa en las acciones de otros, en su conducta. Es algo subjetivo: puede que las acciones que lleve a cabo una fuerza sean benignas, pero desde la perspectiva del soldado pueden ser consideradas como una demostración de hostilidad. Si el soldado reacciona razonablemente entonces su actuación será considerada justificada y, por consiguiente, legal»; «En contraste con la legítima defensa nos encontramos con el derecho a enfrentarse a una fuerza que ha sido declarada hostil. (...) las fuerzas enemigas pueden ser atacadas y el soldado no necesita ‘hallarse ante un acto de hostilidad o ante una demostración de hostilidad’ para enfrentarse a dicha fuerza. (...) en otras palabras, la fuerza declarada hostil se fundamenta en el estado. Es objetiva: al soldado se le permite legalmente enfrentarse y acabar con la fuerza hostil sin necesidad de observar si el grado de letalidad empleada es razonable»⁵⁸⁰.

En efecto, este autor, con fundamento en la doctrina oficial sobre las ROE que existe en su país y de la que son fiel reflejo las ya mencionadas ROE permanentes de la Junta de Jefes de Estado Mayor de los Estados Unidos de América,⁵⁸¹ no solo nos permite establecer una clasificación –ya apuntada también– entre «ROE subjetivas» y «ROE objetivas» o, lo que es lo mismo, entre aquellas que autorizan o permiten el uso de la fuerza basándose en un criterio subjetivo como es la conducta del posible adversario (ROE de conducta) y aquellas que lo hacen basándose en una condición objetiva como es su estado hostil (ROE de estado), sino que además nos aporta un primer punto de partida elemental para diferenciar los dos contextos jurídico internacionales en que puede tener lugar el uso legítimo de la fuerza por los estados, a saber: en un contexto de paz y en otro de guerra. Tanto en uno como en otro las ROE sirven a dos propósitos que juzgamos

⁵⁸⁰ MAXWELL, M. (2011). «Like Playing Whack-A-Mole Without a Mallet? Allowing the State to Rebut Civilian Presumption», *Targeted Killing Conference at University of Pennsylvania*, pp. 1-49, pp. 1 y 2. Véase esto en el sitio: <http://www.law.upenn.edu/academics/institutes/ilp/targetedkilling_papers/MaxwellPaper.pdf>. (Consultado el 7 de abril de 2011, 08:09 h.).

⁵⁸¹ Como hemos señalado en otro lugar, las ROE Permanentes de la Junta de Jefes de Estado Mayor de los Estados Unidos de América (en inglés Joint Chiefs of Staff Standing Rules of Engagement for US Forces) han tenido ya varias versiones como las de 1994, 2000 o las vigentes de 13 de junio de 2005 aprobadas por Resolución CJSJ 3121, véase esto *ut supra* en nota a pie 371.

relevantes para al prestigio del Estado cuando recurre a la violencia; veamos por qué esto es así.

Al contrario de lo que sucede como norma general en aquellas situaciones distintas de la de guerra o conflicto armado en que rige imperativamente el marco del Derecho internacional de los derechos humanos, donde la sacralidad del derecho a la vida y a la libertad del individuo podrían entenderse en términos cuasi absolutos⁵⁸², el Derecho de la guerra permite, o al menos tolera, la muerte de seres humanos siempre que ello obedezca a la necesidad militar y solo cuando esto tenga lugar con respeto a los principios de humanidad, de distinción entre objetivos militares y objetos civiles, así como de proporcionalidad⁵⁸³. Sin embargo, la diferencia esencial, y radical, entre ambos marcos normativos es que en el Derecho de la guerra los combatientes «tienen derecho a participar directamente en las hostilidades»⁵⁸⁴ y el combatiente adversario se convierte en «objetivo militar (...) cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización, ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida»⁵⁸⁵, incluso aunque esto último pueda suponer, en palabras del estadounidense Meron, la muerte de seres humanos inocentes que nada tengan que ver con las hostilidades, como es el caso de las víctimas civiles ocasionadas por daños colaterales legítimos⁵⁸⁶. Surge así entre una y otra situación la condición de

⁵⁸² Los artículos 6 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966) consagran, respectivamente, el derecho a la vida y a la libertad. En igual sentido, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 (artículos 2 y 5). Sin embargo, estos derechos no son absolutos, ya que, por ejemplo, en este último instrumento se prevé que la vida humana pueda ser sacrificada en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; para detener a una persona conforme a Derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente, o para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección y, del mismo modo, que la libertad sea sacrificada de acuerdo con el procedimiento establecido en la ley en casos de privación de libertad legalmente en virtud de sentencia dictada por un tribunal competente o detención judicial o gubernativa.

⁵⁸³ *Ut supra* notas a pie 620, 621 y 622.

⁵⁸⁴ Art. 43.2 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949: «2. Los miembros de las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades».

⁵⁸⁵ Entre otros: art. 52.2 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949.

⁵⁸⁶ MERON, T. (2000). «The Humanization of Humanitarian Law», *The American Journal of International Law*, vol. 94, n.º 2, April, pp. 239-278, p. 240. La edición digital puede consultarse en el sitio: <<http://www.gistprobono.org/sitebuildercontent/sitebuilderfiles/humanization.pdf>>. (Consultado el 8 de abril de 2011, 16:01 h.). El concepto de daño colateral se encuentra implícito en el art. 51.5.b del Protocolo Adicional I (1977) a los Con-

«combatiente» y de esto deriva, a su vez, el concepto de estado de la persona como elemento diferencial para hacer uso de la fuerza legítimamente entre la paz y la guerra. Lo anterior no quiere decir que entre un marco jurídico y otro, el de la paz y el de la guerra, exista una división compartimentada, antes al contrario, abundan autores cuya opinión es precisamente que uno complementa al otro llegando a convertirse ambos en *lex generalis* y en *lex specialis* de los conflictos armados⁵⁸⁷. En lo que aquí interesa, hemos señalar que en la paz no existe la distinción objetiva entre combatientes y personas civiles, por lo que solo puede sacrificarse el derecho a la vida o a la libertad legítimamente a través del uso de la fuerza en función a la conducta hostil o a la demostración de hostilidad que observe el individuo⁵⁸⁸,

venios de Ginebra de 1949 al prohibirse aquellos ataques indiscriminados cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían «excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista». Más sobre el debate siempre delicado de las bajas civiles colaterales, en especial en las operaciones aéreas, en HEATON, J. R. (2005), «Civilians at War: Reexamining the Status of Civilians Accompanying the Armed Forces», *The Air Force Law Review*, vol. 57, pp. 157-208. Véase esto en el sitio: <<http://www.afjag.af.mil/shared/media/document/AFD-081009-010.pdf>>. (Consultado el 8 de abril de 2011, 18:37 h.).

⁵⁸⁷ MERON, T. *Op. cit.*, *supra* nota 665, pp. 266-73.

⁵⁸⁸ Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (Adoptados por el *VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990); reproducimos algunos de los pasajes más importantes: «Disposiciones generales:

»1. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley adoptarán y aplicarán normas y reglamentaciones sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego contra personas por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Al establecer esas normas y disposiciones, los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley examinarán continuamente las cuestiones éticas relacionadas con el empleo de la fuerza y de armas de fuego.

»2. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley establecerán una serie de métodos lo más amplia posible y dotarán a los funcionarios correspondientes de distintos tipos de armas y municiones de modo que puedan hacer un uso diferenciado de la fuerza y de las armas de fuego. Entre estas armas deberían figurar armas incapacitantes no letales para emplearlas cuando fuera apropiado, con miras a restringir cada vez más el empleo de medios que puedan ocasionar lesiones o muertes. Con el mismo objetivo, también debería permitirse que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cuenten con equipo autoprotector, por ejemplo, escudos, cascos, chalecos a prueba de balas y medios de transporte a prueba de balas a fin de disminuir la necesidad de armas de cualquier tipo. (...).

»4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.

»5. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:

ello dejando siempre a salvo el derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva de los estados, consagrado, de acuerdo con la legalidad internacional, en el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Este sería, por así decirlo, un escenario de uso de la fuerza en situaciones distintas de la guerra o conflicto armado. Pensemos ahora en la intervención de las Fuerzas Armadas de determinado estado en una operación no bélica (de mantenimiento o consolidación de la paz, de asistencia humanitaria, etc.). ¿Cómo podríamos averiguar si el modo en que un estado autoriza el uso de la fuerza a los miembros de sus fuerzas armadas es legítimo? ¿Cómo podríamos identificar el uso ilegítimo de la fuerza llevado a cabo por un miembro de las Fuerzas Armadas de ese estado –y por tanto susceptible de responsabilidad individual nacional o internacional– de lo que constituye la política oficial de las autoridades? La respuesta la encontramos en las ROE impartidas a sus fuerzas armadas, sin lugar a dudas. Ya hemos visto que en la paz no hay distinción objetiva entre dos categorías de personas, esto es, entre combatientes y entre personas civiles. En este contexto, una simple ojeada a las ROE establecidas bastará para comprobar si el Estado considera que sus tropas se encuentran o no, de hecho, en una situación de conflicto armado. Para esto sería suficiente examinar las ROE y ver si las únicas referencias determinantes para el uso de la fuerza consisten en los supuestos de «acto hostil» o de «intento de acto hostil», por utilizar la terminología de la OTAN⁵⁸⁹. La validez de las ROE de conducta en aras a

»a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga.»b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana-»c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas.»d) Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas. (...).

»7. Los gobiernos adoptarán las medidas necesarias para que en la legislación se castigue como delito el empleo arbitrario o abusivo de la fuerza o de armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. (...).

»Disposiciones especiales.

»9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y solo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, solo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida». Véase esto en el sitio: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/fuerza.htm>>. (Consultado el 7 de abril de 2011, 12:45 h.).

⁵⁸⁹ El Manual *MC 362/I* de la OTAN define el «acto hostil» como «cualquier acto intencionado que cause un daño grave o ponga en serio peligro al personal de la OTAN o a las fuerzas dirigidas por la OTAN o a aquellas fuerzas o personas que determine la OTAN»;

determinar la legitimación del Estado tampoco acaba aquí. Cualquier acto que implique el uso de la fuerza por los miembros de sus fuerzas armadas y las consecuencias que de ello resulten podrá examinarse también a la luz de las ROE. Todo uso de la fuerza no amparado por las ROE permitirá identificar lo que de otro modo no son más que excesos o comportamientos individuales susceptibles de acción penal o disciplinaria, quedando intacto así de este modo el prestigio y autoridad del Estado. Otro aspecto a destacar de las ROE de conducta es el concepto de legítima defensa, asociado a su vez con los de «acto hostil» o «intento de acto hostil». En la doctrina oficial de la OTAN dos son los principios que han de servir de guía cuando se ejerce este derecho: necesidad⁵⁹⁰ y proporcionalidad⁵⁹¹. En este sentido, toda referencia explícita al derecho a la legítima defensa en las ROE establecidas permitirá averiguar que el Estado no reconoce encontrarse en guerra –pues de lo contrario no necesitaría justificar el uso de la fuerza amparándose en esto– y, además, si ha respetado los principios de necesidad y proporcionalidad en función a los medios cuyo uso autorice, limite o prohíba.

Todo lo anterior nos permite comprobar cómo en tiempo de paz resultan de verdadera utilidad los conceptos de «ROE de conducta», el binomio «acto hostil» e «intento de acto hostil» y, por último, el concepto de legítima defensa. De este modo, las ROE establecidas, como acto de declaración unilateral de voluntad por parte del Estado, y la medida en que las Fuerzas Armadas ajusten su conducta a cuanto estas limiten, prohíban o autoricen, serán testimonio fiel de la voluntad política, jurídica, moral y militar del Estado en aras al cumplimiento de la misión encomendada a sus fuerzas armadas, ya sea por mandato de la ONU o en virtud a cualquier otro compromiso internacional.

En tiempo de guerra o de conflicto armado son las ROE de estado las que garantizarán este prestigio del Estado y las que permitirán, a su vez, identificar aquellos comportamientos individuales que, por apartarse de las

en cuanto al «intento de acto hostil» este se define como «aquella amenaza cierta e identificable que puede percibirse sobre la base de las siguientes condiciones: a. capacidad y preparación... para infligir un daño y, b. evidencia... indicativa de la intención de... causar un daño». Esto en NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION, *op. cit., supra* nota 169, p. 255.

⁵⁹⁰ «El uso de la fuerza debe ser solo como última medida, una vez comprobada la ineficacia de otros medios como la advertencia.» Esto en NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION, *op. cit., supra* nota 169, p. 256.

⁵⁹¹ «La proporcionalidad se expresa generalmente a través del término ‘fuerza mínima’, limitada en cuanto a su intensidad, duración y ajustada a la medida de la amenaza que se percibe». Esto en NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION, *op. cit., supra* nota 169, p. 256.

directrices oficiales, deban ser susceptibles de acción penal o disciplinaria contra los responsables. La dicotomía entre «ROE de estado» y «ROE de conducta» nos permite además comprobar, de hecho, el reconocimiento oficial por parte del Estado en torno a la existencia de un conflicto armado. Las ROE de conducta ya hemos visto que son esencialmente defensivas, muestra evidente que el Estado, vista la naturaleza de la misión militar, considera innecesario recurrir a la autoridad que de otro modo le brindaría aplicar el Derecho de la guerra. En oposición a esto, el establecimiento de unas ROE de estado donde se declare quién o quiénes constituyen «fuerza hostil» o «elemento hostil» –acto esencialmente político pero de indudables consecuencias jurídicas– será reflejo de la voluntad del Estado en considerar que la misión militar es de guerra. Esto es así porque unas ROE de estado no requieren apelar a la legítima defensa para justificar el uso de la violencia, tan solo el reconocimiento e identificación del elemento como «fuerza hostil». En estas situaciones ya hemos visto que prevalece el concepto de «objetivo militar» y, por consiguiente, las fuerzas actuarán guiadas por la única finalidad de conseguir su destrucción total o parcial, su captura o su neutralización. El concepto de «fuerza hostil» o «elemento hostil» propio de las ROE de estado tiene un uso arraigado en la doctrina de los Estados Unidos de América⁵⁹², no así en la de la OTAN, la cual la desconoce⁵⁹³. Lo que importa aquí es que el establecimiento de unas ROE de estado permitirá afirmar que nos encontramos de hecho ante una situación de conflicto armado, cualquiera que sea su carácter (internacional o no internacional), con independencia de lo que los resortes políticos del Esta-

⁵⁹² «Fuerza declarada hostil (FDH): cualquier persona civil, paramilitar, fuerza militar o terrorista que haya sido declarado hostil por la autoridad competente de los Estados Unidos. Una vez declarada una fuerza como ‘hostil’, las fuerzas de los Estados Unidos pueden enfrentarse a la misma sin necesidad que se produzca un acto hostil o un intento de acto hostil; por ejemplo, el presupuesto para el enfrentamiento cambia de conducta a estado. Identificada como fuerza declarada hostil una fuerza o individuo, es posible enfrentarse a la misma a menos que se rinda o se encuentre fuera de combate debido a encontrarse herido o enfermo.» Esto en THE JUDGE ADVOCATE GENERAL’S LEGAL CENTER AND SCHOOL, *op. cit.*, *supra* nota 9, p. 75.

⁵⁹³ La doctrina oficial de la OTAN no resulta ser tan ofensiva como la nacional de los Estados Unidos de América. Esto no quiere decir que la doctrina de la OTAN no contemple una tipología de ROE lo suficientemente robustas, tales como el uso de la fuerza imprescindible para prevenir el abordaje, la detención o la captura de buques, aeronaves, vehículos o bienes propiedad de la OTAN; uso de medios químicos para el control de masas; uso de fuerza no letal para prevenir la interferencia en el cumplimiento de sus cometidos por el personal de la OTAN; uso de la fuerza imprescindible para evitar la comisión de delitos graves de carácter flagrante o cuya comisión sea inminente e, incluso, el ataque contra cualquier fuerza u objetivo que demuestre un intento de acto hostil. Esto en NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION, *op. cit.*, *supra* nota 169, p. 256.

do puedan haber reconocido o no de manera oficial. Lo anterior resultará determinante de cara a la exigibilidad jurídica de todos los deberes y obligaciones impuestas por el Derecho de la guerra tanto al Estado, como sujeto de Derecho internacional, como aquellos deberes y obligaciones que en su virtud deban cumplir u observar los miembros de sus fuerzas armadas. A mayor abundamiento, una lectura de las ROE también permitirá averiguar en estos casos el uso de qué medios o métodos ha autorizado o prohibido el Estado y, por consiguiente, si respeta o contraviene las normas del Derecho de la guerra. Al combatiente individual también le permitirá ejercer el derecho –o el deber– de salvar su responsabilidad no acatando aquellas órdenes que, con fundamento en que así lo permiten las ROE, entrañen la utilización de medios o métodos contrarios al Derecho de la guerra.

Llegado el caso: ¿Existe mejor prueba que, en efecto, el Estado actúa o no con sujeción a las normas y principios del Derecho de la guerra? ¿Existe mejor medio para demostrar que los miembros de sus fuerzas armadas han, o no, recibido instrucciones oficiales para burlar las normas y principios del Derecho de la guerra? Estas reflexiones nos permiten averiguar la importancia que las ROE tienen no solo como complemento del Derecho de la guerra o, en un nivel mucho más amplio, del Derecho internacional de los derechos humanos, sino para garantizar también el prestigio político, jurídico, moral y militar de los estados con fundamento en el modo que autorizan, limitan o restringen el desarrollo de las operaciones militares a través de las ROE, sean de conducta, en un escenario de pa, o de estado, en uno de guerra. Cuestión muy distinta es la que suscita la práctica seguida por algunos estados de declarar como materia clasificada⁵⁹⁴ las ROE vigen-

⁵⁹⁴ Esta parece ser la práctica seguida en países como Australia, donde la posición oficial del Gobierno es que «su divulgación podría hacer fracasar la misión o poner en peligro innecesariamente la vida del personal de la Australian Defence Force». Esto en COMMONWEALTH OF AUSTRALIA (2005), *Parliamentary Debates, House of Representatives, Official Hansard*, n.º 13, Canberra, pp. 1-210, p. 177. Véase esto en el sitio: <<http://www.aph.gov.au/hansard/reps/dailys/dr090805.pdf>> (Consultado el 11 de abril de 2011, 11:18 h.); en Canadá, donde ni siquiera los miembros del Comité de Asuntos Exteriores y Comercio Internacional o del Comité de Defensa y Asuntos para los Veteranos de la Cámara Baja han llegado a tener acceso a las mismas «sin permiso del Gobierno». Esto en PARLIAMENT OF CANADA (2002), *Committee Evidence*, 37th Parliament, 1st Session, n.º 39, Ottawa, pp. 1005-1130, p. 1055. Véase esto en el sitio: <<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=653043&Language=E&Mode=1&Parl=37&Ses=1>>. (Consultado el 11 de abril de 2011, 12:13 h.); o en Gran Bretaña, donde ni siquiera es posible encontrar en la biblioteca del Parlamento de Westminster un ejemplar de las ROE permanentes de este país, recogidas en la publicación *Joint Service Publication 398, United Kingdom Compendium of National Rules of Engagement*, y donde la posición oficial del Gobierno en 2006 era que «es una política seguida [por el Gobierno] el no comentar detalles de las ROE.» Esto en THE HOUSE OF COMMONS (2006), *The UK «Deployment to Afghan-*

tes para una determinada misión o, incluso, las establecidas con carácter permanente, tal y como vimos que sucede en los Estados Unidos de América. Suele argumentarse, la mayoría de las veces, que con ello se pondría en peligro el éxito de la misión o la seguridad de las tropas desplegadas en la zona de operaciones⁵⁹⁵. Sin embargo, esto no deja de resultar irónico, pues su divulgación –y con ello la averiguación de si estamos ante unas ROE de conducta o unas ROE de estado–, haría saber al posible adversario hasta qué grado las tropas han sido autorizadas para hacer un uso de la fuerza simplemente justificado en la legítima defensa o si, por el contrario, gozan de la inmunidad que brinda el Derecho de la guerra para lograr la destrucción total o parcial, captura o neutralización, de todo objetivo militar que ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida. ¿O es que no se protege así mejor la seguridad física y jurídica de las tropas...? ¿O es que el contenido de las ROE no resultará obvio desde que se produzca el primer enfrentamiento con el posible adversario? Lo anterior nos permite afirmar que las ROE vuelven así a convertirse en una herramienta esencial para armonizar tanto el cumplimiento de la misión encomendada como la propia seguridad del personal de las Fuerzas Armadas, necesidades que como ya dijimos no son, y no deberían ser, antagónicas.

Otra cuestión interesante es la que suscitan las operaciones de paz y la aplicabilidad del criterio identificador ROE de conducta-ROE de estado en un contexto así. En principio, este tipo de operaciones son esencialmente defensivas y se desarrollan bajo un mandato que limita el uso de la fuerza a casos en que resulte necesario ejercer el derecho a la legítima defensa. Unas ROE de estado en operaciones de paz así serían *ab initio* inconcebibles pero no imposibles. De acuerdo con la doctrina oficial estadounidense «en operaciones de paz, tales como las de Somalia, Haití y Bosnia, la cuestión que se plantea es la de si resulta de aplicación el Derecho de la guerra. Lo importante no es tanto determinar la aplicabilidad del Derecho de la guerra [en una situación así] como si resultan de aplicación los tratados en su totalidad. A pesar de la posible inaplicación del Derecho de la guerra en operaciones que no tengan la consideración de conflicto armado, la posición de los Estados Unidos, de las Naciones Unidas y de la OTAN ha sido, no obstante, que sus fuerzas aplicarían el Derecho de la guerra en este tipo

istan: Government Response to the Committee's Fifth Report of Session 2005-06», *Sixth Special Report of Session 2005-06*. Londres, pp. 1-12, p. 3. Véase esto en el sitio: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm/cm200506/cmselect/cmdfence/1211/1211.pdf>>. (Consultado el 11 de abril de 2011, 13:42 h.).

⁵⁹⁵ Por ejemplo, las autoridades británicas argumentan, entre otros, que esto afectaría a la «capacidad, eficacia o seguridad de las Fuerzas Armadas». Véase esto en nota a pie 500.

de operaciones. Cuando se encuentren ante situaciones que no reúnen los requisitos tradicionales de conflicto armado (sea de carácter internacional o no internacional) que permitirían la aplicación del Derecho de la guerra, los asesores jurídicos deberían examinar todos los aspectos técnicos para averiguar cómo se puede cumplir con los preceptos del Derecho de la guerra de la mejor manera posible y de acuerdo con la práctica de los Estados Unidos»⁵⁹⁶. La doctrina de este país distingue debido a ello si en una operación de paz podría resultar de aplicación el Derecho de la guerra y con ello la posible autorización de unas ROE de estado, entre mantenimiento de la paz (*peacekeeping*) e imposición de la paz (*peace enforcement*), diferenciándose en que en las primeras «la fuerza solo puede emplearse en legítima defensa»⁵⁹⁷ mientras que las segundas pueden llevar consigo acciones de «combate, intervención armada o la amenaza física de intervención armada»⁵⁹⁸. Lo anterior permite concluir, por consiguiente, que en operaciones de simple mantenimiento de la paz no habría lugar a unas ROE de estado, solo de conducta. Por decirlo de otra manera, examinando las ROE que sean de aplicación en una operación de paz –término de por sí demasiado abstracto–⁵⁹⁹ podríamos averiguar si estamos ante un supuesto de mantenimiento en sentido estricto (porque las ROE establecidas son simplemente de conducta) o de imposición (porque las ROE establecidas sean de estado). En todo caso, la virtualidad de la distinción ROE de conducta-ROE de estado sigue siendo la misma, esto es, definen la posición oficial del estado que interviene en la operación y el grado hasta el cual autoriza, limita o prohíbe el uso de la fuerza a los miembros de sus fuerzas armadas. ¿Existe mejor manera de saber cuál es la posición de hecho del Estado ante la operación...? ¿Arriesgaría un estado su prestigio político autorizando unas ROE de estado ante lo que no es más que una operación para mantener la paz?

En parecidos términos se pronuncia la doctrina oficial británica, según la cual en este tipo de operaciones «el grado hasta el cual las fuerzas que llevan a cabo una operación en apoyo de la paz están sujetas al Derecho de

⁵⁹⁶ THE JUDGE ADVOCATE GENERAL'S LEGAL CENTER AND SCHOOL. *Op. cit.*, *supra* nota 47, p. 13.

⁵⁹⁷ *Id.*, p. 55.

⁵⁹⁸ *Id.*, p. 56.

⁵⁹⁹ *Id.*, p. 54: «No existe una definición universalmente aceptada en torno a los conceptos relacionados con las operaciones de paz y las actividades en conexión con estas. (...) 'Operaciones de paz' es un término que comprende toda una serie de actividades. La publicación oficial *Joint Pub 3-0* define las operaciones de paz como 'operaciones multi-agencia y multinacionales que afectan a todos los instrumentos de poder nacionales' y que incluyen tanto operaciones de mantenimiento de la paz como operaciones de imposición de la paz».

los conflictos armados depende del hecho de que tomen parte en un conflicto armado con las Fuerzas Armadas de un estado o de una entidad que, a los efectos, tenga la consideración de estado. A pesar que las Naciones Unidas (y las organizaciones regionales) no son estado y por consiguiente no han suscrito los tratados relativos al Derecho de los conflictos armados, los estados que aportan contingentes en este tipo de operaciones sí que continúan obligados por esos tratados»; «Cuando las fuerzas en apoyo de la paz pasan a convertirse en parte en un conflicto armado por tomar partido a favor de tales fuerzas, entonces resultará de aplicación el Derecho de los conflictos armados en su totalidad. (...) Es el hecho de tomar partido por uno de los bandos enfrentados, más que la naturaleza del mandato originalmente recibido o las normas que establecieron la fuerza, lo que determina la aplicación del Derecho de los conflictos armados»⁶⁰⁰. De hecho, según la doctrina oficial de este país «una fuerza de apoyo a la paz que no sea parte en un conflicto armado no está sujeta al Derecho de los conflictos armados en cuanto tal. Esto es así incluso aunque ocurran incidentes los cuales incluyan actos de violencia contra la fuerza y sus miembros adopten medidas en legítima defensa, siempre que estas no superen el umbral de conflicto armado. Por consiguiente, por debajo de dicho umbral, los miembros de la fuerza podrán llevar a cabo acciones que incluyan el uso de la fuerza sin estar sometidos al Derecho de los conflictos armados»⁶⁰¹.

Lo anterior es solo un criterio más. Sea en todo caso el dato objetivo de incluir la operación de paz acciones de combate o el subjetivo de tomar partido por uno de los bandos enfrentados, el resultado práctico viene a ser el mismo, a saber: el tipo de ROE establecida, de conducta o de estado, permitirá averiguar la voluntad política del Estado interviniente en la operación y, por ello mismo, gran parte de su prestigio dependerá de esto, es decir, del tipo de ROE adoptada. A mayor abundamiento, la adopción de uno u otro tipo de ROE permitirá, a la larga, depurar responsabilidades ante la posible comisión de hechos contrarios al Derecho internacional de los derechos humanos o, en su caso, del que rige en los conflictos armados.

Llegado el caso: ¿Existe mejor manera de averiguar –y deslindar– las responsabilidades de unos y otros en caso de abusos contra los derechos humanos por parte de quienes participan en este tipo de operaciones...? ¿Existe mejor criterio para descifrar si el Estado considera que sus fuerzas se encuentran en estado de guerra? Juzgamos que no, desde luego, y que las mismas ventajas que ofrece el criterio ROE de conducta-ROE de estado

⁶⁰⁰ UK MINISTRY OF DEFENCE. *Op. cit.*, *supra* nota 485, p. 378 (y nota a pie 3).

⁶⁰¹ *Id.*, pp. 379-80.

para identificar la posición oficial de los estados en situaciones de estricta paz o de guerra, las ofrece también en estas situaciones en que haciéndose un posible uso de la fuerza militar, sin embargo, no exista, al menos en principio, una guerra internacional o no internacional en el sentido técnico al que se refieren los artículos 2 y 3, comunes a los cuatro Convenios de Ginebra⁶⁰².

b. ¿Combatiente o delincuente? Las ROE y la lucha contra el terrorismo internacional

Si existe un fenómeno tan letal como la guerra misma, ya sea mediante la utilización de sofisticadas armas de destrucción masiva o empleando algo tan simple como un fusil de asalto AK-47⁶⁰³, pero que sin duda plantea no pocos problemas desde la perspectiva del Derecho, ese es, desde luego, el denominado terrorismo internacional. En la doctrina española Rodríguez-Villasante y Prieto define el terrorismo como un «fenómeno de desviación social violento, que altera la paz pública de un sistema institucionalizado, utilizando medios comisivos capaces de infundir temor y causar un riesgo injusto a la comunidad social»⁶⁰⁴. ¿Conflicto armado o problema de orden público? ¿Estamos ante

⁶⁰² El hecho paradigmático al que aluden estos artículos 2 y 3, comunes a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, es (art. 2) que se produzca una guerra declarada o cualquier otro conflicto armado entre dos o más estados, así como en caso de ocupación total o parcial del territorio de un estado por las Fuerzas Armadas de otro. Del mismo modo, el citado artículo 3, común, hace extensibles las normas de los Convenios de Ginebra a los conflictos de carácter no internacional que tenga lugar en el territorio de un estado. Quizás no exista mejor circunstancia de hecho para determinar cuándo estamos ante una situación de «conflicto armado» que la promulgación de unas «ROE de estado», ya que, por el simple hecho de haber sido el adversario declarado como «fuerza hostil», las Fuerzas Armadas pasarán a actuar sin más sujeción que el Derecho de la guerra. Esto demuestra, una vez más, la utilidad que tiene el criterio «ROE de conducta-ROE de estado» a efectos del Derecho internacional, sobre todo por la trascendencia que estas últimas puedan tener en aras a que se produzca una «ruptura de las hostilidades» como hecho determinante que para la aplicación del Derecho de la guerra tuvieron en cuenta los redactores de los Convenios de Ginebra. Esta última aseveración compruébese en PICTET, J. (1952), «Commentary Geneva Convention I for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field». International Committee of the Red Cross. Geneva, p. 32. Véase esto en el sitio: <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/GC_1949-I.pdf>. (Consultado el 12 de abril de 2011, 13:02 h.).

⁶⁰³ KEEGAN, J. (1993). *A History of Warfare*. Vintage Books. Londres, p. 57: «La producción en masa de armas como el [fusil de asalto] AK-47 y otras armas ligeras similares sobresalen como símbolos de finales del siglo xx relacionados con las guerras del ‘pueblo’».

⁶⁰⁴ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (1990). «Colaboración con banda armada, terroristas o rebeldes», *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo XI, Edersa. Madrid, p. 138.

combatientes o ante delincuentes? La dificultad presente en el debate en torno a si los ataques de alcance mundial llevados a cabo por sujetos distintos de los estados es o no subsumible en el concepto de conflicto armado internacional queda patente por el mosaico de opiniones que existen a este respecto. En la doctrina estadounidense, país que lidera —y donde se acuñó el término— la «lucha global contra el terrorismo internacional», existen tantas opiniones como posturas se quieran adoptar, bien a favor de su caracterización como hecho bélico, bien como hecho simplemente criminal. Autores como Falk consideran que se trata de un conflicto armado internacional y fundamentado esta lucha en el contexto del derecho a la legítima defensa de los Estados Unidos de América contra quienes de hecho gobernaban Afganistán en 2001, esto es, el conglomerado formado por Al Qaeda y los guerrilleros del Talibán⁶⁰⁵. Del mismo parecer es también Brown, que plantea esta lucha como una responsabilidad del Estado relacionada con el derecho a la legítima defensa⁶⁰⁶. Autores como Murphy consideran que las acciones de Al Qaeda constituyen ataques por derecho propio⁶⁰⁷. También existe quien plantea la cuestión como un problema de orden público que debe regirse por el Derecho internacional de los derechos humanos, no el de la guerra⁶⁰⁸, mientras que otros consideran que las organizaciones terroristas de implantación mundial constituyen objetivos de carácter militar susceptibles de ser perseguidos como tal⁶⁰⁹. En fin, hay quien opina que las operaciones desarrolladas en Afganistán en 2001, dirigidas contra el régimen imperante por entonces, revisten el carácter de intervención en un conflicto armado de carácter interno⁶¹⁰ o incluso suponen una «guerra civil

⁶⁰⁵ FALK, R. (2003). *The Great Terror War*. Olive Branch Press. Nueva York, p. 101.

⁶⁰⁶ BROWN, D. (2003). «Use of Force Against Terrorism After September 11th: State Responsibility, Self-Defense and Other Responses», *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, pp. 1-53, p. 6.

⁶⁰⁷ MURPHY, S. D. (2002). «Terrorism and the Concept of ‘Armed Attack’ in Article 51 of the UN Charter», *Harvard International Law Journal*, vol. 43, issue 1, pp. 41-52, p. 47.

⁶⁰⁸ SADAT, L. N. (2004). «Terrorism and the Rule of Law», *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, issue 1, pp. 135-154, p. 136. Véase esto en el sitio: <http://www.law.wustl.edu/wugslr/issues/volume3_1/p135Sadat.pdf>. (Consultado el 13 de abril de 2011, 9:05 h.).

⁶⁰⁹ BROWN, D. *Op. cit.*, *supra* nota 685, pp. 24-5: «Si un actor que no sea estado, como por ejemplo una organización terrorista, lleva a cabo un acto de agresión contra un estado y [siempre que] dicha agresión tenga suficiente entidad y repercusiones para equipararse a un ataque armado, entonces se puede considerar que dicha organización terrorista —a pesar de su estatuto legal de no combatiente— ha cometido [un acto de] agresión armada contra dicho estado».

⁶¹⁰ FITZPATRICK, J. (2002). «Jurisdiction of Military Commissions and the Ambiguous War on Terrorism», *The American Journal of International Law*, vol. 96, issue 2, pp. 345-354, p. 350.

internacionalizada»⁶¹¹. No vamos a entrar en esta polémica porque se excede de nuestro tema central, las ROE, como tampoco, y por las mismas razones, vamos a abordar los aspectos que esta lucha entraña desde la perspectiva estricta del *ius ad bellum*, pero desde luego sí que queremos significar, al menos, algunos aspectos que consideramos de interés. En primer lugar, si tomamos como punto de partida la división tradicional entre conflictos de carácter internacional –entre Estados exclusivamente– y conflictos de carácter interno –guerras civiles– que nos ha sido legada por los artículos 2 y 3, comunes a los cuatro Convenios de Ginebra, de 1949, esenciales para determinar su aplicación, entonces tenemos que descartar *prima facie* la aplicación del Derecho de la guerra a fenómenos internacionales como Al Qaeda, y sus diversas entidades asociadas en distintos lugares del mundo, y numerosos grupos locales autoconstituidos⁶¹². Estaríamos únicamente ante actos de violencia extrema que, produciéndose fuera del contexto de un conflicto armado, no dejan por ello de constituir una infracción al Derecho de la Paz⁶¹³. Esto nos lleva necesariamente

⁶¹¹ ROBERTS, A. (2002). «Counter-Terrorism, Armed Force and the Laws of War», *Survival*, vol. 44, issue 1, Spring, pp. 7-32, p. 16. Véase una edición digital en el sitio: <<http://essays.ssrc.org/sept11/essays/roberts.htm>>. (Consultado el 13 de abril de 2011, 13:07 h.).

⁶¹² REINARES NESTARES, F. (2006). *Dimensiones del Terrorismo Internacional, en Lucha contra el Terrorismo y Derecho Internacional*. Cuadernos de Estrategia, n.º 133, Instituto Español de Estudios Estratégicos, pp. 39-48, p. 40: «Es frecuente, por ejemplo, que se confundan terrorismo transnacional y terrorismo internacional cuando, en propiedad, aquel primero incluye a este segundo pero no al revés. Terrorismo transnacional sería el que de una u otra manera atraviesa fronteras estatales, básicamente porque quienes lo ejecutan mantienen estructuras organizativas o desarrollan actividades violentas en más de un país, incluyendo por lo común territorios sobre los cuales no tienen jurisdicción alguna las autoridades a que dirigen en última instancia sus demandas. Esto significa que los actos de violencia involucran a más de un país y con frecuencia a individuos de dos o más nacionalidades tanto por lo que se refiere a los terroristas como a sus víctimas»; p. 41: «Terrorismo internacional es, en primer lugar, el que se practica con la deliberada intención de afectar a la estructura y distribución del poder en regiones enteras del planeta o incluso a escala misma de la sociedad mundial. En segundo término, aquel cuyos actores individuales y colectivos hayan extendido sus actividades por un significativo número de países o áreas geopolíticas, en consonancia con el alcance de los propósitos declarados»; p. 43: «Al Qaeda, sus diversas entidades asociadas en distintos lugares del mundo y numerosos grupos locales autoconstituidos configuran hoy el complejo entramado multinacional y multiétnico de ese terrorismo internacional». Véase esto en el sitio: <http://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE_133_LuchaContraTerrorismoxDchoInternacional.pdf>. (Consultado el día 13 de abril de 2011, 16:15 h.).

⁶¹³ PÉREZ GONZÁLEZ, M. (2006). *Terrorismo y Conflictos Armados, La Prohibición de los Actos Terroristas por el Derecho internacional humanitario*. Cuadernos de Estrategia, n.º 133, Instituto Español de Estudios Estratégicos, pp. 81-102, p. 84-5: «Distinguibles por sus fines y sus autores, guerra y terrorismo no son nociones con fronteras tan herméticas que impidan, por ejemplo, que el Derecho de los conflictos armados se interese por el terrorismo como método de guerra ilícito hasta el punto de erigirlo, en el proyecto de Código de

a la conclusión de que en un escenario de paz, de aplicación del Derecho de la paz concretamente, las fuerzas armadas involucradas en la lucha contra el terrorismo internacional solo podrían operar al amparo de unas ROE de conducta, no de estado. No habría objetivo militar que perseguir, sino situaciones de hostilidad o de demostración de hostilidad a las que hacer frente, dejando a salvo siempre el derecho a la legítima defensa. ¿Qué nos dice esto? Que debido a las especiales condiciones en que se desenvuelven grupos como los que integran Al Qaeda, ocultos siempre entre la población civil y de cuya condición da cuenta el estadounidense Travaglio⁶¹⁴, las limitaciones que habrían de ser impuestas en cuanto al uso de la fuerza serían de tal magnitud que el actor militar únicamente podría operar en condiciones de estricta legítima defensa, so pena de poner en riesgo seriamente a la población civil, entre la que, como hemos dicho, estos grupos se ocultan sistemáticamente. Apremiar lo que es una «conducta hostil» o un «intento de acto hostil» en una situación así, donde el terrorista se aprovecha precisamente de la confusión que produce ocultarse entre la población civil, habría de complicar en exceso no solo la eficacia de la acción militar propiamente dicha, sino, lo que es aun más importante, llevar con facilidad a provocar incidentalmente cuantiosas bajas civiles, que es lo que esta lucha pretende evitar. En otras palabras, unas ROE en este contexto habrían de ser tan restrictivas que, por así decirlo, serían una herramienta inútil e inservible. Estaríamos ante un fenómeno semejante al que vimos que sucede con las ROE en países como Alemania, Japón o Israel, donde por limitaciones constitucionales las Fuerzas Armadas tienen vetado llevar a cabo acciones que no sean de carácter estrictamente defensivo. ¿Significa esto que la acción militar de los estados contra el terrorismo internacional está avocada necesariamente a ser conducida de acuerdo con el Derecho de la paz? De ningún modo. Veamos ahora cómo podría ser posible combatir al terrorismo con unas ROE de estado, al amparo del Derecho de la guerra y donde la eficacia de la acción militar sea compatible con la seguridad de los miembros de las Fuerzas Arma-

crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1996, en elemento constitutivo de un crimen de guerra. Pero, cometidos fuera del contexto de un conflicto armado, los actos de extrema violencia llevados a cabo por particulares con el fin de aterrorizar a la población, no dejan de constituir una infracción al Derecho de la paz.» Véase esto en el sitio: <http://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE_133_LuchaContraTerrorismoxDchoInternacional.pdf>.

(Consultado el día 13 de abril de 2011, 17:49 h.).

⁶¹⁴ TRAVAGLIO, G. M. (2000). «Terrorism, International Law, and the Use of Military Force», *Wisconsin International Law Journal*, vol. 18, issue 1, pp. 145-191, p. 187: «[Los terroristas no tienen la condición de combatientes] porque ni son miembros de las fuerzas armadas regulares de un estado, ni llevan las armas a la vista, ni tienen un signo distintivo fijo y reconocible a distancia, ni dirigen sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra».

das y con la de la población civil, contribuyendo todo esto al prestigio político, jurídico, moral y militar de los estados contra esta execrable lacra mundial.

En primer lugar, ya hemos dicho que, a simple vista, el Derecho de la guerra –los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977, para ser exactos– solo prevé dos escenarios posibles donde sus preceptos resultan de aplicación: un conflicto armado internacional que tenga lugar entre estados o un conflicto armado interno que tenga lugar entre las Fuerzas Armadas de un estado y la facción rebelde que se hubiere alzado en armas contra las autoridades de dicho estado. En efecto, este argumento podría ser utilizado para descartar la aplicación del Derecho de la guerra a grupos organizados como los que integran Al Qaeda, puesto que tienen la condición jurídico internacional de sujetos no estatales⁶¹⁵ y, por consiguiente, al no tratarse de sujetos de Derecho internacional por derecho propio ni tratarse de una facción rebelde alzada en armas contra su propio gobierno, no se les puede aplicar el Derecho de la guerra. No obstante, planteemos la cuestión desde otras coordenadas que juzgamos también posibles. En efecto, si bien es cierto cuanto argumentan quienes afirman la imposible aplicación de los Convenios de Ginebra a grupos organizados como los que integran Al Qaeda, sin embargo, no por ello deja de ser menos cierto que dichos convenios excluyan expresamente su aplicación a los actos de terrorismo. Antes al contrario, algunos preceptos se ocupan expresamente de estos actos para prohibirlos. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 33 de la IV Convención («Protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra») al prohibir «los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo», o el artículo 51.2 del Protocolo Adicional I de 1977 cuando prohíbe los actos o amenazas de violencia «cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil». La aplicación del Derecho de la guerra tampoco queda expresamente descartada en los instrumentos internacionales relativos específicamente a la lucha contra el terrorismo. Tal es el caso, por ejemplo, de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 1979, cuyo artículo 12 dispone que la misma no será de aplicación a un acto de toma de rehenes cometido durante conflictos armados siempre que «los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de la guerra o los protocolos adicionales a esos convenios sean aplicables a un acto determinado de toma de rehenes y que los estados partes en la presente convención estén obligados en virtud de esos convenios a procesar o entregar al autor de la toma de rehenes»; de la «Convención internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos

⁶¹⁵ ROBERTS, A. *Op. cit.*, *supra* nota 690, p. 11.

con bombas» de 1997, cuyo artículo 19.2 deja a salvo las «actividades de las Fuerzas Armadas durante un conflicto armado, según se entienden esos términos en el Derecho internacional humanitario y que se rijan por ese derecho y (...) las actividades realizadas por las fuerzas militares de un estado en el cumplimiento de sus funciones oficiales»; o de la «Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo», cuyo artículo 21 establece que nada de lo dispuesto en la misma «menoscabará los derechos, las obligaciones y las responsabilidades de los estados y de las personas con arreglo al Derecho internacional, en particular los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas, el Derecho internacional humanitario y otros convenios pertinentes». Es decir, que entre el Derecho de la guerra y el Derecho internacional contra el terrorismo no existe relación de complementariedad en el sentido de que uno sea la *lex specialis* de la lucha contra el terrorismo y el otro su *lex generalis*, sino, al contrario, allí donde hay una situación de conflicto armado es precisamente aquel el que resultará de exclusiva aplicación, no este, sin perjuicio que, tal y como afirma Sperotto⁶¹⁶, el Derecho general aplicable tanto en uno como en otro caso sea el Derecho internacional de los derechos humanos.

En segundo lugar, a simple vista sigue pareciendo imposible también aplicar, aun cuando ello no lo excluya el Derecho de la paz, los Convenios de Ginebra a los actos de terrorismo practicados por grupos organizados en torno a Al Qaeda, ya que, tanto por la táctica empleada o como por la condición de quienes participan en su ejecución, difieren de lo que pudieran ser actos llevados a cabo en el curso de una guerra o conflicto armado⁶¹⁷. A mayor abundamiento, las dos únicas excepciones que podrían invocarse en este contexto, la que se prevé en el artículo 1.4 del Protocolo Adicional I de 1977 en relación a los conflictos armados llevados a cabo por los pueblos que «luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas» y la recogida en el artículo 1.1 del Protocolo Adicional II de 1977 concerniente a «fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados» en el curso de un conflicto armado de carácter no internacional, dista mucho de predicarse respecto a estos grupos o bandas multinacionales, en especial Al Qaeda, que han hecho dogma precisamente del desprecio a las normas más elementales de humanidad y distinción entre

⁶¹⁶ SPEROTTO, F. (2009). «Counter-Insurgency, Human Rights, and the Law of Armed Conflict», *Human Rights Brief*, vol. 17, issue 1, pp. 19-23, p. 19. Véase esto en el sitio: <<http://www.wcl.american.edu/hrbrief/17/1sperotto.pdf?rd=1>> (Consultado el 13 de abril de 2011, 23:25 h.).

⁶¹⁷ TRAVALIO, G. M. *Op. cit.*, *supra* nota 693, p. 145.

la guerra y la paz o entre las Fuerzas Armadas y la población civil⁶¹⁸, por no añadir la hipótesis más que improbable –sería un auténtico sarcasmo– que por algún estado se reconociere una u otra condición respecto a quienes integran estos grupos terroristas.

Sin embargo, la cuestión no reside tanto en plantear la aplicabilidad subjetiva del Derecho de la guerra a los grupos y organizaciones terroristas como en hacerlo desde la perspectiva objetiva, es decir, la de sus hechos o acciones. En este sentido, incluso si un grupo u organización terrorista no admite ser calificado como «parte» en un conflicto armado, no por ello sus «actos» caen necesariamente fuera de la órbita del Derecho de la guerra. Esto podrá ser así, no obstante, siempre que existan elementos suficientes para atribuir tales «actos» a un estado en particular. Producida dicha premisa, nos encontraríamos ante una situación de conflicto armado entre estados y no entre un estado y un grupo u organización terrorista, quedando franqueada la aplicación del Derecho de la guerra. Los presupuestos de esta atribución ya han sido estudiados por la jurisprudencia internacional, pudiendo residir en conductas tales como que determinado estado muestre su conformidad o apruebe un acto de terrorismo en lugar de adoptar medidas en su contra⁶¹⁹, que ejerza algún tipo de control efectivo sobre la actividad de los terroristas⁶²⁰ o que participe en la organización, coordinación o planificación de las acciones terroristas⁶²¹. De todos estos criterios interesa destacar especialmente este último, por referirse en particular a la aplicación del Derecho de la guerra. Examinemos ahora las razones prácticas que aconsejan la aplicación del Derecho de la guerra en estos casos de posible atribución de las actividades de los grupos u organizaciones terroristas a un estado en particular. En primer lugar, en contra de lo que pudiera parecer, la aplicación del Derecho de la guerra en la lucha contra el terrorismo no presupone conceder a los terroristas el estatuto de comba-

⁶¹⁸ *Id.*, p. 84: «Osama bin Laden: ‘nosotros no distinguimos entre quienes llevan uniforme militar y los civiles; todos ellos son objetivos en esta *fatwa*’».

⁶¹⁹ Como sería el caso del asunto diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán (Tribunal Internacional de Justicia, Sentencia de 24 de mayo de 1980, TIJ Recueil 1980, disponible en el sitio: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf>. Consultado el 15 de abril de 2011, 9:18 h.).

⁶²⁰ Como sería el asunto relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Tribunal Internacional de Justicia, Sentencia de 27 de junio de 1986, TIJ Recueil 1986, disponible en el sitio: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf>. Consultado el 15 de abril de 2011, 9:29 h.).

⁶²¹ Como sería el Asunto Duško Tadić (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Sentencia de 15 de julio de 1999, IT 94-1 «Prijedor», disponible en el sitio: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>>. Consultado el 15 de abril de 2011, 10:42 h.).

tiente –cuestión que abordaremos más adelante– y, por consiguiente, privilegio e inmunidad alguna, antes al contrario, actos de terrorismo típico como el ataque indiscriminado a personas civiles⁶²², a objetos civiles⁶²³, la toma de rehenes⁶²⁴, matar a combatientes o civiles a traición⁶²⁵ o la perfidia⁶²⁶ se encuentran expresamente prohibidos por el Derecho de la guerra y es una obligación de los estados buscar a sus autores y procesarlos o entregarlos, con independencia de su nacionalidad⁶²⁷, porque pueden ser, llegado el caso, responsables incluso de crímenes de guerra⁶²⁸. En segundo lugar, el que pertenece a un grupo u organización terrorista no posee ni la condición de combatiente legítimo⁶²⁹, ni siquiera circunstancial⁶³⁰, ni la de

⁶²² Art. 48 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949: «A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares».

⁶²³ Art. 52.1 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949: «Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataques ni de represalias. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2».

⁶²⁴ Art. 34 de la Convención de Ginebra IV (1949), relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra: «Está prohibida la toma de rehenes».

⁶²⁵ Art. 23.b del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, Anexo al Convenio de La Haya de 1907: «Además de las prohibiciones establecidas por convenciones especiales, está particularmente prohibido: (...) (b) Dar muerte o herir a traición a individuos pertenecientes a la nación o al ejército enemigo».

⁶²⁶ Art. 37.1 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949: «Queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios pérfidos. Constituirán perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a este que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de Derecho internacional aplicables en los conflictos armados. Son ejemplos de perfidia los actos siguientes:

- a) simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición;
- b) simular una incapacitación por heridas o enfermedad;
- c) simular el estatuto de personal civil, no combatiente; y
- d) simular que se posee un estatuto de protección, mediante el uso de signos, emblemas o uniformes de las Naciones Unidas o de Estados neutrales o de otros Estados que no sean Partes en el conflicto».

⁶²⁷ Artículo 146 de la Convención de Ginebra IV (1949), relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

⁶²⁸ Artículo 147 de la Convención de Ginebra IV (1949), relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra y artículo 85 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949.

⁶²⁹ Artículo 13 de la Convención de Ginebra I (1949), relativa a la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.

⁶³⁰ Porque no estamos ante el supuesto de personas pertenecientes a la población civil de un territorio no ocupado que al acercarse el enemigo tome espontáneamente las armas para combatir a las tropas invasoras en el sentido que establece el artículo 13 de la Convención de Ginebra I (1949), relativa a la suerte que corren los heridos y los enfermos de

persona civil⁶³¹, sino la de combatiente ilegítimo⁶³² y, por consiguiente, no tiene derecho a participar directamente en las hostilidades⁶³³; su persona, medios e instalaciones de apoyo constituyen objetivo militar legítimo mientras participe directamente en las hostilidades y mientras dure esa participación⁶³⁴, aun a riesgo de que esto implique la producción de daños colaterales⁶³⁵, y su captura no implica *ipso facto* que deba ser considerado prisionero de guerra⁶³⁶, por lo que no gozaría de la inmunidad general que brinda el estatuto de combatiente por hechos anteriores a su captura⁶³⁷, si bien tendría derecho a las garantías mínimas previstas en el artículo 75 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949. No gozando de inmunidad o privilegio alguno derivado del Derecho de la guerra, el terrorista quedaría sujeto, por consiguiente, a responsabilidad criminal tanto por la comisión de infracción contraria a las leyes y usos de la guerra —perfidia, por ejemplo— como por infracción contraria a las leyes nacionales —delitos de terrorismo, por ejemplo— del estado víctima de sus acciones. En todo caso, lo que aquí interesa es resaltar que abierta la posibilidad de aplicar el Derecho de la guerra en la lucha contra el terrorismo internacional, siempre que tenga lugar la premisa de poder atribuir este fenómeno a un estado en particular, quedaría abierta una cobertura jurídica alternativa a la del Derecho de la paz. ¿Significa esto que la aplicación del Derecho de la guerra excluye la del Derecho de la paz? No, al contrario, significa que la decisión de aplicar el primero quedaría a discreción del estado víctima

las fuerzas armadas en campaña, y el artículo 4.a.6 de la Convención de Ginebra III (1949) relativa al trato debido a los prisioneros de guerra.

⁶³¹ Art. 50 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949. «1. Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil.

2. La población civil comprende a todas las personas civiles.

3. La presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil».

⁶³² Art. 51.3 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949: «Las personas civiles gozarán de la protección que confiere esta Sección, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación».

⁶³³ Artículo 43.2 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949.

⁶³⁴ Artículo 52.2 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949.

⁶³⁵ Artículo 51.5.b del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949.

⁶³⁶ Artículo 4.a de la Convención de Ginebra III (1949), relativa al trato debido a los prisioneros de guerra.

⁶³⁷ Artículo 85 del Protocolo Adicional I (1977) a los Convenios de Ginebra de 1949 y artículo 87 de la Convención de Ginebra III (1949), relativa al trato debido a los prisioneros de guerra.

dentro de las normas generales del *ius ad bellum*⁶³⁸ y significa, además, que no por ello resulta descartada la aplicación de los tratados internacionales contra el terrorismo propios del tiempo de paz o de los tratados vigentes en materia de derechos humanos. La aplicación de uno u otro habrá de depender, tal y como hemos dicho, de la posibilidad de atribuir a un estado determinado las acciones concretas que lleven a cabo determinados grupos u organizaciones terroristas, quedando a salvo por consiguiente la aplicación del Derecho de la paz a cualquier otro supuesto que caería dentro de la represión internacional general de este fenómeno.

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que el terrorista internacional puede —y creemos que debería— ser perseguido al amparo del Derecho de la guerra, sin que por ello pierda su condición de persona civil, si bien no protegida en cuanto tal, mientras participe directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. Cualquiera que sea la interpretación que en su caso se haga del concepto «tomar parte directa en las hostilidades», bien entendida con un cierto sentido de la permanencia por el solo hecho de pertenecer a un grupo u organización terrorista mientras este grupo u organización planea y cometa actos de terrorismo, bien restrictivamente en el sentido eventual de la participación en una acción concreta y particular, las consecuencias serían las mismas, esto es, el individuo sería considerado combatiente ilegítimo y pasaría a convertirse en objetivo militar legítimo. A mayor abundamiento, la aplicación del Derecho de la guerra en la lucha contra el terrorismo también tiene otra serie de consecuencias prácticas que juzgamos interesantes.

En primer lugar, planteada esta lucha como un conflicto armado ello permitiría que, una vez declarado un grupo u organización terrorista como fuerza o elemento hostil por la autoridad civil nacional, las fuerzas armadas involucradas en esta lucha pasarían a actuar bajo unas ROE de estado, lo cual significa autorizar el uso de la fuerza, incluso la letal, en persecución de individuos terroristas y de toda su infraestructura de apoyo y operativa hasta lograr su destrucción total o parcial, su captura o su neutralización. Esto no solo multiplica la eficacia de esta lucha al permitir que las fuerzas armadas busquen y se enfrenten al adversario —la respuesta ya no será a espera de

⁶³⁸ Cuyo punto principal de apoyo en el Derecho internacional reside en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas: «Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales».

cualquier «acto hostil» o «intento de acto hostil», como ocurre con las ROE de conducta–, sino que, al mismo tiempo, habría de redundar en beneficio de la propia seguridad personal y colectiva de los miembros y unidades de las Fuerzas Armadas. Por decirlo de otra manera, a mayor capacidad de acción e iniciativa, mayor podría ser el ahorro en vidas humanas y sacrificios materiales que esta lucha demanda. Si de las ROE puede afirmarse una idea central y esencial, esa es, sin lugar a dudas, el efecto «multiplicador de la fuerza» que tienen al proporcionar una sólida base política, jurídica y militar a todos los niveles de la cadena de mando. Esta idea, nada extravagante por cierto, ya aparece expuesta y analizada detalladamente en trabajos como los de los estadounidenses Hittinger⁶³⁹ o Drake⁶⁴⁰, simplemente añadir a lo dicho en la aportación de estos autores que la aplicación de unas ROE de estado a la lucha contra el terrorismo internacional tendría los beneficios de producir ese efecto «multiplicador de la fuerza» frente a otros planteamientos o tipos de ROE –las de conducta, desde luego– que limitan la capacidad de actuación de las fuerzas armadas a la espera, siempre, de un «acto hostil» o de un «intento de acto hostil». Siempre podrá argumentarse, como hacen los también estadounidenses Westhusing⁶⁴¹ o Sttaford,⁶⁴² que una lectura ge-

⁶³⁹ HITTINGER, W. R. (2000). «Rules of Engagement as a Force Multiplier». United States Marine Corps Command and Staff College, Marine Corps University. Quantico (USA). Véase esto en el sitio: <<http://smallwarsjournal.com/documents/hittinger.pdf>>. (Consultado el 19 de abril de 2011, 18:07 h.).

⁶⁴⁰ DRAKE, R. J. (1992). *The Rules of Defeat: The Impact of Aerial Rules of Engagement on USAF Operations in North Vietnam, 1965-1968*. School of Advanced Airpower Studies, Air University, United States Air Force. Montgomery (USA). Véase esto en el sitio: <<http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA425601&Location=U2&doc=GetTRDoc.pdf>>. (Consultado el 20 de abril de 2011, 15:32 h.).

⁶⁴¹ WESTHUSING, T. (2003). «Taking Terrorism and ROE Seriously», *Journal of Military Ethics*, vol. 2, issue 1, pp. 1-19. Un borrador de este artículo puede consultarse en el sitio: <<http://isme.tamu.edu/JSCOPE03/Westhusing03.html>>. (Consultado el 20 de abril de 2011, 2309 h.). Para este autor la lucha contra el terrorismo internacional exige una equiparación de las ROE militares a las ROE que emplea la Policía Federal (FBI) en los Estados Unidos de América, es decir, basadas en un concepto amplio y extensivo de la legítima defensa propia y de terceros. Si bien estamos de acuerdo con la tesis principal de este autor, juzgamos, no obstante, que esto no sería suficiente en los supuestos en que exista un estado sospechoso de brindar apoyo a los grupos u organizaciones terroristas. Solo unas «ROE de estado» establecidas en el curso de un conflicto armado –es decir, aplicando el Derecho de la guerra– permitirían ir a buscar, capturar y destruir total o parcialmente al enemigo. Unas «ROE de conducta» establecidas en un contexto de paz, por muy generoso que se quiera ser en la lectura que se haga del derecho a la legítima defensa apelando a la jurisprudencia de los tribunales federales, seguirían dejando a las Fuerzas Armadas a la espera de un «acto hostil» o de un «intento de acto hostil».

⁶⁴² STTAFORD, W. A. *Op. cit.*, *supra* nota 53. Este autor plantea el uso de la fuerza en términos muy similares al anterior, defendiendo una mayor eficacia de la acción militar y de la seguridad de las fuerzas a través de unas ROE que amplíen el concepto de la legítima

nerosa del derecho a la legítima defensa propia y de terceros ampliaría la capacidad de actuación de las Fuerzas Armadas frente al terrorismo; sí, pero creemos que, aun así y con todo, esto resultaría insuficiente, pues podría ser válido en un contexto de paz, no de guerra, y plantearía además numerosos problemas de cara a la legislación interna de cada Estado cuando estamos ante fuerzas multinacionales. En este sentido, unas ROE de estado robustas y ofensivas permitirían al enemigo predecir el empeño de las fuerzas armadas en su búsqueda, captura y destrucción total o parcial. ¿Existe manera mejor de disuadir a quienes hacen del terror mundial un medio para el logro de sus criminales propósitos?

En segundo lugar, la aplicación del Derecho de la guerra –y por ello mismo de unas ROE de estado– robustece la autoridad jurídica y moral del Estado en la lucha contra el terrorismo internacional, ya que permite extender a este ámbito todas las limitaciones humanitarias impuestas por el Derecho de La Haya y el de Ginebra. ¿Existe manera mejor de garantizar que las Fuerzas Armadas no emplearán medios desproporcionados? ¿Existe manera mejor de garantizar que las Fuerzas Armadas no atacarán indiscriminadamente a la población civil? ¿Existe manera mejor de garantizar que las Fuerzas Armadas no ocasionarán sufrimientos innecesarios? En definitiva: ¿existe manera mejor de «aliviar los sufrimientos originados por la guerra» como finalidad última del Derecho internacional humanitario?⁶⁴³.

En tercer lugar, la aplicación del Derecho de la guerra a la lucha contra el terrorismo internacional robustece también la autoridad jurídica y moral del Estado al permitir que cualquier abuso por parte de los miembros de sus fuerzas armadas sea perseguido, bien como delito militar de acuerdo con la ley nacional⁶⁴⁴, bien, en su caso, como crimen de guerra sometido al principio de jurisdicción universal de los estados⁶⁴⁵ e, incluso, a la jurisdic-

defensa a lo que es norma común y consolidada en el ámbito de las fuerzas policiales de los Estados Unidos. En parte lleva razón, pero ni la legislación tejana ni la californiana están diseñadas para la guerra, sino para la paz.

⁶⁴³ Art. 13 de la Convención de Ginebra IV (1949), relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra: «Las disposiciones del presente título se refieren al conjunto de la población en conflicto, sin distinción desfavorable alguna, especialmente en cuanto a la raza, la nacionalidad, la religión o la opinión política, y tienen por objeto aliviar los sufrimientos originados por la guerra».

⁶⁴⁴ Artículos 69 a 78 del Código Penal Militar (español): «Delitos contra las leyes y usos de la guerra».

⁶⁴⁵ Art. 146 de la Convención de Ginebra IV (1949), relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra: «Las altas partes contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. Cada una de las partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las

ción internacional⁶⁴⁶. ¿Existe mejor manera de hacer realidad el imperio de la ley nacional e internacional? ¿Existe mejor manera de garantizar la responsabilidad del Estado en las operaciones militares en el exterior? ¿Existe, en definitiva, mejor manera de garantizar que todo militar involucrado en esta lucha que cometa un crimen de guerra sea procesado o entregado a otro estado con independencia de su nacionalidad?

En cuarto y último lugar, la utilización de unas ROE –en este caso de estado– en la lucha contra el terrorismo internacional robustece la legitimidad del Estado frente a acusaciones infundadas cuya única finalidad sea la de desprestigiar o desacreditar la acción militar tanto en los foros nacionales como internacionales. En efecto, ya ha quedado dicho que las ROE ayudan a vertebrar los aspectos políticos, jurídicos y militares de toda operación militar y solo contando con unas ROE de estado que sean observadas –y hechas observar– rigurosamente podrá lograrse la máxima coordinación entre los niveles estratégico, operacional y táctico de la cadena de mando; controlar el uso de la fuerza; detectar, en fin, cualquier infracción individual y castigarla, y, en definitiva, garantizar el máximo respeto a la vida, la libertad y la dignidad humana como argumento jurídico y moral incontestable en los farragosos y polémicos «frentes» de la «guerra del Derecho», cuestión que pasamos a abordar a continuación.

c. Las ROE y la «guerra del Derecho».

Nos encontramos, como ya dijimos antes, ante otra construcción de la dogmática anglosajona que está relacionada con el Derecho, con las ROE y con las formas contemporáneas de operación militar, especialmente con la lucha global contra el terrorismo internacional. En cierto modo, parafraseando a Clausewitz, si la guerra es la continuación de la política por otros medios, entonces, del mismo modo, podríamos decir que la «guerra del Derecho» es la continuación del terrorismo por otros medios, no

personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra arte contratante interesada, si esta ha formulado contra ella cargos suficientes. (...)».

⁶⁴⁶ Art. 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: «1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión».

violentos, sí, pero potencialmente perjudiciales para el prestigio jurídico, político, militar y moral que ha de caracterizar la acción de los estados en esta lucha global. En contraste con su amplio estudio y debate en el mundo anglosajón, el concepto parece haber suscitado escaso interés aquí en España, al menos de forma pública y notoria en círculos jurídico militares, a excepción de Alía Plana, el cual hace una referencia sucinta en uno de sus trabajos⁶⁴⁷. En algunos países de Iberoamérica se denomina la «guerra jurídica»⁶⁴⁸ y aparece señalada como una forma de lucha subversiva librada por los movimientos revolucionarios. Nosotros hemos preferido denominarla «guerra del Derecho» por ser este, es decir, en la práctica del Derecho, el campo donde se desarrolla preferentemente, en lugar de utilizar la denominación «guerra jurídica» o «guerra judicial», ya que, si bien acertadas también, parecen indicar no obstante una cualidad de la guerra como institución jurídica.

Vamos a centrarnos ahora en cuatro de las aportaciones que juzgamos más relevantes para nuestro estudio. Tres de estas afirman la existencia de la «guerra del Derecho», apuntan a sus causas y proponen el modo de paliar sus perniciosos efectos, estas son las de los estadounidenses Dunlap⁶⁴⁹, Wheaton⁶⁵⁰ y Newton⁶⁵¹. La cuarta aportación, del británico Waters⁶⁵², no niega la existencia frecuente de procesos judiciales contra los miembros

⁶⁴⁷ ALÍA PLANA, M. *Op. cit.*, *supra* nota 21.

⁶⁴⁸ Por ejemplo, los colombianos NAVARRO DEVIA, o BOTERO GÓMEZ cuando aluden a las maniobras de la guerrilla para desprestigiar la acción del Estado en la lucha contra el narcoterrorismo de las FARC. Véase esto en los sitios: <http://www.jorgeanavarrodevia.com/conceptos_guerra_juridica_1__2_.pdf>; <http://www.envozalta.org/C_-GUERRA_JURIDICA_Y_JUDICIAL__2_.pdf>; <<http://gran-colombia.tripod.com/magazin/id27.html>>. (Consultado el 22 de abril de 2011, 16:38 h.).

⁶⁴⁹ DUNLAP C. J. (2001). «Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts», *2001 Workshop Papers: Humanitarian Challenges in Military Intervention*. Harvard Kennedy School. Cambridge (USA), pp. 4-43. Véase esto en el sitio: <<http://www.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>>; DUNLAP, C. J. (2009). «Lawfare: A Decisive Element of 21st-Century Conflicts?», *Joint Forces Quarterly*, Issue 54, 3rd. Quarter, pp. 34-39. Véase esto en el sitio: <<http://www.ndu.edu/press/lib/images/jfq-54/12.pdf>>; DUNLAP, C. J. (2010). «Does Lawfare Need an Apologia», *Duke Law Working Papers*, Paper 54, pp. 1-17. Véase esto en el sitio: <http://scholarship.law.duke.edu/working_paper/54>. (Consultado el 23 de abril de 2011, 17:04).

⁶⁵⁰ WHEATON, K. D. *Op. cit.*, *supra* nota 341.

⁶⁵¹ NEWTON, M. A. (2011). «Illustrating Illegitimate Lawfare», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 43, pp. 1-18. Véase esto en el sitio: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1698322###>. (Consultado el 23 de abril de 2011, 18:30 h.).

⁶⁵² WATERS, C. (2008). «Is the Military Legally Encircled?», *Defence Studies*, vol. 8, issue 1, pp. 26-48. Véase esto en el sitio: <<http://law.anu.edu.au/UnitUploads/LAWS8163-7535-Waters%20-%20Legally%20encircled.pdf>>. (Consultado el 23 de abril de 2011, 19:22 h.).

de las Fuerzas Armadas –su estudio se centra en las británicas exclusivamente–, sobre todo, con ocasión de hechos sucedidos en el exterior, pero reconduce este fenómeno a la mayor transparencia y responsabilidad de los gobiernos occidentales, característica de nuestro tiempo.

Refiere Dunlap, autor que en algún lugar es calificado como autoridad en la materia⁶⁵³, que el término *lawfare* –juego de palabras derivado del inglés *warfare*, que significa guerra– se debe originalmente a los australianos Carlson y Yeomans⁶⁵⁴, quienes lo emplearon por vez primera en un trabajo suyo publicado en 1975 para aludir al cinismo de la Unión Soviética cuando apelaba a los tratados de Derecho internacional para suplir así su incapacidad militar, llegando estos a afirmar que «la guerra del Derecho sustituye a la guerra y el duelo no es con espadas sino con palabras»⁶⁵⁵. En efecto, Dunlap define metafóricamente la «guerra del Derecho» como el uso del Derecho como arma de guerra⁶⁵⁶ y como una forma de secuestrar el Derecho para convertirlo en otro modo de lucha en detrimento tanto de los valores humanitarios como del Derecho mismo⁶⁵⁷. Para este autor, fenómenos como la globalización o el auge de las tecnologías de la información constituyen retos verdaderamente importantes no solo para los gobiernos democráticos, sino, incluso, para aquellos que aun sin serlo dependan, de una u otra manera, del apoyo de otras instancias que tengan acceso a las fuentes globales de información⁶⁵⁸. De este modo, el flujo permanente de noticias en tiempo real, y especialmente de imágenes de los conflictos, puede llegar a superar la capacidad de los gobiernos para aclarar, investigar y en su caso explicar ante la opinión pública el origen y alcance de los hechos objeto de noticia. Esta –por así llamarlo– debilidad se convierte así en una causa de vulnerabilidad digna de ser explotada por los terroristas o por sus simpatizantes. No siendo capaces de enfrentarse militarmente –no digamos derrotar– a los Estados Unidos, razona Dunlap, sus enemigos recurren a una estrategia que podría denominarse «guerra del Derecho»⁶⁵⁹. Esta, continúa dicho autor, define un método de guerra donde el Derecho

⁶⁵³ WHEATON, K. D. *Op. cit.*, *supra* nota 341, p. 5.

⁶⁵⁴ CARLSON, J., y YEOMANS, N. (1975). «Whither Goeth the Law - Humanity or Barbarity», *The Way Out. Radical Alternatives in Australia*. Smith & Crossley eds., Lansdowne Press. Melbourne.

⁶⁵⁵ BARTMAN, C. S. (2010). *Lawfare: Use of the Definition of Aggressive War by the Soviet and Russian Federation Governments*. Cambridge Scholars Publishing. Newcastle upon Tyne (UK), p. 2 (nota a pie 5).

⁶⁵⁶ DUNLAP C. J. *Op. cit.*, *supra* nota 728 (*Law and Military...*), p. 5.

⁶⁵⁷ *Id.*, p. 6.

⁶⁵⁸ *Id.*, p. 9.

⁶⁵⁹ *Id.*, p. 10 (*lawfare* en el original).

es utilizado como medio para la consecución de un objetivo militar⁶⁶⁰. Su propósito no es otro que obtener un rendimiento político a base de explotar la imagen del Ejército de los Estados Unidos como un ejército insensible al Derecho de los conflictos armados y a los derechos humanos⁶⁶¹. Existirían distintas maneras de librar esta guerra contra los Estados Unidos, una de ellas sería la utilización involuntaria –otras voluntaria– de civiles como escudos humanos o la de utilizar instalaciones civiles como infraestructura operativa para eludir o evitar los ataques.

¿Qué relación guardan las ROE con todo esto? Juzgamos que esencial en tanto en cuanto la responsabilidad política, jurídica, militar y moral de los gobiernos quedará a salvo a través de las ROE precisamente. En primer lugar, porque sean unas ROE de conducta o unas ROE de estado las que se impartan, su acatamiento por las fuerzas militares es garantía que no existe «guerra sucia» contra el terrorismo, quedando intacto el prestigio de los estados frente a lo que pudieran ser comportamientos individuales contrarios a la ley. En este sentido es fundamental que las ROE no solo tengan plena eficacia jurídica desde el punto de vista interno, sino que, incluso, puedan ser divulgadas ante la opinión pública internacional. En segundo lugar, porque las ROE son sinónimo de legalidad en la conducción de las operaciones y a estos efectos, como opina Dunlap, es fundamental la labor que desempeñan los juristas militares tanto en el proceso de redacción de las ROE, aportando sus conocimientos profesionales, como posteriormente participando en asuntos tales como el proceso de selección de objetivos (*targeting*) o asesorando al mando en asuntos legales⁶⁶². En cuanto a esto último existen muchas facetas de esta «guerra del Derecho», según afirma Dunlap, pero una de las de mayor predilección por parte de quienes se oponen a los Estados Unidos es la de manipular maliciosamente el concepto de imperio de la ley y de los valores humanos que este representa. Más que buscar victorias en el campo de batalla, el enemigo «busca destruir la voluntad de lucha minando el apoyo indispensable de la población que la intervención militar del Estado exige en toda democracia»⁶⁶³. Una forma de minar esa voluntad es, precisamente, «hacer que parezca que los Estados Unidos están librando una guerra de forma contraria a la letra y espíritu del Derecho de los conflictos armados»⁶⁶⁴.

⁶⁶⁰ *Id.*, p. 11.

⁶⁶¹ *Id.*, p. 12.

⁶⁶² *Id.*, p. 16.

⁶⁶³ *Id.*, p. 11.

⁶⁶⁴ *Id.*, p. 11.

En conclusión: ¿existe herramienta más eficaz en esta «guerra del Derecho» que unas ROE detalladas, exhaustivas y explicadas a la opinión pública para contrarrestar las manipulaciones del adversario? ¿Existe manera mejor de acreditar que los gobiernos no están detrás de incidentes donde exista infracción del Derecho internacional? Parafraseando a Krulak y su concepto del «cabo estratégico», del que ya hemos hablado⁶⁶⁵, el jurista militar es a la «guerra del Derecho» lo que el «cabo estratégico» es a la guerra tradicional. De hecho, el paralelismo entre ambos es tal que podríamos considerar a aquel una especie de «abogado estratégico» por la labor que puede desempeñar en esta «guerra del Derecho» desmontando aquellas acusaciones que, sea por malicia o por razones filantrópicas, tan solo acaban por desprestigiar la acción de los estados en la lucha contra el terrorismo y otras lacras contemporáneas.

Esta idea del «abogado estratégico» nos lleva, a su vez, a la interesante aportación de Wheaton, la cual aparece centrada—como no podía ser de otro modo— en su concepto de «asesoramiento estratégico»⁶⁶⁶. Este autor considera que la «guerra del Derecho» comprende campos tan dispares como el recurso sistemático a métodos de guerra asimétricos que sean contrarios al Derecho de los conflictos armados, o las medidas adoptadas por ciertos estados en tiempo de paz para limitar la influencia de otros más poderosos a través de tratados internacionales, convenciones y otros instrumentos de Derecho internacional que incidan en su capacidad militar o la utilización maliciosa de instancias judiciales nacionales e internacionales para deslegitimar su acción militar. De esta manera—es su argumento— estados de poca o nula influencia en la escena internacional pueden concertarse para condicionar el poder e influencia de un gran estado. Por consiguiente, «los juristas militares no pueden ceder al enemigo el uso del Derecho como arma de guerra»⁶⁶⁷. La aportación de Wheaton gira principalmente en torno a su particular concepto de «asesoramiento estratégico» como rúbrica bajo la cual se incluyen todas las funciones que debe desempeñar el asesor jurídico militar contemporáneo o, por llamarlo de otro modo, el «abogado estratégico». Este tipo de asesoramiento es el que se presta en los centros de poder político y militar y su impacto en el desarrollo de la acción militar del Estado es decisivo. Es de resaltar la importancia que las ROE tienen a este nivel para desmontar todas las falacias o acusaciones infundadas contra los estados en materia del Derecho de los conflictos armados o de

⁶⁶⁵ KRULAK, C. C.. *Op. cit.*, *supra* nota 139 (*The Strategic...*).

⁶⁶⁶ WHEATON, K. D. *Op. cit.*, *supra* nota 341.

⁶⁶⁷ *Id.*, p. 7: «Thus, military attorneys cannot cede to the enemy the use of law as a weapon of war».

respeto a los derechos humanos. Qué duda cabe, añadimos nosotros, que un conocimiento a fondo de las ROE, su objeto, su propósito y su finalidad permitirá que el «abogado estratégico» demuestre el compromiso del Estado en cumplir y hacer cumplir el Derecho nacional e internacional en las operaciones militares. Pero los argumentos de Wheaton no acaban ahí. Para este autor, en esta guerra ideológica que es la «guerra del Derecho» tanto el Derecho mismo, como los abogados o como el buen criterio son cruciales. En este sentido, es de la opinión que existen dos formas de librar esta guerra: la defensiva, consistente en someter las decisiones del mando a consideración jurídica con objeto de «no ofrecer munición al enemigo que sirva para destruir la moral de los ciudadanos»⁶⁶⁸; y la ofensiva, consistente en que cualquier tipo de asesoramiento jurídico se preste teniendo en cuenta imperativos de estrategia nacional, de modo que sea coherente con dicha estrategia⁶⁶⁹. Ya hemos dicho –y visto– a lo largo del presente trabajo que las ROE son el resultado de consideraciones de tipo político, jurídico y militar. Pues bien: ¿Existe institución que mejor desvele y ponga de manifiesto los argumentos políticos, jurídicos y militares del Estado que unas ROE? ¿Existe mejor herramienta para demostrar de forma tangible la voluntad política, jurídica y militar del Estado? Pero el valor añadido que las ROE incorporan a esta forma de lucha tampoco acaba aquí. Ya hemos señalado que la «guerra del Derecho» cubre muchos frentes y que su objetivo es minar la voluntad de los ciudadanos en aquellos regímenes en que es precisamente esto de lo que depende la política seguida por los gobiernos. Las ROE se convierten así en la punta de lanza de esta guerra porque sirven a un doble propósito. En primer lugar, porque transmiten al operador militar aspectos políticos y jurídicos que, al incrustarse en la operación, fortalecen la legitimidad del Estado y tienen como resultado práctico una mayor conformidad de sus acciones con la legalidad internacional. En segundo lugar, porque permiten detectar mejor aquellos casos de comportamientos aislados que, de hecho, sí constituyan conductas contrarias al Derecho nacional e internacional que, por ello mismo, deban ser objeto de sanción penal o disciplinaria. En tercer y último lugar, la gran ironía detrás de esta «guerra del Derecho» que plantean sus partidarios es que, a nuestro juicio, el uso perverso de los tribunales en nombre precisamente del Derecho, al que tanto apelan, ha acabado por favorecer, en último extremo, un mayor control de los estados sobre sus fuerzas armadas. Que las ROE se deban precisamente a esto no ha de ser descartado.

⁶⁶⁸ *Id.*, p. 14.

⁶⁶⁹ *Id.*, p. 14.

Newton mantiene una tesis mucho más ecléctica al afirmar que la «guerra del Derecho» ha de ser librada sin cuartel; que cualquier intento de distorsionar y politizar los principios fundamentales del Derecho internacional humanitario no puede ser aceptado resignadamente como un mal necesario, y que no toda demanda ante un tribunal obedece siempre a este fenómeno, ya que, de ser esto así, acabaríamos por «olvidar que la quintaesencia del Derecho es precisamente servir como límite a los poderes del Estado»⁶⁷⁰. La «guerra del Derecho» –afirma– surgió como un concepto ideológicamente neutro a pesar de las connotaciones negativas que encierra para muchos observadores⁶⁷¹. Su transformación posterior en un arma idónea para ser utilizada en la guerra asimétrica contemporánea debe interpretarse como señal inequívoca de la importancia que tienen los aspectos legales de las operaciones militares, precisamente por la estrecha relación que existe entre el Derecho y la guerra moderna⁶⁷². En este sentido, Newton formula su tesis según la cual los comandantes militares son la pieza esencial de todo este engranaje, ya que, al ser conscientes de la relación existente entre el Derecho y las operaciones, emplearán a las tropas de forma mucho más eficiente cuando actúen sometidas a mecanismos de control⁶⁷³. A esto añadimos nosotros: ¿existe mecanismo de control más idóneo que unas ROE?

En opinión de Waters⁶⁷⁴, lo que se conoce como «guerra del Derecho» –en Gran Bretaña como el «cerco legal» al que están sometidos los militares– obedece a toda una amalgama de causas que abarcan desde la regulación progresiva de aspectos de la profesión militar tradicionalmente dejados a la discreción del mando o sujetos a ordenanza, hasta la intervención, cada vez más frecuente, de los tribunales civiles en disputas relativas al servicio, tales como declaraciones de invalidez en acto de servicio o compensaciones económicas y pensiones por daños y secuelas producidas en el ejercicio de la profesión. Este autor sostiene que el «cerco legal» al que tanto alude la clase política y militar de su país no obedece más que a una errónea percepción de la realidad, basada, entre otros, en el conflicto que existe entre los valores y principios éticos tradicionales de la profesión militar y la tendencia a equipararla a cualquier otra profesión o servicio público. La progresiva regulación impuesta por Westminster (o Bruselas), sostiene Waters, es un anatema a principios clásicos de la profesión mili-

⁶⁷⁰ NEWTON, M. A. *Op. cit.*, *supra* nota 730, p. 2.

⁶⁷¹ *Id.*, p. 3.

⁶⁷² *Id.*, pp. 3-4.

⁶⁷³ *Id.*, p. 4.

⁶⁷⁴ WATERS, C. *Op. cit.*, *supra* nota 731.

tar como la lealtad, la confianza en el mando y la voluntad de vencer⁶⁷⁵. Los efectos de este «cerco legal» al que aluden gran parte de los militares británicos⁶⁷⁶ –cerco imaginario según Waters– son, entre otros, la acumulación de denuncias y demandas civiles contra el Ministerio de Defensa o contra los mandos en particular. También apunta a las tensiones y antagonismos entre los asesores jurídicos y la policía militar, de un lado, y los combatientes, de otro. Según Waters «algunos oficiales siguen viendo a los asesores jurídico militares como la antítesis de la lógica militar. A mayor abundamiento, aun a pesar de su excelente formación, sigue existiendo la impresión entre algunos militares de que los asesores jurídicos no son verdaderos ‘oficiales’ y tampoco buenos abogados (de ser así trabajarían en la ‘City’))»⁶⁷⁷. En fin, sea como fuere, para este autor es un hecho que la percepción que tienen los militares –los británicos– de encontrarse metafóricamente «legalmente rodeados» es una idea equivocada. Primero, porque eclipsa lo que de otro modo no es más que un proceso de control de las fuerzas armadas a través de mecanismos jurídicos. Segundo, porque quizás los políticos y los militares no han sabido transmitir el mensaje inequívoco del deber que tiene el militar de cumplir y hacer cumplir la ley. Desde luego –y pese al parecer de la clase militar británica– las tesis de Waters abundan precisamente en cuanto venimos sosteniendo, es decir, que las ROE como forma sistemática de impartir órdenes y autorizaciones relativas al uso de la fuerza constituyen un elemento fundamental precisamente, al fin y a la postre, para el operador militar, cuya responsabilidad siempre podrá ser esclarecida y quedar a salvo con mucho más acierto con ellas que sin ellas.

VI. EPÍLOGO

Las reglas son la esencia del comportamiento en el campo de batalla: «combate al enemigo», «respeta a los civiles y a los heridos», «no uses esta o aquella clase de armamento sin autorización», «*no dispaes hasta que veas el blanco de sus ojos...*» Tras estas reglas encontramos siempre un porqué, una razón de ser. Que no se cause sufrimiento innecesario, que

⁶⁷⁵ *Id.*, p. 27.

⁶⁷⁶ Para este autor el «cerco legal» imaginario también incluye a las ROE, de las que en algún foro profesional nos dice que se ha llegado a decir: «Las ROE (Reglas de enfrentamiento) son muy simples. Puedes usar la fuerza letal si te sientes amenazado. (Pero) el Ministerio de Defensa se reserva el derecho a llevarte a los tribunales posteriormente con fines políticos o simplemente para pasar un rato divertido». *Id.*, p. 29.

⁶⁷⁷ *Id.*, pp. 40-1.

las pérdidas sean proporcionales a la ventaja militar que se espera obtener, la legítima defensa, etc. Si para Clausewitz la guerra era la continuación de la política por otros medios, entonces podemos añadir nosotros parafraseándole que la política de guerra ha quedado definitivamente institucionalizada con las ROE, es decir, estamos ante la continuación del Derecho por otros medios. Ante las armas las leyes ya no parecen guardar silencio. El signo de nuestro tiempo parece ser la guerra, pero una guerra metafórica que tiene muchos rostros con distinto nombre. La «guerra» se ha vuelto «legítima defensa», «hostilidades», «recurso a las armas», «guerra del Derecho», «acción de policía internacional», «lucha contra la piratería», «lucha global contra el terrorismo», «mantenimiento de la paz», «restablecimiento de la paz», «imposición de la paz», «asistencia en materia de seguridad», «asistencia humanitaria», etc. La «guerra» ya no se declara solemnemente y ya no existe un escenario único de guerra. Las tropas pueden estar ahora librando combate, ayudando a personas civiles y construyendo una escuela simultáneamente. Se trata simplemente, parafraseando de nuevo a Clausewitz, de la continuación de la guerra por otros medios. Ahora todo, y todos, forman parte del esfuerzo por alcanzar la victoria, desde el «cabo estratégico» al «abogado operacional». En toda esta confusión hay, desde luego, una institución llamada Reglas de enfrentamiento o ROE que ayuda a trazar y delimitar los contornos de lo que en esencia es la guerra, es decir, usar la fuerza hasta quebrantar la voluntad del enemigo y derrotarlo. Armamos y formamos a los profesionales de nuestras fuerzas armadas, les entrenamos, les enviamos a una misión con un objetivo determinado y al propio tiempo les decimos «volved pronto a casa», «cumplir con vuestro deber», «obedeced a vuestros jefes y no les abandonéis nunca», «dejar alto el pabellón nacional», mientras que, al propio tiempo, les exigimos un cumplimiento estricto y riguroso de la ordenanza. Es todo parte de la confusión de la guerra, es una parte de la «niebla de la guerra» que el genio de Clausewitz olvidó mencionar. Quizás para él resultara obvia o quizás para él no era más que reflejo del conjunto de elementos que integran la voluntad del enemigo. Como quiera que sea, el valor de las ROE no ha de pasar desapercibido, menos aún para el operador militar, porque orientan y aportan criterio allí donde ante las armas callaban las leyes, o al menos enmudecían paulatinamente. Norma jurídica, orden militar, directriz política..., da igual, para el operador militar esto no es más que una cuestión de nombres técnicos, lo que él tiene en mente no son debates doctrinales, sino afrontar el combate y alcanzar la victoria. Para él en la guerra solo existe una opción: la victoria. Las ROE le guiarán en el cumplimiento del deber, le dirán cuándo, cómo, y contra quién podrá o deberá hacer uso de la fuerza

legítimamente. Esto no es poco y menos aún para el combatiente bisoño, porque, como también decía Clausewitz, es de la mayor importancia que ningún soldado tenga que esperar a la guerra para verse expuesto a estos aspectos del servicio activo (experiencia, instrucción, acción real...) que le asombran y confunden la primera vez que se topa con ellos. Las ROE han venido así a cubrir una laguna para la que el Derecho de la guerra convencional no tenía respuestas definitivas –el control minucioso de la fuerza *ad hoc*– y, a la par, han venido a fortalecer y legitimar la acción militar del Estado al hacer acopio de todos los aspectos políticos, jurídicos y militares dignos de consideración.