

## LAWFARE. EL USO DEL DERECHO COMO ARMA

José Ramón Suberviola Gilabert  
*Capitán Auditor*

### *Sumario:*

1. Lawfare. Aproximación e introducción histórica. 2. El lawfare antes del lawfare. ¿Es necesario un término? 3. La doctrina del lawfare. Usos del Derecho como arma. 3.1. Elemento subjetivo. 3.2. Elemento objetivo. 3.2.1. Por su ámbito de actuación. 3.2.1.1. Ámbito internacional. 3.2.1.2. Ámbito nacional. 3.2.2. Por el tipo de actuación. 3.2.2.1. Lawfare normativo. 3.2.2.2. Lawfare interpretativo. 3.2.2.3. Lawfare judicial. 3.2.2.4. Lawfare decisorio o de negociación. 3.2.3. Por el nivel de actuación. 3.2.3.1. Lawfare estratégico. 3.2.3.2. Lawfare operacional. 3.2.3.3. Lawfare táctico. 4. Problemas en la aplicación del lawfare. Su relación con el Derecho Internacional Humanitario. 5. El papel del asesor jurídico en relación con el lawfare. 6. Conclusiones

### 1. LAWFARE. APROXIMACIÓN E INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

Sobre la íntima relación entre Derecho y guerra mucho se ha escrito y a día de hoy nadie pone en duda la intrínseca naturaleza jurídica que subyace en todos los conflictos armados. Hemos pasado del paradigma ciceroniano del *silent enim leges inter arma* a la formulación de la *guerra justa* de Santo Tomás de Aquino y a las construcciones de Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina o Hugo Grocio, y de ahí al sistema que a día de hoy rige el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Actualmente ninguna operación militar se desempeña sin una sólida base jurídica que la sustente y que regule cuantos extremos de ella se puedan derivar.

Sin embargo, desde hace unos años se viene introduciendo un nuevo término en la compleja y delicada ecuación que regula las relaciones entre el derecho y el uso de la fuerza, del que la doctrina crecientemente se viene haciendo eco. Se trata de una expresión a la que, a falta de una traducción asentada en español, preventivamente se viene denominando *lawfare*. Se trata de un concepto que va un paso más allá del *ius ad bellum* y el *ius in bello*. Su ámbito no es el de la regulación de las hostilidades, ni cómo o cuándo puede apreciarse licitud en el uso de la fuerza o las restricciones sobre la misma. La formulación de esta doctrina, si es que acaso puede recibir ese nombre, se basa en la utilización del derecho, en todas sus vertientes, como herramienta, como un elemento más del que las Fuerzas Armadas pueden valerse para la consecución de los cometidos que tienen encomendados.

El término sigue la estela tan propia del mundo anglosajón de formular un juego de palabras para definir un concepto nuevo, en este caso entre *law*, ley (derecho en el sentido más amplio de la palabra), y *warfare*, guerra (la acción del desempeño de actividades militares de combate). La expresión se debe al General de División Charles J. Dunlap, asesor Jurídico de la Fuerza Aérea estadounidense quien, siendo coronel, en una conferencia en la Universidad de Harvard en noviembre de 2001 lo definió en aquel momento simplemente como «el uso del derecho como un arma de guerra<sup>1</sup>». A través de escritos posteriores el autor ha ido modulando y matizando su propia definición hasta dejarla establecida en los siguientes términos: «*Lawfare* se puede definir como la estrategia del uso (incluyendo el mal uso) del derecho como sustituto de medios militares tradicionales para alcanzar un objetivo operacional<sup>2</sup>».

Aunque la expresión *lawfare* ya había sido empleada en alguna ocasión con anterioridad<sup>3</sup>, el término se popularizó en el entorno académico a raíz de las aportaciones de este autor, quien desde el principio ha venido sosteniendo que su intención original era simplemente la de acuñar un término sencillo y fácil de recordar, neutro y sin connotaciones, que permitiera al personal militar concienciarse de la necesidad de incorporar el derecho,

---

<sup>1</sup> DUNLAP, C. J., «Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21<sup>st</sup> Century Conflicts» (29 de noviembre de 2001).

<sup>2</sup> DUNLAP, C. J., «Lawfare today: A perspective». *Yale Journal of International Affairs*, núm. 3, invierno 2008, pp. 146-154, p. 146.

<sup>3</sup> CARLSON, J. y YEOMANS, N., «Whither Goes the Law – Humanity or Barbarity», en SMITH, M. y CROSSELY, D. (eds.), *The Way Out – Radical Alternatives in Australia*. Lansdowne, Melbourne, 1975.

en su acepción más amplia, a todo el proceso de planeamiento y toma de decisiones en el ámbito operacional<sup>4</sup>.

No obstante, es cierto que la palabra en sí misma ha trascendido más allá de los límites que quiso imponer su creador, y ha venido siendo usada con muy distintas acepciones por diferentes autores y en foros de naturaleza variada, principalmente dotándola de una connotación negativa que trasciende de lo jurídico para entrar en la esfera cercana a la política. El ejemplo más representativo lo supone el grupo denominado *The Lawfare Project*, una organización privada con sede en Nueva York para la cual el *lawfare* «denota el abuso de las leyes y sistemas judiciales occidentales para perseguir fines estratégicos militares o políticos». Asevera que «el *lawfare* es inherentemente negativo. No aporta nada bueno, es lo opuesto a perseguir la justicia. Representa interponer demandas frívolas y abusar de los procedimientos legales para intimidar y frustrar a los oponentes en el teatro de guerra. El *lawfare* es el nuevo campo de batalla legal<sup>5</sup>».

Como se puede apreciar a primera vista, nos hallamos ante un fenómeno que no podemos llamar ya novedoso, pues con un recorrido de algo más de década y media, ha generado suficiente debate en la doctrina jurídica militar estadounidense (y de otras naciones, como se analizará más adelante) como para provocar reacciones sensiblemente enfrentadas, despertar el interés de amplios sectores doctrinales y caracterizar probablemente la punta de lanza de una manera de interpretar la labor que desempeñan los asesores jurídicos de mandos militares.

En septiembre de 2010 se celebró en la Facultad de Derecho de la Case Western Reserve University de Cleveland una conferencia de expertos en la materia precisamente para intentar acotar y clasificar académicamente este fenómeno emergente<sup>6</sup>. Este incipiente sector doctrinal centró sus debates acerca de si el término *lawfare* debía identificarse sobre la base empírica de su uso, esto es, en función de cómo venía siendo empleado por los operadores jurídicos, con independencia de que se alejase de la intención original de la expresión, o si por el contrario resultaba adecuado dotar al término de entidad académica por medio de una definición adecuada y

<sup>4</sup> DUNLAP, C. J., «Lawfare today...». Op. cit., p. 146.

<sup>5</sup> El texto completo se puede encontrar en <http://thelawfareproject.org/lawfare/what-is-lawfare-1/>. Cuando en la doctrina reciente se ha hecho mención al «secuestro» del término y la atribución de una definición diametralmente opuesta a la provista por su autor original, suele citarse a esta asociación, con una fuerte crítica por su marcada orientación ideológica y una aparente intención de valerse de la expresión retorciendo su significado originario.

<sup>6</sup> Cf. SCHARF, M., y ANDERSEN, E., «Is Lawfare Worth Defining? - Report of the Cleveland Experts Meeting - September 11, 2010». *Case Western Reserve Journal of International Law*, 43, 2010, pp. 11.-27.

acordada. Las conclusiones fueron tendentes a decantarse por la segunda de las opciones, sin que de todos modos hasta la fecha haya sido posible alcanzar tal pretendida definición pacífica. Sí se acabó señalando que, independientemente de cuál fuera la definición empleada, el *lawfare* es un concepto potencialmente poderoso que refleja la importancia del derecho en los conflictos del siglo XXI<sup>7</sup>. Más allá del objeto del debate en sí mismo lo que resulta realmente significativo es apreciar cómo en una década se había pasado de un neologismo sin pretensión de sentar doctrina a una situación en la que decenas de juristas consideraban necesario debatir la naturaleza y alcance de una materia que claramente había cobrado relevancia y se hacía merecedora de un análisis particularizado.

El propio Dunlap, acuciado por el creciente interés que este fenómeno ha ido despertando dentro y fuera del sector académico, ha ido matizando y acotando lo que, a su parecer, debe comprender el objeto de análisis de la materia. Así, llega a afirmar que «el *lawfare* no ha pretendido nunca describir cada posible relación existente entre el derecho y la guerra. Se centra principalmente en las circunstancias bajo las cuales el derecho puede crear efectos iguales o similares a aquéllos que habitualmente se persiguen mediante enfoques bélicos convencionales<sup>8</sup>». Esta concepción es propia, por tanto, de lo que la doctrina estadounidense denomina «operaciones basadas en efectos» (*Effects-Based Operations*, EBO<sup>9</sup>), es decir, el proceso de alcanzar un resultado estratégico deseado a través de la aplicación acumulativa y sinérgica de la totalidad de las capacidades militares y no militares a todos los niveles de un conflicto<sup>10</sup>. Si bien algunos autores argumentan que la doctrina EBO hoy día está siendo reemplazada por el concepto más evolucionado del Enfoque Integral (*Comprehensive Approach*<sup>11</sup>), a los efectos que nos interesan en este momento baste reseñar que el *lawfare*

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>8</sup> DUNLAP, C. J., «Does lawfare need an apology?» *Case Western Reserve Journal of International Law*, 43, 2010, pp. 121-143, p. 122.

<sup>9</sup> *Effects-Based Approach to Operations* (EBAO) es la nomenclatura empleada en el entorno OTAN.

<sup>10</sup> Definición oficial del Estado Mayor Conjunto de los Estados Unidos (USJFCOM).

<sup>11</sup> Con carácter general, ver COLOM PIELLA, G., «Auge y caída de la filosofía basada en efectos», *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, núm. 794, junio 2010, pp. 522-527. En realidad más bien se podría decir que el enfoque EBAO de la OTAN es más cercano al *Comprehensive Approach* y no es un reflejo idéntico del concepto EBO, puramente estadounidense, y que sigue en pleno vigor para su doctrina nacional. Ver por ejemplo MATTIS, J. N., «USJFCOM Commander's guidance for effects-based operations». *Army War College*, Carlisle Barracks, 2008, o una perspectiva particularmente española en FOJÓN LAGO, E., «La transformación de las Fuerzas Armadas y los Experimentos Multinacionales». Documento de opinión del IEEE 03/2011. Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2011. No obstante, ese debate se aleja notoriamente del objeto del presente estudio y

sirve a la concepción amplia de que las operaciones militares deben venir integradas no únicamente por medios tradicionales de combate, esto es, de uso de la fuerza en su concepción clásica, sino también por cualquier otro recurso que coadyuve a la consecución del éxito de la operación.

Se está poniendo de manifiesto que la doctrina jurídica militar estadounidense se puede atribuir la autoría y desarrollo conceptual del *lawfare*. No obstante, y antes de matizar esta afirmación, cabe destacar que Estados Unidos no es el único país en el que se ha suscitado interés por esta catalogación del derecho como herramienta militar. Todavía no ha alcanzado una categorización doctrinal en la Europa continental ni ningún miembro de la OTAN ha formalizado estudio alguno sobre el *lawfare* como sí se ha hecho en Estados Unidos. No obstante, el término se está empezando a emplear tímidamente en el entorno académico y las materias y puntos comunes son objetos constantes de discusión en todos los países, aunque es cierto que en no pocas de esas ocasiones el término se emplea en esa vertiente negativa que la doctrina anteriormente aludida se empeña en rechazar de plano por considerarla más politizada que útil a efectos jurídicos<sup>12</sup>.

Fuera de ese entorno, Israel ha desarrollado en los últimos años un creciente interés en la doctrina del *lawfare* y de hecho, como se pondrá de manifiesto más adelante, tanto su gobierno como los agentes de la Autoridad Palestina y otros actores no estatales desempeñan una intensa actividad jurídica que incide directamente en sus relaciones mutuas y en todo el complejo entramado del llamado «conflicto palestino»<sup>13</sup>.

---

no resulta imprescindible más que a los solos efectos de plantear el contexto en el cual se desarrolla el *lawfare*.

<sup>12</sup> Se pueden encontrar ejemplos de ello principalmente en asociaciones privadas mediante sus publicaciones en internet, aunque también empieza a mostrar su interés la comunidad académica. El Reino Unido es sin duda quien ha desarrollado mayor interés; podemos encontrar referencias en *NGO Monitor*, «Lawfare and the UK: Dutch & German government-funded NGO Triggers ICC Investigation» (2014), [http://www.ngo-monitor.org/reports/lawfare\\_and\\_the\\_uk\\_dutch\\_german\\_government\\_funded\\_ngo\\_triggers\\_icc\\_investigation/](http://www.ngo-monitor.org/reports/lawfare_and_the_uk_dutch_german_government_funded_ngo_triggers_icc_investigation/), en el *Gatestone Institute*, «Britain, lawfare and the ICC» (2014), en EKINS, R., MORGAN, J. y TUGENDHAT, T., «Clearing the fog of war. Saving our armed forces from defeat by judicial diktat». *Policy Exchange* (2015), <http://www.policyexchange.org.uk/images/publications/clearing%20the%20fog%20of%20law.pdf>, o en CROSS, M., «War, peace and “lawfare”», *The Law Society Gazette* (2016), <http://www.lawgazette.co.uk/analysis/comment-and-opinion/war-and-peace-and-lawfare/> 5052944.fullarticle. En Alemania se puede consultar por ejemplo KLEINE-HARTLAGE, M. en *German Views*, «Who is Delegitimizing Israel?» (2012), <http://www.german-views.de/2012/01/15/who-is-delegitimizing-israel/>. En el ámbito académico, más cercano al objeto del presente estudio, ver COGEN, M., *Democracies and the Shock of War: The Law as a Battlefield*, Routledge, Oxon, 2016.

<sup>13</sup> Ver, con carácter general, por todos, BERKOWITZ, P., *Israel and the struggle over the international laws of war*. Hoover Institution Press. Stanford, 2012.

Consta la existencia de literatura oficial rusa abordando formalmente la cuestión. No obstante, la dificultad de acceso, no solo lingüístico, a esas fuentes, hace que la literatura asequible sobre la materia sea necesariamente indirecta, de procedencia occidental<sup>14</sup>. A raíz de los eventos en Crimea desde 2014 es cierto que se ha producido un despunte de artículos relacionados con ejemplos de *lawfare*, procedentes esencialmente de Ucrania<sup>15</sup>.

El caso de China merece una mención muy particular. Se ha afirmado hasta ahora que toda la construcción dogmática del *lawfare* es de origen estadounidense. No obstante, es necesario hacer notar que en realidad, antes de que Charles Dunlap empleara por primera vez su afortunado término, la doctrina del Ejército de Liberación Popular chino ya había empezado a categorizar y sistematizar el uso del Derecho como arma y herramienta que puede ser empleada en conflictos armados. El manual «Guerra sin restricciones», de los coroneles Qiao Liang y Wang Xianshui<sup>16</sup>, adelanta los principios de la «guerra legal» (*legal warfare* en las traducciones al inglés, *falu zhan* en su transcripción pinyin). Existe de hecho mucha más literatura en chino que en inglés dedicada a la guerra legal, y se ha erigido rápidamente en una de las materias objeto de amplio estudio e interés para la doctrina militar china, revelando los pilares de su futura estrategia a largo plazo<sup>17</sup>.

No existe hasta la fecha ningún estudio de *lawfare* en español. La única obra que presta atención a esta rama en el ámbito de un país hispano es una monografía estadounidense, centrada en su uso por actores no estatales en Colombia, pero obviamente en inglés<sup>18</sup>.

De este rápido repaso a la génesis de la disciplina se pueden extraer algunas trazas provisionales, antes de profundizar en su análisis. En primer lugar, que el *lawfare* es algo novedoso en su planteamiento, pero no así en su contenido, puesto que lo único que hace es sistematizar la instrumentalización del derecho en relación con el aspecto concreto de su empleo en operaciones militares. Pero además, el nacimiento de esta disciplina ha despertado un rápido revuelo y curiosidad en cierto sector de la doc-

---

<sup>14</sup> Ver BARTMAN, C. S., *Lawfare: Use of the Definition of Aggressive War by the Soviet and Russian Federation Governments*. Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2010.

<sup>15</sup> De nuevo se trata de asociaciones o personas privadas, en ocasiones procedentes del mundo académico, pero fuera de su entorno formal y a título individual. Por ejemplo ver HOLMOV, N., *Ukraine 2016 – The year of international lawfare?* (2016), <http://www.odessatalk.com/2016/01/ukraine-2016-year-international-lawfare/>

<sup>16</sup> QIAO LIANG y WANG XIANSHUI, *Unrestricted warfare*, PLA Literature and Arts Publishing House, Pekín, 1999.

<sup>17</sup> Ver CONG WENSHENG, *Analysis of 100 cases of legal warfare*, PLA Press, Pekín, 2004, y XUN HENG DONG, *Legal Warfare in Modern War*, PLA Press, Pekín, 2005.

<sup>18</sup> PADILLA, J. M., *Lawfare: The Colombian Case*. Biblioscholar, 2012.

trina. Aunque carece ciertamente de un tratamiento unívoco (y de hecho la expresión está siendo empleada por grupos privados ajenos al sector estrictamente jurídico y con iniciativas de orden político), es fácilmente constatable que el término ha hecho fortuna y que la materia que pretende abarcar, aun necesitando todavía una mayor definición conceptual, presenta innegables puntos de interés que merecen la atención, no solo de los juristas que brindan asesoramiento operacional, sino de los propios mandos militares, e incluso civiles, que toman parte en el planeamiento y toma de decisiones relativas a operaciones desempeñadas por las Fuerzas Armadas.

## 2. EL LAWFARE ANTES DEL LAWFARE. ¿ES NECESARIO UN TÉRMINO?

Como se ha apuntado al principio, la relación entre el derecho y la guerra es tan antigua como íntima. Ningún mando, político o militar, adopta una decisión de mínimo calado sin tener plena conciencia de la legitimidad y consecuencias de la misma, y los asesores jurídicos se encuentran cada vez más presentes en los Estados Mayores y centros de planeamiento para aportar su visión legal sobre las materias que en ellos se tratan. ¿Qué aporta, pues, esta supuesta nueva disciplina del *lawfare* que no hubiera sido tenido en cuenta con anterioridad?

En primer lugar hay que delimitar conceptualmente la materia, pues aún existen muchas sombras sobre sus límites concretos, y todo aquel que se aproxime por primera vez a su estudio corre el peligro de encontrarse con que, debido a la sensible naturaleza de los asuntos legales que se abordan, estos se hallan densamente politizados, y también lo están en no menor medida los debates académicos sobre los mismos<sup>19</sup>. Lo más oportuno es empezar con una delimitación negativa, esto es, señalando qué no es *lawfare*, para evitar los equívocos a los que se presta hablar de la relación entre derecho y conflictos armados. Mediante el *lawfare* no se está haciendo referencia al Derecho Internacional Humanitario. No se trata de un marco general de tratados, acuerdos y derecho consuetudinario que resulta de aplicación a los conflictos armados y al cual vienen sujetos los actores de los mismos. El *lawfare* no se refiere a la mera existencia de normas jurídicas o a la ciencia de su aplicación automática a supuestos tasados. El cumplimiento de las normas de DIH, de Derecho Penal Internacional o

---

<sup>19</sup> LUBAN, D. (2011), «Carl Schmitt and the Critique of Lawfare», *Case Western Reserve Journal of International Law*, Forthcoming, 11-33, p. 5.

de las respectivas legislaciones internas de cada Estado se encuentra suficientemente asentado bajo sus disciplinas correspondientes y goza de los instrumentos necesarios para garantizar su aplicación o la persecución de las infracciones que se puedan cometer en conflictos armados. Así, hablar del proceso legal de enjuiciamiento de crímenes de guerra por un tribunal nacional o internacional, por ejemplo, no sería *lawfare* en sí mismo.

El *lawfare*, esta «guerra jurídica» parte como premisa de la instrumentalización del derecho y de su uso como una herramienta más de las que dispone el mando para lograr el éxito operacional. En las propias palabras de Dunlap, describe un método de guerra en el que el derecho se emplea como medio para la consecución de un objetivo militar<sup>20</sup>. Es importante destacar la neutralidad de la terminología empleada, ajena de connotaciones sobre su uso. De hecho, lo que el autor originariamente se cuestionaba era si el derecho internacional había podido obstruir en alguna manera las operaciones militares estadounidenses, como la de Kosovo, a finales de los años noventa, en una reflexión que con el tiempo fue modulando en posteriores escritos hasta alcanzar la postura con la que hoy se conoce el *lawfare*, al menos desde la perspectiva jurídica militar<sup>21</sup>. La intención manifiesta de Dunlap es hacer comprender al destinatario práctico final, aquel que toma decisiones militares, que hay varios usos de lo que se puede llamar *lawfare* que tienen por finalidad reducir la destructividad de los conflictos, lo cual es en definitiva uno de los propósitos fundamentales del propio derecho de los conflictos armados<sup>22</sup>.

Bajo esa premisa se desarrolla el presente estudio, dejando de momento al margen esas otras acepciones a las que se hacía referencia anteriormente y que se basan en la presunción del abuso de las normas legales con la finalidad de obtener un pretendido menoscabo del sistema político occidental en relación con la materia de la seguridad nacional<sup>23</sup>.

Por tanto, acotando esta materia de la «guerra jurídica», se puede decir que el *lawfare* consiste en el uso instrumental de herramientas legales de muy variada tipología para lograr efectos iguales o similares a los que se busca conseguir mediante acciones militares físicas convencionales<sup>24</sup>. Tanto Estados como Organizaciones Internacionales, e incluso individuos, han

<sup>20</sup> DUNLAP, C. J., «Law and Military Interventions...». Op. cit.

<sup>21</sup> YIN, T., «Boumediene and Lawfare», *University of Richmond Law Review*, 43, 2009, pp. 865-892, p. 879.

<sup>22</sup> DUNLAP, C. J., «Lawfare Today... and Tomorrow». *International Law Studies*, US Naval War College, 87, 2011, pp. 315-325, p. 316.

<sup>23</sup> <https://www.lawfareblog.com/about-lawfare-brief-history-term-and-site>

<sup>24</sup> KITTRIE, O., *Lawfare: law as a weapon of war*. Oxford University Press, Oxford, 2016, p.11.

empleado y emplean recursos legales de muy diversa índole persiguiendo ventajas de cara a obtener resultados que tradicionalmente se consideraban propios del conflicto armado y se perseguían mediante recursos convencionales al uso de la fuerza.

Se puede argumentar que en realidad nada nuevo se ha inventado. KITTRIE<sup>25</sup> propone el ejemplo del propio Hugo Grocio a quien, en la primera década del siglo XVII, en plena pugna por las rutas marítimas comerciales, la Compañía neerlandesa de las Indias Orientales contrató para la defensa de sus intereses económicos, con la finalidad expresa de poder «conducir justamente la guerra contra los portugueses y tomarles presas». Su labor cristalizó en la obra *Mare Liberum*, en la que desarrollaba la teoría de la libertad de los mares, que todas las naciones podían emplear en igualdad para el comercio. Apenas un siglo después, la inmensa mayoría de las naciones había aceptado esa teoría, y de esta manera se sentaba una legitimidad y se alcanzaba un objetivo que el poderío naval holandés no podía lograr por medios militares.

Evidentemente una intensa actividad jurídica subyace en los procesos de independencia de Estados Unidos y de los países hispanoamericanos, buscando la legitimidad de lo que se estaba consiguiendo en los campos de batalla. Durante esos delicados años, España prestó no únicamente la conocida ayuda militar y naval a las Trece Colonias, sino que mediante la creación de empresas fantasma como *Roderigue Hortález y Compañía*, operando desde Francia, pudo suministrar asistencia económica, armamentística y logística a los revolucionarios, sin comprometer públicamente al Gobierno o a la Corona hasta la entrada formal en guerra tres años más tarde<sup>26</sup>. Por su parte, Napoleón tres décadas más tarde, al no encontrar en las colonias españolas en América el apoyo pretendido a la legitimidad impuesta en la persona de José I, cambió su estrategia para fomentar su independencia y debilitar así a España. Las labores de los agentes como el comandante Desmolard tanto en Norte como en Sudamérica y la firma de contratos comerciales en los principales puertos hispanoamericanos con empresas navieras francesas facilitaron enormemente el proceso independentista y la merma del poder militar y político español en Europa, a la par de reforzar la propia economía francesa<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>26</sup> Cf. MORTON, B. N., «“Roderigue Hortalez” to the Secret Committee: An Unpublished French Policy Statement of 1777». *The French Review*, vol. 50, núm. 6, 1977, pp. 875-890.

<sup>27</sup> Cf. DE DIEGO GARCÍA, E., *Para entender la derrota de Napoleón en España*, Arco Libros S.L., Madrid, 2008.

El propio proceso de Nuremberg constituye un ejemplo de actividad jurídica orientada por los aliados contra Alemania, con el nacimiento de un sistema de responsabilidad penal internacional del individuo virtualmente inexistente hasta la fecha y a una escala absolutamente desconocida, con la creación de un tribunal *ad hoc* y *ex post facto*, dirigido específicamente contra el bando perdedor de la guerra<sup>28</sup>. La misma consideración se puede hacer del proceso de Tokio. Esa legitimación judicial y la correspondiente criminalización del enemigo no dejan de ser coherentes con el contenido del artículo 107 de la Carta de Naciones Unidas, que recoge una salvaguarda ya superada hoy día, pero que es uno de los tres únicos supuestos en que se autoriza el uso de la fuerza en la Carta, lo cual no deja de ser significativo.

Al comienzo de las operaciones militares en Afganistán a finales de 2001, el mando militar estadounidense mostró su preocupación por la disponibilidad de fuentes abiertas de información en relación con imágenes comerciales de satélite sobre el país, que podían brindar información en tiempo real sobre el área de operaciones. Para evitar que las fuerzas opositoras a la coalición internacional pudieran tener acceso a esa información comercial, se decidió firmar un contrato con la empresa suministradora, de manera que se compró la exclusividad de derechos de todas las imágenes, impidiendo que nadie más pudiera tener acceso a una información tan sensible<sup>29</sup>.

Todos estos ejemplos aparentemente inconexos simplemente sirven para ilustrar cómo a lo largo de la historia ha sido posible valerse del derecho de formas muy variopintas para lograr objetivos operacionales o estratégicos que de otra manera habrían estado fuera del alcance de quienes llevaban a cabo las acciones o habrían requerido una intervención militar infinitamente más costosa, con mayores riesgos de seguridad o comprometiéndolo los intereses nacionales.

De todos modos, la cuestión surge inmediatamente. Si no estamos hablando más que de usos diversos del derecho en general, bajo cualquier tipología, en materias en principio no interrelacionadas, desde la interposición de acciones judiciales hasta la promulgación de legislación, pasando por un amplio espectro, ¿podemos hablar realmente de una disciplina independiente en sentido propio? Y si es así, ¿es necesario buscarle una expresión concreta, es adecuado emplear un anglicismo como *lawfare*?

---

<sup>28</sup> Cf. OWEN, J., *Nuremberg. Evil on trial*, Headline Review, Londres, 2006.

<sup>29</sup> DUNLAP, C. J., «Lawfare today...». Op. cit., p. 147.

La respuesta a la primera pregunta, aunque compleja y merecedora de un desarrollo más amplio, debe ser afirmativa. Es precisamente en ese empeño de sistematización el que supone la auténtica novedad y el que requiere todavía un esfuerzo por parte de la doctrina para terminar de acotar definitivamente su extensión y límites. Lo que no se puede negar es que existe ya un movimiento académico en crecimiento, particularmente en los últimos cinco o seis años, dedicado precisamente a ello, y que es previsible que la tendencia siga siendo expansiva. Asesores jurídicos y mandos militares procedentes de países con tradiciones jurídicas muy diferentes han encontrado un recurso útil en el derecho en cuanto medio de aproximarse a las operaciones militares con un enfoque diferente. Ello no solo obviamente les garantiza una actuación ajustada a derecho y que evite posibles persecuciones penales por incumplimiento del DIH en el transcurso de una operación militar, sino que además redunda en el aumento de la seguridad propia y de terceros al reducirse la actividad militar de uso de la fuerza. Desde el momento en que todo ello implica el uso activo del derecho y las instituciones legales para lograr objetivos estratégicos sin el uso de la fuerza militar, el *lawfare* debería ser considerado un desarrollo positivo que complementa las metas primordiales del DIH, esto es, minimizar el sufrimiento a las personas que deriva de los conflictos armados<sup>30</sup>. De todos modos, en el próximo apartado se procurará exponer una sistematización de los usos del *lawfare* con intención de clarificar y ampliar este aspecto.

En relación con la segunda pregunta, seguramente la denominación sea lo menos relevante. *Lawfare* no deja de ser una palabra corta, que tiene más sentido en su formulación anglosajona, obviamente, pero que a los efectos de lo que se está tratando en el presente artículo, puede emplearse en sustitución de la expresión «uso del derecho como arma». En cuanto a si es pertinente entonces usar este término extranjero, se puede argumentar que es tan adecuado o inadecuado como emplear la palabra *targeting* para referirse al proceso de designación de objetivos. De hecho se puede establecer un paralelismo entre ambas disciplinas. Sin duda la designación de blancos para su abatimiento es una ciencia que se lleva practicando desde el albor de los conflictos. Sin embargo, no había sido sistematizada y organizada de la manera en que se encuentra a día de hoy hasta tiempos muy recientes. Sería ridículo hablar del conde de Gazzola y el *targeting*, pero en realidad, salvando las distancias, eso es lo que se enseñaba en el Real Colegio de Artillería, conforme a la ciencia de los tiempos. A nadie que esté involucrado en el ciclo del *targeting* le sorprende hablar *de time*

---

<sup>30</sup> SCHARF, M., y ANDERSEN, E., «Is Lawfare Worth Defining?». Op. cit., p. 24.

*sensitive targets*, *weaponizing* o *battle damage assesment*, por ejemplo. Todas estas expresiones han sido asimiladas sin complejos en la doctrina conjunta española de *targeting* y se emplean ordinariamente para referirse a una serie de conceptos que conforman una disciplina militar propia<sup>31</sup>. De la misma manera que, hace no tantos años, hablar de *targeting* y de operaciones basadas en efectos podía considerarse en España una manera extraña de referirse a todo el proceso de designación de objetivos, posiblemente quepa afirmar algo parecido del *lawfare* y su futuro. E igual que la doctrina anglosajona remonta el derecho sobre el *targeting* hasta pretender encontrar antecedentes en el mismo Código Lieber<sup>32</sup>, reconociendo que sus principios básicos nunca han sido novedosos, sino solo la manera de aproximarse a ellos, lo mismo puede sin duda afirmarse de esta disciplina que pretende valerse del derecho como herramienta para emplearla en las operaciones militares.

Merece la pena, en suma, defender su autonomía, aunque sea a los meros efectos de clarificación expositiva de este estudio. El empleo del *lawfare* presenta en ese sentido una serie de ventajas que están empezando a ser apreciadas por los planificadores y mandos operacionales, quienes son en el fondo sus destinatarios finales<sup>33</sup>. Se van a analizar pensando precisamente en las ventajas que ofrece respecto de las destructivas (y costosas) formas de hacer la guerra de las que hemos sido testigos desde el siglo XX<sup>34</sup>.

### 3. LA DOCTRINA DEL LAWFARE. USOS DEL DERECHO COMO ARMA

Una vez se ha apuntado la naturaleza del *lawfare* y se ha defendido su autonomía, resulta necesario organizar y sistematizar su contenido. Como se ha expuesto, este estudio pretende ofrecer una perspectiva orientada fundamentalmente al empleo del derecho en el seno de las operaciones militares desempeñadas por las Fuerzas Armadas, dejando a un lado por el momento otros posibles usos, aunque se hallen relacionados con ese contexto. No obstante, resulta pertinente presentar su tipología en sentido amplio, conociendo sus distintas caracterizaciones, con la intención de presentar un cuadro completo.

<sup>31</sup> Publicación PDC 3.9. *Doctrina Conjunta de targeting*. Ministerio de Defensa, junio 2014.

<sup>32</sup> BOOTHBY, W., *The law of targeting*. Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 13.

<sup>33</sup> DUNLAP, C. J., «Does lawfare...». Op. cit., p. 126.

<sup>34</sup> CARTER. P., *Legal Combat*, Slate, 2005 [http://www.slate.com/articles/news\\_and\\_politics/jurisprudence/2005/04/legal\\_combat.html](http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2005/04/legal_combat.html)

En primer lugar, atendiendo al empleo que se haga del mismo, podemos apreciar la existencia de un *lawfare* «instrumental» y un *lawfare* basado en la ventaja de la disparidad en el nivel de cumplimiento de las leyes (*compliance-leverage disparity lawfare*)<sup>35</sup>. La primera categoría es la que ocupa principalmente este artículo, el uso instrumental de herramientas jurídicas para lograr efectos iguales o similares a los que tradicionalmente se persiguen con acciones militares físicas convencionales. En el presente artículo, salvo que se indique otra cosa, se estará haciendo referencia a este tipo de *lawfare*. La segunda categoría, según argumenta la doctrina, tiene lugar esencialmente en el lugar de empeño de acciones de uso de la fuerza, y se halla diseñada para obtener ventaja de la mayor influencia que el derecho, particularmente el DIH, ejerce sobre el adversario. Esto es, se trataría de una herramienta de la que un adversario asimétrico se valdría al ignorar o retorcer las reglas del DIH, sabiendo que su oponente viene obligado por ellas y les va a dar cumplimiento<sup>36</sup>. Más adelante se volverá a incidir en este aspecto y los problemas que presenta.

Por tanto, para poder cualificar una acción como *lawfare* (de tipo instrumental), la misma debe cumplir al menos dos requisitos. El primero, como se ha expresado ya, que el agente emplee el derecho para crear efectos iguales o similares a los que tradicionalmente se persiguen con acciones militares físicas convencionales, incluyendo las capacidades y centros de toma de decisión clave de las Fuerzas Armadas objetivo de la acción<sup>37</sup>. El segundo, que la motivación primordial del agente consista en debilitar o destruir a un adversario contra el cual se dirige la acción en cuestión<sup>38</sup>. Procedamos entonces a analizar sus elementos.

### 3.1. ELEMENTO SUBJETIVO

Los sujetos del *lawfare* son tan variados como usos puedan concebirse para la instrumentalización del Derecho, obviamente. Las acciones de *lawfare* pueden ser llevadas a cabo por gobiernos, organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales o incluso simples personas,

<sup>35</sup> KITTRIE, O., *Lawfare...* Op. cit., p. 11.

<sup>36</sup> STEPHENS, D., «The Age of Lawfare», *International Law Studies*, US Naval War College, 87, 2011, pp. 327-357, p. 330.

<sup>37</sup> Tratándose de una metodología basada en efectos, y en un paralelismo con el *targeting*, se debe incluir entre los objetivos cualquier «proceso mental, actitud, pensamiento o comportamiento», como recoge el citado documento PDC 3.9 español, coherentemente con su correlativa publicación OTAN, la Allied Joint Publication AJP 3-9 (mayo 2008).

<sup>38</sup> KITTRIE, O., *Lawfare...* Op. cit., p. 8.

físicas o jurídicas, actuando bien a título individual o colectivo. Sus acciones tendrán repercusión en función de su propia subjetividad, obviamente, incidiendo en el ámbito del derecho internacional o en las legislaciones y sistemas judiciales propios de los respectivos derechos nacionales. El énfasis de este estudio está puesto en los sujetos a nivel Estado y, en su caso, Organización Internacional (esto es, está enfocado al empleo del *lawfare* por los mandos operacionales), pero desde luego no es desdeñable el papel que en las operaciones militares (o en el más amplio panorama geoestratégico) pueden desempeñar otros sujetos.

El supuesto más evidente viene representado por las presiones de orden político y de intereses nacionales que subyacen en todos los debates del Consejo de Seguridad de la ONU y que tienen su reflejo en las subsiguientes resoluciones del mismo, con los efectos que ello conlleva. A modo de ejemplo, baste señalar que desde la creación de la ONU hasta el fin de la Guerra Fría, el Consejo de Seguridad solo impuso sanciones económicas de carácter vinculante en dos casos, contra Rodesia en 1966 y Sudáfrica en 1970. Hay que esperar a 1990, en pleno proceso de fin del enfrentamiento de bloques, para que se impongan sanciones a Irak. Desde entonces, el Consejo de Seguridad ha impuesto más de una cincuentena de sanciones contra más de veinte Estados y actores no estatales<sup>39</sup>.

Palestina carece del carácter de estatalidad, pero su subjetividad internacional va ganando cada vez más peso. En 1988 la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) declaró el Estado de Palestina, y logró que la ONU se refiriera desde entonces a la OLP simplemente como «Palestina». Logró la creación de la Autoridad Nacional Palestina (ANP) tras los Acuerdos de Oslo de 1994 entre la OLP e Israel, tiene la consideración de «Estado observador no miembro» en la ONU y la de «Estado miembro» en la UNESCO desde 2011<sup>40</sup>. Probablemente su campaña de mayor éxito reciente sea la de su ingreso en la Corte Penal Internacional en 2015, la cual puede tener menor repercusión mediática, pero no menor trascendencia jurídica. De hecho, Israel llegó a negociar en verano de 2013 la liberación de 104 prisioneros palestinos condenados por actividades terroristas a cambio de que la ANP retrasara el ingreso de Palestina en la Corte durante un pla-

<sup>39</sup> Ver [www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7b65bfcf9b-6d27-4e9c-8cd3-cf6e4f-f96ff9%7d/special\\_research\\_report\\_sanctions\\_2013.pdf](http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7b65bfcf9b-6d27-4e9c-8cd3-cf6e4f-f96ff9%7d/special_research_report_sanctions_2013.pdf)

<sup>40</sup> Ministerio de Asuntos Exteriores. Oficina de Información Diplomática. *Ficha País «Territorios Palestinos»*, 2014 [http://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/ TERRITORIOSPALESTINOS\\_FICHA%20PAIS.pdf](http://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/ TERRITORIOSPALESTINOS_FICHA%20PAIS.pdf)

zo de nueve meses<sup>41</sup>. El impacto de esa negociación, desde cuándo podría retroactivamente la Corte empezar a conocer de los asuntos en los territorios palestinos o el compromiso de que los 104 liberados no interpondrían acciones legales contra Israel son elementos que apuntan a la relevancia de este tipo de acciones, llegando algún autor israelí a aseverar que «la CPI se ha convertido probablemente en el arma más importante en la campaña de *lawfare* contra Israel<sup>42</sup>».

La creciente influencia de las organizaciones no gubernamentales en la escena internacional es cada vez más patente, y no pocas de ellas tienen su enfoque puesto en los conflictos armados<sup>43</sup>. Lógicamente, el mero hecho de denunciar abusos en el seno de un conflicto armado, como pueden hacer Amnistía Internacional o Human Rights Watch, por ejemplo, no se cualifica *per se* como *lawfare*, aunque cierto es que tales denuncias acaban teniendo como resultado en ciertas ocasiones un impacto en la concienciación de gobiernos en el respeto al DIH y la corrección de conductas relativas al mismo<sup>44</sup>. Sin embargo, el prestigio adquirido por algunas de ellas sí ha motivado que sus informes sean empleados en campañas de *lawfare*, como la que la Liga de Estados Árabes inició solicitando una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia acerca del levantamiento del muro de seguridad por parte de Israel<sup>45</sup>. En otras ocasiones, las ONG. toman un papel activo en la escena legal internacional; por ejemplo, la Convención sobre la prohibición de minas antipersonales de 1997 fue el fruto de una campaña iniciada seis años antes por una ONG de activistas, la *International Campaign to Ban Landmines* (ICBL)<sup>46</sup>, a la cual de hecho se reconoció su empeño con la concesión del Premio Nobel de la Paz<sup>47</sup>.

En el campo individual privado tampoco han faltado iniciativas. Un despacho de abogados de Estados Unidos interpuso una demanda contra Irán por la muerte de 241 marines en un atentado de Hezbolá en Beirut en 1983. En 2003 logró que el tribunal condenara efectivamente a Irán, por su vincu-

---

<sup>41</sup> KERSHNER, I., «Netanyahu agrees to free 104 Palestinians», *NY Times*, 27 de julio de 2013.

<sup>42</sup> KONTOROVICH, E., *Politicizing the International Criminal Court*, Jerusalem Center for Public Affairs, 2014.

<sup>43</sup> NYE, J., *Soft Power, The Means to Success in World Politics*. Public Affairs, 2004.

<sup>44</sup> CLARK, A.M., *Diplomacy of Conscience: Amnesty International and changing human rights norms*. Princeton University Press, 2001, p. 44.

<sup>45</sup> *Legal consequences of the construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Request for Advisory Opinion), <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1545.pdf>

<sup>46</sup> BONNER, R., «How a group of outsiders moved nations to ban landmines», *NY Times*, 20 de septiembre de 1997.

<sup>47</sup> GOLDBERG, C., «Peace Prize goes to land-mine opponents», *NY Times*, 11 de octubre de 1997.

lación y financiación de los terroristas responsables, e impuso una sanción de más de dos mil quinientos millones de dólares como compensación a las víctimas<sup>48</sup>. Como consecuencia de ese veredicto, en 2008 el gobierno se incautó de activos iraníes por valor de unos dos mil millones de dólares. La trascendencia de semejante decisión en las relaciones internacionales entre ambos países no escapa a nadie, y pone de relieve que también el sector privado puede desempeñar un papel activo en cuanto al *lawfare* se refiere<sup>49</sup>.

### 3.2. ELEMENTO OBJETIVO

El elemento objetivo del *lawfare* es enormemente difuso, pues teniendo en cuenta que lo buscado es la consecución de un efecto, ahí es donde radica el centro de gravedad de la cuestión, restando importancia al medio empleado. La variedad de acciones que se pueden acometer es enorme, y por tanto pretender establecer un *numerus clausus* resulta arriesgado, cuando no directamente imposible, por su propia naturaleza. No obstante, se pueden proponer tres modos de categorizar el *lawfare*: por su ámbito, por su tipo y por su nivel de actuación.

#### 3.2.1 Por su ámbito de actuación

En función del foro en que tenga repercusión la acción, podremos hablar de un *lawfare* de ámbito internacional o bien de ámbito nacional. No son categorías excluyentes, sino complementarias en realidad. Incluso en ocasiones las acciones de *lawfare* pueden ser transversales, esto es, empleando una herramienta jurídica del campo del derecho internacional, por ejemplo, lograr un efecto deseado en un país concreto y en su ámbito interno sin más. O recíprocamente, valerse de herramientas de un ordenamiento interno para producir una reacción más allá de las fronteras propias.

##### 3.2.1.1 *Ámbito internacional*

En el campo internacional, el ejemplo que se ha proporcionado anteriormente acerca de las sanciones de Naciones Unidas es perfectamente

---

<sup>48</sup> Peterson vs. The Islamic Republic of Iran, 264 F. Supp. 2d 46, 61, (DDC 2003).

<sup>49</sup> KITTRIE, O., *Lawfare...* Op. cit., pp. 51-52.

válido por cuanto resulta arquetípico de la proyección de los intereses nacionales, por mediación de una organización internacional, sobre terceros Estados. De la misma manera, en el ejemplo palestino mencionado, cabe recordar que Estados Unidos, abiertamente contrario durante años al reconocimiento internacional de Palestina, inició una agresiva campaña diplomática en la que amenazó con dejar de realizar aportaciones económicas a aquellas Agencias de Naciones Unidas que aceptaran a Palestina como Estado miembro, como efectivamente hizo con la UNESCO<sup>50</sup>. Esa campaña provocó que, de la lista original de sesenta y tres organizaciones y tratados a los que la ANP pretendía adscribirse, al final tan solo solicitó su ingreso en quince, todos ellos tratados y no organizaciones, para evitar la repetición de la situación. Al no formar Estados Unidos parte de la Corte Penal Internacional, ello facilitó la entrada de Palestina en la misma, al carecer de esa presión económica<sup>51</sup>.

Siguiendo con el mismo supuesto, Estados Unidos promovió igualmente en su Congreso la aprobación de leyes nacionales internas que permitieran la retirada de financiación de proyectos de asistencia y apoyo a la ANP<sup>52</sup>. Se trata de un ejemplo de *lawfare* de ámbito nacional con trascendencia internacional.

### 3.2.1.2. *Ámbito nacional*

Para ilustrar el *lawfare* en un campo puramente nacional, se puede ver por ejemplo cómo Estados Unidos ha conducido una campaña legislativa agresiva contra Irán. En octubre de 2009 el Congreso aprobó una ley, ratificada por el presidente, mediante la cual se establecía una prohibición para empresas extranjeras de vender petróleo para la reserva estratégica estadounidense en caso de que las mismas proporcionaran petróleo refinado a Irán<sup>53</sup>. Ello obligó a las empresas petroleras a tomar la decisión de

<sup>50</sup> <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/31/internacional/1320073971.html>

<sup>51</sup> KITTRIE, O., *Lawfare...* Op. cit., p. 203.

<sup>52</sup> La *Department of State, Foreign Operations and Related Programs Appropriations Act for Fiscal Year 2012* (conocida como la *2012 Appropriations Act*) prevé en su Sección 7086 la posibilidad de prohibir el acceso de fondos de asistencia a la ANP «*si los palestinos obtienen, con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el mismo estatuto como Estado miembro o la incorporación de pleno derecho como Estado en las Naciones Unidas o en cualquier Agencia especializada que no se encuentre incluida en un acuerdo negociado entre Israel y los palestinos*».

<sup>53</sup> DOGGET, T., «US lawmakers vote to punish Iran's fuel suppliers», Reuters, 1 de octubre de 2009. <http://www.reuters.com/article/us-congress-iran-sanctions-idUSTRE59072H20091001>

participar en el mercado iraní o en el mucho más importante mercado estadounidense, mermando *de facto* la capacidad de Irán de recibir suministro de combustible industrial<sup>54</sup>.

### 3.2.2. Por el tipo de actuación

La tipología del *lawfare* es enormemente variopinta, y pretender encorsetarla formalmente incurre en el riesgo de limitar conceptualmente su enorme variedad, pues se presta a cualquier uso y herramienta que quepa concebir. No obstante, sí es posible ofrecer una serie de categorías típicas basadas en los usos más habituales. Sin ánimo exhaustivo se pueden enumerar las siguientes:

#### 3.2.2.1. *Lawfare* normativo

La actividad legislativa, o normativa con carácter general, es desde luego la más evidente y en la que los actores estatales pueden desarrollar su actividad con mayor fuerza, procurando establecer los marcos legales más beneficiosos para sus intereses, como se ha reflejado en el apartado anterior.

Internacionalmente la doctrina suele centrar su atención en el ejemplo de los asentamientos israelíes y la intensa campaña de *lawfare* que se desarrolla continuamente sobre ellos. En este aspecto normativo, Israel reclama que las presiones de los países árabes durante la redacción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional motivaron la inclusión en el texto final de un artículo, el 8.2.b.viii), específicamente diseñado para criminalizar los asentamientos<sup>55</sup>. Su reclamación se basa en la desproporción nor-

---

<sup>54</sup> En España el supuesto más parecido sería el contemplado en el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, esto es, el de las prohibiciones para contratar con la Administración Pública, si bien obviamente no cubre un supuesto tan agresivamente dirigido *ad hoc* como el de Estados Unidos hacia Irán. El apartado 1.a) de este artículo exige la concurrencia de sentencia firme condenatoria por una serie de delitos *numerus clausus*, siendo el supuesto más evidente para emprender una acción similar, pero de más difícil concurrencia, como es natural. Los demás supuestos se refieren a infracciones administrativas que, no obstante, pueden ser empleadas adecuadamente como estrategia de *lawfare* en el contexto adecuado. Aun así, se halla muy lejos de la medida que se ha referido como ejemplo.

<sup>55</sup> Este artículo considera que es un crimen de guerra «el traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil a territorio que ocupa o

mativa de haber incluido *ex novo* la conducta regulada en ese artículo entre las demás conductas, mucho más graves, de los crímenes de guerra<sup>56</sup>.

Ese puede tratarse de un supuesto muy complejo y de elevado nivel, pero en el otro extremo nos encontramos por ejemplo las negociaciones de Memorandos de Entendimiento (MOU) o Acuerdos Técnicos (TA), así como obviamente otros acuerdos internacionales de rango superior, que siempre son tendentes a la provisión de unas condiciones aceptables para todas las partes que los suscriben. Se trata probablemente del ejemplo más fácil (aunque difuso) en el que se evidencia la posibilidad del sujeto de influir en la creación de unas circunstancias jurídicamente ventajosas para sus intereses, así como de otros sujetos que no necesariamente participen de manera directa en tales acuerdos de influir en su resultado<sup>57</sup>.

### 3.2.2.2. *Lawfare interpretativo*

Este tipo de actividad se basa, no en influir en la redacción de normas o tratados, sino más bien valerse de las ya existentes para crear unas condiciones favorables a los intereses del sujeto. Por ejemplo, China viene desde 1947 reclamando el ejercicio de soberanía sobre una parte del mar de la China, la «línea de los nueve guiones» (*Nine-Dash Line*), en disputa con varias otras naciones, empleando una interpretación como poco discutible de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y reforzándola con su acción naval militar continuada sobre la zona<sup>58</sup>. De hecho, también lo ha complementado con un ambicioso programa geológico para convertir arrecifes sumergidos en islas potencialmente habitables, con las implicaciones que ello conlleva de cara a esta Convención, pudiendo generarse controversia acerca de qué islas lo eran originariamente y cuáles han sido construidas artificialmente<sup>59</sup>. El reconocimiento de soberanía sobre esa área expandiría su zona económica exclusiva, lo cual es relevante por

---

*la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio».*

<sup>56</sup> Ministerio de Asuntos Exteriores de Israel, *The International Criminal Court Background Paper*. 1998. <http://www.mfa.gov.il/mfa/mfa-archive/1998/pages/the%20international%20criminal%20court%20-%20background%20pape.aspx>

<sup>57</sup> Ver *Memorandos de entendimiento en el ámbito del Ministerio de Defensa*, Ministerio de Defensa, 2011.

<sup>58</sup> Cf. HALPER, S., *China, the three warfares*, 2013, pp. 53-62.

<sup>59</sup> RAPP-HOOPER, M., «Before and after: the South China Sea transformed» Center for strategic & international studies, 18 de febrero de 2015. <http://amti.csis.org/before-and-after-the-south-china-sea-transformed/>

cuanto su legislación interna atribuye unas amplísimas potestades sobre la misma, en oposición a la Convención de Derecho del Mar<sup>60</sup>. No es necesario poner de relieve lo importante que resulta la práctica continuada de una conducta en derecho internacional para poder defender la cristalización de la misma como derecho consuetudinario.

Siguiendo en China, su manual de derecho internacional militar señala a los oficiales del Ejército de Liberación Popular que «*el gobierno chino está [...] obligado a adherirse estrictamente a todas las leyes internacionales*», pero tres páginas después señala a los oficiales que sean «*flexibles en la aplicación de las leyes internacionales. En la práctica, mientras debemos guiarnos por los principios fundamentales y las regulaciones relevantes contenidas en el derecho internacional, no nos debemos sentir completamente constreñidos por artículos específicos y estipulaciones que resulten perjudiciales para la defensa de nuestros intereses nacionales. Debemos por tanto aplicar siempre el derecho internacional con flexibilidad en defensa de nuestros intereses nacionales y nuestra dignidad, apelando a aquellos aspectos beneficiosos para nuestro país y eludiendo aquéllos perjudiciales para nuestros intereses*<sup>61</sup>». Como se ha señalado anteriormente, China lleva ya varios años asentando una doctrina militar propia específica de «guerra legal» en varios niveles distintos, y cuenta con el mayor número de publicaciones al respecto.

### 3.2.2.3. *Lawfare judicial*

El emprendimiento de acciones judiciales constituye también uno de los usos más característicos del *lawfare*, y que se ha demostrado enormemente efectivo. Sin duda el ejemplo arquetípico lo supone el de la llamada Flotilla de Gaza de 2011. En mayo de 2010 el incidente del *Mavi Marmara*, en el que las fuerzas armadas israelíes habían asaltado un buque perteneciente a la «Flotilla de Gaza» que pretendía evadir el bloqueo sobre la Franja de Gaza y que se saldó con nueve fallecidos y varios heridos, des-

---

<sup>60</sup> COHEN, J. A., «Lawfare or warfare? Let impartial tribunals cool Asia's maritime disputes», *The Diplomat*, 29 de mayo de 2014. <http://thediplomat.com/2014/05/lawfare-or-warfare-let-impartial-tribunals-cool-asias-maritime-disputes/>

<sup>61</sup> ZHAO PEIYING (Ed.), *Basis of International Law for Modern Soldiers*, 1996, pp. 3 y 6. Citado en ODOM, J., «A China in the Bull Shop? Comparing the rethoric of a rising China with the reality of the International Law of the Sea», *Ocean & Coastal Law Journal*, vol. 17, n.º 2, 2012.

encadenó una serie de reacciones de alto impacto mediático<sup>62</sup>. El informe de la Comisión Palmer consideró que el abordaje y empleo de la fuerza por parte de Israel fue «excesivo e irrazonable»<sup>63</sup>. Cuando al año siguiente se empezó a organizar una nueva flota análoga, y ante el temor a una repetición de los eventos, fue la ONG Shurat HaDin, la cual mantiene estrechos vínculos con el Gobierno israelí, la que inició acciones legales tendentes a evitar que la nueva flotilla llegara siquiera a abandonar su puerto de origen.

En primer lugar, los abogados de Shurat HaDin enviaron cartas a las empresas aseguradoras de los barcos, con sede en Europa, informando de que, si efectivamente iban a asegurar unas embarcaciones que fueran empleadas en romper el embargo sobre la Franja de Gaza y realizar actividades de contrabando, se emprenderían acciones judiciales contra ellas por prestar apoyo a Hamás y que podrían incurrir en responsabilidad por eventuales atentados que el grupo pudiera cometer, sobre la base de que tales embarcaciones estarían prestando apoyo material a una organización terrorista<sup>64</sup>. Una acción idéntica se llevó a cabo sobre el proveedor de servicios de navegación por satélite, con sede en Estados Unidos<sup>65</sup>. Como resultado de esas acciones, todas las empresas aseguradoras se allanaron y notificaron su intención de no prestar sus servicios de seguros a las embarcaciones involucradas en dicha flotilla<sup>66</sup>. Cuando la empresa de servicios de navegación por satélite no respondió al requerimiento, se entabló una acción judicial contra la empresa y su director ejecutivo en nombre de una ciudadana estadounidense residente en Israel. Tras alcanzar un acuerdo, la empresa dejó de prestar sus servicios y se retiró la demanda<sup>67</sup>.

Paralelamente, se entabló una demanda en un tribunal federal estadounidense para la incautación de las embarcaciones involucradas, en nombre

---

<sup>62</sup> BBC News, *Deaths as Israeli forces storm Gaza aid ship*, 31 de mayo de 2010. <http://www.bbc.com/news/10195838>

<sup>63</sup> *Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident*. [http://www.un.org/News/dh/infocus/middle\\_east/Gaza\\_Flotilla\\_Panel\\_Report.pdf](http://www.un.org/News/dh/infocus/middle_east/Gaza_Flotilla_Panel_Report.pdf)

<sup>64</sup> En apoyo de esa pretensión, las cartas incluían copia del fallo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Holder vs. Humanitarian Law Project*, donde se considera delito «proporcionar, con conocimiento de ello, apoyo material o recursos a una organización terrorista extranjera, incluyendo cualquier propiedad tangible, intangible o servicios». <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1498.pdf>

<sup>65</sup> En este caso se empleó el fallo del caso *Boim vs. Holy Land Foundation*, en el que se relaciona directamente la prestación de apoyo a la rama no violenta de una organización con las actividades terroristas del grupo en su conjunto. <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1460640.html>

<sup>66</sup> RONEN, G., «Maritime Lawfare Victory: Lloyd's won't insure Gaza Flotilla», *Arutz Sheva* 7, 23 de mayo de 2011. <http://www.israelnationalnews.com/News/News.aspx/144423#.V2KEKeRf0dU>

<sup>67</sup> <http://www.investigativeproject.org/case/551/fendel-v-inmarsat-et-al>

de Alan Bauer, ciudadano estadounidense herido en atentado terrorista de Hamás, reclamando que se establecieran como garantía de la indemnización privada que ese ciudadano solicitaba por aquel hecho. El requerimiento de embargo fue desestimado por falta de legitimación activa del demandante<sup>68</sup>.

No obstante, con la notificación de la ausencia de seguro marítimo de esas embarcaciones, Shurat HaDin requirió al Gobierno griego, país donde se encontraban amarradas, para que, teniendo noticia de esa circunstancia, sus autoridades portuarias y costeras adoptaran las medidas necesarias para prevenir que las mismas pudieran iniciar navegación alguna. Como resultado, catorce de los quince barcos que componían la Flotilla de Gaza no abandonaron su puerto. Una pequeña embarcación sí salió a la mar tras notificar falsamente a las autoridades griegas que su destino era Alejandría, Egipto, pero fue interceptada pacíficamente por la marina israelí. De esta manera se logró el objetivo de neutralizar la flotilla antes siquiera de partir de puerto, evitando el empleo de medios militares, la posibilidad de un nuevo enfrentamiento y uso de la fuerza como el del año anterior en el *Mavi Marmara* y el consecuente coste político y estratégico de una acción semejante<sup>69</sup>.

#### 3.2.2.4. *Lawfare decisorio o de negociación*

Se han proporcionado ya en otras categorías ejemplos en los que la acción de *lawfare* ha estado dirigida a motivar que por una organización internacional se adopten decisiones concretas, como el de las sanciones de Naciones Unidas o el del reconocimiento de Palestina por diversas organizaciones o su entrada en tratados multilaterales, un proceso que ha constituido la aspiración histórica de la OLP y que subyace en el fondo estratégico perseguido por Hamás mediante su acción armada.

Lo mismo se puede predicar paralelamente respecto de grupos armados y gobiernos. No necesariamente en el seno de un conflicto armado no internacional, sino en situaciones de tensiones internas que no alcanzan el umbral del artículo 1.2 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra. Cabe citar las negociaciones entre el Gobierno del Reino Unido y el IRA en 1972 a resultas del Informe Parker y en todo el contexto del

---

<sup>68</sup> <http://israelawcenter.org/wp-content/uploads/2001/10/Bauer-v.-Marmara-Appeal.pdf>

<sup>69</sup> KITTRIE, O., *Lawfare...* Op. cit., p. 318.

Domingo Sangriento en Derry, Irlanda del Norte<sup>70</sup>. La creación del «estatuto de categoría especial», que en la práctica no suponía sino conceder *de facto* el estatuto de prisionero de guerra a personas que, formalmente, no lo podían detentar, es un ejemplo de los giros legales que se barajaron con intención de rebajar la intensidad del conflicto<sup>71</sup>.

### **3.2.3. Por el nivel de actuación**

Se ha indicado que el acento del presente estudio está puesto en el uso del *lawfare* por parte de las Fuerzas Armadas como medio complementario o sustitutivo del empleo de la fuerza en operaciones militares. A pesar de la enorme amplitud y variedad de usos que se está poniendo de manifiesto, y que sobrepasa los límites de este estudio, hay que recordar que en el fondo el término nació en ese contexto y precisamente para ayudar a la toma de decisiones del mando. El primer público objetivo de la doctrina del *lawfare* es por tanto el mando militar que corre el peligro, bien de estar expuesto a un enfoque clausewitziano en el que el derecho de la guerra es esencialmente irrelevante, bien por el contrario a la impresión de que cualquiera de sus acciones puede desembocar en una acusación por crímenes de guerra y que en consecuencia deja de actuar, movido por ese temor<sup>72</sup>. Por tanto, en el campo de la acción del *lawfare* por fuerzas armadas (o en realidad cualquier sujeto de relaciones internacionales capaz de valerse del uso de la fuerza), se puede establecer una diferenciación atendiendo al nivel en que se desarrolle la misma.

#### *3.2.3.1. Lawfare estratégico*

Es cierto que la definición que ofrece Dunlap, a la que se hacía referencia al principio del artículo, se circunscribe expresamente al uso del derecho «para alcanzar un objetivo operacional». Eso en principio excluye cualquier otra consideración en cuanto a su alcance. No obstante, de un análisis más detenido de la materia cabe extraer la conclusión de que el

---

<sup>70</sup> LeBRUN, P., «Lawfare in the Age of “White Terror”: A Missed Opportunity for White Nationalists?», Counter-Currents Publishing, 2015, <http://www.counter-currents.com/2015/08/lawfare-in-the-age-of-white-terror-part-1/>

<sup>71</sup> McEVOY, K., *Paramilitary imprisonment in Northern Ireland: Resistance, management and release*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 216.

<sup>72</sup> SCHARF, M., y ANDERSEN, E., «Is Lawfare Worth Defining?...» Op. cit., p. 22.

*lawfare* puede ser empleado también en un ámbito mucho más amplio y ambicioso, y que de hecho así se verifica en la práctica.

Por no volver a citar el tan traído ejemplo de la ANP en su búsqueda del objetivo de la estatalidad palestina alejándose del uso de la fuerza, se puede traer a colación el ímprobo esfuerzo legal y diplomático desplegado por Estados Unidos y la comunidad internacional con ocasión de los atentados del 11 de septiembre. La invocación del artículo 5 del Tratado del Atlántico Norte y su correlativa llamada a la legítima defensa no hace sino evidenciar un significativo giro en la interpretación del concepto de «ataque armado» y de las medidas a las que cabe recurrir ante tales actos<sup>73</sup>. La aprobación de las Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que reafirman que los actos de terrorismo suponen una amenaza para la paz y seguridad internacionales, se vio complementada con la creación del Comité contra el terrorismo y la adopción de una serie de medidas complementarias<sup>74</sup>. Todo ese conjunto de disposiciones, tendentes a buscar un marco legitimador en el cual desempeñar las operaciones militares que se iniciaron a continuación, conforman una actividad de *lawfare* de largo alcance dentro del panorama global. La búsqueda, o en su caso acreditación, de la legitimidad de la acción que se emprende resulta un requisito esencial y sobre el que se sustenta el mismo *ius ad bellum*, y constituye por tanto la primera pieza del nivel estratégico que es necesario asentar, despejando las dudas sobre la misma.

En las democracias modernas, incluso un conflicto armado limitado requiere una base sustancial de apoyo público. Ese apoyo puede erosionarse o tornarse en oposición rápidamente, sin importar la relevancia del objetivo político, si la sociedad cree que el conflicto se está llevando a cabo de una manera injusta, inhumana o inadecuada<sup>75</sup>. Nótese el enorme desgaste político que sufrió por este motivo la campaña de Irak, iniciada apenas un año después de la de Afganistán, toda vez que no se gestionó de igual manera el enfoque sobre el contenido de la Resolución 1441 (2002) y las herramientas jurídicas que la acompañaron. El argumento principal fue que formalmente no era necesaria ninguna resolución adicional para acometer el uso de la fuerza contra Irak; sin embargo, ese razonamiento legal no se

<sup>73</sup> REGUEIRO DUBRA, R., *La legítima defensa en derecho internacional*, Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, Madrid, 2012, p. 301.

<sup>74</sup> Cf. CALDUCH CERVERA, R., «La incidencia de los atentados terroristas del 11 de septiembre en el terrorismo internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol: LIII; n.ºs 1-2, pp. 173-202.

<sup>75</sup> REISMAN, W. M. y ANTONIOU, C. T., *The Laws of War: A Comprehensive Collection of Primary Documents on International Laws Governing Armed Conflict*. Vintage Books, Nueva York. 1994. P. 24.

supo ofrecer con solvencia a la opinión pública, y la campaña de deslegitimación que sufrió esa operación horadó sus propias bases y supuso un revés de orden estratégico. Por el contrario, la operación de la OTAN en Kosovo en 1999 había usado un argumento similar (con el añadido de no contar con ninguna resolución del Consejo de Seguridad que respaldase a la Organización, como sí existió después en el caso iraquí), y sin embargo, tras los estériles debates entre legalidad y legitimidad que se sucedieron, la acción armada de la Alianza Atlántica apenas contó con oposición<sup>76</sup>.

### 3.2.3.2. *Lawfare operacional*

Se ha hecho hincapié en la función primordial del *lawfare* como herramienta en el nivel operacional, a los efectos de poder ser empleada como sustituto o complemento de las acciones militares físicas convencionales. Su funcionalidad, como se viene reflejando, es diversa, rondando lo inagotable, pues existirá una acción completamente diferente para alcanzar cada efecto deseado, y cada una deberá seguir su propio camino para su ejecución.

Proponiendo un ejemplo español, hacia finales de 2008, durante el desempeño de la operación ISAF en Afganistán, se consideró que el acuartelamiento que empleaban las fuerzas españolas en la localidad de Qala e Naw no cumplía con las condiciones de seguridad y habitabilidad necesarias<sup>77</sup>. Se trataba de un recinto en el interior de la población, cedido gratuitamente por las autoridades afganas a ISAF en virtud del Acuerdo Técnico en vigor<sup>78</sup>. Con la intención de favorecer las condiciones de seguridad de la fuerza desplegada y poder albergar un contingente

---

<sup>76</sup> BARDAJÍ, R., «Irak, Naciones Unidas y el uso de la fuerza», ARI n.º 5-2003, Real Instituto Elcano [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/ri/elcano/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/ari+5-2003](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/ri/elcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari+5-2003)

<sup>77</sup> Como se demostraría posteriormente, la valoración de los riesgos de seguridad había evaluado correctamente el nivel de amenaza y en 2010 el acuartelamiento fue objeto de hostigamiento prolongado por una muchedumbre de cerca de doscientas personas, obligando a la fuerza española a permanecer en el interior del recinto y condicionando las subsiguientes operaciones en el área. Ver por ejemplo JUNQUERA, N. «El atentado “premeditado” buscaba un choque armado entre las tropas y la población civil», *El País*, 25 de agosto de 2010. [http://elpais.com/elpais/2010/08/25/actualidad/1282724217\\_850215.html](http://elpais.com/elpais/2010/08/25/actualidad/1282724217_850215.html)

<sup>78</sup> Acuerdo Técnico Militar entre la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF) y el Gobierno Interino de Afganistán, de 4 de enero de 2002. Su Anexo B, que comprendía el estatuto de las fuerzas (SOFA), preveía la puesta a disposición de las fuerzas de ISAF de aquellos inmuebles que se requirieran por las fuerzas internacionales, libres de coste alguno.

te mayor, se decidió que era necesario el emplazamiento de un nuevo acuartelamiento, de mayores dimensiones y fuera del casco urbano de la población. Sin embargo, en aquel momento, debido a la conflictividad de las operaciones en curso y demás circunstancias asociadas, se estimó que la apropiación sin más de unos amplios terrenos por fuerzas occidentales sería recibida de manera hostil por la población local y podría incidir negativamente en la percepción hacia ISAF, con un consecuente aumento de la actividad insurgente.

Por ese motivo se optó por una solución que implicara la aportación de un beneficio directo para la población local y que contribuyera a mejorar la imagen española en la región. Seleccionando un conjunto de terrenos propiedad privada de varios particulares, se firmó un Acuerdo Técnico con el Gobierno afgano para que este condujera una expropiación de los mismos, los unificara bajo un mismo título y efectuara una cesión de uso al contingente español por el tiempo de la misión. Por su parte, los particulares afectados recibirían una compensación extraordinaria, independiente de lo que pudiera corresponderles por la expropiación a costa de sus autoridades locales, para favorecer sus condiciones de vida, como parte del esfuerzo de ayuda humanitaria que ya se encontraba prestando en la región. La gestión de los trámites fue llevada en colaboración entre autoridades españolas y afganas y el resultado fue el de la obtención del terreno necesario con un elevado índice de satisfacción entre la población local, lo cual contribuyó al objetivo operacional de mejorar la seguridad del contingente<sup>79</sup>. En este caso lo que se aprecia es cómo, ante la diversidad de opciones legales disponibles para el mando, se adoptó una decisión lo más acorde posible con el cometido de ISAF, generando un multiplicador de efectos que redundó en el beneficio global de la operación. Aunque la integración de la ayuda humanitaria en contingentes militares ha sido en ocasiones discutida<sup>80</sup>, este ejemplo ilustra el empleo de una herramienta legal oportuna entre todas las disponibles para la consecución de un objetivo militar que, de otra manera, hubiera debido conseguirse mediante el empleo de un mayor número de recursos humanos y materiales.

---

<sup>79</sup> Estado Mayor de la Defensa. Operación en Afganistán. <http://www.emad.mde.es/MOPS/020-Afganistan-ISAF/>

<sup>80</sup> Cf. WILLIAMSON, J. A., «Using humanitarian aid to “win hearts and minds”: a costly failure?», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 93, núm. 884, diciembre 2011, pp. 1035-1061.

### 3.2.3.3. *Lawfare táctico*

Resulta sin embargo más complicado hablar en puridad de un *lawfare* a nivel táctico, puesto que la gran mayoría de las acciones legales que se pueden emprender, por su propia naturaleza, van a tardar en reflejar sus efectos, y los mismos van a tener impactos más dilatados en el tiempo, de lo que requiere la acción táctica convencional. No obstante, sí es posible encontrar algún supuesto ilustrativo. Algunos autores han intentado aproximarse a esta categoría, aunque cabe hacer una crítica a la interpretación que formulan. BELLFLOWER define el *lawfare* táctico, por ejemplo, en el contexto en el que el enemigo (generalmente asimétrico) se prevale de las normas del DIH para obtener un beneficio propio, poniendo como ejemplo el de los escudos humanos contra una fuerza que sí respeta el derecho<sup>81</sup>. Sin embargo, tal y como se expone en el apartado siguiente, debe descartarse esa interpretación, por los motivos que se van a exponer, esencialmente rechazar que el incumplimiento de las normas de los conflictos armados sea una forma de ejercer el derecho.

Una aproximación más razonable es la que sigue la sistemática expuesta hasta ahora (la del *lawfare* instrumental) pero llevando la acción al nivel del terreno, conviviendo con acciones militares convencionales en el nivel táctico. LEBOWITZ pone como ejemplo el de los numerosos detenidos en las operaciones de Irak y Afganistán que, de manera inmediata, reclaman haber sido objeto de malos tratos y abusos para iniciar procesos administrativos y judiciales de revisión propios de las fuerzas detenedoras, que de esta manera ralenticen o pongan en duda la propia detención<sup>82</sup>. Evidentemente, la materia relativa al trato de prisioneros y la detención operacional en sí misma resulta harto delicada; la persecución de las infracciones cometidas por las fuerzas armadas debe ser empeño constante y su prevención se debe convertir en prioritaria, como el cumplimiento de cualquier otra disposición de DIH o de Derechos Humanos. No obstante, sí se puede conceder que la presentación de denuncias falsas para dificultar

---

<sup>81</sup> BELLFLOWER, J.W., «The Influence of Law on Command of Space», *The Air Force Law Review*, vol. 65, 2010, pp. 107- 144, p. 113. Se encuadraría realmente en la categoría a la que se hacía referencia anteriormente del *lawfare* basado en la disparidad en el nivel de cumplimiento de las leyes (*compliance-leverage disparity lawfare*). En el próximo apartado se va a incidir en este aspecto.

<sup>82</sup> LEBOWITZ, M. J., «The Value of Claiming Torture: An Analysis of Al-Qaeda's Tactical Lawfare Strategy and Efforts to Fight Back», *Case Western Reserve Journal of International Law*, 43, 2010, pp. 356-392, p. 363. El autor centra su estudio en analizar el manual que emplea Al Qaeda para instruir a sus miembros en caso de captura y alegar sistemáticamente malos tratos y torturas.

la acción de las fuerzas armadas o minar su imagen pública puede ser interpretada como una táctica de *lawfare*, si bien en realidad las repercusiones de esa acción van a tener relevancia no solo en el terreno en el momento de la detención, sino que su trascendencia va a alcanzar fácilmente el nivel operacional.

En cualquier caso, toda medida legal que dificulte o incapacite la acción del adversario de manera y con efectos inmediatos, o bien le obligue a modificar su conducta o a adoptar medidas al respecto (piénsese en el ejemplo antes referenciado de los abogados de Shurat HaDin interponiendo demandas para paralizar la flotilla de Gaza) tiene cabida dentro del nivel táctico.

#### 4. PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DEL LAWFARE. SU RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Aunque hasta ahora se han descrito y catalogado los usos del *lawfare*, quedan todavía varios aspectos que delimitar. Se señalaba al comienzo que el *lawfare* no trata de la mera existencia de normas y su aplicación al supuesto tasado, ni consiste tampoco en la aplicación legítima del DIH a los participantes en un conflicto armado<sup>83</sup>. Frente a la concepción clásica del derecho como mero límite externo a la acción armada, como marco regulador y diseñado para restringir por razón de humanidad el abanico de actividades posibles, es decir, como algo ajeno al fenómeno de la guerra y que pretende limitarla, el punto de partida es que el derecho forma parte intrínseca de la acción armada y que por tanto, su adecuado uso como sustituto o complemento de otros medios militares incentiva el uso de las leyes en vez de la fuerza. Ese uso proactivo de acciones legales y de medidas variadas hace que el *lawfare* sea entendido como una herramienta más, como cualquier otra arma que puede ser empleada adecuadamente de conformidad con el imperio de la ley (en su sentido más amplio). Pero como cualquier herramienta, se presta a su mal uso; todo depende de quién la emplee, cómo y con qué fin<sup>84</sup>. Bajo esta perspectiva se va a analizar una serie de supuestos que generan cierta problemática en relación con el *lawfare*.

---

<sup>83</sup> SCHARF, M., y ANDERSEN, E., «Is Lawfare Worth Defining?...». Op. cit., p. 20.

<sup>84</sup> DUNLAP, C. J., «Lawfare today: A perspective...». Op. cit., p. 148.

#### 4.1. EL LAWFARE Y LAS INFRACCIONES DEL DIH

Se apuntaba anteriormente que, frente al *lawfare* denominado «instrumental», la doctrina estadounidense habla de ese *lawfare* basado en la disparidad en el nivel de cumplimiento de las leyes (*compliance-leverage disparity lawfare*)<sup>85</sup>. Es necesario llegados a este punto plantear una seria objeción a esta categoría. El razonamiento de estos autores se basa sobre la premisa de que el adversario, generalmente un enemigo asimétrico, se aprovecha del hecho de que las Fuerzas Armadas occidentales (los ejemplos los refieren estos autores siempre a las fuerzas estadounidenses por motivos obvios, pero a efectos ilustrativos no resulta relevante) vienen obligadas al cumplimiento de las disposiciones del DIH, empleando esa obligación en su contra. El ejemplo más citado, casi de manera unívoca, por estos autores, es el de aquellos insurgentes que colocan emplazamientos de armamento o se esconden en lugares protegidos en áreas civiles, como hospitales, escuelas o templos, y no visten uniforme ni distintivo alguno, refugiándose entre los no combatientes para escudarse de un ataque o, en caso de que este se produzca, hacerse eco de las víctimas civiles<sup>86</sup>.

Estos autores defienden que tales acciones constituyen *lawfare* desde el momento en que los actores llevan a cabo un uso (concretamente un «mal uso», bajo su perspectiva) del derecho para obtener una ventaja táctica y operacional sobre su enemigo<sup>87</sup>. El argumento se basa en que, debido a estas conductas, las Fuerzas Armadas occidentales se ven forzadas a modificar sus tácticas y el modo general de conducción de sus operaciones militares, autoimponiéndose unas limitaciones que van más allá de lo exigido por el DIH. De esta manera sus adversarios logran, mediante un subterfugio que no implica el uso de la fuerza, un propósito que habitualmente debería ser alcanzado con medios militares convencionales<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> Nota 35 *ut supra*.

<sup>86</sup> Se encuentran ejemplos casi idénticos en, por ejemplo, DUNLAP, C. J., «Lawfare today...». Op. cit., p. 149, SCHARF, M., y ANDERSEN, E., «Is Lawfare Worth Defining?...». Op. cit., p. 16, KITTRIE, O., *Lawfare...* Op. cit., p. 18, REYNOLDS, J. D., «Collateral Damage on the 21st Century Battlefield: Enemy Exploitation of the Law of Armed Conflict, and the Struggle for the Moral High Ground», *The Air Force Law Review*, vol. 56, 2050, pp. 1-108, p. 34.

<sup>87</sup> La definición consolidada de *lawfare* que brinda Dunlap, que se mencionaba al comienzo del artículo, recuérdese, es la de «...la estrategia del uso (incluyendo el mal uso) del derecho como sustituto de medios militares tradicionales para alcanzar un objetivo operacional». Precisamente bajo esa cláusula del «mal uso» (*misuse*) encuentran amparo las conductas referidas. Ver nota 2 *ut supra*.

<sup>88</sup> DUNLAP, C. J., «Does lawfare need an apologia?...». Op. cit., p. 134.

No obstante, es necesario poner de manifiesto que estos argumentos particulares decaen por oposición con el propio razonamiento general que informa la disciplina en sí y en el que estos mismos autores coinciden pacíficamente, y que no es sino el ya expuesto de que el mero cumplimiento y aplicación del DIH no puede ser considerado *lawfare*. Infligir daño tras apelar a la buena fe del adversario, haciéndole creer que se goza de una protección que no se tiene, constituye lisa y llanamente perfidia, tal y como es definida en el artículo 37 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra. Si bien todos estos autores son nacionales de un país que no ha ratificado el PAI, la sanción de la perfidia se trata de una norma reconocida como de derecho consuetudinario, también por Estados Unidos<sup>89</sup>. Aunque la perfidia formalmente se reconozca en el seno de los conflictos armados internacionales por su ubicación en el PAI, ya figuraba en la Declaración de Bruselas de 1874 (la cual a su vez parece tomar como punto de partida el Código Lieber de 1863) y de nuevo en el artículo 23 del Convenio IV de La Haya de 1907. Su carácter consuetudinario se extiende tanto a los conflictos armados internacionales como no internacionales<sup>90</sup>, y resulta indiferente que sea cometida por fuerzas armadas regulares o insurgentes, como aducen estos autores<sup>91</sup>.

Cabe hacer el matiz de que el DIH aborda la perfidia desde sus resultados más que desde la consideración de la conducta en sí misma, la cual solo se encuentra sancionada cuando, pretendiendo engañar al enemigo haciéndole creer que goza de una protección que no tiene realmente, le causa algún daño tangible<sup>92</sup>. No obstante, no se puede sino señalar que, en definitiva, la perfidia como conducta, con independencia del resultado, se halla prohibida<sup>93</sup>.

Unas prevenciones paralelas se pueden formular respecto del uso de bienes protegidos, bien sean religiosos, culturales o sanitarios. No es objeto del presente estudio volcarse en el análisis de las disposiciones de DIH, lo cual se aleja de su propósito y extensión; baste recordar que la protección

---

<sup>89</sup> Estados Unidos reconoce 59 artículos del PAI como de derecho consuetudinario, entre ellos el 37. Ver SOLIS, G., *The Law of armed conflict: International humanitarian law in war*. Cambridge University Press. Nueva York, 2010, p.134.

<sup>90</sup> HENCKAERTS, J.M. y DOSWALD-BECK, L., *Derecho Internacional humanitario consuetudinario, volumen I: normas*; CICR, Ginebra, 2005, p. 248.

<sup>91</sup> JACKSON, R. B., «Perfidy in non-international armed conflicts», *International Law Studies Series*, US Naval War College, 2012, vol. 88, pp. 237-259, p. 246.

<sup>92</sup> DEHN, J., «Permissible perfidy?», *Journal of International Criminal Justice*, núm. 6, 2008, pp. 627-653, p. 633.

<sup>93</sup> RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «La pérdida de la inmunidad de las personas civiles por su participación directa en las hostilidades», *Cuadernos de Estrategia*, n.º 160, 2013, pp. 165-208, p. 201.

de tales instalaciones o medios cesa en el momento en que son empleadas, fuera de sus fines, para cometer actos perjudiciales para el enemigo<sup>94</sup>, así como que, correlativamente, no es lícito emplear la misión médica, sus medios o los bienes religiosos o culturales para conducir hostilidades contra el enemigo<sup>95</sup>.

No es preciso en este artículo profundizar en la materia, sino que se trata únicamente de poner de relieve que el incumplimiento de una norma de DIH no debe ser entendido como *lawfare* ni legitimado al ser puesto al mismo nivel que otras medidas legales. Sin embargo, la doctrina estadounidense parece constante en señalar esas infracciones como mal uso o abuso del derecho y amparándolas como tal, en lo que aparece como una contradicción con lo que los mismos autores defienden como propio de la naturaleza del *lawfare*.

#### 4.2. EL LAWFARE BASADO EN LA DIFERENCIA DE LAS NORMAS

A pesar de todo lo que se acaba de indicar en el apartado anterior, sí que es posible apreciar la existencia de un *lawfare* basado en la disparidad. No en los términos propuestos por la doctrina mencionada, sino en el mismo sentido con el que se ha venido aludiendo hasta ahora a la materia, esto es, con carácter instrumental.

Con carácter general, en derecho internacional los sujetos vienen vinculados, dejando al margen el derecho consuetudinario, exclusivamente por aquellos tratados e instrumentos que deciden suscribir, y hasta donde decidan hacerlo. Desde esa perspectiva, lo que sí se puede aseverar es que el *lawfare* normativo internacional tiene un fuerte componente de disparidad. En el momento en que un Estado decide no suscribir un tratado multilateral en el que participan otros miembros de la comunidad internacional, es evidente que sus obligaciones van a ser distintas que las de aquellos otros Estados que sí han decidido sujetarse a sus regulaciones. En materia

---

<sup>94</sup> Art. 21 CGI, Art. 13 API, Art. 11 APII, Art. 4 Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y Reglamento para la aplicación de la Convención 1954, Art. 6 de su Protocolo II.

<sup>95</sup> Cf. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «La protección del personal humanitario por el derecho internacional humanitario en los conflictos armados actuales», *Anuario de acción humanitaria y derechos humanos/ Yearbook of humanitarian action and human rights*, 2010, núm. 7, pp. 43-58. Cf. PIGNATELLI Y MECA, F. «El segundo Protocolo de la Convención de 1954 para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, hecho en La Haya el 26 de marzo de 1999». *Revista española de derecho militar*, 2001, núm. 77, pp. 357-444.

de DIH ello se hace patente no solo en relación con aquellos países que no han ratificado alguno o todos los Protocolos Adicionales, sino con otros tratados más específicos como, por ejemplo, la Convención de Ottawa sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción. Un Estado que no haya firmado este tratado no tiene obligación ninguna de limitar la producción o utilización de este tipo de arma. En caso de conflicto armado entre este Estado y cualquier otro que sí haya ratificado este tratado, existe una clara diferencia en cuanto a los medios de combate que puede emplear uno y otro, y por tanto se da una disparidad en cuanto a las restricciones legales que vinculan a los adversarios.

Empleando un ejemplo de mucho más bajo nivel, pero mucho más habitual, nos encontramos con que, en las operaciones militares combinadas (bien sean en entorno OTAN, Unión Europea, ONU, etc.), no todas las fuerzas participantes se rigen exactamente por el mismo conjunto de disposiciones de uso de la fuerza, a pesar de que el conjunto de las Reglas de Enfrentamiento (ROE) sean las mismas para la totalidad de los componentes de la operación. Así, cada nación fijará sus limitaciones, sus *caveats* a las ROE, en atención a sus propios intereses políticos o a sus limitaciones legales internas, toda vez que las ROE carecen de rango normativo independiente y su contenido no puede colisionar con lo prescrito por tratados o derecho consuetudinario. Sería absolutamente imposible que las ROE derogaran el bloque normativo nacional o internacional sobre el uso de la fuerza y sus consecuencias<sup>96</sup>. De ese modo, un contingente de una nacionalidad va a disponer de una capacidad de acción que puede ser más amplia o más limitada que la de otro contingente que participe a su lado en la misma operación, y ello determinará sensiblemente su alcance táctico y operacional.

Sin embargo, en el lado contrario del espectro, por ejemplo China sostiene la inaplicabilidad de la totalidad del DIH, tanto en su carácter convencional como consuetudinario, a las operaciones en el ciberespacio, sean estas cuales fueren<sup>97</sup>. Se trata de una postura abiertamente contraria a la defendida por la OTAN y la Unión Europea<sup>98</sup>, y desde luego resulta

<sup>96</sup> ALÍA PLANA, M., «Las Reglas de Enfrentamiento (ROE)», *Cuadernos prácticos de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Escuela Militar de Estudios Jurídicos*, 2009, pp. 28-38, p. 33.

<sup>97</sup> EICHENSEHR, K., «International cyber governance: engagement without agreement?» *Just Security*, 2 de febrero de 2015, <http://justsecurity.org/19599/international-cyber-governance-engagement-agreement/>

<sup>98</sup> La postura de la OTAN quedó fijada en la Declaración de Gales de 5 de septiembre de 2014 ([http://www.nato.int/cps/po/natohq/official\\_texts\\_112964.htm](http://www.nato.int/cps/po/natohq/official_texts_112964.htm)) y la de la Unión

evidente la trascendencia de la decisión, máxime cuando el ciberespacio se ha convertido en uno de los ejes de la renovación de la defensa del país<sup>99</sup>.

#### 4.3. LOS PROBLEMAS DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN EL LAWFARE

Un último aspecto puede resultar controvertido en la delimitación del *lawfare*, y es el referido al sujeto activo. Se ha venido refiriendo que el *lawfare* busca el empleo del derecho como sustituto o complemento de medidas militares convencionales para la consecución de un objetivo estratégico u operacional. El mero hecho de tratarse de medios distintos al uso o amenaza de la fuerza permite por sí mismo que puedan acometer tal empeño otros sujetos más allá del ámbito estrictamente militar. No obstante, si atendemos a su naturaleza, el elemento teleológico es esencial, y por tanto *a priori* parecería que el *lawfare* ha de ser empleado por operadores jurídicos del entorno militar para la obtención de los resultados pretendidos.

A pesar de ello, se han proporcionado ya numerosos ejemplos en los que son sujetos ajenos a esta esfera quienes ejecutan acciones de ese tipo. Vemos que las acciones de otras instancias del Estado o sus representaciones ante organizaciones internacionales juegan un papel muy relevante. Las gestiones llevadas a cabo por el Departamento del Tesoro estadounidense y sus acciones legales contra el Gobierno de Irán y contra empresas que suministraban bienes y servicios a ese país pueden sin duda ser calificadas como *lawfare*, aunque dependiendo de los autores, unos prefieren esa denominación y otros la rehúyen, prefiriendo hablar de «guerra financiera» (*financial warfare*), llegando a afirmarse incluso que el Tesoro había abierto un nuevo campo de batalla para EE.UU.<sup>100</sup>.

En otro nivel se hallan los casos desarrollados por entes no relacionados ni dependientes de un gobierno, bien sean ONG, bien sean particulares. No obstante, el denominador común es el buscar involucrar la postura del Estado o reportar un beneficio a nivel no meramente particular, sino que abarque un ámbito superior. El ejemplo que se ha proporcionado de la ONG israelí Shurat HaDin no puede ser más evidente, si bien seguramente nada representativo, por cuanto se trata formalmente de una organización puramente privada pero con unos fortísimos vínculos con el gobierno, que en ocasiones le ha facilitado información y cauces que los abogados de la

---

Europea en su Estrategia Común de Ciberseguridad ([http://eeas.europa.eu/policies/eu-cyber-security/cybsec\\_comm\\_en.pdf](http://eeas.europa.eu/policies/eu-cyber-security/cybsec_comm_en.pdf)).

<sup>99</sup> Cf. HALPER, S., *China, the three warfares*. Op. cit.

<sup>100</sup> KITTRIE, O., *Lawfare...* Op. cit., p. 111.

ONG han podido emplear para actuar a título privado, pero manifiestamente en defensa de los intereses estatales<sup>101</sup>.

El supuesto que resulta controvertido es el que involucra a ciudadanos particulares (o personas jurídicas) que emprenden acciones legales a título privado, pero cuya trascendencia es generadora de efectos propios del *lawfare*. Habiendo declarado que se trata de una metodología basada en efectos, no puede perderse de vista la relevancia que ello tiene.

Se mencionaba con anterioridad el caso *Peterson vs. The Islamic Republic of Iran* en el que los familiares de las víctimas del atentado de Hezbolá en Beirut en 1983 demandaron a Irán y lograron que el Gobierno estadounidense se incautara de diversos activos iraníes. Se puede traer a colación un caso más discutible aún, en el que no se llegó a dar involucración gubernamental. La familia de Leon Klinghoffer, el pasajero en silla de ruedas que fue asesinado por terroristas del Frente de Liberación de Palestina durante el secuestro del *Achille Lauro* en 1985, demandó a la OLP, y tras varios años de litigio, lograron alcanzar un acuerdo económico<sup>102</sup>. Si bien se trata de un asunto *a priori* de naturaleza privada, el efecto de privar a la OLP de activos económicos (con su correlativa trascendencia estratégica) es motivo suficiente para algunos autores para considerar este tipo de acción judicial como *lawfare*<sup>103</sup>. La doctrina estadounidense en general es favorable a extender la subjetividad de la actividad a los ciudadanos particulares<sup>104</sup>, pero precisamente de ahí deriva toda la controversia de la que se lamentan los mismos autores acerca del «secuestro» del uso del término cuando otras personas emplean el sistema judicial o legal en detrimento de las instancias gubernamentales<sup>105</sup>.

En España se puede traer a colación el llamado «caso Couso», en referencia al periodista José Couso, muerto en abril de 2003 en Bagdad como resultado del disparo de un carro de combate estadounidense sobre el hotel donde se hallaba grabando con su videocámara. Sus familiares emprendieron acciones penales contra tres militares que integraban la cadena de mando en aquella operación<sup>106</sup>, en un litigio dilatado durante años y que sufrió

---

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 311.

<sup>102</sup> *Klinghoffer v. PLO*, 739 F. Supp. 854 (S.D.N.Y. 1990)

<sup>103</sup> KITTRIE, O., *Lawfare...* Op. cit., p. 54.

<sup>104</sup> SCHARF, M., y ANDERSEN, E., «Is Lawfare Worth Defining?». Op. cit., p. 20.

<sup>105</sup> DUNLAP, C. J., «Does lawfare...». Op. cit., p. 137.

<sup>106</sup> El teniente coronel Philip de Camp, al mando del Regimiento 64 de la Tercera División de Infantería Acorazada, quien dio la orden de disparo; el capitán Philip Wolford, que transmitió la orden; y el sargento Thomas Gibson quien, a bordo del carro de combate, realizó materialmente el disparo.

muy diversos avatares<sup>107</sup>. La Audiencia Nacional abrió diligencias previas en octubre de 2005 con una orden internacional de detención contra esos tres militares. La causa se archivó en marzo de 2006 a petición de la Fiscalía mediante auto, que fue recurrido ante el Tribunal Supremo, el cual estimó el mismo. Reabierto la causa en 2007, los militares fueron procesados por homicidio y delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, aunque la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en mayo de 2008 volvió a decretar el archivo por falta de jurisdicción, al estimar la argumentación de la Fiscalía que se basaba en no considerar el hecho como crimen de guerra, sino como una acción propia de conflicto armado sin revestir carácter delictivo. De nuevo recurrido el auto y revocado por el Tribunal Supremo, en mayo de 2009 el juez volvió a dictar auto de procesamiento contra los antedichos militares. La reforma operada en el artículo 23.4 LOPJ en relación con la jurisdicción universal<sup>108</sup> puso fin a la posibilidad procesal de continuar con el procedimiento, y así lo reconoció la Sentencia del Tribunal Supremo en el llamado asunto del Tíbet<sup>109</sup> al reconocer que «*los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero salvo en los supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas*»<sup>110</sup>. De esta manera, en junio de 2015 se decretó la conclusión del sumario del caso Couso<sup>111</sup>.

La repercusión de este sumario, con sus idas y venidas durante doce años, presenta una relevancia que va más allá de la mera persecución penal a título individual de los procesados o de las pretensiones de la acusación particular, puesto que desde Estados Unidos este proceso se percibió como

---

<sup>107</sup> Cf. GALINSOGA JORDÀ, A. (Ed.), *El conflicto de Iraq y el Derecho Internacional. El caso Couso*, Edicions Universitat de Lleida, 2013.

<sup>108</sup> Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

<sup>109</sup> Sentencia 296/2015, de 6 de mayo de 2015, Rec. 1682/2014. F.D. 29.

<sup>110</sup> Presenta esta Sentencia también un aspecto tangencialmente relevante en materia de *lawfare*, o al menos debatible como tal, y es el relativo a lo que supuso esta ley en el momento de su promulgación en las relaciones bilaterales entre España y China, con otro asunto pendiente en la Audiencia Nacional relativo a delitos presuntamente cometidos por el Gobierno asiático en la región del Tíbet. Ver SÁNCHEZ LEGIDO, A., «El fin del modelo español de jurisdicción universal», *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 27, pp. 2-40.

<sup>111</sup> Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 1 de la Audiencia Nacional, de 9 de junio de 2015, en el Sumario 27/2007.

un acto inamistoso por parte de España y desde diversas instancias académicas y diplomáticas surgieron multitud de críticas a la relación bilateral entre ambas naciones<sup>112</sup>. Supone un ejemplo de lo que la doctrina estadounidense entiende como *lawfare* que atenta contra los intereses nacionales y que es duramente criticado, como se ha hecho referencia ya anteriormente.

Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente académico, cabe reflexionar si los límites del *lawfare* no se ven sobrepasados por este tipo de acciones legales, desde el momento en que no atienden al elemento teleológico por la ausencia de legitimación del sujeto activo para la conducción de estas actividades. El caso Couso puede resultar el más evidente, pero los igualmente comentados casos Klinghoffer o Peterson coinciden en que el interés principal es la persecución de un fin a título individual, como puede ser la consecución de una condena penal o un resarcimiento económico. Sin embargo no buscan el fin estratégico u operacional que va ínsito a la naturaleza del *lawfare*, como sí ocurría con Shurat HaDin y la Flotilla de Gaza, por ejemplo.

Es necesario entonces adherirse a la corriente que sostiene que la denominación de *lawfare* para estas actividades resulta inadecuada, o que como mínimo concurre una metonimia y es necesario diferenciar el *lawfare* en sentido estricto en su acepción del empleo del derecho como herramienta auxiliar de los medios militares y un *lawfare* impropio empleado por personas ajenas a la esfera estratégica u operacional para la consecución primordial de objetivos particulares, con independencia de que puedan derivarse consecuencias relevantes en tal sentido. Mientras el primero constituye una labor que requiere un desarrollo académico y doctrinal que lo ponga al servicio de su destinatario práctico, la segunda categoría probablemente contribuya a añadir confusión conceptual acerca de la materia y parece recomendable evitar en la medida de lo posible referirse a ello como *lawfare*.

## 5. EL PAPEL DEL ASESOR JURÍDICO EN RELACIÓN CON EL LAWFARE

De todo lo que se ha expuesto hasta este momento cabe extraer una deducción no menos relevante por evidente, y es la importancia de que el

---

<sup>112</sup> BLANK, L. R., «A New Twist on an Old Story: Lawfare and the Mixing of Proportionalities», *Case Western Reserve Journal of International Law*, 43, 2011, pp. 707-738, p. 734.

mando militar o civil que adopte decisiones estratégicas u operacionales cuente con un adecuado asesoramiento jurídico de cara a las mismas. No ya únicamente con vistas a garantizar el cumplimiento de las normas que rigen los conflictos o las operaciones militares con carácter general, sino particularmente con la intención de que el derecho se incorpore con naturalidad como un elemento más de los disponibles para ayudar e informar la acción del mando.

De nuevo no constituye ello novedad alguna, pues el asesoramiento jurídico ha formado parte del apoyo al mando desde antiguo. Todo miembro del Cuerpo Jurídico Militar se encuentra familiarizado con la carta del duque de Alba a Felipe II pidiéndole le mande un auditor «...*pues estoy manquésimo sin él*<sup>113</sup>», así como la célebre expresión de Bartolomé Scarión de Pavía acerca de que «*los Auditores de Tercio deben ser letrados y más soldados que letrados*<sup>114</sup>». La integración del asesor jurídico en los estados mayores, planas de mando y centros decisorios en general va constantemente cobrando mayor relevancia y es una realidad cada vez más palpable<sup>115</sup>.

Ahora bien, el rol del asesor jurídico no puede constreñirse al mero señalamiento de conductas prohibidas o permitidas, a mero intérprete de las ROE o de las normas de DIH, ni limitarse a marcar los límites externos a la actuación militar, como se refería anteriormente, desde esa visión del derecho como marco de actuación, pero ajeno en sí mismo a la acción. No se le puede dotar de una simple misión validadora de conductas en una función binaria, señalando al mando qué acciones se hallan permitidas por la norma y cuáles no, esto es, indicando simplemente qué conductas van a llevar al mando o a sus subordinados ante un tribunal y qué acciones no lo harán. El papel del oficial auditor debe estar por el contrario encaminado a brindar al mando la opción legal más adecuada para cada situación, con base en sólidos motivos argumentados que justifiquen por qué esa es la mejor solución posible de todas las disponibles legalmente.

---

<sup>113</sup> Carta descifrada del duque de Alba a S.M. a 13 de abril de 1568. Archivo de Simancas, Legajo 539.

<sup>114</sup> SCARIÓN DE PAVÍA, B., *Doctrina militar en la qual se trata de los principios y causas porque fue hallada en el mundo la Milicia y cómo con razón y iusta causa fue hallada de los hombres y fue aprobada de Dios. Y despues se va de grado en grado descubriendo de las obligaciones y advertencias, que han de saber y tener todos los que siguen la soldadesca, començando del Capitán general hasta el menor soldado por muy visoño que sea*, 1598.

<sup>115</sup> ALÍA PLANA, M., «Concepto de Derecho operativo», en PÉREZ DE FRANCISCO, E. (Coord.), *Manual de Derecho operativo*, Marcial Pons, 2015, pp. 71-83, p. 80.

Pero para ello es necesario que el asesor jurídico se encuentre involucrado en todas las fases del proceso, tanto del planeamiento como de la ejecución de la operación. Dotarle de un papel consolidado y proactivo en todas esas fases ayuda no solo a que las operaciones se conduzcan con escrupuloso respeto al DIH, sino además a prevenir y evitar riesgos operacionales mediante la aportación de su particular visión y conocimiento específico. El cometido que el asesor jurídico puede desempeñar en términos de *lawfare* no debe ser desdeñado, pues es posible que ofrezca soluciones o puntos de vista derivados de su propia formación y experiencia y que no hayan sido considerados en otras instancias. Ello no sustituye, desde luego, a la acción de mando ni diluye la responsabilidad. Por el contrario, refuerza la actuación conjunta y redundante en el beneficio común. Como se señala desde algunos sectores, «los asesores militares parecen concebir el derecho de manera diferente a otros asesores gubernamentales o a los abogados civiles. En lugar de ver el derecho como una barrera para el ejercicio de las facultades de su cliente, lo entienden como el prerrequisito para el correcto ejercicio de las mismas. El derecho hace posible la “guerra justa” al crear un espacio definido en el que el soldado como individuo puede actuar sin tener que recurrir en exclusiva a su propio dictado moral personal<sup>116</sup>». Evidentemente la comprensión del alcance y extensión de las facultades de que dispone el comandante en el desempeño operacional resulta crítico en términos de *lawfare*, y la integración de las capacidades legales del mismo al servicio de la misión encomendada se convierte, en consecuencia, en un valioso activo que posiblemente todavía tiene que desarrollarse de manera más natural en el proceso continuo de la toma de decisiones.

Es obvio que el asesor jurídico debe ejercer su labor de manera independiente y ajustada a derecho en todo momento, no convertirse en un mero agente legitimador de las decisiones del mando, sean estas las que fueren. Es decir, el *lawfare* no puede ser empleado como excusa para una práctica contraria a derecho que luego sea argumentada con vistas a eludir la responsabilidad dimanante de la misma. Por «independiente» no se quiere referir que actúe por libre o sin sujeción alguna, sino por el contrario, que desde su capacidad profesional, se rija en su asesoramiento por el estricto cumplimiento de la legalidad, ajeno a presiones y velando por los principios generales de actuación y funcionamiento de la institución a la que sirve, tal y como se deriva con carácter general del artículo 82 PAI y

---

<sup>116</sup> SCHRAGGER, R. C., *Cooler heads: the difference between the President's lawyers and the Military's*, Slate, 2006, <http://www.slate.com/id/2150050/?nav/navoa>

como cabe inferir de la Instrucción 1/2009, de 17 de julio, del Asesor Jurídico General<sup>117</sup>, si bien es cierto que ello no se incluye expresamente en su lenguaje. Otros ordenamientos sí han formalizado prevenciones en tal sentido. Por ejemplo, en Estados Unidos, donde nace este *lawfare* que se está analizando, la *Defense Authorization Act* de 2005 incluye salvaguardas específicas para que sus asesores jurídicos presten un «asesoramiento legal independiente<sup>118</sup>». Ello no es incompatible con el *lawfare* o con la búsqueda de la solución legal más ajustada a la necesidad operacional concreta o más favorable a los intereses del mando, sino que precisamente debe reforzar ese sentido de independencia y de total confianza en que el consejo legal recibido por el asesor es el que mejor sirve a la misión encomendada<sup>119</sup>. Es en ese contexto en el que el asesor puede desarrollar esa vertiente que todavía, sin embargo, se encuentra falta de acogida o asentamiento doctrinal, la concepción instrumentalista del derecho con vistas a poder sacarle todo el partido que puede ofrecer en cuanto herramienta al servicio de un fin, y no solo su visión como marco limitador externo de una actividad.

Se trata, en definitiva, de una aproximación al derecho desde una perspectiva utilitarista, tal vez muy propia de la doctrina anglosajona, más que del derecho continental, pero que está impregnando la esfera militar merced a la práctica de las operaciones combinadas y la colaboración conjunta en el seno OTAN. Esa visión instrumental es algo que se da por sentado en la cultura legal anglosajona, particularmente estadounidense, y se percibe conscientemente como una herramienta para alcanzar un fin<sup>120</sup>. Ello se

<sup>117</sup> Correlativamente resultan de aplicación en sus ámbitos respectivos la Instrucción 65/2015, de 30 de diciembre, del JEMAD, la Instrucción 1/2016, de 7 de enero, del JEMA, la Instrucción 7/2016, de 9 de enero, del JEME y la Instrucción 4/2016, de 15 de enero, del AJEMA. Llama la atención que semejantes desarrollos sobre el asesoramiento jurídico los efectúen los jefes de Estado Mayor y no la Subsecretaría de Defensa, pero nuevamente se aleja del objeto del presente estudio.

<sup>118</sup> La Sección 574 concretamente tiene el siguiente tenor literal:

*No officer or employee of the Department of Defense may interfere with—*

*(1) the ability of the Judge Advocate General [and Staff Judge Advocate to the Commandant of the Marine Corps] to give independent legal advice to the Secretary of the Army [Navy; Air Force; Commandant of the Marine Corps] or the Chief of Staff of the Army [Air Force; Chief of Naval Operations]; or*

*(2) the ability of judge advocates of the Army [Navy; Marine Corps; officers of the Air Force who are designated as judge advocates] assigned or attached to, or performing duty with, military units to give independent legal advice to commanders.*

<sup>119</sup> Cf. HANSEN, V., «Understanding the role of military lawyers in the war on terror: a response to the perceived crisis in civil-military relations», *South Texas Law Review*, vol. 50, 2009, pp. 617-668.

<sup>120</sup> TAMANAHA, B., *Law as a means to an end: threat to the rule of law*, St John's University Law School, Nueva York, 2006, p. 7.

refleja en sus fórmulas legales, sus instituciones, su forma de entender las relaciones Administración/ciudadano y la manera de abordar las propias relaciones entre países. Aun cuando la práctica de cada nación sigue siendo distintiva y única, tanto en el campo operacional como en el puramente legal, es evidente que la permeabilidad que impone la realidad de las relaciones internacionales hace que las tesis y doctrinas cada vez conozcan menos de fronteras e informen las actividades en que las Fuerzas Armadas desempeñan en íntima colaboración en distintos escenarios.

Pretender, por tanto, mantenerse ajeno a la existencia del *lawfare*, a su aplicación y a las posibilidades que abre de cara al asesoramiento jurídico operacional es cerrar los ojos a la realidad. Que la doctrina española o europea continental acabe formalizando un *corpus* académico o siga tratando la disciplina de manera asistemática como hasta ahora no impide el hecho nuclear en sí, esto es, el empleo de herramientas jurídicas de diversa naturaleza para asistir a las operaciones militares, y en uno u otro modo todavía la doctrina y los prácticos del derecho operativo han de desempeñar un importante papel en su configuración de cara al futuro.

## 6. CONCLUSIONES

La relación entre derecho y conflicto armado no es nueva en absoluto, como tampoco lo es siquiera la instrumentalización del primero de cara al segundo. Sin embargo, la sistematización de esa actividad y su estudio y sometimiento a reglas académicas es algo que sí reviste un carácter innovador y a lo que no se ha prestado suficiente atención doctrinal. Es mucho lo que el campo jurídico puede aportar al entorno estratégico y operacional, y no solo desde la clásica visión asentada de proporcionar un marco general de actuación que sirva de límite externo, tanto en *ius ad bellum* como en *ius in bello*, sino en cuanto medio válido y legítimo que contribuya al desempeño de las operaciones militares precisamente en concordancia con el DIH y con esa finalidad declarada de evitar o minorar la causación de los males que inherentemente lleva aparejados el uso de la fuerza.

La agrupación bajo un *corpus* doctrinal unitario lleva varios años desarrollándose, pero aún resta mucho camino por delante para poder afirmar que el *lawfare* se ha constituido como una materia asentada y pacífica en la doctrina. El mal uso del término y su aplicación impropia a ámbitos que nada tienen que ver con los conflictos armados ha dificultado enormemente que se dé ese necesario paso. Emplear la palabra *lawfare* para referirse a la mera discusión en sede judicial de la contienda política o de otro tipo

resulta tan inadecuado como cualquiera de los otros usos coloquiales que podemos hallar del término genérico «guerra» en muy diversos ámbitos (guerra contra las drogas, guerra contra el terror). Debe rechazarse desde el campo académico el recurso a la expresión «guerra jurídica» o sus equivalentes para hacer referencia a cualquier otra acepción que no sea la específica del empleo del derecho como herramienta que complementa o sustituya a los medios militares convencionales en el uso de la fuerza, en los términos que se han expuesto.

Aunque podría ser técnicamente aceptable a efectos meramente descriptivos emplear la expresión «guerra jurídica» en español, en realidad la vaguedad del término puede acabar induciendo a mayor confusión y generar más desventajas que las proporcionadas por rehuir de una palabra extranjera. Dada la total ausencia de tradición de esta materia en España, parece razonable acoger el término *lawfare* y normalizar su uso, de la misma manera que se ha hecho con otros anglicismos, como *targeting*, por ejemplo, que se han incorporado al acervo lingüístico técnico en el ámbito militar.

La casuística del *lawfare* es enormemente variada. Resulta difícil de hecho buscar sus límites, pues caben tantas aplicaciones como capacidades tiene el derecho, lo cual lo convierte en virtualmente inabarcable, pues al impregnar todos los aspectos imaginables del espectro estratégico y operacional, puede encontrarse una multiplicidad de respuestas jurídicas para prácticamente cada supuesto que se quiera encarar. La doctrina no se ha preocupado particularmente de sistematizar o armonizar las variantes del *lawfare*, tal vez consciente de lo arriesgado de pretender encorsetar un campo tan abierto y variopinto. No obstante, sí parecería aconsejable delimitar una serie de categorías básicas a efectos ilustrativos. Ello contribuiría a facilitar la aproximación a la materia y a favorecer su comprensión de cara a promover su practicidad en el uso.

No debe perderse de vista cuál es la función del *lawfare*, la asistencia a las operaciones militares, bien en conflicto armado, bien en cualquier otro contexto. Por eso el destinatario final no es tanto el técnico en derecho como el mando militar o civil a quien aquel asiste. La posibilidad de emplear medidas de orden jurídico, sea cual sea la forma que acaben revistiendo, debe cobrar valor y ser puesta de manifiesto en el entorno de toma de decisiones. Un asesoramiento fluido y eficaz que brinde soluciones alternativas a aquellos problemas que de otra manera deberían enfocarse mediante el empleo de medios convencionales debe incentivarse en todos los niveles, particularmente en la fase de planeamiento operacional. Es por ello vital que el mando pueda diferenciar rápida y puntualmente cuándo se

enfrenta a una limitación legal y cuándo se le ofrece una opción jurídica para el cumplimiento de su cometido. La comprensión de la extensión y límites del mandato y función son vitales, pero sobre todo cobra relevancia la capacidad de abarcar conceptualmente aquellas medidas al alcance del mando y que en la práctica no se consideran en primera instancia por mero desconocimiento o por realizarse una aproximación más volcada en una concepción tradicional del uso de los medios militares.

No se puede desdeñar el valor del *lawfare* so pretexto de considerar innecesaria la sistematización del uso del derecho como herramienta o con el argumento de que no supone en verdad una aportación novedosa. Una mala percepción de la praxis del derecho por quienes son ajenos a la esfera jurídica influye en considerar el *lawfare* como un mero conjunto de triquiñuelas legales que conducen al abuso. El asesor jurídico operacional debe por ello involucrarse y poner de relieve las oportunidades y ventajas que ofrece el uso de las capacidades jurídicas de que se dispongan en cada momento.

En definitiva, aunque el escéptico pueda mirar con recelo la consagración de una disciplina relativa al uso del derecho como herramienta en las operaciones militares, existe ya una práctica internacional suficientemente asentada que demuestra que una adecuada aproximación a la materia representa una importante ventaja operacional, cuando no estratégica. Aunque queda todavía bastante camino por recorrer y es necesario un debate doctrinal tanto académico como práctico sobre las posibilidades que se abren, no se puede negar que el *lawfare*, en todas sus vertientes, es ya un hecho en los conflictos modernos.