

Encontrando la teleología del derecho internacional humanitario: análisis de los criterios de necesidad militar y comandante razonable en los bombardeos sobre Gaza luego de los ataques del 7 de octubre de 2023

Finding the Teleology of International Humanitarian Law: Analysis of the Criteria of Military Necessity and Reasonable Military Commander in the Bombing on Gaza after the Attacks on October 7 of 2023

Encontrando a teleologia do direito internacional humanitário: análise dos critérios de necessidade militar e comandante razoável nos bombardeios de Gaza após os ataques de 7 de outubro de 2023

Camilo Ramírez Gutiérrez*

Fecha de recepción: 24 de junio de 2024

Fecha de aprobación: 31 de julio de 2024

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14644>

Para citar este artículo: Ramírez Gutiérrez, C. (2024). Encontrando la teleología del derecho internacional humanitario: análisis de los criterios de necesidad militar y comandante razonable en los bombardeos sobre Gaza luego de los ataques del 7 de octubre de 2023. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 12, 1-40. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14644>

Resumen

Luego del 7 de octubre de 2023, Israel inició una ofensiva contra Gaza al declarar una guerra contra Hamas. Dicha conducta ha llevado a varios usos de la fuerza sobre bienes y población civil desde la premisa del uso legítimo de las leyes de la

* Profesor investigador de la Universidad del Bosque. Abogado especialista en derechos humanos y derecho internacional humanitario, magíster en derecho y candidato a magíster en filosofía de la Universidad Nacional de Colombia.

guerra (Laws of War). Este escrito explora el alcance de esta locución frente al marco jurídico internacional vigente del derecho internacional humanitario (DIH). En consecuencia, se valora filosóficamente la aplicación práctica de las leyes de la guerra respecto de algunas de las operaciones militares desplegadas por Israel luego del ataque de Hamas. Para ello se evalúan los principios de conducción de hostilidades y el criterio de “comandante razonable” desde un lente humanitario.

Palabras claves: humanitarismo; derecho internacional humanitario; Leyes de la guerra; Laws of War; conducción de hostilidades; principio de proporcionalidad; bienes de doble uso.

Abstract

After October 7, 2023, Israel initiated an offensive against Gaza by waging a war against Hamas. Such conduct has led to various uses of force on property and civilian populations under the argument of the legitimate use of the Laws of War. Therefore, this paper explores the scope of this locution in relation to the current international legal framework of IHL. Furthermore, this piece of text shows the consequence of the application of the humanitarian lens, from humanitarian principles and reasonable standards, in the conduct of hostilities during Israel’s military operations after the Hamas attacks.

Keywords: humanitarianism; international humanitarian law; Laws of War; conduct of hostilities; principle of proportionality; dual-use objects.

Resumo

Após 7 de outubro de 2023, Israel lançou uma ofensiva contra Gaza, travando uma guerra ao Hamas. Tal conduta levou a vários usos da força em bens e na população civil sob a premissa do uso legítimo do “direito de guerra.” Este documento, portanto, explora o escopo dessa expressão com relação à base jurídica internacional existente do direito internacional humanitário. Dessa forma, é feita uma avaliação filosófica da aplicação prática das regras de guerra quanto a algumas das operações militares realizadas por Israel após o ataque do Hamas. Para isso, os princípios de conduta das hostilidades e o critério do “comandante razoável” são avaliados por meio de uma perspectiva humanitária.

Palavras-chave: humanitarismo; direito internacional humanitário; direito de guerra; conduta das hostilidades; princípio da proporcionalidade; bens de uso duplo.

Introducción

Luego de los ataques de Hamas a la población civil y algunos puestos militares en Israel, la Fuerza de Defensa Israelí (FDI) inició una campaña de bombardeos sobre el norte de la Franja de Gaza que han dejado un alto saldo humanitario sobre la población y bienes civiles (Human Rights Watch, 2023). La razón de estos ataques podría resumirse en dos cuestiones de tipo militar: 1) desplegar represalias por los ataques efectuados por parte de la organización armada “terrorista” y 2) la “búsqueda” de una ventaja militar directa, concreta y anticipada, como es el exterminio de este grupo armado que representa un foco de inseguridad para el Estado de Israel (*Le Monde*, 2023).

Sin embargo, más allá de las cuestiones políticas que envuelven este conflicto armado internacional (CAI), en los términos del artículo 2 común a los Cuatro Convenios de Ginebra (CCG), varias preguntas surgen sobre las campañas de bombardeos contra los miembros del grupo armado Hamas. Por ejemplo, si los cuarteles de este actor armado, que son objetivos militares en términos del DIH, son subterráneos y por ende se encuentran bajo bienes civiles como hospitales o campos de refugiados, ¿cuáles son las obligaciones humanitarias que debe cumplir la FDI para atacar estos objetivos militares? o ¿qué papel juega la necesidad y el planeamiento militar en un escenario complejo como el de Gaza donde se tiene a los civiles circundando los objetivos militares?

Para responder a estos cuestionamientos, este escrito profundizará en primer lugar sobre el alcance de la expresión *leyes de la guerra* (Laws of War) usada por Israel para llevar a cabo sus ataques y justificar sus acciones a través de una necesidad militar y un correcto uso de ellas. Al respecto, se ahondará cómo se adoptó este marco jurídico, previo al DIH o *ius in bello* moderno, con el fin de dar cuenta de su base teleológica hasta 1949, momento en que se firmaron los CCG.

Con lo anterior, se establecerá la tensión entre la carga pragmática e idealista de las Leyes de la guerra, desde los primeros postulados a mediados del siglo XIX, a través de la regulación de la conducción de hostilidades y la protección de combatientes y participantes directos en ellas. En segundo lugar, se mostrarán las fórmulas desarrolladas desde las diferentes fuentes del DIH que dan elementos de resolución de la tensión entre la necesidad militar (pragmatismo) y el humanitarismo (idealismo) dentro del *ius in bello* moderno, que lleva a concretar una visión humanitarista de los conflictos armados. Además, se abordará el criterio de comandante razonable, el cual entabla un reconocimiento de la necesidad militar y su razonamiento en la planeación de las operaciones, dentro de las lógicas humanitaristas del derecho internacional de postguerra.

Finalmente, el último acápite mostrará que, en el caso de la operación “Iron Sword”, a pesar de las justificaciones de la necesidad militar, e incluso de superarse el principio de distinción en cada uno de los ataques y existir una ventaja militar directa, concreta y anticipada, las normas humanitarias consagradas luego de 1949, relativas a la conducción de hostilidades y protección de víctimas desde un sentido liberal-idealista, proponen una integración comprensible de la persona humana en el ciclo de evaluación del objetivo militar que habrían llevado a la suspensión de los ataques efectuados, como bloqueos y bombardeos, y, por tanto, detenido las violaciones al DIH

Por tanto, este escrito pretende, en primer lugar, tratar de encontrar el presupuesto filosófico o *telos*¹ del DIH que servirá de guía para la interpretación de las normas convencionales y consuetudinarias vinculantes a las partes en conflicto. En segundo lugar, luego de una reflexión teórica se analizarán desde el estándar determinado algunas de las operaciones militares desplegadas en Gaza entre octubre de 2023 y el primer trimestre de 2024. Debe precisarse que, dado que es un ejercicio académico y no judicial, las fuentes tomadas serán los reportes de Naciones Unidas (ONU) y algunas premisas expuestas tanto por Israel como por Sudáfrica en la actual demanda que cursa ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), así como los informes de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y algunas notas periodísticas sin que esto conlleve un sesgo académico, sino un análisis interpretativo del *ius in bello* moderno.

1. El razonamiento de las leyes de la guerra en los ataques al norte de Gaza luego del 7 de octubre de 2023

En la actualidad, Israel despliega una operación militar denominada Swords of Iron luego de que 1 300 israelíes fueran asesinados, 771 heridos y otros 244 rehenes hubieran sido tomados como rehenes por el grupo armado Hamas (Jewish Agency, 2023). La base de esta operación, en términos del presidente de Israel, son las leyes de la guerra y tiene tres objetivos: 1) expulsar a las fuerzas hostiles, es decir a Hamas; 2) reforzar otros frentes para que nadie se una por error a esta guerra y 3) “cobrarle” un precio inmenso al enemigo dentro de la Franja de Gaza.² Estos propósitos establecidos

1 Me referiré a *telos* en el sentido aristotélico, donde se asume que las cosas poseen un fin natural que explica su comportamiento u ontología (Aristotle, 2002).

2 “The Israeli response, Operation Swords of Iron, proved robust. Declaring ‘We are at war,’ Prime Minister Netanyahu announced three objectives: ‘clear out hostile forces;’ ‘reinforce other fronts so that nobody should mistakenly join this war;’ and ‘exact an immense price from the enemy within the Gaza Strip’” (Schmitt, 2023).

como finalidades estratégicas de la guerra o conflicto armado que se desarrolla actualmente en el territorio de la Franja de Gaza deben acoplarse en el nivel táctico, es decir, en la conducción de las hostilidades. Por ello establecer lo que Israel reconoce como las leyes de la guerra es imprescindible para comprender su despliegue militar.

Una hipótesis al referirse al cuerpo que regula la conducción de hostilidades, como las leyes de la guerra, podría implicar varias situaciones de tipo práctico y filosófico. Una de ellas es si esa alusión envuelve la negación del DIH, es decir, el no reconocimiento de cuerpos normativos convencionales y consuetudinarios que se desprenden del denominado sistema de Ginebra.³ Como se verá, las leyes de la guerra normalmente están asociadas con la necesidad militar y la toma de decisiones en un modelo pragmático de la conducción de hostilidades (Dworkin, 2023).

Ahora bien, para definir el alcance de los razonamientos que envuelven el contexto de las confrontaciones actuales en la Franja de Gaza, se debe señalar el marco jurídico vinculante firmado tanto por Israel como por Palestina. Para empezar, Israel y Palestina suscribieron los ccg de 1949, el primero en 1951 y el segundo en 2014. En el caso del Protocolo Adicional I (PAI) de 1977, Israel no lo ha ratificado, mientras que Palestina lo ratificó en el 2015. Sobre el Protocolo Adicional II (PAII), también de 1977, Palestina lo ratificó el mismo año. En el caso de la Convención de la Haya de 1954 sobre protección del patrimonio cultural en conflictos armados, Israel es parte desde 1954, mientras que Palestina se adhirió al tratado en marzo del 2012. Asimismo, a pesar de que Israel no ha enmendado el artículo 1 de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (ccw), sí ha ratificado los Protocolos I, II y IV adicionales de la misma. De igual manera, Palestina ratificó los Protocolos I, III y V.

Finalmente, en lo que se refiere a las leyes de la guerra, expresión que surge de las convenciones de la Haya, este derecho es vinculante a las dos partes en conflicto, ya que ha sido considerado como consuetudinario. No puede dejarse de lado, que la referencia a las leyes de la guerra siempre debe enlazarse con el concepto de “comandante razonable” ya que ha sido este el modo como los tribunales internacionales lo han entendido los usos de los dispositivos bélicos. Hay que decir que esta figura originalmente surgió de la profesionalización de la guerra desde el siglo XVII y está contenida en los núcleos de acción de los dos cuerpos normativos reseñados y, por tanto, es esencial en la revisión de las acciones bélicas dentro de la operación militar Iron Swords.

3 Se hace alusión a la codificación universal iniciada en 1949 con los ccc.

1. 1. Las leyes de la guerra

Para entender la legalidad de los ataques de la operación Iron Swords y cómo se ha interpretado la aplicación de las leyes de la guerra, es necesario establecer qué implica la expresión, su significado y su alcance. Estas fueron condensadas inicialmente en el sistema de instrumentos y declaraciones del periodo entre 1868 y 1907, y se prolongaron hasta los denominados Juicios de Nuremberg. Para entender su alcance y finalidad desde un sentido filosófico, es necesario considerar que estas regulaciones son hijas de su tiempo. Esto quiere decir que, si bien en su codificación se pueden rastrear las influencias de las tradiciones conceptuales de la modernidad europea, desarrolladas a través de los postulados de Vattel, Grocio y Rousseau, entre otros (Kalmanovitz, 2020), el resultado normativo y convencional responde a la premisa de que “la guerra ha sido la partera de la historia” y en este caso ha sido también la comadrona del derecho internacional de los conflictos armados.

En inglés, la expresión *Laws of war* es antigua; se remonta al reinado de Carlos I, con ocasión de la guerra civil que lo llevó a gobernar el Coromwell. En ese periodo, decretó las leyes y ordenanzas de la guerra que regían la conducta de las fuerzas armadas. De igual forma, en francés, la locución *lois de la guerre* puede ser ubicada dentro de la literatura previa al medioevo (Kolb, 1997, p. 560). Esto es clave para explorar el alcance teleológico de ese conglomerado de normas, que actualmente son citadas por varios Estados, como Israel o Estados Unidos, pues demuestra el entendimiento sobre el alcance de los usos de ciertos medios y métodos de guerra así como su definición contextual.

El escenario convencional de la expresión puede encontrar su fundamento en tres fuentes, por un lado, en los postulados del profesor ruso Fiódor Martens (Riepl, 2022, pp. 77-76), por otro, en la adopción de la Declaración de San Petersburgo y posteriormente en los convenios de La Haya de 1899 y 1907. Para el profesor Sassoli (2018), este *corpus iuris* no solo corresponde a las leyes de la guerra, es decir, no solo al cómo hacer la guerra, *ius in bello*, sino también al por qué hacer la guerra: el *ius ad bellum* (p. 36), lo que hace de estas regulaciones una cuestión compleja de utilizar, dado que su aplicación sobre el enemigo dependía de la legitimidad del conflicto bélico. Para la naciente comunidad internacional, el recurso de limitar la guerra a finales del siglo XIX estribaba en la voluntad política de los Estados y su reconocimiento del adversario.

Este elemento es crucial en las operaciones militares desatadas por Israel, que a través de argumentos de legítima defensa y de la connotación de terrorista del brazo militar de Hamas, trata de justificar su conducción de las hostilidades luego del 7 de octubre de 2023 en las antiguas leyes de la guerra. Como lo muestra Nabulsi

(1999), parte del raciocinio de las leyes de la guerra se enmarcaría en el sentimiento de los Estados en el siglo XIX sobre la “guerra de guerrillas” que constituía una forma de atrocidad que negaba los derechos del adversario, que se instauró como el principio de reciprocidad (p. 4). Esta situación es homologa a lo expresado por Israel sobre las actuaciones de Hamas, a quien considera un enemigo ilegítimo, por tanto, podría deducirse fuera de la aplicación de las leyes de la guerra.

Sin embargo, incluso llegar a ese razonamiento inicial de las leyes de la guerra no fue pasivo para los Estados. En los años posteriores a la Conferencia de Bruselas de 1874, que terminó con un simple documento declarativo: “Declaración de Bruselas”, y que por tanto fracasó en la consolidación de un tratado internacional que contuviera las leyes de la guerra, los sentimientos de los nuevos Estados nacionales sobre su legitimidad de llevar a cabo la empresa bélica fueron demasiado fuertes ante la comunidad internacional. El Ministerio de Defensa de Prusia señaló que los ejércitos preferían unas leyes de la guerra no codificadas, por lo que, de los proyectos elevados en Bruselas sobre un derecho positivo, que dieron lugar al *Manual de Oxford* de 1880, que ya trataba la tensión entre necesidad militar y humanidad, solo debía decirse que “la acción militar absoluta en tiempo de guerra es una condición indispensable para la victoria militar” (Nabulsi, 1999, p. 9). En tal sentido, para la potencia centroeuropea, unas leyes de la guerra no codificadas que premiaran la legitimidad de los Estados para hacer la guerra y que en el desarrollo de esta atendieran a sus necesidades militares era el marco ideal de regulación para el contexto que se estaba viviendo.

En tal sentido, von Moltke, héroe de guerra prusiano y reconocido por su apuesta en la Conferencia de Bruselas, señaló en su libro *Perpetual Peace* al jurista Bluntschli:

las formas de la guerra son parte del orden constituido por Dios.
En la guerra son puestas en escena las más nobles virtudes, el coraje,
la abnegación, la fidelidad del deber y el espíritu de sacrificio con el
peligro de la vida en sí mismo, por lo que sin guerra la humanidad
se hundiría en el materialismo (Nabulsi, 1999, p. 9).

Esta dimensión impuesta por delegados del Imperio alemán es fundamental, ya que junto al Imperio ruso jugaron un papel esencial en la concepción inicial de las leyes de la guerra durante la Conferencia de Bruselas y, posteriormente, en La Haya.

1. 2. Finalidad de las leyes de la guerra: restringir los usos de medios y métodos de guerra

A pesar de la huella de la reciprocidad y necesidad militar en el (moderno) marco jurídico emergente, las reglas de la guerra tuvieron éxito a través de las Conferencias de la Guerra y la Paz de La Haya, ya que se establecieron en el ámbito

internacional a través de tratados internacionales multilaterales entre los Estados europeos, cuestión que inició con otro tratado internacional perteneciente a este género: la Convención de Ginebra de 1864, que por el auspicio de Henry Dunant (Forsythe, 2005, p.18) y el Consejo Suizo, dio apertura a un camino de formalización de los límites de la guerra. Esta empresa se reforzó por la existencia de varios escenarios bélicos, como la Guerra franco-prusiana (1870-1871), el *Alabama case* (1862-1872), correspondiente a una controversia arbitral entre Reino Unido y Estados Unidos durante la Guerra Civil estadounidense (ONU, 2012), así como a la denominada Guerra de los Boers (1880-1881). Además de las controversias concomitantes a las conferencias, como el desarrollo de la Guerra ruso-japonesa (1904-1905) y las confrontaciones en Marruecos de 1906 entre las potencias coloniales (Francia, Alemania y Reino Unido), que por lo demás determinaron las posiciones diplomáticas de estos Estados (Mulligan, 2017).

Estas conferencias consiguieron que se formara un cuerpo jurídico internacional que restringiera el uso de la fuerza de los Estados en pleno auge de los desarrollos tecnológicos armamentistas —medios de guerra—. Su fundamento fue la presión de Rusia en 1868 en la Declaración de San Petersburgo, en la cual los firmantes acordaron la prohibición de cierto tipo de municiones que produjeran daños innecesarios o superfluos a los combatientes, como, por ejemplo, los proyectiles con cargas inflamables⁴ (Kolb & Milanov, 2019, p. 524) o la restricción de las armas que produzcan fuego en la superficie como el napalm o los lanzallamas (Ramírez-Gutiérrez & Saavedra, 2022, pp. 540-542).

En el proyecto de Declaración de Bruselas de 1874, relativo a “las leyes de la guerra terrestre”, se propusieron algunas normas sobre estas “nuevas” leyes y costumbres de la guerra, que impactaban directamente en el control de armas.⁵ No obstante, ese instrumento, por la fortaleza de la visión alemana sobre la guerra, no fue ratificado, a pesar de sus 56 artículos dirigidos a la reglamentación de la guerra, especialmente los artículos 12, 13 y 14, que pretendían referirse a los medios para herir al enemigo (ICRC, 2023), que fueron obviados por la falta de ratificación de los Estados.

Ahora bien, en la Conferencia de la Haya de 1899, Estados Unidos tuvo un papel preponderante, entre otras cosas, llevó a que los demás delegados tuvieran en cuenta y conmemoraran la influencia de Hugo Grocio en las deliberaciones sobre las leyes

4 “Las Partes contratantes se comprometen a renunciar mutuamente, en caso de guerra entre ellas, al empleo por sus tropas de tierra o de mar de cualquier proyectil cuyo peso sea inferior a 400 gramos y que sea explosivo, o que esté cargado con materias explosivas o inflamables” (DSP de 1868 con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra, 11 de diciembre de 1868).

5 Tanto la Declaración de Bruselas de 1874 como el Manual de Leyes y Costumbres de la Guerra de 1880 fueron las bases las dos convenciones de La Haya y de las regulaciones anexas de 1899 y 1907.

de la guerra (Nabulsi, 1999, p. 10). La sobre militarización de las potencias europeas condujo a que se adoptara el Reglamento de Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre —Laws of War—. Por esta razón, al inicio del siglo xx, la comunidad europea consolidó el IV Reglamento de La Haya relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (IV-CH) de 1907, el cual estableció, entre otros principios, la importancia de limitar las armas que causen males innecesarios.⁶

Sin embargo, algunos engranes teleológicos de las declaraciones de San Petersburgo y Bruselas no tuvieron el efecto esperado sobre la comunidad europea; por ejemplo, en las Reglas de la Guerra Aérea de la Haya de 1923 se omitieron algunos postulados de la Declaración de San Petersburgo y se permitió el uso de bombas incendiarias y explosivas.⁷ A pesar de existir un artículo que limitaba los castigos colectivos contra civiles, para el jurista Oppenheim (1912), en su reporte *International Law*, las convenciones de La Haya:

no previenen en las represalias sobre la parte beligerante de un territorio ocupado enemigo. Ya que cuando el enemigo cometa actos ilegítimos de guerra, las represalias podrían ser un recurso en contra de los civiles —como castigo colectivo—; aun cuando ni legal o moralmente fueran responsables por dichos ataques (pp. 175-176).⁸

Como se puede ver, a pesar de la creación de unas leyes de la guerra, su aproximación encontraba asidero en una visión utilitarista o pragmática, que hacía de la interpretación de los medios y métodos de guerra, un proceso consecuencialista donde las restricciones de la conducción de hostilidades están ligadas a la necesidad militar de la parte. No es de extrañar que desde este lente —la ganancia de la guerra—, algunas operaciones militares que recaen sobre civiles puedan ser justificadas, como se verá en algunos de los ataques de la operación Iron Sword.

Por otra parte, el Protocolo sobre la Prohibición del Uso en la Guerra de Gases Asfixiantes, Tóxicos o Similares y de Medios Bacteriológicos de 1925 creó una serie de reglamentaciones en ese nuevo armamento que son consideradas parte de estas leyes de la guerra. Este grupo de tratados y declaraciones son consideradas parte

6 Artículo 23. Además de las prohibiciones establecidas por Convenciones especiales, es particularmente prohibido: (a) Emplear veneno o armas envenenadas; (...) (e) Emplear armas, proyectiles o materias propias para causar males innecesarios; (...) (g) Destruir o tomar propiedades enemigas, a menos que tales destrucciones o expropiaciones sean exigidas imperiosamente por las necesidades de la guerra (IV-CH, 18 de octubre de 1907).

7 Artículo 18. No está prohibido el empleo de proyectiles trazantes, incendiarios o explosivos por las aeronaves o contra ellas. Esta disposición se aplica también a los Estados Parte en la DSP de 1868 y a los que no lo son (DSP de 1868).

8 Article 50. No general penalty, pecuniary or otherwise, can be inflicted on the population on account of the acts of individuals for which it cannot be regarded as jointly or severally responsible.

del derecho internacional consuetudinario, por lo que no se necesita que todas hayan sido ratificadas por los Estados debido a su aceptación y uso constante en las confrontaciones bélicas (Sassoli, 2018, p. 36). Esta afirmación ya ha sido probada en su uso durante los Juicios de Nuremberg, donde se indicó que si bien en las confrontaciones entre Alemania y la Unión Soviética no eran aplicables convencionalmente el IV-CH de 1907 o la Convención de Ginebra de 1929, pues una de las partes no las había ratificado, lo cierto es que esas reglas “eran expresiones del derecho internacional aceptado por parte de las naciones civilizadas del mundo” y por tanto fueron objeto de las valoraciones hechas por los tribunales militares (IMT, 1946).

En ese sentido, las reglas de la guerra son el primer intento convencional de los Estados por limitar la actividad bélica, establecidas como normas pertenecientes a la costumbre internacional, a la necesidad militar, al principio de distinción y a la prohibición de causar sufrimientos innecesarios y daños superfluos (Solis, 2016, p.53). Tal y como se desprende del preámbulo de la Declaración de San Petersburgo:

la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo; Que, a este fin, basta con poner fuera de combate al mayor número posible de hombres; Que esta finalidad quedaría sobrepasada por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o bien harían que su muerte fuese inevitable; Que el empleo de tales armas sería, a partir de este momento, contrario a las leyes de la humanidad.⁹

Como se observa, esos párrafos contienen la concepción central de la conducción de hostilidades en el mundo moderno, pues solo está dirigida al debilitamiento del enemigo. No obstante, el problema de San Petersburgo y todas las leyes y costumbres de la guerra es que no son explícitas frente a la yuxtaposición de civiles y objetivos militares, en contraste con las normatividades humanitarias posteriores (Riepl, 2022, p. 38). Por ello, para las naciones, las antiguas leyes de la guerra no estaban limitadas en los escenarios donde era evidente la presencia de la necesidad o de la ventaja militar.

Esto es demostrado en la práctica, entre 1914 y 1918, durante la Primera Guerra Mundial, cuando los Estados se sintieron libres de utilizar, por ejemplo, gas venenoso en la conducción de represalias, lo cual no estaba prohibido por las convenciones

9 El texto auténtico de la Declaración de San Petersburgo en Francés señala: “Que le seul but légitime que les Etats doivent se proposer, durant la guerre, est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi; Qu'à cet effet, il suffit de mettre hors de combat le plus grand nombre d'hommes possible; Que ce but serait dépassé par l'emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat ou voudraient leur mort inévitable; Que l'emploi de pareilles armes serait, dès lors, contraire aux lois de l'humanité” (ICRC, 1996).

de la Haya de 1899 y 1907. Sobre este punto resulta curioso ver que alguna doctrina sobre las leyes o costumbres de la guerra, como el *Manual de Oxford*, señalaba que las represalias de parte de los beligerantes estaban permitidas, y si el daño causado por una parte era serio, se podían tomar medidas para que el enemigo entendiera las trasgresiones al derecho de hacer la guerra, a través de un contrataque en represalia (Rielp, 2022, p. 77).

Este punto es interesante ya que para Estados Unidos, China y Siria la prohibición de represalias con el uso de gas venenoso no está prohibido y, por tanto, respecto al Protocolo de Ginebra de 1925 retuvieron su firma, al hacer una reserva sobre el tratado internacional. En tal sentido, algunos expertos como Greenwood (1989) y Darcy (2003) consideran que el uso del gas contra combatientes enemigos podría llegar a ser legal bajo las leyes de la guerra (Rielp, 2022, pp. 77-76).

Estas contradicciones a la intención de limitar los usos y medios de la guerra se ven reflejados durante todo el inicio del siglo xx en los casos de las dos guerras mundiales, donde hubo una terrible carnicería de combatientes y civiles, que evidenció la falta de un estándar de humanidad en el derecho internacional. En efecto, durante la Segunda Guerra Mundial, las leyes de la guerra se vieron afectadas. En 1940, tanto los alemanes como los británicos iniciaron campañas de bombardeo sobre las ciudades de Londres y Berlín; en el caso de la Fuerza Aérea Real se ordenó bombardear “objetivos” militares en el centro de Berlín (Adams, 1994). Estas estrategias de bombardeo sobre ciudades desataron un irrespeto o uso equivocado de las leyes de la guerra contra civiles de todas las partes en conflicto bajo las premisas de la necesidad militar. Así, por ejemplo, en los dos lanzamientos de bombas atómicas por parte de Estados Unidos contra Japón se justificaron las acciones bajo “la necesidad militar”, en tanto esto permitiría acabar la guerra con la rendición del ejército japonés y reducir las bajas humanas en el frente (Adams, 1994, p. 108).

Estos casos en vigencia de las leyes de la guerra son llamativos en tanto se dirigen a algunos debates filosóficos sobre la conducción de hostilidades, como el derecho a proteger a las propias tropas (Parsons, 2020, p. 232); la ausencia de un principio de proporcionalidad, como el existente en el derecho de Ginebra, ya que varias de las operaciones militares se conducían en referencia al principio de proporcionalidad, derivado del *ius ad bellum*, y, finalmente, el alcance de la justificación de la guerra de cara al principio de necesidad militar.

Esto contrasta con una protección parcial del marco normativo de las leyes de la guerra; al revisar el artículo 2 de la Convención IV relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de la Haya de 1907, se lee: “[l]as disposiciones contenidas en ese Reglamento, así como en la presente Convención, no son aplicables sino

entre las Potencias Contratantes y únicamente si los beligerantes son partes en la Convención”.

Así entonces, el derecho internacional que surgió a finales del siglo XIX e inicios del XX tenía una connotación política muy fuerte; como indica Mulligan (2017, p. 18), los Estados europeos querían dejar su marca o legado en las codificaciones y, en tal sentido, incluso las interpretaciones normativas estaban sometidas a las visiones políticas de los entes gubernamentales. Esta precisión es clave para entender que esta primera génesis convencional multilateral del *ius in bello* conservaba una carga subjetiva relacionada con la identidad de los Estados y con la incompleta separación del *ius ad bellum*. En tal sentido, cuestiones como el estatuto del combatiente, la prohibición de represalias contra la población civil, el reconocimiento de grupos armados no estatales o la aplicación de estas disposiciones mínimas dependían de primera mano de la configuración del “estado de guerra” —reciprocidad—, así como del reconocimiento de beligerancia, lo que afectaba el estatus jurídico de la contraparte y, por tanto, el modo como se trataba en la confrontación. Ese naciente modelo liberal del derecho internacional estaba sujeto a una visión utilitarista o pragmática servil a los intereses de los Estados, en lugar de ser una limitación de ciertas acciones contrarias a la preservación de la vida e integridad de la humanidad como un fin en sí misma.

1. 3. Distinción de los objetivos militares y la población civil en las leyes de la guerra

El carácter utilitarista de las leyes de la guerra no obvió ciertas directrices sobre cuál debe ser el tratamiento a los objetivos militares respecto de la población y bienes civiles. Como se indicó previamente, la versión *sui generis* de distinción, es uno de los principios sobre los que se estructuró la Declaración de San Petersburgo: “la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo”. Al respecto, dos finalidades o fundamentos filosóficos se desprenden, por un lado, el uso de medios y métodos de guerra debe estar dirigido no en contra de la población civil sino en contra de los miembros de las partes en conflicto, y, por el otro, el cumplimiento de las leyes de la guerra en todo caso está dirigido a la satisfacción de la necesidad y ventaja militar.

Este razonamiento se formó en la conciencia de las naciones europeas con pensadores como Hugo Grocio quien estableció que “uno debe tener cuidado de ser lo más justo posible, de prevenir la muerte de personas inocentes aún por accidente”.¹⁰ Así mismo, el padre Francisco de Vitoria formuló el principio de distinción y proporcionalidad con bastante claridad:

10 “One must take care, so far as is possible, to prevent the death of innocent persons, even by accidents.”

Se ha de prever que en la guerra no se sigan mayores males de los que por ella se hayan de evitar. Por tanto, si para conseguir la victoria principal en una guerra representa poco el atacar una fortaleza o una ciudad en que hay una guarnición enemiga y allí se hallan muchos inocentes, no parece lícito que para combatir a unos pocos culpables se pueda matar a muchos inocentes, incendiando, empleando máquinas o de cualquier otro modo, porque indiferentemente perecerían inocentes y culpables (Valencia Villa, 2007).

No obstante, estos axiomas de la restricción de medios y métodos en la búsqueda de la derrota del enemigo, si bien contemplan una limitación en los daños superfluos e innecesarios sobre quienes cometen o conducen las hostilidades, no mencionan de forma directa la suerte de los civiles. De ahí que las represalias en algunas circunstancias sean permitidas en contra de estos, si la guerra era ilegítima o no cumplía con las disposiciones convencionales. En ese sentido, el Reglamento de Guerra Terrestre establece en el artículo 2:

los habitantes de un territorio no ocupado que al aproximarse el enemigo tomen espontáneamente las armas para combatir las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo de organizarse conforme al artículo 1, serán considerados como beligerantes si llevan las armas ostensiblemente y si respetan las leyes y costumbres de la guerra.

Sin embargo, esto sugiere dos posiciones, una de tipo procedimental en cuanto a la aplicación de la convención y por tanto de las leyes de la guerra y otra que de manera más extensiva sugeriría que la conducción de hostilidades puede llevarse a cabo en contra de los habitantes de un territorio ocupado enemigo -población civil- cuando tomen espontáneamente las armas para combatir las tropas invasoras, y solo si estos respetan las leyes de la guerra -reciprocidad- se les tratará como beligerantes, de no ser así, no habrán límites para el uso de la fuerza.

Roberts (1994) recalca que la conformación de las leyes de la guerra estuvo mediada por los intereses de las potencias, como el papel de Rusia en la intención de limitar el creciente avance armamentístico de potencias como la norteamericana o las intenciones de los Estados Unidos de crear una corte de arbitraje para resolver las controversias bélicas, pero no por una motivación humanitaria (p. 121). Esto es curioso, pues como lo resalta el autor, para la prensa, estas convenciones y conferencias eran una intención de desarme, es decir, una estrategia para la paz o neutralización armada, más que la humanización de la guerra a través de su regularización.

Ahora bien, la protección de la población civil no estaba en el eje central de la regulación de las leyes de la guerra, como es evidente por la ausencia de una obligación de distinguir entre objetivos militares y población civil, como sí ocurre en el derecho contemporáneo. En contraste, el corpus de estas leyes establece la existencia de un principio de necesidad militar que, si bien desde San Petersburgo estaba en tensión con el principio de humanidad, se encuentra mayormente fundamentado dentro de las declaraciones y convenciones.

En expresión de esto, Gross (2022, p.23) menciona que el Código de Lieber de 1863, instrumento que puede ser tomado como parte de este cuerpo jurídico, a pesar de no ser un instrumento internacional, representa la conciencia de la época hacia la reglamentación de las guerras, incluso las internas, al señalar que el principio de necesidad militar es a la vez un concepto limitador y habilitante para la conducción de hostilidades, cuando menciona en el artículo 15:

toda destrucción directa de la vida y la integridad física de enemigos armados, y de otras personas cuya destrucción sea inevitable incidentalmente (...) permite la captura de todo enemigo armado, y de todo enemigo de importancia para el gobierno hostil, o de especial peligro para el captor enemigo armado y de todo enemigo importante para el gobierno hostil o que represente un peligro especial para el captor; permite toda destrucción de bienes y obstrucción de las vías y canales de tráfico, viaje o comunicación, y toda privación de sustento o medios de vida del enemigo.¹¹

Sobre lo anterior, Heller (2012) enfatiza que, a pesar de estos intentos por proteger a los civiles de los ataques directos, como fue indicado también por los Tribunales Militares luego de Nuremberg, en esas leyes de la guerra existía un vacío en materia de protección directa a personas y bienes civiles. Por ende, la referencia de Israel a este marco jurídico bajo las premisas del pragmatismo da lugar a un defecto de protección sobre la población civil, en tanto avala ciertas conductas tomadas durante la operación Iron Sword, ya que se cumple con postulados de necesidad y ventaja militar en contra de actores armados no estatales bajo las leyes de la guerra, cuestión que riñe con el derecho internacional contemporáneo como se pasa a demostrar.

11 Traducción propia.

1. 4. La visión humanitaria del sistema de Ginebra en los conflictos armados: una teleología para la guerra

Tannenwald (2017) indica en una nota de terminología que las leyes de la guerra modernas son una combinación entre el derecho desarrollado en La Haya y el derecho de Ginebra, que parte de los CCG de 1949 (p. 4). Sobre el primero señala que se focaliza en la legalidad de las armas y las reglas de combate; frente al segundo, afirma que este se encarga de la protección de las víctimas de los conflictos armados. Esto daría lugar a un único sistema de normas aplicables en la actualidad e intercambiables en su denotación.

A pesar de esa visión comprensiva, algunos académicos como Crawford *et al.* (2023) destacan que el uso de las leyes de la guerra ha sido algo que viene de la práctica estatal del siglo XVIII, mientras que el DIH y “el derecho internacional de los conflictos” son términos acotados en el siglo XX por parte del CICR. Unido a esto, las autoras exploran una cuestión determinante para ubicar la finalidad y el alcance de las normas que regulan los conflictos armados, esto es, el uso de parte de algunos Estados de los términos “leyes de la guerra” o “derecho internacional de los conflictos armados”, por encima del concepto de DIH. El uso del lenguaje que hacen las unidades políticas de manera consciente debe ser evaluado para establecer si se realiza a través de un camino neutral o si tiene alguna carga filosófica sobre el cuerpo jurídico aplicable a las confrontaciones bélicas.

El uso de ciertas expresiones dentro del derecho, como se vio con las leyes de la guerra, en muchas ocasiones tiene una carga histórica, política y social. Así, por ejemplo, lo deja ver Clapham (2021) al referir que la empresa internacional de codificación posterior a la Segunda Guerra Mundial ha llevado a proscribir el término *war* —guerra— del derecho convencional para sustituirlo por el término de conflictos armados con el fin de liberarse de las argumentaciones políticas que tenía el primer término ante la comunidad internacional. Esta conclusión no es fortuita o carente de referencia ya que, si se observan los artículos 2 y 3 comunes a los CCG de 1949, es posible determinar el cambio terminológico de las situaciones de violencia bélica por la expresión conflictos armados, sean internacionales o no, además de romper con una de las principales cargas de las leyes de la guerra como era la reciprocidad (Quiroga-Villamarín, 2024, p. 348).

Las académicas destacan que el uso del término DIH es opuesto en mayor medida luego de las Conferencias de Ginebra de 1949, durante los años sesenta con los primeros borradores de los Protocolos Adicionales a los CCG (p. 199). En ese contexto, Jean Pictet escribió en 1966 los principios de DIH y posteriormente refirió que era preferible la expresión derecho humanitario, ya que la de leyes de la guerra no tiene como

primer propósito proteger a los seres humanos en los conflictos. Así, en 1968, en la Conferencia de Terán sobre derechos humanos realizada por la ONU, famosa por el establecimiento de una confluencia de marcos jurídicos internacionales, DIH y derechos humanos, se indicó que el “derecho de los conflictos armados” es igual que el DIH (ONU, 1968).

No obstante, ha sido el CICR quien ha puesto como término preferente al DIH por encima del de las leyes de la guerra. La Conferencia de la Cruz Roja de 1969 enfatizó en esta connotación, señalando que desarrolla y afirma como costumbre la protección de la naturaleza humana. Por tanto, que el término haga referencia a que esas normas de los conflictos armados tienen claramente una naturaleza llamada a proteger a los seres humanos y la propiedad esencial para ellos es evidente, ya que su formulación fue por razones humanas, incluso oponibles en la materialización de la necesidad militar, a través de la conducción de hostilidades, el uso de ciertas armas, el tratamiento de los prisioneros de guerra y la prohibición de represalias contra los civiles (Crawford et al., 2023, p. 206).

Sin embargo, como señala Nabulsi (1999), el tránsito filosófico de las leyes de la guerra a las nuevas convenciones no fue pacífico (p. 16). Por ejemplo, la cuestión de quiénes eran combatientes o no, referido en especial a los partisanos y miembros de grupos armados no estatales estuvo en el centro de la discusión. En las leyes de la guerra solo los soldados profesionales tenían la garantía del estatuto de beligerancia. Sin embargo, Estados como Francia influyeron en una visión liberal de la nueva regulación, ya que sus partisanos como unidades de resistencia a la ocupación Nazi habían sufrido varias afectaciones, por lo cual debía garantizarse en las nuevas convenciones un tratamiento igual al de los ejércitos oficiales (Mantilla, 2017, p. 41).

Asimismo, en las notas preliminares a los CCG, el CICR señaló que para el momento de la Conferencia era “conveniente también, y sobre todo, elabora[r] un Convenio para la protección de las personas civiles, cuya carencia había tenido tan crueles consecuencias durante los conflictos” (pp. 19-20). Si bien esta última nota no tiene vinculatoriedad más que ser doctrina autorizada de parte de la institución técnica que promovió las convenciones e intervino en la Conferencia, muestra la intención o *telos* de las convenciones y del sistema del DIH, al ser ellos los arquitectos de este.

Mantilla (2017) destaca el rol que jugó la Unión Soviética en su actuación como extremadamente humanitaria, pues los diplomáticos querían mostrar la contradicción de los Estados Unidos y el Reino Unido, quienes defendían las libertades y la democracia, pero tenían una posición conservadora en el desarrollo del DIH (pp. 42-45). Esto llevó al reconocimiento de garantías a miembros de grupos armados no estatales en el artículo 3 común a los CCG, y la extensión de derechos a

la población civil, incluso de los territorios ocupados, que habían sido considerados en la Segunda Guerra Mundial como civiles del enemigo.

En el marco de dicha conferencia, en la cual participaron 59 Estados con poderes plenos y 4 observadores y tuvo la intervención de expertos del CICR, se gestaron los CCG: I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (I-CG); II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (II-CG); III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (III-CG), y IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (IV-CG), todos del 12 de agosto de 1949.

Los CCG al igual que otros instrumentos jurídicos tienen un *telos*, o como lo ha reseñado Buis (2022), en los tratados internacionales se “ha reconocido una aproximación funcional o teleológica, que privilegia el objeto y el fin del tratado en cuestión” (p. 49). Así, el artículo 31 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados contempla que este tipo de interpretación debe ser hecha “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Es así como en algunas de las resoluciones producidas por la conferencia se puede ubicar el sentido humanitario de las nuevas regulaciones de los conflictos armados. En la Resolución 8 de la Conferencia Diplomática de Ginebra del 12 de agosto de 1949 se determinó “que sus trabajos han inspirado únicamente preocupaciones humanitarias, formula el ardiente deseo que jamás tengan los Gobiernos la necesidad de aplicar, en el futuro, estos Convenios para la protección de las víctimas de la guerra”.

Sin embargo, como se indicó previamente, será en las conferencias posteriores, principalmente en las de 1976-1977 para la formulación de los PP. AA. a los CCG, cuando se va a establecer una visión unificada de las leyes de la guerra con el derecho de Ginebra y, además, un *telos* humanitario para la conducción de las hostilidades que reformó la cuestión de la necesidad militar. Por ello, la doctrina del CICR en la conducción de hostilidades propone un balance entre la humanidad y la necesidad militar, aun cuando algunos críticos consideren que esto es desacertado pues sujetar la conducta bélica al principio de humanidad contradice los propósitos de la guerra (Alexander, 2015. p. 19).

Como última cuestión, se suman a esta visión humanitaria o *telos* las diferentes interpretaciones que se pueden tener sobre el cumplimiento de las reglas humanitarias desde una visión idealista del derecho internacional. Dejando de lado las

teorías críticas para atender un enfoque de valores concurrentes en los órganos internacionales, la perspectiva imperante en el uso del derecho humanitario es la racionalista, la cual entiende que la reglamentación de la guerra entre Estados (naciones civilizadas) se da por medio de los cuerpos jurídicos internacionales (Kant, 2012). Esta visión del DIH está dividida en dos bandos: los kantianos o idealistas, quienes creen en un orden jurídico universal y aspiracional que es obligante a todas las naciones por su esencia imperativa (Kelsen, 2023), y los utilitaristas o pragmáticos (Morrow, 2007), quienes consideran que si bien este ordenamiento puede ser universal, el cumplimiento de las normas se hace en dos vías: 1) la reducción de bajas de las propias tropas y 2) la connotación político-moral en sus relaciones con otros Estados, una visión basada en las lógicas expuestas en las leyes de la guerra. A pesar de la bifurcación, para ambos grupos de liberales, la limitación de la guerra a través del DIH se hace como un constructo de la sociedad internacional para reivindicar a la humanidad.

A este último punto de vista se suman los constructivistas (Gong, 1984), quienes consideran que el DIH fue producto de los tránsitos históricos de la práctica de la guerra, los cuales se sustentaron sobre los mitos de las naciones civilizadas y las bárbaras, para establecer unos mecanismos jurídicos con profundidad moral en la conducción de hostilidades, y cuya adecuación y cambio dependen de su tiempo. No obstante, a pesar de los puntos de vista filosóficos y políticos sobre lo que es el DIH, bajo la revisión histórica del desarrollo de los CCG, se tiene que este marco jurídico internacional compromete una empresa humanitaria —idealista— en la conducción de hostilidades que vincula la protección de la población civil como primer pilar y, consecuente con ello, se enarbolan las demás limitaciones a los medios y métodos de guerra, al tratamiento a capturados, a la administración de territorios ocupados y demás situaciones que se desenvuelven en medio de las confrontaciones bélicas. No es fortuito que la CIJ en el caso de los ensayos nucleares expusiera que “el principio de distinción es uno de los principios cardinales del DIH y un principio no trasgresible del derecho internacional consuetudinario” (Henckaerts & Doswald-Beck, 2009, p. 5).

En consecuencia, el *telos* del DIH o el objeto y propósito desde una visión normativa es la protección de la población civil durante los conflictos armados (Macak & Policinski, 2024, p. 415-16). Por tanto, las normas de los CCG y sus PP. AA., a diferencia de aquellas de las leyes de la guerra, no pueden ceder ante la sola existencia de necesidad y ventaja militar, pues la finalidad que persiguen y las sustentan son totalmente diferentes. En tal sentido, Israel, al ser un Estado parte de los CCG, debe cumplir con este presupuesto interpretativo al aplicar la fuerza letal en contra de la

población de Gaza, a pesar de que invoque las viejas leyes de la guerra durante su despliegue operacional.

2. El estándar de comandante razonable como dispositivo operativo del *telos* humanitario

Aclarada la coexistencia y diferencia de los dos términos, así como su *telos* luego de la Segunda Guerra Mundial, debe agregarse a este juicio operacional un elemento adicional y persistente en el desarrollo de la práctica de la guerra: el criterio de “comandante razonable”. Dicho precepto surge desde la profesionalización de los ejércitos y, precisamente, es el vehículo para definir la interacción entre la visión militar y los límites humanitarios de las hostilidades. Boddens (2020) indica que el comandante militar siempre debe hacer una evaluación previa del ataque, donde debe tener en cuenta toda la información razonablemente disponible al momento de planificar la operación (p. 173).

Aquí es donde el *telos* de las convenciones se enfrenta a la práctica de la guerra y, en consecuencia, surgen desafíos para la decisión militar. La tradición racionalista occidental nos plantea que toda actividad humana tiene una visión *a priori* y otra *a posteriori*, lo que nos conduce a tener un momento reflexivo en la toma de decisiones, incluso, en las relacionadas con operaciones militares que conllevan un proceso intelectual. Durante la Guerra de los Treinta Años, Gustavo Adolfo de Suecia estableció que “todo coronel o capitán debe comandar a sus soldados para hacer sus acciones bajo las reglas de la guerra” (Bassiouni, 1999), esto quiere decir, que el operador militar tiene la capacidad de fijar estándares sobre el uso de la fuerza bélica.

Así, por ejemplo, el Código de Lieber estableció en su artículo 19 que “los comandantes siempre que sea admisible tener información del enemigo y del lugar que tiene la intención de bombardear, así como de los no combatientes, y en especial de mujeres y niños, estos últimos pueden ser removidos de los ataques”.¹² Como se observa, la racionalidad en el despliegue de ataques bélicos es una de las construcciones sociales que las leyes de la guerra llevaron a cabo durante los primeros siglos de la modernidad. Además, el enunciado jurídico refleja lo que Clausewitz reconocía como una dialéctica entre las fuerzas físicas y las morales, como la continua contradicción y convergencia de la finalidad y los medios de la guerra (Howard,

12 Puede verse: “Section I : Martial Law -- Military Jurisdiction -- Military Necessity - Retaliation - Art. 19. Commanders, whenever admissible, inform the enemy of their intention to bombard a place, so that the noncombatants, and especially the women and children, may be removed before the bombardment commences. But it is no infraction of the common law of war to omit thus to inform the enemy. Surprise may be a necessity” (Lieber Code, 1863).

2002, p. 35), ya que oponen la necesidad de derrotar a los enemigos a los daños que puedan ocasionar sobre un inocente que no participa en el conflicto. Estas cuestiones siempre presentes en el razonamiento de un comandante deben atenderse desde las lógicas del derecho aplicable.

Para el filósofo Jon Elster (2008), la razón es la que se opone a las pasiones o a los intereses, así lo demuestra Seneca en *De la colera*, donde se da la oposición entre razón y pasiones, mientras que durante la revolución francesa Bruyere señala: “nada cuesta menos a la pasión que ponerse por encima de la razón” (p. 9). Este esquema sobre la razón o la racionalidad es importante en el accionar militar pues precisamente implica dejar de lado las pasiones o intereses propios, sean étnicos, nacionales o raciales, para, en consecuencia, en el ejercicio de la guerra tomar la mejor decisión dentro del sistema de reglas.

Esto se puede ver en la práctica, donde, por ejemplo, el Reporte *final de persecución* del comité establecido para revisar la campaña de bombardeos de la Organización del Atlántico Norte (OTAN) en contra de la República Federal de Yugoslavia señaló, entre otras cosas, refirió que la asignación de valores a la vida de civiles y de la ventaja militar va a ser diferente dependiendo de la persona a quien se le asigna un valor, por lo que deben tenerse en cuenta antecedentes, entrenamiento y motivos (Boddens, 2020, p. 173).

En ese sentido, el experto Solis (2016) recalca que, durante la Segunda Guerra Mundial, cuando el General MacArthur estaba defendiendo Manila en Filipinas y sus subordinados le solicitaron permiso para bombardear las posiciones del enemigo en la ciudad, este se reusó y les increpó: “ustedes probablemente podrían matar a los japoneses, pero en ese lugar hay miles de filipinos civiles quienes podrían morir también. El mundo tendría en sus manos el horror si nosotros hiciéramos algo como eso” (p. 296). El criterio de “comandante razonable” es fundamental para la valoración de estos casos, pues muestra que incluso en la guerra existen límites; si bien se tiene que el objetivo de esta es la derrota del enemigo, al menos desde la gestación de una conciencia pública internacional, esto no significa el arrasamiento o exterminio del mismo y de su población civil.

En ese orden, el historiador de la guerra John Keegan (2014,) indica que “el hombre guerrero no es un agente de voluntad desenfrenada, aunque en la guerra traspase los límites que la convención y prudencia material suelen imponer a la conducta. La guerra siempre es limitada, no porque el hombre lo elija, sino porque así lo determina la naturaleza” (p. 112).

Entonces, la restricción de la guerra es propia de la esencia de lo humano, pues atiende a una interacción del mundo con la experiencia, en este caso con los

vejámenes de la misma, como le sucedió a Henry Dunant en Solferino, o a las delegaciones rusas luego de ver las consecuencias de las balas expansivas. Por lo que el establecimiento de las leyes de la guerra y del DIH presuponen una idea de racionalidad humana producida a través de la reflexión de situaciones empíricas. Elster (2008) propone que la construcción de la idea de la razón depende de tres elementos: imparcialidad entre las personas, imparcialidad temporal y creencias racionales o bien fundadas.

Estas regulaciones conducen a un individuo racional, imparcial y establecido sobre un sistema objetivo de regulaciones que limitan esa dialéctica entre las fuerzas físicas y las fuerzas morales. Volviendo a Elster (2008), el actor racional “es el que actúa por razones suficientes” (p. 10). Esas razones son las creencias o los deseos a la luz de los cuales la acción aparece como apropiada; sin embargo, el filósofo diferencia entre “actuar conforme a la razón” y “actuar por buenas razones”, pues la primera es singular y objetiva y las segundas son plurales y subjetivas. Así, un comandante razonable tendrá imparcialidad entre las personas que hacen parte de los conflictos armados, sean civiles o combatientes, en tanto sus creencias racionales serán fundadas en el DIH.

En consecuencia, un estándar de “comandante razonable” no obedecerá a “actuar con buenas razones”, sino que será la acción tomada por el operador militar de acuerdo con “la razón”, lo que en la práctica implica otra serie de elementos como el conocimiento del DIH, como primer parámetro de actuación; en segundo lugar y derivado de ello, el deber de recoger la información suficiente y disponible para valorar la determinación en el ataque para que sea apropiada e imparcial, y, finalmente, el enajenamiento de pasiones e intereses, a pesar de que *prima facie* el desarrollo de la guerra imponga una carga en sí misma —necesidad militar— de derrotar al enemigo y proteger a su propia parte. Como se vio, el *telos* de las normas humanitarias surgidas de los CCG es la protección de la población civil, por lo que el comandante razonable deberá entonces valorar siempre este elemento al momento de desplegar cualquier medio o método de guerra. Situación que es cuestionable en la operación Iron Sword, como se verá más adelante.

2.1. El estándar de comandante razonable en la jurisprudencia

La primera vez que se identifica el estándar de “comandante militar razonable” es en el informe final sobre la persecución penal sobre la campaña de bombardeos de la OTAN sobre la Federación de Yugoslavia, cuando la fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) señaló que la aplicación del principio de proporcionalidad debía resolverse caso por caso y, por tanto, siempre sería necesario establecer si los valores considerados por los operadores militares frente a la

ventaja militar y a los daños de los no-combatientes, los consideraría un “comandante militar razonable” (TPIY, 1999, pp. 49-50). Esta visión fue retomada por el propio TPIY (2003) en el *caso Galic*, en el cual indicó:

en el establecimiento si un ataque fue proporcional es necesario examinar si una persona razonable bien informada en las circunstancias del perpetrador, haciendo el uso racional de la información disponible para él o ella, podría haber esperado los daños excesivos resultado de un ataque ordenado (pár. 58).

Ramírez Gutiérrez (2023) señala que “Para tal efecto, las circunstancias e impacto que se consideran razonables o previsibles dependen de los escenarios de la planeación, de quien decide y de quien lanza los ataques —en este punto es pertinente revisar las [Rules of engagement] (ROE)—”. Así las cosas, el estándar desarrollado por el TPIY en cuanto a la razonabilidad del ataque desplegado y la comprensión tanto de la ventaja militar concreta, directa y anticipada, así como de los posibles daños incidentales, es decir, la decisión tomada en la planeación y en la ejecución del ataque también lo hubiera hecho “una persona con buena y razonable información disponible por él o ella, y podría haber esperado —previsto— causas excesivas contra civiles como resultado del ataque” (TPIY, 2003, pár. 58).

En el *caso Prlic*, el TPIY reiteró el concepto en el análisis del ataque contra el puente de Mostar, el *Old Bridge*, al determinar que el impacto sobre la población musulmana de Mostar fue desproporcionado respecto de la ventaja militar directa, concreta y anticipada por la destrucción del puente, lo que obvia claramente la razonabilidad de la decisión militar (TPIY, 2013). En la sala de apelaciones del TPIY (2017) se mencionó que “los elementos de una destrucción sin sentido no son justificados por la necesidad militar, y que esto viola las leyes y costumbres de la guerra” (2017).

Como se ve, la jurisprudencia adopta una posición de racionalidad y cumplimiento del fin humanitario de las normas que conducen las hostilidades, ya que la necesidad o ventaja militar en sí misma no conlleva la legalidad de las operaciones. Ahora bien, este concepto es plenamente jurisprudencial, ya que, si bien uno de los instrumentos más reglados es el PAI, este no contiene el criterio explícito de comandante razonable, por lo que su aparición es deducible de las decisiones citadas que consagraron este criterio de evaluación del planeamiento militar, a partir de los principios de distinción, precaución y proporcionalidad. Por tanto, desde al menos 1977 a nivel convencional se requiere del operador militar un análisis racional sobre la planeación y ejecución militar con el fin de que se cumpla con el balance entre la

necesidad militar y la humanidad (Ramírez Gutiérrez, 2023). De otra forma, las cuestiones prácticas de la guerra serían resueltas de manera sencilla a través del uso de armas indiscriminadas, como las bombas atómicas, que aseguran una destrucción total, o al menos parcial, y evitan costos militares a la parte. En el caso de Israel, este concepto ha sido adoptado en el derecho interno, en el sentido de que la noción de razonabilidad depende del nivel de experticia de quienes conducen las operaciones militares, por lo que, en dicho Estado, el estándar se considera ya no con el término de persona razonable, sino con el de comandante razonable (Israel Ministry Foreign Affairs, 2015).

3. Visiones humanitarias sobre la aplicación de los principios de distinción y proporcionalidad desde el estándar de comandante razonable en la Franja de Gaza

Determinado el marco normativo y teleológico aplicable y vinculante para las FDI, como es el DIH que agrupa tanto el derecho desarrollado en La Haya como el de Ginebra, los cuales tienen como objeto y propósito la protección de la persona humana, debe decirse que para valorar algunos de los ataques de la operación Iron Sword hay un gran conglomerado de instrumentos pertinentes en la revisión de usos de medios y métodos de guerra, como la Declaración de San Petersburgo, las Cuatro Convenciones de la Haya, los CCG y sus dos PP. AA. de 1977. Adicionalmente, otros instrumentos como la Convención de La Haya de 1954 o la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (CCW) de 1980 y sus PP. AA. entran dentro de este entramado jurídico internacional bajo la condición del *pacta sunt servanda*, es decir dependen de la ratificación de los Estados para su cumplimiento y exigibilidad.

Entonces, dado que Israel y Palestina han ratificado varias de las convenciones del *corpus iuris* internacional reseñado, ambos deben hacer aplicación de este en el desarrollo de las hostilidades. También es claro que Israel, por ejemplo, no ha ratificado algunos de los PP. AA. importantes para el desarrollo de la confrontación bélica como el PAI. Pese a ello, en los últimos 30 años, ha surgido una corriente de actualización y uso de la denominada costumbre internacional en los conflictos armados, donde a partir de la práctica reiterada y de la *opinio iuris* de los Estados se ha establecido de la mano de tribunales internacionales, como el TPIY y con el apoyo del CICR con su estudio de normas consuetudinarias, una identificación de reglas aplicables a las confrontaciones bélicas (Henckaerts, 2005).

Por consiguiente, la valoración de las operaciones militares, sean de los ataques individuales o en su conjunto, como sugiere el artículo 47 del PAI, deben tener una

valoración *ex ante* de la conducta bajo el tamiz de las reglas de distinción, precaución y proporcionalidad de la mano de la información disponible, además, en sus valoraciones subjetivas de lo que son la ventaja militar y los daños incidentales esperados, que debe tener como parámetro objetivo de razonabilidad la reducción y evitación de lesiones sobre los civiles en su máxima expresión (Ramírez Gutiérrez, 2023). Esto en la práctica se ve concretado con el uso del DIH y las ROE, bajo la noción explicada de razonabilidad, en un nivel de experticia de quienes conducen operaciones militares, es decir, lo que haría un comandante razonable (Israel Ministry Foreign Affairs, 2015, p.317). A continuación, desde el *telos* del DIH y del sistema de normas que rigen las confrontaciones en el territorio de Gaza revisaré algunos casos de conducción de las hostilidades desplegadas por el FDI.

3.1. Principios de distinción, precaución y proporcionalidad en el desarrollo de los ataques

El 12 de noviembre de 2023 iniciaron bombardeos masivos sobre el norte de Gaza, que dejaron al menos 1300 civiles muertos y otros 6000 heridos (Amnesty, 2023). Estos ataques pueden ser considerados como ataques indiscriminados y contrarios al principio de distinción y protección de la población civil parte del DIH consuetudinario como lo mencionó la CIJ (1996, par. 78-79). Es fundamental recordar que si bien Israel no ha firmado el PAI que consagra en su artículo 51.1. la protección de la población civil, como fue aludido, el sistema de reglas en los conflictos armados tiene como *telos* la protección de los seres humanos, en este caso la población civil.

Tannenwald (2017) resalta que dos principios básicos cobijan al *ius in bello*, el principio de discriminación o disensión y el principio de proporcionalidad. Sobre el primero se requiere distinguir en los escenarios de conflictos armados entre civiles y soldados o partícipes en las hostilidades, y entre objetivos militares y bienes civiles (p. 9). Sobre el segundo, se requiere un balance entre la ventaja militar buscada y el costo en términos de vidas. Desde el derecho consuetudinario el deber de distinguir en los conflictos armados tiene una dimensión amplia: 1) distinguir entre civiles y combatientes o partícipes en las hostilidades; 2) distinguir cuando es un actor armado de la población civil; 3) no usar escudos humanos; 4) no hacer actos de terror contra la población civil; 5) prever que estos no tengan un carácter indiscriminado sea por el objetivo militar que se está atacando o por el tipo de arma que se está usando al momento de lanzar ataques, y 6) no tomar represalias en contra de la población del enemigo (Melzer, 2016, p. 85).

Así, la normas 1, 2, 11 y 13 consuetudinarias identificadas por el CICR forman un núcleo de protección que no puede ser desentendido por Israel en sus ataques,

así invoque las leyes de la guerra. De tal modo, en los bombardeos iniciados en noviembre de 2023, se ha evidenciado la afectación de la infraestructura crítica, es decir, plantas eléctricas y de agua potable, así como centros hospitalarios y edificios de familias palestinas, con lo que se ha transgredido la primera obligación de los Estados en los usos de la fuerza durante los conflictos armados: el principio de distinción.

En gracia de discusión, el Estado de Israel fundamentó sus ataques en el uso de la legítima defensa, provisión propia del *ius ad bellum*. No obstante, en el marco del DIH, en sus reportes no se ha mostrado cuáles han sido las ventajas militares directas, concretas y anticipadas obtenidas o incluso la existencia real de objetivos militares cerca o debajo de la infraestructura civil. Al respecto, el ТРІУ en el caso *Stakic* señaló respecto de un ataque del ejército serbio sobre la población civil, personas y bienes, de Prijedor en Bosnia, que “la naturaleza y la extensión de la destrucción fue totalmente injustificada” a pesar de que el ataque se ocasionó luego de que un contingente paramilitar musulmán diera de baja a varios miembros de la tropa serbia. Para la Cámara de Decisiones, “las fuerzas militares entraron en una zona civil y destruyeron viviendas y comercios” sin justificación, como lo indicó uno de los militares expertos: ese acto fue “contrario a las normas de la guerra terrestre” (par. 281). Lo que muestra que el *ius ad bellum* no habilita el desconocimiento del DIH.

No obstante, para Israel, la conducción de las hostilidades se ajusta a las leyes de la guerra, así lo señaló en la respuesta a la demanda elevada por Sudáfrica, ante la CIJ por la posible comisión de un genocidio:

en primer lugar, el marco jurídico aplicable en Gaza es el [DIH] y no la Convención de Genocidio. Lo anterior lleva a que, en el escenario de guerra urbana, los daños incidentales civiles puedan ser una consecuencia intencional de los ataques a objetivos militares legítimos (...) existe un mal entendimiento de los hechos que obvian los esfuerzos de Israel de mitigar el daño y sufrimiento en la conducción de operaciones humanitarias (...) por tanto, el gobierno Israelí señaló que ha tomado la responsabilidad de proteger a los ciudadanos, desde los ataques del 07 de octubre, incluyendo aquellos que fueron capturados y tomados como rehenes. En consecuencia, Israel reclama que el derecho a su legítima defensa sea también evaluado en esta situación (CIJ, 2022a, par. 40).

Este raciocinio próximo a la visión clásica de las leyes de la guerra, donde la separación del *ius in bello* y del *ius ad bellum* no había sido completa, muestra una

interpretación de las normas humanitarias del Estado de Israel en la conducción de hostilidades, que se aleja de la visión adoptada en los CCG desde 1949, que en la práctica implica el aumento de las bajas de civiles. Al respecto, McMahan (2008) mantiene esa carga “moral” sobre la aplicación de las normas humanitarias y la guerra justa, pues, para el autor en los eventos donde “el enemigo” lleva a cabo una guerra injusta, esto implicaría el desconocer los límites morales o humanitarios de la guerra —*asymetric approach*— (p. 22). Esta aproximación llevaría a que en ciertas circunstancias las comunidades civiles de la parte en conflicto que se considera hacen la guerra injusta puedan ser atacadas, como lo han justificado en ciertas circunstancias las FDI; interpretación que en el DIH moderno no es permitida como se mostró en líneas anteriores por el *telos* que lo gobierna.

En un reportaje de Amnesty (2023), en el barrio Al-Zeitoun en Gaza, dos bombas cayeron en la cima de un edificio civil y lo derrumbaron, uno de los testigos indicó que estaba con su esposa embarazada, quien afortunadamente sobrevivió porque estaba en uno de los pisos superiores. En la investigación que hizo la ONG internacional, esta encontró por parte de los testigos que las FDI no alertaron sobre los bombardeos a los pobladores.

En otro reporte, Amnesty señala que, en un ataque aéreo del 10 de octubre, se dio de baja a una familia de 12 miembros entre los que se encontraban tres niños. Los miembros del ejército israelí señalaron que habían atacado objetivos militares de Hamas en la zona; sin embargo, no aportaron más información o pruebas de la existencia de esos objetivos militares. Como señala Turns (2016), hoy en día los intentos deliberados de aterrorizar a la población civil están prohibidos y con ello los denominados bombardeos de área, pues no separan a la población civil y sus bienes de los objetivos militares y, por tanto, son considerados ataques indiscriminados (p. 155). Así lo confirma la norma 13 del estudio consuetudinario que indica:

Están prohibidos los ataques mediante bombardeo por cualquier método o medio que considere como objetivo militar único una serie de objetivos militares claramente separados y distintos situados en una ciudad, pueblo, aldea u otra zona que contenga una concentración similar de civiles u objetos civiles.

Este análisis es esencial pues si Israel tiene la obligación de aplicar el DIH y dice aplicarlo así sea bajo la locución de las leyes de la guerra, debe distinguir entre la población palestina y los objetivos militares de Hamas. Además, desde el presupuesto de comandante razonable, es claro que un bombardeo sobre un barrio en donde

vive la población va a dejar mayor número de bajas civiles que ventajas militares concretas por lo que debe suspender ese tipo de operaciones militares que contrarían el *ius in bello*. Israel señaló:

[s]i bien es cierto que muchos civiles han sido evacuados a Rafah en los últimos meses, no es menos cierto que la ciudad de Rafah también sirve de bastión militar para Hamás, que sigue representando una amenaza significativa para el Estado de Israel y sus ciudadanos (CIJ, 2022b, par. 25).

Sobre lo anterior, un elemento que entra en juego a la hora de revisar la conducción de hostilidades son precisamente las interpretaciones sobre los principios de precaución y proporcionalidad. Como bien se dijo, Israel no es parte del PAI; no obstante, estas disposiciones que han sido confirmadas por la práctica de los Estados se encuentran dentro del derecho consuetudinario.

La norma que estructura el deber de proporcionalidad del ataque es la norma 14 del Estudio del CICR, tanto en situaciones de CANI como en CAI. La regla establece: “queda prohibido lanzar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista” (Henckaerts & Doswald, 2009, p. 46).

Bothe (1982) sostiene que esta regla-principio es inherente al principio de humanidad, el cual se hizo explícitamente aplicable al PAII en su preámbulo y a los CCG y, por ello, no puede ignorarse su aplicación (p. 678). Esta precisión es fundamental, ya que la aplicación del principio de proporcionalidad ha tenido una interpretación dual; por un lado, desde la visión utilitarista o pragmática, se ha establecido la doctrina del doble efecto (*double effect*), que contempla el sacrificio de vidas humanas por un bien mayor (Cohen & Zlotogorski, 2021, p.15). Por el otro lado, la concepción idealista limita el despliegue de operaciones militares que tengan un alto costo humano a pesar de las posibles ventajas militares. Está última como se explicó a lo largo del texto se acompaña con el *telos* de los CCG.

Además, en el ámbito convencional, los deberes de los comandantes están definidos dentro de los artículos 57 y 58 del PAI, donde se establecen directrices claras sobre la toma de decisiones en desarrollo del principio de precaución. También en el artículo 3. (8) (c) de la CCW. Por tal motivo, el establecimiento claro de las reglas de conducción de operaciones y su cumplimiento reflexivo de parte de quienes planifican y ejecutan operaciones militares son la garantía plena de llevar la guerra desde un espectro más ético y humano.

Según el medio Al Jazeera (2024), los bombardeos a Gaza se han mantenido, así lo confirmó la Oficina de la ONU para la Coordinación de Asuntos Humanitario (OCHA), que señaló que del 2 al 4 de febrero, 234 palestinos fueron asesinados y 343 habían sido heridos. Por otro lado, el ejército israelí ha llevado a cabo acciones destructivas en contra de las zonas residenciales en Gaza, estos ataques estuvieron concentrados sobre Deir el-Balah, lugar donde los palestinos se resguardaban.

En palabras de Gillard (2018), la regla o principio de proporcionalidad tiene especial relevancia en los conflictos modernos dado que su punto de impacto en la actualidad está en las locaciones urbanas en donde pueden concurrir personas y bienes civiles en inmediaciones de los objetivos militares (p. 8). No obstante, para esta investigadora no toda muerte es una infracción a la regla de proporcionalidad, ni todo daño puede ser catalogado desde el lente de proporcionalidad, en su criterio existen unas condiciones necesarias que deben comprobarse para hacer un análisis de proporcionalidad:

- El daño debe ser incidental, esto es que debe ocurrir en el curso de un ataque directo a un objetivo militar.
- El daño debe ser esperado, es decir, que se presupone su ocurrencia como resultado del ataque.
- Solo se trata de daños específicos contemplados por el DIH como son muertes, lesiones de civiles y daños a objetos civiles.

La proporcionalidad no es una prohibición absoluta en los ataques, ya que los comandantes militares tienen discrecionalidad en el planeamiento de las operaciones bélicas; no obstante, en virtud del derecho consuetudinario, la toma de decisiones no puede estar desprovista de ciertas reglas de limitación de violencia organizada en contra de la población y bienes civiles como lo es la no producción de daños colaterales excesivos al propósito militar definido. Así, dentro del espectro de uso de armas explosivas, el CICR (2023b), en virtud del *telos* humanitario, ha creado una serie de guías para el uso de armas pesadas en entornos urbanos que en el caso de Gaza no se han considerado. Lo anterior trae una fuerte responsabilidad de las autoridades castrenses, pues los superiores militares solo pueden efectuar sus operaciones después de haber tomado determinaciones razonables frente a “la relativa importancia de varios intereses a la luz de la real necesidad en la situación en cuestión” y desde el lente del humanitarismo.

3.2. Evaluación de protecciones especiales bajo el DIH

¿Qué hacer con los bienes de doble uso en escenarios complejos como la guerra urbana en el norte de Gaza?

El 2 de febrero de 2024 se reportó por parte de la Media Luna Roja hostigamientos al hospital Al-Amail, los cuales duraron 11 días consecutivos, así como el tercer asalto ocurrido por parte de las FDI. Sobre el particular se tiene que más de la mitad de los 2.3 millones de habitantes de Gaza se refugian en Rafah, algunos dentro del hospital (Al Jazeera, 2024). Los hospitales Al Nasser fueron bombardeados por el ejército israelí según han denunciado Médicos Sin Fronteras (*El País*, 2024).

Varios de los argumentos expresados por las autoridades israelíes han sido la presencia de bases subterráneas de Hamas en los hospitales. Sin embargo, a pesar de la posible presencia de miembros de grupos armados y, por tanto, de su connotación como objetivo militar, ante el DIH, las autoridades deben evaluar los principios de distinción, precaución y proporcionalidad, y determinar si a pesar de identificar un objetivo militar es razonable que un bombardeo supere la discriminación del ataque entre combatientes y civiles; por otro lado, que de ser plausible la identificación de un objetivo militar delimitado, el número de daños incidentales como la muerte, los heridos y la destrucción de los servicios sanitarios superan la ventaja militar directa concreta y anticipada.

Sobre este punto Israel ha indicado: “sigue adoptando medidas extraordinarias para reducir al mínimo los daños a los civiles palestinos en Gaza, en particular informando a los civiles de las operaciones previstas por las [FDI] en zonas específicas, estableciendo procedimientos claros y definidos de selección de objetivos a fin de alcanzar las necesidades militares requeridas reduciendo al mínimo los daños a los civiles” (CIJ, 2022b, par. 26). No obstante, las grandes cifras de víctimas reportadas en los diferentes ataques que componen la operación Iron Sword demuestran lo contrario. La CIJ (2022b) en su segundo pronunciamiento sobre medidas provisionales señaló:

la catastrófica situación humanitaria en la Franja de Gaza (...) corría grave riesgo de deteriorarse, se ha deteriorado, y lo ha hecho aún más desde que la Corte adoptó su Auto de 28 de marzo de 2024. A este respecto, la Corte observa que las preocupaciones que expresó en su decisión (...) con respecto a los acontecimientos en Rafah se han materializado, y que la situación humanitaria debe calificarse ahora de desastrosa. Tras semanas de intensificación de los bombardeos militares de Rafah, adonde habían huido más de un millón de palestinos

como consecuencia de las órdenes de evacuación israelíes que abarcaban más de tres cuartas partes de todo el territorio de Gaza, el 6 de mayo de 2024 Israel ordenó a casi 100.000 palestinos que evacuaran la parte oriental de Rafah y se trasladaran a las zonas de Al-Mawasi y Khan Younis antes de una ofensiva militar prevista. La ofensiva militar terrestre en Rafah, que Israel inició el 7 de mayo de 2024, sigue en curso y ha dado lugar a nuevas órdenes de evacuación. Como resultado, según informes de las Naciones Unidas, casi 800.000 personas han sido desplazadas de Rafah hasta el 18 de mayo de 2024 (par. 28).

A pesar de estos argumentos de Israel, bajo el estándar del comandante militar razonable y de las obligaciones —*telos*— derivadas del DIH, no resulta lógico ni legal lanzar ataques como los reseñados previamente, ya que las pérdidas que producen sobre la población civil superan de lejos cualquier ventaja militar. Así, por ejemplo, el Manual Internacional sobre Derecho Aplicable a la Guerra Aérea (MAMW) en su regla 14, consagra la regla de proporcionalidad en la conducción de hostilidades, entendida como la valoración *ex ante*, es decir, está inserta en la planeación de la operación militar, pues es pieza central de los ataques producto de un deliberado proceso de selección y fijación del objetivo.

Ahora bien, dado que los hechos son complejos porque incluso objetos civiles como hospitales, escuelas y campos de refugiados pueden convertirse en objetivos militares como indica la norma 8 consuetudinaria, ya sea por su naturaleza, ubicación, propósito o uso —si Hamás los utiliza con fines militares—. No puede olvidarse que incluso si se utilizan de este modo, debe realizarse un cálculo de proporcionalidad, donde la lógica humanitaria también es inherente a este principio. Así, de manera operativa, se exige que se alcance un equilibrio en el que el daño incidental a los civiles (vidas, lesiones o daños a sus objetos) no sea excesivo en relación con la ventaja militar prevista (directa, factible y concreta). El TPIY (2003a) sostuvo en el *caso Galíc*:

La obligación básica de preservar a los civiles y los bienes de carácter civil en la medida de lo posible debe guiar a la parte atacante a la hora de considerar la proporcionalidad de un ataque. Para determinar si un ataque fue proporcionado es necesario examinar si una persona razonablemente bien informada en las circunstancias del autor real, haciendo un uso razonable de la información de que disponía, podría haber esperado que el ataque causara un número excesivo de víctimas civiles.

Este caso estableció la norma del “mando militar razonable”, que resulta útil para examinar la tensión entre la necesidad militar y los objetivos humanitarios. Obliga a los mandos militares a utilizar toda la información disponible, las normas humanitarias y el sentido común a la hora de llevar a cabo una operación militar contra un objeto beligerante. Por consiguiente, la campaña de bombardeos de Israel en el norte de la Franja de Gaza no solo tiene propósitos militares, sino también consecuencias humanitarias. Por ejemplo, los ataques contra infraestructuras críticas, centrales eléctricas y hospitales han causado víctimas civiles, tanto directa como indirectamente. Ha habido críticas similares por parte de comentaristas en relación con las campañas de bombardeos en Irak, Afganistán y Serbia, donde hubo “un nivel inaceptablemente alto de bajas civiles, especialmente si se compara con el bajo nivel de bajas de combatientes de la fuerza atacante” (Byron, 2012).

En Irak, se criticaron los ataques contra objetos de doble uso, como una red eléctrica, que podían haber contribuido a la acción militar pero también afectado la vida civil. En este caso, la misma censura podría dirigirse a la operación de bombardeo en Gaza, que ha afectado a sistemas hidráulicos y hospitales. Los niños, que tienen derecho a un respeto y protección especiales en los conflictos armados, han sido los más afectados debido a la falta de acceso a agua, alimentos y atención sanitaria. Algunos académicos internacionales como Greenwood (1993) sostienen incluso que no existe una categoría intermedia de objetos de “doble uso” porque un objeto o es militar o no lo es. Otros autores como Rowe (2000) mantienen que los términos “contribución efectiva a la acción militar” y “ventaja militar definida” deben interpretarse de forma limitada. Una forma de hacerlo es a través del *telos* del objetivo humanitario del DIH, que es proteger a los civiles (Ramírez Gutiérrez, 2023).

Como ya lo había señalado el Reporte Goldstein (ONU, 2009), este tipo de operaciones desplegadas por Israel sobre Gaza desconocen el DIH, incluso bajo la premisa de las alertas anticipadas de bombardeos sobre la población civil, pues resultan muy poco efectivas para salvaguardar a la población. Al planificar las operaciones militares, las fuerzas armadas israelíes deben tener una visión humanitaria que se atenga a este *telos*. Por ello, incluso cuando un objeto civil se convierte en objetivo militar en el “ciclo de selección de objetivos”, sigue siendo importante definir de qué tipo de bien se trata (por ejemplo, un campo de refugiados, un hospital o una red eléctrica), evaluar cuántos civiles hay presentes, así como las consecuencias de un ataque contra este. Por ejemplo, un ataque contra una red eléctrica en Irak provocó el cierre de plantas de purificación de agua y de tratamiento de aguas residuales y “se desencadenaron epidemias de gastroenteritis, cólera y tífus que quizá causaron hasta 100000 muertes de civiles y duplicaron la tasa de mortalidad

infantil” (Rizer, 2001). Esto hace que, así como las unidades militares evalúan la extensión de la necesidad y de la ventaja militar al momento de planificar sus ataques, de la misma forma debe hacerse con las consecuencias humanitarias para cumplir con la finalidad del cuerpo jurídico humanitario.

Consideraciones finales

La interpretación del derecho que gobierna los objetivos militares y las afectaciones a los civiles es una tarea compleja que requiere la valoración contextual de cada operación militar. No obstante, la situación en Gaza es una violación del derecho internacional que va en contra del propósito de los redactores y firmantes del DIH, pues como se infiere de las operaciones a gran escala desplegadas en contra de bienes y poblaciones civiles, la manera en que Israel ha llevado la guerra no concuerda con la lógica humanitaria, ya que se le ha dado un sobre valor a la necesidad militar y a otros principios de las antiguas leyes de la guerra como la reciprocidad, la condición de “actor armado no estatal” de Hamas, así como, al *ius ad bellum*, en concreto, al derecho a la legítima defensa, para apoyar los ataques en el marco de la operación Iron Sword. Sin embargo, como se observó a lo largo del texto, existe un *telos* dentro de los CCG y sus PP. AA., que sobrelleva una visión más restringida de la conducción de las hostilidades. Theodor Meron (2000) indicó que las conferencias de Ginebra fueron la “humanización del derecho internacional humanitario”, pues ese marco jurídico universal proscribió elementos de las antiguas leyes de la guerra como la reciprocidad. Esta ruptura normativa de mediados del siglo XX coincidió con una disolución filosófica de posguerra que imprimió una fuerza especial al humanitarismo en el derecho internacional.

Desde entonces, el antagonismo entre humanidad y necesidad militar ha estado en una dialéctica incesante, con experiencias como Vietnam o la Guerra contra el terrorismo luego del 11 de septiembre de 2001, que han llevado a plantearse escenarios interpretativos de las normas humanitarias en un espectro internacional liberal, donde el pragmatismo y el idealismo están en una pugna hermenéutica sobre los límites de la violencia letal. A pesar de ello, no existe un desequilibrio a favor de los objetivos militares a expensas de los civiles. Las normas básicas del DIH de distinción, proporcionalidad y precaución necesitan una aplicación humanitaria o más civiles sufrirán bajo el cuestionable “uso” del derecho internacional. La conducción de las hostilidades debería presentar un desequilibrio entre la necesidad militar y la perspectiva humanitaria, privilegiando la segunda. Por lo tanto, los pueblos de todo el mundo deberían clamar por una perspectiva humanitaria del derecho internacional en la campaña militar de Israel. De lo contrario, con esta

inclinación hacia la necesidad militar por encima de los objetivos humanitarios más vidas acabarán innecesariamente.

Entonces, la visión humanitaria del DIH ligada a una razón objetiva sobre las actuaciones militares, se reduciría a los argumentos pragmáticos de quien haga uso de la fuerza letal. Superponiendo aparentes buenas razones, sobre el deber humanitario, es decir, en términos de Hume, se subordinaría la razón a las pasiones (Traven, 2021. p. 68).

Referencias

- Roberts, A. (1994). Land warfare: From Hague to Nuremberg. En M. Howard, G. J. Andreopoulos, & M. R. Shulman (Eds.), *The laws of war: Constraints on warfare in the Western world* (pp. 116-139). Yale University Press.
- Al Jazeera. (2024). Israel's war on Gaza: List of key events, day 119. <https://www.aljazeera.com/news/2024/2/2/israels-war-on-gaza-list-of-key-events-day-119>
- Alexander, A. (2015). A short history of international law. *European Journal of International Law*, 26(1), 109-138. <https://doi.org/10.1093/ejil/chv003>
- Amnesty International. (2023). *Damning evidence of war crimes as Israeli attacks wipe out entire families in Gaza*. <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2023/10/damning-evidence-of-war-crimes-as-israeli-attacks-wipe-out-entire-families-in-gaza/>
- Aristotle. (2002). *Nicomachean ethics* (S. Broadie & C. Rowe, Trans.). Oxford University Press.
- Bassiouni, M. C. (1999). *Crimes against humanity in international law*. Kluwer Law International.
- Boddens, J. F. R. (2020). *Rules of engagement and the international law of military operations*. Oxford University Press.
- Bothe, M., Partsch, K. J., & Solf, W. (Eds.). (1982). *New rules for victims of armed conflicts*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Buis, J. E. (2022). Los riesgos de una hermenéutica humanitaria: Minas antipersonales, actores no estatales e interpretación jurídica en la resolución Sai-Aoi-010-2019. In J. E. Buis & G. Ramírez Gutiérrez (Eds.), *El derecho internacional humanitario en la Jurisdicción Especial para la Paz, Volumen I* (pp. 29-90). Tirant Lo Blanch.

- Byron, B. (2012). International humanitarian law and bombing campaigns: Legitimate military objectives and excessive collateral damage. *Yearbook of International Humanitarian Law*, 176-211.
- Clapham, A. (2021). *War*. Oxford University Press.
- Crawford, E., Lukin, A., & Mowbray, J. (2023). The terminology of the law of warfare: A linguistic analysis of state practice. *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 14, 197-222. <https://doi.org/10.1163/18781527-bja10001>
- Cohen, A., & Zlotogorski, D. (2021). *Proportionality in international humanitarian law: Consequences, precautions, and procedures*. Oxford University Press.
- Darcy, S. (2003). The evolution of the law of belligerent reprisals. *Military Law Review*, 175(244), 212-213.
- Dworkin, R. (2023). Israel, Hamas, and the laws of war: European leaders agree that Israel has the right to defend itself as long as it complies with international law. It is time that they recognize the limits those laws set. European Council on Foreign Relations. <https://ecfr.eu/article/israel-hamas-and-the-laws-of-war/>
- Elster, J. (2008). *Razón y racionalidad*. Amorrortu Editores.
- El País. (2024). Tropas israelíes bombardean y asaltan el principal hospital operativo de Gaza. *El País*. <https://elpais.com/internacional/2024-02-15/tropas-israelies-bombardean-y-asaltan-el-principal-hospital-operativo-de-gaza.html>
- Forsythe, D. (2005). *The humanitarians: The International Committee of the Red Cross*. Cambridge University Press.
- Gong, G. (1984). *The standard of civilization in international society*. Clarendon Press.
- Greenwood, C. (1989). The twilight of the law of belligerent reprisals. *Netherlands Yearbook of International Law*, 20, 35-54.
- Greenwood, C. (1993). Customary international law and the first Geneva Protocol of 1977 in the Gulf conflict. In P. Rowe (Ed.), *The Gulf War 1990-91 in international and English law* (pp. 191-210). Routledge.
- Guillard, E. (2018). *Proportionality in the conduct of hostilities: The incidental harm side of the assessment*. Chatham House.
- Gross, M. (2022). The deaths of combatants: Superfluous injury and unnecessary suffering in contemporary warfare. In J. D. Ohlin, L. May, & C. Finkelstein (Eds.), *Weighing lives in war* (pp. 106-132). Oxford University Press.

- Grotius, H. (1625). *De jure belli ac pacis* (W. W. Buckland, Trans.).
- Henckaerts, J. M. (2005). Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict. *International Review of the Red Cross*, 87(857), 175-212.
- Henckaerts, J. M., & Doswald-Beck, L. (2009). *Customary international humanitarian law: Volume I, Rules*. International Committee of the Red Cross. Cambridge University Press.
- Heller, K. (2012). *The Nuremberg military tribunals and the origins of international criminal law*. Oxford University Press.
- Howard, M. (2002). *Clausewitz: A very short introduction*. Oxford University Press.
- Human Rights Watch. (2023). *Questions and answers: The humanitarian catastrophe in Gaza*. <https://www.hrw.org/news/2023/10/16/questions-and-answers-humanitarian-catastrophe-gaza>
- International Committee of the Red Cross [ICRC]. (n.d.). *Los cuatro convenios de Ginebra del 1 de agosto de 1949*.
- International Committee of the Red Cross [ICRC]. (1996). Declaración de San Petersburgo de 1868 con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra. <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-declaration-1864-st-petersburg.htm>
- International Committee of the Red Cross [ICRC]. (2023a). Project of an international declaration concerning the laws and customs of war. Brussels, 27 August 1874. Treaties, states parties and commentaries. <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/135>
- International Committee of the Red Cross [ICRC]. (2023b). Preventing and mitigating the indirect effects on essential services from the use of explosive weapons in populated areas.
- Jewish Agency. (2023). Israel at war: Swords of Iron. <https://www.jewishagency.org/war-in-israel-operation-iron-swords/>
- Kalmanovitz, P. (2020). *The laws of war in international thought*. Oxford University Press.
- Kant, I. (2012). *Sobre la paz perpetua*. Akai.
- Keegan, J. (2014). *Historia de la guerra*. Turner Noema.

- Kelsen, H. (2023). *Derecho y justicia internacional después de Nuremberg*. Trotta.
- Kolb, R. (1997). Origin of the twin terms jus ad bellum/jus in bello. *International Review of the Red Cross*, 320, 553-562.
- Kolb, R., & Milanov, M. (2019). The 1868 St Petersburg Declaration on explosive projectiles: A reappraisal. *Journal of the History of International Law*, 20, 515-537.
- Le Monde. (2023). Striking Hamas amid civilians: The Israeli army's impossible strategy in Gaza. *Le Monde*. https://www.lemonde.fr/en/international/article/2023/11/02/striking-hamas-amid-civilians-the-israeli-army-s-impossible-strategy-in-gaza_6222552_4.html
- Macak, K., & Policinski, E. (2024). In pursuit of a treaty's soul: A study of the object and purpose of the Fourth Geneva Convention. *International and Comparative Law Quarterly*, 73(2), 385-415.
- McMahan, J. (2008). The morality of war and the laws of war. In R. Rodin & H. Shue (Eds.), *Just and unjust warriors* (pp. 99-150). Oxford University Press.
- Mantilla, G. (2017). The origins and evolution of the 1949 Geneva Conventions and the 1977 Additional Protocols. In M. Evangelista & N. Tannenwald (Eds.), *Do the Geneva Conventions matter?* (pp. 17-43). Oxford University Press.
- Melzer, N. (2016). *International humanitarian law: A comprehensive introduction*. ICRC.
- Meron, T. (2000). The humanization of humanitarian law. *American Journal of International Law*, 94(2), 239-278.
- Morrow, J. D. (2007). When do states follow the laws of war? *American Political Science Review*, 101(3), 559-572.
- Mulligan, W. (2017). Justifying international action: International law, The Hague, and diplomacy before 1914. In M. Habbenhuis, C. E. Barber, & A. Higgins (Eds.), *War, peace and international order? The legacies of the Hague Conferences of 1899 and 1907* (pp. 12-30). Routledge.
- Nabulsi, K. (1999). *Traditions of war: Occupation, resistance, and the law*. Oxford University Press.
- Oppenheim, L. (1912). *International law*. Longman.
- Parsons, G. (2020). Walzer's soldiers: Gender and the rights of combatants. In G. Parsons & M. Wilson (Eds.), *Walzer and war: Reading just and unjust wars today* (pp. 231-257). Palgrave Macmillan.

- Pictet, J. (1966). The principles of international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*, 66, 455-469.
- Quiroga-Villamarín, (2024). Por pura y pecaminosa soberbia': debates contemporáneos alrededor de la criminalización de la guerra. comentario a la Resolución SAI-SUBA-AOID075-2020. En J. E. Buis & G. Ramírez Gutiérrez (Eds.), *El derecho internacional humanitario en la Jurisdicción Especial para la Paz Volumen II*. (pp. 345-378). Tirant Lo Blanch.
- Ramírez-Gutiérrez, C. (2022). Proporcionalidad en el ataque: Entre los daños incidentales y la ventaja militar en tiempos de guerra. In É. Solano González, M. Losada Chavarro, & M. Osorio Alvis (Eds.), *Aproximaciones, reflexiones y críticas preliminares sobre el derecho internacional humanitario. Vol. 1*. (pp. 323-408). Universidad Externado de Colombia.
- Ramírez Gutiérrez, C. (2023). Is it a lack of balance? The clamour for a humanitarian perspective. *Research Society of International Law*. <https://rsilpak.org/2023/is-it-a-lack-of-balance-the-clamour-for-a-humanitarian-perspective/>
- Ramírez-Gutiérrez, C., & Saavedra, A. (2022). Derecho internacional humanitario y la protección del medio ambiente: Nuevas perspectivas para Colombia. In É. Solano González, M. Losada Chavarro, & M. Osorio Alvis (Eds.), *Desafíos de derecho internacional humanitario en Colombia* (Vol. 2, pp. 496-619). Universidad Externado de Colombia.
- Riepl, M. (2022). *Russian contribution to international humanitarian law: A contrastive analysis of Russia's historical role and its current practice*. Nomos.
- Rizer, K. (2001). Bombing dual-use targets: Legal, ethical, and doctrinal perspectives. *Air & Space Power Journal Chronicles*. <https://www.airuniversity.af.edu/AUPress/Book/Details/2455/bombing-dual-use-targets>
- Rowe, P. (2000). Kosovo 1999: The air campaign—Have the provisions of Additional Protocol I withstood the test? *International Review of the Red Cross*, 837, 147-279.
- Sassoli, M. (2018). *International humanitarian law: Rules, controversies, and solutions to problems arising in warfare*. Edward Elgar Publishing.
- Schmitt, M. N. (2023). Israel-Hamas 2023 symposium: The legal context of operations Al-Aqsa Flood and Swords of Iron. <https://lieber.westpoint.edu/legal-context-operations-al-aqsa-flood-swords-of-iron/>

- Solis, G. (2016). *The law of armed conflict: International humanitarian law in war*. Cambridge University Press.
- Tannenwald, N. (2017). Effects and effectiveness of the Geneva Conventions. In M. Evangelista & N. Tannenwald (Eds.), *Do the Geneva Conventions matter?* (pp. 15-32). Oxford University Press.
- Traven, D. (2021) *Law and Sentiment in International Politics. Ethics, Emotions, and the Evolution of the Laws of War*. Cambridge University Press.
- Turns, D. (2016). Military objectives. In R. Liivoja & D. McCormack (Eds.), *Routledge handbook of the law of armed conflict* (pp. 139–156). Routledge.
- United Nations [UN]. (1968). *International Conference on Human Rights 22 April-13 May 1968, Tehran*. <https://www.un.org/en/conferences/human-rights/tehran1968>
- United Nations [UN]. (2009). *Human rights in Palestine and other occupied Arab territories: Report of the United Nations fact-finding mission on the Gaza conflict (A/HRC/12/48)*. <https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-195974/>
- United Nations [UN]. (2012). *Alabama claims of the United States of America against Great Britain: Award rendered on 14 September 1872 by the tribunal of arbitration established by Article I of the Treaty of Washington of 8 May 1871. Reports of International Arbitral Awards*. https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf
- Valencia Villa, A. (2007). *Derecho internacional humanitario: Conceptos básicos infracciones en el conflicto armado colombiano*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas.

Normatividad internacional

Convenio I de Ginebra de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Ginebra, 12 de agosto de 1949. (e.v. 21-10-1950), Versión en español del CICR, U.N.T.S. 75:135.

Convenio II de Ginebra de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, Ginebra, 12 de agosto de 1949. (e.v. 21-10-1950), Versión en español del CICR, U.N.T.S. 85:135.

Convenio III de Ginebra de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, Ginebra, 12 de agosto de 1949. (e.v. 21 -101950), Versión en español del CICR, U.N.T.S. 77:135.

Convenio IV de Ginebra de 1949 relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, Ginebra, 12 de agosto de 1949. (e.v. 21-10-1950), Versión en español del CICR, U.N.T.S. 75:287.

Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV) 18-10-1907 Tratado Tomado de Derecho Internacional relativo a la conducción de las hostilidades, CICR, 1996. En: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm>

Lieber Code, (1863), Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code). 24 April 1863. <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/110#:~:text=Historical%20Treaties%20and%20Documents&text=24%20April%201863.,and%20promulgated%20by%20President%20Lincoln>

Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare.

Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, Ginebra, 8 de junio de 1977, (e.v.7-12-1978), U.N.T.S. 1125:3.

Casos internacionales

CIJ. (1996) Dictamen Consultivo sobre la Licitud del Recurso a la Amenaza o al Uso de las Armas Nucleares, 08 de junio.

CIJ, (2022a) Application of the Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel). 26 January 2024.

CIJ, (2022 b) Application of the Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel). 24 May 2024.

International Military Tribunal. (1946) Farben case, VIII TWC 1138.

Israel Ministry Foreign Affairs, (2015) “The 2014 Gaza Conflict: Factual and Legal Aspects”. 14 June of 2015. 2015: 317.

- TIPY, (1999) Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia.
- TIPY, (2003) Prosecutor v. Milomir Staki, Case No. IT-97-24-T, Judgment, Vol. 1 ¶¶ 407-08 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia July. 31, 2003)
- TIPY, (2003a) Prosecutor v. Galić, Case No. IT-98-29-T, Judgment and Opinion, ¶58 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Dec. 5, 2003)
- TIPY, (2013) Prosecutor v. Prlić, Case No. IT-04-74-T, Judgment, Vol. 3 TT 1583-1584 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia May 29, 2013) [hereinafter Prlić Trial Chamber Vol. 3].
- TIPY, (2017) Prosecutor v. Prlić, Case No. IT-04-74-A, Judgment, Vol. 1 407-08 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Nov. 29, 2017).

