



El poder de la humanidad

**XXXII Conferencia Internacional
de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja**
8-10 de diciembre de 2015, Ginebra



ES

32IC/15/11

**Original: Inglés
Para información**

XXXII CONFERENCIA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA

Ginebra, Suiza
8-10 de diciembre de 2015

El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos

Informe

Documento preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja

Ginebra, octubre de 2015

El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos

Índice

- I. Introducción**
- II. Aplicabilidad del DIH: Selección de asuntos**
 - 1) Principio y fin de la aplicabilidad del DIH**
 - 2) Alcance geográfico de la aplicabilidad del DIH**
 - 3) Aplicabilidad del DIH al terrorismo y el antiterrorismo**
- III. DIH y fuerzas multinacionales**
- IV. Ámbito de protección del DIH: Selección de asuntos**
 - 1) Asistencia y acceso con fines humanitarios**
 - 2) Protección específica del personal y los bienes sanitarios**
- V. Uso de la fuerza en el marco del DIH y el DIDH**
- VI. La detención en conflictos armados**
- VII. Métodos y medios de guerra**
 - 1) Nuevas tecnologías de guerra**
 - i) Guerra cibernética**
 - ii) Sistemas de armas autónomos**
 - 2) Uso de armas explosivas en zonas pobladas**
 - 3) Transferencias responsables de armas**
 - 4) Armas nucleares**
- VIII. Empresas militares y de seguridad privadas**

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LOS DESAFÍOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS CONTEMPORÁNEOS

Resumen

Éste es el cuarto informe sobre el derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) presenta a la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Conferencia Internacional). Los tres primeros fueron presentados a las Conferencias Internacionales celebradas en 2003, 2007 y 2011. La finalidad de estos informes es reseñar algunos de los desafíos que los conflictos armados contemporáneos plantean al derecho internacional humanitario (DIH), incitar a la reflexión sobre esos desafíos y hacer una síntesis de la acción, posición e interés actuales o futuros del CICR.

En este informe, como en los anteriores, es posible abordar sólo algunos de los desafíos actuales que se plantean al DIH. Se examinan cuestiones que concitan cada vez más el interés de los Estados, de otros actores y del CICR, entre las cuales figuran algunos temas que no se trataron en informes anteriores como, por ejemplo, el fin de la aplicabilidad del DIH, la protección del personal y los bienes sanitarios, y las armas nucleares. También se pretende actualizar algunas de las cuestiones ya abordadas en informes anteriores que continúan siendo prioritarias en la agenda internacional, como el ámbito geográfico de aplicación del DIH, el uso de la fuerza en el marco del DIH y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), el uso de armas explosivas en zonas pobladas y las nuevas tecnologías de guerra.

Otros dos informes sobre cuestiones relativas al DIH se presentan a la XXXII Conferencia Internacional para su consideración y la toma de medidas adecuadas¹. Ambos fueron elaborados conforme a la Resolución 1 de la XXXI Conferencia Internacional, titulada "Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados". En el primero de dichos informes, se resumen los resultados de un proceso de consulta realizado con el objeto de fortalecer la protección jurídica de las personas privadas de libertad en relación con los conflictos armados, se establecen alternativas y se ofrecen recomendaciones del CICR para avanzar en ese sentido. En el segundo informe, se presentan los resultados de un proceso de consulta llevado a cabo por el CICR y el gobierno suizo para explorar las maneras de mejorar y asegurar la eficacia de los mecanismos para controlar el respeto del DIH. También se incluyen alternativas y recomendaciones de los facilitadores.

En el capítulo introductorio, se hace una reseña de los conflictos armados actuales y de sus consecuencias en el ámbito humanitario, así como de las realidades operacionales en que se plantean desafíos al DIH.

El capítulo II se centra en cuestiones relacionadas con la aplicabilidad del DIH que han sido objeto de debate jurídico en los últimos años. La primera de esas cuestiones es cómo determinar cuándo comienza y cuándo termina la aplicabilidad del DIH, tanto en conflictos armados internacionales como en conflictos armados no internacionales. Se trata de un tema de evidente importancia jurídica y práctica. La segunda es el ámbito de aplicación geográfica del DIH, en especial, a la luz del uso extraterritorial de la fuerza contra los individuos. También se aborda la relación entre el DIH y el régimen jurídico que rige los actos de terrorismo, entre

¹ [Informe sobre el fortalecimiento del derecho internacional humanitario que protege a las personas privadas de libertad](#) e [Informe final sobre el fortalecimiento de la aplicación del derecho internacional humanitario](#), disponibles en línea en <http://rcrcconference.org/32nd-international-conference/conference-documents/?lang=es>.

32IC/15/11

otros propósitos, para reiterar la necesidad de distinguirlos y para recapitular aquellos aspectos del DIH pertinentes al fenómeno de los “combatientes extranjeros”.

El capítulo III versa sobre el DIH y las fuerzas multinacionales, cuyo número en situaciones de conflicto o en misiones en las que tienen posibilidades de verse involucradas en conflictos armados en curso es cada vez mayor. Entre otras cuestiones, en este capítulo, se detalla una prueba jurídica para determinar cuándo las fuerzas multinacionales pasan a ser una parte en un conflicto armado. También se pretende establecer cuáles de los participantes en una operación multinacional pueden considerarse partes en el conflicto armado y se aborda la dimensión personal de la aplicabilidad del DIH en el contexto de las operaciones multinacionales.

Como se advierte en la introducción, la incapacidad del sistema internacional de mantener la paz y la seguridad ha tenido, entre otras consecuencias, la de correr el enfoque del sistema internacional, de la resolución del conflicto a la acción humanitaria. En concordancia con ello, en la primera sección del capítulo IV, se detalla una serie de cuestiones jurídicas relacionadas con las actividades humanitarias, con miras a ofrecer una interpretación basada en el DIH de los temas que son objeto de debate. La segunda sección se centra en la protección específica del personal y los bienes sanitarios. En particular, hace eje en la aplicación de los principios del DIH de la proporcionalidad y la precaución en el ataque al personal y los bienes sanitarios militares, así como en el alcance del concepto de “actos perjudiciales para el enemigo” en el contexto de la protección específica que se brinda al personal y las instalaciones de salud y los medios de transporte sanitarios.

En muchos conflictos armados actuales, cada vez con mayor frecuencia se espera de las fuerzas armadas que lleven a cabo no sólo operaciones de combate contra el enemigo sino también operaciones de mantenimiento del orden, con el objetivo de mantener o restablecer la seguridad, la ley y el orden públicos. En el capítulo V, se analiza la interacción entre el paradigma de la conducción de hostilidades y el paradigma del mantenimiento del orden en situaciones de conflicto armado. Se utiliza un conjunto de escenarios fácticos, aunque hipotéticos, para describir y aplicar ambos marcos, y analizar los desafíos jurídicos y prácticos que se plantean en ellos.

El capítulo VI se centra fundamentalmente en el trabajo del CICR sobre la detención, es decir, el proceso de consulta llevado a cabo con los Estados y presentado en uno de los dos informes mencionados anteriormente: *Fortalecimiento del derecho internacional humanitario que protege a las personas privadas de libertad*, presentado a la XXXII Conferencia Internacional para su consideración y la adopción de medidas adecuadas.

Los métodos y los medios de guerra son el tema del capítulo VII. Con el rápido avance de las tecnologías de guerra, en especial las que se basan en las tecnologías de la información y la robótica, es importante garantizar el debate con fundamento de los numerosos y complejos desafíos que dichas tecnologías traen aparejados. Así, en este capítulo, se abordan cuestiones jurídicas que surgen en el contexto del desarrollo de las capacidades militares cibernéticas y su potencial uso en los conflictos armados, así como los que se plantean en relación con la conformidad de los sistemas de armas autónomos con el DIH. También se analiza el uso de armas explosivas en zonas pobladas y las transferencias responsables de armas. Por último, se incluye una sección dedicada a una breve descripción de las normas del DIH que rigen la conducción de las hostilidades y el uso de armas nucleares.

En el capítulo VIII del presente informe, se detalla el progreso conseguido y los desafíos que deben abordarse para implementar y ampliar el respaldo al Documento de Montreux de 2008, cuyo principal propósito fue definir cómo se aplica el derecho internacional a las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas presentes en los teatros de operaciones de los conflictos armados.

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LOS DESAFÍOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS CONTEMPORÁNEOS

I. Introducción

Éste es el cuarto informe sobre el derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) presenta a la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Conferencia Internacional). Los tres primeros fueron presentados a las Conferencias Internacionales celebradas en 2003, 2007 y 2011. La finalidad de estos informes es reseñar algunos de los desafíos que los conflictos armados contemporáneos plantean al DIH, incitar a la reflexión sobre esos desafíos y hacer una síntesis de la acción, posición e interés actuales o futuros del CICR. En esta sección introductoria, se presentan brevemente las realidades operacionales en las que se materializan esos desafíos.

Desde la presentación del último informe en 2011, en casi todas las regiones del mundo ha continuado la espiral de conflicto armado y violencia. Las reivindicaciones políticas, étnicas, nacionales o religiosas y la lucha por el acceso a los recursos clave siguen siendo el origen de muchos ciclos de conflicto armado en curso y han desatado nuevas olas de hostilidades. Ciertas tendencias se han agudizado en los últimos años, como la creciente complejidad de los conflictos armados como consecuencia de la fragmentación de los grupos armados y los enfrentamientos asimétricos; la regionalización de los conflictos; los retos que suponen las guerras que ya llevan décadas; la ausencia de mecanismos eficaces de resolución de conflictos internacionales; y el derrumbamiento de los sistemas nacionales. Salvo contadas excepciones, casi todos los conflictos armados que tuvieron lugar en los últimos años se produjeron como consecuencia de la “trampa del conflicto”: conflictos que engendran más conflictos, partes en un conflicto armado que se fracturan y se multiplican y nuevas partes que intervienen en conflictos en curso. Las tensiones no resueltas, acumuladas a lo largo de los años y las décadas, continúan agotando los recursos y corroyendo peligrosamente el tejido social y los medios de resiliencia de las poblaciones afectadas.

La crisis agravada en zonas de Oriente Medio durante la denominada “Primavera Árabe” de 2011 (que llevó a conflictos armados con consecuencias devastadoras, en especial, en Siria, Irak y Yemen) también se hizo sentir en otras regiones, en países que comenzaron a brindar apoyo de distintas maneras a las múltiples partes en esos conflictos. Los medios de subsistencia básicos son cada vez más escasos para las personas que, de por sí, deben luchar para convivir con las consecuencias de los disturbios recurrentes, la sequía y la pobreza crónica. Países como Afganistán, Sudán del Sur, la República Centroafricana, Somalia, Libia y la República Democrática del Congo siguen empantanados en conflictos armados prolongados que causan daños inconmensurables a poblaciones enteras. En el este de Ucrania, el inicio de un nuevo conflicto armado ya ha causado la muerte de miles de personas, muchas de ellas civiles, destrucción masiva y más de un millón de desplazados.

En la mayoría de los conflictos armados, los civiles sufren las consecuencias de las hostilidades, sobre todo cuando tienen lugar en zonas densamente pobladas o cuando los civiles son blanco de ataques deliberados. Miles de personas son detenidas, con frecuencia al margen de todo marco jurídico vigente, y sometidas a malos tratos o condiciones inhumanas de detención. La cantidad de desaparecidos como consecuencia de los conflictos armados es pavorosa. La devastación provocada por la violencia obliga a ingentes cantidades de personas a abandonar su comunidad de origen, su hogar y su medio de subsistencia para hacer frente al desplazamiento prolongado y al exilio. La cantidad de desplazados internos, refugiados y solicitantes de asilo que se ven obligados a dejar atrás sus raíces por conflictos armados o situaciones de violencia en todo el mundo ha aumentado drásticamente en los últimos dos

32IC/15/11

años. En 2013, por primera vez desde la Segunda Guerra Mundial, el total superó los 50 millones de personas; más de la mitad eran desplazados internos. La tendencia continuó en 2014, con el agravamiento de las situaciones de conflicto.

El sector humanitario internacional se encuentra al límite de sus capacidades. El CICR y otras organizaciones humanitarias imparciales deben hacer frente a necesidades humanitarias de proporciones épicas en una cantidad sin precedentes de crisis simultáneas en todo el mundo. La brecha entre esas necesidades y la capacidad de satisfacerlas de los actores humanitarios es imposible de achicar.

La incapacidad del sistema internacional de mantener la paz y la seguridad ha tenido, entre otras consecuencias, la de correr el enfoque del sistema internacional, de la resolución del conflicto a la acción humanitaria. En consecuencia, mucha energía se emplea en negociaciones para conseguir acceso con fines humanitarios, treguas humanitarias, ceses del fuego en el ámbito local, evacuaciones de civiles, corredores humanitarios, congelamientos, etc. Si bien el consenso acerca del acceso con fines humanitarios y la ayuda a las poblaciones que la necesitan es positivo, los antagonismos políticos que suelen acompañar ese tipo de debates entrañan el riesgo de manchar el concepto mismo de acción humanitaria y socavar su objetivo y finalidad.

En aras de proporcionar un contexto al presente informe sobre los desafíos jurídicos que plantean los conflictos armados, es necesario enumerar algunas de las tendencias más marcadas de los conflictos armados actuales, pues muchos de esos desafíos surgen como consecuencia de las nuevas características de los conflictos.

La complejidad cada vez mayor que entraña la multiplicidad de partes y las relaciones conflictivas entre ellas es una característica destacada de los conflictos armados contemporáneos. En lo que respecta a los Estados, la cantidad de intervenciones extranjeras en muchos de los conflictos armados en curso contribuye significativamente a la multiplicación de actores participantes. En muchas situaciones, intervienen terceros Estados u organizaciones internacionales como las Naciones Unidas (ONU) o la Unión Africana (UA), que a veces se transforman en partes en el conflicto. Esas intervenciones (en apoyo de un Estado o de un grupo armado no estatal) plantean cuestiones sumamente complejas respecto de la clasificación de los conflictos armados. Con frecuencia, los interrogantes surgen por la falta de información precisa sobre la naturaleza de la participación de esos terceros actores o cuando dichos actores no reconocen su participación en las hostilidades. Independientemente de cuál sea el caso, es importante que el CICR continúe trabajando con los Estados a lo largo de los próximos meses y años en el análisis de las consecuencias jurídicas y humanitarias del apoyo que brindan a las partes en un conflicto armado.

En lo concerniente a los actores no estatales, muchas veces, en las hostilidades participan una enorme cantidad de grupos armados difusos, que se fragmentan y multiplican una y otra vez. A menudo, presentan estructuras difíciles de comprender. La multiplicación de esos grupos entraña riesgos para la población civil. El primero de ellos es el necesario aumento de los frentes de batalla, con el riesgo concomitante para los civiles de quedar atrapados en la contienda. Asimismo, la multiplicación de grupos armados no estatales también repercute negativamente en la disponibilidad de recursos, sobre todo naturales y financieros, dado que cada una de las partes necesita asegurar su supervivencia. Además, es difícil de cuantificar, pues la división y multiplicación de las partes en el conflicto provoca fracturas en la sociedad. Las comunidades y las familias se ven sometidas a mucha presión y sus miembros se enfrentan por su lealtad a distintos grupos armados. Los individuos corren un riesgo mayor de quedar asociados a uno de los muchos grupos y, por lo tanto, de sufrir represalias. En lo que respecta a la acción humanitaria, la opacidad o la falta de una cadena de mando, así como la falta de control de ciertos grupos, representa un desafío no sólo para la seguridad sino también

32IC/15/11

para dialogar con dichos grupos acerca de cuestiones relacionadas con la protección y el respeto del DIH.

En términos territoriales, el desborde de los conflictos armados hacia los países vecinos, su expansión geográfica y su regionalización también parecen ser rasgos distintivos de muchos conflictos armados contemporáneos, en parte como consecuencia de las intervenciones extranjeras mencionadas anteriormente. En la actualidad, ése es el caso en Oriente Medio, así como en África del Norte y Occidental. En Siria, la división de la oposición armada, la expansión del conflicto hacia los países vecinos, algunos afectados además por sus propios conflictos, y la multiplicación de Estados extranjeros intervinientes están llevando a una situación regional en la que algunas de las situaciones de conflicto son prácticamente incomprensibles. En el Sahel, grupos armados escurridizos y muy volátiles se enfrentan entre sí y a varios gobiernos, con graves consecuencias para las poblaciones de la zona, de por sí vulnerables. Otro ejemplo de expansión territorial es el conflicto armado contra Boko Haram, que ya involucra al menos a cuatro Estados.

El CICR entiende que la brutalidad y la crueldad de muchos conflictos armados contemporáneos es un serio motivo de alarma. Cada día, se cometen violaciones atroces del DIH, provocadas tanto por los Estados como por las partes no estatales. En muchas situaciones, esas violaciones están vinculadas con la negación de la aplicabilidad o la pertinencia del DIH. En el caso de los grupos armados no estatales, a veces hay un rechazo del DIH, pues algunos grupos no se sienten obligados a respetar sus normas. Más aún, en conflictos armados recientes se ha visto un aumento del número de violaciones deliberadas del DIH por grupos armados no estatales, actos que esos grupos además publican a través de los medios de comunicación. El propósito de ese tipo de acciones podría ser aprovecharse de la fuerte impresión negativa de la cobertura de los medios para conseguir apoyo, al tiempo que se debilita el respaldo al adversario. En el caso de los Estados, con frecuencia, aunque no siempre, es producto de discursos y medidas antiterroristas, que, según observa el CICR, están endureciéndose. Además, algunos Estados siguen negando la existencia de un conflicto armado, con lo que se torna difícil entablar un diálogo sobre las consecuencias humanitarias del conflicto y la protección de quienes se ven afectados por él.

Negar la protección fundamental del DIH a combatientes y civiles es negar el objetivo central del DIH de proteger la vida, la integridad física y la dignidad de las personas. Tal como se ha observado en los informes previos del CICR sobre el DIH y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos, el principal desafío para el DIH sigue siendo mejorar el respeto de este ordenamiento jurídico. El CICR continúa en la firme creencia de que, pese al sufrimiento inevitable que provocan los conflictos armados, el dolor y la aflicción de las víctimas serían menores si las partes en el conflicto respetaran la letra y el espíritu del DIH².

II. Aplicabilidad del DIH: Selección de asuntos

Una cuestión jurídica de la que puede decirse que ha (re)surgido como consecuencia de la complejidad de los conflictos armados actuales es la aplicabilidad del DIH en situaciones específicas de violencia. La cuestión presenta múltiples aristas, de las que aquí se analizarán tres:

² Ese desafío ha sido el eje de la iniciativa del CICR y el gobierno suizo para fortalecer el cumplimiento del DIH conforme a la Resolución 1 de la XXXI Conferencia Internacional. La iniciativa comprendía un importante proceso de investigación y consulta con los Estados y otros actores pertinentes sobre las maneras posibles de mejorar y asegurar la eficacia de los mecanismos para controlar el respeto del DIH. Para más información, v. "Strengthening compliance with international humanitarian law (IHL): The work of the ICRC and the Swiss government", disponible en línea en www.icrc.org/eng/what-we-do/other-activities/development-ihl/strengthening-legal-protection-compliance.htm y el Informe final sobre el fortalecimiento del cumplimiento del DIH, disponible en línea en <http://rcrcconference.org/32nd-international-conference/conference-documents/?lang=es>.

- 1) el principio y el fin de la aplicabilidad del DIH;
- 2) el alcance geográfico de la aplicabilidad del DIH; y
- 3) la aplicabilidad del DIH al terrorismo y el antiterrorismo.

1) Principio y fin de la aplicabilidad del DIH

La aplicabilidad del DIH es producto de la existencia de un conflicto armado, cuya determinación depende exclusivamente de la evaluación de los hechos sobre el terreno. Esa concepción, que el CICR comparte, se refleja en las decisiones de los órganos judiciales internacionales, en los manuales militares y en la bibliografía académica. La existencia de un conflicto armado –y, por ende, la aplicabilidad del DIH– se determina sobre la base de los criterios para los conflictos armados que forman parte de las normas pertinentes del DIH, en particular, los artículos 2 y 3 comunes a los Convenios de Ginebra de 1949.

En el marco del DIH, un conflicto armado internacional (CAI) existe cuando dos o más Estados recurren al uso de la fuerza armada. El umbral para determinar la existencia de un CAI es, por tanto, bastante bajo; factores como la duración y la intensidad generalmente no se consideran parte de la ecuación. Por ejemplo, la sola captura de un soldado o escaramuzas menores entre las fuerzas armadas de dos o más Estados pueden disparar un CAI y dar inicio a la aplicación del DIH, en la medida en que esos actos pueden considerarse evidencia de intenciones beligerantes auténticas³. En este contexto, es importante tener en cuenta que un conflicto armado puede producirse cuando un Estado recurre unilateralmente al uso de la fuerza contra otro Estado, incluso cuando el segundo Estado no responde o no puede responder con medios militares. No es necesario que el uso de la fuerza por parte del Estado que lanza el ataque esté dirigido contra las fuerzas armadas del otro Estado. Los CAI se producen entre Estados. Los gobiernos constituyen sólo uno de los elementos de un Estado; otros son el territorio y la población. Es el recurso a la fuerza contra el territorio, las infraestructuras o los individuos de un Estado lo que determina la existencia de un CAI y, en consecuencia, activa la aplicación del DIH.

La clasificación de los conflictos armados no internacionales (CANI) en el marco del DIH es una tarea mucho más compleja. Pese a la ausencia de una definición clara de CANI en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, está ampliamente aceptado que, en lo que respecta a la aplicación del DIH, para que exista un CANI deben cumplirse dos condiciones: (1) existencia de hostilidades entre las fuerzas armadas gubernamentales y uno o más grupos no estatales con cierto nivel de organización, o entre dos o más grupos de este segundo tipo; y (2) cierto umbral de intensidad en la conducción de las hostilidades.

³ La intención beligerante puede observarse cuando una situación muestra objetivamente que un Estado participa efectivamente de operaciones militares u otras acciones hostiles contra otro Estado. La participación tiene como finalidad neutralizar personal o activos militares del enemigo, obstaculizar operaciones militares del enemigo o usar/controlar territorio enemigo, ya sea para someter o vencer al adversario, inducirlo a modificar su conducta u obtener una ventaja militar. Así, la intención beligerante debe deducirse de los hechos. La referencia a una intención beligerante con el objeto de determinar la existencia de un conflicto armado no debe confundirse con el concepto de *animus belligerandi*, que es intrínseco a la noción de la guerra. Mientras que el *animus belligerandi* es un requisito para que exista un estado de guerra (lo cual denota la dimensión puramente subjetiva del concepto de guerra), el concepto de intención beligerante sólo tiene valor como evidencia y no puede utilizarse para cuestionar la dimensión objetiva del concepto de conflicto armado definido en los Convenios de Ginebra de 1949 (Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (aprobado el 12 de agosto de 1949, en vigor desde el 21 de octubre de 1950), 75 UNTS 31 (I Convenio de Ginebra); Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (aprobado el 12 de agosto de 1949, en vigor desde el 21 de octubre de 1950), 75 UNTS 85 (II Convenio de Ginebra); Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (aprobado el 12 de agosto de 1949, en vigor desde el 21 de octubre de 1950), 75 UNTS 135 (III Convenio de Ginebra); Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (aprobado el 12 de agosto de 1949, en vigor desde el 21 de octubre de 1950), 75 UNTS 287 (IV Convenio de Ginebra)).

La determinación del comienzo de un conflicto armado (CAI o CANI) ha recibido una atención considerable tanto en el ámbito jurídico como en círculos académicos, y ha recibido tratamiento en el informe de desafíos del CICR presentado a la XXXI Conferencia Internacional. En cambio, pareciera que el fin de la aplicabilidad del DIH no ha recibido la misma atención. Dadas sus importantes consecuencias jurídicas, la cuestión merece un análisis más detallado.

Fin de un conflicto armado internacional

Evaluar si un conflicto armado ha concluido no es tarea sencilla. Esto se debe principalmente a la falta de criterios precisos al respecto en los Convenios de Ginebra de 1949, y también al hecho de que la firma de tratados de paz es una práctica cada vez menos común entre los Estados.

En opinión del CICR, el punto de partida (fundamentado en la formulación de los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional I, así como en la jurisprudencia internacional) es que, en un CAI, el DIH deja de ser aplicable con el cese general de las operaciones militares, excepto para aquellas personas cuya liberación, repatriación o reasentamiento definitivo tenga lugar con posterioridad⁴. Sin embargo, no siempre es fácil identificar el cese general de las operaciones militares, sobre todo en ausencia de conducción de hostilidades.

En la actualidad, los CAI rara vez dan lugar a la firma de tratados de paz. Antes bien, el fin de un conflicto armado se caracteriza por un cese del fuego inestable, una disminución lenta pero progresiva en la intensidad de los enfrentamientos o la intervención de las fuerzas de paz. En algunos casos, existe un alto riesgo de que se reanuden las hostilidades. Además de estas y otras características, es posible observar que la distinción entre los acuerdos para el cese de las hostilidades y los tratados de paz es cada vez más difusa. De hecho, los primeros pueden tener como consecuencia el cese definitivo de las hostilidades. Si éste es el caso, la etiqueta concreta del tratado puede tener una importancia limitada a efectos de la aplicabilidad del DIH. Es la situación *de facto* resultante lo que define la relevancia del tratado y su capacidad objetiva de poner fin al conflicto armado.

Hasta el momento, la jurisprudencia internacional no ha sido de suficiente ayuda en la cuestión de cómo determinar si un CAI ha terminado. Por ejemplo, en el caso *Tadić*, el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) determinó que, en situaciones de CAI, el DIH continúa siendo aplicable “hasta que [se llega a] una conclusión general de paz”. Cabe señalar que ese criterio es algo vago y poco práctico.

En el ámbito académico, la opinión generalizada gira en torno de la siguiente premisa básica: la aplicabilidad del DIH finaliza cuando dejan de existir las condiciones que dieron origen a su aplicación. Eso quiere decir que un CAI concluye cuando los Estados beligerantes ya no participan en un enfrentamiento armado. La aplicación de esa premisa sería bastante directa en situaciones en las que, por ejemplo, el conflicto surge como consecuencia de la captura de soldados o la incursión militar temporaria o esporádica de un Estado en territorio de un Estado enemigo. En esas dos situaciones, la liberación de los soldados o el final de la incursión serían suficientes para poner fin al conflicto armado.

Sin embargo, decidir si un CAI ha terminado o no es mucho más complejo cuando el conflicto es producto de hostilidades activas entre las fuerzas armadas de dos o más Estados. La premisa mencionada anteriormente tendría una utilidad limitada en el caso de una mera

⁴ V. art. 6.2 del III Convenio de Ginebra, art. 6.4 del IV Convenio de Ginebra y art. 3(b) del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (aprobado el 8 de junio de 1977, en vigor desde el 7 de diciembre de 1978), 1125 UNTS 3 (Protocolo adicional I).

atenuación o un cese de las hostilidades. También sería poco útil sí, pese al cese de las hostilidades activas, los Estados beligerantes continuaran desplegando tropas en la frontera del enemigo, realizaran operaciones militares ofensivas o defensivas dentro de su propio territorio o mantuvieran a las tropas en estado de alerta y movilización.

Teniendo en cuenta que el umbral para la existencia de un CAI es relativamente bajo y que no sería práctico considerar cada disminución de las hostilidades como el fin del conflicto y cada reanudación de las hostilidades como el comienzo de uno nuevo, el CICR comparte la opinión de que el cese de las hostilidades debe alcanzar un cierto grado de estabilidad y permanencia para que un CAI se considere finalizado. Así, las operaciones militares sin hostilidades activas que enfrenten a dos o más Estados beligerantes seguirían justificando la existencia prolongada de un CAI si se puede considerar, dentro de límites razonables, que las hostilidades se reanudarán en un futuro cercano debido a los continuos movimientos militares de los beligerantes. De hecho, un escenario como el descrito sería insuficiente para determinar el cese general de las operaciones militares. El concepto de “cese general de las operaciones militares” va más allá de un mero cese de hostilidades, pues las operaciones militares de naturaleza beligerante no necesariamente implican el uso de la violencia armada y pueden continuar pese a la ausencia de hostilidades. Dicho de otro modo, puede inferirse que el cese general de las operaciones militares incluye no sólo el cese de las hostilidades activas sino también la finalización de los movimientos militares de naturaleza bélica, incluidos los destinados a la reforma, la reorganización o la reconstitución. Cuando finaliza ese tipo de movimientos, es posible y razonable descartar la probabilidad de que se reanuden las hostilidades.

Fin de un conflicto armado no internacional

Como se sostiene en el informe sobre el DIH y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos de 2011, presentado a la XXXI Conferencia Internacional⁵, los escenarios fácticos de los CANI están cambiando y son cada vez más complejos. Por lo tanto, determinar el fin de la aplicabilidad del DIH se torna también más complicado.

Como en el caso de los CAI, en la jurisprudencia internacional no se define con precisión cuándo puede considerarse que una situación de CANI ha llegado a su fin. En el fallo seminal ya mencionado del caso *Tadić*, el TPIY determinó que, a efectos de la aplicabilidad del DIH, un CANI finaliza cuando se llega a una “solución pacífica”⁶. Es posible observar que ese criterio no ofrece una guía práctica suficiente, e incluso podría interpretarse que introduce una dosis de formalismo en una determinación que debería estar guiada principalmente por los hechos sobre el terreno. En consecuencia, se afirma que el concepto de “solución pacífica” debe interpretarse como una situación en la que se ha llegado a una pacificación fáctica y duradera del CANI.

Está claro que el umbral de intensidad requerido hace que determinar cuándo finaliza un CANI sea aún más complicado que en una situación de CAI. En términos generales, hay dos formas de abordar la cuestión. La primera es basarse en el umbral de intensidad requerido para los CANI (más alto que el requerido para los CAI, como se explicó más arriba). De acuerdo con ese enfoque, sería suficiente con que las hostilidades cayeran por debajo del umbral de

⁵ *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos: Informe*, Ginebra, octubre de 2011, disponible en línea en <https://www.icrc.org/spa/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-es.pdf>.

⁶ Cabe señalar que las personas que han sido privadas de su libertad o cuya libertad continúa estando restringida por motivos vinculados con un CANI siguen gozando de la protección del DIH hasta el momento en que recuperan su libertad o se levantan las restricciones, v. art. 2.2 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (aprobado el 8 de junio de 1977, en vigor desde el 7 de diciembre de 1978), 1125 UNTS 609 (Protocolo adicional II).

32IC/15/11

“violencia armada prolongada” con cierto grado de permanencia y estabilidad. Dicho de otro modo, la pregunta pertinente desde el punto de vista jurídico sería, entonces, si las hostilidades continúan estando sobre el umbral de intensidad requerido. Según el otro punto de vista, un CANI sólo finaliza (y el DIH deja de ser aplicable) cuando al menos una de las partes en el conflicto desaparece o deja de tener el nivel de organización requerido en el DIH. También finalizaría cuando cesan las hostilidades y no existe un riesgo real de que se reanuden, incluso si las partes todavía cumplen con el nivel de organización requerido.

Cuando se analizan las opciones, se debe tener en cuenta una característica importante de los CANI. Con frecuencia, se trata de conflictos de naturaleza fluctuante, caracterizados por ceses temporarios de la violencia armada o inestabilidad en el nivel de organización de las partes no estatales en el conflicto. Si esos factores se consideran automáticamente como marcas de la finalización de un CANI, eso podría llevar a conclusiones prematuras respecto del fin de la aplicación del DIH.

Considerando esa característica de los CANI, lo más cerca que se podría estar del requisito de una “solución pacífica” mencionado en la jurisprudencia internacional pertinente es esperar el cese completo de todas las hostilidades, sin que haya un riesgo real de que se reanuden, antes de suponer que un CANI ha finalizado⁷.

En la experiencia práctica del CICR, el cese completo de las hostilidades entre las partes en el conflicto y la ausencia de riesgo real de reanudación (basada en una evaluación general de las circunstancias fácticas) son los indicadores más confiables y contundentes de finalización de un CANI. La práctica del CICR al respecto ha sido esperar el cese completo de las hostilidades entre las partes en el conflicto antes de determinar, en función de las circunstancias fácticas, si existe riesgo real de reanudación de las hostilidades. Si no existe ese riesgo, es posible concluir que el CANI en cuestión ha finalizado. La prueba del “riesgo de reanudación” ayuda a asegurarse de que la identificación del fin de un CANI se sustenta no sólo en el cese de hostilidades, que puede ser breve, sino también en la determinación de que las operaciones militares de naturaleza hostil también han terminado. De ese modo, es posible y razonable descartar la probabilidad de que se reanuden las hostilidades.

Principio y fin de una ocupación

Los desafíos jurídicos que plantean las formas de ocupación contemporáneas llevaron al CICR a emprender un proceso exploratorio sobre la ocupación y otras formas de administración de territorios extranjeros. El proceso se inició en 2007 y concluyó en 2012 con la publicación de un informe del CICR⁸. El propósito de la iniciativa era analizar si las normas del derecho de la ocupación son adecuadas para abordar los desafíos jurídicos y humanitarios que surgen en las situaciones actuales de ocupación, hasta qué punto son adecuadas y si necesitan ser reforzadas o clarificadas. La definición del concepto de “ocupación”, así como la determinación del principio y el fin de una ocupación, fue una de las principales cuestiones abordadas durante el proceso exploratorio.

Determinar la existencia de una ocupación (que es un tipo de CAI) es un asunto complejo, pues en los Convenios de Ginebra de 1949 no se define el concepto. Se lo define, en cambio, en el artículo 42 de la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y en su anexo: Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907

⁷ V. TPIY en el caso *Haradinaj*, donde subraya que la “solución pacífica” de un CANI es el criterio definitivo para determinar el fin del conflicto y observa que la intensidad oscilante de un conflicto no es un criterio válido para decidir si el conflicto ha terminado. V. TPIY, *The Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, causa Nº T-04-84bis-T, Fallo, 29 de noviembre de 2012, párr. 396, disponible en línea en www.icty.org/x/cases/haradinaj/tjug/en/121129_judgement_en.pdf.

⁸ CICR, *Expert meeting: Occupation and other forms of administration of foreign territory*, Ginebra, CICR, marzo de 2012, disponible en línea en www.icrc.org/fre/assets/files/publications/icrc-002-4094.pdf.

(Reglamento de La Haya). En los tratados posteriores, incluidos los Convenios de Ginebra de 1949, no se modificó esa definición, según la cual “[s]e considera como ocupado un territorio cuando se encuentra colocado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo. La ocupación no se extiende sino a los territorios donde esa autoridad esté establecida y en condiciones de ejercerse”.

Al margen de la necesidad de determinar la existencia de una ocupación exclusivamente a partir de los hechos, la noción de ocupación requiere también un análisis del concepto de “control efectivo”, que es central para definir la primera. Si bien ese concepto se usa con frecuencia para caracterizar la noción de ocupación, es pertinente advertir que ni los Convenios de Ginebra de 1949 ni el Reglamento de La Haya de 1907 contienen referencias a él. En relación con la ocupación, el término “control efectivo” surgió en el discurso jurídico principalmente para describir las circunstancias y condiciones que determinan su existencia.

Es evidente que una ocupación implica cierto grado de control de un territorio extranjero, o de partes de ese territorio, por tropas enemigas en lugar del soberano territorial correspondiente. En el marco del DIH, es el control efectivo por tropas extranjeras lo que da lugar a la aplicación del derecho de la ocupación. La potencia ocupante sólo podrá imponer derechos y obligaciones de conformidad con el derecho de la ocupación si ejerce un control efectivo. En ese sentido, el de control efectivo es un concepto fundamental, por cuanto materializa y puntualiza la noción de “autoridad”, que resulta medular para la definición de ocupación del artículo 42 del Reglamento de La Haya de 1907.

Sobre la base del Reglamento de La Haya de 1907 y sus *travaux préparatoires*, la bibliografía académica, los manuales militares y los fallos judiciales, el CICR plantea las siguientes tres condiciones que deben cumplirse de manera acumulativa para que se establezca un estado de ocupación en el sentido del DIH:

- 1) Las fuerzas armadas de un Estado están presentes físicamente en un territorio extranjero sin el consentimiento del gobierno local efectivo en el momento de la invasión.
- 2) El gobierno local efectivo en el momento de la invasión es o puede volverse sustancial o completamente incapaz de ejercer sus funciones en virtud de la presencia no consentida de las fuerzas extranjeras.
- 3) Las fuerzas extranjeras están en posición de ejercer autoridad en el territorio en cuestión (o en partes de ese territorio) en reemplazo del gobierno local.

Juntas, esas tres condiciones constituyen la denominada “prueba del control efectivo” que se utiliza para determinar si una situación cuenta como ocupación a los fines del DIH.

El fin de una ocupación también puede ser difícil de determinar desde una perspectiva jurídica. La clasificación jurídica de una situación dada y la determinación de cuándo puede decirse que una ocupación ha terminado pueden verse dificultadas por una serie de factores, como el retiro progresivo de tropas, el repliegue parcial, la conservación de ciertas competencias en zonas previamente ocupadas o el mantenimiento de la presencia militar bajo un consenso dudoso.

En principio, la prueba del control efectivo es igualmente aplicable cuando se trata de determinar el fin de una ocupación, en el sentido de que los criterios son los mismos que se utilizan para determinar el comienzo de una ocupación, pero invertidos. Así, si cualquiera de las tres condiciones enumeradas desaparece, debería considerarse que la ocupación ha terminado.

Así y todo, el CICR considera que, en casos específicos y más bien excepcionales (en especial, cuando las fuerzas extranjeras se retiran del territorio ocupado, o de partes de ese territorio, pero conservan rasgos fundamentales de autoridad u otras funciones

321C/15/11

gubernamentales importantes de las que suele ejercer una potencia ocupante), el derecho de la ocupación puede seguir siendo aplicable dentro de los límites territoriales y funcionales de esas competencias. En realidad, pese a la falta de presencia física de fuerzas extranjeras en el territorio en cuestión, la autoridad conservada puede llegar a ser equivalente a un control efectivo en virtud del derecho de la ocupación y dar lugar a que se sigan aplicando las disposiciones pertinentes de ese cuerpo jurídico. A ese punto de vista se lo conoce como “enfoque funcional” en la aplicación del derecho de la ocupación. La prueba se aplica en la medida en que las fuerzas extranjeras continúan ejerciendo, en todo el territorio o en partes de él, funciones gubernamentales adquiridas cuando la ocupación estaba vigente y era indiscutible.

El enfoque funcional descrito en el párrafo anterior permite una delimitación más precisa del marco jurídico aplicable a situaciones en las que no es fácil determinar con certeza si la ocupación ha terminado o no.

Es posible argumentar que los avances militares y tecnológicos han hecho posible ejercer el control efectivo de un territorio extranjero (o de partes de ese territorio) sin la presencia continua de fuerzas militares extranjeras en la zona en cuestión. En esas situaciones, es importante considerar la cantidad de autoridad que conservan las fuerzas extranjeras y no centrarse exclusivamente en los medios a través de los cuales se ejerce esa autoridad. También hay que tener en cuenta que, en esas circunstancias, la contigüidad geográfica de los Estados beligerantes podría facilitar el ejercicio a distancia del control efectivo. Por ejemplo, podría permitir a una potencia ocupante que ha reubicado las tropas fuera del territorio reafirmar toda su autoridad en un lapso razonablemente breve. La continuidad en la aplicación de las disposiciones pertinentes del derecho de la ocupación es de suma importancia en ese tipo de escenarios, por cuanto fueron elaboradas para regular la autoridad compartida por los Estados beligerantes en cuestión y la asignación de las responsabilidades resultantes.

2) Alcance geográfico de la aplicabilidad del DIH

El alcance territorial de los conflictos armados (y, por consiguiente, del DIH) es un tema que ha despertado un enorme interés en los últimos años, en particular, debido al uso extraterritorial de la fuerza por medio de drones armados. La cuestión se plantea, en gran medida, como consecuencia del hecho de que el DIH no incluye disposiciones generales expresas sobre el alcance de su aplicabilidad territorial. Los interrogantes más frecuentes son: ¿Se aplica el DIH a todo el territorio de las partes en un conflicto armado o se circunscribe al “campo de batalla” dentro de ese territorio? ¿Se aplica más allá de los territorios de las partes, es decir, en territorio de Estados neutrales o no beligerantes? Los puntos de vista que se detallan a continuación ofrecen sólo un marco al respecto, pues la realidad es compleja y está en constante cambio.

En lo que respecta a los CAI, la postura generalmente aceptada es que el DIH se aplica a todo el territorio de los Estados que participan en el conflicto, así como en altamar y en las zonas económicas exclusivas (la “zona” o “región” de guerra). El territorio de un Estado comprende no sólo la superficie terrestre sino también los ríos y los lagos sin salida al mar, el mar territorial y el espacio aéreo nacional que se encuentra sobre el territorio. No hay ninguna indicación, ni en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales ni en la doctrina o la jurisprudencia, de que la aplicación del DIH se limite al “campo de batalla”, la “zona de hostilidades activas” o la “zona de combate”, términos genéricos que denotan el espacio en que se desarrollan los enfrentamientos. Asimismo, comúnmente se acepta que las operaciones militares no pueden extenderse más allá de la zona o región de guerra tal como se la definió anteriormente, lo que significa que no pueden llevarse al territorio de los Estados neutrales.

Del mismo modo, se podría afirmar que el DIH se aplica en todo el territorio de las partes en un CANI. Aunque el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 no se centra en la conducción de hostilidades, proporciona una indicación del alcance territorial de su aplicabilidad cuando especifica que ciertos actos se prohíben “en cualquier tiempo y lugar”⁹. En la misma línea, la jurisprudencia internacional ha ratificado expresamente que “no hay una correlación necesaria entre la zona en la que tienen lugar los enfrentamientos reales y el alcance geográfico del derecho de la guerra. Este último se aplica en todo el territorio de las partes en combate o, en el caso de los conflictos armados internos, en todo el territorio controlado por las partes en el conflicto, independientemente de si los enfrentamientos tienen lugar allí o no”¹⁰.

No obstante, es importante señalar que la aplicabilidad del DIH a los territorios de las partes en un conflicto no implica que no existan restricciones jurídicas, al margen de las vinculadas con la prohibición del uso de medios y métodos de guerra específicos, sobre el uso de la fuerza letal contra personas que constituyen objetivos legítimos en virtud del DIH (es decir, miembros de las fuerzas armadas estatales o de grupos armados organizados, así como civiles que participan directamente en las hostilidades), en especial fuera del “campo de batalla” o la “zona de combate o de hostilidades activas”. Como se explica en el comentario a la Recomendación IX de la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario* del CICR, publicada en 2009¹¹, el DIH no regula de manera explícita el tipo y grado de fuerza que está permitido emplear contra un objetivo legítimo. Eso no implica que se tenga derecho a emplear la fuerza letal contra esas personas en cualquier circunstancia, sin ningún tipo de consideración. Partiendo de la interacción entre los principios de necesidad militar y humanidad, la *Guía* establece que “el tipo y el grado de fuerza que está permitido emplear contra las personas que no tienen derecho a protección contra los ataques directos no deben ser excesivos en relación con lo que efectivamente sea necesario para lograr el objetivo militar legítimo en las circunstancias del caso”¹². Se admite que eso implica una evaluación compleja que dependerá de un amplio abanico de factores operacionales y contextuales. En algunos casos, la evaluación debería llevar a la conclusión de que bastará con medios menos letales para alcanzar los objetivos de una operación militar.

En el contexto de un CANI con un elemento extraterritorial, también puede plantearse la cuestión de la aplicabilidad del DIH a los territorios de las partes en el conflicto. Se trata de un escenario en el que las fuerzas armadas de uno o más Estados (los Estados “asistentes”) combaten junto a las fuerzas armadas de un Estado “anfitrión” en su territorio contra uno o más grupos armados organizados. A este respecto, debe considerarse que las declaraciones oficiales de los Estados sobre este tema en particular no abundan, y las pocas declaraciones públicas de expertos presentan diferencias entre sí. Para algunos, el DIH se aplica, en principio, sólo en el territorio del Estado en el que se desarrolla el conflicto armado. Otros postulan que el DIH también se aplica en los territorios de los Estados que participan extraterritorialmente en un CANI, aun cuando las hostilidades vinculadas con el conflicto no tengan lugar en su propio suelo.

⁹ Art. 3 común, párr. 1.

¹⁰ TPIY, *The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, Fallo, Caso N° IT-96-23 y IT-96-23/1-A, 12 de junio de 2002, párr. 57, disponible en línea en www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf. V. también TPIR, *The Prosecutor v. Laurent Semanza*, Fallo, Caso N° ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2003, párr. 367, disponible en línea en www.refworld.org/docid/48abd5a30.html.

¹¹ CICR, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, Ginebra, CICR, mayo de 2009, disponible en línea en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/p0990.htm>.

¹² Recomendación IX, formulada sin perjuicio de las demás restricciones que dimanen de otros instrumentos de derecho internacional aplicables.

Existen razones jurídicas de peso para considerar que el DIH se aplica en los territorios de los Estados asistentes en el escenario presentado en el párrafo anterior. Podría observarse que los Estados asistentes que participan en un CANI extraterritorial no deberían poder excluirse de la aplicación del principio de igualdad de los beligerantes conforme al DIH una vez que han pasado a ser partes en este tipo de conflicto armado más allá de sus límites territoriales. Eso sería contrario al propósito del DIH de establecer los mismos derechos (y, por supuesto, las mismas obligaciones) a todas las partes en un conflicto armado.

Así, si bien los actos potencialmente llevados a cabo por una parte no estatal en el territorio de un Estado asistente como parte de las hostilidades sin duda se sancionarían conforme al derecho interno de ese Estado (y probablemente se considerarían actos “terroristas”), en determinadas circunstancias, podrían ser lícitos de acuerdo con el DIH. Ése sería el caso, por ejemplo, de un ataque de la parte no estatal en cuestión contra un objetivo militar dentro del territorio del Estado asistente. Si el ataque estuviera dirigido contra civiles o bienes de carácter civil, también sería un delito procesable dentro del DIH como crimen de guerra. Respecto del uso de la fuerza letal por un Estado asistente dentro de su propio territorio contra una parte no estatal, se regiría por el criterio incluido en la Recomendación IX de la *Guía* del CICR presentada anteriormente, así como por el derecho interno del Estado y sus obligaciones regionales e internacionales en materia de derechos humanos.

Como ya se explicó anteriormente, se considera que el DIH se aplica en todo el territorio de las partes en un conflicto armado. No obstante, existe una diversidad de opiniones entre los juristas, los académicos y otros expertos, y un desacuerdo considerable respecto de la aplicabilidad del DIH en el territorio de un Estado no beligerante. Al margen de las situaciones de CAI, en las que entraría a tallar el derecho de la neutralidad, el escenario que se discute aquí podría resumirse de la siguiente manera: una persona que sería un objetivo legítimo en el marco del DIH se desplaza de un Estado en el que tiene lugar un CANI al territorio de otro Estado no limítrofe y no beligerante, y continúa con las actividades vinculadas con el conflicto desde allí. ¿Es esa persona, de acuerdo con las normas del DIH, un objetivo legítimo para un tercer Estado dentro del territorio del Estado no beligerante?

Dos son las posiciones básicas frente a esa pregunta. Según la primera, no existen limitaciones territoriales para la aplicabilidad del DIH como tal (ni en un CAI ni en un CANI). De acuerdo con ese enfoque, lo decisivo no es dónde tienen lugar los actos hostiles sino si, por su nexo con un conflicto armado, éstos representan realmente “actos de guerra”. En consecuencia, todo uso extraterritorial de la fuerza vinculado con un conflicto armado queda dentro de la aplicación del DIH, independiente de las consideraciones territoriales. También se observa, dentro del mismo enfoque, que las disposiciones de otros cuerpos de derecho internacional pueden restringir o prohibir los actos hostiles entre las partes beligerantes incluso cuando éstos están permitidos en el marco del DIH. Ése podría ser el caso del *ius ad bellum* de la Carta de la ONU.

Se mantiene que otra interpretación del escenario precedente es posible (y preferible) por motivos de derecho y política. Ante todo, es necesario reconocer que el artículo 3 común incluye disposiciones explícitas sobre su aplicabilidad en el “territorio” de un Estado en el que se desarrolla un CANI. La interpretación tradicional de esas disposiciones es que se refieren solamente a la lucha entre las fuerzas armadas del gobierno correspondiente y uno o más grupos armados no estatales organizados dentro de su territorio. Sin embargo, a medida que los escenarios fácticos de los CANI fueron cambiando, también se modificó la interpretación jurídica del alcance geográfico de la aplicabilidad del artículo 3 común. Ha habido numerosos casos en que los Estados asistentes cuyas fuerzas combaten en el territorio de un Estado anfitrión no limítrofe junto a las fuerzas armadas de ese Estado contra uno o más grupos armados organizados aceptaron la aplicación del artículo 3 común y de otras disposiciones

pertinentes del DIH a ese tipo de conflicto¹³. Como se mencionó anteriormente, hay razones para considerar que, en ese caso, el DIH también se aplica a los territorios de los Estados asistentes.

Ahora bien, distinto desde el punto de vista jurídico es decir que el término “territorio” puede entenderse de modo tal que el DIH (y sus normas sobre la conducción de hostilidades) se extienda automáticamente al uso de la fuerza letal contra una persona que se encuentra fuera del territorio de las partes en un CANI en curso, es decir, en territorio de un Estado no beligerante. Esta interpretación llevaría a aceptar el concepto jurídico de “campo de batalla mundial”. Esto, sin embargo, no parece encontrar sustento en el foco esencialmente territorial del DIH, que, a primera vista, parece restringir la aplicabilidad del DIH a los territorios de los Estados que participan en un conflicto armado. Un enfoque sin límites territoriales implicaría que un miembro de un grupo armado o un civil que participa directamente en las hostilidades “llevaría” automáticamente consigo el CANI “original” dondequiera que fuese al trasladarse por el mundo. Así, de acuerdo con el DIH, sería un objetivo legítimo dentro de un espacio geográfico potencialmente ilimitado. Con muy pocas excepciones, la práctica de los Estados y la *opinio iuris* no parecen reflejar ese enfoque jurídico, y la gran mayoría de los Estados no parece adherir a la noción de “campo de batalla mundial”. Más aún, en términos prácticos, sería perturbador pensar en las posibles ramificaciones de la aplicabilidad territorial ilimitada del DIH si todos los Estados que participaran en un CANI en todo el mundo recurrieran al concepto de “campo de batalla mundial”.

El CICR es de la opinión de que sería más sensato, tanto desde el punto de vista jurídico como desde una perspectiva práctica, considerar que un miembro de un grupo armado o un civil que participa directamente en las hostilidades de un CANI desde el territorio de un Estado no beligerante no debería ser considerado un objetivo legítimo por un tercer Estado en el marco del DIH. En cambio, la amenaza que ese individuo representa debería abordarse de conformidad con las normas que rigen el uso de la fuerza en operaciones de mantenimiento del orden. Esas normas, que forman parte del DIDH (y que, desde luego, también son aplicables al posible uso de la fuerza letal fuera de las situaciones de conflicto armado), ameritarían un análisis por separado. Como un análisis de ese tipo está fuera del alcance de esta sección, se consignarán aquí sólo las cuestiones más elementales.

El DIDH no prohíbe el uso de la fuerza letal en operaciones de mantenimiento del orden pero establece que se la emplee sólo como último recurso, cuando otros medios no resultan eficaces o no garantizan que se alcance el objetivo de una operación de mantenimiento del orden. Por consiguiente, el uso de la fuerza letal está permitido si es necesario para proteger a las personas en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o para evitar que se cometa un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida. Además, el uso de la fuerza letal está sujeto al requisito de proporcionalidad del DIDH, que es distinto del principio de proporcionalidad que se aplica a la conducción de hostilidades en el marco del DIH. En efecto, la aplicación de las disposiciones pertinentes sobre el uso de la fuerza en operaciones de mantenimiento del orden restringe tanto las circunstancias en las que es lícito emplear la fuerza letal como el modo en que debe planificarse y llevarse a cabo

¹³ El escenario de “desborde” de un CANI, que es otro tipo de CANI extraterritorial, debería traerse a colación en el contexto de este análisis. Se trata de un conflicto armado que se origina dentro del territorio de un Estado entre las fuerzas armadas gubernamentales y uno o más grupos armados organizados y se extiende al territorio de uno o más Estados vecinos. Si bien el art. 3 común no contempla el caso explícitamente, hay un reconocimiento cada vez mayor entre los Estados y los expertos de que la aplicabilidad del DIH a las partes puede extenderse, de modo excepcional y sui generis, a las hostilidades que se “desbordan” al territorio adyacente de un Estado (o Estados) no beligerante(s). En consonancia con la jurisprudencia del TPIY (v. la nota 7 *supra*), existen razones jurídicas de peso para vincular la extensión geográfica del DIH al país vecino, según el grado de control que ejerza una parte en un CANI sobre el territorio del país vecino o sobre las zonas en que se desarrollan las hostilidades en ese país. Sin embargo, como se observará más adelante, la práctica de los Estados más común y la *opinio iuris* no permiten extraer una conclusión semejante con respecto a la extensión de la aplicabilidad del DIH a las partes en un CANI en el que está afectado el territorio de un Estado no beligerante y no limítrofe.

su empleo. Así, el uso de la fuerza en el territorio de un Estado no beligerante estaría justificado sólo en casos muy excepcionales.

Se entiende que el recurso a las normas que rigen el uso de la fuerza en las operaciones de mantenimiento del orden en el escenario analizado también es más apropiado como cuestión de política. Un Estado no beligerante es, por definición, un Estado que no participa en un conflicto armado en curso entre otros Estados. Por consiguiente, las normas del DIH no deberían ser las que rigieran el uso de la fuerza letal dentro de su territorio por un tercer Estado que tiene como objetivo a una persona en el contexto de un CANI que se desarrolla en un territorio no contiguo. En esas circunstancias, la aplicación de las normas para el mantenimiento del orden brindaría una mayor protección a la población en general que las normas del DIH sobre la conducción de hostilidades (elaboradas específicamente para la realidad de los conflictos armados), pues no hay un conflicto armado en curso en el Estado no beligerante. La aplicación de las normas del DIH sobre la conducción de hostilidades en ese contexto podría legítimamente tener consecuencias en términos de daño a los civiles y los bienes de carácter civil en el Estado no beligerante, es decir, permitir el “daño colateral”; ése no sería el caso si se aplicaran las normas para el mantenimiento del orden.

Recurrir a otros instrumentos de derecho internacional, básicamente para “contrarrestar” los efectos de una visión territorialmente expansiva de la aplicabilidad del DIH a un Estado no beligerante (en la que insisten quienes proponen un enfoque sin restricciones geográficas para la aplicabilidad del DIH) podría tener una utilidad limitada. El derecho de la neutralidad no se aplica al escenario de CANI descrito anteriormente. Con respecto a las consecuencias posiblemente restrictivas del *ius ad bellum*, parecería que ese cuerpo de normas se interpreta cada vez más, tanto entre los Estados como entre los expertos, en formas que hacen más sencillo el uso extraterritorial de la fuerza por los terceros Estados, en especial contra los actores no estatales. En cuanto a la influencia restrictiva del derecho relativo a la responsabilidad del Estado, su propósito no es evitar una conducta en particular sino, potencialmente, establecer que esa conducta era ilícita *a posteriori*.

Con todo, lo antedicho no debería interpretarse en el sentido de que la aplicabilidad del DIH nunca puede extenderse al territorio de un Estado no beligerante. El CICR considera que el DIH comenzaría a aplicarse en el territorio de ese Estado si y cuando se cumplen las condiciones requeridas para determinar la existencia fáctica de otro CANI. Dicho de otro modo, si las personas que se encuentran en un Estado no beligerante adquieren el nivel requerido de organización para constituir un grupo armado no estatal conforme al DIH y si puede considerarse que la violencia entre ese grupo y un tercer Estado alcanza el nivel de intensidad necesario, la situación podría clasificarse como un CANI. En consecuencia, las normas del DIH sobre la conducción de hostilidades pasarían a tener vigencia para las partes. En ese caso, también habría que determinar el tipo de relación entre los dos Estados conforme al DIH, de acuerdo con las normas correspondientes sobre la clasificación de los conflictos armados entre Estados.

Los escenarios vinculados con la posible extensión de la aplicabilidad del DIH al territorio de Estados no beligerantes analizados en esta sección no son todos los que podrían contemplarse¹⁴. Como ya se dijo, se han incluido como telón de fondo para una guía sobre los puntos más importantes del derecho en esta materia. En ese sentido, la interpretación

¹⁴ En este sentido, es posible mencionar dos cuestiones puntuales. La primera es el régimen jurídico aplicable a cualquier tipo de uso de la fuerza contra bases establecidas en el territorio de un Estado no beligerante por un grupo armado no estatal con fines de entrenamiento y logística en relación con un CANI en curso. Se entiende que la misma cuestión debería plantearse respecto del régimen jurídico aplicable al ataque de bases militares de los Estados ubicadas en territorios no beligerantes desde los cuales se conducen operaciones militares relacionadas con un CANI en curso. El segundo tema es el régimen jurídico aplicable a los ataques cibernéticos lanzados por y contra grupos armados no estatales desde o a través de territorios no beligerantes. Ambas cuestiones requerirán un análisis más detallado en función de la evolución de la práctica de los Estados al respecto.

jurídica de cualquier escenario concreto no sólo dependerá en gran medida de las cuestiones fácticas sino que inevitablemente implicará la consideración de un conjunto muy complejo de hechos.

3) Aplicabilidad del DIH al terrorismo y el antiterrorismo

Los últimos años han sido testigos del surgimiento de grupos armados no estatales que recurren a actos de terrorismo y la subsiguiente agrupación de un número de otros grupos no estatales alrededor de ellos. Los Estados (y, con ellos, la ONU) han reaccionado ante los acontecimientos con un endurecimiento de las medidas y leyes antiterroristas existentes o con la introducción de nuevas leyes y medidas. No caben dudas de que es lícito llevar a cabo acciones en respuesta a dichos actos de terrorismo para garantizar la seguridad del Estado. Sin embargo, al hacerlo, es indispensable mantener las salvaguardias establecidas en el DIH y el DIDH para proteger la vida y la dignidad de las personas.

Las respuestas antiterroristas, combinadas con un discurso antiterrorista firme en foros nacionales e internacionales, han contribuido a borrar la línea divisoria entre los conflictos armados y el terrorismo, con consecuencias potencialmente negativas para el DIH. Parece haber una tendencia cada vez mayor entre los Estados a considerar cualquier acto de violencia perpetrado por un grupo armado no estatal en el marco de un conflicto armado como un acto “terrorista” por definición, aun cuando ese acto, en realidad, sea lícito en el marco del DIH. Esto se da en paralelo a la eterna reticencia de algunos Estados a reconocer la existencia de un conflicto armado dentro de su territorio, pues ese reconocimiento “legitimaría” a los grupos armados no estatales que participan en el conflicto. El resultado es una negación de que esos grupos, calificados de “terroristas”, puedan ser una parte en un CANI en el sentido del DIH. En consecuencia, la relación entre los marcos jurídicos que regulan el DIH y el terrorismo vuelve a estar en la mira.

La necesidad continua de distinguir entre los marcos jurídicos que regulan el DIH y el terrorismo

El CICR expuso su postura sobre este tema en el informe anterior sobre el DIH y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos, presentado a la XXXI Conferencia Internacional. Dadas las tendencias actuales en materia de antiterrorismo, es conveniente volver a mencionar algunos aspectos. En esta sección, se incluye un breve resumen de las razones por las que, en la opinión del CICR, las normativas jurídicas que regulan los conflictos armados y el terrorismo no deberían amalgamarse.

Si bien es cierto que la normativa jurídica en materia de terrorismo y el DIH pueden tener elementos comunes (el DIH prohíbe expresamente la mayoría de los actos tipificados como “terroristas” en la legislación nacional y las convenciones internacionales sobre terrorismo), ambos regímenes jurídicos son esencialmente distintos. Tienen fundamentaciones, objetivos y estructuras muy diferentes.

La principal divergencia es que, en términos jurídicos, un conflicto armado es una situación en que están permitidos ciertos actos de violencia (lícitos) y otros están prohibidos (ilícitos), mientras que cualquier acto de violencia designado como “terrorista” es siempre ilícito. La finalidad última de un conflicto armado es imponerse a las fuerzas armadas enemigas. Por esta razón, está permitido, o al menos no está prohibido, que las partes ataquen los objetivos militares o a los individuos que no tienen derecho a protección contra ataques directos de la parte adversaria. La violencia dirigida contra esos objetivos no está prohibida en el DIH, independientemente de que sea causada por un Estado o por una parte no estatal. Los actos de violencia contra los civiles y los bienes de carácter civil son, en cambio, ilícitos, porque uno de los propósitos fundamentales del DIH es preservar a las personas civiles y a los bienes de

32IC/15/11

carácter civil de los efectos de las hostilidades. Por lo tanto, el DIH regula tanto los actos lícitos como los ilícitos de violencia.

No hay una dicotomía análoga en las normas sobre los actos de terrorismo. La característica que define cualquier acto clasificado jurídicamente como “terrorista” según el derecho internacional y según el derecho interno es que está tipificado como un crimen: ningún acto de violencia calificado como “terrorista” está o puede estar exento de enjuiciamiento.

Otra diferencia fundamental entre los dos marcos jurídicos es el principio de igualdad de los beligerantes, según el cual las partes en un conflicto armado tienen los mismos derechos y obligaciones de conformidad con el DIH (incluso si no los tienen en el marco del derecho interno). El principio refleja el hecho de que el DIH no tiene como objetivo determinar la licitud de la causa perseguida por los beligerantes. Su objetivo es, en cambio, garantizar igual protección a las personas y los bienes afectados por un conflicto armado, independientemente de la licitud del primer recurso a la fuerza. Evidentemente, el marco jurídico que regula los actos de terrorismo no incluye un principio análogo. En este contexto, es importante recordar que, mientras que el DIH contempla la igualdad de derechos y obligaciones de los beligerantes en la conducción de hostilidades y en el trato a las personas que están bajo su dominio, no confiere legitimidad a los grupos armados no estatales que son parte en un CANI. El artículo 3 común establece expresamente que, cuando las partes en un conflicto aplican sus disposiciones, ello “no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”. El Protocolo adicional II incluye una cláusula similar en garantía de la soberanía de los Estados y su responsabilidad de mantener o restablecer la ley y el orden, o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos (artículo 3).

Lo dicho hasta aquí no significa que no pueda crearse una cierta superposición entre las normativas jurídicas que regulan los conflictos armados y el terrorismo. El DIH prohíbe tanto los actos específicos de terrorismo cometidos en un conflicto armado como una serie de actos de violencia, en cuanto crímenes de guerra, cuando se cometen contra civiles o bienes de carácter civil. Si los Estados deciden, adicionalmente, designar esos actos como “terroristas” en el derecho internacional o el derecho interno, esa decisión, en efecto, duplicaría la tipificación de los actos en cuestión como delitos.

Sin embargo, los actos que no están prohibidos en el DIH (como los ataques contra objetivos militares o contra individuos que no tienen derecho a protección contra ataques directos) no deberían clasificarse como “terroristas” en el ámbito interno o internacional (aunque sigan estando sujetos a la criminalización ordinaria en el marco del derecho interno en el contexto de un CANI). Los ataques contra objetivos legítimos constituyen la esencia misma de los conflictos armados, por lo que no deberían definirse jurídicamente como “terroristas” en el marco de otro régimen jurídico. Hacerlo implicaría que esos actos deben estar sometidos a la criminalización en ese marco jurídico, con lo que se crearía un conflicto de obligaciones para los Estados en el ámbito internacional. Eso sería contrario a la realidad de los conflictos armados y a la fundamentación del DIH, que no prohíbe los ataques contra los objetivos legítimos.

Además, agregar otro nivel de incriminación clasificando como “terroristas” actos que no son ilícitos en el marco del DIH puede desalentar en el cumplimiento del DIH a los grupos armados no estatales que son parte en un CANI. Las motivaciones que éstos puedan tener para participar en el conflicto en el marco de lo dispuesto en el DIH se verían socavadas si, sin importar los esfuerzos que puedan hacer para cumplir con dichas disposiciones, todas sus acciones se consideraran ilícitas. Más aún, clasificar como “terroristas” actos que son lícitos en el marco del DIH podría dificultar la aplicación del artículo 6.5 del Protocolo adicional II, cuyo propósito es conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado sin haber cometido violaciones graves del DIH. Por razones obvias, la posibilidad de amnistía se reduce cuando incluso actos de guerra lícitos se clasifican

como actos de terrorismo. A fin de cuentas, eso puede constituir un obstáculo en las negociaciones de paz y los esfuerzos para lograr la reconciliación.

El DIH, la llamada “lucha contra el terrorismo” y el ámbito geográfico de los conflictos armados

Como ya se ha observado en más de una oportunidad, el CICR considera que, desde un punto de vista jurídico, no existe algo que pueda denominarse “lucha contra el terrorismo”. Con respecto a los varios conflictos armados y las numerosas medidas antiterroristas nacionales e internacionales, el CICR adopta la postura de examinar cada caso por separado para analizar y clasificar jurídicamente las distintas situaciones de violencia. En ese sentido, la lucha contra el terrorismo abarca, además del uso de la fuerza en ciertas instancias, el empleo de otras medidas, como la recopilación de información, las sanciones económicas y la cooperación judicial.

Cuando se emplea la fuerza armada, sólo lo que ocurre sobre el terreno importa para la clasificación jurídica de una situación de violencia. Algunas situaciones pueden considerarse CAI; otras, CANI; y otros actos de violencia no pertenecen a ninguna clase de conflicto armado porque no tienen el nexo necesario con el conflicto.

Con respecto al fenómeno de los grupos armados con un supuesto alcance mundial, como Al Qaeda o el Estado Islámico, el CICR no comparte la opinión de que se esté desarrollando, o se haya desarrollado, un conflicto armado de dimensiones mundiales. Para ello, se requeriría, en primer lugar, la existencia de una parte no estatal “unitaria” en contra de uno o más Estados. De acuerdo con los datos disponibles, no hay elementos suficientes para considerar que el “núcleo” de Al Qaeda y los grupos asociados a la organización en otras partes del mundo constituyen una única parte en el sentido del DIH. El mismo razonamiento se aplica, hasta el momento, al Estado Islámico y los grupos vinculados con él.

Asimismo, como ya se dijo anteriormente¹⁵, el CICR no comparte la noción de que la aplicabilidad del DIH se extiende más allá del territorio de las partes en el conflicto de modo tal de permitir el ataque a individuos vinculados con los grupos armados en todo el mundo. La postura del CICR es que los CANI se restringen al territorio de cada una de las partes en un conflicto armado. Si bien un CANI puede alcanzar el territorio de los países vecinos en virtud de la continuidad de las hostilidades, no puede trasladarse a terceros países. Para el CICR, los criterios de intensidad y nivel de organización que deben cumplirse en el marco del DIH para que exista un CANI deben cumplirse también en el territorio de cada tercer Estado para que se dé lugar a la aplicabilidad del DIH.

El DIH y los “combatientes extranjeros”

El fenómeno de los denominados “combatientes extranjeros” (ciudadanos de un país que viajan al exterior para combatir junto a un grupo armado no estatal en el territorio de otro Estado) ha tenido un crecimiento exponencial en los últimos años. A fin de aplacar las amenazas de los combatientes extranjeros, los Estados, en especial en el marco del Consejo de Seguridad de la ONU, han adoptado una serie de medidas, entre las que se incluyen el uso de la fuerza, la detención (con cargos de terrorismo, entre otros) y la prohibición de salir del país.

Si bien la mayoría de las medidas que se toman para evitar que los individuos se unan a grupos armados no estatales o para mitigar la amenaza que suponen al volver están dentro del ámbito de la aplicación de la ley, la aplicabilidad del DIH, en aquellas situaciones en las que es pertinente, no debe pasarse por alto. Es posible sostener que se ha prestado poca atención a la forma en que se trata el fenómeno de los combatientes extranjeros en el DIH.

¹⁵ V. la sección II.2 *supra* sobre Alcance geográfico de la aplicabilidad del DIH.

El concepto de “combatiente extranjero” no es un término específico del DIH. La aplicabilidad del DIH a una situación de violencia en la que participa ese tipo de combatientes depende de la realidad sobre el terreno y del cumplimiento de ciertas condiciones jurídicas que dimanen de las normas pertinentes del DIH, en especial, de los artículos 2 y 3 comunes a los Convenios de Ginebra. Dicho de otro modo, el DIH rige las acciones de los combatientes extranjeros, así como cualquier medida que se tome en relación con ellos, cuando éstos tienen una vinculación con un conflicto armado en curso.

Las disposiciones del DIH aplicables a la conducción de hostilidades rigen la conducta de los combatientes extranjeros, independientemente de su nacionalidad, tanto en los CAI como en los CANI. En consecuencia, las acciones de los combatientes extranjeros se rigen por los mismos principios y normas del DIH que se aplican a cualquier otro beligerante.

En lo referente a la detención, la nacionalidad tiene incidencia sobre el estatuto de las “personas protegidas” en los CAI pero no en los CANI. De conformidad con el III Convenio de Ginebra, la nacionalidad es un factor irrelevante para determinar si una persona debe ser considerada como combatiente en un CAI pero puede ser importante para decidir si un Estado debe conceder estatuto de prisionero de guerra a los ciudadanos de su país capturados mientras combatían para un ejército extranjero (las prácticas de los Estados al respecto son muy diversas).

La nacionalidad es un factor decisivo a la hora de determinar si una persona detenida gozará del estatuto de “persona protegida” de conformidad con el IV Convenio de Ginebra. La letra de este tratado (artículo 4) no se aplica a personas de la nacionalidad de la potencia detenedora ni a los ciudadanos de Estados neutrales o cobeligerantes, excepto cuando no existe una representación diplomática “normal” entre esos Estados y la potencia detenedora. En una situación de ocupación, se debe conferir a los nacionales de los Estados neutrales y a los nacionales de los Estados cobeligerantes el estatuto de persona protegida, a menos que exista una representación diplomática normal entre el Estado cobeligerante y la potencia ocupante. Sea cual fuere el caso, si un combatiente extranjero no puede gozar del estatuto de persona protegida de conformidad con el III o el IV Convenio de Ginebra por cuestiones de nacionalidad, de todos modos gozará de la “red de protección” que ofrece el artículo 75 del Protocolo adicional I, como cuestión de derecho convencional y/o consuetudinario.

La nacionalidad no ejerce ninguna influencia en el estatuto de los combatientes extranjeros en un CANI (por cuanto no existe el estatuto de prisionero de guerra o de persona protegida en este tipo de conflictos armados) ni en la protección jurídica que se les otorga en caso de captura. En consecuencia, los combatientes extranjeros que estén fuera de combate tendrán derecho a las garantías del artículo 3 común y del Protocolo adicional II, cuando éste sea aplicable, así como a las salvaguardias que ofrecen las normas del derecho consuetudinario.

Por último, los combatientes extranjeros suelen equipararse a mercenarios. En el marco del DIH, el concepto de “mercenario” sólo existe en los CAI y su única consecuencia es la pérdida del estatuto de prisionero de guerra¹⁶. Dicho esto, los combatientes extranjeros pueden cumplir con las definiciones de “mercenario” que figuren en la legislación nacional que prohíbe el mercenarismo.

¹⁶ En este contexto, cabe recordar que los criterios que deben cumplirse para que una persona sea considerado un mercenario de conformidad con el Protocolo adicional I (art. 47) rara vez se cumplen en la práctica. También es necesario mencionar que la aplicación, la definición y las obligaciones enumeradas en la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (aprobada el 4 de diciembre de 1989, en vigor desde el 20 de octubre de 2001), 2163 UNTS 75, y la Convención de la Organización de la Unidad Africana para la eliminación del mercenarismo en África (aprobada el 3 de julio de 1977, en vigor desde el 22 de abril de 1985), OAU Doc. CM/433/Rev. L. Annex 1 (1972) son más amplias para los Estados parte.

El papel del CICR en relación con los combatientes extranjeros es similar al que desempeña la Institución respecto de cualquier otra persona capturada y detenida en el contexto de un conflicto armado. Si un combatiente extranjero es detenido en un CAI y cumple con las condiciones necesarias para recibir estatuto de prisionero de guerra o persona protegida de conformidad con el III o el IV Convenio de Ginebra, el CICR debe poder tener acceso a esa persona. Si un combatiente extranjero es detenido en el contexto de un CANI, el CICR puede ofrecer sus servicios humanitarios a la parte detenedora y visitar al detenido con el consentimiento de las autoridades correspondientes.

Posible tipificación de la acción humanitaria como delito

Como se explica en detalle en el informe sobre Desafíos de 2011, la posible tipificación de la acción humanitaria como delito sigue siendo motivo de preocupación para el CICR. Por ello, se la reitera en el presente informe. La denominación de un grupo armado no estatal que participa en un CANI como “terrorista” implica que ese grupo será incluido en las listas de organizaciones terroristas de la ONU, los organismos regionales y los Estados. En la práctica, eso puede inhibir las actividades de las organizaciones humanitarias y de otro tipo que brindan asistencia, protección y otras clases de ayuda en zonas de guerra, pues tiene el potencial de tipificar como delincuentes a una variedad de actores humanitarios y a su personal, a la vez que puede poner barreras a la financiación de las actividades humanitarias. La prohibición, según la legislación en materia penal, de los actos de “apoyo material”, “servicios” y “asistencia a” o “asociación con” organizaciones terroristas sin reservas tendría como consecuencia, en la práctica, la penalización de las actividades esenciales de las organizaciones humanitarias y de su personal destinadas a atender a las necesidades de las víctimas de los conflictos armados y de las situaciones de violencia que no alcanzan ese umbral. Éstas podrían incluir: las visitas y la asistencia material a los detenidos sospechosos de ser miembros de una organización terrorista o condenados por esta razón; la facilitación de las visitas de familiares a esos detenidos; formación en primeros auxilios, seminarios de cirugía de guerra, difusión del DIH a los miembros de los grupos de oposición armada incluidos en las listas de terroristas; asistencia para atender a las necesidades básicas de la población civil en zonas controladas por grupos armados asociados con el terrorismo y asistencia a gran escala en favor de los desplazados internos, pues entre todos esos beneficiarios puede haber personas asociadas con el terrorismo.

Puede decirse que la penalización potencial de la interacción humanitaria con grupos armados organizados llamados “organizaciones terroristas” refleja una falta de aceptación de la noción de acción humanitaria neutral e independiente, un enfoque que el CICR se esfuerza por promover en sus actividades operacionales en el terreno. El CICR debe estar autorizado a –y, en la práctica, debe tener la libertad de– ofrecer sus servicios en beneficio de los civiles y otros individuos afectados por un conflicto armado que se encuentran en poder de o en zonas controladas por una parte no estatal en un conflicto armado.

En su informe de 2011, el CICR expresó la necesidad de que los Estados sean más conscientes de la necesidad de armonizar sus políticas y obligaciones jurídicas en el ámbito humanitario y en relación con el antiterrorismo para lograr lo que se espera en los dos ámbitos. Las recomendaciones del CICR en ese aspecto siguen siendo pertinentes, por lo que se reiteran en el presente informe:

- Las medidas que adopten los Gobiernos, tanto a nivel internacional como nacional, para reprimir penalmente los actos de terrorismo deben ser elaboradas de forma que no obstaculicen la acción humanitaria. En especial, la legislación para tipificar las infracciones penales de “apoyo material”, “servicios” y “asistencia” a personas o entidades implicadas en terrorismo o asociadas con ellas deberían excluir del ámbito de esas infracciones las actividades que son de índole exclusivamente humanitaria e imparcial y son llevadas a cabo sin distinción alguna de índole desfavorable.

- Por lo que respecta al CICR en particular, se debe reconocer que la interacción humanitaria con los grupos armados no estatales que son parte en un CANI es una actividad que se prevé y se espera en el artículo 3 común, por lo cual se autoriza al CICR a ofrecer sus servicios a las partes en los CANI. La criminalización de la acción humanitaria es pues contraria a la letra y al espíritu de los Convenios de Ginebra. Dicho de otro modo, prohibir en sentido lato los “servicios” o el “apoyo” al terrorismo podría impedir que el CICR cumpla su cometido convencional (y estatutario) en contextos donde los grupos armados que son partes en un CANI son designados “organizaciones terroristas”.

III. DIH y fuerzas multinacionales

En los últimos años, se ha visto un incremento en la cantidad de operaciones de paz llevadas a cabo por fuerzas multinacionales¹⁷. Las misiones de la ONU en la República Democrática del Congo, la República Centroafricana o Malí, las operaciones de la OTAN en Libia y Afganistán, y la operación de la UA en Somalia son buenos ejemplos de ello. La combinación de la “solidez” de los mandatos que, en ocasiones, la comunidad internacional asigna a fuerzas multinacionales y la violencia de los contextos en que se llevan a cabo esas misiones eleva la probabilidad de que sean llamadas a recurrir al uso de la fuerza militar y torna importante la cuestión de cuándo y cómo ha de aplicarse el DIH a sus acciones.

Condiciones para la aplicabilidad del DIH a las fuerzas multinacionales

La cuestión de si las fuerzas multinacionales pueden, de por sí, transformarse en una parte en un conflicto armado es objeto de debate. En operaciones de paz de los últimos años, se ha visto el desarrollo de argumentos jurídicos en los que se sugiere que las condiciones que dan lugar a la aplicabilidad del DIH pueden ser distintas cuando intervienen fuerzas multinacionales¹⁸. De acuerdo con esas opiniones, el DIH no sería aplicable, se aplicaría de un modo distinto o se aplicaría sólo como cuestión de política a ese tipo de fuerzas.

En respuesta a esos puntos de vista, cabe señalar que el DIH no excluye a las fuerzas multinacionales de convertirse en partes en un conflicto armado si se dan las condiciones para la aplicación de sus normas. Asimismo, esas posturas pasan por alto o eliminan la distinción establecida hace mucho tiempo en el derecho internacional entre el *ius in bello* y el *ius ad bellum*, que se encuentra bien fundamentada en el derecho convencional, así como en la jurisprudencia tanto nacional como internacional. En virtud de esa distinción, la aplicabilidad del DIH a las fuerzas multinacionales, como a cualquier otro actor, depende exclusivamente de las circunstancias que prevalecen sobre el terreno, independientemente del mandato internacional que les haya sido asignado o del término utilizado para designar a su potencial adversario (o adversarios).

¹⁷ No hay una definición precisa de las operaciones de paz en el derecho internacional público. Los términos “operaciones de paz”, “operaciones de apoyo a la paz”, “operaciones de mantenimiento de la paz” y “operaciones de consolidación de la paz” no figuran en la Carta de la ONU (aprobada el 26 de junio de 1945, en vigor desde el 24 de octubre de 1945). Pueden interpretarse de distintas maneras y, a veces, son intercambiables. En esta sección, el término “operaciones de paz” se utiliza para hacer referencia tanto a operaciones de mantenimiento de la paz como a operaciones de consolidación de la paz llevadas a cabo por organizaciones internacionales, organizaciones regionales o coaliciones de Estados en representación de la comunidad internacional, en cumplimiento de una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU aprobada conforme a los capítulos VI, VII u VIII de la Carta de la ONU. Si bien la mayoría de las operaciones de paz tienen lugar bajo el mando y el control de la ONU o de la OTAN, en esta sección también se tiene en cuenta el papel cada vez más protagónico que desempeñan otras organizaciones internacionales, como la UA o la Unión Europea (EU). El término “fuerzas multinacionales” se aplica a las fuerzas armadas aportadas por distintos países y puestas al servicio de una operación de paz.

¹⁸ Con frecuencia, esos argumentos jurídicos se apoyan en el hecho de que las fuerzas multinacionales operan en representación de la comunidad internacional y en el contexto de un mandato del Consejo de Seguridad de la ONU.

Dado que, las más de las veces, las fuerzas multinacionales están desplegadas en zonas de conflicto, es esencial determinar cuándo se considera que se han transformado en beligerantes para los fines del DIH. En ese sentido, algunos debates jurídicos sobre la aplicabilidad del DIH a las fuerzas multinacionales se han caracterizado por los intentos recurrentes de elevar el umbral de aplicación. En particular, se ha argumentado que, cuando participan fuerzas multinacionales (en especial, las fuerzas de la ONU), se requeriría un nivel superior de intensidad de la violencia para que exista un conflicto armado.

La postura del CICR, expresada en varias oportunidades, es que los criterios para determinar si las fuerzas multinacionales participan en un conflicto armado son los mismos que los empleados en cualquier otra situación similar, ya sea CAI o CANI. Otras posturas parecerían carecer de sustento jurídico en el marco del DIH, por cuanto el “enfoque del umbral superior” no se encuentra en el derecho convencional y tampoco se apoya en las prácticas generalizadas. En consecuencia, la determinación de la aplicabilidad del DIH a las fuerzas multinacionales debe basarse exclusivamente en los criterios habituales para los conflictos armados, extraídos de las normas pertinentes del DIH, en particular, los artículos 2 y 3 comunes a los Convenios de Ginebra.

Las operaciones de paz actuales muestran que, con frecuencia, las fuerzas multinacionales intervienen en un CANI preexistente brindando apoyo a las fuerzas armadas del Estado en cuyo territorio se desarrolla el conflicto. Rara vez esa asistencia adopta la forma de una operación militar cinética generalizada contra un enemigo claramente identificado; más bien suele consistir en uso esporádico de la fuerza, apoyo logístico, actividades de inteligencia en beneficio del Estado territorial o participación en la planificación y la coordinación de operaciones militares llevadas a cabo por las fuerzas armadas del Estado territorial.

La tendencia plantea cuestiones jurídicas importantes: ¿Cuál es el estatuto jurídico, dentro del marco del DIH, de las fuerzas multinacionales que brindan ese tipo de apoyo? ¿Es aplicable el DIH a las fuerzas multinacionales en ese escenario? La complejidad de los interrogantes radica fundamentalmente en el hecho de que, en algunos casos, el apoyo que brindan las fuerzas multinacionales no alcanza en sí mismo el umbral de intensidad que se requiere para la existencia de un CANI.

Esa situación ha llevado a examinar si, incluso cuando la implicación de las fuerzas multinacionales no cumple *per se* el criterio del nivel de intensidad exigido para los CANI, la naturaleza de su participación en un CANI preexistente las convierte en una parte en dicho conflicto.

El CICR es de la opinión de que no es necesario analizar si las acciones de las fuerzas multinacionales en sí mismas (o, en general, de un Estado en particular) cumplen los criterios que se utilizan para determinar la existencia de un CANI, pues dichos criterios ya se han cumplido por el CANI preexistente. Si las operaciones de las fuerzas multinacionales deben estar regidas por el DIH o no sólo debería decidirse en función de la naturaleza de las funciones de apoyo que desempeñan. En consecuencia, el “enfoque basado en las funciones de apoyo” consiste en vincular al DIH las acciones de las fuerzas multinacionales que objetivamente son parte integrante de un CANI preexistente.

De acuerdo con el enfoque basado en las funciones de apoyo, no todas las formas de apoyo convierten a las fuerzas multinacionales en una parte en un CANI preexistente. El elemento decisivo sería la contribución de dichas fuerzas a la conducción de hostilidades colectiva. El enfoque basado en las funciones de apoyo distingue claramente entre un apoyo que tiene un impacto directo en la capacidad del adversario de llevar a cabo operaciones militares y otras formas de apoyo más indirectas, que permitirían al beneficiario incrementar su capacidad

militar. Sólo las funciones de apoyo del primer tipo convertirían a las fuerzas multinacionales en una parte en un CANI preexistente.

Según el enfoque basado en las funciones de apoyo, el DIH sería aplicable a las fuerzas multinacionales cuando se cumplan de manera cumulativa las siguientes condiciones: (1) hay un CANI preexistente en curso en el territorio en el que las fuerzas multinacionales fueron llamadas a intervenir; (2) las fuerzas multinacionales llevan a cabo acciones vinculadas con la conducción de hostilidades en el contexto del conflicto preexistente; (3) las operaciones militares de las fuerzas multinacionales se llevan a cabo en apoyo (en los términos en que fue presentado anteriormente) de una de las partes en el conflicto preexistente; y (4) las acciones en cuestión se llevan a cabo en cumplimiento de una decisión oficial del país que aporta tropas o de la organización correspondiente de apoyar a una de las partes que participan en el conflicto preexistente.

El cumplimiento de los criterios enumerados en el párrafo anterior debería permitir determinar con claridad la existencia de una intención beligerante¹⁹ genuina por parte de las fuerzas multinacionales. La situación resultante demostraría que las fuerzas multinacionales están efectivamente implicadas en operaciones militares o acciones hostiles encaminadas a neutralizar el personal y los activos militares del enemigo, obstaculizar sus operaciones militares o controlar partes de su territorio.

En la opinión del CICR, el enfoque basado en las funciones de apoyo contribuye a clarificar los límites del concepto de CANI. Dicho enfoque aporta elementos para interpretar ese concepto en consonancia con la lógica del DIH y con el imperativo de no desdibujar la distinción entre combatientes y civiles, y de mantener el principio de igualdad de los beligerantes.

Determinar quién es parte en un conflicto armado

Una vez que las fuerzas multinacionales se han implicado en un conflicto armado, es importante identificar cuáles de los participantes en una operación multinacional deberían considerarse partes en el conflicto: ¿los países que aportan tropas? ¿la organización internacional o regional bajo cuyo mando y control operan las fuerzas multinacionales? ¿ambos? La cuestión ha recibido poca atención hasta el momento. Se trata, sin embargo, de un asunto fundamental, dadas sus implicaciones jurídicas.

Todas las organizaciones internacionales implicadas en operaciones de paz tienen una característica en común: no tienen fuerzas armadas propias. Para llevar a cabo ese tipo de operaciones, deben recurrir a los Estados miembros, para que éstos pongan a su disposición sus respectivas fuerzas armadas. Cuando ponen tropas a disposición de una organización internacional, los países que lo hacen conservan alguna forma de autoridad y control sobre sus tropas, de modo que, aun cuando éstas operan en representación de la organización internacional, continúan actuando, simultáneamente, como órganos de sus respectivos Estados. Ese estatuto dual de las fuerzas armadas que participan en operaciones multinacionales llevadas a cabo bajo los auspicios de una organización internacional, como órganos de un país que aporta tropas y de la organización internacional, torna considerablemente más compleja la determinación de quién debería considerarse parte en el conflicto armado.

Para identificar a las partes, es necesario determinar a qué entidad pueden atribuirse los actos de guerra que realizan las fuerzas multinacionales, si a la organización internacional o a los países que aportan tropas. El DIH no dice nada acerca de dicha atribución. No incluye ningún criterio específico para atribuir las acciones de las fuerzas multinacionales a un titular de

¹⁹ Sobre el concepto de intención beligerante, v. la nota 3 *supra*.

obligaciones internacionales en particular. Frente a la ausencia de criterios en el DIH, rigen las normas generales del derecho internacional relativas a la atribución.

En el marco de este cuerpo de normas internacionales, el concepto de control es fundamental²⁰. Dicho de otro modo, para determinar quién es parte en un conflicto armado en el contexto de operaciones multinacionales, es necesario analizar el nivel de control que ejerce la organización internacional sobre las tropas que se ponen a su disposición.

Para poder responder este complejo interrogante, se deben analizar los mecanismos de mando y control (“C2” en la jerga militar) y los niveles correspondientes de autoridad vigente en las operaciones multinacionales. No hay un enfoque único para ello. La estructura de C2 es distinta para cada operación y para cada organización internacional. No obstante, es indiscutible que los países que aportan tropas no delegan el “mando pleno” a la organización internacional implicada, sino que, en general, sólo transfieren el “mando operacional” o el “control operacional”. En términos jurídicos, eso significa que la organización internacional bajo cuyos auspicios se lleva a cabo una operación multinacional suele tener el control necesario (en el sentido de esos términos en el derecho internacional) de las operaciones militares conducidas por las tropas puestas a su disposición.

Con respecto a las operaciones multinacionales ejecutadas bajo el mando y el control de la ONU, el análisis de los aspectos pertinentes de la doctrina de la ONU, combinado con un repaso de su aplicación práctica en distintos contextos, muestra que, pese a las múltiples condiciones impuestas por los países que aportan tropas y sus potenciales interferencias en la cadena de mando de la ONU, las Naciones Unidas ejercen, en general, el control necesario sobre sus operaciones militares. Por lo tanto, en las operaciones multinacionales bajo el C2 de la ONU, se presupone que sólo la misión de la ONU, y no los países que aportan tropas (y menos aún los Estados miembros de la ONU), debería considerarse parte en un conflicto armado cuando las fuerzas de la ONU se ven implicadas en unas hostilidades que pueden clasificarse como tales.

En el caso de las operaciones multinacionales conducidas por la OTAN, la situación es más compleja. Debido a la naturaleza intrincada y peculiar de la arquitectura de C2 de las operaciones de la OTAN, se sostiene que, en principio, cuando las tropas de la OTAN participan en un conflicto armado, no es sólo la organización la que es parte en ese conflicto. Los mecanismos de mando y control de la OTAN, como se implementaron, por ejemplo, en Afganistán o en Libia, revelan que la implicación de los países que aportan tropas en los niveles estratégicos, operacionales y tácticos es tal que los Estados en cuestión claramente tienen el poder y la capacidad de influir e intervenir en todos los niveles y todos los estadios de las operaciones militares de la OTAN. Los países que aportan tropas están tan estrechamente vinculados con la estructura de C2 de la OTAN que es casi imposible discernir si es la OTAN en sí o los países que aportan tropas quien ejerce el control general o efectivo en las operaciones militares. En vista de esto, normalmente, las operaciones de la OTAN deberían atribuirse simultáneamente a la organización internacional y a los países que aportan tropas. La consecuencia jurídica lógica en términos del DIH es que tanto la OTAN como los países que aportan tropas (pero no todos los Estados miembros de la OTAN) deberían considerarse partes en el conflicto armado. Además, dado que es difícil, en la práctica y en el ámbito jurídico, establecer distinciones en el marco del DIH sobre el estatuto jurídico de los Estados que participan en esas operaciones, el CICR sostiene que el desarrollo de actividades militares en el contexto de una operación de la OTAN, en especial si éstas son parte integrante de la conducción de hostilidades colectiva, confiere el estatuto de beligerantes a los países que aportan tropas. En esas circunstancias, existe la presunción, si bien es refutable, de que los Estados que participan en una operación de la OTAN que alcanza el umbral necesario

²⁰ Existen debates abiertos, a partir de las divergencias que se encuentran en la jurisprudencia internacional al respecto, sobre si aplicar la prueba del “control efectivo” o la del “control general”.

32IC/15/11

para ser un conflicto armado ostentan, junto con la propia OTAN, el estatuto de partes en el conflicto armado.

El alcance personal de la aplicabilidad del DIH en el contexto de las operaciones multinacionales

La cuestión del alcance personal de la aplicabilidad del DIH adquiere particular importancia en el caso de las operaciones multinacionales de carácter “multidimensional” o “integrado”. Dichas operaciones comprenden tareas que van más allá de las operaciones militares contra los enemigos designados: participación en la administración económica, la administración civil, el estado de derecho, los procesos de desarme, desmovilización y reinserción, distintos procesos políticos, la promoción y protección de los derechos humanos y la asistencia humanitaria. Para poder desempeñar esas funciones, las operaciones multinacionales “integradas” emplean una combinación de efectivos militares, agentes policiales y personal civil. La realización de los múltiples objetivos de una misión multinacional que se ha convertido en parte en un conflicto armado inevitablemente plantea interrogantes sobre el estatuto jurídico, en el marco del DIH, de los distintos miembros del personal que forman parte de ella.

El personal de una operación multinacional debe dividirse por categorías para evaluar el alcance de la protección del DIH para cada categoría. A esos efectos, la situación del personal militar, policial y civil debe analizarse por separado.

Los miembros del componente militar de una operación multinacional implicada en un conflicto armado deben distinguirse de los otros miembros del personal de la misión. Una vez que el personal militar pasa a participar del conflicto armado, se transforma en “combatiente” a efectos del principio de distinción. Por consiguiente, independientemente de su función dentro del componente militar, deja de gozar de la protección contra los ataques mientras la operación multinacional es una parte en el conflicto armado. Su estatuto como objetivo legítimo conforme al DIH se aplica al contingente militar en su conjunto, incluso si las fuerzas de la operación están compuestas de unidades enviadas por distintos países que aportan tropas y si éstas desempeñan distintas tareas en el contexto de la misión. El estatuto en el marco del DIH se determina en función de la clasificación de la situación, de acuerdo con las normas aplicables del DIH.

El personal civil que desempeña funciones de administración económica o política, promoción y protección de los derechos humanos, o asistencia humanitaria debe equipararse a la población civil a efectos del DIH, independientemente de si la operación multinacional constituye una parte en el conflicto o no. El componente civil de una operación multinacional debe distinguirse del componente militar. Conforme a esa distinción, el personal civil gozará de la protección contra los ataques directos y de la protección que el DIH confiere a los civiles, a menos que participe directamente en las hostilidades y durante el tiempo que dure su participación.

En cuanto a la situación del componente policial, ésta varía según el empleo que se haga de los efectivos policiales desde el mando de la operación. En la gran mayoría de los casos, las tareas que desempeñan las fuerzas policiales se restringen a operaciones de mantenimiento del orden y no tienen relación directa con las operaciones militares llevadas a cabo por el componente militar. Durante el desempeño de tareas de aplicación de la ley, los miembros del personal policial deben ser considerados como civiles conforme al DIH. Así, también gozarán de la misma protección, excepto en caso de participación directa en las hostilidades y durante el tiempo que dure dicha participación.

En circunstancias excepcionales, puede requerirse del personal policial de una operación multinacional (o, con mayor probabilidad, de partes de esa operación), a través de una decisión formal o informal de un mando de la operación, que preste apoyo militar al

componente militar en operaciones contra un grupo armado no estatal que es parte en un CANI. Los miembros de las unidades policiales que desempeñen esa tarea adoptarán efectivamente las funciones de las fuerzas armadas bajo el mando de una parte en el conflicto armado. En consecuencia, el personal policial de las unidades que hayan recibido la orden de participar en acciones de combate (y sólo ese personal policial) perderá su inmunidad contra los ataques directos, inmunidad que recuperará en el momento en que deje de pertenecer a la unidad correspondiente o se le otorgue la baja permanente de las operaciones militares llevadas a cabo por el componente militar.

Por último, las prácticas de los últimos años muestran que es posible contratar a empresas militares y de seguridad privadas para realizar tareas en representación de países que aportan tropas u organizaciones internacionales implicadas en operaciones multinacionales. En ese caso, se aplicaría un enfoque similar al del componente policial. Si se incorpora a las fuerzas multinacionales con funciones de combate permanente, el personal de las empresas militares y de seguridad privadas perderá su condición de civil y podrá ser un objetivo legítimo conforme al DIH durante el tiempo que dure la asignación de esas funciones.

Las fuerzas multinacionales y la obligación de respetar y hacer respetar el DIH

Como se dijo anteriormente, las operaciones multinacionales contemporáneas se realizan, con frecuencia, en apoyo de las fuerzas armadas de un Estado “anfitrión” que combate a un grupo armado no estatal (o a varios). Si se suma el hecho de que son conducidas bien por una coalición de Estados, bien por Estados que ponen sus tropas a disposición de una organización internacional, las operaciones multinacionales son situaciones en las que la obligación de respetar y hacer respetar el DIH adquiere una importancia superlativa. En opinión del CICR, esa obligación rige tanto para los Estados implicados en operaciones multinacionales como para las organizaciones internacionales bajo cuyos auspicios se llevan a cabo dichas operaciones.

La participación en una operación multinacional no exime a los Estados de la obligación que impone el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra de 1949 de respetar y hacer respetar el DIH. En la medida en que siempre conservan una cierta autoridad sobre sus contingentes nacionales, los países que aportan tropas deben continuar garantizando que esos contingentes respeten el DIH. Para cumplir con la faceta “interna” de la obligación de velar por el respeto del DIH, pueden velar por el entrenamiento, el equipamiento y la instrucción adecuados de sus tropas, y ejercer sus facultades disciplinarias y judiciales sobre ellas.

Asimismo, la complejidad de las operaciones multinacionales no es óbice para el cumplimiento de la faceta “externa” de la obligación expresada en el artículo 1 común, que establece que los Estados deben garantizar el respeto del DIH por otras partes implicadas en un conflicto armado, sean éstas Estados, organizaciones internacionales o grupos armados no estatales. Dicha obligación implica no sólo que los Estados deben abstenerse de fomentar, promover y apoyar las violaciones del DIH (lo cual puede llevar a requerir retirarse de una operación determinada si se prevé que pueda violar el DIH), sino también que deben ejercer su influencia, en la medida de lo posible, para inducir a los beligerantes a cumplir con las disposiciones del DIH. No obstante, se reconoce que esa faceta de la obligación de garantizar el respeto del DIH, es decir, ejercer influencia, es una obligación de medios que debe ejercerse con la diligencia debida. El alcance exacto de esa obligación dependerá de las circunstancias que prevalezcan en cada caso y de los recursos disponibles al titular de la obligación, en particular, de su capacidad de ejercer influencia sobre los (otros) beligerantes.

Asimismo, se admite que la “relación especial” y los estrechos vínculos militares que existen entre los Estados y las organizaciones internacionales implicados en una operación multinacional los colocan en una posición privilegiada para influir en los miembros de la coalición y la parte a la que brindan apoyo, y persuadirlos de mejorar el respeto del DIH.

Es posible afirmar que las operaciones multinacionales constituyen una plataforma que facilita la implementación de la obligación de hacer que otros respeten el DIH. En reiteradas oportunidades, el CICR ha subrayado la importancia de hacer respetar el DIH en el contexto de operaciones multinacionales y ha recordado con regularidad (públicamente o de manera confidencial, en forma individual o colectiva) a los países que aportan tropas y las organizaciones internacionales la obligación que impone el artículo 1 común o su equivalente en el derecho internacional consuetudinario.

IV. Ámbito de protección del DIH: Selección de asuntos

1) Asistencia y acceso con fines humanitarios

Los conflictos armados, sean de índole internacional o no, siempre ocasionan alteraciones en la vida de la población civil. Cuando, debido a la devastación y las privaciones causadas por la guerra, la población civil carece de bienes y servicios básicos, el DIH contempla la necesidad de asistencia humanitaria y regula su administración.

En la práctica, además de las medidas que pueden tomar los beligerantes para asistir a la población que está bajo su control, la acción humanitaria de organizaciones humanitarias imparciales, entre las que se incluye el CICR, continúa siendo fundamental para mitigar la vulnerabilidad y aliviar la necesidad de las personas afectadas por un conflicto armado. No obstante, la eficiencia y la eficacia de la acción humanitaria dependen de la posibilidad de acceso rápido y sin obstáculos a las personas que necesitan la ayuda.

El acceso a las poblaciones necesitadas sigue siendo un desafío importante para muchas organizaciones humanitarias. Las dificultades de acceso pueden estar relacionadas con una falta de autorización o, directamente, una denegación del permiso de acceso, riesgos en materia de seguridad, problemas logísticos o procedimientos administrativos engorrosos, entre otras causas. Además, como se ha visto en conflictos armados de los últimos años, la cuestión de la ayuda humanitaria se está tornando cada vez más politizada en el ámbito internacional, con lo que se plantean dudas entre algunos beligerantes respecto de si la acción humanitaria neutral, imparcial e independiente es realmente posible.

Los tratados del DIH y las normas del derecho consuetudinario proporcionan un marco bastante detallado que regula el acceso a las personas que necesitan asistencia humanitaria y protección en situaciones de conflicto armado.

Si bien las normas aplicables varían levemente en función de la naturaleza del conflicto (CAI sin ocupación, ocupación o CANI), puede decirse que el marco del DIH aplicable al acceso con fines humanitarios está constituido, en líneas generales, por cuatro “niveles” interdependientes. Respecto del primer nivel, cada una de las partes en un conflicto armado tiene la obligación primordial de satisfacer las necesidades básicas de la población que se encuentra bajo su control. En el segundo nivel, se establece que las organizaciones humanitarias imparciales tienen derecho a ofrecer sus servicios a fin de llevar a cabo actividades humanitarias, sobre todo cuando la población afectada por un conflicto armado tiene necesidades insatisfechas. En el tercer nivel, se postula que, en términos generales, las actividades humanitarias imparciales llevadas a cabo en situaciones de conflicto armado están sujetas al consentimiento de las partes en el conflicto de que se trate. En el cuarto nivel, una vez que se han acordado acciones de socorro humanitario imparcial, se espera de las partes en el conflicto armado, así como de los Estados que no son parte en el conflicto, que permitan y faciliten el desplazamiento rápido y sin obstáculos de las acciones de socorro, con sujeción al ejercicio de su derecho de control. El CICR considera que esos niveles se aplican a las

operaciones de socorro humanitario en todas sus formas, incluidas las operaciones que cruzan la línea de frente y las transfronterizas²¹.

Un análisis detallado de los niveles enumerados en el párrafo precedente excedería el propósito y la extensión de esta sección, por lo que aquí se presentarán sólo algunos de los aspectos jurídicos fundamentales.

Las acciones llevadas a cabo por organizaciones humanitarias imparciales son complementarias a la obligación primordial de los Estados de hacer frente a las necesidades básicas de la población que se encuentra bajo su control y de ningún modo disminuyen la responsabilidad de los Estados en ese aspecto. Si bien esta obligación está claramente formulada en las normas pertinentes del DIH sobre la ocupación, las disposiciones del DIH sobre los CAI (diferentes de la ocupación) y los CANI no contienen una formulación semejante. Sin embargo, el CICR considera que, en situación de CAI o de CANI, la obligación de las partes en el conflicto de satisfacer las necesidades básicas de la población que está bajo su control puede inferirse del objeto y el propósito del DIH.

Los artículos 9/9/9/10 y el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 establecen el derecho de iniciativa humanitaria, en virtud del cual los Estados reconocen expresamente que las organizaciones humanitarias imparciales como el CICR tienen un papel importante que desempeñar a la hora de hacer frente a las necesidades humanitarias que generan tanto los CAI como los CANI. En concreto, se concede a las organizaciones humanitarias imparciales el derecho a ofrecer sus servicios y desarrollar sus actividades humanitarias sin que los Estados consideren que se trata de una interferencia ilícita en los asuntos internos o de un acto hostil. En ese contexto, es fundamental no confundir el ofrecimiento de servicios en el marco del DIH, y las consiguientes operaciones de socorro humanitario, con el “derecho de intervención humanitaria” o la “responsabilidad de proteger”. Estas últimas nociones son distintas de las actividades estrictamente humanitarias realizadas por organizaciones humanitarias imparciales dentro de los parámetros del DIH.

En el marco del DIH, sólo organizaciones que puedan considerarse de naturaleza humanitaria e imparcial están expresamente autorizadas a ofrecer sus servicios a las partes en un conflicto armado, sea éste de índole internacional o no. Si bien este cuerpo jurídico no impide que otros actores, como los Estados u organizaciones intergubernamentales, hagan propuestas similares, sus propuestas o servicios no están regulados por el DIH *per se* y no se puede afirmar que se basan en un derecho de iniciativa análogo fundamentado en el DIH.

No hay ningún elemento en las disposiciones pertinentes del DIH que pueda interpretarse como restrictivo del derecho de las organizaciones humanitarias imparciales a ofrecer sus servicios. Hay quienes han afirmado que dichas organizaciones sólo pueden hacer sus propuestas cuando la población civil a la que van dirigidas no cuenta con los bienes esenciales adecuados para la supervivencia. Al respecto, se afirma que someter el ofrecimiento de servicios a una condición de este tipo sería contrario a la letra y al espíritu del DIH.

En términos de alcance, debería interpretarse que los ofrecimientos de servicios de las organizaciones humanitarias imparciales abarcan las actividades humanitarias en un sentido amplio. Si bien el DIH no define específicamente el concepto de actividad humanitaria, está claro que incluye las dimensiones de asistencia y protección. En consecuencia, las actividades humanitarias son todas aquellas destinadas a preservar la vida y la seguridad, o a restablecer o mantener el bienestar físico y psicológico de las víctimas de los conflictos armados. Más aún, las actividades humanitarias deben beneficiar a todas las personas que necesitan ayuda

²¹ Cabe señalar que, pese a las referencias frecuentes en los últimos tiempos a operaciones que cruzan la línea de frente y las transfronterizas, éstos no son términos del DIH. Las operaciones de ese tipo se rigen por las normas del DIH aplicables a cualquier otro tipo de operación de socorro humanitario.

o protección como consecuencia de un conflicto armado. Ello significa que los Estados no las pueden limitar exclusivamente a los civiles; las actividades humanitarias pueden también beneficiar a los combatientes heridos o enfermos, los prisioneros de guerra, las personas privadas de libertad como consecuencia de un conflicto armado y otros destinatarios.

Si bien el DIH concede a las organizaciones humanitarias imparciales el derecho a ofrecer sus servicios humanitarios, éste no debe interpretarse como un derecho irrestricto de acceso con fines humanitarios (es decir, el derecho a poder llevar a cabo las actividades humanitarias propuestas en la práctica). La posibilidad efectiva de las organizaciones humanitarias imparciales de brindar sus servicios dependerá de que obtengan el “consentimiento” de las partes implicadas. El concepto de “consentimiento” en lo referente al acceso con fines humanitarios ha estado en el centro de los debates jurídicos alrededor de las situaciones recientes de conflicto armado. Las opiniones del CICR al respecto se encuentran en *ICRC Q&A and lexicon on humanitarian access*, publicado en 2014²².

Las normas del DIH que rigen el consentimiento varían tanto en su formulación como en su alcance. No obstante, lo que está claro es que, independientemente del tipo de conflicto de que se trate (CAI sin ocupación, ocupación o CANI), debe solicitarse y obtenerse el consentimiento de las partes en el conflicto antes de que las organizaciones humanitarias imparciales puedan actuar y llevar a cabo actividades humanitarias en los territorios sobre los que las partes tienen jurisdicción o control.

En los CAI, las disposiciones aplicables del DIH especifican que sólo es necesario obtener el consentimiento de los Estados que constituyen una parte en el conflicto y que se ven “afectados” por el hecho de que las actividades humanitarias propuestas se lleven a cabo en su territorio. Se entiende que no se necesita solicitar el consentimiento del adversario para realizar operaciones de socorro que tienen lugar en su territorio o en territorio controlado por él.

El artículo 3 común nada dice respecto de quién debería autorizar las operaciones de socorro humanitarias en los CANI. A raíz de algunos CANI de la actualidad, se ha afirmado que la acción humanitaria que tiene lugar en zonas controladas por grupos armados no estatales sólo requiere el consentimiento de éstos y no el del gobierno del Estado en cuyo territorio se desarrolla la acción. Sin embargo, el CICR considera que la pregunta acerca de quién debe dar el consentimiento en el caso de los CANI para los que rige el artículo 3 común debería responderse sobre la base de la guía que proporciona el artículo 18.2 del Protocolo adicional II, que menciona explícitamente el consentimiento de la Alta Parte contratante interesada²³. Así, el consentimiento debería solicitarse al Estado en cuyo territorio se desarrolla el CANI, incluso en los casos en que las actividades de socorro se llevan a cabo en zonas en las que el Estado en cuestión ha perdido el control. Sea como fuere, por razones prácticas, el CICR solicitaría el consentimiento de todas las partes en el CANI interesadas (incluidos los grupos armados no estatales) antes de comenzar con la actividad humanitaria.

Si bien el acceso con fines humanitarios y la implementación de las actividades humanitarias dependen del consentimiento de las partes en un conflicto armado, el consentimiento a las operaciones de socorro no es una decisión discrecional. Como siempre, el DIH busca un delicado equilibrio entre los intereses de las partes y las necesidades humanitarias, y no es

²² *ICRC Q&A and lexicon on humanitarian access*, junio de 2014, disponible en línea en www.icrc.org/eng/assets/files/2014/icrc-q-and-a-lexicon-on-humanitarian-access-06-2014.pdf.

²³ En el comentario del CICR al art. 18.2 se explica: “Por ‘Alta Parte Contratante interesada’ debe entenderse, en principio, el Gobierno en el poder. En casos excepcionales, en que no fuera posible determinar cuáles son las autoridades interesadas, se daría por supuesto el consentimiento, habida cuenta de la urgencia de asistir a las víctimas sin demora alguna” (párr. 4884) [disponible en línea en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm#7>].

completamente deferente a la soberanía de los Estados a la hora de llevar a cabo operaciones de socorro.

La cuestión de si una parte en un conflicto armado puede lícitamente declinar una oferta de servicios humanitarios está intrínsecamente vinculada con su capacidad de cumplir con la obligación primordial de satisfacer las necesidades básicas de la población que está bajo su control. Cuando una parte interesada no puede o no tiene la voluntad de cumplir con dicha obligación y recibe un ofrecimiento de servicios de una organización humanitaria imparcial, parecería no haber razones valederas o lícitas para no otorgar o para denegar el consentimiento. Así, puede haber circunstancias en las que, como cuestión de DIH, se considera que una parte en un conflicto está obligada a aceptar una oferta de servicios humanitarios (véase, por ejemplo, el artículo 59 del IV Convenio de Ginebra: "...la Potencia ocupante aceptará...").

En el marco del DIH, una necesidad militar imperativa no es una justificación lícita para rechazar ofertas válidas de servicios humanitarios. La necesidad militar imperativa sólo puede invocarse para limitar las actividades en términos geográficos o temporales o para restringir los movimientos del personal de socorro en situaciones en que las operaciones de socorro ya han sido autorizadas (véase *infra*). Una oferta de servicios humanitarios puede ser rechazada cuando no hay necesidades que satisfacer, o cuando las actividades propuestas no son de naturaleza humanitaria o la oferta no proviene de una organización de tipo humanitario e imparcial. El DIH no contempla otros motivos que justifiquen la negativa a dar el consentimiento a operaciones de socorro de este tipo.

Recientemente, la expresión "negarse arbitrariamente / abstenerse de consentir a operaciones de socorro" se ha utilizado para describir una situación en la que una parte en un conflicto armado rechaza en forma ilícita un ofrecimiento válido de servicios humanitarios. La expresión en sí no figura en ningún tratado de DIH. No obstante, podría argumentarse que la negativa a otorgar el consentimiento, que podría traducirse en una violación de las obligaciones de la parte en cuestión en el marco del DIH, podría constituir una denegación ilícita de acceso a los fines del DIH. Ése sería el caso, por ejemplo, cuando la negativa de una parte a dar su consentimiento hace padecer hambre a las personas civiles, situación prohibida por el artículo 54 del Protocolo adicional I, o cuando la parte en cuestión no está en condiciones de brindar asistencia humanitaria a una población que se encuentra bajo su control, como exigen las normas pertinentes del derecho internacional, incluido el DIH.

El DIH no contempla las consecuencias de la denegación del consentimiento a la acción humanitaria ni menciona expresamente un derecho general de acceso que pueda derivarse del hecho de "negarse arbitrariamente / abstenerse de consentir". Por consiguiente, el argumento de que la denegación arbitraria del consentimiento a la acción humanitaria podría justificar la existencia de operaciones no autorizadas que cruzan la línea de frente y las transfronterizas como cuestión de DIH no refleja el DIH actual²⁴.

Es importante subrayar la distinción que se hace en el DIH entre, por un lado, el requisito de obtener el consentimiento de una parte en un conflicto armado para un ofrecimiento de servicios y, por el otro, la obligación de permitir y facilitar la implementación de planes de socorro, que sirve para materializar la aceptación de la oferta.

Una vez que se aceptan, en principio, las acciones de socorro, los Estados o las partes en un conflicto armado tienen la obligación de colaborar y de actuar para facilitar las operaciones humanitarias. Las partes deben facilitar la labor del personal humanitario. Eso puede implicar simplificar los procedimientos administrativos al máximo para la obtención de visas y otros trámites migratorios, los requisitos fiscales o económicos, los reglamentos de importación y

²⁴ Sin perjuicio de los argumentos similares que puedan derivarse de otros instrumentos del derecho internacional.

exportación, los permisos para los viajes sobre el terreno y, posiblemente, los privilegios e inmunidades necesarios para que la organización realice su labor. Para decirlo brevemente, las partes deben habilitar “todas las facilidades” para que la organización pueda desempeñar las funciones humanitarias acordadas adecuadamente. También deberían tomarse medidas para garantizar la eficacia global de la operación (por ejemplo, en tiempos, costos, seguridad y adecuación).

De acuerdo con el DIH que rige para los CAI, la obligación de permitir y facilitar las operaciones de socorro se aplica no sólo a las partes en un conflicto armado sino también a todos los Estados interesados. Eso quiere decir que los Estados que no son parte en un conflicto pero cuyo territorio podrían tener que atravesar las organizaciones humanitarias imparciales para acceder a la zona de conflicto deben autorizar el tránsito.

El DIH que rige para los CANI no contempla una obligación explícita análoga para los terceros Estados. Sin embargo, se espera que los Estados que no son parte en un CANI no se opongan al tránsito por su territorio de las organizaciones humanitarias imparciales que necesitan tener acceso a las víctimas del conflicto. El espíritu humanitario de que está imbuido el DIH debería alentar a los Estados no beligerantes a facilitar la acción humanitaria que ya ha sido autorizada por las partes en un CANI.

Por último, en el marco del DIH, la obligación de permitir y facilitar las acciones de socorro rige sin perjuicio del derecho de los actores interesados a controlar la acción de socorro a través de distintas medidas, como verificar la naturaleza humanitaria e imparcial de la asistencia proporcionada, disponer las soluciones técnicas necesarias para que se proporcione la asistencia o, como se dijo anteriormente, limitar o restringir las actividades del personal de socorro en caso de necesidad militar imperativa.

2) Protección específica del personal y los bienes sanitarios

Los conflictos armados, sean éstos de carácter internacional o no, invariablemente dan origen a la necesidad de servicios de asistencia de salud inmediatos y complementarios de los que se proporcionan en tiempo de paz. Eso se debe, entre otros factores, al hecho de que las personas que participan directamente en las hostilidades pueden resultar heridas, mientras que otras personas pueden ser objetivos de ataques directos o recibir incidentalmente heridas en la conducción de operaciones militares.

Garantizar la asistencia a los combatientes de las fuerzas armadas enfermos y heridos sobre el terreno y proteger a las personas y los bienes dedicados a esa tarea fue lo que motivó la redacción del primer Convenio de Ginebra en 1864. Desde entonces, el tema de la prestación de asistencia de salud en situaciones de conflicto armado ha sido central en el DIH. Se han elaborado normas específicas para el mantenimiento de servicios de asistencia de salud militares y, posteriormente, civiles para los enfermos y heridos en conflictos armados. En ese sentido, el DIH tiene por objeto proteger a categorías específicas de personas y bienes civiles y militares a los que la autoridad competente les asigna, de manera exclusiva, la realización de tareas médicas. Como consecuencia de la exclusividad de su función, esas personas y bienes gozan de protección especial contra los ataques, los daños y otras interferencias en su labor durante la conducción de hostilidades. El privilegio de llevar uno de los emblemas distintivos (la cruz roja, la media luna roja o el cristal rojo²⁵) es un signo visible de la protección especial de que goza el personal de salud²⁶. Como bien se sabe, esa protección especial

²⁵ El león y sol rojo, mencionado en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales como un emblema con el mismo estatuto, no es utilizado por ninguna Alta Parte Contratante en la actualidad.

²⁶ Además de regular la asistencia de salud proporcionada a los enfermos y heridos por los servicios sanitarios de las partes en el conflicto armado, el DIH permite a las organizaciones humanitarias imparciales (como el CICR, junto con las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja) ofrecer sus servicios para brindar ese tipo de asistencia. Asimismo, el DIH contempla que los civiles desempeñen un papel en este ámbito. Si bien

descansa en el supuesto de que el personal y los bienes sanitarios se dedican exclusivamente a la asistencia de salud y que su implicación en operaciones militares que constituyan actos perjudiciales para el enemigo, al margen de su función humanitaria, conlleva la pérdida de la protección especial que se les otorga.

A pesar del régimen de protección especial, la violencia, las interferencias y las amenazas contra el personal y las instalaciones de salud y los medios de transporte sanitarios son moneda corriente en los conflictos armados contemporáneos y tienen una incidencia considerable en el acceso a la asistencia de salud de los enfermos y heridos. Por ejemplo, en el marco del proyecto Asistencia de salud en peligro del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (que tiene el propósito más amplio de mejorar la seguridad de la asistencia de salud tanto en conflictos armados como en otras situaciones de emergencia), se recopila información sobre incidentes en distintos países en que enfermos y heridos, así como personal y bienes sanitarios, han recibido ataques directos o daños incidentales durante la conducción de hostilidades²⁷. Las instalaciones de salud y los medios de transporte sanitarios también han sido utilizados con fines militares para lanzar ataques, almacenar y trasladar armas o establecer centros de mando y control militar; se socava así la confianza en su carácter sanitario y se los pone en peligro de ser atacados por el enemigo.

El desafío más importante que presentan esos incidentes no reside en la insuficiencia de las normas pertinentes del DIH sino en su aplicación inadecuada. La naturaleza de la guerra contemporánea, que, cada vez con más frecuencia, se desarrolla en entornos urbanos y a menudo se caracteriza por el enfrentamiento asimétrico entre las partes, ha demostrado, con todo, la importancia de clarificar e interpretar el alcance del régimen de protección especial que se otorga a las instalaciones de salud, los medios de transporte y el personal de salud. Dos cuestiones jurídicas requieren especial atención. La primera es si el personal y los bienes sanitarios se toman en cuenta en la evaluación de proporcionalidad de la conducción de hostilidades conforme a las normas del DIH. La segunda se relaciona con la noción de “actos perjudiciales para el enemigo” que implican la pérdida de la protección especial, es decir, el derecho a ser respetado y protegido.

La aplicación de las reglas de proporcionalidad en el ataque y precaución al personal y los bienes sanitarios militares

El personal y los bienes sanitarios militares suelen trabajar y estar ubicados en las inmediaciones de los enfrentamientos, sobre todo cuando se brinda asistencia de salud de emergencia y primeros auxilios. Evidentemente, existe la necesidad particular de garantizar la protección del personal y los bienes sanitarios militares contra el daño incidental (cuyo riesgo es mayor en situaciones de hostilidades en entornos urbanos). No obstante, existe una controversia respecto de si esa protección debe garantizarse en los ataques contra objetivos militares ubicados cerca del personal y los bienes sanitarios militares o cuando éstos se trasladan a las inmediaciones de objetivos militares.

Se ha sostenido que los enfermos y heridos del personal militar, así como el personal y los bienes sanitarios militares, no están protegidos por las reglas de proporcionalidad en el ataque y precaución porque las normas aplicables del derecho consuetudinario, como se refleja en el Protocolo adicional I, sólo se refieren al daño incidental ocasionado a *civiles*. De acuerdo con esa opinión, los enfermos y heridos del personal *militar* y el personal y los bienes sanitarios

el DIH sólo permite que algunas de esas personas (y de los objetos que emplean para cumplir con su misión) lleven el emblema distintivo como dispositivo de protección, se debe tener en cuenta que quienes no tienen derecho a portar el emblema gozan de la protección general que el DIH otorga a los civiles y los bienes de carácter civil.

²⁷ V., por ejemplo, CICR, *Health Care in Danger: Violent incidents affecting the delivery of health care, January 2012 to December 2014*, Ginebra, CICR, 2015, disponible en línea en www.icrc.org/eng/resources/documents/publication/p4237-violent-incident.htm.

32IC/15/11

militares quedan excluidos del ámbito de protección que otorgan las normas pertinentes, pues no son de naturaleza civil.

Se mantiene que esa posición es insostenible. En la práctica, podría llevar a una reducción de la asistencia de salud en situaciones de emergencia en las inmediaciones de objetivos militares, pues el personal y los bienes sanitarios militares no sólo correrían el riesgo *de facto* de recibir daños incidentalmente sino que no gozarían de protección jurídica contra ese riesgo.

Como cuestión de derecho, ese enunciado es, en primer lugar, incompatible con el carácter estricto de la obligación de respetar y proteger al personal y los bienes sanitarios militares, y también con el objeto y el propósito de la protección especial que se les otorga. Esa obligación, que se aplica en todas las circunstancias (excepto cuando el personal y los bienes sanitarios militares cometen, o se emplean para cometer, actos perjudiciales para el enemigo), implica que no deben ser víctimas de ningún tipo de ataque o daño y que debe hacerse todo lo posible para respetarlos durante la conducción de hostilidades. Más aún, el propio concepto de protección especial implica una protección más elevada que la que, en líneas generales, se garantiza a los civiles y los bienes de carácter civil. Ello se evidencia en el derecho a usar el emblema protector de la cruz roja, la media luna roja o el cristal rojo. Proponer un nivel de protección menor para el personal y los bienes sanitarios militares que el otorgado a los civiles y los bienes de carácter civil sería contrario al concepto mismo de protección especial.

En segundo término, una lectura atenta de la definición de objetivo militar revela que los bienes sanitarios militares han de considerarse bienes de carácter civil en el marco de las normas sobre la conducción de hostilidades. Eso se debe a que los objetivos militares se limitan a aquellos que contribuyen eficazmente a la acción militar y cuya destrucción, captura o neutralización, ofrezca en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida. Las instalaciones de salud y los medios de transporte sanitarios militares no cumplen con esas condiciones acumulativas (al menos mientras no se los use en actos perjudiciales para el enemigo, ajenos a su función humanitaria). Dado que, de conformidad con el DIH, los bienes de carácter civil son todos los que no constituyen objetivos militares, los bienes sanitarios militares deben considerarse bienes de carácter civil.

En tercer lugar, la propuesta de que el personal y los bienes sanitarios militares no gozan de protección conforme a las reglas de proporcionalidad en el ataque y precaución mientras que el personal y los bienes sanitarios civiles sí es contraria al propósito fundamental de las disposiciones pertinentes de los Protocolos adicionales I y II, que específicamente contemplan una protección uniforme para esas categorías de personas y bienes.

Por último, en los manuales militares de varios países se recomienda la inclusión de las personas y los bienes protegidos, más allá de los civiles y los bienes de carácter civil, en la evaluación del daño incidental que debe hacerse conforme a las reglas de proporcionalidad en el ataque y precaución.

El alcance de la noción de “actos perjudiciales para el enemigo”

En el marco del DIH, el personal y las instalaciones de salud y los medios de transporte sanitarios pierden la protección especial a la que tienen derecho cuando cometen “actos perjudiciales para el enemigo, al margen de su función humanitaria”. Por supuesto, eso puede tener graves consecuencias para la continuidad de la provisión de asistencia de salud a los enfermos y heridos, así como para la seguridad del personal y los bienes sanitarios no implicados en los actos en cuestión. Se puede perder la confianza en el carácter exclusivamente sanitario del personal y los bienes sanitarios como tales, y eso puede llevar a una cierta renuencia general a respetarlos y brindarles protección. Pese a esas ramificaciones, en el DIH no se define la noción de “actos perjudiciales para el enemigo” ni las consecuencias o la duración exactas de la pérdida de protección especial.

Los tratados del DIH no proporcionan listas de “actos perjudiciales para el enemigo” pero enumeran ciertos escenarios fácticos que no constituyen actos de ese tipo, incluida la portación de armas personales ligeras por el personal de salud para la propia defensa o la de sus heridos y enfermos²⁸. Ejemplos de actos que, en general, se reconocerían como “perjudiciales para el enemigo” en el marco del DIH consuetudinario son el uso de las instalaciones de salud para acoger a personas que participan directamente en las hostilidades o para almacenar armas y municiones (con excepción de las armas pequeñas y las municiones que puedan encontrarse temporariamente en el lugar por pertenecer a los enfermos y heridos y no haber sido devueltas aún a las autoridades competentes); el uso de las instalaciones de salud como puestos de observación militar o escudos físicos de la acción militar; y el uso de los medios de transporte sanitarios militares para trasladar a personal militar sano, tropas o municiones, o para recopilar o transmitir información con valor militar.

Cuando los bienes sanitarios se utilizan para cometer “actos perjudiciales para el enemigo, al margen de su función humanitaria”, eso puede afectar su derecho a ser respetados por un lado y, por el otro, su derecho a recibir protección. En cuanto a la protección, el hecho de que se los emplee para cometer actos de ese tipo puede eximir al enemigo de la obligación, que, en otras circunstancias, sería aplicable, de garantizar que las terceras partes respeten los bienes sanitarios. En lo referente al respeto, una cuestión que puede plantearse es si el hecho de que los bienes sanitarios se usen para cometer “actos perjudiciales para el enemigo” los convierte automáticamente en objetivos militares (con lo que pierden la protección contra los ataques directos) o si hay “actos perjudiciales para el enemigo” que no necesariamente convierten los bienes sanitarios en objetivos militares. En esos casos, la pérdida de protección no habilita el ataque directo. Se observa que no todas las formas de “actos perjudiciales para el enemigo” contribuyen eficazmente a la acción militar y, en las circunstancias del caso, un ataque directo contra los bienes sanitarios no ofrecería una ventaja militar definida. El hecho de que no se cumpla alguno de estos dos requisitos implica que los bienes sanitarios no pueden considerarse objetivos militares (véase el artículo 52.2 del Protocolo adicional I y su equivalente en el derecho consuetudinario). En esos casos, las respuestas a los actos perjudiciales deberían adoptar formas que no alcanzan el nivel de un ataque, como la incautación (que, cuando se realiza a bienes sanitarios, debe regirse por las normas del DIH para garantizar la continuidad del cuidado de los enfermos y heridos que se verán afectados por la medida). En la mayoría de los casos, sin embargo, sería difícil concebir una situación en la que cometer un “acto perjudicial para el enemigo” al margen de la función humanitaria no convierta a los bienes sanitarios en objetivos militares.

Con todo, cabe señalar que, en las consultas realizadas a expertos militares en el marco del proyecto Asistencia de salud en peligro mencionado anteriormente, se ha hecho la recomendación, no necesariamente basada en consideraciones jurídicas, de que los ataques cinéticos contra instalaciones de salud que han perdido la protección deben entenderse como un último recurso y se deben contemplar alternativas que no se relacionen con ataques directos sobre dichas instalaciones.

En el caso del personal de salud, se ha debatido si los “actos perjudiciales para el enemigo” son equivalentes a la “participación directa en las hostilidades” de los civiles o si, en cambio, tienen un alcance material más amplio. Algunos, el CICR entre ellos, sostienen que la noción de “actos perjudiciales para el enemigo” es más amplia, por cuanto ciertos actos que, en general, se consideran “perjudiciales para el enemigo” no llegan a constituir una “participación directa en las hostilidades”. Si los “actos perjudiciales para el enemigo” no constituyen una participación directa en las hostilidades, el personal de salud puede perder su derecho a la protección. En cuanto a las implicaciones que esto tiene para el derecho a ser respetado, esos actos no necesariamente convierten al personal de salud en blanco de ataque directo. Eso

²⁸ V., por ejemplo, el art. 22.1 del I Convenio de Ginebra y el art. 13.2(a) del Protocolo adicional I.

sólo ocurriría si los actos pudiesen caracterizarse también como “participación directa en las hostilidades”.

V. Uso de la fuerza en el marco del DIH y del DIDH

En muchos conflictos armados contemporáneos, se espera cada vez más que las fuerzas armadas conduzcan no solamente las operaciones de combate contra el enemigo, sino también operaciones de mantenimiento del orden destinadas a mantener o restablecer la seguridad pública, la ley y el orden. Así sucede, en particular, en situaciones de ocupación²⁹ y en los CANI, incluso aquellos en los cuales las fuerzas de un tercer Estado (o terceros Estados) asisten a un Estado “anfitrión” en su territorio con su consentimiento.

Como bien se sabe, el paradigma de la conducción de hostilidades, es decir, las normas y principios que regulan el empleo de los medios y métodos de guerra en los conflictos armados, corresponde exclusivamente al ámbito del DIH. El paradigma del mantenimiento del orden puede describirse como una serie de normas principalmente derivadas del DIDH y, más específicamente, de la prohibición de la privación arbitraria de la vida, que regula el uso de la fuerza por las autoridades del Estado para mantener la seguridad pública, la ley y el orden. En este contexto, cabe señalar que el DIH también contiene un número limitado de normas relacionadas con las operaciones de mantenimiento del orden, por ejemplo, la obligación de una potencia ocupante de mantener el orden y la seguridad pública, o la autoridad de un Estado detenedor para usar la fuerza como último recurso contra los intentos de evasión de los prisioneros de guerra³⁰. El derecho de la guerra naval también contiene normas y principios relativos al uso de la fuerza en situaciones que podrían considerarse afines al mantenimiento del orden, en particular para imponer un bloqueo³¹.

Hay diferencias importantes entre los paradigmas de la conducción de hostilidades y del mantenimiento del orden. En ambos existen los principios de necesidad, proporcionalidad y precaución, pero sus significados son diferentes y funcionan de manera distinta. En tanto que el paradigma de la conducción de hostilidades permite dirigir como primer recurso la fuerza letal contra objetivos legítimos, la fuerza letal en las operaciones de mantenimiento del orden puede emplearse sólo como último recurso, con sujeción a la necesidad estricta o absoluta. Las personas que representan una amenaza se deben capturar y no matar, a menos que ello sea necesario para proteger a las personas en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza seria para la vida, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. Asimismo, en operaciones de mantenimiento del orden, el principio de proporcionalidad exige equilibrar los riesgos que representa una persona con el daño potencial que puede causarse a sí misma, como así también a los transeúntes. Por su parte, el principio de proporcionalidad establecido en el DIH equilibra la ventaja militar concreta y directa prevista de un ataque contra un objetivo militar, con los daños incidentales que se prevé causar a personas y objetos protegidos (es decir, sólo a los transeúntes). Por consiguiente, es fundamental determinar las normas aplicables en una situación particular.

²⁹ V. nota 8 *supra*.

³⁰ V. artículo 43 del Reglamento de La Haya de 1907 y artículo 42 del III Convenio de Ginebra.

³¹ V. *Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados en el Mar*, junio de 1994, párr. 98, disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/san-remo-manual-1994-5tdlgl.htm>

Sin embargo, en determinadas situaciones que se plantean en los conflictos armados puede no estar del todo claro si se aplican las normas del DIH sobre la conducción de hostilidades o las normas sobre el uso de la fuerza en el mantenimiento del orden. Además, en la práctica, a veces es difícil trazar una distinción entre estas situaciones.

Las opiniones del CICR con respecto a la relación entre el DIH y el DIDH en lo tocante al uso de la fuerza se expusieron en su informe de 2011 sobre el DIH y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos. El CICR afirmó que el DIH constituye la *lex specialis* que rige la evaluación de la legalidad del uso de la fuerza contra objetivos legítimos en un CAI. Señaló que la relación entre las normas del DIH y las del derecho internacional de los derechos humanos acerca del uso de la fuerza era menos clara en los CANI, y que el uso de la fuerza letal por los Estados en los CANI exigía un análisis de la interacción entre las normas pertinentes con referencia específica a los hechos del caso. La conclusión de este informe fue que era necesario continuar analizando la cuestión.

Con el fin de echar luz sobre este tema, en 2012 el CICR organizó una reunión de expertos titulada: “Uso de la fuerza en conflictos armados. Relación entre los paradigmas de la conducción de hostilidades y el del mantenimiento del orden”. El objetivo de la reunión era identificar la línea divisoria entre los paradigmas de la conducción de hostilidades y de mantenimiento del orden en situaciones de conflicto armado. Se prestó especial atención a los CANI, en los cuales la cuestión de la interacción entre los dos paradigmas cobra particular importancia. En el informe de la reunión posteriormente publicado por el CICR se presentó una reseña de los debates³², pero ese informe no reflejaba necesariamente el parecer de la Institución.

Se analizaron cinco estudios de caso relacionados con el uso de la fuerza:

1. el uso de la fuerza contra objetivos legítimos en conflictos armados;
2. los motines (en los que se entremezclan civiles y combatientes);
3. la lucha contra la delincuencia;
4. los intentos de fuga y los motines en el ámbito de la detención;
5. la falta de respeto por las órdenes militares (el ejemplo de los puestos de control).

A continuación, se presenta una recapitulación de los puntos de vista del CICR acerca de algunos de los problemas jurídicos que se plantean en los escenarios mencionados.

El criterio definitivo que determina las normas que rigen el uso de la fuerza contra un individuo en particular en el marco del DIH es si esa persona es un objetivo legítimo según las normas de la conducción de hostilidades. Ello podría ser así debido al estatuto de la persona (es miembro de las fuerzas armadas del Estado conforme a la definición general contenida en el derecho nacional), a su función (es miembro de fuerzas irregulares del Estado o de un grupo armado no estatal en virtud de la función continua de combate que cumple), o su comportamiento (es un civil que participa directamente en las hostilidades).

En la opinión del CICR, el DIH constituye la *lex specialis* que gobierna la evaluación de la licitud del uso de la fuerza contra objetivos legítimos en los CAI. El CICR considera que este enfoque también es aplicable a la totalidad del alcance geográfico de la aplicación del DIH en los CAI.

Como ya se ha dicho, la situación no es tan clara en los CANI, que exigen un análisis de los hechos específicos. El CICR considera que en los CANI, conforme al DIH se permite a las

³²CICR, *Expert Meeting: The use of force in armed conflicts, Interplay between the conduct of hostilities and law enforcement paradigms*, CICR, Ginebra, noviembre de 2013, disponible en: www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4171.pdf.

partes en el conflicto –o no se les prohíbe legalmente- usar la fuerza contra objetivos legítimos conforme a las normas que rigen la conducción de hostilidades en situaciones de hostilidades efectivas (definidas como el recurso colectivo a medios y métodos de guerra contra el enemigo).

Sin embargo, la situación no es tan clara con respecto al uso de la fuerza contra individuos aislados que son objetivos legítimos según el DIH, pero se hallan situados en regiones bajo el control firme y estable del Estado, donde no se libran hostilidades y no es razonablemente previsible que el adversario reciba refuerzos con facilidad. Puede decirse que hay tres posiciones al respecto. Según la primera, rigen las normas del DIH sobre la conducción de hostilidades sin otras restricciones que las estipuladas en las normas específicas del DIH³³. Según la segunda, el posible uso de la fuerza en el escenario descrito debe regirse por la Recomendación IX de la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario* del CICR³⁴. Conforme a la tercera opinión, el uso de la fuerza seguiría rigiéndose por las normas sobre el mantenimiento del orden. Puede observarse que la aplicación de cualquiera de los dos enfoques mencionados en último término podría, en ciertas circunstancias limitadas, llevar a resultados similares en la práctica.

Tanto en los CAI como en los CANI, el grado de control sobre una zona o sobre circunstancias específicas y la intensidad de las hostilidades en el momento y lugar de una operación en particular constituyen factores relevantes, entre otros, para evaluar lo que es “viable” en términos de la aplicación de las normas del DIH sobre la precaución en el ataque (artículo 57 del Protocolo adicional I). Esos factores también son relevantes, en opinión del CICR, para determinar si –por operación de los principios de necesidad militar y de humanidad del DIH- se permite utilizar la fuerza letal como primer recurso contra un objetivo legítimo o si debe entrar en juego la Recomendación IX citada precedentemente.

Como ya se ha señalado, las partes en un conflicto armado pueden encontrarse en situaciones en las que se enfrentan tanto con objetivos legítimos como con civiles protegidos contra los ataques directos. Se puede pensar en un escenario de disturbios civiles o una situación en que grupos delictivos operan en zonas donde también se desarrollan hostilidades contra una parte no estatal en un CANI. Se considera que, en el caso de la presencia concurrente de combatientes y/o civiles que participan directamente en las hostilidades, así como de civiles que no han perdido su protección contra los ataques directos, se debe adoptar un “enfoque paralelo”. Esto significa que las normas del DIH sobre la conducción de hostilidades regirían el uso de la fuerza contra objetivos legítimos, esto es, los combatientes y civiles que participan directamente en las hostilidades, teniendo en cuenta que los principios de proporcionalidad y de precaución podrían impedir un ataque directo si los daños civiles incidentales fuesen excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. Todo uso concomitante de la fuerza contra personas que se hallan protegidas contra ataques directos seguiría regido por las normas más restrictivas sobre el uso de la fuerza aplicables a operaciones de mantenimiento del orden³⁵.

³³ Según este punto de vista, si bien los principios de la necesidad militar y de humanidad subyacen a la totalidad del corpus del DIH, no crean obligaciones que vayan más allá de las normas específicas del DIH.

³⁴ El texto de la Recomendación IX reza: “Además de las restricciones que impone el derecho internacional humanitario respecto a los métodos y medios de combate, y sin perjuicio de las demás restricciones que dimanen de otros instrumentos de derecho internacional aplicables, el tipo y grado de fuerza que está permitido emplear contra las personas que no tienen derecho a protección contra los ataques directos no deben ser excesivos en relación con lo que efectivamente sea necesario para lograr el objetivo militar legítimo en las circunstancias del caso”. Según este punto de vista, los principios fundamentales de la necesidad militar y la humanidad reducen la suma total de la acción militar permisible, de aquella que el DIH no prohíbe expresamente, a la que es realmente necesaria para el logro de un fin militar legítimo en las circunstancias prevaletientes. V. CICR, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, CICR, Ginebra, 2009, pp. 77 ss, disponible en: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0990.pdf

³⁵ V. artículo 50(3) del Protocolo adicional I.

Así pues, por ejemplo, si una manifestación civil contra las autoridades que tiene lugar en una situación de conflicto armado se torna violenta, el recurso a la fuerza en respuesta a ella se regiría por las normas del mantenimiento del orden. Si hubiese combatientes enemigos dentro de la multitud de los civiles que promueven los motines, esos combatientes podrían ser objeto de ataques directos conforme a las normas del DIH sobre la conducción de hostilidades. Sin embargo, su mera presencia, o el hecho de que esos combatientes hubiesen lanzado ataques desde la multitud, no transformarían a los civiles que promueven los motines en participantes directos en las hostilidades. Por ello, en el caso de que se ataque a los combatientes, habría que tomar todas las precauciones previstas en el DIH a fin de respetar a los civiles. Si resultase demasiado difícil distinguir a los civiles que promueven motines de los combatientes, podría ser apropiado enfrentar toda la situación conforme a las normas sobre el mantenimiento del orden y aplicar un procedimiento de escalada de la fuerza con respecto a todas las personas que representan un peligro.

Un enfoque de mantenimiento del orden también regiría el uso de la fuerza en una operación lanzada para arrestar a un miembro de un grupo delictivo que no es parte en el conflicto, en la medida en que la violencia perpetrada por ese miembro no pueda considerarse como participación directa en las hostilidades. El hecho de que un grupo criminal opere en un territorio controlado por el enemigo, le pague “impuestos” o se beneficie de su protección no significa que todos los actos de violencia cometidos por sus miembros constituyan una participación directa en las hostilidades. Ello no sería así ni siquiera si una operación de arresto contra un miembro de un grupo criminal que no es parte en el conflicto llevara a librar hostilidades concomitantes contra combatientes enemigos que controlan la zona en la que tuvo lugar la operación de arresto. Sin embargo, según las circunstancias, el uso de la fuerza por los miembros de un grupo criminal junto con los combatientes en este escenario podría señalar la existencia de un nexo beligerante.

El uso de la fuerza contra detenidos amotinados también sería gobernado por las normas sobre el mantenimiento del orden, puesto que las personas privadas de libertad están obviamente fuera de combate, independientemente del hecho de que pueden haber sido objetivos legítimos antes de su captura o arresto. Esto también sucede cuando los detenidos intentan escapar, como lo establece en forma explícita el III Convenio de Ginebra con respecto a los prisioneros de guerra³⁶. Sólo cuando los prisioneros de guerra o combatientes se evaden con éxito se transforman nuevamente en objetivos legítimos conforme a las normas del DIH sobre la conducción de hostilidades.

Otra posible situación complicada es aquella en que el estatuto, la función o el comportamiento de una persona que parece representar un peligro o que no respeta una orden militar no son inmediatamente evidentes, por ejemplo, cuando una persona se aproxima a un puesto de control, a una instalación militar o a una zona restringida por razones militares. Se considera que la falta de respeto de una orden militar por sí sola no es suficiente para permitir el uso de una fuerza letal o potencialmente letal. Si se duda de que esa persona sea un objetivo legítimo, el CICR considera que debe presumirse que está protegida contra los ataques. Por ello, se ha de aplicar un procedimiento de escalada de la fuerza, cuya fuente jurídica sería el principio de necesidad conforme al DIDH. Debe señalarse, sin embargo, que la aplicación del requisito del DIH de tomar todas las precauciones viables para verificar que un objetivo es un objetivo militar llevaría a una necesidad similar de aplicar una escalada de las medidas hasta que se haya comprobado el estatuto del objetivo.

Por último, que los funcionarios del Estado que utilizan la fuerza sean miembros de las fuerzas armadas o de la policía no es un factor relevante para el derecho internacional, aunque sea importante para el derecho interno. En la práctica, si las fuerzas armadas emplean la fuerza

³⁶ V. artículo 42 del III Convenio de Ginebra.

contra las personas protegidas contra ataques directos –por ejemplo, los civiles en un conflicto armado- rigen las normas sobre el uso de la fuerza³⁷. A la inversa, si las fuerzas policiales participan directamente en las hostilidades contra objetivos legítimos conforme al DIH, deben respetar las normas del DIH sobre la conducción de hostilidades.

De lo expuesto, se desprende que, cuando es razonable prever que las fuerzas armadas tendrán que conducir operaciones de mantenimiento del orden o en una situación donde tendrán que usar la fuerza contra civiles protegidos, deben estar equipadas y capacitadas para hacerlo de conformidad con las normas que rigen el uso de la fuerza en operaciones de mantenimiento del orden. Esto exigirá, entre otras cosas, que tengan a disposición medios menos letales que las armas de fuego y que las tropas estén adecuadamente entrenadas en su uso. A la inversa, las fuerzas policiales que reciban la orden de participar directamente en hostilidades en situaciones de conflicto armado deben estar adecuadamente equipadas y deben haber recibido formación en las normas del DIH³⁸.

VI. La detención en conflictos armados

Las cuestiones jurídicas y prácticas relacionadas con la privación de libertad durante los conflictos armados siguen siendo un importante objeto de examen y de debate entre los gobiernos, los juristas, los profesionales, los académicos y otros interesados. Los tribunales nacionales e internacionales, así como otros órganos, han tenido en cuenta de manera creciente la aplicación de las normas del DIH que rigen la detención tanto en los CAI como en los CANI, así como la relación de este ordenamiento jurídico con otras ramas del derecho internacional. El CICR sigue de cerca y contribuye a los debates en curso. Su aporte más reciente ha sido un documento de opinión preparado en noviembre de 2014, titulado “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”³⁹.

Como es sabido, la privación de libertad en los CAI está sujeta a un extenso régimen convencional. Los Convenios de Ginebra de 1949 han sido objeto de ratificación universal y contienen más de 175 disposiciones que reglamentan la detención en este tipo de conflicto armado en todos sus aspectos. Teniendo en cuenta la amplia ratificación del Protocolo adicional I y el derecho consuetudinario aplicable a los CAI, el CICR considera que, por el momento, el DIH aborda adecuadamente la protección jurídica de los detenidos en relación con los CAI.

El marco del DIH aplicable a la detención relacionada con los CANI está mucho menos desarrollado. El artículo 3 común y el Protocolo adicional II establecen las protecciones esenciales para los detenidos, pero adolecen de limitaciones tanto en materia de alcance como de especificidad, en comparación con las previstas para los casos de CAI en los Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo adicional I. Persisten los debates y los desacuerdos con respecto a toda una serie de cuestiones jurídicas y prácticas, cuya

³⁷ Cabe destacar que las reglas de enfrentamiento pueden imponer otras restricciones que podrían, por ejemplo, limitar el uso de la fuerza sobre la base de una noción (o nociones) más restringida de la defensa propia.

³⁸ La capacitación debería abarcar, en particular, las normas que rigen los medios y métodos de guerra y su diferencia de las normas que rigen el uso de la fuerza en las operaciones de mantenimiento del orden, en particular la norma por la que el DIH prohíbe el uso de agentes de represión de disturbios como método de guerra (v. artículo I(5) de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción (abierto para la firma del 13 de enero al 15 de enero de 1993; entrada en vigor el 29 de abril de 1997), 1974 UNTS 45; y Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (eds.), *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas* (en adelante, Estudio del CICR sobre DIH consuetudinario), Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, 2007, Norma 75).

³⁹ CICR, documento de opinión, “Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges”, noviembre de 2014, disponible en: www.icrc.org/en/document/internment-armed-conflict-basic-rules-and-challenges.

complejidad no ha hecho más que aumentar en las situaciones más recientes de los CANI extraterritoriales, con inclusión de los descritos en la sección III del presente documento.

El CICR señaló a la atención el problema que plantea el escaso número de normas que rigen la detención en los CANI en un informe presentado a la XXXI Conferencia Internacional, en el cual identificó cuatro ámbitos específicos de preocupación humanitaria que, en su opinión, debían abordarse a la hora de fortalecer el derecho aplicable en los CANI. Esos ámbitos son: 1) condiciones de detención; 2) detenidos especialmente vulnerables; 3) motivos y procedimientos para el internamiento; y 4) transferencias de detenidos.

Sobre la base de la resolución 1 de la XXXI Conferencia Internacional, el CICR viene llevando adelante un proceso de investigación, consulta y debate con los Estados y, cuando procede, con otros interlocutores pertinentes, con miras a presentar a la XXXII Conferencia Internacional un informe que contenga opciones y recomendaciones acerca de las formas de fortalecer la protección jurídica de las personas privadas de libertad. El proceso incluyó cuatro consultas regionales con expertos gubernamentales, celebradas a lo largo de 2012 y 2013; dos consultas temáticas con expertos gubernamentales, celebradas en 2014; y una reunión de consulta para todos los Estados, celebrada en 2015.

La descripción del curso del proceso de consultas y los documentos de antecedentes y los informes preparados para cada reunión están disponibles en el sitio web del CICR⁴⁰. Como ya se ha mencionado, el informe final, titulado *Informe sobre el fortalecimiento del derecho internacional humanitario que protege a las personas privadas de libertad*, se cuenta entre los documentos oficiales presentados a los miembros de la XXXII Conferencia Internacional para su consideración y acción apropiada. Teniendo en cuenta la extensa naturaleza de la investigación realizada y de las cuestiones identificadas, así como las opciones y recomendaciones que se exponen en el informe mencionado, en la presente sección no se examinarán en mayor profundidad los problemas prácticos y jurídicos que se plantean en relación con la detención en conflictos armados.

VII. Medios y métodos de guerra

1) Nuevas tecnologías de guerra

A medida que las tecnologías de guerra nuevas y emergentes, sobre todo las que dependen de la tecnología de la información y la robótica, se siguen desarrollando con rapidez, es importante que haya debates informados acerca de los nuevos y complejos desafíos que plantean estas nuevas tecnologías.

Aunque las nuevas tecnologías de guerra no se hallan reglamentadas específicamente en los tratados de DIH, su desarrollo y empleo no tienen lugar en un vacío jurídico. Como sucede con todos los sistemas de armas, deben poderse utilizar sin infringir el DIH, en particular las normas sobre la conducción de hostilidades. Esta responsabilidad recae principal y fundamentalmente en cada Estado que desarrolla estas nuevas tecnologías de guerra.

De conformidad con el artículo 36 del Protocolo adicional I, cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el derecho internacional. Los exámenes jurídicos de las armas nuevas, incluidas las nuevas tecnologías de guerra, son una medida esencial para que los Estados garanticen el respeto del DIH. Más específicamente, son una forma de asegurar que las

⁴⁰ Disponible en: www.icrc.org/en/document/detention-non-international-armed-conflict-icrcs-work-strengthening-legal-protection-0.

fuerzas armadas de un Estado sean capaces de conducir las hostilidades de acuerdo con sus obligaciones internacionales y que las armas nuevas no se empleen prematuramente en condiciones en las que no se pueda garantizar el respeto del DIH. Sin embargo, pese a este requisito jurídico y al gran número de Estados que desarrollan o adquieren nuevos sistemas de armas cada año, se sabe que sólo unos pocos han implementado procedimientos para realizar exámenes jurídicos de las armas nuevas⁴¹.

Aunque es indudable que las armas nuevas deben poder ser usadas de conformidad con las normas del DIH sobre la conducción de las hostilidades, pueden surgir dificultades en la interpretación y la aplicación de esas normas a las nuevas tecnologías de guerra debido a sus características especiales, las circunstancias previstas y esperadas de su uso y sus consecuencias humanitarias previsibles. En última instancia, estos problemas pueden llevar a preguntarse si el derecho actual es suficientemente claro o si existe la necesidad de aclarar el DIH o de elaborar nuevas normas para abordar estos desafíos.

La guerra cibernética y los sistemas de armas autónomos son sólo dos de las nuevas tecnologías de guerra que dan lugar a una serie de cuestiones jurídicas, éticas y humanitarias, de las cuales sólo unas pocas se mencionarán brevemente a continuación.

i) Guerra cibernética

El ciberespacio es un espacio virtual que provee interconectividad mundial. En general, se considera que esta funcionalidad es muy útil en tiempo de paz, sobre todo en las esferas económica, social, de la información y de la comunicación.

Sin embargo, suscita también nuevos riesgos y nuevas vulnerabilidades. El uso hostil del ciberespacio ocupa un lugar cada vez más preponderante entre las preocupaciones de seguridad de los gobiernos, los particulares, las empresas y los medios. Si bien la mayoría de las operaciones descritas como “ataques cibernéticos” nada tienen que ver con un conflicto armado, el desarrollo de las capacidades cibernéticas militares y su posible uso en conflictos armados ha contribuido a acrecentar la sensación de inseguridad entre los Estados y otros actores.

El CICR entiende la “guerra cibernética” como las operaciones lanzadas contra un ordenador o un sistema de ordenadores a través de una corriente de datos, cuando se usan como medios y métodos de guerra en el contexto de un conflicto armado según se encuentra definido en el DIH. Se puede recurrir a la guerra cibernética como parte de un conflicto armado que en otros aspectos se libra mediante operaciones cinéticas. La noción de guerra cibernética también comprende el empleo de medios cibernéticos en ausencia de operaciones cinéticas cuando su uso se equipara a un conflicto armado, aunque, que se sepa, ningún Estado ha calificado públicamente una operación cibernética hostil real como tal.

Afortunadamente, hasta ahora la guerra cibernética no ha conducido a consecuencias humanitarias dramáticas. Si bien el potencial militar del ciberespacio aún no se conoce del todo, parecería que los ciberataques contra los sistemas de transporte, las redes eléctricas, los diques y las plantas químicas o nucleares son técnicamente posibles. Esos ataques pueden tener consecuencias graves, con elevados números de muertos o heridos civiles e importantes daños a los bienes de carácter civil. Tal vez haya más probabilidades de que las operaciones cibernéticas se usen para manipular la infraestructura o los servicios civiles, causando problemas de funcionamiento o perturbaciones que no necesariamente ocasionen muertes o lesiones inmediatas. Los efectos de esos ataques “sin derramamiento de sangre”

⁴¹ ICRC, *Guía para el examen jurídico de las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos: Medidas para aplicar el artículo 36 del Protocolo adicional I de 1977*, CICR, Ginebra, enero de 2006, Disponible en: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0902.pdf

podrían ser graves, por ejemplo, si se interrumpiera el suministro de agua o electricidad o si dejaran de funcionar los sistemas bancarios.

Pese al hecho de que es relativamente nueva y que se desarrolla con rapidez, la tecnología cibernética, como se ha dicho, no actúa en un vacío jurídico. El CICR acoge con beneplácito el hecho de que en los informes de 2013 y 2015 del Grupo de Expertos Gubernamentales de las Naciones Unidas sobre los Avances en el campo de la Información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional se haya confirmado que “el derecho internacional y, en particular, la Carta de las Naciones Unidas es aplicable...”⁴² y que se hayan señalado “los principios jurídicos internacionales establecidos, con inclusión, cuando procede, de los principios de humanidad, necesidad, proporcionalidad y distinción”⁴³. Un creciente número de Estados y organizaciones internacionales han afirmado públicamente que el DIH se aplica a la guerra cibernética.

Ya en 2011, el CICR declaró que el empleo de capacidades cibernéticas en los conflictos armados debe observar todos los principios y normas del DIH, como sucede con cualquier otra arma, medio o método de guerra, nuevo o antiguo. No hace diferencia alguna el hecho de que el ciberespacio se considere un nuevo dominio para la guerra similar al aire, la tierra, el mar y el espacio exterior; que se considere un nuevo dominio diferente, por ser de origen humano, en tanto que los otros son naturales; o que no se considere un dominio como tal. Las normas sobre la conducción de hostilidades del derecho internacional humanitario consuetudinario se aplican a todos los medios y métodos de guerra, sin importar dónde se usen. En su Opinión Consultiva acerca de la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, la Corte Internacional de Justicia recordó que los principios y normas establecidos en el derecho humanitario aplicable a los conflictos armados se aplicaban “a todas las formas de la guerra y a todos los tipos de armas”, incluso “las del futuro” (párrafo 86)⁴⁴. Esto también queda claro en el artículo 36 del Protocolo adicional I. Asimismo, el artículo 49(3) del Protocolo adicional I demuestra la pretensión de que las normas del Protocolo se aplicasen a la guerra terrestre y a todos los otros tipos de guerra que pudiesen afectar a los civiles en tierra. En este sentido, no caben dudas de que la guerra cibernética se libraré al menos parcialmente desde infraestructuras situadas en tierra contra objetivos en tierra, y que plantea el riesgo de afectar a los civiles en tierra.

Cabe destacar que la afirmación de que el DIH se aplica a la guerra cibernética no constituye una invitación a militarizar el espacio cibernético y no debe entenderse en modo alguno como una legitimación de la guerra cibernética. De hecho, todo recurso a la fuerza por los Estados, sea de naturaleza cibernética o cinética, siempre es regido por la Carta de las Naciones Unidas y el *ius ad bellum*, como se indica en el preámbulo del Protocolo adicional I (párrafo 2). Por el contrario, al aseverar que el DIH se aplica, se reafirma que, pese a que la guerra cibernética no está expresamente prohibida ni es regulada por los tratados existentes, en el derecho internacional existen límites con respecto a si los Estados y/o los grupos armados no estatales pueden recurrir a las operaciones cibernéticas durante un conflicto armado, y cuándo pueden hacerlo.

Afirmar que el DIH se aplica a la guerra cibernética es, sin embargo, sólo un primer paso, porque la guerra cibernética plantea una serie de problemas para la interpretación y la

⁴² V. Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los avances en el campo de la información y las telecomunicaciones en el contexto de seguridad internacional, A/68/98, 24 de junio de 2013, disponible en: www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/68/98, párr. 19.

⁴³ V. Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los avances en el campo de la información y las telecomunicaciones en el contexto de seguridad internacional, A/70/174, 22 de julio de 2015, disponible en: www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/174, párr. 28.

⁴⁴ CIJ, *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, Opinión Consultiva, 8 de julio de 1996, Informes CIJ 226, 1996.

aplicación del DIH, como se destaca en el informe de 2011 sobre el DIH y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos. Entre los desafíos se cuentan los siguientes: las dificultades creadas por el anonimato en el que se construye el ciberespacio; la falta de claridad con respecto a la aplicación del DIH a las operaciones cibernéticas en ausencia de operaciones cinéticas; el debate sobre la noción de “ataque” en el marco de las normas del DIH que rigen la conducción de hostilidades; y los desafíos para aplicar estas normas a la guerra cibernética, en particular la prohibición de los ataques indiscriminados y las normas sobre la precaución en el ataque.

Durante los últimos cuatro años, el CICR ha entablado diálogos bilaterales y confidenciales con varios Estados acerca del posible costo humano de la guerra cibernética y de los desafíos señalados, y ha participado en debates en círculos académicos y en otros foros públicos⁴⁵.

Desafíos respecto de la protección de la infraestructura civil esencial contra los ciberataques

En los últimos años, se han acrecentado las preocupaciones relacionadas con la protección de la infraestructura civil esencial contra los ciberataques y se han multiplicado las exhortaciones a protegerla de las operaciones cibernéticas hostiles, incluso a través de la formulación de normas sobre el comportamiento aceptable en el ciberespacio. En este contexto, cabe destacar que las operaciones cibernéticas que se equiparan con un ataque en el marco del DIH⁴⁶ y que se dirigen contra infraestructura civil esencial en un conflicto armado ya constituyen violaciones del DIH, a menos que esa infraestructura se utilice simultáneamente con fines militares de un modo que la transforme en un objetivo militar. Por ejemplo, las redes de agua potable y de electricidad que abastecen a la población civil, la infraestructura de salud pública y los bancos son, esencialmente, bienes de carácter civil. Asimismo, los sistemas de agua en particular gozan de protección especial como bienes indispensables para la supervivencia de la población. Del mismo modo, los diques y las centrales nucleares normalmente están protegidos contra los ataques directos porque no constituyen objetivos militares. Incluso si se transformasen en objetivos militares en determinadas circunstancias, el DIH prohíbe que sean atacados o al menos exige que se tomen precauciones particulares para evitar la liberación de fuerzas peligrosas y las consiguientes pérdidas graves entre la población civil. Esto no quiere decir que normas nuevas no sean útiles o incluso necesarias, sino que se subraya que, si se elaboran esas normas, deberían basarse en y fortalecer las que ya existen.

El alcance de la protección basada en las normas generales relativas a la conducción de hostilidades, tal como se establecen en los tratados o en el DIH consuetudinario, depende de cómo interpretan los Estados ciertas nociones y conceptos.

Por ejemplo, la forma en que se define un “ataque” cibernético conforme a las normas que rigen la conducción de hostilidades (véase el artículo del Protocolo adicional I) tendrá una fuerte influencia en la protección que el DIH otorga a la infraestructura civil esencial. El debate se centra en la noción de la pérdida de funcionalidad de un objeto, en vista de que en el ciberespacio es posible alterar el funcionamiento de los objetos sin dañarlos físicamente.

Según una primera perspectiva, los ciberataques son únicamente aquellas operaciones que causan violencia a las personas o daños físicos a los objetos. Una segunda perspectiva es hacer que el análisis dependa de la acción necesaria para restablecer la funcionalidad del

⁴⁵ Por ejemplo, el CICR contribuyó en carácter de observador al grupo de expertos que redactó el *Manual de Tallin sobre el Derecho Internacional aplicable a la Ciber guerra*, publicado en 2013. Para más información acerca de la participación del CICR y sus opiniones, v. “¿Qué límites impone el derecho de la guerra a los ataques cibernéticos? Preguntas y respuestas” 28 de junio de 2013, disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/faq/130628-cyber-warfare-q-and-a-eng.htm>

⁴⁶ Según el artículo 49(1) del Protocolo adicional I: “Se entiende por ataques los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos”.

objeto, red o sistema. Una tercera perspectiva consiste en centrarse en los efectos que la operación causa en la funcionalidad del objeto.

Se afirma que todas las operaciones que se prevé causen la muerte, lesiones o daños físicos constituyen ataques, incluso cuando esos daños se deban a los efectos indirectos o secundarios previsibles de un ataque, como la muerte de pacientes en unidades de cuidados intensivos ocasionada por un ciberataque contra la red de distribución eléctrica que corta el suministro eléctrico del hospital.

El CICR también considera que una operación diseñada para inhabilitar un objeto, por ejemplo un ordenador o una red de ordenadores, constituye un ataque conforme a las normas sobre la conducción de hostilidades, sea o no que el objeto quede desactivado por medios cinéticos o cibernéticos⁴⁷. En efecto, la referencia a la "neutralización" en la definición de objetivo militar (artículo 52 of Protocolo adicional I) sería superflua si una operación destinada a perjudicar la funcionalidad de un objeto (esto es, su neutralización) no constituyera un ataque. Asimismo, un entendimiento excesivamente restrictivo de la noción de ataque sería difícil de reconciliar con el objeto y la finalidad de las normas sobre la conducción de hostilidades, que consisten en garantizar la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil contra los efectos de las hostilidades. De hecho, en el marco de ese entendimiento tan restrictivo, una operación cibernética dirigida a alterar el funcionamiento de una red civil (eléctrica, bancaria, de comunicaciones o de otro tipo) o que genera el riesgo de que esto ocurra de modo incidental, puede estar eximida de la prohibición del DIH de dirigir ataques contra bienes de carácter civil, de las prohibiciones de ataques indiscriminados o desproporcionados, y del principio de la precaución en el ataque, pese a las consecuencias posiblemente graves de esas operaciones para la población civil.

Sobre la base del entendimiento actual de la noción del DIH acerca del "ataque" en las operaciones cinéticas, es, sin embargo, evidente que no todas las operaciones cibernéticas constituirían ataques. En primer lugar, el concepto de ataque no incluye el espionaje⁴⁸. En segundo lugar, las normas sobre la conducción de hostilidades no prohíben todas las operaciones que interfieren con los sistemas de comunicaciones civiles. Por ejemplo, la interferencia de las transmisiones de radio o televisión no se ha considerado tradicionalmente un ataque en el sentido del DIH⁴⁹.

Más generalmente, a fin de diferenciar entre las operaciones que pueden equipararse con ataques y las que no, se ha sugerido recurrir al criterio de "inconveniencia" cuando se trata de los efectos de una operación particular. Sin embargo, lo que abarca la "inconveniencia" no está definido, y esta terminología no se utiliza en el ámbito del DIH.

Incluso las operaciones cibernéticas que constituirían "operaciones militares" sin ser equivalentes a "ataques" per se son regidas por el principio de distinción. Según este principio, existe la obligación de distinguir, en todo momento, entre civiles y bienes de carácter civil por un lado, y objetivos militares por el otro lado, y de tomar precauciones en forma constante en la conducción de las operaciones militares, a fin de respetar a los primeros⁵⁰.

⁴⁷ V. *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos: Informe*, octubre de 2011 (v. nota 5 *supra*).

⁴⁸ Es verdad que podría ser más difícil, para quien es objeto de esos actos, distinguir entre el espionaje y los ciberataques en el ciberespacio (en comparación con las operaciones cinéticas), ya que la mayoría de las operaciones cibernéticas se basan en obtener acceso a un sistema informático. Una vez obtenido ese acceso, puede utilizarse para recolectar datos (espionaje) o para manipular y destruir datos o dirigir el sistema en formas tales que causen daños o destruyan objetos físicos, sea en forma directa o indirecta.

⁴⁹ La distinción entre los ataques y las interferencias en las comunicaciones que no equivalen a ataques es probablemente menos clara en las operaciones cibernéticas que en las operaciones cinéticas o electromagnéticas más tradicionales.

⁵⁰ Artículos 48 y 57(1) del Protocolo adicional I; Estudio del CICR sobre DIH consuetudinario, Normas 1 y 15.

Desafíos respecto de la protección de la infraestructura cibernética de la cual depende la infraestructura civil esencial

Para proteger la infraestructura civil esencial que depende del ciberespacio, también es fundamental proteger la infraestructura del propio ciberespacio. Sin embargo, el desafío reside en el grado de interconexión existente entre las redes civiles y militares. La mayoría de las redes militares dependen de la infraestructura cibernética civil, como los cables de fibra óptica submarinos, los satélites, los enrutadores o los nodos. A la inversa, un creciente número de vehículos, buques y controles de tráfico aéreo civiles están equipados con sistemas de navegación que dependen de sistemas de posicionamiento global (SPG) que también utilizan los militares. Las cadenas logísticas civiles de suministro (de alimentos e insumos médicos) y otras ramas del comercio también emplean la misma web y las mismas redes de comunicación a través de las cuales pasan algunas comunicaciones militares. Por ello, es en gran medida imposible diferenciar entre infraestructura cibernética puramente civil y puramente militar.

El entendimiento tradicional del concepto de objetivo militar es que, cuando un objeto particular se usa con fines tanto civiles como militares (los así llamados "objetos de uso doble"), se transforma en un objetivo militar (a excepción de las partes que pueden separarse del mismo). Una aplicación estricta de este entendimiento podría llevar a concluir que muchos objetos que forman parte de la infraestructura del ciberespacio constituirían objetivos militares y no estarían protegidos contra los ataques (cibernéticos o cinéticos). Esto causaría graves preocupaciones debido al impacto que esa pérdida de protección podría causar en términos de la perturbación del creciente uso civil concomitante del ciberespacio. No obstante, dado que el ciberespacio está diseñado con un alto nivel de redundancia, una de sus características es la capacidad de determinar de inmediato rutas alternativas para el tráfico de datos. Esta resiliencia incorporada debe tenerse en cuenta al evaluar si la destrucción o neutralización del objetivo realmente ofrecería una ventaja militar definida en las circunstancias del caso, tal como exige la segunda condición de la definición de "objetivo militar".

Incluso si ciertas partes de la infraestructura del ciberespacio de la que dependen las funciones civiles esenciales se transformasen en objetivos legítimos, los ataques seguirían sujetos a la prohibición de realizar ataques indiscriminados y a las normas de proporcionalidad y de precaución en el ataque. Para la aplicación de ambos principios, es esencial evaluar el daño incidental que se espera de cualquier operación planificada. Precisamente debido a la importante interconexión entre las redes civiles y militares es que cabe esperar daños civiles incidentales en la mayoría de los casos, y deben tomarse en cuenta todos los daños razonablemente previsibles, incluso los daños incidentales causados indirectamente por los efectos secundarios del ataque. Por ejemplo, los ataques contra servidores primarios o cables submarinos suscitarían problemas en relación con la prohibición de los ataques indiscriminados debido a la dificultad de limitar los efectos de esos ataques tal como exige el DIH. En este contexto, también habría que tener en cuenta la protección otorgada por el derecho de la neutralidad.

Desafíos respecto de la protección de los datos civiles esenciales

La protección de los datos civiles esenciales es un tema que causa crecientes preocupaciones. Con respecto a los datos pertenecientes a determinadas categorías de objetos que gozan de protección específica conforme al DIH, las normas de protección son amplias. Por ejemplo, se debe entender que la obligación de respetar y proteger las instalaciones de salud se extiende a los datos médicos que pertenecen a esos establecimientos. Sin embargo, sería importante aclarar la medida en que los datos civiles que no se benefician de esa protección específica, como los datos de la seguridad social, los registros fiscales, las cuentas bancarias, los archivos de clientes de las empresas o las listas o registros electorales, ya se encuentran protegidos por las normas generales vigentes sobre

la conducción de hostilidades. La eliminación o alteración de esos datos podría paralizar rápidamente los servicios y los negocios privados y causar más daños a los civiles que la destrucción de objetos físicos. La conclusión de que este tipo de operación no estaría prohibido por el DIH en el mundo de hoy, cada vez más dependiente de la esfera cibernética –sea porque eliminar o alterar esos datos no constituiría un ataque en el sentido del DIH o porque esos datos no se considerarían objetos respecto de los cuales se aplicaría la prohibición de ataques contra bienes de carácter civil- parece difícil de conciliar con el objetivo y el propósito de este ordenamiento jurídico.

La importancia de las medidas viables para proteger a los civiles y los bienes de carácter civil contra los efectos de las hostilidades

El DIH exige también que las partes en un conflicto adopten todas las medidas viables para proteger contra los efectos de las hostilidades a los civiles y a los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control. Esta obligación debe implementarse ya en tiempo de paz, especialmente con respecto a las instalaciones fijas. En tanto que el ciberespacio es un dominio mundial virtual, parecería que la obligación de tomar precauciones contra los efectos de los ataques se extiende al menos a la infraestructura física del ciberespacio y a los objetos cuyo funcionamiento depende de su ubicación en el territorio de un Estado o en cualquier territorio que pueda estar ocupado por una parte en el conflicto.

Esto plantea la cuestión de las medidas que los Estados deben adoptar para proteger a la población civil que se halla bajo su control del peligro de las operaciones cibernéticas, incluso en el caso de una operación cibernética contra la infraestructura esencial del Estado. Entre las medidas que podrían tomarse en cuenta figuran las siguientes: segregar la infraestructura cibernética y las redes militares de las civiles; segregar de internet los sistemas informáticos de los que depende la infraestructura civil esencial; y hacer preparativos anticipados para asegurar la reparación oportuna de sistemas informáticos importantes contra los tipos de ciberataques que sean previsibles. Otras posibilidades que podrían analizarse –las cuales requieren cooperación internacional y, probablemente, soluciones innovadoras a los problemas técnicos- sería trabajar en la identificación en el ciberespacio de la infraestructura cibernética y de las redes que prestan servicios a objetos especialmente protegidos, como los hospitales, o inspirarse en la protección aplicada a las zonas desmilitarizadas o protegidas y evaluar si ese enfoque podría trasladarse con éxito a la esfera cibernética.

La importancia del examen jurídico de las capacidades cibernéticas

Éstas y otras cuestiones ponen de relieve la importancia de que los Estados que desarrollan o adquieren capacidades para la guerra cibernéticas, sea con fines ofensivos o defensivos, evalúen su licitud en el marco del DIH. El examen jurídico, establecido específicamente en el artículo 36 del Protocolo adicional I, es esencial para asegurar que las fuerzas armadas y otras entidades del gobierno que pueden recurrir a las operaciones cibernéticas en un conflicto armado sean capaces de cumplir con las obligaciones que les impone el derecho internacional. Sin embargo, el examen jurídico de las armas, los medios y los métodos de guerra cibernéticos puede presentar una serie de desafíos. Las capacidades militares cibernéticas pueden estar menos uniformizadas que las armas cinéticas, sobre todo si se han diseñado para una operación concreta; además, es probable que estén sujetas a adaptaciones constantes, incluso para responder a las mejoras de seguridad del software que se incorporan a un objetivo potencial.

En suma, el CICR considera que aclarar el modo en que el DIH se aplica a la guerra cibernética ayudaría a determinar si sus normas son suficientemente claras, en vista de las características especiales de la guerra cibernética y de su impacto previsible en términos humanitarios. Habida cuenta de que este tipo de guerra plantea interrogantes nuevos, tal vez

también sea necesario desarrollar el DIH a medida que las tecnologías evolucionen o a medida que se comprenda mejor el costo humano de la guerra cibernética.

ii) Sistemas de armas autónomos

Durante los últimos quince años, tanto el desarrollo como el uso de sistemas robóticos por las fuerzas armadas han experimentado un notable aumento, sobre todo en lo que respecta a diversos sistemas no tripulados que operan en el aire, en tierra y en el agua, incluso en los océanos. El aumento gradual en la sofisticación de la maquinaria militar y en la distancia física de los soldados respecto del campo de batalla es un proceso tan antiguo como la misma guerra. Sin embargo, las recientes novedades en el ámbito de la robótica y de la informática, combinadas con las demandas operacionales militares, plantean la posibilidad de reducir o eliminar por completo el control humano directo sobre los sistemas de armas y el uso de la fuerza. Este cambio de paradigma no es un desarrollo súbito sino que es resultado del incremento gradual, a lo largo del tiempo, de la autonomía de los sistemas de armas, en particular en sus “funciones críticas”, es decir, la selección y el ataque de objetivos.

En los últimos años, se han multiplicado los debates acerca de los sistemas de armas autónomos, que tienen lugar en foros diplomáticos, militares, científicos, académicos y públicos. Entre esos debates figuran las reuniones de expertos en el marco de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, enmendada el 21 de diciembre de 2001 (CCAC), celebradas en 2014 y 2015, y las reuniones de expertos convocadas por el CICR en 2014. Las opiniones acerca de este complejo tema, incluso las del CICR, siguen evolucionando a medida que se comprenden mejor las capacidades tecnológicas actuales y potenciales, el propósito militar de la autonomía en las armas, y las cuestiones resultantes relacionadas con el respeto del DIH y la aceptabilidad ética.

Definiciones

No hay una definición internacionalmente acordada de los sistemas de armas autónomos⁵¹, pero un elemento común en varias definiciones propuestas es la idea de un sistema de armas que puede seleccionar y atacar objetivos en forma independiente. Sobre esta base, el CICR ha propuesto que “sistemas de armas autónomos” es un término amplio que abarcaría cualquier tipo de sistemas de armas, sea que operen en el aire, en la tierra o en el mar, con autonomía en sus “funciones críticas”, esto es, un arma que puede seleccionar (es decir, buscar o detectar, identificar, seguir, seleccionar) y atacar (es decir, emplear la fuerza, neutralizar, dañar o destruir) objetivos sin intervención humana. Tras la activación inicial, es el propio sistema de armas –usando sus sensores, programas y armas—el que se encarga de los procesos de selección de objetivos y de acciones que normalmente son controlados directamente por seres humanos.

En un nivel fundamental, es la autonomía de las funciones críticas lo que distingue a los sistemas de armas autónomos de todos los otros sistemas de armas, incluso de los drones armados, en los cuales las funciones críticas son controladas a distancia por un operador humano.

Algunos sistemas de armas que se utilizan hoy en día tienen autonomía en sus funciones críticas, entre ellos los sistemas de defensa aérea y antimisiles, los sistemas de armas de “protección activa” para vehículos terrestres, y los sistemas de armas de perímetro (a veces denominadas “armas centinelas”), así como las municiones de tipo “loitering” y los vehículos armados submarinos. Muchos de estos sistemas de armas tienen “modos” autónomos, lo que

⁵¹ Algunos de los términos empleados para describir esos sistemas son “sistemas de armas autónomos letales”, “robots autónomos letales” y “robots asesinos”.

significa que pueden configurarse para que operen en forma autónoma por períodos de tiempo fijos. En la mayoría de los casos, las tareas para las que se los usa son sumamente limitadas (por ejemplo, en operaciones defensivas y no ofensivas), como lo son también los tipos de objetivos que atacan (vehículos y otros objetos, más que personal) y las circunstancias en las que se usan (en entornos simples y relativamente predecibles y limitados, más que en entornos complejos e impredecibles). Cabe destacar que, al parecer, la mayor parte de estas armas existentes son supervisadas en tiempo real por un operador humano.

Sin embargo, es posible que se confiera a los futuros sistemas de armas autónomos más libertad de acción para determinar sus objetivos, operar fuera de límites espaciales y temporales rigurosamente restringidos, y reaccionar a circunstancias rápidamente cambiantes. Habida cuenta del ritmo actual de los avances tecnológicos, es urgente que se examinen las implicaciones jurídicas, humanitarias y éticas de estas armas.

Cumplimiento de los sistemas de armas autónomos con el DIH

Sobre la base del estado actual y previsible de la tecnología robótica, garantizar que los sistemas de armas autónomos puedan utilizarse de conformidad con el DIH será un desafío tecnológico muy difícil de solucionar a medida que se asigne a estas armas tareas más complejas y se las despliegue en entornos más dinámicos que hasta hoy.

Uno de los desafíos principales es si el sistema de armas sería capaz de distinguir en forma autónoma los objetivos militares de los bienes de carácter civil, los combatientes de los civiles y los combatientes activos de las personas fuera de combate. Otro desafío importante es si se podría programar un arma para que detecte y evalúe los numerosos factores y variables contextuales que se necesitan para determinar si puede esperarse que el ataque cause daños incidentales a civiles y a bienes de carácter civil, o una combinación de esos daños, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista, conforme con los requisitos de la norma de la proporcionalidad. Asimismo, la capacidad de programar un arma para que cancele o suspenda un ataque si resulta aparente que el objetivo no es un objetivo militar o que está sujeto a protección especial o que el ataque violaría la norma de la proporcionalidad, conforme lo exigen las normas sobre precaución en los ataques, plantea una cuestión muy problemática.

Así pues, en cuanto a los sistemas de armas autónomos que se prevé emplear en contextos donde probablemente se encuentren con personas o bienes protegidos, existen graves dudas respecto de si es técnicamente posible programarlos para que lleven a cabo las complejas evaluaciones dependientes del contexto que exigen las normas del DIH sobre distinción, proporcionalidad y precaución en el ataque. Éstas son evaluaciones inherentemente cualitativas en las cuales seguirán necesitándose los razonamientos y juicios que únicamente pueden realizar los seres humanos.

Teniendo en cuenta estos desafíos, existen graves dudas acerca de la capacidad de desarrollar y emplear sistemas de armas autónomos que cumplan con el DIH en escenarios y contextos que no sean los más limitados y simples, al menos en el futuro previsible. En este sentido, parece evidente que el control o la supervisión general de los humanos sobre la selección y el ataque de objetivos seguirán siendo necesarios para garantizar el respeto del DIH. El tipo y nivel de control o supervisión humanos necesarios para garantizar el cumplimiento de un sistema de armas autónomo con el DIH dependerá del tipo de sistema, de las tareas para las que está diseñado, del entorno en el que se prevé usarlo y de los tipos de objetivos que está programado para atacar, entre otros factores.

Examen jurídico de los sistemas de armas autónomos

Los Estados deberán analizar cuidadosamente los desafíos descritos al realizar exámenes jurídicos de cualquier sistema de armas autónomo que desarrollen o adquieran, conforme a lo establecido por el DIH. Como sucede con todas las armas, la legalidad de un arma con autonomía en sus funciones críticas depende de sus características específicas y de si, en vista de esas características, puede emplearse de conformidad con las normas del DIH en todas las circunstancias en las que se prevé y espera utilizarla. La capacidad de realizar ese examen exige comprender plenamente las capacidades del arma y prever sus efectos, especialmente mediante pruebas. Sin embargo, será cada vez más difícil prever esos efectos si aumenta la capacidad de los sistemas de armas autónomos de determinar sus propias acciones en entornos complejos.

La previsibilidad de las acciones de un sistema de armas autónomo en el contexto en el que se lo va a desplegar debe ser lo suficientemente elevada como para permitir la realización de un examen jurídico preciso. De hecho, el despliegue de un sistema de armas cuyos efectos son total o parcialmente impredecibles crearía un riesgo importante de que no se respete el DIH. En este sentido, una pregunta clave para el examinador es cómo evaluar y mitigar los riesgos de emplear el arma si su desempeño es impredecible. Los riesgos pueden ser demasiado graves como para permitir el uso del arma; de otro modo, la mitigación de riesgos puede exigir niveles apropiados de control humano sobre las funciones críticas del sistema de armas, limitando o incluso obviando la autonomía del arma.

Otro desafío relacionado con el examen de la licitud de un sistema de armas autónomo es la ausencia de métodos y protocolos estándar para probar estas armas. Este factor también puede afectar la precisión del examen jurídico.

Responsabilidad por el uso de sistemas de armas autónomos

Se han planteado preocupaciones acerca del hecho de que la pérdida de control humano sobre los sistemas de armas autónomos puede llevar a un “vacío de responsabilidad” en caso de que se cometan violaciones del DIH. Existe también la opinión de que jamás existiría tal vacío, pues siempre habrá un ser humano que participe en la decisión de desplegar el arma a quien atribuir la responsabilidad. De todos modos, sigue sin estar claro cómo puede atribuirse responsabilidad en relación con “actos” impredecibles cometidos por armas autónomas.

Por ejemplo, conforme al DIH y al derecho penal internacional, la falta de control de un sistema de armas autónomo o su imprevisibilidad pueden dificultar la atribución de responsabilidad por la comisión de violaciones graves del DIH a las personas involucradas en la programación y despliegue de esa arma. Es posible que no tengan los conocimientos ni la intención necesarios para tal determinación, debido al hecho de que es la máquina quien toma las decisiones relativas a la selección de los objetivos. Asimismo, puede suceder que los programadores no conozcan las situaciones concretas en las que se desplegará el sistema más adelante y en las cuales se pueden producir las violaciones del DIH. Por otra parte, un programador que, de forma intencional, programa un arma autónoma para cometer crímenes de guerra sin duda alguna cargaría con responsabilidad penal. Del mismo modo, un comandante sería responsable por la decisión de utilizar los sistemas de armas autónomos de manera ilícita, por ejemplo desplegar, en una zona poblada, un arma autónoma antipersonal que sea incapaz de distinguir entre civiles y combatientes. Además, el comandante que a sabiendas decide desplegar un arma autónoma cuyo desempeño y efectos no puede predecir será penalmente responsable de toda violación grave del DIH que se produzca, en la medida en que su decisión de desplegar el arma se considere imprudente en las circunstancias del caso.

32IC/15/11

De conformidad con el derecho de la responsabilidad de los Estados, además de la responsabilidad por las violaciones del DIH cometidas por sus fuerzas armadas, un Estado puede ser considerado responsable por violaciones del DIH causadas por un sistema de armas autónomo que no haya probado o revisado antes de desplegarlo, o cuya prueba o revisión hayan sido inadecuadas. Con arreglo a las leyes sobre responsabilidad por los productos, los fabricantes y programadores también podrían ser responsables por errores en la programación o por el funcionamiento deficiente de un sistema de armas autónomo.

Los sistemas de armas autónomos y los dictados de la conciencia pública

A medida que se incrementa la autonomía en las funciones críticas de los sistemas de armas, se llega a un punto en el que los seres humanos están tan distanciados en tiempo y espacio de la selección y el ataque de objetivos, que la toma de decisiones humana con respecto al uso de la fuerza es sustituida por la toma de decisiones mecánica. Esta situación plantea profundas cuestiones morales y sociales acerca del papel y de la responsabilidad de los seres humanos en cuanto al uso de la fuerza y la destrucción de vidas humanas.

El tema central de las preocupaciones relacionadas con los sistemas de armas autónomos, independientemente de su cumplimiento con el DIH, es si los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública⁵² permitirían que las máquinas tomen decisiones de vida o muerte en conflictos armados sin participación humana. Los debates celebrados en años recientes entre los Estados, los expertos, la sociedad civil y el público han demostrado que existe una sensación de profundo malestar con la idea de un sistema de armas que coloque el uso de la fuerza fuera del control humano.

El camino a seguir: un control humano significativo sobre el uso de la fuerza en conflictos armados

Los debates celebrados en 2014 y 2015 entre expertos gubernamentales en el marco de la CCAC han indicado que existe un amplio consenso en torno a la necesidad de conservar un control humano significativo, apropiado o efectivo sobre las funciones críticas de los sistemas de armas, sea por razones jurídicas, éticas y/o de política. Habida cuenta de los rápidos avances en la esfera de la robótica militar, existe ahora la necesidad de que los Estados tomen medidas concretas para evitar la pérdida del control humano sobre el uso de la fuerza en conflictos armados.

La experiencia adquirida con los sistemas de armas autónomos existentes puede brindar orientación acerca de dónde deben fijarse los límites de la autonomía en las funciones críticas de los sistemas de armas. En este sentido, el CICR alienta a los Estados que han desplegado o que en la actualidad desarrollan sistemas de armas autónomos a que compartan sus experiencias en lo que respecta a garantizar que esos sistemas se puedan utilizar de una manera conforme con el DIH, y de los límites y condiciones que fijan sobre el uso de esas armas, con inclusión del nivel de control humano requerido, sea por razones jurídicas, éticas y/o de política.

⁵² Los “principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública” se mencionan especialmente en el artículo 1(2) del Protocolo adicional I y en el preámbulo del Protocolo adicional II, conocido como Cláusula de Martens. En su Opinión Consultiva de 1996 acerca de la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, la Corte Internacional de Justicia ha afirmado que la aplicabilidad de la Cláusula de Martens “no da lugar a dudas” (párr. 87) y que “ha demostrado ser un medio efectivo de encarar la rápida evolución de la tecnología militar” (párr. 78).

2) El uso de armas explosivas en zonas pobladas

Tendencia al agravamiento de los daños en los conflictos armados contemporáneos

Cada vez más, las hostilidades se libran en centros poblados, exponiendo a los civiles a mayores riesgos de daño. En vista de la creciente urbanización, lo más probable es que esta tendencia de los conflictos armados contemporáneos persista. La situación se ve agravada por el hecho de que los beligerantes muchas veces evitan enfrentar al enemigo abiertamente y se entremezclan con la población civil. Sin embargo, los conflictos armados a menudo siguen librándose con sistemas de armas inicialmente diseñados para usarlos en campos de batalla abiertos. En general, eso no es motivo de preocupación cuando las armas se emplean en campos de batalla abiertos, pero cuando se usan contra objetivos militares ubicados en zonas pobladas suelen causar efectos indiscriminados, casi siempre con consecuencias devastadoras para la población civil.

En efecto, la guerra en zonas pobladas con armas explosivas con una amplia área de impacto causa consecuencias terribles para los civiles. Los conflictos armados recientes han confirmado que el uso de esas armas es una de las principales causas de muerte y lesiones entre los civiles y de destrucción y daños para las viviendas civiles y la infraestructura civil crítica, con las consiguientes perturbaciones de los servicios esenciales, como la asistencia de salud y la distribución de agua, y el desplazamiento de la población civil. Los efectos en la salud de las personas no se limitan a la muerte, las lesiones físicas y la discapacidad de largo plazo, sino que incluyen también un impacto duradero en el bienestar mental. El uso de armas explosivas en zonas pobladas también afecta la capacidad de las instalaciones y servicios de salud para funcionar, atender a numerosos heridos y las heridas particulares que presentan, y prestar los cuidados adecuados. Dichos efectos se acentúan en contextos donde el uso de armas explosivas es prolongado, ocasionando el consiguiente deterioro de los servicios esenciales con el tiempo y graves riesgos para la salud pública.

El CICR sigue siendo testigo de primera mano de estos efectos mientras asiste a las víctimas de conflictos armados en los que se usan armas explosivas en zonas pobladas. El CICR ha planteado sus preocupaciones a las partes en esos conflictos armados, como parte de su diálogo bilateral y confidencial acerca de la conducción de hostilidades. Además, viene expresando públicamente sus inquietudes respecto de las armas explosivas en zonas pobladas desde 2009.

En el informe presentado a la XXXI Conferencia Internacional en 2011, el CICR declaró que “debido a la alta probabilidad de que acarreen efectos indiscriminados, y a pesar de que no existe una prohibición legal expresa para tipos específicos de armas, el CICR considera que se deben evitar las armas explosivas con efectos en una amplia área en zonas densamente pobladas”⁵³.

En 2013, el Movimiento en su conjunto instó a los Estados a mejorar “la protección de la población civil ante el empleo y los efectos indiscriminados de las armas explosivas, entre otras cosas, aplicando rigurosamente las normas vigentes del derecho internacional humanitario, y a que se abstengan de utilizar armas explosivas con una amplia zona de impacto en zonas densamente pobladas”⁵⁴.

En paralelo, desde 2009, el secretario general de las Naciones Unidas viene señalando en forma sistemática a la atención de los Estados miembros de la ONU la necesidad de fortalecer

⁵³ V. *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos: Informe*, octubre de 2011, disponible en: www.icrc.org/eng/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-en.pdf, p. 42.

⁵⁴ Resolución 7 del Consejo de Delegados 2013, “Armas y derecho internacional humanitario” (CD/13/R7), párr. 4.

la protección de los civiles en vista del impacto humanitario del uso de armas explosivas en zonas pobladas, como también lo han hecho los organismos de las Naciones Unidas y las organizaciones no gubernamentales. Un creciente número de Estados también reconoce las preocupaciones humanitarias provocadas por este fenómeno.

El CICR sigue documentando las consecuencias para los civiles del uso de estas armas en diversos conflictos armados. También ha estudiado en mayor profundidad las características técnicas de ciertos tipos de armas explosivas respecto de las cuales puede preverse que tengan efectos en zonas amplias cuando se usan en zonas pobladas. Ha entablado diálogo con fuerzas armadas seleccionadas para fortalecer su conocimiento de la política y práctica existentes en relación con la elección y el uso de armas explosivas en zonas pobladas. Asimismo, ha profundizado su análisis de las normas del DIH que se aplican al uso de armas explosivas en zonas pobladas. Para ayudar a nutrir los debates y sus propios puntos de vista sobre estos temas, en febrero de 2015 el CICR convocó una reunión de expertos gubernamentales y de especialistas independientes⁵⁵. A continuación, se exponen las observaciones y opiniones actuales del CICR.

Definir el problema: el uso de “armas explosivas” con “amplia área de impacto” en “zonas densamente pobladas”

Las armas explosivas, es decir, las que lesionan o causan daño mediante la fuerza explosiva⁵⁶, pueden tener una “amplia área de impacto” –o “efectos en amplias superficies”– cuando se emplean en zonas pobladas debido a:

- el extenso radio destructivo de la munición particular empleada, esto es, su amplio efecto o rango de explosión y fragmentación (como bombas de gran calibre, morteros y cohetes de gran calibre, misiles guiados de gran envergadura y proyectiles de artillería pesada);
- la falta de precisión del sistema de lanzamiento (por lo general, las armas de fuego indirectas, como morteros, cohetes y artillería (especialmente cuando se usan municiones no guiadas), y bombas no guiadas lanzadas desde el aire); o
- que el sistema de armas está diseñado para lanzar municiones múltiples sobre una extensa superficie (como los sistemas de lanzamiento de múltiples cohetes).

En este sentido, la cuestión de las armas explosivas en zonas pobladas se relaciona no con una única arma sino con una gama de diferentes sistemas de armas convencionales distintos, y se hace necesario examinar las circunstancias de su uso, teniendo en cuenta también las vulnerabilidades típicas de los civiles que viven en zonas pobladas.

Puesto que los dispositivos explosivos improvisados pueden pertenecer a una de las tres categorías generales de armas explosivas que se han descrito, su uso en zonas pobladas también causa preocupación.

Debe entenderse que los términos “zonas densamente pobladas” y “zonas pobladas” son sinónimos de “concentraciones de civiles”, siendo este último el único de esos términos definido en los tratados de DIH, por ejemplo en la siguiente frase: “en una ciudad, un pueblo,

⁵⁵ CICR, Reunión de expertos: *Armas explosivas en zonas pobladas: aspectos humanitarios, jurídicos, técnicos y militares*, CICR, Ginebra, junio de 2015.

⁵⁶ Un “arma explosiva” es un arma activada mediante la detonación de una sustancia altamente explosiva, creando un efecto de onda expansiva y fragmentación.

32IC/15/11

una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil”⁵⁷.

Los ataques directos contra civiles o bienes de carácter civil están fuera del alcance de este debate sobre las armas explosivas en zonas pobladas, puesto que tales ataques son claramente ilícitos conforme al DIH, cualquiera sea el tipo de armas que se emplee.

En suma, los desafíos relativos a las “armas explosivas en zonas pobladas” que se han expuesto aquí se refieren al uso de armas explosivas que, debido a sus efectos de zona amplia, pueden previsiblemente causar numerosos muertos y heridos civiles y/o daños a bienes de carácter civil, así como daños de largo plazo a la población civil, cuando se usan contra un objetivo militar situado en una concentración de civiles.

Gran probabilidad de que se produzcan efectos indiscriminados

En vista de las consecuencias humanitarias reseñadas en los párrafos precedentes, y como se ha señalado con anterioridad, el CICR opina que las armas explosivas con una amplia zona de impacto no deben utilizarse en zonas densamente pobladas debido a la gran probabilidad de que se produzcan efectos indiscriminados, lo que significa que su uso contra objetivos militares situados en zonas pobladas posiblemente infrinja las normas del DIH que prohíben los ataques indiscriminados y desproporcionados.

Los ataques indiscriminados son aquellos cuya índole hace que alcancen a objetivos militares, a civiles o a bienes de carácter civil sin distinción, principalmente porque emplean medios o métodos de guerra que no se pueden dirigir contra un objetivo militar concreto o cuyos efectos no se pueden limitar conforme lo exige el DIH⁵⁸. Los ataques desproporcionados y los ataques por bombardeo se tratan como formas particulares de ataques indiscriminados. La norma de proporcionalidad prohíbe los ataques “cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”⁵⁹. Los ataques por bombardeo prohibidos son “los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil”⁶⁰. Las normas citadas deben ser respetadas por las partes en un conflicto armado en todas las circunstancias⁶¹ incluso si no disponen de armas o tácticas alternativas y con mayor poder de discriminación.

⁵⁷ El término “concentración de civiles” aparece en la norma que prohíbe los ataques por bombardeo, que es un tipo de ataque indiscriminado especificado en el artículo 51(5) (a) del Protocolo adicional I y en los artículos 3(9) y 7(3) del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos, enmendado el 3 de mayo de 1996 (adoptado el 3 de mayo de 1996; entrado en vigor el 3 de diciembre de 1998), 2048 UNTS 93 (en adelante, el Protocolo II de la CCAC según fue enmendado). El término “concentración de civiles” aparece y se halla definido en el artículo 1(2) del Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias (en adelante, Protocolo III) de la CCAC (adoptado el 10 de octubre de 1980; entrado en vigor el 2 de diciembre de 1983), 1342 UNTS 137, como “cualquier concentración de personas civiles, sea de carácter permanente o temporal, tales como las que existen en las partes habitadas de las ciudades, los pueblos o las aldeas habitadas, o como en los campamentos o las columnas de refugiados o evacuados, o los grupos de nómadas”. El término “zonas densamente pobladas”, que aparece en las normas que exigen tomar precauciones contra los efectos de un ataque en el artículo 58(b) del Protocolo adicional I, no se halla definido en el Protocolo ni en otros tratados de DIH.

⁵⁸ Artículo 51(4) del Protocolo adicional I. Ésta es una norma del DIH consuetudinario que se aplica tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales.

⁵⁹ Artículo 51(5) (b) del Protocolo adicional I. Ésta es una norma del DIH consuetudinario que se aplica tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales.

⁶⁰ Artículo 51(5) (a) del Protocolo adicional I. Ésta es una norma del DIH consuetudinario que se aplica tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales.

⁶¹ V. Artículo 51 (1) del Protocolo adicional I.

Además de estas obligaciones, la norma del DIH relativa a la precaución en el ataque exige que las partes en un conflicto armado, en la conducción de sus operaciones militares, tomen precauciones constantes para respetar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil⁶². Esta norma requiere, en especial, que “quienes preparen o decidan un ataque deberán “tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil”⁶³. Al conducir hostilidades en zonas pobladas, la norma de precaución puede obligar a las partes a elegir el arma más precisa disponible o considerar la posibilidad de emplear armas y/o tácticas alternativas.

La evaluación de si un ataque es indiscriminado o desproporcionado y de si se han tomado todas las precauciones viables no debe basarse en un análisis retrospectivo sino en la perspectiva del comandante basada en la información de que dispone en el momento del ataque. Esa información incluye los efectos previsibles de las armas a su disposición, teniendo en cuenta sus características inherentes como así también las circunstancias de su uso, lo que incluye el entorno físico en que se halla situado el objetivo militar y la vulnerabilidad de la población civil y de los bienes de carácter civil que lo rodean. La elección de las armas y la forma en que serán usadas son los factores sobre los cuales el comandante tiene el mayor grado de control. En este sentido, las variables relacionadas con la elección y el uso de las armas que el comandante puede manipular a fin de respetar las normas del DIH mencionadas abarcan las siguientes: el tipo y tamaño de la ojiva (munición), el tipo de mecha, el sistema de lanzamiento y la distancia desde la cual se lanza el arma, así como el ángulo y el momento del ataque. Las competencias técnicas de las fuerzas armadas en materia de selección y uso de las armas también son factores críticos que influirán en el resultado de un ataque⁶⁴. Sin embargo, incluso después de haber adoptado todas esas medidas y precauciones, ciertas armas explosivas pueden ser proclives a causar importantes efectos incidentales en los civiles y bienes de carácter civil cuando se emplean en zonas pobladas.

Aunque es indudable que cualquier uso de armas explosivas en zonas pobladas debe observar las normas del DIH mencionadas precedentemente, existen opiniones divergentes acerca de si esas normas reglamentan de manera suficiente el uso de tales armas o si es necesario aclarar su interpretación o elaborar nuevas normas o reglas. Sobre la base de los efectos de las armas explosivas en zonas pobladas que se observan hoy en día, existen graves interrogantes acerca de cómo las partes que usan esas armas interpretan y aplican el DIH. Las prácticas divergentes de las fuerzas armadas, así como las opiniones contrastantes entre los expertos y en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales acerca de lo que es jurídicamente aceptable o no, posiblemente señalan la presencia de ambigüedades en el DIH y la necesidad de que los Estados esclarezcan su interpretación de las normas del DIH pertinentes o formulen normas más claras para proteger a los civiles de manera efectiva.

De todos modos, la prohibición de los ataques indiscriminados y las normas de proporcionalidad y de precaución en los ataques, cada una de las cuales establece un

⁶²Artículo 57 (1) del Protocolo adicional I. Ésta es una norma del DIH consuetudinario que se aplica tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales.

⁶³Artículo 57(2) (a) (ii) del Protocolo adicional I. Ésta es una norma del DIH consuetudinario que se aplica tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales. Las precauciones viables se describen del siguiente modo en el artículo 3(10) del Protocolo II de la CCAC según fue enmendado: “Precauciones viables son aquellas viables o posibles en la práctica, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluidas consideraciones humanitarias y militares”.

⁶⁴ Con respecto a los factores relacionados con la selección y el uso de armas, v. CICR, Reunión de expertos: *Armas explosivas en zonas pobladas: aspectos humanitarios, jurídicos, técnicos y militares*, CICR, Ginebra, junio de 2015, pp. 5-6 y 24-30 (en inglés). V. también Yves Sandoz *et al.* (eds.), *Comentario de los Protocolos adicionales del 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949* (en adelante, *Comentario de los Protocolos adicionales*), CICR, Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra, 1987, párr. 2212.

cuidadoso equilibrio entre las consideraciones de la necesidad militar y de la humanidad, fueron elaboradas por los Estados con el objetivo global de proteger a los civiles y los bienes de carácter civil contra los efectos de las hostilidades. Los desafíos que puedan plantearse con respecto a su interpretación y su aplicación al uso de armas explosivas en zonas pobladas deben resolverse teniendo presente ese objetivo global. A continuación, se reseñan algunos de estos desafíos.

El uso de armas explosivas en zonas pobladas y la prohibición de los ataques indiscriminados

La prohibición de los ataques indiscriminados toma en cuenta el hecho de que los medios y métodos de guerra que pueden utilizarse en forma perfectamente legítima en algunas situaciones podrían, en otras circunstancias (incluso debido a la forma en que se usan), ser de una índole tal que afecten los objetivos militares y a los civiles y bienes de carácter civil sin distinción⁶⁵. La guerra en zonas pobladas es, indudablemente, una situación en la cual las armas explosivas que tal vez se utilizarían lícitamente en otras circunstancias, como un campo de batalla abierto, pueden tornarse indiscriminadas.

La prohibición de los ataques indiscriminados abarca los ataques que emplean un método o medio de lanzamiento que no puede dirigirse contra un objetivo militar específico⁶⁶. No está claro cuál es el grado o nivel de precisión de un arma que los Estados considerarían aceptable conforme a esta norma, en general o en una situación operacional determinada. De todas maneras, ese nivel de precisión debe ser coherente con el objetivo general de proteger a los civiles contra los efectos de las hostilidades.

Aún así, las imprecisiones inherentes a ciertos tipos de sistemas de armas explosivas –como muchos de los sistemas de lanzamiento de artillería, de morteros y de múltiples cohetes que se emplean en la actualidad, especialmente cuando se usan municiones no guiadas, así como bombas no guiadas lanzadas desde el aire– plantean graves preocupaciones en relación con la prohibición de los ataques indiscriminados cuando se emplean en zonas pobladas. Si bien el hecho de mejorar la precisión de los sistemas de lanzamiento ayudaría a reducir los efectos en amplias superficies de las armas en zonas pobladas, la precisión podría verse afectada por el uso de municiones de gran calibre –es decir, municiones que causan un gran radio de destrucción en relación con el tamaño del objetivo militar– lo cual podría representar una violación del DIH.

La interpretación de la prohibición de los ataques indiscriminados puede tornarse más exigente con el desarrollo de nuevos medios y métodos de guerra, sobre todo con los avances en las armas de precisión. Por ejemplo, se entiende que el significado de “objetivos militares precisos y claramente separados” en la prohibición de los ataques por bombardeo significa una distancia al menos lo suficientemente grande como para permitir que los objetivos militares individuales sean atacados separadamente⁶⁷. Este entendimiento implica que la aplicación práctica de la prohibición de los ataques por bombardeo y, por extensión, de la prohibición de los ataques indiscriminados, podría evolucionar en función del desarrollo de nuevas capacidades armamentísticas.

⁶⁵ V. Comentario de los Protocolos adicionales, párr. 1962.

⁶⁶ V. artículo 51(4) (b) del Protocolo adicional I. El artículo 3(8) del Protocolo II de la CCAC según fue enmendado incluye, en su definición de “uso indiscriminado” de las minas, armas trampa y otros artefactos, cualquier ubicación de esas armas en que se recurra a un “método o medio de lanzamiento que no pueda ser dirigido contra un objetivo militar determinado” (el subrayado es nuestro).

⁶⁷ V. Comentario de los Protocolos adicionales, párr. 1975: “Cuando la distancia que separa dos objetivos militares es suficiente como para atacarlos por separado, teniendo en cuenta los medios disponibles, la norma debe aplicarse en su totalidad. Sin embargo, aunque la distancia sea insuficiente, se deben tomar en cuenta las pérdidas excesivas que podría causar el ataque”.

Efectos secundarios del uso de armas explosivas en zonas pobladas y las normas de proporcionalidad y de precaución en el ataque

Los efectos más visibles de un ataque en el que se usan armas explosivas en zonas pobladas son las muertes y lesiones a civiles y los daños a los bienes de carácter civil inmediatos (o “directos”) causados por los efectos de la onda expansiva y la fragmentación. Menos visibles, pero igualmente devastadores, son los efectos secundarios (también denominados efectos “indirectos” o “de largo plazo”) del ataque, como las consecuencias de los daños incidentales causados a ciertos bienes de carácter civil. Por ejemplo, los daños incidentales a las viviendas civiles probablemente causen el desplazamiento de los civiles, en tanto que los daños incidentales a los hospitales probablemente causen perturbaciones en los servicios médicos, lo cual, a su vez, posiblemente ocasione la muerte de pacientes. La infraestructura civil crítica, como las instalaciones y redes vitales para el suministro de agua y electricidad, es particularmente frágil y vulnerable a los efectos incidentales de las armas explosivas. La interconexión de los servicios esenciales que dependen de la infraestructura crítica es tal que la perturbación en un servicio tendrá efectos secundarios en los otros servicios. Así pues, los daños incidentales a la infraestructura crítica puede causar graves alteraciones en los servicios esenciales de los que depende la población civil para su supervivencia, como la asistencia de salud, el suministro de energía y agua, y la gestión de residuos, lo que ocasionaría la propagación de enfermedades y más muertes. Estos efectos se multiplican en situaciones de hostilidades prolongadas, en las que se utilizan armas explosivas en zonas pobladas durante un período de tiempo extenso.

La cuestión que se plantea es si el atacante debe tener en cuenta los efectos secundarios de un ataque con armas explosivas en zonas pobladas a la hora de evaluar las víctimas civiles y los daños a bienes de carácter civil causados incidentalmente, como lo exigen las normas de proporcionalidad y de precaución en el ataque del DIH que se han señalado en párrafos precedentes. Si bien se reconoce que es impracticable e imposible que los comandantes tengan en cuenta todos los efectos posibles de un ataque, el CICR considera que se deben tener en cuenta los efectos secundarios que sean previsibles en las circunstancias del caso.

Aunque hay quienes apoyan esta opinión, existe incertidumbre con respecto a cuáles efectos secundarios de un ataque son “previsibles”. Si bien, como ya se ha explicado, esta evaluación es específica para cada contexto, el CICR considera que puede enfocarse de manera objetivada si se basa en lo que es previsible para “una persona razonablemente bien informada en las circunstancias [del atacante], haciendo un uso razonable de la información de que dispone”⁶⁸. En este sentido, se afirma que quienes planifican y deciden un ataque tienen la obligación de hacer todo lo que sea viable para obtener la información que les permita efectuar una evaluación significativa de los efectos incidentales previsibles en los civiles y los bienes de carácter civil. Por otra parte, lo que es objetivamente previsible para un comandante en determinado caso debe basarse en experiencias y lecciones anteriores adquiridos por las fuerzas armadas de su país. Además, debe tener en cuenta la experiencia siempre creciente de otras fuerzas armadas en la guerra urbana, cuando está disponible. En otras palabras, a medida que aumenta el entendimiento de los efectos secundarios del uso de armas explosivas en zonas pobladas, ese conocimiento nutre las futuras evaluaciones y decisiones en el marco de las normas de proporcionalidad y precaución en el ataque.

No está claro el modo en que las fuerzas armadas integran la obligación de tener en cuenta los efectos incidentales secundarios previsibles para los civiles y los bienes de carácter civil en sus políticas y prácticas militares, por ejemplo en las estimaciones de los daños colaterales. Sobre la base de los efectos de las armas explosivas en zonas pobladas, esto es, los graves daños civiles que se observan hoy en día, hay grandes dudas de si los efectos secundarios

⁶⁸ TPIY, *The Prosecutor v. Galić*, Causa n.º IT-98-29, Fallo, 5 de diciembre de 2003, párr. 58.

se tienen en cuenta en una medida suficiente, como lo exigen las normas de proporcionalidad y precaución en el ataque.

Hacia una mejor comprensión de las posiciones, políticas y prácticas de los Estados

La guerra en zonas densamente pobladas, donde los objetivos militares se entremezclan con personas y bienes protegidos, representa un importante desafío operacional para las fuerzas armadas. Un comandante militar tienen la responsabilidad de reducir al mínimo los efectos incidentales de un ataque en los civiles, y esa responsabilidad se acrecienta en un entorno en el que los civiles y la infraestructura civil son las presencias principales en el teatro de operaciones. Esto también sucede cuando la parte opositora se entremezcla deliberadamente con los civiles para proteger sus actividades militares –un comportamiento ilegal que, no obstante, no exime a la parte atacante de sus propias obligaciones en el marco del DIH-. Por ende, la guerra urbana exige no sólo un proceso analítico más riguroso durante la fase de planificación sino también un proceso decisorio complejo en situaciones de tiempo real. Como ya se ha visto, el comandante militar debe tomar en cuenta un número de factores mayor que en la conducción de hostilidades en zonas abiertas.

Incluso más aún que en las zonas abiertas, la capacidad de un atacante de respetar el DIH en zonas pobladas depende de los medios y métodos de guerra que elija usar o no usar, teniendo en cuenta sus efectos previsibles en esos entornos, con inclusión de sus efectos secundarios. Aunque algunas prácticas militares, como las metodologías de “estimación de daños colaterales” y las “distancias seguras mínimas”, así como las lecciones adquiridas en base a las “evaluaciones de daños de batalla” realizadas con posterioridad a un ataque y las “revisiones posteriores a la acción”, pueden ayudar a reducir los daños incidentales causados a los civiles, sigue sin estar claro cómo estos mecanismos se integran en los requisitos de las normas del DIH analizadas en los párrafos anteriores.

Lo que parece seguro es que resulta fundamental impartir una capacitación exhaustiva a las fuerzas armadas en la selección y uso de medios y métodos de guerra en zonas pobladas, incluso sobre las capacidades técnicas de las armas a su disposición, para evitar o reducir al mínimo el daño incidental a los civiles en este entorno. Asimismo, para asegurar el cumplimiento del DIH posiblemente se requiera impartir directivas específicas sobre la elección de objetivos en relación con el uso de ciertas armas explosivas.

Sin embargo, se sabe sólo de unas pocas fuerzas armadas que reciben instrucción específica en guerra urbana o que de otro modo aplican limitaciones específicas a la elección y uso de armas explosivas en zonas pobladas para evitar o reducir los daños civiles incidentales. Un mejor conocimiento de las políticas y prácticas militares existentes, así como un mayor grado de claridad acerca del modo en que los Estados interpretan y aplican las normas pertinentes del DIH en relación con el uso de armas explosivas en zonas pobladas, ayudarían a nutrir los debates acerca de esta importante cuestión humanitaria, fomentaría una posible convergencia de opiniones y ayudaría a las partes en conflictos armados que procuran, de buena fe, cumplir con la ley. En última instancia, esto llevará a mejorar la protección de los civiles en zonas pobladas.

3) Transferencias responsables de armas

Hace ya tiempo que el CICR, el Movimiento y la Conferencia Internacional expresan preocupaciones acerca del sufrimiento humano causado por la disponibilidad deficientemente controlada y el uso indebido de armas convencionales. El estudio del CICR *Disponibilidad de armas y situación de los civiles en caso de conflicto armado*, de 1999, encomendado por la XXVI Conferencia Internacional, determinó que la proliferación incontrolada de armas y municiones facilita las violaciones del DIH, ocasiona elevados niveles de inseguridad que obstaculizan la asistencia humanitaria y contribuye a prolongar la duración de los conflictos

armados, entre otras cosas. Basándose especialmente en las conclusiones de ese estudio, que el Movimiento hizo suyas, las XXVII, XXVIII y XXXI Conferencias Internacionales a su vez comprometieron a los Estados a mejorar la protección de las personas civiles fortaleciendo los controles sobre la disponibilidad de armas y municiones a nivel nacional, regional e internacional. Como reiteró la XXXI Conferencia Internacional, fue sumamente importante que los Estados recordaran su obligación de respetar y hacer respetar el DIH. Sobre esta base, se comprometieron a hacer del respeto por el DIH uno de los criterios importantes para evaluar las decisiones relativas a las transferencias de armas, para que las armas y municiones no terminen en manos de personas respecto de las cuales cabe esperar que las usen para violar el DIH⁶⁹.

En los últimos años, se han hecho considerables progresos hacia el cumplimiento de esos compromisos. Varios instrumentos regionales sobre transferencia de armas adoptados en el último decenio⁷⁰ incluyen el respeto del DIH entre sus criterios para las transferencias. Pero estos instrumentos se aplican a grupos de Estados limitados y difieren en cuanto al alcance de las armas que abarcan y al nivel de riesgo que prevendría las transferencias de armas⁷¹. Con el Tratado sobre el Comercio de Armas (TCA), que se adoptó en abril de 2013 y que entró en vigor en diciembre de 2014, los Estados han fijado normas internacionales para la transferencia de armas convencionales, sus partes y componentes y municiones, con el expreso propósito de reducir el sufrimiento humano. Un "principio" clave que subyace a estas normas y que se señala explícitamente en el preámbulo del TCA es la obligación de cada Estado de respetar y hacer respetar el DIH.

Hoy, mientras las armas siguen fluyendo a conflictos armados en los que se denuncia la comisión de violaciones graves del DIH, el TCA, los instrumentos regionales sobre la transferencia de armas y la obligación de cada Estado de respetar y hacer respetar el DIH proveen un marco jurídico sólido para las transferencias responsables de armas. Fielmente interpretadas y aplicadas, estas normas ayudarán a fortalecer la protección de los civiles en los conflictos armados. Este marco cobrará mayor eficacia a medida que más Estados se adhieran al TCA.

Cabe destacar que las transferencias de armas por Estados que no son partes en el TCA ni en los instrumentos regionales no se producen en un vacío jurídico. Como mínimo, con respecto a cualquier forma de apoyo que brinden a las partes en conflictos armados, incluido el suministro de armas, todos los Estados deben "hacer respetar" el DIH "en todas las circunstancias", como establece el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Se interpreta que esta obligación también impone a los Estados que no participan en un conflicto

⁶⁹ Resolución 2 de la XXXI Conferencia Internacional, "Plan de Acción cuatrienal para la aplicación del derecho internacional humanitario", Objetivo 5.

⁷⁰ V. los siguientes instrumentos regionales jurídicamente vinculantes: Posición Común del Consejo 2008/944/CFSP, por la que se definen las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares (2008), Criterio 2(c); Convención de la CEDEAO sobre armas pequeñas y ligeras, sus municiones y otros materiales relacionados (2006), artículo 6(3); Convención de África Central para el control de las armas pequeñas y las armas ligeras, sus municiones y todas las piezas y componentes que puedan servir para su fabricación, reparación y ensamblaje (Convención de Kinshasa, 2010, aún no entrada en vigor), artículo 5(5)(a). V. también directrices o códigos de conducta regionales, como los siguientes: Código de Conducta de los Estados Centroamericanos en materia de transferencia de armas, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (2005), Organización de Estados Americanos, Reglamento Modelo para el Control del Tráfico Internacional de Armas de Fuego, sus Partes, Componentes y Municiones (2004), artículo 5(1); Directrices sobre Buenas Prácticas para la Implementación de la Declaración de Nairobi y del Protocolo de Nairobi sobre armas pequeñas y armas livianas (2005), sección 2.2.3(b).

⁷¹ Por ejemplo, si se examinan sólo los tres instrumentos regionales jurídicamente vinculantes: la Posición común de la UE prevé que los permisos de exportación de armas se denegarán si existe un "riesgo claro" de que las armas "puedan" ser usadas para cometer violaciones graves del DIH; la Convención de la CEDEAO prohíbe las transferencias cuando las armas "están destinadas a ser usadas" para cometer esas violaciones; y la Convención de Kinshasa prohíbe las transferencias cuando existe "la posibilidad" de que las armas "puedan ser usadas" para cometer crímenes de guerra.

armado el deber de hacer respetar el DIH por las partes en el conflicto, lo cual comprende una obligación negativa y una obligación positiva⁷².

En el marco de la obligación negativa, un Estado debe abstenerse de alentar a una parte a que viole el DIH mediante la transferencia de armas y municiones y no debe tomar acciones que ayudarían o asistirían en la comisión de esas violaciones⁷³. Se considera que la obligación que deriva del artículo común 1 no se limita a acciones que se equiparen con “ayudar o asistir” a sabiendas en la comisión de la violación, conforme a lo previsto en el artículo 16 de los Artículos sobre la responsabilidad de los Estados⁷⁴. A fin de prevenir actos que alienten, ayuden o asistan en la comisión de violaciones, un Estado debería evaluar si es probable que el Estado o la parte en el conflicto a quienes se transfieren las armas o municiones las use para violar el DIH. Si –en base a esta evaluación de riesgos– existe un riesgo sustancial o claro de que las armas podrían usarse de esa manera, el Estado debe abstenerse de transferirlas.

Más allá de este deber negativo, la obligación de hacer respetar el DIH exige que el Estado adopte medidas positivas para prevenir las violaciones del DIH cuando existe un cierto grado de previsibilidad de que esas violaciones se cometan, y que prevenga nuevas violaciones en caso de que ya se hayan cometido. En este caso, el deber del Estado de hacer respetar el DIH se concreta mediante la diligencia debida, cuyo contenido varía según las circunstancias, el nivel de influencia que es posible ejercer en las partes responsables por las violaciones, y la gravedad de la violación. Un Estado que ha realizado transferencias de armas anteriores con otro Estado o parte en el conflicto estaría en posición de influir en el comportamiento de quien las recibe y, por ende, de hacer respetar el DIH. En este caso, el Estado debería hacer cuanto esté razonablemente a su alcance para cumplir esta obligación y tiene a disposición una variedad de maneras de hacerlo, incluso en el contexto de las decisiones relativas a la transferencia de armas.

Estos límites a las transferencias de armas que derivan, como se ha afirmado, de la obligación contenida en el artículo común 1 de hacer respetar el DIH, son complementados por las disposiciones del TCA y de los instrumentos regionales sobre transferencia de armas que restringen las transferencias de armas sobre la base del respeto del DIH y del DIDH.

Uno de los avances más encomiables del TCA recientemente adoptado es la prohibición absoluta de las transferencias de armas (artículo 6) y el requisito de la evaluación para exportación (artículo 7), que vinculan la decisión de transferir armas a la probabilidad de que se cometan violaciones graves del DIH o del DIDH⁷⁵. En particular, el artículo 6(3) prevé la prohibición absoluta de la transferencia de armas, municiones, y partes y componentes si un Estado parte tiene conocimiento, en el momento de la autorización, de que las armas o los elementos podrían utilizarse para cometer, entre otros crímenes, "infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, ataques dirigidos contra bienes de carácter civil o personas civiles protegidas, u otros crímenes de guerra tipificados en los acuerdos internacionales en los que sea parte". El alcance de los crímenes de guerra se basa en un conjunto variable de normas que dependen de los tratados en que sea parte el Estado que efectúa la transferencia. Una serie de Estados han declarado, al ratificar el Tratado, su entendimiento de que el artículo

⁷² La obligación de hacer respetar el DIH en sus aspectos negativos y positivos es una norma del DIH consuetudinario aplicable tanto a los conflictos armados internacionales como no internacionales: “Los Estados no alentarán las violaciones del derecho internacional humanitario por las partes en un conflicto armado. En la medida de lo posible, deberán ejercer su influencia para hacer que cesen esas violaciones”. Norma 144 del Estudio del CICR sobre DIH consuetudinario.

⁷³ Esta “obligación negativa” de hacer respetar el DIH fue reconocida por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso *Nicaragua*. CIJ, *Caso de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*. (Nicaragua c. Estados Unidos de América), Fallo (Méritos), 27 de junio de 1986, párr. 220.

⁷⁴ *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en virtud de la resolución 56/83, A/RES/56/83, del 28 de enero de 2002.

⁷⁵ V., en general, CICR, *The Arms Trade Treaty from a humanitarian perspective*, de próxima publicación.

6(3) abarca una amplia variedad de crímenes de guerra en todos los tipos de conflicto armado, incluidas las violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. El CICR recomienda, también teniendo en cuenta los claros requisitos del artículo común 1, que los Estados adopten, en la legislación de aplicación, una lista amplia de crímenes de guerra.

Si una exportación de armas o elementos conexos no está prohibida conforme al artículo 6 del TCA, un Estado parte debe asimismo, en virtud del artículo 7, evaluar “de manera objetiva y no discriminatoria” si las armas o los elementos “podrían” “contribuir a la paz y la seguridad o menoscabarlas” o “utilizarse para (...) cometer o facilitar una violación grave del derecho internacional humanitario”, entre otras consecuencias negativas posibles. En esta evaluación del riesgo, también se debe tener en cuenta “si podrían adoptarse medidas para mitigar los riesgos” de tales consecuencias negativas.

El Estado parte debe denegar la autorización de exportación si, tras realizar esta evaluación, “determina que existe un riesgo manifiesto” de que se produzca alguna de las consecuencias negativas mencionadas. Esto parecería sugerir que se deben equilibrar los intereses indicados en el artículo 7. Varios Estados partes declararon, en el momento de la ratificación, que interpretarían el término “manifiesto” (*overriding* en la versión en inglés) como “sustancial” o “claro”. Mientras tanto, otros indicaron que entienden que un “riesgo manifiesto” existiría siempre que una de las consecuencias negativas indicadas en la disposición tenga más probabilidades de suceder que de no suceder, incluso después de considerar las medidas de mitigación. En opinión del CICR, esas interpretaciones son coherentes con la obligación de hacer respetar el DIH, puesto que evitarían las transferencias de armas conforme al artículo 7 a la luz de los riesgos claros de que puedan cometerse o facilitarse violaciones graves del DIH.

Con respecto a los factores que los Estados deben tener en cuenta en sus evaluaciones de riesgo, el CICR ha propuesto una serie de indicadores, entre ellos los siguientes: el historial pasado y presente del país receptor en lo tocante al respeto del DIH; las medidas que adopta para garantizar el respeto del DIH por sus fuerzas armadas; si cuenta con los mecanismos jurídicos, judiciales y administrativos necesarios para la represión de las violaciones graves del DIH; y si tiene en vigor las medidas necesarias para prevenir la desviación de armas, por ejemplo, la existencia en el Estado receptor de una gestión adecuada de los depósitos y de la seguridad, y de controles fronterizos⁷⁶.

A la luz de la obligación establecida en el artículo común 1 de hacer respetar el DIH y del hecho de que un creciente número de Estados se han comprometido específicamente, sea a través del TCA o de instrumentos regionales, a tener en cuenta el respeto del DIH en sus decisiones sobre la transferencia de armas, el desafío es ahora asegurar que esos requisitos se apliquen en la práctica de manera efectiva y consistente. De hecho, existe la necesidad urgente de cerrar la brecha que persiste entre el deber de hacer respetar el DIH en las decisiones sobre transferencias de armas y las prácticas de transferencia reales de demasiados Estados. Estas medidas ayudarán en gran medida a controlar la disponibilidad de armas convencionales, evitando que caigan en manos de quienes probablemente las usen para cometer violaciones graves del DIH y, en última instancia, fortalecerán la protección de los civiles en conflictos armados y en las situaciones posteriores a conflictos armados.

4) Armas nucleares

Desde 1945, el Movimiento ha expresado en reiteradas ocasiones su preocupación acerca de las devastadoras consecuencias humanitarias de las armas nucleares y ha instado a los

⁷⁶ V. CICR, *Decisiones relativas a la transferencia de armas: aplicación de los criterios basados en el derecho internacional humanitario*, Guía práctica, CICR, Ginebra, 2007 (próximamente se publicará la segunda edición). Pueden consultarse indicadores similares en *User's Guide to Council Common Position 2008/944/CFSP defining common rules governing the control of exports of military technology and equipment*, actualizada en 2015, Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 2015.

Estados a prohibir esas armas. El llamamiento más reciente, adoptado por el Consejo de Delegados 2011, exhorta a los Estados a asegurar que nunca más se utilicen las armas nucleares y a negociar y concluir en forma urgente un acuerdo internacional jurídicamente vinculante sobre la prohibición del uso y la eliminación total de las armas nucleares, basado en los compromisos contraídos y las obligaciones internacionales existentes⁷⁷.

Las preocupaciones del Movimiento acerca de las armas nucleares se basan en la experiencia de primera mano de la Cruz Roja Japonesa y del CICR en sus esfuerzos por asistir a las víctimas de las bombas nucleares lanzadas sobre Hiroshima y Nagasaki en 1945, y en el tratamiento por la Cruz Roja Japonesa de las decenas de miles de sobrevivientes que sufrieron los efectos de largo plazo de la exposición a la radiación nuclear, actividad que sigue realizando hasta hoy. Se basan asimismo en evaluaciones exhaustivas realizadas por el CICR⁷⁸ y por otras organizaciones⁷⁹. La conclusión de esas evaluaciones fue que en la actualidad no existe, ni es viable implementar a nivel internacional, un medio eficaz de ayudar a una parte sustancial de los sobrevivientes de una detonación nuclear a la vez que se protege adecuadamente a quienes prestan asistencia.

Los conocimientos sobre el impacto humanitario de las armas nucleares también se han nutrido de tres conferencias internacionales, respectivamente organizadas por los gobiernos de Noruega (Oslo, marzo de 2013), México (Nayarit, febrero de 2014) y Austria (Viena, diciembre de 2014). Los debates celebrados en esas reuniones reforzaron lo que ya se conoce acerca de los efectos de las armas nucleares y también destacaron nuevas preocupaciones, por ejemplo el posible impacto de un intercambio nuclear limitado en el clima mundial y en la producción de alimentos.

Los efectos de las bombas atómicas lanzadas sobre Hiroshima y Nagasaki y los estudios posteriores han demostrado que las armas nucleares causan consecuencias graves inmediatas y de largo plazo debido al calor, la onda expansiva y la radiación generados por la explosión y las distancias sobre las cuales tales fuerzas probablemente se propaguen. Las singulares características de las armas nucleares fueron reconocidas por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su Opinión Consultiva acerca de la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, de 1996⁸⁰. La CIJ también señaló que “[e]l poder destructivo de las armas nucleares no puede contenerse ni en el espacio ni en el tiempo”. En efecto, en opinión del CICR, la enorme escala de las víctimas civiles y de la destrucción que causaría el uso de un arma nuclear en una zona poblada o en sus inmediaciones, y sus efectos de largo plazo sobre la salud humana y el medio ambiente, plantean serios interrogantes acerca de la compatibilidad de esta arma con el DIH.

Normas del DIH que regulan la conducción de hostilidades y armas nucleares

Aunque el DIH no prohíbe específicamente las armas nucleares, su uso es restringido por las normas generales del DIH que reglamentan la conducción de hostilidades, las cuales se aplican al uso de todas las armas en conflictos armados⁸¹. A continuación se reseñan las cuestiones y preocupaciones principales que se plantean cuando el uso de las armas

⁷⁷ Resolución 1 del Consejo de Delegados 2011, “Hacia la eliminación de las armas nucleares”, disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/resolution/council-delegates-resolution-1-2011.htm>.

⁷⁸ Dominique Loye y Robin Coupland, “¿Quién y cómo prestará asistencia a las víctimas del empleo de armas nucleares, radiológicas, biológicas o químicas?” *International Review of the Red Cross*, junio de 2007; Dominique Loye y Robin Coupland, “International assistance for victims of use of nuclear, radiological, biological and chemical weapons: time for a reality check?” *International Review of the Red Cross*, junio de 2009.

⁷⁹ V., por ejemplo, John Borrie y Tim Caughley, *An Illusion of Safety: Challenges of Nuclear Weapon Detonations for United Nations Humanitarian Coordination and Response* (UNIDIR/2014/6), UNIDIR, 2014, disponible en: www.unidir.org/illusionofsafety.

⁸⁰ V. nota 44 *supra*.

⁸¹ *Ibid.* acerca de la aplicación de las normas generales del DIH a las armas nucleares, conforme a la opinión de la CIJ.

nucleares se considera a la luz de algunas de estas normas esenciales.

La prohibición de ataques indiscriminados: esta norma prohíbe los ataques que pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil. Esos ataques incluyen los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto, según exige el DIH.

Hay serias dudas respecto de si las armas nucleares pueden utilizarse de conformidad con esta norma. Las armas nucleares están diseñadas para dispersar calor, ondas expansivas y radiación, y en la mayoría de los escenarios ello ocurrirá en superficies muy amplias. Por ejemplo, el empleo de una sola bomba de 10 a 20 kilotones (la potencia de las bombas usadas en Hiroshima y Nagasaki, que son pequeñas en comparación con las de hoy) en una zona poblada o en sus inmediaciones probablemente cause un número muy elevado de víctimas civiles, aunque los efectos específicos en un caso determinado dependerán de diversos factores. Puede preverse que el calor generado por la explosión ocasione quemaduras graves en la piel expuesta en un radio de hasta tres kilómetros del epicentro, y la destrucción masiva de edificios e infraestructura en un radio de varios kilómetros. Esos efectos indicarían un ataque que afectaría indistintamente a objetivos militares y a personas civiles y bienes de carácter civil.

También existe el riesgo grave de que los efectos de tal explosión no estén limitados en el espacio y en el tiempo, como se establece en el DIH. Esto sucede, en particular, con los intensos incendios y las posibles tormentas de fuego que puede causar el calor generado por una explosión nuclear. La misma preocupación se aplica a la lluvia radiactiva. Si bien es seguro que las partículas radiactivas caerán en la zona inmediata afectada por la explosión, también pueden dispersarse lejos de ella e incluso llegar a otros países, llevadas por el viento y por otras condiciones meteorológicas.

Proporcionalidad en el ataque: la naturaleza de los efectos producidos por un arma nuclear también plantea la duda de si un ataque en el que se use esa arma en una zona poblada o en sus inmediaciones puede respetar la norma de la proporcionalidad en el ataque. Esto exige que, para que pueda llevarse a cabo un ataque contra un objetivo militar, los muertos o heridos en la población civil y daños a bienes de carácter civil que se causen incidentalmente no sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

En la opinión del CICR, la parte que se propone utilizar un arma nuclear tendría la obligación de tener en cuenta, como parte de la evaluación de la proporcionalidad, no sólo las muertes y heridas causadas a civiles y los daños a bienes de carácter civil (como viviendas, edificios e infraestructura civiles) ocasionados en forma inmediata, sino también los efectos secundarios previsibles del ataque⁸². Entre estos efectos se cuentan los causados por la destrucción o avería de los sistemas de suministro de agua y de electricidad y de otras infraestructuras críticas que prestan apoyo a servicios esenciales para la población civil, incluida la asistencia de salud. Los daños secundarios previsibles también incluyen los efectos a largo plazo de la exposición a la radiación, en particular las enfermedades y los casos de cáncer que se producen en la población civil. Esas consecuencias son claramente previsibles, en función de lo que ahora se conoce sobre las armas nucleares.

Protección del medio ambiente natural: Conforme a esta norma del DIH consuetudinario, que difiere ligeramente de la del Protocolo adicional I, todos los medios y métodos de guerra deben emplearse teniendo debidamente en cuenta la protección y preservación del medio ambiente natural y deben tomarse todas las precauciones viables para evitar y en todo caso reducir al mínimo los daños que se causen incidentalmente al medio ambiente. Así pues, toda decisión de utilizar armas nucleares debe tomar en cuenta el posible impacto y los daños causados al

⁸² Acerca de esta cuestión, véase la sección VII.2 *supra* sobre el uso de armas explosivas en zonas pobladas.

medio ambiente, con inclusión de los efectos de largo plazo previsible. Hasta el uso de una sola arma nuclear puede tener efectos significativos en el medio ambiente natural debido al impacto del polvo, el hollín y las partículas radiactivas en la atmósfera, el suelo, las plantas y los animales.

No causar sufrimientos innecesarios a los combatientes: aunque los combatientes pueden ser objeto de ataques legítimos en un conflicto armado, el DIH prohíbe el uso de armas que causen lesiones superfluas o sufrimientos innecesarios, es decir, lesiones o sufrimientos que sean desproporcionados en relación con la ventaja militar que se pretende lograr. La detonación de un arma nuclear genera niveles de radiación elevados y a menudo fatales, con consecuencias inmediatas y de largo plazo devastadoras para la salud de los individuos expuestos. Los efectos son, entre otros, los daños al sistema nervioso central y al tracto gastrointestinal, y el mayor riesgo de contraer ciertos tipos de cáncer, como leucemia y cáncer de tiroides. Las enfermedades de corto y largo plazo, las discapacidades permanentes y el sufrimiento causado por la exposición a la radiación dan lugar a serios interrogantes sobre la compatibilidad de las armas nucleares con esta norma.

Dificultad para determinar la compatibilidad del uso de las armas con el DIH

Algunos Estados y observadores han argumentado que las armas nucleares de baja potencia podrían ser compatibles con las normas del DIH⁸³. Si bien el uso de armas nucleares de baja potencia en una zona distante, por ejemplo contra tropas en un desierto o contra una flota en el mar, puede no tener efectos inmediatos en los civiles, seguiría habiendo graves preocupaciones acerca del impacto de la radiación en los combatientes, la contaminación radiológica del medio ambiente y la posible propagación de la radiación a zonas civiles. También causa preocupación el grave riesgo de que se usen armas nucleares en respuesta a un ataque como el descrito, lo cual probablemente conduciría a una escalada en la que ambas partes harían un uso aún mayor de las armas nucleares, con consecuencias humanitarias catastróficas.

En su Opinión consultiva de 1996, la CIJ concluyó que el uso de armas nucleares “sería en general contrario a” los principios y normas del DIH. Sin embargo, la CIJ no pudo decidir si ese uso sería lícito o ilícito “en una circunstancia extrema de legítima defensa en la que esté en juego la supervivencia misma de un Estado”. En este sentido, la CIJ no concluyó que el uso de las armas nucleares se permitiría en un caso extremo de defensa propia, sino que indicó que el actual estado del derecho internacional, así como de los elementos de hecho de que disponía, no le permitían llegar a una conclusión definitiva.

El CICR considera que el ejercicio del derecho a la legítima defensa, incluso en una situación extrema donde está en juego la supervivencia misma de un Estado, no puede en modo alguno eximir a ese Estado de las obligaciones que le impone el DIH. La legítima defensa debe ejercerse teniendo debidamente en cuenta el DIH, en cualquier circunstancia, y no en violación de precisamente aquellas normas destinadas a mitigar los sufrimientos causados por un conflicto armado.

Las preocupaciones descritas llevaron al Movimiento a concluir, en 2011, que es “difícil imaginar cómo cualquier uso de armas nucleares podría ser compatible con las normas del derecho internacional humanitario”. En opinión del CICR, las nuevas pruebas y datos que han surgido en los últimos años, incluso en las conferencias internacionales sobre las consecuencias humanitarias de las armas nucleares, crean nuevas dudas acerca de si se

⁸³ En 1996, tras examinar esta cuestión, la CIJ manifestó que ninguno de los Estados que defendían la legalidad de las armas nucleares en esas circunstancias había presentado un escenario preciso en el que se usarían esas armas ni había examinado el riesgo conexo de la escalada a una guerra nuclear más devastadora (v. nota 52 *supra*, párr. 94).

podrán usar jamás las armas nucleares de conformidad con las normas del DIH mencionadas precedentemente.

Para prevenir el uso de las armas nucleares, los Estados deben cumplir con sus obligaciones y compromisos existentes de proseguir las negociaciones encaminadas prohibir y eliminar esas armas por completo mediante un acuerdo internacional jurídicamente vinculante. El CICR ha exhortado a los Estados a establecer un marco temporal para hacerlo. Asimismo, ha instado a los Estados que poseen armas nucleares a que, mientras tanto, atenúen el riesgo de detonaciones nucleares intencionales o accidentales reduciendo el papel de las armas nucleares en su doctrina militar y disminuyendo el número de armas nucleares en alerta elevada, de conformidad con los compromisos existentes.

VIII. Empresas militares y de seguridad privadas

El uso de empresas militares y de seguridad privadas en conflictos armados aumentó notablemente hace unos diez años, planteando preocupaciones acerca de las posibles consecuencias para la protección de la población civil⁸⁴. Reconociendo estos problemas humanitarios, Suiza y el CICR lanzaron una iniciativa conjunta que concluyó en la adopción del Documento de Montreux en 2008, cuyo objetivo era definir el modo en que el derecho internacional se aplica a las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas presentes en teatros de conflicto armado. En el texto se reafirmaron las obligaciones internacionales existentes de los Estados y se presentaron ejemplos de prácticas idóneas para ayudar a esas empresas a promover el respeto del derecho internacional.

Si bien hay razones para creer que ha disminuido el recurso a las empresas militares y de seguridad privadas que presten servicios que las aproximan a las actividades de combate, los contratistas privados siguen operando en situaciones de conflicto armado y continúan evolucionando y diversificándose. Por ello, existe la necesidad constante de seguir trabajando en la implementación de las normas y prácticas idóneas contenidas en el Documento de Montreux. También pueden presentarse problemas debido a la participación de las empresas militares y de seguridad privadas en situaciones posteriores a conflictos y otras situaciones comparables. En estos y otros contextos, el uso de la fuerza por las empresas militares y de seguridad privadas, para mencionar sólo un ejemplo importante, debe regularse estrictamente a fin de impedir abusos.

Reglamentar las empresas militares y de seguridad privadas: iniciativas internacionales complementarias

El documento de Montreux es un elemento importante de los esfuerzos más amplios que se hacen por esclarecer, reafirmar y/o elaborar normas jurídicas internacionales encaminadas a lograr un mayor respeto de las normas internacionales en las situaciones en que operan las empresas militares y de seguridad privadas. En los últimos años, se pusieron en marcha varias iniciativas para reglamentar las actividades de los contratistas privados. Por ejemplo, se celebran diálogos en el contexto de las Naciones Unidas acerca de la posibilidad de elaborar un convenio internacional para reglamentar la actividad de las empresas militares y de seguridad privadas. Ese instrumento establecería nuevas obligaciones vinculantes para los Estados y de ese modo podría superar el alcance del Documento de Montreux, en el cual básicamente se reafirmaban las obligaciones internacionales ya existentes de los Estados en relación con las empresas militares y de seguridad privadas. En este contexto, cabe recordar que el Documento de Montreux no es (ni se pretendía que fuese) el texto único y definitivo

⁸⁴ Estas preocupaciones se abordaron en forma detallada en los dos informes anteriores sobre el DIH y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos, presentados respectivamente a las Conferencias Internacionales XXX y XXXI.

capaz de abordar las cuestiones jurídicas relativas a las empresas militares y de seguridad privadas.

Aunque las otras iniciativas son distintas del Documento de Montreux y adoptan un enfoque diferente, el CICR opina que deben considerarse complementarias a éste. El objetivo común de todas es promover el respeto del derecho internacional. Esas iniciativas desempeñan un papel importante para asegurar que las empresas militares y de seguridad privadas no cometan actos que serían contrarios al derecho internacional. En definitiva, lo más importante es que las distintas iniciativas conformen una red de obligaciones, normas y buenas prácticas cuyos componentes se refuercen mutuamente, que debería servir para mejorar la protección de las personas afectadas por conflictos armados (o de las personas que se encuentran en situaciones que no alcanzan ese nivel).

Conferencia Montreux +5: progresos y desafíos

Reconociendo las posibles consecuencias humanitarias que derivan de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas, el objetivo exclusivamente humanitario del CICR es promover el respeto del DIH y del DIDH en situaciones de conflicto armado en las que se encuentren presentes esas empresas. Con este objetivo, el CICR sigue trabajando en pro de la implementación plena y efectiva de las obligaciones existentes de los Estados en el marco del derecho internacional, como se refleja en el Documento de Montreux.

En diciembre de 2013, Suiza y el CICR organizaron la Conferencia Montreux+5 para celebrar el quinto aniversario de la adopción del Documento y evaluar los progresos alcanzados. El número de Estados firmantes aumentó de 17 a 52, y el texto también fue aceptado por tres organizaciones internacionales. Además del incremento en el número de adhesiones, cabe señalar que los objetivos humanitarios que subyacen al Documento de Montreux han experimentado notables progresos desde que fue adoptado siete años atrás. El Documento ha sido esencial para poner en claro que las obligaciones internacionales se aplican a las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas. Asimismo, ha ayudado a sensibilizar acerca de las obligaciones de los Estados con respecto a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas y acerca de la importancia de adoptar e implementar las leyes nacionales adecuadas. Pese a estos resultados, es mucho lo que queda por hacer para avanzar hacia la reglamentación adecuada de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas en la legislación y la práctica nacionales, con miras a fortalecer el respeto del derecho internacional.

Si bien varios Estados han adoptado leyes nacionales acerca de las empresas militares y de seguridad privadas, es necesario que lo hagan más Estados, y las leyes nacionales y los marcos reglamentarios correspondientes deben ser más claros y enérgicos. Los Estados deben adoptar medidas para delimitar con claridad los servicios que pueden o no pueden contratarse con las empresas militares y de seguridad privadas. En este sentido, hay que prestar particular atención a la posibilidad de que un servicio en particular cause que el personal de una empresa de este tipo participe directamente en las hostilidades⁸⁵. Otro aspecto en el que habría que profundizar se relaciona con la forma de garantizar la responsabilidad de las empresas militares y de seguridad privadas y con la supervisión de las actividades de su personal en lo que respecta a las violaciones del derecho internacional y

⁸⁵ La presencia de contratistas privados que realizan tareas militares entre la población diversifica y multiplica el número de portadores de armas que podrían representar una amenaza para los civiles. También contribuye a difuminar la línea esencial que separa a civiles de combatientes. Debido a las tareas que realizan los empleados de las empresas militares y de seguridad privadas, los equipos que lucen y usan y las armas que portan, se los puede confundir fácilmente con combatientes. Además, es difícil garantizar el cumplimiento del DIH cuando los contratistas actúan fuera de la cadena militar de mando, como suele ser el caso. Por estas razones, el CICR considera que no se debe contratar al personal de esas empresas para que participen directamente en las hostilidades, incluso si el DIH no lo prohíbe en forma explícita.

nacional. A este respecto, la índole multinacional de gran parte de este sector plantea un problema importante. Habida cuenta de que varios Estados pueden influir en las operaciones de estas empresas o ser afectados por ellas, la cooperación entre los Estados es esencial. Dicho de otro modo, los Estados deben adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias en forma concertada a fin de garantizar el respeto del derecho internacional y la responsabilidad por violaciones de ese derecho en las que hayan participado empresas militares y de seguridad privadas.

Otro aspecto que causa inquietud es el recurso de algunos Estados a las empresas militares y de seguridad privadas para que impartan formación en DIH y DIDH a los miembros de sus fuerzas de seguridad y fuerzas militares. En vista de que la formación adecuada es un elemento clave en la prevención de las violaciones del DIH, la provisión de servicios de formación por las empresas militares y de seguridad privadas exige una regulación apropiada y una supervisión sistemática por parte de los Estados en cuestión. Debe recordarse en forma constante que los Estados son responsables de vigilar y supervisar el respeto del derecho internacional por parte del personal de las empresas militares y de seguridad privadas.

Foro del Documento de Montreux: impulsar los objetivos del Documento de Montreux

La necesidad de impulsar los objetivos del Documento de Montreux fue uno de los temas principales en los debates celebrados durante la Conferencia Montreux+5. Los participantes apoyaron firmemente la idea de institucionalizar un diálogo permanente acerca de los desafíos relacionados con la implementación y la promoción del Documento. Como seguimiento de esta propuesta, Suiza y el CICR convocaron una serie de reuniones preparatorias entre los participantes en el Documento de Montreux durante 2014, a fin de examinar las tareas y la estructura del Foro del Documento de Montreux. Estas actividades llevaron al establecimiento formal del Foro durante una Reunión Constitutiva celebrada el 16 de diciembre de 2014 en Ginebra, en la que participaron más de 50 Estados y tres organizaciones internacionales.

El objetivo del Foro del Documento de Montreux es brindar una plataforma informal para que los signatarios examinen e intercambien información sobre los desafíos que se plantean respecto de la reglamentación de las empresas militares y de seguridad privadas. La finalidad del Foro será apoyar la implementación nacional de las normas y prácticas idóneas contenidas en el Documento de Montreux y la elaboración de herramientas prácticas para su aplicación. Asimismo, facilitará el intercambio de experiencias acerca de las lecciones adquiridas, las prácticas idóneas y los desafíos relacionados con la implementación del texto. Además, se abocará a fortalecer el apoyo del Documento entre otros Estados y organizaciones internacionales. Aunque el número de firmantes se ha triplicado en los últimos siete años, persiste la necesidad de incrementar la participación de los Estados en todas las regiones del mundo y de las organizaciones internacionales.

El CICR apoya el establecimiento del Foro del Documento de Montreux y se ha comprometido a contribuir a sus actividades futuras, en cooperación con Suiza. Se prevé que, al impulsar la implementación y promoción del Documento, el Foro desempeñe un papel importante para fortalecer el respeto del derecho internacional y de este modo mejorar la protección de las personas afectadas por las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas. El CICR alienta a los Estados y a las organizaciones internacionales que aún no lo hayan hecho a que consideren la posibilidad de adherirse al Documento de Montreux. Asimismo, invita a los participantes en el Documento de Montreux a participar activamente en el Foro y apoyar su labor, a fin de asegurar la necesaria reglamentación de las empresas militares y de seguridad privadas.