

Sumario

Introducción;

1. *El CICR como promotor y guardián del derecho internacional humanitario;*

2. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario;*

3. *Las nuevas tecnologías de guerra;*

Conclusión



El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario a las Nuevas Tecnologías de Guerra

Gabriel Pablo Valladares

Introducción

El presente artículo retoma una sección de la exposición realizada el día 13 de octubre de 2016 en el marco del espacio que la Organización de Estados Americanos (OEA) cedió por invitación al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) durante la XLIII edición de su Curso de Derecho Internacional en Rio de Janeiro.

En tal ocasión, el autor expuso sobre el “*Derecho internacional humanitario, los desafíos que se plantean en los conflictos armados contemporáneos*”, abordando, entre otros temas, la cuestión de los retos que ciertos métodos y medios de combate, en especial las nuevas tecnologías de guerra, plantean a la aplicación del derecho internacional humanitario en los conflictos contemporáneos.

Este artículo plantea básicamente, la preocupación del CICR respecto a la aplicabilidad del derecho internacional humanitario a métodos y medios de

combate actuales y futuros, ilustrándose en parte a través de referencias al informe titulado “El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos” presentado por el CICR a los Estados participantes de la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, celebrada en Ginebra, Suiza entre los días 8 y 10 de diciembre de 2015.

Para facilitar la comprensión del tema, tomando en cuenta que se abordan en particular las preocupaciones del CICR, ésta se presenta con énfasis en su condición de guardián y promotor del derecho internacional humanitario.

En segundo término, se introduce el derecho internacional humanitario, con referencia a algunas de sus características principales y los medios para su aplicación, sus normas fundamentales, su ámbito de validez material y con mayor detalle se hace referencia a la sección de este derecho que contiene

las normas que prohíben o restringen algunos métodos y medios de combate, con la esperanza que facilite la comprensión de los planteos realizados en la última sección del artículo, donde se presentan los desafíos que plantean las nuevas tecnologías de guerra a la aplicación del derecho internacional humanitario en los conflictos contemporáneos.

1. El CICR como promotor y guardián del derecho internacional humanitario.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR) nació del gesto solidario y de las ideas de un ciudadano suizo, Henry Dunant que tenía un fuerte sentimiento de humanidad y lo preocupaba el sufrimiento de las víctimas de las guerras. A través de los años, el CICR ha sido consecuente con la acción inicial de su mentor que presente en la Batalla de Solferino, ayudó a las víctimas sin hacer ningún tipo de distinción de índole desfavorable.

El CICR, es una organización imparcial, neutral e independiente que tiene la misión exclusivamente humanitaria de proteger la vida y la dignidad de las víctimas de los conflictos armados y otras situaciones de violencia, así como de prestarles asistencia. Asimismo,

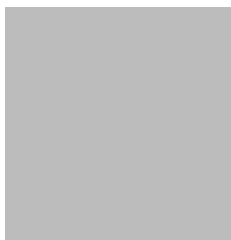
procura prevenir el sufrimiento mediante la promoción y el fortalecimiento del derecho internacional humanitario y de sus principios universales. En las situaciones de conflicto, dirige y coordina las actividades internacionales de socorro del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Este Movimiento, del cual el CICR es fundador, está integrado también por las Sociedades Nacionales de Cruz Roja y Media Luna Roja y la Federación Internacional que las aglutina.

El CICR tiene su sede en Ginebra, Suiza y cuenta con delegaciones en 80 Estados, trabajando en muchos más. Por lo general, estas delegaciones celebran un Acuerdo de Sede con las autoridades nacionales, similar al que poseen las organizaciones intergubernamentales acreditadas ante el gobierno de un Estado, que le conceden las inmunidades básicas para el desempeño de sus funciones.

El CICR, recibió de la comunidad internacional un derecho de iniciativa humanitaria en favor de las víctimas de los conflictos armados y también la posibilidad de desempeñar actividades como intermediario neutral entre los beligerantes en favor de las víctimas, además de las tareas humanitarias propias de las Potencias Protectoras - en

Gabriel Pablo Valladares

El CICR y la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario



calidad de sustituto de éstas - y así velar por el respeto a las normas y principios del derecho internacional humanitario.

El fundamento legal de las acciones del CICR se encuentra en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, en sus Protocolos adicionales I y II de 1977 y III de 2005 y en los Estatutos del Movimiento y los propios, según deban actuar en:

- Conflicto armado Internacional: se reconoce al CICR un derecho de iniciativa humanitaria en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en su Protocolo Adicional I de 1977. Este derecho de iniciativa comprende por ejemplo, el derecho a visitar a los prisioneros de guerra, a los internados civiles, el asistir a la población civil afectada por el conflicto, etc.
- Conflicto armado sin carácter internacional: el CICR también tiene reconocido un derecho de

iniciativa humanitaria convencional en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo Adicional II de 1977, a fin de poder formular propuestas para brindar asistencia y protección humanitaria a todas las partes en conflicto.

- Otras situaciones de violencia: el CICR funda su accionar en el marco de ciertas situaciones de violencia armada, como tensiones internas o disturbios interiores, en el derecho de iniciativa humanitaria que le reconocen los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Así, el CICR puede ofrecer sus servicios a los Estados, sin que tal ofrecimiento pueda ser considerado una injerencia en los asuntos internos.

En cuanto a la estructura de la institución, observamos que el más alto nivel jerárquico está constituido por

un grupo de quince a veinticinco personas de origen suizo, elegidas por cooptación. Ellos conforman el Comité o Asamblea. La mono-nacionalidad encuentra su base en los orígenes históricos de la Institución. El CICR tiene una estructura definida a partir de las competencias de sus órganos, tal como se describen en sus estatutos y los del Movimiento. Actualmente el personal expatriado de la Institución se integra con personas procedentes de países de todos los continentes.

El CICR es un sujeto de derecho internacional, y como tales decir que, se trata de un ente susceptible de adquirir derechos y obligaciones en forma directa en el ámbito internacional, según las disposiciones de los instrumentos internacionales que refrendan su mandato.

Desde el año 1990, el CICR cuenta con el estatuto de Observador ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, lo que le permite expresar su opinión en todos aquellos temas concernientes al ámbito humanitario, tanto ante este foro como ante sus comisiones de trabajo.

En el plano de las organizaciones regionales, el CICR ha adquirido un estatuto similar en la mayor parte de

ellas; por ejemplo, es observador ante la Organización de la Unión Africana (OUA) y su Comisión de Derechos Humanos y de los Pueblos y posee un estatuto especial en el seno del Consejo de Europa, de la Organización OSCE y de sus respectivas comisiones parlamentarias.

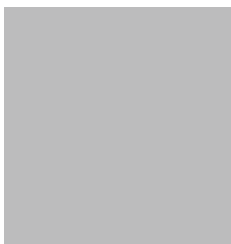
Con la Organización de los Estados Americanos (OEA) el CICR mantiene relaciones estrechas de trabajo y desde hace varios años alienta y asesora a sus Miembros para la adopción de resoluciones sobre la promoción y respeto del derecho internacional humanitario y de otros temas vinculados.

El CICR sufraga sus operaciones con las contribuciones que proceden de las donaciones voluntarias de los gobiernos de los Estados Parte en los Convenios de Ginebra, de las sociedades nacionales de Cruz Roja y Media Luna Roja, de organizaciones supranacionales, de donaciones privadas y de ingresos varios generados por la propia Institución. Todas las contribuciones son voluntarias y pueden realizarse en dinero, en especie o en servicios.

En virtud de ello, el CICR trabaja en una gama variada de actividades que surgen de su mandato internacional y de su condición de intermediario

Gabriel Pablo Valladares

El CICR y la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario



neutral entre los beligerantes, que se materializan, para citar solo unas pocas de ellas, en visitas a prisioneros de guerra y detenidos de seguridad; en la búsqueda de personas dadas por desaparecidas y la asistencia a sus familiares; en los intercambios de mensajes entre familiares separados por un conflicto o en la reunión de las familias dispersas; en proporcionar alimentos, agua y asistencia médica a las víctimas; en dar a conocer el derecho internacional humanitario y velar por su aplicación, como así también en llamar la atención sobre las violaciones de este derecho y contribuir a su desarrollo.

En su acción humanitaria, el CICR pone todos los medios a su alcance para asistir y proteger a las víctimas de los conflictos. A ello, se suma que su cometido también consiste en “trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario” y “preparar el eventual desarrollo del mismo”.

Este papel que el CICR desempeña en un plano de apoyo y asesoramiento a los Estados, quizás no es tan conocido como sus actividades de asistencia y protección sobre el terreno. Los Estados le han confiado de manera formal esta responsabilidad en los Convenios de Ginebra y en sus Protocolos Adicionales I y II¹. Los trabajos realizados en su calidad de promotor y guardián del derecho internacional humanitario, son varios e importantes.

Como sostenía Yves Sandoz, ex jefe de la Dirección de Asuntos Jurídicos del CICR, la Organización ha tenido siempre una relación privilegiada con el derecho internacional humanitario y a lo largo de toda su historia ha funcionado de conformidad con las secuencias de la aventura inicial de su fundador, Henry Dunant.

Ello así, porque presente en el campo de batalla, el CICR procura constantemente adaptar su acción a las nuevas

realidades de los conflictos armados. En segundo lugar, porque da cuenta de los problemas que encuentra en el terreno y sobre esta base, formula propuestas concretas con miras a mejorar el derecho internacional humanitario. Parte de ese trabajo, en calidad de guardián y promotor del derecho internacional humanitario, se ha traducido en informes sobre los desafíos actuales del derecho internacional humanitario que han sido presentados para el conocimiento y el análisis de los Estados Parte en los Convenios de Ginebra de 1949 durante las últimas cuatro Conferencias Internacionales de la Cruz Roja y la Media Luna Roja celebradas en 2003, 2007, 2011 y 2015. La finalidad de estos informes es reseñar algunos de los desafíos que los conflictos armados contemporáneos plantean al derecho internacional humanitario, incitar a la reflexión sobre esos desafíos y hacer una síntesis de la acción, posición e interés del CICR.

El respeto al derecho internacional humanitario implica la adopción de diversas medidas jurídicas, como, por ejemplo, la ratificación de los instrumentos internacionales pertinentes y la aprobación de una legislación y una reglamentación adecuada. Sin embargo, sería erróneo pensar que se trata de un simple trabajo jurídico. Como sostenía

Yves Sandoz, para hacer respetar el derecho internacional humanitario es imprescindible también darle vida, difundir su contenido y garantizar el respeto de sus principios y normas, estableciendo también los mecanismos de represión de sus violaciones.

Sandoz explicaba que no es fácil identificar y presentar de manera cartesiana y en una secuencia lógica los diferentes aspectos del cometido del CICR como promotor y guardián del derecho internacional humanitario, tanto más, por cuanto que hay superposiciones de algunas de sus funciones²:

- la función de “vigía”, es decir, el examen constante de la adecuación de las normas humanitarias a las realidades de las situaciones de conflicto, a fin de preparar su adaptación y su desarrollo;
- la función de “animación”, o sea, la de instar, en particular en el marco de grupos de expertos, gubernamentales o no, a la reflexión sobre los problemas encontrados y sobre las soluciones que hay que darles, sean éstas o no de índole normativa;
- la función de “promoción”, que es la de abogar por este derecho, ayudar a su difusión y a su enseñanza, y alentar a los Estados a tomar, en el ámbito nacional, las medidas necesarias para su puesta en práctica;

Gabriel Pablo Valladares

El CICR y la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario

- la función de “ángel custodio”, es decir, la defensa de ese derecho frente a los desarrollos normativos que ignoren su existencia o tiendan a debilitarlo;

- la función de “actor”, o sea, la contribución directa y concreta a la aplicación de ese derecho en las situaciones de conflicto armado;

- por último, la función de “perro guardián”, o sea, la de alertar en caso de violaciones graves de este derecho a la comunidad internacional siguiendo las modalidades de comportamiento de la institución³.

En caso de conflicto armado, el CICR recuerda a los Estados Parte en los Convenios de Ginebra de 1949 y/o en sus Protocolos Adicionales, la obligación de respetar las normas del derecho internacional humanitario. Cuando las circunstancias lo requieren, el CICR puede hacer un llamamiento a todos los miembros de la comunidad internacional para que intervengan ante las partes en conflicto y les insistan en el cumplimiento de sus obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional humanitario. Los Convenios disponen en su artículo 1 común:” *Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias*”.

Para colaborar con los Estados en la implementación de medidas nacionales de aplicación del derecho internacional humanitario, el CICR instituyó en 1995 el Servicio de Asesoramiento⁴ que se ocupa de asesorar a los gobiernos en estas cuestiones; asimismo, ha sugerido a los Estados que creen comisiones nacionales de aplicación del derecho internacional humanitario para trabajar en la materia.

Todas las actividades del CICR en las áreas de asistencia, protección, prevención y cooperación al unísono, asegura la eficacia en el cumplimiento de su mandato y se realiza bajo un único propósito, el de mejorar la asistencia y la protección de las víctimas de los conflictos armados y de otras situaciones de violencia.

2. Introducción al Derecho Internacional Humanitario

2.1 Concepto, fuentes, características y medios de aplicación del derecho internacional humanitario

Los conflictos armados han estado siempre presentes en la historia de la humanidad, siendo que la literatura religiosa, jurídica, socio-económica y militar como así también otras expresiones de la cultura de los pueblos y las naciones lo atestiguan⁵.

Existen evidencias históricas que confirman que la guerra organizada existe desde finales de la era del paleolítico, por ende es tan antigua como la civilización. Jean Pictet sostenía que en los últimos cinco mil años habrían acontecido más de catorce mil conflictos armados causantes de la muerte de cinco mil millones de personas⁶. El Profesor colombiano Alejandro Valencia Villa ha mencionado en una de sus obras sobre derecho internacional humanitario que en 1969, Will y Ariel Durant calcularon que de los tres mil cuatrocientos veintiún años de civilización, solo en doscientos sesenta y ocho de ellos no habían ocurrido conflictos armados⁷.

Los orígenes del derecho internacional humanitario se remontan a las normas dictadas por las antiguas civilizaciones y religiones. La guerra siempre ha estado sujeta a ciertas leyes y costumbres. En tiempos de los primeros grupos humanos socialmente organizados la guerra se caracterizaba por la ausencia de toda regla, con la excepción de la ley del más fuerte. Sin embargo, progresivamente, cada pueblo estableció criterios de control de la guerra y también para la protección de quienes estaban afectados por el conflicto⁸. En la antigüedad se establecían y regulaban los derechos del vencedor y las obligaciones del vencido mediante pactos,

generándose con el tiempo reglas de carácter consuetudinario que fueron formando un plexo normativo cuya misión consistió en regular situaciones de conflicto armado, antes, durante o después de estos y también, de similar modo, se fueron estableciendo reglas sobre los elementos que determinaban la licitud del uso de la fuerza en las relaciones de los pueblos⁹. La codificación de este derecho en el ámbito universal comenzó en el siglo XIX y desde entonces, los Estados han aceptado un conjunto de normas basado en la experiencia de los conflictos armados que mantiene un cuidadoso equilibrio entre las preocupaciones de carácter humanitario y las necesidades militares.

La historia, por un lado nos sirve para verificar la existencia de hechos de extrema violencia y crueldad acaecida entre seres humanos y, por otro nos permite descubrir que han existido en muchas otras ocasiones, expresiones y actos de solidaridad o humanitarismo y de respeto por la dignidad humana. Así, es notorio que la humanidad ha permanentemente intentado establecer formas, herramientas o normas que permiten atenuar el sufrimiento y dar un trato humano a quienes no participan de las contiendas bélicas y a aquellos que aun habiendo combatido, quedan a merced del vencedor,

Gabriel Pablo Valladares

El CICR y la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario

sea por captura, enfermedad, herida, o cualquier otra circunstancia. Esto demuestra que la sociedad humana consideró desde hace mucho tiempo que, proteger a la persona humana en todas las circunstancias nace de la creencia en la dignidad inherente al ser humano, que es incluso anterior a su reconocimiento legal y que constituye el fundamento del orden social e integra el núcleo irreductible de los derechos humanos que también deben ser respetados en tiempo de conflicto armado.

En síntesis, la comunidad internacional del mismo modo que se ha dotado de normas para controlar el recurso al uso de la fuerza en sus relaciones internacionales, ha desarrollado también un cuerpo de normas para proteger a las víctimas de los conflictos armados y para limitar ciertos métodos y medios para la conducción de las hostilidades por consideraciones de estricta índole humanitaria.

En doctrina existen muchas definiciones del derecho internacional humanitario, que es conocido indistintamente en la actualidad como derecho de la guerra o derecho internacional de los conflictos armados. Varios autores denominaban a las normas internacionales que protegían a las víctimas de los conflictos armados como derecho

internacional humanitario “*stricto sensu*”, o como “*Derecho de Ginebra*”, por cuanto la mayor parte de los textos de los tratados internacionales que contenían disposiciones tuitivas destinadas a las personas y bienes esenciales para su subsistencia, se habían negociado y sus textos habían sido adoptados en la ciudad de nombre homónimo.

Por otra parte, las normas que limitaban ciertos métodos y medios para conducir las hostilidades eran parte del denominado “*Derecho de la Guerra*” o “*Derecho de los Conflictos Armados*” y como la mayoría de los tratados internacionales que contenían ese tipo de normas habían sido adoptados en la ciudad de La Haya, la doctrina llamaba a esta sección del derecho internacional con el nombre de “*Derecho de La Haya*”¹⁰.

A partir de la Resolución 2.444 de 1968 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados, se produce una convergencia entre el denominado “*Derecho de la Guerra*”, que como ya fuera mencionado, regula los medios y los modos de conducir las hostilidades y el derecho internacional humanitario “*stricto sensu*”, que da protección a las víctimas de los conflictos armados, puesto que se advierte que,

para proteger con mayor eficacia a los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, población civil y bienes culturales, es preciso limitar el uso de la fuerza estableciéndose reglas para la conducción de las hostilidades¹¹. Con la aprobación de los Protocolos adicionales del 8 de junio de 1977, en los que se han reunido ambas ramas, hoy esta distinción sólo tiene un valor histórico y didáctico.

“Podemos preguntarnos si “humanizar la guerra” no está en total contradicción con la esencia misma de los contextos bélicos, e incluso si es siquiera un objetivo deseable.”

Este derecho no tiene la pretensión de prohibir, ni la ambición de definir la legalidad o la legitimidad de los conflictos armados, y ha sido creado para ser aplicado cuando estos acontecen y lo que queda es limitar los sufrimientos de las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades y de regular los métodos y los medios utilizados por quienes comandan las operaciones militares, por ello su calificación de “*ius in bello*” o derecho aplicable en la guerra ya que se

trata de un derecho de orientación típicamente humanitaria diferente del “*ius ad bellum*”, o derecho de hacer la guerra. Por ello, los beligerantes deben cumplir con sus obligaciones humanitarias en todas las circunstancias, independientemente de la conducta del enemigo y de la naturaleza o el origen del conflicto y en consecuencia, se abandona el criterio de reciprocidad en la aplicación del derecho; es decir, un Estado no puede alegar como causa para justificar su incumplimiento el que otro Estado no sea parte de los instrumentos jurídicos señalados o no los cumpla¹².

Como fuese mencionado precedentemente, el derecho internacional humanitario se propone mitigar el sufrimiento humano causado por los conflictos armados. Algunos autores suelen utilizar la expresión: “*humanizar la guerra*”. Sin embargo, no obstante el noble objetivo que se propone este derecho no siempre es respetado, no tanto por ausencia de normas, sino más bien por la falta de voluntad política o el desconocimiento que tienen de este cuerpo jurídico las partes involucradas en los conflictos armados.

Podemos preguntarnos si “*humanizar la guerra*” no está en total contradicción con la esencia misma de los contextos bélicos, e incluso si es siquiera un

objetivo deseable. No cabe duda que existe una apatía generalizada sobre la eficacia del derecho internacional humanitario, que hace difícil poder convencer con cierta facilidad sobre el importancia y valor que tienen las normas del derecho internacional humanitario para la humanidad toda, al menos, si primero no intentamos superar con cierta objetividad el tremendo desgaste emocional que nos provoca la visión de tantos actos de crueldad en los conflictos armados, generadores de cuantiosos e indecibles sufrimientos humanos.

Frits Kalshoven responde a la pregunta indicando que el derecho internacional humanitario de ningún modo pretende hacer de la guerra una actividad “*de buen tono*” y esencialmente humana, más o menos comparable a una justa de la Edad Media. Asimismo, este autor sostiene que el derecho internacional humanitario, mucho más modestamente, se propone impedir que las partes en un conflicto armado actúen con una crueldad ciega e implacable, y proporcionar la protección fundamental que los afectados por el conflicto necesitan, sin que por ello el conflicto armado deje de ser lo que siempre ha sido: un fenómeno aterrador¹³.

La doctrina mayoritaria coincide en que el derecho internacional humanitario es un conjunto de reglas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, que buscan limitar las consecuencias humanitarias de los conflictos armados. El propósito principal del derecho internacional humanitario es restringir los medios y los métodos de guerra que las partes de un conflicto puedan emplear y garantizar la protección y el trato humano de las personas que no participan, o que han dejado de participar directamente en las hostilidades¹⁴.

En pocas palabras, el derecho internacional humanitario comprende las normas del derecho internacional que establecen normas mínimas de humanidad que deben ser respetadas en cualquier situación de conflicto armado pudiéndose concluir que tiene dos propósitos bien definidos: 1) proteger a las víctimas de los conflictos armados de carácter internacional o no internacional y 2) regular las hostilidades basadas en un equilibrio entre la necesidad militar y los principios de humanidad¹⁵.

Christophe Swinarski sostiene que “*el bien jurídico protegido por el derecho internacional humanitario es la humanidad percibida, no tanto su última “ratio legis”*”

*como un sentimiento o una actitud de un ser humano ante las vicisitudes del destino de otro sino, sobre todo, como la actitud ante un conjunto de seres humanos que tiene que seguir existiendo, superando los peligros de la guerra*¹⁶”.

La historia de la codificación del derecho internacional humanitario, que desembocó en una larga serie de tratados cuyo ámbito de aplicación es global, empezó en 1864 con la aprobación del primer Convenio de Ginebra para el Mejoramiento de la Suerte de los Militares Heridos de los Ejércitos en Campaña. Mientras que el derecho de los tratados es la fuente más tangible del derecho internacional humanitario, sus reglas y principios, están arraigados en la costumbre, es decir, la práctica general de los Estados aceptada como derecho¹⁷.

En realidad, la práctica de los Estados tiende a ser examinada y las costumbres identificadas por cortes nacionales e internacionales y los tribunales se encargan de la interpretación y la adjudicación del derecho internacional. El extenso estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario es también una fuente ampliamente reconocida de referencia a este respecto¹⁸.

No podemos dejar de referirnos aquí a una cláusula diseñada por Fiódor Martens, delegado ruso que presidió uno de los comités de la Primera Conferencia de Paz de La Haya de 1899 y que va a repetirse en los Reglamentos de La Haya de 1907 y luego en otros tratados de derecho internacional humanitario, como por ejemplo el Protocolo Adicional I.

La “*Cláusula Martens*” establece que en los casos no previstos expresamente, los civiles y los beligerantes quedan bajo la protección de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública. La Profesora Silvina González Napolitano de la Universidad de Buenos Aires, ha señalado que la finalidad de la cláusula de mención, no es otra que descartar la aplicación automática del principio general de derecho que dispone que “*todo lo que no está prohibido está permitido*”, de modo que, en derecho internacional humanitario todo lo que no se encuentra expresamente prohibido por el tratado en cuestión, no necesariamente debe considerarse permitido, sino que, en tal caso debe remitirse a las normas consuetudinarias que puedan ser aplicables a dicha situación¹⁹.

Si bien la mayoría de los publicistas del derecho suelen identificar las fuentes del derecho internacional humanitario con el sistema de fuentes del derecho internacional, en la práctica, también otorgan valor a las normas de “*soft law*” que cada vez juegan un papel más importante en la interpretación de las normas individuales del derecho internacional humanitario²⁰.

El derecho internacional humanitario es sólo aplicable cuando una situación de violencia armada reúne los elementos que caracterizan a un conflicto armado y por ende al ser solo aplicable en estos contextos se trata de un derecho de excepción. Debido a esta característica, no están permitidas las excepciones a la aplicación de sus disposiciones, por ende sus normas son irrenunciables y no pueden ser desconocidas por las partes en conflicto bajo ninguna circunstancia²¹.

Para la aplicación del derecho internacional humanitario existen algunos medios que pueden denominarse *preventivos*, cuyo objeto es hacer cumplir a los Estados la obligación contraída al ratificar los tratados internacionales de derecho internacional humanitario, es decir, para respetar y hacer respetar esta rama del derecho internacional público. Algunos de estos medios

preventivos son la difusión y la integración del derecho internacional humanitario en los planes de estudios, la educación y la doctrina militar; el nombramiento de asesores jurídicos en las fuerzas armadas; la adopción en tiempo de paz de medidas legislativas y reglamentarias que permitan garantizar el respeto de sus normas y la traducción de los textos convencionales a las lenguas vernáculas para su mejor comprensión.

Por otra parte, existen medios de control que están previstos para toda la duración de los conflictos con el objeto de velar por la observancia del derecho internacional humanitario. Por ejemplo, la designación de potencias protectoras o la presencia de una organización independiente e imparcial, tal como el CICR que pueda cumplir con el cometido de ellas. También podemos incluir en este rubro a la Comisión Internacional de Encuesta o ciertas medidas que puede tomar el Consejo de Seguridad de la ONU, si determina que las violaciones al derecho internacional humanitario configuran una amenaza la paz o la seguridad internacionales.

Por último, los Estados han consensuado también varios medios de represión de las violaciones a este derecho.

Es fundamental que los Estados persigan y lleven ante la Justicia a todos los sospechosos de haber cometido o dado orden de cometer violaciones del derecho internacional humanitario. Para ello, deben, en particular, promulgar leyes para castigar las infracciones graves de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos adicionales, denominadas en los artículos 11 y 85 del Protocolo adicional I como crímenes de guerra.

“Si bien la finalidad del derecho internacional humanitario es limitar los efectos de los conflictos armados, éste no contiene una definición precisa y detallada de las situaciones que quedan comprendidas dentro de su ámbito material de aplicación.”

2.2 Ámbito de validez material del derecho internacional humanitario.

La Profesora Emérita de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Hortensia D.T. Gutiérrez Posse

sostiene que el derecho internacional humanitario intenta someter a un ordenamiento positivo, de fuente convencional como consuetudinaria, situaciones de violencia actual, limitando la soberanía del Estado en la conducción de las hostilidades y la conducta de los implicados en ella y como consecuencia de ello ha de tener precisos ámbitos de validez, debiendo caracterizarse en primer lugar las situaciones en relación con las cuales resultan pertinentes sus reglas, en otras palabras, precisar la noción de conflicto armado²².

Si bien la finalidad del derecho internacional humanitario es limitar los efectos de los conflictos armados, éste no contiene una definición precisa y detallada de las situaciones que quedan comprendidas dentro de su ámbito material de aplicación. Los convenios pertinentes hacen referencia a diversos tipos de conflictos armados y por ende proporcionan un panorama *general* de los aspectos jurídicos de ese concepto multifacético, esos instrumentos no proponen criterios lo suficientemente precisos para determinar de manera inequívoca el contenido de esas categorías. De hecho, las normas aplicables varían de un caso a otro en función de cómo se defina jurídicamente cada

Gabriel Pablo Valladares

El CICR y la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario

uno de ellos. Los regímenes jurídicos que se deben tener en cuenta no son siempre los mismos, pues su aplicación depende, por ejemplo, de si la situación constituye un conflicto armado internacional o no internacional²³. Análogamente, algunas formas de violencia, denominadas “tensiones internas” o “disturbios interiores”, no alcanzan el umbral de aplicabilidad del derecho internacional humanitario y, en consecuencia, quedan dentro del alcance de otras normativas²⁴.

La historia del derecho de los conflictos armados internacionales revela que el ámbito de aplicación de ese régimen jurídico se ha ido ampliando con el desarrollo progresivo del derecho de los tratados. Mientras que, en un primer momento, predominaba una concepción formalista de la guerra, la reforma del sistema introducida con la revisión de los Convenios de Ginebra en 1949 dio origen a un abordaje más amplio, basado en un concepto más *objetivo* de conflicto armado²⁵.

Un conflicto armado internacional es aquel en que se enfrentan Estados²⁶. Este tipo de conflicto armado ocurre cuando uno o más Estados recurren a la fuerza armada contra otro Estado, sin tener en cuenta las razones

o la intensidad del enfrentamiento²⁷. Las normas pertinentes del derecho internacional humanitario pueden ser aplicables incluso si no hay hostilidades abiertas. No hace falta que se haga oficialmente una declaración de guerra o un reconocimiento de la situación. La existencia de un conflicto armado internacional y, por consiguiente, la posibilidad de aplicar el derecho internacional humanitario a esa situación, depende de lo que efectivamente ocurre sobre el terreno. Se basa en las condiciones de hecho. Por ejemplo, puede haber un conflicto armado internacional, aunque uno de los beligerantes no reconozca al Gobierno de la parte adversaria²⁸.

Queda claro entonces que se trate de una guerra o cualquier tipo de conflicto armado entre Estados, estamos frente a un conflicto armado de carácter internacional. Según el caso en cuestión, las situaciones pueden adoptar la forma de un conflicto directo entre Estados o de una intervención en un conflicto interno preexistente. En el segundo caso, se trata de conflictos “internacionalizados”, como aquellos en los que una potencia envía tropas al territorio de otro país para apoyar a un movimiento opositor al gobierno de ese Estado. La participación puede

ser indirecta, cuando una potencia apoya y guía un alzamiento desde la distancia. En esas circunstancias, resulta fundamental determinar el nivel de control que hace posible clasificar el conflicto armado como conflicto internacional. No todas las formas de influencia conducen a la internacionalización del conflicto²⁹.

La ampliación del ámbito de aplicación continuó con la aprobación del Protocolo adicional I, instrumento que añadió al ámbito del derecho de los conflictos armados internacionales un nuevo tipo: los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación (guerras de liberación nacional), tal como lo establecen la Carta de la ONU y la declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de la Carta.

El régimen jurídico del conflicto armado *internacional* comprende también un cuerpo específico de normas cuyo ámbito de aplicación está determinado por un concepto independiente: el de ocupación.

Por otro lado, en el caso de los conflictos armados *no internacionales* es necesario examinar dos fuentes jurídicas importantes para determinar lo que es bajo la luz del derecho internacional humanitario, primero el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y segundo, el artículo 1 del Protocolo adicional II.

El artículo 3 común se aplica a un “*conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes*”³⁰. Puede ser un conflicto armado en que participen uno o más grupos armados no estatales. Según la situación, puede haber hostilidades entre las fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados no estatales o entre esos grupos únicamente. Dado que los cuatro Convenios de Ginebra han sido ratificados universalmente, el requisito de que el conflicto armado ocurra “*en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes*” ha perdido su importancia en la práctica.

Para hacer una distinción entre un conflicto armado en el sentido del artículo 3 común y formas menos graves de violencia, como las tensiones y los disturbios interiores, los motines o los actos de bandidaje, denominadas habitualmente como otras situaciones de

Gabriel Pablo Valladares

El CICR y la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario

violencia o, por algunos autores como situaciones por debajo del umbral de aplicación del derecho internacional humanitario, la situación debe alcanzar cierto umbral de enfrentamiento. Por lo general, se ha aceptado que el umbral más bajo que figura en el artículo 1.2 del Protocolo adicional II, que excluye los disturbios y las tensiones interiores de la definición de un conflicto armado no internacional, también se aplica al artículo 3 común.

Al respecto, se utilizan generalmente dos criterios³¹, por una parte, las hostilidades deben alcanzar un nivel mínimo de intensidad. Puede ser el caso, por ejemplo, cuando las hostilidades son de índole colectiva o cuando un gobierno tiene que recurrir a la fuerza militar contra los insurrectos, en lugar de recurrir únicamente a las fuerzas de policía³². Por otra, los grupos no estatales que participan en el conflicto deben ser considerados “*partes en el conflicto*”, en el sentido de que disponen de fuerzas armadas organizadas. Esto significa, por ejemplo, que estas fuerzas tienen que estar sometidas a una cierta estructura de mando y tener la capacidad de mantener operaciones militares³³.

En el sentido del artículo 1 del Protocolo adicional II existe una definición más restringida de conflicto armado

no internacional ya que solo se aplica a los conflictos armados “*que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo*”.

Esta definición es más restringida que la noción de conflicto armado no internacional según el artículo 3 común en dos aspectos: 1) introduce la exigencia de control territorial, disponiendo que las partes no gubernamentales deben ejercer un control territorial “*que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo*”, y 2) el Protocolo adicional II se aplica expresamente sólo a los conflictos armados entre fuerzas armadas estatales y fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados. Contrariamente al artículo 3 común, el Protocolo adicional II no se aplica a los conflictos armados que ocurren sólo entre grupos armados no estatales.

Aunque determinar el derecho aplicable es sin duda importante, lo es mucho más que los Estados reconozcan su aplicabilidad cuando se cumplen los criterios fácticos necesarios.

2.3 Normas fundamentales del derecho internacional humanitario

El CICR elaboró en 2004 un resumen de las normas fundamentales del derecho internacional humanitario *que no tienen la autoridad de un instrumento jurídico* y no pretenden reemplazar los tratados vigentes. Este resumen fue redactado para facilitar la difusión del derecho mencionado y señalaba que podían considerarse como tales las siguientes reglas:

- Las partes en conflicto harán distinción, en todo momento, entre población civil y combatientes, con miras a preservar a la población civil y los bienes de carácter civil. Ni la población civil como tal ni las personas civiles serán objeto de ataques. Los ataques sólo podrán ser dirigidos contra los objetivos militares.
- Las personas que no participan – o que ya no pueden participar - en las hostilidades tienen derecho a que se respeten su vida y su integridad física y moral. Dichas personas serán, en todas las circunstancias, protegidas y tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable.
- Se prohíbe matar o herir a un adversario que haya depuesto las armas o que esté fuera de combate.
- Las partes en conflicto y los miembros de sus fuerzas armadas no gozan de un derecho ilimitado por lo que atañe a la elección de los métodos y medios de hacer la guerra. Queda prohibido emplear armas o métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos.
- Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos por la parte en conflicto en cuyo poder estén. El personal sanitario, las instalaciones, los medios de transporte y el material sanitarios serán protegidos. El emblema de la cruz roja o el de la media luna roja sobre fondo blanco –se agrega a partir de 2005 el cristal rojo- es el signo distintivo que indica que dichas personas y objetos han de ser respetados.
- Los combatientes capturados y las personas civiles que se hallen bajo la autoridad de la parte adversaria tienen derecho a que se respete su vida, su dignidad, sus derechos personales y sus convicciones (políticas, religiosas u otras). Serán protegidos contra cualquier acto de violencia o de represalias. Tendrán

derecho a intercambiar correspondencia con sus familiares y a recibir socorros. Se beneficiarán de las garantías judiciales fundamentales.

Gran parte de la doctrina considera que la mayoría de las normas recogidas en los Convenios de Ginebra de 1949 y algunas normas de los protocolos adicionales han adquirido el carácter de imperativas o “*ius cogens*”, en razón de su aceptación y reconocimiento por los Estados, porque son reglas fundamentales de carácter humanitario cuya derogación no es posible sin negarse las consideraciones básicas de humanidad que pretenden proteger.

Si bien los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales I, II y III representan el cuerpo jurídico más extenso e importante del derecho internacional humanitario, desde 1864 a partir de la adopción del Primer Convenio de Ginebra, la comunidad internacional ha celebrado una serie de conferencias diplomáticas donde se han adoptado varios tratados internacionales³⁴.

2.4 Los métodos y medios para la conducción de las hostilidades

Como se ha mencionado al comienzo de este artículo, una sección importante del derecho internacional

humanitario está dedicada a la limitación de métodos y medios para la conducción de las hostilidades. Así los principales tratados que imponen límites a los métodos y medios bélicos son la Convención de La Haya de 1907, los Protocolos adicionales de 1977 y una serie de acuerdos sobre armas específicas³⁵. El CICR ha participado en el proceso de elaboración de todos los tratados adoptados en este ámbito.

“En términos generales, el derecho internacional humanitario prohíbe los métodos y medios de guerra que causan daños superfluos o sufrimientos innecesarios, métodos como la perfidia, el terror u ordenar que no se dé cuartel están específicamente prohibidos. Por lo tanto, no se permiten algunos tipos de armas y se restringe la manera en que otras armas se emplean.”

En términos generales, el derecho internacional humanitario prohíbe los métodos y medios de guerra que causan daños superfluos o sufrimientos innecesarios, métodos como la

perfidia, el terror u ordenar que no se dé cuartel están específicamente prohibidos. Por lo tanto, no se permiten algunos tipos de armas y se restringe la manera en que otras armas se emplean. Los protocolos adicionales establecen que “*en todo conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medio de hacer la guerra no es ilimitado*”.

Para introducirse correctamente en el tema de las armas y el derecho internacional humanitario, es preciso hacer una mención inexcusable de la “*Declaración de San Petersburgo*”³⁶ adoptada en 1868, en cuyas consideraciones iniciales ya se establecía una referencia al principio rector de la prohibición de no causar males superfluos y de evitar sufrimientos inútiles en la guerra. El alcance de esta declaración, inicialmente destinada a prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra, ha constituido una de las principales bases sobre las cuales los Estados realizan, desde entonces, múltiples intentos destinados a prohibir o limitar el empleo de ciertas armas que causan especialmente graves consecuencias humanitarias.

La dificultad de encontrar una solución equilibrada entre los argumentos que son propios de la seguridad nacional de los Estados y por otra parte el respeto a los principios de humanidad en los

conflictos armados, es parte necesaria de esta discusión cada vez que la Comunidad Internacional de Estados realiza los intentos ya mencionados.

Durante las últimas décadas se han desarrollado numerosos avances científicos y tecnológicos que contribuyeron notoriamente al bienestar de hombres y mujeres y al desarrollo de la sociedad; en igual medida, se ha podido observar una proliferación de nuevas armas y tecnologías militares de considerable poder mortífero y de destrucción, de anunciada alta precisión, aunque muchas veces no lo sean tanto así.

El derecho del desarme y el derecho internacional humanitario forman parte del derecho internacional público y se vinculan con la prohibición específica de ciertas armas, pero cada una de estas ramas lo hace desde un enfoque diferente. Desde la óptica del derecho del desarme se destacan los problemas de seguridad individual y colectiva. La finalidad de esta rama del derecho internacional público tiene como objetivo llegar progresivamente a un desarme general y completo, pero sin que se vea afectada la seguridad de los Estados³⁷.

En los conflictos armados internacionales, los combatientes tienen derecho a participar directamente en las

Gabriel Pablo Valladares

El CICR y la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario

hostilidades. En otras palabras, tienen permitido cometer actos de guerra lícitos destinados a lograr un objetivo militar de la manera más efectiva posible. Sin embargo, el principio de distinción requiere que esos actos de guerra se dirijan sólo contra combatientes del enemigo y objetivos militares y eviten los daños innecesarios y excesivos a las personas civiles.

Por lo tanto, la aplicación del principio de distinción exige definir claramente las personas y los bienes que es lícito atacar. Por lo que respecta a las personas, los combatientes del enemigo son miembros de las fuerzas armadas de una parte en un conflicto, salvo el personal médico y el personal religioso. Las personas que no sean miembros de las fuerzas armadas son civiles y, por ende, no deben ser objeto de los ataques. Sin embargo, hay una excepción: es lícito atacar a los civiles que participan directamente en las hostilidades, sea en forma individual o como parte de un grupo, aunque sólo mientras dure su participación directa en las hostilidades.

Por lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se definen mediante dos pruebas: el objetivo por atacar debe contribuir eficazmente, por su naturaleza, ubicación, fin o empleo,

a la acción militar del enemigo, y su destrucción parcial o total, su captura o neutralización, debe ofrecer, en las circunstancias del caso, una ventaja militar concreta. Todos los bienes que no respondan a la definición de objetivo militar son bienes de carácter civil y se los debe preservar de los ataques.

“La aplicación del principio de distinción exige definir claramente las personas y los bienes que es lícito atacar.”

El derecho internacional humanitario incluye varios corolarios del principio de distinción a fin de garantizar la protección de las personas civiles y de los bienes de carácter civil. Por ejemplo, establece que los combatientes en un conflicto armado internacional deben distinguirse de la población civil (en general, llevando un uniforme), mientras participan en un ataque o en una operación militar preparatoria de un ataque. Además, el derecho internacional humanitario prohíbe los ataques indiscriminados y establece el principio de proporcionalidad, según el cual las partes deberán evitar causar incidentalmente muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter

civil que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. A fin de aplicar las restricciones y las prohibiciones relativas a los ataques, todas las partes en conflicto armado deben tomar precauciones específicas.

Por último, las normas sobre conducción de las hostilidades también conceden protección específica a algunos bienes, incluidos los bienes culturales y los lugares de culto, los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil y obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas. Además, como ya se ha mencionado precedentemente los métodos y medios de guerra con el potencial de causar daños graves, generalizados y a largo plazo al medio ambiente están prohibidos, ya que amenazan la salud y la supervivencia de la población civil. Sin embargo, las armas nucleares no están prohibidas por ninguna convención, pero la Corte Internacional de Justicia estableció en 1996 que el uso de armamento nuclear sería contrario a los principios y normas del derecho internacional humanitario.

La naturaleza de los conflictos armados contemporáneos plantea continuamente retos a la aplicación y al respeto del derecho internacional humanitario en numerosos ámbitos. Es necesario

comprender esos retos y abordarlos para que el derecho internacional humanitario siga cumpliendo su función de protección en las situaciones de conflicto armado. Uno de los retos actuales es la aplicabilidad de sus normas a la amplia gama de nuevas tecnologías que ha ingresado o, que ingresarán en algún tiempo más, a los teatros de operaciones bélicos, entre ellos los drones armados, los sistemas de armas autónomos, como así también la denominada “guerra cibernética”.

3- Las nuevas tecnologías de guerra

En los últimos años han crecido exponencialmente las reivindicaciones políticas, étnicas, nacionales o religiosas y la lucha por el acceso a los recursos clave como vector de las dinámicas que dan origen o continuidad a los conflictos armados. Las tensiones sin resolver en distintos puntos del planeta se siguen acumulando, los recursos esenciales para las sociedades son cada vez más escasos y el tejido social y los medios de resiliencia de las poblaciones afectadas se desgasta peligrosamente.

Por un lado, los medios de comunicación nos exhiben la devastación de aldeas y ciudades, miles de personas

muertas, heridas, desplazadas o cruzando fronteras, asoladas por el dolor, la desesperación y la miseria, muchas veces a partir de la utilización, sea por ejércitos regulares o grupos armados, de nueva tecnología de guerra. La sofisticación de la maquinaria militar y la distancia física de los soldados respecto del campo de batalla no son novedad. Sin embargo, los recientes avances 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, lo que puede ser altamente riesgoso para las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

Estas nuevas realidades sin duda generan una sensación de incertidumbre que nos obliga a cuestionarnos sobre el respeto debido a las reglas y normas del derecho internacional humanitario y la pertinencia de su aplicación a las nuevas tecnologías de guerra.

Muchos de los nuevos desarrollos tecnológicos, son funcionales a nuevos métodos y medios de guerra. Por ejemplo, los drones armados, los sistemas de armas autónomos y la denominada “guerra cibernética”. Todos ellos

plantean nuevos retos humanitarios, éticos y jurídicos. Aunque las nuevas tecnologías de guerra no se hallan reglamentadas específicamente en los tratados de derecho internacional humanitario, su desarrollo y empleo no caen en un vacío jurídico.

Como sucede con todos los sistemas de armas, éstas deben poderse utilizar sin infringir el derecho internacional humanitario, en particular las normas sobre la conducción de hostilidades. Esta responsabilidad recae en cada Estado que desarrolla estas nuevas tecnologías de guerra de conformidad con normas específicas del derecho internacional humanitario que disponen que cuando un Estado 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 condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el derecho internacional³⁸.

Estas normas buscan asegurar que las fuerzas armadas de un Estado sean capaces de conducir las hostilidades con arreglo a sus obligaciones internacionales y que las armas nuevas no se empleen prematuramente en condiciones en las que no se pueda garantizar el respeto del derecho internacional

humanitario. 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 nuevas³⁹.

3.1 Los drones armados

El derecho internacional humanitario no prohíbe los drones expresamente, ni considera que su índole sea inherentemente discriminatoria o pérfida. Los drones no son diferentes de las armas que se disparan desde aeronaves tripuladas como los helicópteros u otras aeronaves de combate. Sin embargo, es importante señalar que, si bien los drones no son ilícitos en sí mismos, su uso está sujeto al derecho internacional. Por otra parte hay que mencionar que no todos los drones portan armas o se utilizan para combatir. En realidad, muchos drones militares no llevan armas y se utilizan exclusivamente para vigilancia o inteligencia militar.

Hay quienes defienden que los drones mejoran la precisión de los ataques, lo que reduciría el número de víctimas y causaría menos daños materiales. Esto es materia de debate por la falta de información confiable sobre los efectos

de la mayoría de los ataques efectuados con drones y porque además, al menos en algunas ocasiones, los ataques con drones han matado o lesionado a personas protegidas por el derecho internacional humanitario.

Los tratados de armas y demás instrumentos jurídicos del derecho internacional humanitario no se refieren expresamente a los drones. Sin embargo, está claro que el uso en conflictos armados de cualquier sistema de armamento, incluidos los drones, está sujeto a las normas de este derecho. Esto significa, entre otras cosas, que al utilizar drones armados, las partes en un conflicto siempre deben distinguir entre combatientes y civiles y entre objetivos militares y bienes de carácter civil, además de tomar todas las precauciones factibles para preservar a los civiles y sus bienes, y deben suspender o cancelar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente daños a personas civiles o a bienes de carácter civil que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

Del mismo modo, los drones no deben en modo alguno utilizarse para transportar armas prohibidas, como agentes químicos o biológicos.

Aunque los operadores de sistemas de armas controladas a distancia, como los drones, pueden hallarse lejos del campo de batalla, son quienes operan el sistema, identifican el objetivo y disparan los misiles. Por lo general, estas personas operan bajo un mando responsable; por consiguiente, de conformidad con el derecho internacional humanitario, los operadores de drones y su cadena de mando son responsables por sus acciones y consecuencias. El hecho de que estén a cientos de kilómetros del campo de batalla no los exime de sus responsabilidades, entre ellas la obligación de aplicar los principios de distinción y proporcionalidad y la de tomar todas las precauciones necesarias en el ataque. Así pues, los operadores de drones no son diferentes de los pilotos de aeronaves tripuladas -como los helicópteros u otras aeronaves de combate- en lo que respecta a su obligación de respetar el derecho internacional humanitario y, del mismo modo, también pueden ser objeto de ataques lícitos conforme a las normas del derecho internacional humanitario.

3.2 La guerra cibernética

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 derecho internacional humanitario. 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 inmediatas⁴⁰.

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 declaró que el empleo de capacidades cibernéticas en los conflictos armados debe observar todos los principios y normas del derecho internacional humanitario, como sucede con cualquier otra arma, 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.”

El CICR acogió 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...” y que se hayan señalado que *“los principios jurídicos internacionales establecidos, con inclusión, cuando procede, de los principios de humanidad, necesidad, proporcionalidad y distinción”*. Un creciente número de Estados y organizaciones internacionales han afirmado públicamente que el derecho internacional humanitario 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 derecho internacional humanitario, como sucede con cualquier otra arma, 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.

Durante los últimos cuatro años, el CICR ha mantenido diálogos bilaterales y confidenciales con varios Estados, expertos y *think tanks* acerca del posible costo humano de la ciberguerra y de los desafíos señalados.

3.3 Sistemas de armas autónomos

Durante los últimos 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. 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 diversos foros. 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, 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 derecho internacional humanitario y la aceptabilidad ética.

Uno de los problemas centrales es que no existe una definición internacionalmente aceptada de *sistemas de armas autónomos*, 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. El CICR ha propuesto que éste 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 y atacar 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.

Es decir, 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, como se ha mencionado precedentemente, 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 centinelas entre otros.

garantizar que los sistemas de armas autónomos puedan utilizarse de conformidad con el derecho internacional humanitario 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.

“Habida cuenta del ritmo actual de los avances tecnológicos, es urgente que se examinen las implicaciones jurídicas, humanitarias y éticas de estas armas. 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 derecho internacional humanitario será un desafío tecnológico muy difícil de solucionar.”

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 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 civiles incidentales y a bienes de carácter civil, o una combinación de esos daños, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se espera, conforme con los requisitos de la norma de la proporcionalidad.

Habida cuenta del ritmo actual de los avances tecnológicos, es urgente que se examinen las implicaciones jurídicas, humanitarias y éticas de estas armas. Sobre la base del estado actual y previsible de la tecnología robótica,

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 derecho internacional humanitario 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.

Por su condición de máquina, no podría responsabilizarse a un sistema de armas autónomas por una violación del derecho internacional humanitario. Más allá de la responsabilidad de quienes despliegan las armas, se plantea la cuestión sobre quién sería jurídicamente responsable si las operaciones de un sistema de armas autónomas provocaran un crimen de guerra.

Si no puede determinarse la responsabilidad de conformidad con el derecho internacional humanitario, ¿es lícito o ético desplegar tales sistemas?

El CICR insta a los Estados a considerar las cuestiones jurídicas y éticas fundamentales relacionadas con el uso de sistemas de armas autónomas antes de que se los desarrolle más o se los emplee en un conflicto armado y en especial ha comunicado su preocupación por el costo humano potencial de los sistemas de estas armas y si se los puede utilizar conforme al derecho internacional humanitario.

Conclusión

El derecho internacional humanitario se ve interpelado en forma permanente por la evolución de los conflictos armados contemporáneos.

Si se pretende lograr una mayor protección de los civiles en los conflictos armados, es necesario respetar, aplicar e implementar el derecho internacional humanitario. Para el CICR, es una prioridad *permanente* garantizar que el derecho internacional humanitario aborde adecuadamente la realidad de los escenarios bélicos y preste protección a las víctimas de los conflictos armados.

Las normas del derecho internacional humanitario, que desde hace larga data rigen la conducción de hostilidades, en particular las normas de distinción, proporcionalidad y precaución en el

ataque, se aplican para la totalidad de los nuevos armamentos y desarrollos tecnológicos en la guerra, incluidos los drones, la guerra cibernética y los sistemas de armas autónomas.

La Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva acerca de la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, recordó que los principios y normas establecidos en el derecho internacional humanitario se aplican a *todas* las formas de la guerra y a todos los tipos de armas, incluso las del futuro.

Es importante tomar conciencia también de las cuestiones éticas serias que estos sistemas de armas plantean, en especial los sistemas de armas autónomos, en tanto que su uso generalizado representaría un cambio de paradigma en la conducción de las hostilidades.

Creemos que es hora de que la Comunidad Internacional se pregunte si, en base a los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública, se puede permitir a las máquinas que tomen decisiones de vida o muerte.

Gabriel Pablo Valladares

El CICR y la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario

¹ Este cometido particular del CICR está hoy formalmente reconocido también en los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, que son aprobados por los componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y por los Estados Partes en los Convenios de Ginebra en el marco de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja. El artículo 5 de estos Estatutos, referente al CICR, asigna, en efecto, a éste el cometido de *“asumir las tareas que se le reconocen en los Convenios de Ginebra, trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y recibir las quejas relativas a las violaciones alegadas contra dicho derecho”* (inciso 2, letra c); así como el de *“trabajar por la comprensión y la difusión del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y preparar el eventual desarrollo del mismo”* (inciso 2, letra g).

² Ver «El CICR: guardián del derecho Internacional Humanitario», CICR, Ginebra 1998, pag. 4.

³ Conf. SANDOZ, Yves, “El CICR: guardián del derecho internacional humanitario”, en <http://www.cicr.org/spa>.

⁴ En la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja, reunida en Ginebra en el año 1995, se recordó la importancia de la aplicación del derecho internacional humanitario en el ámbito nacional. Mediante la aprobación de las recomendaciones del grupo intergubernamental de expertos para la protección de las víctimas de la guerra, se puso de relieve la imperiosa necesidad de que los Estados adoptaran medidas legislativas internas y reglamentarias de aplicación del derecho internacional humanitario. Con tal motivo, el CICR instituyó el Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario a fin de reforzar su apoyo a los Estados comprometidos en la aplicación de este derecho en el ámbito nacional. El objetivo del Servicio de asesoramiento es obtener la más amplia participación de los Estados en los Tratados de derecho internacional humanitario y ayudarles a dotarse de un sistema legal conforme a las exigencias de esos instrumentos internacionales y propicios para su eficaz aplicación. Para ello, apoyan las gestiones de las autoridades en dicho ámbito y les ofrecen asistencia técnica, tras solicitud o por iniciativa propia. En ambos casos, trabajan en estrecha colaboración con los gobiernos, teniendo presente, al mismo tiempo, los requerimientos específicos y los respectivos sistemas políticos y jurídicos. Esta asistencia técnica se refiere particularmente a los siguientes ámbitos: 1) Promoción de los tratados de derecho internacional humanitario para consolidar su universalidad y asistencia a las autoridades en el proceso de ratificación y/o adhesión. 2) Traducción de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos Adicionales de 1977 a los idiomas nacionales. 3) Incorporación según el caso, del derecho internacional humanitario en el derecho nacional. 4) Adopción de las medidas legislativas pertinentes para garantizar la represión de los crímenes de guerra y de otras violaciones del derecho internacional humanitario. 5) Adopción de las leyes apropiadas para garantizar el respeto de los emblemas protectores. 6) Integración de la enseñanza del derecho internacional humanitario en los programas oficiales. 6) Establecimiento de comisiones u organismos nacionales para la aplicación del derecho internacional humanitario.

⁵ A mayor abundamiento, se encuentran pruebas fehacientes sobre la existencia de algunas reglas humanitarias y otras sobre el control del uso de la fuerza en obras de la literatura antigua. Algunas de esas obras dan cuenta de reglas tales como, la prevención al adversario sobre el inicio de las hostilidades, el establecimiento de treguas, la inmunidad de los templos, la prohi-

bición de matar a los prisioneros, la protección de mujeres, niños y ancianos, entre otras. No obstante ello, sabemos que no siempre las reglas mencionadas en estas obras eran respetadas, algo que no ha variado sustancialmente en la actualidad. Por ejemplo, en la literatura épica de la India encontramos obras tales como la “Mahabharata” y el Ramayana, escritos en los años 200 y 300 AC respectivamente, con referencias a varias de las reglas precedentemente citadas. Así, en la Mahabharata y luego en la ley de Manú, se proclaman para los guerreros principios muy avanzados en aquel tiempo, tales como la prohibición de matar al enemigo desarmado o que se rindiera y la obligación de enviar los heridos a sus hogares después de haberlos curado. Según Pictet, algunas disposiciones recuerdan con un paralelismo asombroso el Reglamento de La Haya de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra. En el Deuteronomio del Antiguo Testamento hay un capítulo que contiene leyes de la guerra. En ciertos pasajes bíblicos se recomienda a los hebreos no matar al enemigo que se rinda, y dar pruebas de misericordia para con los heridos, las mujeres, los niños y los ancianos. También se menciona la aplicación de la ley del Talió que según Jean Pictet refleja la circunscripción de los alcances a la respuesta a la violencia bajo el principio de proporcionalidad ya que el Talió aparece como una limitación de la violencia, pues no reclama más que un ojo o un diente, en lugar de la vida.

⁶ Conf. PICTET, Jean, *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario*, TM editores, Ginebra, 1997, pag.93.

⁷ Conf. FERRILL, Arther, *The origins of war* citado por KAGAN, Donald, *Sobre las causas de la Guerra y la preservación de la paz*, Turner, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2003, p. 18, citado por VALENCIA VILLA, Alejandro en *Derecho internacional humanitario, Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano*.

⁸ Conf. NAMIHAS, Sandra, en “Antecedentes, origen y evolución histórica del derecho Internacional humanitario” publicado en “Derecho Internacional Humanitario” publicación de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Institutos de Estudios Internacionales (IDEI, Fondo Editorial 2003, pag. 32.

⁹ Conf. GARCIA ZEBALLOS, Juan Herminio, en “El Derecho Internacional Humanitario... un poco de apasionante historia” en “Derecho Internacional y Conflictos Armados. Aportes para una comprensión histórica, normativa y práctica”, Emiliano J. Buis y Laura M. Giosa, compiladores, publicación del Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, editado por Libro X, mayo de 2013, pag. 13.

¹⁰ Véase SWINARSKI, Christophe, en *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, CICR, Ginebra, 1984, pag.5: “Paralelamente al desarrollo de la protección de las víctimas de conflictos armados, los Estados consideraron necesario poner límites de derecho a los métodos y a los medios de combate. La guerra, considerada aún como una necesidad, no debía ocasionar más sufrimientos ni más destrucciones que los imprescindibles para el desempeño de su cometido. En otras palabras, cualquier medio y cualquier método tendente a extenderla más allá de sus objetivos, causando sufrimientos inútiles, fueron excluidos por la comunidad internacional, es decir, declarados ilícitos desde el punto de vista del derecho internacional público. El principio de la guerra lícita, que utilizaría sólo métodos y medios admitidos por el derecho, se había fortalecido en el ámbito de las codificaciones que tuvieron lugar en los años 1899 y 1907 en La Haya con el título de Convenios de La Haya. A partir del Convenio de Ginebra de 1864, de la Declaración de San Petersburgo de 1868 y de los Convenios de La Haya, el derecho de la guerra se orienta, en el campo del derecho internacional convencional,

Gabriel Pablo Valladares

El CICR y la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario

hacia perspectivas bien articuladas: la protección internacional de las víctimas de conflictos armados, por una parte, y, por otra parte, la limitación de los medios y de los métodos de combate. Estos dos cuerpos de normas son conocidos como Derecho de Ginebra y Derecho de La Haya, respectivamente. El conjunto de ambos cuerpos de normas forma lo que se ha solido llamar jus in bello, es decir, la parte del derecho de la guerra por la que se rige el comportamiento del Estado en caso de conflicto armado.”

¹¹ Conf. RODRIGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, artículo *El Derecho Internacional Humanitario como Instrumento de Paz*, en <http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/8992>, pag.26. Véase también, PEYTRIGNET, Gerard, en su artículo “Los Sistemas Internacionales de Protección de la Persona Humana: el Derecho internacional humanitario” en el libro *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*, de CANÇADO TRIMDADE, Antônio Augusto, PEYTRIGNET, Gérard y RUIZ de Santiago, Jaime, Editorial Porrúa México y Universidad Iberoamericana, 2003 pag 4. “Por otro lado, se puede considerar que la evolución actual de la codificación del derecho internacional humanitario, con algunas iniciativas tomadas por las Naciones Unidas en materia de derechos humanos aplicables en situaciones de conflictos armados y con la adopción de Convenciones relativas a la limitación o prohibición de ciertas armas convencionales produjo el surgimiento de un “derecho humanitario de Nueva York”.

¹² Conf. MELZER, Nils con la coordinación de KUSTER, Etienne, *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, CICR, 2016, Ginebra, pag.17, “IHL is specifically designed to apply in situations of armed conflict. The belligerents therefore cannot justify failure to respect IHL by invoking the harsh nature of armed conflict; they must comply with their humanitarian obligations in all circumstances.1 This also means that IHL is equally binding on all parties to an armed conflict, irrespective of their motivations or of the nature or origin of the conflict.2 A State exercising its right to self-defense or rightfully trying to restore law and order within its territory must be as careful to comply with IHL as an aggressor State or a non-State armed group having resorted to force in violation of international or national law, respectively (equality of belligerents). Moreover, the belligerents must respect IHL even if it is violated by their adversary (non-reciprocity of humanitarian obligations).3 Belligerent reprisals are permitted only under extremely strict conditions and may never be directed against persons or objects entitled to humanitarian protection.”

¹³ Conf. KALSHOVEN, Frits y ZEGBELD, Lisbeth, *Restricciones en la conducción de la Guerra*, CICR, Buenos Aires, abril 2005, pag. 12.

¹⁴ En el ámbito latinoamericano prestigiosos académicos y publicistas han formulado definiciones de derecho internacional humanitario. Así, por ejemplo la profesora emérita de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Hortensia D.T. Gutierrez Posse ha definido al derecho internacional humanitario en GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., *Moderno derecho internacional y seguridad colectiva*, Zavallia editor, 1995, Buenos Aires, pag. 347 “como un cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, que limita el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas y los bienes afectados, o que pueden estar afectados por el conflicto” ver en. El profesor Emiliano J. Buis, de la Universidad de Buenos Aires y coordinador del Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de Estudios de Buenos Aires ha señalado BUIS, Emiliano J., artículo “El Derecho Internacional Humanitario en perspectiva histórica: las restricciones jurídicas en tiempos de conflicto armado en la Grecia Antigua” en <http://faa.edu.br/>

revistas/docs/RID/2010/RID_2010_25.pdf, pag. 287 que “*el Derecho Internacional Humanitario (DIH), tal como se conoce hoy, es una rama del Derecho Internacional Público que se ocupa de poner límites a los derechos de las partes en el seno de un conflicto armado entre los ejércitos regulares de dos o más Estados (conflicto armado de carácter internacional [CAI]), o bien entre las fuerzas militares de un Estado con grupos beligerantes o guerrillas dentro de su propio territorio (conflicto armado de carácter no internacional [CANI]). En tanto disciplina normativa, entonces, parece claro que las disposiciones del DIH presentan una doble finalidad: por un lado, brindar protección a las víctimas y a todos aquellos que no participan o dejaron de participar en los combates y, en segundo lugar, establecer limitaciones a los medios y métodos de conducir las hostilidades. Estas dos vertientes -que constituyen por cierto las caras de una misma moneda- han recibido, con un criterio teórico, las denominaciones de Derecho de Ginebra y de Derecho de La Haya, respectivamente, teniendo en cuenta la ciudad en donde fueron aprobados mayoritariamente los textos convencionales que estipulan sus regímenes de regulación*”. La Profesora Elisabeth Salmon, catedrática de la Pontificia Universidad Católica del Perú ha señalado en SALMON, Elizabeth, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, PUCP & CICR, Lima, 2004, pag. 23 que “*el Derecho Internacional Humanitario (DIH) o ius in bello no permite ni prohíbe los conflictos armados, tanto internacionales como internos, sino que, frente a su desencadenamiento, se aboca al fin de humanizarlos y limitar sus efectos a lo estrictamente necesario. Se trata de un conjunto de normas, de origen convencional o consuetudinario, cuya finalidad específica es solucionar los problemas de índole humanitaria directamente derivados de los conflictos armados y que, por razones humanitarias, restringe la utilización de ciertos métodos o medios de combate. Así entendido, el DIH pretende un equilibrio entre las necesidades militares y el principio de humanidad, es decir, entre lo que es necesario para vencer al adversario y lo que simplemente denota crueldad. En suma, oponer la civilización de los límites ante el desenfreno de la barbarie que pueden suponer per se los enfrentamientos armados*.”

¹⁵ Conf. MELZER, Nils with the coordination of KUSTER, Etienne, *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, CICR, 2016, Geneva, pag.17: “*IHL is a set of rules that seek to limit the humanitarian consequences of armed conflicts. It is sometimes also referred to as the law of armed conflict or the law of war (Jus in Bello). The primary purpose of IHL is to restrict the means and methods of warfare that parties to a conflict may employ and to ensure the protection and humane treatment of persons who are not, or no longer, taking a direct part in the hostilities. In short, IHL comprises those rules of international law which establish minimum standards of humanity that must be respected in any situation of armed conflict*.”

¹⁶ Conf. SWINARSKI, Christophe, *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema de Protección de la Persona Humana*, San José de Costa Rica, IIDH, 1991, pag.20.

¹⁷ Algunos autores suelen citar el Preámbulo del IV Convenio de La Haya de 1907, en el sentido de que la idea que preside estas Convenciones es la de revisar las leyes y costumbres de la guerra y, en defecto de regulación convencional, tanto la población civil como los beligerantes están protegidos por los principios del Derecho de gentes “*tal como resulta de los usos establecidos entre los pueblos civilizados*”. Por ejemplo, un Estado beligerante puede no haber ratificado ni la Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales, ni el Protocolo adicional I, que prohíbe el uso de “*armas, proyectiles y material y métodos de guerra cuya naturaleza causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios*.” Sin embargo, existe una prohibición consuetudinaria universalmente reconocida contra tales medios y métodos de guerra. Por lo tanto, a ese Estado se le prohibiría el uso de tales municiones conforme al derecho internacional humanitario consuetudinario.

Gabriel Pablo Valladares

El CICR y la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario

¹⁸ En diciembre de 1995, la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja ordenó oficialmente al CICR que preparara un informe sobre las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales. En 2005, después de una amplia investigación y consultas con expertos en todo el mundo, el CICR publicó su informe. El estudio no intenta examinar cada artículo del tratado de derecho internacional humanitario en cuanto a su naturaleza consuetudinaria; por el contrario, su objetivo es establecer, y de ser así, hasta qué punto se regulan algunos temas de relevancia práctica en el derecho internacional humanitario consuetudinario. En el volumen I del estudio figuran 161 reglas que el CICR considera vinculante como un tema de derecho internacional humanitario consuetudinario y explica el fundamento de esa evaluación; El volumen II cataloga la práctica en la que se basan las conclusiones del volumen I. El estudio muestra que ciertas normas y principios del tratado de derecho internacional humanitario han alcanzado el carácter consuetudinario o han influido enormemente en la formación del derecho consuetudinario. El estudio también indica que 143 reglas del derecho de los tratados aplicable en los conflictos armados internacionales también se han vuelto vinculantes en los conflictos armados no internacionales como un tema de derecho internacional humanitario consuetudinario, y que sólo 13 reglas son aplicables únicamente en los conflictos armados no internacionales.

¹⁹ Conf. GONZALEZ NAPOLITANO, Silvina en *Introducción al derecho Internacional Humanitario*, publicado en portalacademico.derecho.uba.ar, pag.5.

²⁰ Conf. SWINARSKI, Christophe, op.cit. , pag.22, existe otra doctrina específicamente dedicada a la interpretación y a la implementación del derecho internacional humanitario vigente, llamada de “doctrina del Comité Internacional de la Cruz Roja” que son un conjunto de reglas elaboradas por el Comité para dar coherencia a su actuación internacional humanitaria. Entiende el autor citado, que estas reglas pueden servir de fundamento a las que luego aceptarán los Estados como normas obligatorias, sean estas convencionales o consuetudinarias y puede ser considerado como el proceso de transformación del llamado “soft law” en “hard law”. Swinarski también considera otra fuente particular del derecho internacional humanitario en los instrumentos aprobados en el marco de las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Entiende el autor que los estatutos, resoluciones y declaraciones adoptadas en el seno de estas Conferencias Internacionales, donde participan no solo los componentes del Movimiento internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, sino también los 194 Estados Partes del Convenio I de Ginebra de 1949 con voto decisivo preponderante, confiriendo a las decisiones de la mencionada Conferencia un rango jurídico comparable al de las decisiones de los organismos internacionales gubernamentales en el ámbito del progresivo desarrollo y de la interpretación del derecho internacional humanitario

²¹ Como la finalidad del derecho de Ginebra es proteger a las víctimas de la guerra, cuando se redactaron las Convenciones de Ginebra de 1949 era importante proteger a esas personas, en toda la medida de lo posible, contra las presiones que puedan ejercerse sobre ellas para obligarlas a renunciar a sus derechos. Por ello, las personas protegidas no pueden, en ningún caso, renunciar, parcial ni totalmente, a los derechos que se les otorgan en los Convenios y el Protocolo. Se trata, esencialmente, del personal de los servicios sanitarios militares y civiles, y

de los heridos, los enfermos y los náufragos militares y civiles, así como de los prisioneros de guerra, de los internados civiles, de los habitantes de los territorios ocupados y de los extranjeros en el territorio de una parte en conflicto. El principio de inalienabilidad se aplica a todos los derechos que protegen a esas víctimas de la guerra.

²² Conf. GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T, Elementos de Derecho Internacional Humanitario, Eudeba, 2014, pag.89.

²³ Ciertos politólogos e historiadores utilizan categorías o etiquetas diferentes para denominar lo que jurídicamente puede constituir un conflicto armado internacional o no internacional. Por ejemplo, la referencia a conflictos asimétricos o a conflictos de tercera generación, entre otras, no dejan de ser situaciones que constituyen conflictos armados que se encuadran, según sean sus características, en una u otra de las dos categorías reconocidas por el derecho internacional humanitario. Desde el punto de vista jurídico, no existe ningún otro tipo de conflicto armado.

²⁴ VITE, Sylvain, “*Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales*” separata de la International Review of the Red Cross, nro. 873, marzo de 2009, Ginebra, pag. 3.

²⁵ VITE, Sylvain, “*Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales*” separata de la International Review of the Red Cross, nro. 873, marzo de 2009, Ginebra, pag. 3.

²⁶ El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia propuso una definición general de conflicto armado internacional. En el caso de Tadic, el Tribunal afirmó que “*existe conflicto armado cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados*” conf. TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A, 2 de octubre de 1995, párr. 70.

²⁷ De conformidad con el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949: “*Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar*”.

²⁸ En los Comentarios de los Convenios de Ginebra de 1949, se confirma que “cualquier diferencia que surja entre dos Estados y que conduzca a la intervención de las fuerzas armadas es un conflicto armado en el sentido del artículo 2, incluso si una de las Partes niega la existencia de un estado de guerra. No influye en nada la duración del conflicto ni la mortandad que tenga lugar”. Véase también *Joint Services Regulations (ZDv) 15/2*, en: D. Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 45.

²⁹ En ese sentido, el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) señaló que el “*control de fuerzas armadas subordinadas o milicias o unidades paramilitares por parte de un Estado puede tener carácter general (y no comprende sólo la provisión de asistencia financiera o equipamiento o entrenamiento militar). Este requisito, sin embargo, no implica, por ejemplo, que el Estado dé órdenes concretas o que comande cada una de las operaciones individuales*”. El criterio de “control general” se cumple cuando un Estado extranjero “*desempeña un papel en la organización, coordinación o planificación de las acciones militares del*

grupo militar, además de financiar, instruir y equipar o prestar apoyo operacional a ese grupo”. La participación debe, entonces, exceder el mero apoyo logístico, pero no implica que todas las acciones del grupo en cuestión sean dirigidas a distancia por el Estado extranjero.

³⁰ Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949: Conflictos no internacionales. En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

³¹ TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadić*, Judgment, IT-94-1-T, 7 May 1997, para. 561-568; v. también TPIY, *The Prosecutor v. Fatmir Limaj*, Judgment, IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005, párr. 84.

³² Para un análisis detallado de estos criterios, v. TPIY, *The Prosecutor v. Fatmir Limaj*, Judgment, IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005, párrs. 135-170.

³³ V. D. Schindler, *The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols*, RCADI, Vol. 163, 1979-II, p. 147. Para un análisis detallado de estos criterios, v. TPIY, *The Prosecutor v. Fatmir Limaj*, Judgment, IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005, párrs. 94-134.

³⁴ . Se lista a continuación tratados o instrumentos internacionales de mayor relevancia del derecho internacional humanitario o con contenidos de este derecho atendiendo a la cronológica de la adopción de su texto: 1864: Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña; **1868: Declaración de San Petersburgo de 1868 (prohíbe el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra); 1899: Convenios de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre.** 1899: Convenio sobre la adaptación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra de 1864. 1906: Revisión y desarrollo del Convenio de Ginebra de 1864; **1907: Convención y Reglamentos relativos a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; 1925: Protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos.** 1929: Se actualizan el primer Convenio de Ginebra (se actualiza la protección de los heridos y enfermos) se adopta un Convenio sobre el trato debido a los prisioneros de guerra. 1949: I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña ; II Convenio de Ginebra para

aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.; III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; 1954: Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Primer Protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (adoptado en 1999). 1968: Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad; **1972: Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción; 1976: Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (ENMOD); 1977: Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales; Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional; 1980: Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. Protocolo sobre fragmentos no localizables (Protocolo I). Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (Protocolo II). Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Armas Incendiarias (Protocolo III) Protocolo sobre Armas Láser Cegador (Protocolo IV). Protocolo sobre los Restos Explosivos de Guerra (Protocolo V) (adoptado en 2003). Enmienda a la Convención de 1980 (adoptada en 2001); 1993: Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su destrucción.; 1997: Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción; 1998: Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional; 2001: Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados; 2005: Protocolo III Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la Aprobación de un Signo Distintivo Adicional; 2006: Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; **2008: Convención de Oslo sobre la Prohibición de las Municiones en Racimo; 2013: Convención sobre la Transferencia y Comercio de Armas.****

³⁵ Todos ellos destacados con negrilla en la cita anterior.

³⁶ Conf. CAMARGO, Pedro Pablo, *Derecho Internacional Humanitario* Tomo I, Jurídica Radar Ediciones, Colombia 1995, pag. 465 «La primera codificación de armas prohibidas es la Declaración de San Petersburgo de 1868 a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra. Los principios rectores de tal declaración son: a-Que los progresos de la civilización deben tener por efecto mitigar en la medida de lo posible las calamidades de la guerra; b-Que el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo; c-Que a este efecto, es suficiente poner fuera de combate al mayor número posible de hombres; d-Que este objetivo sería sobrepasado por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate,

Gabriel Pablo Valladares

El CICR y la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario

o haría su muerte inevitable; e-Que, por lo tanto, el empleo de armas semejantes sería contrario a las leyes de la humanidad, (Las Altas Partes contratantes «se comprometen a renunciar mutuamente, en caso de guerra entre ellas, al empleo por sus tropas de tierra o de mar de todo proyectil de peso inferior a 400 gramos, que o sea explosivo, o esté cargado de materias fulminantes o inflamables»)).»

³⁷ Yves Sandoz, ex-Director del Departamento de Derecho, Comunicación y Doctrina del CICR solía decir que el objetivo del derecho internacional humanitario no es ajeno a los problemas de seguridad de los Estados, pero aclaraba que, sin embargo no tiene la importancia vital que conlleva en materia de desarme. También señalaba Sandoz que sería ilusorio pensar que se pueden impedir los conflictos fijando a los beligerantes, límites estrictos en cuanto a los medios de combate que hagan de este un imposible y por ello no hay razón alguna para pensar que tal barrera resistiría mejor que la erigida por el derecho que prohíbe recurrir al uso de la fuerza. Es difícil que los Estados prohíban -en el ámbito del derecho internacional humanitario-, ciertas armas cuya importancia estratégica hace que toda negociación sea ardua por lo que atañe al desarme. En cambio, hay ciertas armas cuya posesión no tienen real influencia en el equilibrio del poder bélico de los Estados y cuya utilización no es indispensable a nivel militar, pero cuyo empleo tiene efectos particularmente crueles o provoca, sin justificación militar, daños muy extensos y consecuencias humanitarias importantes. En otros términos, el derecho internacional humanitario prohíbe las armas, proyectiles, etc., que causen “males superfluos o sufrimientos innecesarios”, y aquellos que “hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”.

³⁸ Véase artículo 36 del Protocolo adicional I.

³⁹ Véase el informe titulado “El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos” presentado por el CICR a los Estados participantes de la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, celebrada en Ginebra, Suiza entre los días 8 y 10 de diciembre de 2015.

⁴⁰ Véase el informe titulado “El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos” presentado por el CICR a los Estados participantes de la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, celebrada en Ginebra, Suiza entre los días 8 y 10 de diciembre de 2015 que reza “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 imperantes en el momento, 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 lícitos, 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 indirectos 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 derecho internacional humanitario. En este contexto, también habría que tener en cuenta la protección otorgada por el derecho de la neutralidad?.

Sobre el autor

Gabriel Pablo Valladares



Gabriel Pablo Valladares es Asesor Jurídico de la Delegación Regional del CICR para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay desde 1998. Hasta 1997 fue profesor adjunto interino de derecho internacional público y de derecho internacional humanitario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores, Argentina. Entre 2005 y 2007 fue profesor invitado del Posgrado “*lato sensu*” em direito dos conflitos armados, de la Universidad de Brasilia, Brasil, también del módulo de derecho internacional humanitario del Postgrado en jurisdicción penal internacional

y derechos humanos de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina y del Postgrado sobre Ser Humano y Conflicto Armado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Entre 2004 y 2009 fue profesor de derecho internacional humanitario de la Maestría en derechos humanos de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Desde 1997 hasta el presente es corresponsal del Asser Instituut de Holanda para su Yearbook of International Humanitarian Law. Es autor de obras y artículos de Derecho Internacional. El contenido del presente artículo es de exclusiva responsabilidad del autor.