

¿El conflicto armado en Afganistán ha afectado las normas relativas a la conducción de las hostilidades?

Robin Geiss y Michael Siegrist*

Robin Geiss es profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Potsdam, Alemania. Michael Siegrist se desempeña como asistente de redacción de la International Review of the Red Cross y es titular de una maestría en derecho por la Academia de Derecho Internacional Humanitario y de Derechos Humanos de Ginebra.

Resumen

El conflicto armado que tiene lugar en Afganistán desde 2001 ha dado lugar a numerosas cuestiones relacionadas con las normas humanitarias relativas a la conducción de las hostilidades. En Afganistán, como suele suceder en los denominados conflictos asimétricos, las fronteras geográficas y temporales del campo de batalla y la distinción entre civiles y combatientes se difuminan cada vez más. A consecuencia de ello, tanto los civiles como los soldados que operan en Afganistán corren graves riesgos. El objetivo de este artículo es evaluar si el conflicto armado en Afganistán ha afectado la aplicación y la interpretación de los principios de distinción, proporcionalidad y precaución, que constituyen el núcleo de las normas jurídicas relacionadas con la conducción de las hostilidades y, en caso afirmativo, en qué medida.

* Parte del material contenido en este artículo se ha publicado con anterioridad en Robin Geiss, “The conduct of hostilities in asymmetric conflicts: reciprocity, distinction, proportionality, precautions”, en *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften (Journal of International Law of Peace and Armed Conflicts)*, vol. 23, n.º 3, 2010, pp. 122–132. El contenido de este artículo refleja las opiniones de los autores y no necesariamente las de las organizaciones con las que están o han estado asociados.

El conflicto armado que tiene lugar en Afganistán desde hace casi diez años viene dando lugar a cuestiones sumamente complicadas para el personal militar, los expertos en derecho internacional y la comunidad humanitaria. Incluso hoy, casi no pasa un día sin alguna noticia sobre las víctimas civiles o las bajas en las fuerzas afganas, la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF, por sus siglas en inglés), la Operación Libertad Duradera (OEF, por sus siglas en inglés) o las fuerzas de la oposición armada¹. Que los soldados y combatientes sufran heridas o mueran es inherente a la naturaleza de los conflictos armados, pero no debería ser así en el caso de las personas civiles. Uno de los factores que ha incidido considerablemente en la guerra en Afganistán es la enorme disparidad de la capacidad tecnológica y el poderío militar entre las partes en el conflicto. El poderío militar de Estados Unidos y sus aliados ha forzado a la oposición armada a adoptar tácticas de guerrilla y una estrategia basada en la resistencia y el desgaste². De acuerdo con esta estrategia, la oposición armada procura evitar el campo de batalla clásico llevando las hostilidades de un lugar a otro, a menudo en las proximidades de las personas civiles, difuminando de este modo las líneas de distinción entre los combatientes y las personas que no participan activamente en las hostilidades. Al mismo tiempo, un aspecto importante de la estrategia contemporánea contra la insurgencia es centrarse en la población civil y estar tan cerca de ella como sea posible³. La difuminación de las distinciones viene acompañada de mayores dificultades para las partes en el conflicto en lo que respecta a identificar objetivos militares y aplicar los principios de proporcionalidad y precaución. Todos estos factores han suscitado algunos intentos de ampliar ciertos conceptos del derecho internacional humanitario (DIH), como la definición de participación

- 1 La oposición armada que opera contra el gobierno de la República Islámica de Afganistán y la presencia militar internacional se conoce comúnmente como los “talibanes”, quienes se describen a sí mismos como el Emirato Islámico de Afganistán. Ésta es una denominación abreviada que se aplica a una alianza fragmentada entre diferentes grupos, como Quetta Shura Taliban en Afganistán meridional, Hezb-i Islami Gulbuddin (HiG) y Hezb-i Islami Khalis en el este, y la Red Haqqani. En el marco del Proyecto del Informe sobre Seguridad Humana, el Afghanistan Conflict Monitor (Centro de seguimiento del conflicto en Afganistán) ha elaborado una descripción de los grupos armados no estatales que operan en Afganistán, que puede consultarse en: <http://www.afghanconflictmonitor.org/armedgroups.html> (consultado el 22 de marzo de 2011).
- 2 Patrick Quinn, “Taliban leader: insurgents waging war of attrition”, en *The Seattle Times*, 15 de noviembre de 2010, disponible en: http://seattletimes.nwsourc.com/html/nationworld/2013436796_apasafghantlibanmessage.html (consultado el 15 de marzo de 2011). V. también Ehsan Mehmood Khan, “A strategic perspective on Taliban warfare”, en *Small Wars Journal*, 22 de marzo de 2010, disponible en: <http://smallwarsjournal.com/blog/2010/03/a-strategic-perspective-on-tal/> (consultado el 15 de marzo de 2011).
- 3 V., por ejemplo, Ejército del Canadá, “Troops get close to Afghans”, 15 de febrero de 2011, disponible en: <http://www.army.forces.gc.ca/land-terre/news-nouvelles/story-reportage-eng.asp?id=5024> (consultado el 15 de marzo de 2011); David Axe, “US-led alliance concentrates on Afghan population centers”, en *Voice of America*, 9 de mayo de 2011, disponible en <http://www.voanews.com/english/news/asia/US-led-Alliance-in-Concentrateson-Afghan-Population-Centers-121518749.html> (consultado el 27 de junio de 2011).

directa en las hostilidades⁴, o de limitar de otro modo el alcance de la protección que confiere⁵. Sin embargo, con el paso del tiempo y en vista del creciente número de víctimas civiles, se ha comprobado que la tendencia a limitar el ámbito de la protección conferida por el DIH contraría el logro de los objetivos estratégicos de largo plazo. A consecuencia de ello, y en respuesta a consideraciones de índole política y operacional, se han adoptado reglas de enfrentamiento que, en algunos aspectos, son más restrictivas que las que impone el propio DIH⁶.

Este artículo se desarrolla en varios pasos. En primer lugar, se presenta una clasificación de las diferentes etapas del conflicto armado que se desarrolla en Afganistán desde 2001. Este paso es importante para identificar el marco jurídico que rige las actuales hostilidades. En segundo lugar, se evalúa si la índole asimétrica del conflicto armado en Afganistán ha afectado al DIH, en particular la interpretación y aplicación de las normas relativas a la conducción de las hostilidades. Este análisis se centra en los conceptos de distinción, proporcionalidad y precaución, y utiliza los desafíos que afrontan las fuerzas militares internacionales como tema de estudio de caso. En tercer lugar, el artículo echa luz sobre la distinción, no siempre sencilla, entre el paradigma del mantenimiento del orden público y el paradigma de las hostilidades en ciertas operaciones. Un ejemplo en el cual estos dos paradigmas pueden superponerse es el de los puestos de control vehicular, que representan una importante medida de seguridad en Afganistán. Por último, los autores examinan las posibles ventajas y desventajas que presentan las nuevas tecnologías en el ámbito de la conducción de las hostilidades. Sobre todo en los últimos años, en Afganistán se han empleado las aeronaves no tripuladas o “drones” con fines de vigilancia, pero también, y cada vez más, en la conducción efectiva de las hostilidades, particularmente en el contexto de los denominados asesinatos selectivos.

4 V. Kenneth Watkin, “Opportunity lost: organized armed groups and the ICRC ‘Direct participation in hostilities’ interpretative guidance”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n.º 3, 2010, pp. 641–695; Michael N. Schmitt, “Deconstructing direct participation in hostilities: the constitutive elements”, en *ibid.*, pp. 697–739; Bill Boothby, “And for such time as’: the time dimension to direct participation in hostilities”, en *ibid.*, pp. 741–768.

5 Por ejemplo, con respecto al estatuto de combatiente de los combatientes talibanes y de Al Qaeda y su detención, v. W. Hays Park, “Combatants”, en Michael N. Schmitt (ed.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis*, Estudios de Derecho Internacional de la Escuela de Guerra Naval de Estados Unidos, vol. 85, Naval War College Press, Newport, RI, 2009, pp. 269–275. Para una crítica de la denegación colectiva del estatuto de prisionero de guerra y un análisis de los fundamentos jurídicos de la detención, v. Stéphane Ojeda, “US detention of Taliban fighters: some legal considerations”, en *ibid.*, pp. 360–369.

6 Por ejemplo: “Antes de utilizar armas de fuego, el comandante que aprueba el ataque debe verificar la ausencia de personas civiles. Si no hay posibilidad de evaluar el riesgo de la presencia de civiles, se prohíbe el uso de armas de fuego, excepto si se cumple [una] de las dos condiciones siguientes (las condiciones específicas se han borrado por razones de seguridad operacional, pero se relacionan con los riesgos para las fuerzas de la ISAF y de Afganistán)”. V. ISAF, *General Petraeus issues updated tactical directive: emphasizes “disciplined use of force”*, Comunicado de prensa, 2010-08-CA-004, Kabul, 4 de agosto de 2010, disponible en: <http://www.isaf.nato.int/article/isaf-releases/general-petraeus-issues-updated-tacticaldirective-emphasizes-disciplined-use-of-force.html> (consultado el 15 de marzo de 2011).

Clasificación jurídica del conflicto afgano, 2001-2011

La situación en Afganistán es compleja, no sólo desde el punto de vista de los hechos sino también desde la perspectiva jurídica. Desde 2001, varias partes han intervenido en el conflicto y hoy se acepta, en general, que éste puede dividirse en una etapa de conflicto armado internacional entre la Coalición encabezada por Estados Unidos (OEF) y el régimen talibán que gobernó Afganistán entre el 7 de octubre de 2001 y el 18 de junio de 2002⁷, seguida de una etapa de conflicto armado no internacional “internacionalizado”⁸ iniciada el 19 de junio de 2002, en la cual el nuevo gobierno afgano combate a la oposición armada con el apoyo de las fuerzas de la ISAF y la OEF⁹. Esta fase del conflicto persiste hasta hoy.

El conflicto armado internacional anterior al 19 de junio de 2002

En Afganistán, las hostilidades activas se iniciaron el 7 de octubre de 2001 con ataques aéreos contra los talibanes, en el marco de la “Operación Libertad Duradera”, una campaña militar encabezada por Estados Unidos contra los talibanes y Al Qaeda en Afganistán en respuesta a los atentados terroristas perpetrados contra Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001¹⁰. Aunque, en ese momento, sólo

7 V. S. Ojeda, nota 5 *supra*, pp. 358–359. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), existe un conflicto armado internacional “cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados”. V. TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decisión por lo que respecta a la moción de la defensa en favor de un recurso interlocutorio sobre la jurisdicción (Sala de Apelaciones), 2 de octubre de 1995, párr. 70. Conforme al comentario sobre los Convenios de Ginebra de 1949, se entiende por conflicto armado internacional “toda diferencia entre dos Estados que provoca la intervención de las fuerzas armadas”. Jean S. Pictet (ed.), *Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, Comentario, Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña*, Ginebra, CICR, 1952, p. 32.

8 Cabe destacar que expresión no se refiere a un “tercer” tipo de conflicto armado, sino que abarca los conflictos armados no internacionales con dimensión “internacional”. La expresión se utiliza en situaciones en las que un Estado (o una fuerza multinacional) pasa a ser parte en un conflicto armado no internacional preexistente. Esa intervención puede tener tres resultados: (1) el conflicto armado existente sigue siendo un conflicto armado no internacional si un Estado o una fuerza multinacional apoya a otro Estado contra la oposición armada; (2) el conflicto armado se transforma en un conflicto armado internacional si los actos de la oposición armada pueden atribuirse al Estado o a la fuerza multinacional que han intervenido; o (3) evoluciona hasta transformarse en un “conflicto mixto”, en el cual las relaciones entre las partes se rigen en parte por las normas aplicables a los conflictos armados internacionales y en parte por las normas aplicables a los conflictos armados no internacionales.

9 S. Ojeda, nota 5 *supra*, pp. 359–360.

10 La Operación Libertad Duradera se basó en la Resolución 1368 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, del 12 de septiembre de 2001, en la que se reconocía el derecho individual y colectivo a la defensa propia en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y se condenaban los “ataques terroristas” en los Estados Unidos, considerándolos una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Además, la OTAN invocó el artículo 5 del Tratado del Atlántico Norte, en el que se establece que un ataque armado contra una o varias partes en la OTAN se considera un ataque dirigido contra todas ellas. V. el artículo 5 del Tratado del Atlántico Norte, del 4 de abril de 1949; boletín de la OTAN, “Invocation of Article 5 confirmed”, 2 de octubre de 2001, disponible en: <http://www.nato.int/docu/update/2001/1001/e1002a.htm> (consultado el 14 de marzo de 2011). V. también “7 October 2001: US launches air strikes against Taleban”, en *BBC*, “On this day”, 7 de octubre de 2001, disponible en: http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/october/7/newsid_2519000/2519353.stm (consultado el 22 de marzo de 2011).

unos pocos Estados reconocían al régimen talibán como el legítimo gobierno de Afganistán, existe un consenso generalizado en torno al hecho de que representaba el gobierno afgano *de facto*¹¹ porque controlaba la mayor parte del territorio del país, adoptaba y aplicaba decretos y proporcionaba cierto nivel de “seguridad” (si bien cuestionable) en las zonas que controlaba¹². La caída de Mazar-i-Sharif el 9 de noviembre de 2001 marcó el inicio de la declinación del gobierno talibán y, tras la entrada de las fuerzas de la Alianza del Norte en Kabul el 13 de noviembre¹³ y la caída de Kandahar el 7 de diciembre¹⁴, se consideró que se había producido el desbande de la mayoría de los talibanes¹⁵. La declinación de los talibanes allanó el camino para el establecimiento de un nuevo gobierno de transición. Durante esta fase del conflicto, el debate jurídico versó mayormente sobre cuestiones relativas al estatuto de los combatientes enemigos y el trato acordado a los detenidos¹⁶.

El conflicto armado no internacional desarrollado a partir del 19 de junio de 2002

De conformidad con el Acuerdo de Bonn, celebrado el 5 de diciembre de 2001, la Loya Jirga de emergencia estableció la Administración Provisional Afgana el 19 de junio de 2002 y eligió a Hamid Karzai como nuevo jefe de gobierno, con el reconocimiento de la comunidad internacional¹⁷. En este punto, finalizó el conflicto

- 11 Sólo Pakistán, Arabia Saudita y los Emiratos Árabes Unidos reconocieron a los talibanes como gobierno *de jure*. Con respecto a un debate sobre su reconocimiento, v. Rüdiger Wolfrum y Christine E. Phillip, “The status of the Taliban: their obligations and rights under international law”, en J. A. Frowein y R. Wolfrum (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 6, 2002, pp. 571–577 y 584–586.
- 12 *Ibid.*, p. 566; v. también *Informe del Secretario General sobre la situación en Afganistán y sus consecuencias para la paz y la seguridad internacionales*, 17 de agosto de 2001, documento S/2001/789 de la ONU.
- 13 John Simpson, “Eyewitness: the liberation of Kabul”, en *BBC News*, disponible en: http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/1654353.stm (consultado el 10 de marzo de 2011).
- 14 “7 December 2001: Taleban surrender Kandahar”, en *BBC “On this day”*, disponible en: http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/december/7/newsid_4031000/4031711.stm (consultado el 22 de marzo de 2011).
- 15 V. Barbie Dutter y Stephen Robinson, “Reign of the Taliban is over”, en *The Telegraph*, 7 de diciembre de 2001, disponible en: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/afghanistan/1364622/Reign-of-the-Taliban-is-over.html> (consultado el 22 de marzo de 2011).
- 16 Con respecto a este debate, v., entre otros, Jelena Pejic, “Unlawful/enemy combatants: interpretation and consequences”, en Michael N. Schmitt y Jelena Pejic (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines – Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, pp. 335–336; Gabor Rona, “Legal issues in the “war on terrorism”: reflecting on the conversation between Silja N.U. Voneky and John Bellinger”, en *German Law Journal*, vol. 9, n.º 5, 2008, pp. 711–736.
- 17 V. Resolución 1419 (2002) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, del 26 de junio de 2002, en la que se acoge con beneplácito la elección de Hamid Karzai. V. también *Informe del Secretario General sobre la situación en Afganistán y sus consecuencias para la paz y la seguridad internacionales*, del 11 de julio de 2002, documento S/2002/737 de las Naciones Unidas. En la Conferencia Internacional sobre Afganistán celebrada en diciembre de 2001 se concluyó el “Acuerdo sobre las disposiciones provisionales en el Afganistán en espera de que se restablezcan las instituciones permanentes de gobierno (el “Acuerdo de Bonn”); S/2001/1154, del 5 de diciembre de 2001, en el que se estableció una autoridad provisional y se llamó a establecer una Loya Jirga de emergencia. V. Lucy Morgan Edwards, “State-building in Afghanistan: a case showing the limits?”, en *International Review of the Red Cross*, n.º 880, 2010, pp. 967–991; Norah Niland, “Impunity and insurgency: a deadly combination in Afghanistan”, en *ibid.*, pp. 931–950.

armado internacional, puesto que ya existía un enfrentamiento entre dos o más Estados¹⁸. Sin embargo, al poco tiempo, cuando la oposición armada se adaptó a la nueva situación, se reanudaron las hostilidades¹⁹. Desde entonces, las hostilidades tienen lugar en diferentes lugares y medidas, entre el nuevo gobierno afgano, apoyado por las fuerzas de la ISAF²⁰ y la OEF, por un lado, y por el otro, la oposición armada. La organización de la oposición armada, y las hostilidades, han alcanzado un nivel tan elevado que cabe reconocer, sin temor a equivocarse, la existencia de un conflicto armado no internacional al que se aplica el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el DIH consuetudinario (pertinente a este umbral)²¹.

Desde el 10 de noviembre de 2009, fecha en que Afganistán ratificó el Protocolo adicional II, las hostilidades entre el Ejército Nacional Afgano y la oposición armada podrían ser regidas también por este instrumento. La condición para ello sería que la oposición armada ejerciera sobre una parte del territorio de Afganistán un control tal que le permitiese “realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo” [Protocolo adicional II]²². La oposición armada parece haber logrado establecer un “gobierno en las sombras” en todo Afganistán, donde controla partes de la población afgana y administra tribunales²³. Estos antecedentes fácticos favorecen la aplicación del Protocolo adicional II entre la oposición armada y las fuerzas armadas del gobierno afgano.

En este sentido, el hecho de que otros Estados estén obligados o no por las disposiciones del Protocolo adicional II con respecto al conflicto en Afganistán es una cuestión abierta a debate. Indudablemente, el Protocolo no puede obligar

18 Con respecto a la opinión expresada en 2009 en el sentido de que la índole del conflicto entre los Estados de la Coalición y la oposición armada no ha cambiado, esto es, que el conflicto sigue siendo un conflicto armado internacional, v., por ejemplo, Yoram Dinstein, “Terrorism and Afghanistan”, en M. N. Schmitt, nota 5 *supra*, pp. 51–53.

19 V. Informe del Secretario General sobre la situación en Afganistán y sus consecuencias para la paz y la seguridad internacionales, 18 de marzo de 2002, documento S/2002/278 de la ONU, párrs. 45–54.

20 Con respecto al mandato de la ISAF, v. en particular las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 1386, del 20 de diciembre de 2001; 1510, del 13 de octubre de 2003; y 1890, del 8 de octubre de 2009.

21 En el derecho internacional, no existe una definición clara y uniforme de lo que constituye un conflicto armado no internacional. No obstante, se acepta en general que la existencia de un conflicto de ese tipo se basa en criterios objetivos, esto es, la intensidad de la violencia y la organización de las partes. Con respecto a una descripción de los criterios de umbral, v. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario?*, documento de opinión del CICR, marzo de 2008, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm> (consultado el 22 de junio de 2012).

22 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), 8 de junio de 1977, artículo 1.

23 V. David Kilcullen, *The Accidental Guerrilla: Fighting Small Wars in the Midst of a Big One*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 47–48 y 49–50. V. también Griff Witte, “Taliban shadow officials offer concrete alternative”, en *The Washington Post*, 8 de diciembre de 2009; Anand Gopal, “Some Afghans live under Taliban rule – and prefer it”, en *The Christian Science Monitor*, 15 de octubre de 2008, disponible en: <http://www.csmonitor.com/World/Asia-South-Central/2008/1015/p01s01-wosc.html> (consultado el 22 de marzo de 2011).

en forma directa a Estados que no lo hayan ratificado, como Estados Unidos²⁴. Además, el texto del artículo 1(1) del Protocolo adicional II sugiere que se aplica únicamente a conflictos armados entre el Estado contratante y partes no estatales opositoras que controlan parte del territorio de ese Estado²⁵. Por ende, pareciera que, aparte de Afganistán, los Estados que son partes en el conflicto armado tampoco tienen la obligación directa de respetar el Protocolo adicional II pese a haberlo ratificado. No obstante, todas las partes en el conflicto deben respetar aquellas normas que han alcanzado la categoría de derecho consuetudinario²⁶.

El marco jurídico aplicable a todas las partes en el conflicto armado que tiene lugar en Afganistán es, por consiguiente, el artículo común 3, así como el DIH consuetudinario aplicable en los conflictos armados no internacionales. Además, el conflicto armado entre el gobierno de Afganistán y la oposición armada se rige por las normas del Protocolo adicional II. La discrepancia que se produce al aplicar el Protocolo adicional II sólo entre la oposición armada y Afganistán es, sin embargo, relativamente marginal. La mayoría de las disposiciones contenidas en el Protocolo adicional II han adquirido la categoría de derecho consuetudinario y, por lo tanto, se aplican de igual manera a los otros Estados que participan en el conflicto armado en Afganistán. En lo tocante al alcance geográfico de la aplicación del DIH, cabe destacar que estas normas no se limitan a la zona en la que se libran hostilidades activas y que, por ende, se aplican a todo el territorio afgano²⁷.

Afganistán: un conflicto armado asimétrico

Una de las grandes dificultades que plantea el conflicto armado en Afganistán reside en la considerable diferencia en materia de poderío militar y capacidad tecnológica entre las fuerzas militares internacionales y de la ISAF por una parte, y la oposición armada, por la otra. Por esta razón, Afganistán se ha transformado en el ejemplo paradigmático de un conflicto armado asimétrico²⁸.

Lógicamente, la noción de “guerra asimétrica” es un concepto multifacético. No hay un entendimiento común, ni mucho menos una definición clara del

24 V. el artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969, en el que se formula la siguiente norma general: “Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento”.

25 V. el artículo 1(1) del Protocolo adicional II, en el que se establece lo siguiente: “El presente Protocolo (...) se aplicará a todos los conflictos armados (...) que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y (...) grupos armados organizados que (...) ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control...” (el subrayado es nuestro).

26 V. el artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

27 V., por ejemplo, TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, nota 7 *supra*, párrs. 86 y 89; Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Caso n.º ICTR-96-4-T, Decisión del 2 de septiembre de 1998, párrs. 635 y 636.

28 V. Claus Kress y Georg Nolte, “Im ungleichen Krieg”, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, disponible en: <http://www.faz.net/s/RubD5CB2DA481C04D05AA471FA88471AEF0/Doc~E0AAA1FCF923947BEB8C20C7D45EFA2DC~ATpl~Ecommon~Scontent.html> (consultado el 22 de marzo de 2011); Andreas Paulus y Mindia Vashakmadze, “Asymmetrical war and the notion of armed conflict: a tentative conceptualization”, en *International Review of the Red Cross*, n.º 873, 2009, p. 108. En general, v. Herfried Münkler, “Las guerras del siglo XXI”, en *International Review of the Red Cross*, n.º 849, 2003.

significado del término “guerra asimétrica”. Hasta se ha argumentado que el concepto de asimetría se ha “distorsionado hasta quitarle toda utilidad”²⁹. Sea como fuere, en la doctrina jurídica la frase “guerra asimétrica” se usa normalmente como una abreviatura referida a las cambiantes estructuras de los conflictos armados modernos y a los desafíos que esta evolución plantea para la aplicación del DIH. En este contexto, el término “guerra asimétrica” se usa para describir las desigualdades y desequilibrios entre los beligerantes que participan en los conflictos armados modernos, que pueden afectar a todo el espectro de la guerra³⁰. Más a menudo, el término hace referencia a la distribución desigual del poderío militar y de la capacidad tecnológica³¹. Los desequilibrios de poder entre las partes pueden ser tan pronunciados que la parte en inferioridad de condiciones queda, de entrada, privada de toda posibilidad objetiva de ganar militarmente el conflicto. Incluso es posible que los participantes en el conflicto ni siquiera se propongan el objetivo de alcanzar una victoria militar en el sentido clásico³².

La situación en Afganistán es un ejemplo conspicuo, que demuestra la existencia de una evidente cadena de causa y efecto entre esos desequilibrios de poder y lo que se denomina guerra de guerrillas³³. El poderío militar de las fuerzas multinacionales en Afganistán induce a la oposición armada a adoptar las denominadas tácticas de guerrilla a fin de eludir la confrontación militar directa con un enemigo superior y compensar su inferioridad. Algunos autores también sugieren que la oposición armada en Afganistán adopta básicamente una estrategia de agotamiento que le permita obtener el control de las regiones pastunas, en lugar de buscar el derrocamiento directo del gobierno afgano³⁴. Esta lógica simple no es novedosa; tiene amplios antecedentes en la historia de la guerra³⁵. En el siglo XX, las guerras de liberación nacional y la abrumadora mayoría de los conflictos armados no internacionales eran inherentemente asimétricos en este sentido.

Pese a sus limitados medios bélicos, la oposición armada se ha mostrado

29 Stephen J. Blank, *Rethinking Asymmetric Threats*, Escuela de Guerra del Ejército de Estados Unidos, Instituto de Estudios Estratégicos, septiembre de 2003, disponible en: <http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pubs/display.cfm?pubID=103> (consultado el 22 de marzo de 2011).

30 V. Michael N. Schmitt, “Asymmetrical warfare and international humanitarian law”, en Wolff Heintschel von Heinegg y Volker Epping (eds.), *International Humanitarian Law Facing New Challenges*, Springer Science and Business Media, Berlín y Heidelberg, 2007, pp. 11–48.

31 Robin Geiss, “Las estructuras de los conflictos asimétricos”, en *International Review of the Red Cross*, n.º 864, 2006; Toni Pfanner, “La guerra asimétrica desde la perspectiva de la acción y el derecho humanitarios”, en *International Review of the Red Cross*, n.º 857, 2005.

32 William C. Martel, *Victory in War: Foundations of Modern Military Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

33 V., por ejemplo, D. Kilcullen, nota 23 *supra*, p. 39 en adelante. Tradicionalmente, y sobre todo en la teoría militar, la guerra asimétrica se ha considerado equivalente a la guerra de guerrillas y a la guerrilla partisana. V. Stephen Metz y Douglas V. Johnson II, *Asymmetry and U.S. Military Strategy: Definition, Background, and Strategic Concepts*, Escuela de Guerra del Ejército de Estados Unidos, Instituto de Estudios Estratégicos, enero de 2001, disponible en: <http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/ssi/asymmetry.pdf> (consultado el 3 de enero de 2011).

34 V., por ejemplo, D. Kilcullen, nota 23 *supra*, pp. 50 y 52.

35 Andrew J. R. Mack, “Why big nations lose small wars: the politics of asymmetric conflict”, en *World Politics*, vol. 27, n.º 2, 1975, pp. 175–200.

capaz de obstruir los objetivos estratégicos de sus adversarios más fuertes mientras persigue los propios³⁶. La duración del conflicto armado no internacional en Afganistán es la prueba de esta realidad. Hasta hoy, el conflicto lleva casi diez años³⁷. El conflicto en Afganistán es altamente dinámico. Tiende a eludir las demarcaciones espaciales y temporales claras. El nivel de violencia fluctúa; las hostilidades estallan en cualquier momento y potencialmente en cualquier lugar. Por ello, en este contexto, el espacio de los enfrentamientos está por doquier y los conceptos tradicionales referidos a un “campo de batalla” claramente delimitado a veces parecen un poco obsoletos³⁸. En Afganistán, los talibanes parecen consistir en un núcleo de combatientes guerrilleros que se desplazan de un valle a otro (sobre todo cuando está amenazada su seguridad), tienden emboscadas, siembran minas o colocan artefactos explosivos improvisados (AEI, activados en forma personal, por un vehículo o por control remoto), usan francotiradores y hasta cometen atentados suicidas³⁹. Estos combatientes móviles suelen contar con el apoyo de guerrilleros locales “a tiempo parcial” y de células en las aldeas (que cumplen funciones de coordinación e inteligencia)⁴⁰.

Las estructuras de conflicto asimétricas plantean una serie de problemas jurídicos diferentes⁴¹. En lo que respecta a la conducción efectiva de las hostilidades, los debates se centran en los efectos que la creciente difuminación de las líneas de distinción tiene en la aplicación y la suficiencia de las respectivas normas humanitarias. La constante elusión de la confrontación militar directa, el desplazamiento intencional de las hostilidades de una localidad a otra y la adopción de modalidades centradas en la población —estrategias que a menudo acercan las hostilidades

36 Ivan Arreguin-Toft, *How the Weak Win Wars: A Theory of Asymmetric Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

37 “Is the Afghan War really the longest in U.S. history?”, en *The Week*, 10 de junio de 2010, disponible en: <http://theweek.com/article/index/203842/is-the-afghan-war-really-the-longest-in-us-history> (consultado el 22 de marzo de 2011).

38 H. Münkler, nota 28 *supra*, pp. 7–22; Herfried Münkler, *Der Wandel des Krieges: Von der Symmetrie zur Asymmetrie*, 2a edición, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist, 2006.

39 D. Kilcullen, nota 23 *supra*, p. 55. Téngase en cuenta que la oposición armada utiliza la expresión “ataques de mártires”. V. en esta edición de la *Review* la traducción informal del CICR de “La Layha para los muhahidines: análisis del código de conducta para los combatientes talibanes en el marco del derecho islámico”, versión del 29 de mayo de 2010, art. 57 [en inglés]. Para consultar ejemplos de recientes atentados suicidas y otros ataques, v., entre otros, Heidi Vogt y Mirwais Khan, “Afghanistan suicide bomber kills 6 NATO troops”, en *The Huffington Post*, 12 de diciembre de 2010, disponible en: http://www.huffingtonpost.com/2010/12/12/afghanistan-suicide-bomber_n_795588.html (consultado el 22 de marzo de 2011); Alissa J. Rubin, “31 killed in suicide attack on Afghan census office”, en *The New York Times*, 21 de febrero de 2011, disponible en: <http://www.nytimes.com/2011/02/22/world/asia/22afghanistan.html> (consultado el 22 de marzo de 2011); y “Taliban attack Afghanistan Nato bases”, en *RFI*, 28 de agosto de 2010, disponible en: <http://www.english.rfi.fr/asia-pacific/20100828-taliban-attack-afghanistan-nato-bases> (consultado el 22 de marzo de 2011). Según un informe del secretario general de las Naciones Unidas, en 2010 se registraron unos tres atentados suicidas por semana, dirigidos principalmente contra las fuerzas militares internacionales. V. *Informe del Secretario General sobre la situación en Afganistán y sus consecuencias para la paz y la seguridad internacionales*, 10 de diciembre de 2010, documento S/2010/630 de la ONU, párr. 15.

40 D. Kilcullen, nota 23 *supra*, pp. 83–86.

41 Por esta razón, la noción y la definición de conflicto armado en el marco del derecho internacional humanitario han sido objeto de considerable atención en la literatura reciente. V. A. Paulus y M. Vashakmadze, nota 28 *supra*, pp. 95–125.

a los centros urbanos y civiles— son factores que amenazan la distinción entre los combatientes y los civiles protegidos. En la práctica, es cada vez más difícil determinar quién o qué puede ser objeto de ataque. Como resultado de ello, crecen los riesgos para la población civil. Al mismo tiempo, los soldados que operan sobre el terreno también afrontan crecientes problemas de seguridad, ya que no siempre pueden distinguir entre quienes participan en las hostilidades y quienes no. Esta deplorable tendencia es bien conocida⁴². Una y otra vez, los foros internacionales han expresado la preocupación de que los civiles siguen pagando el precio más alto en los conflictos armados modernos⁴³. Sin embargo, no se ha prestado tanta atención a las cuestiones “complementarias” que la difuminación de las líneas de distinción suscita con respecto a la identificación de los objetivos militares legítimos, la aplicación del principio de proporcionalidad y las precauciones en el ataque establecidas en el artículo 57 del Protocolo adicional I y el derecho consuetudinario. Al parecer, los conflictos asimétricos plantean una serie de cuestiones y ambigüedades de larga data en relación con las normas humanitarias aplicables a la conducción de las hostilidades. En este artículo, se analizan dichas cuestiones a la luz del prolongado conflicto armado en Afganistán, utilizando los desafíos que afrontan las fuerzas militares internacionales como estudio de caso.

La conducción de las hostilidades en los conflictos asimétricos

La elusión de la confrontación directa y la preservación de las fuerzas propias se transforman en prioridades apremiantes, especialmente para un beligerante militarmente inferior. Esta modalidad puede representar un desafío particular en relación con el principio fundamental de la distinción. Los ataques directos se pueden evitar fácilmente si el combatiente viste de civil. Fingir que se goza de un estatus protegido, mezclarse con la población civil y lanzar ataques desde objetos que gozan de protección especial son acciones sumamente deplorables pero, al parecer, son consecuencias inevitables de esta lógica. Los objetivos militares que no pueden ocultarse con facilidad se protegen mediante el uso de escudos humanos, manipulando así la evaluación de la proporcionalidad que hace el enemigo y violando, además, el principio de precaución establecido en el artículo 58 del Protocolo adicional I y parte del DIH consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como no internacionales⁴⁴.

42 *El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos*, documento preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja para la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, 30IC/07/8.4, octubre de 2007, disponible en: <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/ihl-challenges-30th-international-conference-eng.pdf> (consultado el 22 de marzo de 2011).

43 V. *ibid.*; Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Despite progress, civilians continue to bear brunt of conflict, says Under-Secretary-General in briefing to Security Council”, comunicado de prensa del 26 de junio de 2009, SC/9692, disponible en: <http://www.un.org/News/Press/docs/2009/sc9692.doc.htm> (consultado el 22 de marzo de 2011).

44 V. Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario, volumen I: Normas*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, Buenos Aires, 2007, Norma 15, p. 59.

Reciprocidad y otros incentivos para el cumplimiento

Las reiteradas infracciones del derecho humanitario que comete una parte son susceptibles de influir en el comportamiento de la otra. El peor escenario teórico es aquel en el que impera una dinámica de reciprocidad negativa, esto es, una espiral descendente que culmina en la mutua falta de respeto por las normas del DIH. Si uno de los beligerantes viola constantemente el derecho humanitario y si ese comportamiento le ofrece una ventaja militar tangible, es posible que la otra parte se sienta inclinada a desobedecer las normas a fin de ampliar su margen de maniobra y por ende, supuestamente, mejorar la eficacia de sus estrategias de respuesta.

Sin embargo, el círculo vicioso representado por la falta de respeto deliberada por las normas humanitarias permanece en el ámbito de la teoría⁴⁵. La experiencia, sobre todo en Afganistán, ha demostrado que la adhesión estricta a los preceptos humanitarios fundamentales propicia el logro de los objetivos estratégicos de largo plazo. A la inversa, las violaciones reiteradas del derecho humanitario, aunque parezcan prometer ventajas militares en el corto plazo, a la larga pueden socavar la credibilidad y la reputación de una parte en el conflicto, con posibles consecuencias negativas para su capacidad de perseguir estrategias diplomáticas, humanitarias, de desarrollo y de otro tipo que pueden ser vitales para el logro de los objetivos estratégicos de largo plazo⁴⁶. Incluso las ventajas militares de corto plazo que se espera obtener mediante la infracción de las normas humanitarias suelen ser insignificantes. Las lesiones superfluas y los sufrimientos innecesarios son exactamente eso: superfluos e innecesarios. Dificilmente favorecen los objetivos (militares) que se persiguen⁴⁷. Hasta ahora, la principal lección de Afganistán ha sido que el conflicto no se ganará únicamente mediante la fuerza militar y que ésta ni siquiera constituirá el principal instrumento estratégico para alcanzar la victoria. Antes bien, la actual prioridad estratégica global es ganarse los “corazones y mentes” de la población afgana. Por ello, desde 2009, en las operaciones de la ISAF se procura reducir al mínimo las víctimas civiles y los daños a objetos de carácter civil⁴⁸. Esta doctrina parece haber llevado a la formulación de reglas de enfrentamiento que, en parte y hasta cierto punto, exceden las limitaciones que impone el DIH⁴⁹. Así pues, las fuerzas multinacionales frecuentemente

45 El TPIY ha señalado apropiadamente que, después de la Primera Guerra Mundial, la aplicación de las leyes de la guerra dejó de depender de la reciprocidad entre los beligerantes. La consecuencia de ese cambio fue que, en general, los beligerantes empezaron a fortalecer la aplicación de las normas pese a la posibilidad de que el enemigo no las respetara. Este nuevo enfoque surgió cuando los Estados cobraron clara conciencia de que el propósito de las normas del derecho internacional humanitario no era proteger los intereses de los Estados, sino que estaban destinadas básicamente a beneficiar a los individuos en tanto seres humanos”. TPIY, *Prosecutor v. Kupreskic*, Caso n.º IT-95-16-T, Sentencia, 14 de enero de 2000, párr. 518.

46 Robert D. Sloane, “Prologue to a voluntarist war convention”, en *Michigan Law Review*, vol. 106, diciembre de 2007, p. 481.

47 *Ibid.*

48 Gregor Peter Schmitz y Gabor Steingart, “Generäle gegen Obama”, en *Der Spiegel*, 26 de septiembre de 2009, pp. 107–109.

49 Para consultar extractos no confidenciales de la nueva Directiva Táctica del 1º de agosto de 2010 (que reemplaza a la versión del 1º de julio de 2009), v. ISAF, nota 6 *supra*. De esos textos se desprenden algunas conclusiones en relación con las reglas de enfrentamiento anteriormente vigentes.

actúan dentro de un marco que les impone limitaciones más rigurosas y que parece necesario en un contexto donde las víctimas y la destrucción, incluso dentro de los límites del DIH, podrían hacer peligrar los objetivos estratégicos primarios⁵⁰. Por lo tanto, parece lógico concluir que, en Afganistán, las frecuentes infracciones de las normas humanitarias no han conducido a una carrera descendente en términos del cumplimiento de las normas humanitarias. El resultado predominante es que el cumplimiento del DIH sigue favoreciendo los intereses vitales (de los Estados) incluso en ausencia de las concepciones tradicionales relativas a la reciprocidad⁵¹.

El principio de distinción

Otras estrategias que suelen adoptarse en situaciones de guerra asimétrica pueden plantear desafíos mucho más diversos y sutiles para el DIH que la falta de respeto directa como respuesta inmediata a infracciones precedentes. Estas situaciones asimétricas pueden causar la difuminación de la distinción entre civiles y militares y entre los objetos de carácter civil y los objetivos militares. En el contexto de Afganistán, este fenómeno se puede observar en los dos ejemplos que se mencionan a continuación: en primer lugar, en el Código de Conducta para los Muyahidines de 2010 se recomienda, entre otras cosas, que los “muyahidines adapten su apariencia física, como el corte de cabello, la vestimenta y los zapatos, a las normas de la Sharia y a los usos de la gente común de la zona. Por un lado, esto beneficiará a los muyahidines y a la población local en cuanto a la seguridad y, por el otro, permitirá a los muyahidines moverse en diferentes direcciones sin inconvenientes”⁵². En segundo lugar, al perseguir el objetivo de “ganarse los corazones y las mentes” y aplicar la estrategia de la contrainsurgencia centrada en la población⁵³, se busca la proximidad a la población local, se utilizan los equipos de reconstrucción provincial (conformados por componentes civiles y militares) para desplegar actividades de ayuda humanitaria⁵⁴, o los soldados visten ropas civiles⁵⁵. Si bien ninguna norma del DIH relacionada con los conflictos armados no internacionales prohíbe explícitamente

50 Ibid.

51 V. también R. D. Sloane, nota 46 *supra*, p. 481.

52 V. “La Layha para los muyahidines: análisis del código de conducta para los combatientes talibanes en el marco del derecho islámico”, nota 39 *supra*, art. 81.

53 V. Departamento del Ejército de Estados Unidos, *FM 3-24.2: tactics in counterinsurgency*, Washington, DC, 21 de abril de 2009, con particular referencia a las operaciones de “despeje-mantenimiento del control-construcción”, párr. 3-106 y siguientes.

54 V., por ejemplo, Save the Children, *Provincial Reconstruction Teams and Humanitarian- Military Relations in Afghanistan*, Londres, 2004. Además, al menos durante el periodo que media entre el 11 de septiembre de 2001 y el 1º de mayo de 2003, las fuerzas de Estados Unidos y/o de la coalición a veces “utilizaban vestimenta local para confundirse con las fuerzas a las cuales apoyaban”, o “vestían de civil mientras realizaban actividades de ayuda humanitaria”. Centro de Derecho y Operaciones Militares, Centro Jurídico y Escuela de Derecho del Auditor Militar General, *Legal Lessons Learned from Afghanistan and Iraq, Volume I: Major Combat Operations (11 September 2001–1 May 2003)*, Ejército de Estados Unidos, 2004, pp. 64–69.

55 V., por ejemplo ISAFMEDIA, “Meet a Marine Sergeant who blends in with the Afghan people to do his job”, 2 de mayo de 2011, disponible en: http://www.youtube.com/watch?v=VoTH5tfTHIQ&feature=youtu.be_gdata (consultado el 5 de mayo de 2011).

esas prácticas *per se*, las mismas plantean graves preocupaciones en relación con la observancia del principio de distinción. La idea casi inconcebible de un enemigo insondable e indistinguible ha dado lugar a debates sobre cómo trazar la línea entre las personas protegidas y las no protegidas y los objetos de carácter civil y los objetivos militares, y sobre si la categorización binaria inherente al principio de distinción sigue siendo adecuada en los campos de batalla modernos y en las situaciones de combate altamente dinámicas.

Distinguir a las personas protegidas contra ataques de directos de las personas que pueden ser objeto de ataques

En ocasiones, la difuminación de las líneas de distinción ha inducido a algunos autores a favorecer ciertas interpretaciones relativamente indulgentes de los criterios jurídicos que determinan la pérdida de protección contra ataques directos. Dicho de manera sencilla, en respuesta a la creciente dificultad de distinguir entre combatientes y personas protegidas en la práctica, quienes defienden esta opinión sugieren ampliar la categoría jurídica de las personas que pueden ser objeto de ataques legítimos. En general, esta línea argumental suele basarse en la premisa de que el campo de batalla es cada vez más peligroso para los soldados que operan en él y que, por ende, debe ampliarse su margen de discreción con respecto al uso de la fuerza letal. Esta tendencia se refleja en el debate contemporáneo sobre la interpretación de la noción de la “participación directa en las hostilidades” —una actividad que priva temporalmente a los civiles de su protección contra ataques directos— y, en particular, la aceptación de interpretaciones relativamente generosas de esta noción y de su ámbito temporal⁵⁶. Por ejemplo, la suposición de que los denominados “escudos humanos” voluntarios participan directamente en las hostilidades *per se* y que por esta razón pierden la protección contra los ataques directos, así como la sugerencia de que, en caso de duda, se debe presumir que una actividad “cuestionable” equivale a la “participación directa en las hostilidades”, son sintomáticas de esta tendencia⁵⁷.

Siguiendo esta línea de pensamiento, se ha propuesto ampliar la definición de la pertenencia a grupos armados organizados⁵⁸. Los miembros de grupos armados organizados dejan de ser civiles y por ende pierden la protección contra los

56 Para un análisis detallado, véanse los artículos publicados en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n.º 3, 2010, disponible en: <http://www.law.nyu.edu/journals/jilp/issues/jilpvolume42/index.htm> (consultado el 22 de marzo de 2011).

57 M. N. Schmitt, nota 4 *supra*, p. 737 y nota a pie de página 123, donde se cita a Michael N. Schmitt, “Direct participation in hostilities’ and 21st century armed conflict”, en Horst Fischer *et al.* (eds.), *Crisis Management and Humanitarian Protection: Festschrift für Dieter Fleck*, Berlín, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, p. 509. El autor postula que “las zonas grises se deben interpretar de manera liberal, esto es, en favor de la determinación de la participación directa”. [traducción del CICR]

58 K. Watkin, nota 4 *supra*, p. 691.

ataques directos mientras dure su pertenencia⁵⁹. Cesan de beneficiarse de la denominada “puerta giratoria” de la protección civil, lo que significa que —a diferencia de los civiles— no recuperan automáticamente su protección contra ataques directos en cuanto dejan de participar directamente en las hostilidades sino que, como combatientes, pueden ser atacados directamente en cualquier momento según los mismos principios que se aplican a los miembros de las fuerzas armadas, es decir, independientemente de su participación directa efectiva en las hostilidades en el momento del ataque. Sin embargo, puede ser extremadamente difícil identificar a los miembros de un grupo armado organizado. La situación en Afganistán demuestra a las claras las dificultades con que se tropieza al intentar distinguir entre un civil pacífico y un combatiente de la oposición armada o un civil que participa directamente en las hostilidades⁶⁰. El hecho de portar armas no puede tomarse, por sí solo, como signo de participación directa en las hostilidades y menos aún como signo de pertenencia a un grupo armado organizado, porque los civiles afganos tradicionalmente tienen armas en sus hogares para protegerse a sí mismos y a sus familiares⁶¹. Además, los informes indican que la recopilación de inteligencia se hace más complicada debido a que los informantes afganos a veces engañan a las fuerzas militares internacionales para hacer que maten a rivales personales en vez de a miembros de alto rango de la oposición armada⁶². Obviamente, si la pertenencia a un grupo armado organizado fuera a determinarse meramente en base al apoyo de una persona a ese grupo o su simpatía por él —por ejemplo, la provisión de apoyo logístico no relacionada con las operaciones militares sino motivada por

59 En los conflictos armados no internacionales, el enfoque de la pertenencia al grupo armado tiene sus detractores: v., por ejemplo, Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force Against Non-state Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 148–155. En su estudio sobre la participación directa, el CICR adoptó un enfoque de la pertenencia basado en la función continua de combate. V. CICR, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, CICR, diciembre de 2010. Puede consultarse en: http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0990.pdf.

60 Téngase en cuenta que la categoría de los civiles también abarca a los talibanes que no desempeñan la función continua de combate y que no participan directamente en las hostilidades. Al menos durante el período que media entre el 11 de septiembre de 2001 y el 1º de mayo de 2003, las reglas de enfrentamiento de la Operación Libertad Duradera no declararon la existencia de una fuerza hostil. En cambio, se basaron en la noción de “amenaza probable e identificable” y en la identificación positiva, lo que causaba confusión entre las tropas. Las fuerzas habían sido entrenadas para el habitual enfoque de tres niveles, que incluye la declaración de fuerzas hostiles (que pueden ser atacadas en cualquier momento), la determinación de la participación directa en las hostilidades y, en situaciones no relacionadas con las hostilidades, la incorporación del concepto de defensa propia. V. Centro de Derecho y Operaciones Militares, nota 54 *supra*, pp. 96–103; Michael N. Schmitt, “Targeting and international humanitarian law in Afghanistan”, en M. N. Schmitt, nota 5 *supra*, p. 314.

61 Se estima que los civiles afganos poseen aproximadamente un millón de armas de fuego, lo que equivale a unas 4,4 armas por cada 100 personas. V. los datos compilados por GunPolicy.org, disponible en: <http://www.gunpolicy.org/firearms/region/afghanistan> (consultado el 22 de marzo de 2011).

62 V., por ejemplo, Allan Hall, “US troops ‘tricked into killing Afghan drug clan’s rival’”, en *The Telegraph*, 30 de marzo de 2009, disponible en: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/afghanistan/5079429/USTroops-tricked-into-killing-Afghan-drug-clans-rival.html> (consultado el 22 de marzo de 2011); Kim Sengupta, “Taliban factions may be using British forces to assassinate rival commanders”, en *The Independent*, 25 de julio de 2008, disponible en: <http://www.independent.co.uk/news/world/asia/taliban-factions-may-be-using-british-forces-to-assassinate-rival-commanders-876801.html> (consultado el 22 de marzo de 2011).

solidaridad tribal— la categoría de las personas no protegidas (“combatientes”) se ampliaría considerablemente. Lo que es más, esa determinación probablemente tendería a la arbitrariedad, vista la ausencia de criterios objetivamente comprobables para evaluar la afiliación de una persona a un grupo armado⁶³.

Sin embargo, existe una tendencia diametralmente opuesta, caracterizada por el rechazo de todo intento de seguir ampliando las categorías de personas que pueden ser objeto de ataques legítimos⁶⁴. Los proponentes de esta tendencia, habida cuenta de las difusas estructuras de los conflictos asimétricos (no internacionales), tienden a percibir el código binario del DIH (esto es, la distinción categórica entre combatientes por un lado y civiles protegidos por el otro) como una clasificación excesivamente rígida e inflexible⁶⁵. Algunos han llegado a afirmar que las categorías de los estatutos del DIH ya han perdido su utilidad por completo. Por ejemplo, se ha sugerido que habría que remitirse al derecho de los derechos humanos, omitiendo el principio de distinción, como el derecho aplicable también en tiempo de conflicto armado no internacional⁶⁶. En particular, las sentencias del caso *Isayeva* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), de 2005, dieron lugar a un debate sobre la posibilidad de lograr, especialmente en los conflictos armados no internacionales, un nivel de protección más alto, pero aún realista, mediante la aplicación (exclusiva o preferencial) del derecho de los derechos humanos (DDH)⁶⁷.

Dejando de lado la cuestión de si el derecho internacional de los derechos humanos es vinculante para los grupos armados y el problema de la aplicación extraterritorial del DDH que se plantea cada vez que terceros Estados intervienen en un conflicto armado no internacional, como el de Afganistán (nótese que no se cuestiona el hecho de que el DIH es vinculante para los grupos armados y que se aplica extraterritorialmente en caso de un conflicto armado internacional o de un conflicto armado no internacional internacionalizado), en lo que respecta a la conducción de las hostilidades, el mayor recurso al DDH en lugar del DIH marcaría un cambio de paradigma que, al menos por el momento, no cuenta con mucho apoyo en la práctica

63 Para un análisis detallado de este debate, v. Nils Melzer, “Keeping the balance between military necessity and humanity: a response to four critiques of the ICRC’s *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n.º 3, 2010, p. 831.

64 V. *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, Addendum: estudio sobre asesinatos selectivos*, documento A/HRC/14/24/Add. 6 de la ONU, 28 de mayo de 2010, párr. 65. V. también Derek Jinks, “Protective parity and the laws of war”, en *Notre Dame Law Review*, vol. 79, 2004, pp. 1524–1528.

65 Rosa Ehrenreich Brooks, “War everywhere: rights, national security law, and the law of armed conflict in the age of terror”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153, 2004, pp. 675 y 757: “It would be far better to make combatant status a purely functional question, one that hinges not on technicalities, but on the degree to which a person is directly, actively, and primarily involved in knowingly or intentionally planning or carrying out acts of violence”; Larry May, “Killing naked soldiers: distinguishing between combatants and noncombatants”, en *Ethics and International Affairs*, vol. 19, n.º 3, 2005, p. 39.

66 V. William Abresch, “A human rights law of internal armed conflict: the European Court of Human Rights in Chechnya”, en *The European Journal of International Law*, vol. 16, n.º 4, 2005, pp. 758–760 y 767.

67 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, TEDH, Solicitud n.º 57947–49/00 (24 de febrero de 2005); *Isayeva v. Russia*, TEDH, Solicitud n.º 57950/00 (24 de febrero de 2005).

de los Estados. A diferencia del DIH, el DDH permitiría el uso de la fuerza potencialmente letal sólo en respuesta a una amenaza inminente y suficientemente grave. En particular, el DDH exige tomar en cuenta las circunstancias concretas de la situación, independientemente de la distinción binaria entre combatientes que pueden ser objeto de ataque y civiles protegidos⁶⁸. La fuerza que se emplea debe ser proporcional a la amenaza grave que se plantea⁶⁹. Esta norma ofrece un nivel de protección más elevado. Lo que es más importante, establece que la fuerza debe ser proporcional a la amenaza y que su uso debe evaluarse en cada caso específico. Sin embargo, en la práctica, se sigue considerando en forma generalizada que esta norma es inadecuada para el campo de batalla, que su aplicación conlleva riesgos y que, por ende, no es realista. Por ende, postulamos que, en Afganistán, el principio de distinción, pese a sus deficiencias inherentes en situaciones de conflicto asimétrico, no ha sido cuestionado como precepto fundamental del orden jurídico humanitario, aunque algunos autores hayan propuesto interpretaciones relativamente indulgentes. Consecuentemente, las categorías del DIH que establecen quiénes pueden ser objeto de ataques legítimos siguen siendo fundamentales para los Estados que operan en conflictos armados asimétricos modernos, como el de Afganistán.

Ambas líneas argumentales reflejan los impulsos diametralmente opuestos sobre los que se basa el DIH: la necesidad militar y la humanidad. El primer razonamiento, que favorece no sólo el mantenimiento de las categorías del DIH basadas en la distinción binaria sino también, en parte, su extensión, parece ocuparse principalmente de minimizar los riesgos para los soldados en acción, a veces, al parecer, sin tener en cuenta debidamente la protección de los civiles. A la inversa, la segunda opinión, si bien pretende, correctamente, mejorar la protección de la población civil —como ya se ha dicho, los civiles siguen siendo las partes más afectadas en los conflictos armados modernos— a veces parece omitir las realidades en las que operan las tropas. Obviamente, un camino intermedio nos permitiría alcanzar un equilibrio más sutil entre los impulsos de la necesidad militar y la humanidad sin atribuir un predominio categórico a ninguno de los dos. Teóricamente, ese camino intermedio podría lograrse flexibilizando las normas jurídicas humanitarias para aumentar la protección, o atenuando las normas de derechos humanos para aumentar la permisividad, que es lo que parece hacer el TEDH en el caso *Isayeva*, o combinando los elementos de ambos regímenes jurídicos⁷⁰.

68 En su informe de país sobre Colombia (1999), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) destacó que, de conformidad con el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el uso de la fuerza letal en operaciones de mantenimiento del orden público no puede basarse legalmente en la mera sospecha ni en criterios colectivos, como la pertenencia a un grupo. Según el informe, la policía no está autorizada “a privar a las personas de sus vidas por pertenecer a un “grupo marginal” o porque la persona sea sospechosa de estar involucrada en un ilícito. La Policía tampoco puede usar automáticamente sus armas de fuego para impedir la comisión de un delito o en un caso de autodefensa. El uso de estas armas sólo es permitido si cumple con los principios de necesidad y proporcionalidad”; CIDH, Informe Colombia 1999, capítulo IV, párr. 213.

69 Además, la justificación de los denominados daños colaterales, que no es ilegal *per se* en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, sería mucho más difícil de establecer en el marco del DIH.

70 V. también Francisco Forrest Martin, “Using international human rights law for establishing a unified use of force rule in the law of armed conflict”, en *Saskatchewan Law Review*, vol. 64, 2001, pp. 347–396.

La *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario* del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) también sigue un camino intermedio, basado en la interpretación del derecho vigente. Por un lado, en la *Guía* se reconfirma la aplicación del principio de distinción en los conflictos armados modernos y se aclara su aplicación. Sobre todo con respecto a los conflictos armados no internacionales, el grupo de personas (“combatientes”) que no son civiles y que pueden ser objeto de ataques lícitos se define de manera funcional, por referencia a su “función continua de combate”⁷¹. Por el otro, la *Guía* reitera una limitación importante en relación con el uso de la fuerza contra las personas que no están protegidas contra ataques directos. El tipo y el grado de fuerza permisible contra esas personas no deben exceder lo que es realmente necesario para lograr un objetivo militar legítimo en las circunstancias del caso⁷². Se ha expresado la preocupación de que esta norma impone un “paradigma del mantenimiento del orden público” excesivamente restrictivo cuyo objetivo es someter las operaciones militares en tiempo de guerra a un continuo del uso de la fuerza, comenzando por la acción menos dañina antes de recurrir al “daño grave” al atacar a un combatiente enemigo o a un civil que participa directamente en las hostilidades, y se ha señalado que esa práctica es poco realista⁷³. Sin embargo, al optar entre medios o métodos igualmente eficaces, la obligación de emplear el menos dañino no equivale a extender el “paradigma del mantenimiento del orden público” ni, en otras palabras, a aplicar el principio de proporcionalidad de los derechos humanos a los combatientes en un conflicto armado. El principio de distinción trae implícita la prescripción de que, durante un conflicto armado, el “valor” relativo inherente a la puesta fuera de combate de combatientes enemigos o de civiles que participan directamente en las hostilidades prevalece sobre el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y el derecho a la libertad de esas personas. Gracias a esta consideración, los soldados quedan eximidos de la obligación de elaborar, en medio de la batalla, intrincados juicios sobre el equilibrio entre valores. En contraste, la restricción relativa a la necesidad —sin que interfiera con este juicio de valor— meramente implica que no hay una flexibilización categórica de la evaluación (puramente fáctica y basada en las circunstancias de cada situación) de sí, en una situación determinada, se pueden emplear medidas menos dañinas pero igualmente eficaces⁷⁴. Si es posible poner fuera de combate a un enemigo mediante su captura, no se lo debe matar. Lógicamente, en la línea de frente, la captura es, casi siempre, imposible sin que las tropas propias corran riesgos considerables,

71 CICR, nota 59 *supra*, pág 19.

72 *Ibíd.*, pp. 81-82.

73 W. Hays Parks, “Part IX of the ICRC “Direct Participation in Hostilities” study: no mandate, no expertise, and legally incorrect”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n.º 3, 2010, p. 815.

74 V. Departamento de la Fuerza Aérea de Estados Unidos, *Air Force Pamphlet (AFP 110-31)*, *International Law: The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, Actividades del Auditor General, 19 de noviembre de 1976, párr. 1-3(1), pp. 1-5, que señala lo siguiente: “Los conflictos armados se han de librar... dentro de los límites de las prohibiciones del derecho internacional, en particular las restricciones inherentes al principio de necesidad”. [Traducción del CICR]

mientras que en otras situaciones —por ejemplo, en el contexto de los registros de viviendas⁷⁵ o bloqueos de carreteras— este riesgo suele reducirse a un nivel en el cual se torna obligatoria la captura en lugar de la muerte. La prescripción de la *Guía* de que la fuerza no debe “exceder lo que es realmente necesario para lograr un objetivo militar legítimo en las circunstancias del caso” es suficientemente flexible para permitir su aplicación a estos diferentes escenarios⁷⁶.

Distinción entre objetivos militares y objetos de carácter civil: el problema del “doble uso”

La aplicación del principio de distinción plantea desafíos que se relacionan no sólo con las personas sino también con los objetos. Desde luego, el debate sobre la definición y la identificación de los objetivos militares no es nuevo. Existía tiempo antes de que se acuñara y popularizara el término “guerra asimétrica”. Sin embargo, debido al desplazamiento de las hostilidades hacia las proximidades de los centros de población urbanos y a las crecientes posibilidades de utilizar objetos de carácter civil para efectuar una contribución eficaz a la acción militar, esta problemática aflora cada vez con más fuerza. Se debate intensamente acerca de cuáles objetos constituyen objetivos militares legítimos, particularmente en relación con los denominados objetos de “doble uso” y de sostenimiento de la guerra⁷⁷. En términos generales, no se cuestiona el hecho de que las redes eléctricas, las instalaciones industriales y de comunicaciones, las redes informáticas y de telefonía móvil, los sistemas de transporte y otras infraestructuras, entre las que se cuentan los aeropuertos y los ferrocarriles — todos los cuales desempeñan funciones básicamente civiles— pueden transformarse en objetivos militares lícitos si cumplen las condiciones establecidas en el párrafo 2 del artículo 52 del Protocolo adicional I, lo cual también refleja el DIH consuetudinario aplicable en los conflictos armados no internacionales⁷⁸. De hecho, todos los objetos de carácter civil pueden teóricamente convertirse en objetivos militares, siempre que satisfagan de manera acumulativa los criterios respectivos. Por ejemplo, hasta los sitios religiosos, las escuelas o los establecimientos de salud pueden transformarse temporalmente en objetivos militares: 1) si contribuyen de manera efectiva a la acción militar porque son utilizados como posición de disparo o para detonar artefactos explosivos improvisados, o se usan como refugio; y 2) si su destrucción total o parcial ofrece una ventaja militar definida. El término “objeto de doble uso” es la denominación coloquial, no jurídica, que se da a los objetos de carácter civil que sirven para fines tanto militares como civiles. Así pues, en lo que respecta a estos

75 Para consultar estadísticas sobre víctimas civiles, v. Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en Afganistán (UNAMA), *Annual Report 2010: Protection of Civilians in Armed Conflict*, Kabul, marzo de 2011, p. 29.

76 CICR, nota 59 *supra*, p. 85.

77 W. Hays Parks, “Asymmetries and the identification of legitimate military objectives”, en W. Heintschel von Heinegg y V. Epping, nota 30 *supra*, pp. 65–116.

78 Si bien la interpretación del artículo 52 del Protocolo adicional I es objeto de debate, el texto en sí no lo es, ni se cuestiona que la definición tenga categoría de derecho consuetudinario: v. J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 44 *supra*, Norma 8.

denominados objetos de “doble uso”, no se trata de si tales objetos pueden, teóricamente, transformarse en objetivos militares, sino en qué circunstancias (y durante cuánto tiempo) el atacante puede concluir que son objetivos militares legítimos.

En términos amplios, el debate se centra en si un objeto puede adquirir la condición de objetivo militar legítimo exclusivamente en función de las ventajas militares reales o también en función de las potenciales⁷⁹. Evidentemente, si un denominado “objeto de doble uso” es utilizado en forma visible para contribuir eficazmente a la acción militar, su clasificación jurídica no plantea problema alguno. Sin embargo, si no es utilizado de esa manera, la determinación del estatuto del objeto se basará en su naturaleza, su finalidad o su ubicación. Esta determinación es problemática, porque la distinción entre los criterios de naturaleza y finalidad es algo ambigua. El criterio de la finalidad es problemático porque es difícil determinar en qué punto resulta suficientemente claro o razonable presumir que la finalidad de un objeto es contribuir eficazmente a la acción militar. Es ambiguo porque no está del todo claro si el criterio pretende definir la finalidad inherente de un objeto —lo cual parecería relacionarse con el diseño o una característica intrínseca del objeto, y por ende tornaría redundante la distinción entre “naturaleza” y “finalidad” establecida en el párrafo 2 del artículo 52 del Protocolo adicional I— o la finalidad que una persona atribuye (individualmente) a ese objeto. En el Comentario del CICR, se alude al “uso futuro previsto” de un objeto, aparentemente invocando la interpretación mencionada en segundo término⁸⁰. El criterio de la naturaleza es problemático porque, si se aplica a los objetos de “doble uso”, haría de estos objetos, de manera categórica y automática, objetivos militares legítimos independientemente de su uso o finalidad reales. Evidentemente, esto tornaría redundante la propia idea del “doble uso”, porque esos objetos constituirían categóricamente objetivos militares⁸¹. En efecto, algunos autores postulan que, por ejemplo, los puentes y las vías de los ferrocarriles deberían considerarse objetivos militares por su propia naturaleza⁸². Siguiendo la misma línea de pensamiento, el comentario sobre el *Air and Missile Warfare Manual* recientemente publicado por HPCR hace referencia a una opinión expresada durante el proceso de redacción de ese manual, según la cual los objetivos militares, por su naturaleza, deben dividirse en dos subgrupos: los “objetivos militares por naturaleza en todas las circunstancias” y los “objetivos militares por naturaleza sólo a la luz de las circunstancias vigentes en el momento”⁸³. El CICR manifestó su enérgico desacuerdo con esta interpretación,

79 Françoise J. Hampson, “Proportionality and necessity in the Gulf conflict”, en *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 86, 1992, pp. 45 y 49; Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 93; Michael Bothe, “The protection of the civilian population and NATO bombing on Yugoslavia: comments on a report to the prosecutor of the ICTY”, en *European Journal of International Law*, vol. 12, n.º 3, 2001, p. 534.

80 Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Martinus Nijhoff, Ginebra, 1987, párr. 2022.

81 Programa de Política Humanitaria e Investigaciones sobre Conflictos (HPCR, por sus siglas en inglés), Universidad de Harvard, *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Comentario, 2009, p. 109, disponible en: <http://www.ihlresearch.org/amw/manual/> (consultado el 22 de marzo de 2011).

82 Y. Dinstein, nota 79 *supra*, p. 93.

83 HPCR, nota 81 *supra*, p. 109.

argumentando que, por definición, el criterio de la naturaleza se refiere a atributos intrínsecos que son permanentes. Por lo tanto, para el CICR, no puede haber subgrupos de “objetivos militares por naturaleza” temporales⁸⁴.

Nuevamente, la sugerencia de ampliar las interpretaciones de la definición de los objetivos militares refleja los intentos de remediar las dificultades prácticas que se presentan a la hora de identificar los objetivos militares legítimos mediante la expansión de los conceptos jurídicos correspondientes. Evidentemente, el “criterio basado en la naturaleza” es mucho más categórico y abstracto, en tanto que el criterio basado en el uso real de un objeto es más flexible y específico de cada caso; esto es, toma en cuenta el empleo efectivo de un objeto determinado en el momento del ataque. A la inversa, el criterio basado en la naturaleza del objeto denota sus características intrínsecas. Por su diseño, el objeto debe poseer un atributo inherente que, *eo ipso* e independientemente de su empleo real, contribuya eficazmente a la acción militar⁸⁵. Así pues, la concepción de una categoría de “objetivos militares por naturaleza temporales” o, en otras palabras “objetivos militares por naturaleza... a la luz de las circunstancias vigentes en el momento” parecería irreconciliable con lo que comúnmente se entiende por “criterio basado en la naturaleza”. Aun así, hasta ahora, sigue habiendo cierta ambigüedad con respecto a cuáles características intrínsecas serían importantes en este sentido. Tradicionalmente, la categoría de objetos que se consideran objetivos militares por naturaleza se ha interpretado de manera relativamente restrictiva, entendiéndose que abarcaba, por ejemplo, los tanques, las fortificaciones militares fijas, los sistemas de armamento, los aviones militares y los almacenes de armas y municiones. Si fuera a considerarse que los puentes y las vías ferroviarias —objetos que, de ordinario y en la abrumadora mayoría de los casos, se emplean con fines civiles— poseen características intrínsecas que hacen de ellos objetivos militares permanentes por naturaleza, independientemente de su uso real, los restantes criterios contenidos en el párrafo 2 del artículo 52 del Protocolo adicional I (esto es, ubicación, finalidad y uso) serían mayormente redundantes. En términos sencillos, si se considerara que un puente posee características militares intrínsecas, podría decirse que casi todos los objetos son objetivos militares por naturaleza. No era ésta la intención de los redactores del párrafo 2 del artículo 52 del Protocolo adicional I, ni se condice con la interpretación tradicional del criterio basado en la “naturaleza”; además, en definitiva, esa interpretación socavaría el principio de distinción. Así pues, los denominados objetos de “doble uso” en particular, dado que no son por naturaleza objetos militares, pueden atacarse únicamente cuando realmente contribuyen con eficacia a la acción militar de la parte⁸⁶.

84 *Ibid.*, p. 109, nota 261.

85 Y. Dinstein, nota 79 *supra*, p. 88.

86 Con respecto a los objetos de uso doble, en el informe del Fiscal del TPIY se subrayó que los criterios enunciados en el artículo 52 del Protocolo adicional I deben satisfacerse en cada caso individual y que “[una] etiqueta general es insuficiente”. “Informe final al Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia elaborado por el Comité creado para examinar la campaña de bombardeos de la OTAN contra la República Federativa de Yugoslavia”, 8 de junio de 2000, pp. 47 y 55, disponible en: http://www.icty.org/x/file/About/OTP/otp_report_nato_bombing_en.pdf (consultado el 22 de marzo de 2011) (en adelante, “Informe final al Fiscal”).

En consecuencia, la ley que define cuándo los objetos constituyen un objetivo militar legítimo al parecer no ha sido directamente impugnada ni modificada⁸⁷, tal vez porque en la norma pertinente se reconoce que todos los objetos de carácter civil pueden, temporalmente, transformarse en objetivos militares en las circunstancias descritas en los párrafos anteriores.

El principio humanitario de la proporcionalidad⁸⁸

En vista de la difuminación de las líneas de distinción en los conflictos armados asimétricos, es cada vez más importante y a menudo cada vez más difícil evaluar detenidamente la proporcionalidad de un ataque. En la práctica, la aplicación del principio humanitario de la proporcionalidad exige la prueba que se describe a continuación. En primer lugar, debe realizarse una evaluación fáctica a fin de determinar si cabe prever que un ataque planificado contra un objetivo militar cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil. En segundo lugar, se debe determinar qué “ventaja militar concreta y directa” se puede esperar del ataque. Si cabe prever que el ataque cause víctimas y/o daños a objetos de carácter civil, el comandante militar que decide el ataque, en un tercer paso, debe determinar, por un lado, el valor de la ventaja militar prevista y, por otro, el valor atribuido a los daños civiles. El paso final es la toma de una decisión equilibrada, que entraña un juicio acerca de cuál valor prevalece sobre el otro⁸⁹. Pese al hecho de que el DIH persigue el propósito general de limitar, en la medida posible, las víctimas civiles y los daños a bienes de carácter civil, no prescribe un límite absoluto en relación con los “daños colaterales”. Por ende, una ventaja militar muy considerable podría justificar los daños significativos a objetos de carácter civil e incluso las víctimas civiles, esto es, daños extensos en comparación con los “daños colaterales” excesivos⁹⁰.

Factores que se deben considerar en la evaluación de la proporcionalidad

Las deficiencias del principio humanitario de la proporcionalidad son bien conocidas. La principal dificultad reside en equilibrar factores tan desiguales como

- 87 En la aplicación del fuego conjunto en Afganistán, por ejemplo, antes de autorizar un ataque es necesario tomar en cuenta varios factores; en particular, se ha de evaluar si el objetivo contribuye eficazmente a la acción militar del enemigo y si su destrucción ofrece una ventaja militar definida (esto es, si constituye un objetivo militar). Guía para la aplicación de fuego conjunto, Anexo B de HQ ISAF SOP, fechado 06, extracto presentado en el Taller sobre Reglas de Enfrentamiento, Instituto Internacional de Derecho Humanitario, San Remo, 13 a 17 de septiembre de 2010. Según la publicación conjunta 3-09, *Doctrine for Joint Fire Support*, del 12 de mayo de 1998, p. I-1, el fuego conjunto es “el fuego producido durante el empleo de fuerzas de dos o más componentes en una acción coordinada con un objetivo común”.
- 88 Con respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad en los conflictos armados no internacionales, v. J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 44 *supra*, Norma 14, p. 53.
- 89 Asbjorn Eide, “The laws of war and human rights: differences and convergences”, en Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honor of Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1984, p. 681.
- 90 Cabe destacar que en el Comentario del CICR se rechaza este argumento, porque el hecho de causar pérdidas y daños civiles muy elevados sería contrario a las normas fundamentales del Protocolo. V. Y. Sandoz *et al.*, nota 80 *supra*, párr. 1980.

la vida de los civiles y los daños a personas civiles y objetos de carácter civil, y la ventaja militar prevista. No obstante, sigue habiendo un consenso generalizado con respecto al hecho de que, en tiempo de conflicto armado, sencillamente no hay una alternativa mejor e igualmente realista⁹¹. Si bien esta idea puede ser cierta, también debería quedar en claro que los detalles del principio de proporcionalidad y su aplicación en la práctica podrían elaborarse de una manera más concreta que hasta ahora. En este sentido, en el “Informe final al Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia elaborado por el Comité creado para examinar la campaña de bombardeos de la OTAN contra la República Federativa de Yugoslavia” se planteó una serie de instructivas preguntas pertinentes a la aplicación del principio humanitario de la proporcionalidad. En el Informe se formulaban las siguientes preguntas, entre otras: “a) ¿Cuáles son los valores relativos que se atribuyen a la ventaja militar obtenida y al daño a los no combatientes o a los objetos de carácter civil? b) ¿Qué se incluye o excluye al calcular el total? c) ¿Qué norma se aplica para medir el tiempo o el espacio?”⁹². El informe se publicó el 13 de junio de 2000, pero incluso diez años después, las preguntas planteadas sobre el principio de proporcionalidad siguen siendo tan pertinentes como en ese entonces.

Las respuestas que el DIH ofrece a estas preguntas son relativamente abstractas. Como ya se ha dicho, el comandante militar que adopta la decisión sobre el ataque debe determinar el valor relativo que se atribuye a la ventaja militar, contra el valor que se atribuye al daño previsto para el lado civil. Las directrices normativas relacionadas con el margen de discreción en la identificación de la ventaja militar y su valor relativo son un tanto débiles. Los adjetivos “concreta” y “directa” en el párrafo 5(b) del artículo 51 del Protocolo adicional I limitan las ventajas que se han de tener en cuenta a las ventajas finitas, a fin de prevenir la inclusión de consideraciones abstractas tales como el objetivo global de ganar la guerra, el cual, siendo el objetivo militar más elevado, anularía *per se* todos los intereses civiles. Pero, parece aceptarse en general que la ventaja militar no debe, ni necesaria ni exclusivamente, derivarse de la destrucción del objeto específico del ataque y que la ventaja militar puede evaluarse tomando en cuenta el panorama operacional más amplio⁹³. Basándose en el párrafo 2(b)(iv) del artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, algunos autores favorecen la consideración de la ventaja militar global que se espera de un ataque como cuestión de derecho general⁹⁴. La ventaja militar global abarcaría las ventajas militares derivadas de acontecimientos temporal y geográficamente distantes. En este contexto, cabe destacar que, durante

91 Y. Dinstein, nota 79 *supra*, p. 122.

92 “Informe final al Fiscal”, nota 86 *supra*, párr. 49.

93 Casi todos los Estados miembros de la OTAN que han ratificado el Protocolo adicional I (como así también otros Estados, cuando firmaron o ratificaron el Protocolo) formularon declaraciones idénticas según las cuales la “ventaja militar” ha de entenderse como la ventaja que se espera del ataque considerado en su totalidad, no sólo de partes aisladas o particulares del ataque.

94 Y. Dinstein, nota 79 *supra*, p. 123; William J. Fenrick, “The rule of proportionality and Protocol I in conventional warfare”, en *Military Law Review*, vol. 98, 1982, pp. 111–112; Ian Henderson, *The Contemporary Law of Targeting: Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, p. 200 (“la evaluación puede incluir una ventaja militar que sólo se materializará en el futuro”).

la Conferencia de Roma, el CICR declaró que la inserción del término “global” en la definición del crimen no podía interpretarse como una modificación del derecho vigente⁹⁵.

Uno de los corolarios que se desprenden del debate sobre el alcance de la ventaja militar es la medida en que se han de tener en cuenta los daños civiles indirectos derivados de un ataque. Las opiniones exhiben amplias divergencias. Las posiciones moderadas no excluyen la consideración de los daños civiles indirectos, pero intentan determinar dónde trazar la línea entre los daños indirectos que pueden ser tenidos en cuenta y los que no deben serlo⁹⁶. Los textos del párrafo 5(b) del artículo 51 y del párrafo 2(b) del artículo 57 del Protocolo adicional I parecen sugerir que el concepto de las víctimas y los daños civiles previstos ha de interpretarse, como mínimo, con la misma amplitud que la noción de la ventaja militar. De otro modo, la evaluación de la proporcionalidad se distorsionaría de entrada en favor de las consideraciones militares. Además, estos dos artículos exigen, en forma explícita, que la ventaja militar esperada sea “concreta” y “directa”, pero no se han añadido esas limitaciones a los daños civiles incidentales previstos. El término “incidental” es, sin duda, más amplio que los adjetivos “concreto” y “directo”. Del mismo modo, parecería que la concepción de lo que “se puede esperar” de un ataque (pérdida incidental de vidas civiles, lesiones a personas civiles, daños a objetos de carácter civil o una combinación de estos daños) es más amplio de lo que realmente “se espera” (ventaja militar). Así pues, en consonancia con el principio fundamental de que la población civil goza de protección global contra daños causados no sólo por los ataques sino por las operaciones militares en general, en el contexto de la evaluación de la proporcionalidad se deben tener en cuenta las repercusiones de largo plazo previsibles para la población civil.

En el contexto del conflicto armado en Afganistán, Estados Unidos, en particular, parece haber elaborado un complicado conjunto de normas para la selección anticipada de objetivos (ataques deliberados), teniendo en cuenta los objetivos de las operaciones de contrainsurgencia⁹⁷. Antes de un ataque, el objetivo debe ser identificado (identificación positiva)⁹⁸ y autorizado de conformidad con las normas de enfrentamiento vigentes⁹⁹. El denominado sistema CARVER (criticidad,

95 Documento A/CONF.183/INF/10 – Comité Internacional de la Cruz Roja, Declaración del 8 de julio de 1998 relacionada con el documento de debate contenido en el documento A/CONF.183/C.1/L.53, en *Acta final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Roma, 15 de junio a 17 de julio de 1998*, Actas oficiales, vol. III: Informes y otros documentos, p. 225, punto 2.

96 I. Henderson, nota 94 *supra*, p. 208.

97 Para una descripción detallada del proceso de selección de objetivos en las operaciones de contrainsurgencia en general y en Afganistán en particular, v. M. N. Schmitt, nota 60 *supra*, pp. 309–326. V. también la descripción de la Metodología del ciclo de selección conjunta de objetivos y estimación de daños colaterales, adjunta a: Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito de Columbia, *Nasser Al-Aulaqi v. Barack H. Obama, et al.*, Declaración de Jonathan Manes, n.º 10-cv-1469 (JDB), 8 octubre de 2010.

98 La identificación positiva es “la *certeza razonable* de que el objetivo propuesto es un objetivo militar legítimo”. Centro de Derecho y Operaciones Militares, nota 54 *supra*, p. 96.

99 *Ibid.*, p. 103. Cabe destacar que, si bien las normas de enfrentamiento deben mantenerse dentro de los límites del DIH, esto es, sólo pueden permitir los ataques contra objetivos militares, pueden imponer mayores restricciones a la selección de objetivos por razones políticas u operacionales.

accesibilidad, recuperabilidad, vulnerabilidad, efectos y posibilidad de reconocimiento) establece los factores que ayudan a evaluar y seleccionar los objetivos. Se atribuye a los factores un valor numérico que representa la conveniencia de atacar el objetivo; a continuación, los factores se ingresan en una matriz de decisión¹⁰⁰. Antes de autorizar el ataque deliberado a un objetivo, se ha de realizar una estimación de daños colaterales¹⁰¹ mediante una compleja metodología que incluye “modelados asistidos por ordenador, análisis de inteligencia, estudios de armamento y examen humano para evaluar los daños colaterales probables y determinar el nivel de aprobación necesario para un ataque planificado con anticipación”¹⁰². Los otros detalles de la metodología de estimación de daños colaterales aplicada en Afganistán siguen siendo confidenciales. Sin embargo, al parecer las tecnologías modernas permiten calcular el probable impacto de un ataque aéreo contra edificios y otros objetos situados en los alrededores del objetivo. Luego, los efectos pueden mostrarse mediante una elipse en una imagen de vigilancia, en la cual el grado del daño esperado se indica con códigos de color¹⁰³.

La norma del “comandante militar razonable”

Es difícil analizar el juicio de valor inherente al análisis de proporcionalidad. Persiste la controversia acerca de si este juicio se ha de evaluar sobre la base de una norma subjetiva u objetiva. En el “Informe final al Fiscal” del TPIY se puso de relieve que la atribución de valores relativos en la ecuación de proporcionalidad “podía diferir en función de los antecedentes y valores del encargado de adoptar la decisión” y que, en consecuencia, era improbable que “un abogado en derechos humanos y un comandante con experiencia de combate” o “comandantes militares con diferentes antecedentes doctrinarios y distintos niveles de experiencia de combate” “asignaran los mismos valores relativos a la ventaja militar” y a los daños

100 Inicialmente, el sistema CARVER se elaboró como una metodología de análisis de objetivos para las Fuerzas de Operaciones Especiales de EE.UU. Se utiliza para evaluar la validez y los requisitos de las misiones a través de todo el ciclo de selección de objetivos y planificación de misiones, y ayuda a seleccionar los mejores objetivos. La definición de los factores puede consultarse en *Joint Pub 3-05.5, Joint Special Operations Targeting and Mission Planning Procedures*, 1993, p. II-8 y glosario. V. también US Field Manual FM 34-36, *Special Operations Forces Intelligence and Electronic Warfare Operations*, Departamento del Ejército, 1991, Apéndice D, reemplazado por FM 3-05.102, *Army Special Operations Forces Intelligence*, Departamento del Ejército, 2001, párr. 2–68. En el Taller sobre Reglas de Enfrentamiento del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, San Remo, 13 a 17 de septiembre de 2010, se presentó un ejemplo de una herramienta CARVER modificada.

101 Extracto del plan OPLAN 30302 del Comando Brunssum de las Fuerzas Conjuntas, presentado en el Taller sobre Reglas de Enfrentamiento del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, San Remo, 13 a 17 de septiembre de 2010. En situaciones de defensa propia, no es obligatorio aplicar la metodología formal de la estimación de daños colaterales, pero sí se requiere observar los principios de proporcionalidad y de necesidad. V. Centro de Derecho y Operaciones Militares, nota 54 *supra*, p. 104.

102 M. N. Schmitt, nota 60 *supra*, p. 311.

103 V., por ejemplo, Fiscal General de la Corte Federal de Justicia, Einstellungsvermerk, 3BJs 6/10-4, Karlsruhe, 16 de abril de 2010, p. 22, disponible en: <http://www.generalbundesanwalt.de/docs/einstellungsvermerk20100416offen.pdf> (consultado el 22 de marzo de 2011).

previstos¹⁰⁴. Es a la luz de este juicio de valor (y no, como podría sospecharse, a la luz del hecho de que, en los teatros de operaciones de los conflictos, el entorno puede no prestarse a evaluaciones fácticas rigurosas), que tanto el informe como la Sala de Apelaciones en el caso *Kupreskic* concluyeron que existen zonas grises entre “la legalidad indiscutible y la ilegalidad, en las cuales aún no es posible determinar si efectivamente se ha producido una violación del principio de proporcionalidad”¹⁰⁵.

En la esfera del derecho penal internacional, en la nota a pie de página 36 de los elementos de los crímenes enumerados en el párrafo 2(b)(iv) del artículo 8 del Estatuto de Roma, se explica que la “ventaja militar” se refiere a la ventaja prevista por el perpetrador, y en la nota a pie de página 37 se exige que el perpetrador haya hecho personalmente el juicio de valor requerido¹⁰⁶. Sin embargo, en el “Informe final al Fiscal” del TPIY se favorece la aplicación de una norma más objetivada, lo cual es correcto. Según el informe, la norma definitiva para decisiones con repercusiones tan amplias, como la asignación del valor relativo de una ventaja militar y el valor relativo de las pérdidas civiles anticipadas, es la del “comandante militar razonable”¹⁰⁷. En efecto, las necesidades operacionales en un conflicto armado no exigen ni justifican una norma puramente subjetiva para la adopción de decisiones. Obviamente, el DIH debe prever los cambios en las circunstancias y las innumerables incertidumbres que se presentan en un conflicto armado y, para ser realista, debe dejar un margen de discreción para los soldados que operan sobre el terreno. Sin embargo, el margen de discreción objetivo debe distinguirse de la norma pertinente para la evaluación de las decisiones individuales. Una norma objetivada para la toma de decisiones —la norma del “comandante militar razonable”— no restringe el margen de discreción de un soldado a la hora de evaluar la realidad

104 “Informe final al Fiscal”, nota 86 *supra*, párr. 50.

105 *Ibid.*, párr. 52; TPIY, *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.*, IT-95-16-T, Sentencia del 14 de enero de 2000, párr. 526.

106 La nota a pie de página 37 de los elementos de los crímenes del párrafo 2(b)(iv) del artículo 8 del Estatuto de Roma contiene una excepción a los requisitos de orden mental establecidos en el párrafo 4 de la “Introducción general”, según la cual, con respecto a los elementos mentales asociados con los elementos que implican juicios de valor, como los que utilizan los términos “inhumano” o “grave”, no es necesario que el perpetrador haya realizado personalmente un juicio de valor particular, a menos que se indique lo contrario. V. Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 161. La interpretación de la nota a pie de página 37 ha dado lugar a opiniones divergentes. No obstante, en general, al parecer hay un consenso en torno a la aplicación de una norma relativamente subjetiva en este sentido. Asimismo, parece haber consenso entre los Estados en que esta nota a pie de página no debería suponer la exoneración de un perpetrador temerario que conoce la ventaja militar prevista y los daños o lesiones incidentales esperados, pero que omite evaluar el posible carácter excesivo de las lesiones o daños incidentales; *ibid.*, p. 165.

107 En el párr. 50 del “Informe final al Fiscal”, nota 86 *supra*, se lee: “Aunque en los casos complicados siempre habrá lugar para la polémica, también habrá muchos casos en que los comandantes militares razonables estén de acuerdo en que los daños a los no combatientes o a los objetos civiles eran claramente desproporcionados en relación con la ventaja militar obtenida”. En el caso *Kupreskic*, el TPIY se basó en la Cláusula de Martens como referencia mínima y, sobre esta base, argumentó que las prescripciones —en este caso las de los artículos 57 y 58 del Protocolo adicional I— deben interpretarse de manera tal de limitar tanto como sea posible la facultad discrecional de atacar a beligerantes y, del mismo modo, ampliar la protección otorgada a los civiles; TPIY, *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.*, nota 105 *supra*, párr. 525.

en una situación determinada, sino que simplemente asegura que esa discreción se ejerza sin arbitrariedades.

Reducción de riesgos para las fuerzas propias

En escenarios de conflicto como el de Afganistán, la cuestión de la reducción de riesgos para las fuerzas propias es especialmente pertinente para todas las partes. Los enemigos indistinguibles hacen que las operaciones en el terreno sean particularmente peligrosas. Naturalmente, una parte en un conflicto armado se inclinará a reducir los riesgos para sus fuerzas en la mayor medida posible. Sin embargo, la reducción de riesgos para las tropas puede incrementar el riesgo de causar víctimas civiles. Esto se torna particularmente evidente, por ejemplo, a la hora de optar entre el empleo de la fuerza aérea o de las fuerzas terrestres, o entre las operaciones aéreas de baja altura y de gran altura. Hace diez años el Comité creado para examinar la campaña de bombardeos de la OTAN contra la República Federativa de Yugoslavia planteó la cuestión de si la reducción de riesgos puede tomarse en cuenta como factor pertinente al realizar la evaluación de la proporcionalidad.

En términos generales, la protección y preservación de las fuerzas propias es una consideración legítima en el marco del DIH. La omisión de esos factores no sería coherente con la realidad de los conflictos armados. Por esta razón, los diferentes manuales militares modernos definen la necesidad militar como una situación que exige medidas encaminadas a derrotar al enemigo con el “mínimo gasto de tiempo, medios o personal” o un “mínimo gasto de vidas y recursos”¹⁰⁸. Sin embargo, esto no responde a la pregunta de si el marco jurídico humanitario contemporáneo deja margen para tomar en cuenta la protección de las fuerzas propias en el contexto de una evaluación de la proporcionalidad concreta, efectuada antes de un ataque específico y, en caso afirmativo, en qué medida.

El DIH excluye todos los intentos de tomar en cuenta las consideraciones generales que podrían anular la protección de la población o de las personas civiles *per se*. El párrafo 5(b) del artículo 51 del Protocolo adicional I muestra que es preciso adoptar una decisión equilibrada en cada caso particular y para todos y cada uno de los ataques. Las presunciones generales de que cualquier consideración particular (por ejemplo, la seguridad de las fuerzas propias) podría, *per se*, prevalecer sobre los intereses civiles no están permitidas. En vista de que el DIH defiende el principio general de proteger y, en todas las circunstancias, reducir al mínimo las víctimas y los daños de índole civil, no está permitido considerar ni invocar la protección de las fuerzas propias como un factor que prevalece categóricamente sobre la protección de la población civil o las vidas de personas civiles. No obstante, esto no excluye la consideración de los riesgos a la hora de planificar un ataque concreto

108 Ministerio de Defensa del Reino Unido, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2004, section 2.2; Departamento de Marina de Estados Unidos, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, NWP 1-14M/MCWP 5-12-1/COMDTPUB P5800.7A, julio de 2007, párr. 5.3.1. Se ha señalado que debe entenderse que el criterio basado en el mínimo gasto de tiempo, vidas y recursos físicos se aplica no sólo a la parte atacante sino también a la parte atacada; v. Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann (eds.), nota 80 *supra*, párr. 1397.

y determinar una ventaja militar concreta. En este sentido, hay que distinguir dos cuestiones: la seguridad de las fuerzas propias en general y la seguridad de las fuerzas atacantes en particular. Si “A” ataca las fuerzas terrestres de “B”, y si “B” recurre a la fuerza aérea para detener el ataque y proteger sus fuerzas terrestres, la preservación de las fuerzas terrestres de “B” es una ventaja militar que puede tenerse en cuenta adicionalmente a la ventaja militar derivada de la destrucción de las tropas de “A”. La razón de ello es que ambas ventajas (la destrucción de las tropas de “A” y la preservación de las tropas de “B”) se derivarán directamente del ataque; ninguna de las dos se materializará sino hasta después de efectuado el ataque.

Sin embargo, en términos estrictos, la mayor seguridad de las “fuerzas atacantes” no es resultado del ataque. No se materializa gracias al ataque en sí, sino a la decisión estratégica (anterior al ataque) de atacar de determinada forma (por ejemplo, mediante una operación aérea desde gran altura) en lugar de otra (por ejemplo, con las fuerzas terrestres). Si, en tal escenario, se tuviera en cuenta la seguridad de las fuerzas atacantes dentro de la ecuación de la proporcionalidad —*quid non*— el hecho de que un comandante opte por un método muy seguro y por ende ostensiblemente “ventajoso desde el punto de vista militar” (por ejemplo, el bombardeo aéreo) significaría que, en vista de la mayor ventaja militar que conlleva esta forma particular de ataque, podría justificarse un mayor número de víctimas civiles. Evidentemente, aquí el terreno se torna sumamente resbaladizo. En el escenario previsto, la consideración relativa a la seguridad de las fuerzas atacantes distorsionaría la evaluación de la proporcionalidad en favor de las consideraciones militares y en detrimento de la población civil que se pretende proteger. Esto no significa que los comandantes militares no puedan tomar en consideración la seguridad de sus fuerzas atacantes cuando planifican un ataque. Es obvio que pueden hacerlo. Pero, cualquiera sea el resultado de su planificación, todos y cada uno de los ataques que prevean realizar deben ser conformes con el derecho humanitario. Si se prevé que un bombardeo aéreo cause un número excesivo de víctimas civiles, no debe realizarse. En tal caso, el comandante militar puede decidir no atacar en absoluto, recurrir a otros medios y métodos de ataque (para los cuales deberá efectuar una nueva evaluación de la proporcionalidad), o esperar que cambien las circunstancias en el terreno. Sin embargo, en ningún caso puede justificarse un bombardeo aéreo desde gran altura —pese a una evaluación de la proporcionalidad inicial negativa— con el argumento de que es “más seguro” y, por ende, que permitiría obtener una mayor ventaja militar mayor que la que se obtendría mediante hipotéticas formas de ataque alternativas, como un ataque desde baja altura o un ataque con fuerzas terrestres. En general, se acepta que las ventajas militares hipotéticas no deben tenerse en cuenta en el cálculo de la proporcionalidad¹⁰⁹.

Precauciones en el ataque

Los ejércitos modernos cuentan con inéditas posibilidades de vigilancia. Los “drones” o aviones no tripulados, por ejemplo, pueden vigilar una zona determinada

109 Y. Dinstein, nota 79 *supra*, p. 93.

sin interrupción alguna durante largos períodos de tiempo y proporcionar imágenes visuales en tiempo real a quienes planifican y deciden los ataques¹¹⁰. Sin embargo, pese a las posibilidades que ofrece la tecnología, la difuminación de las líneas de distinción característica de las situaciones de conflicto asimétrico a menudo impide realizar análisis precisos de la zona objetivo y predicciones fiables de los posibles daños civiles. Se ha dicho que la detección e identificación de objetivos legítimos, así como el mantenimiento de esa identificación en condiciones realistas en el campo de batalla, es uno de los problemas más difíciles que afrontan los ejércitos modernos que participan en enfrentamientos¹¹¹. Esta sección se limita a dos precauciones específicas durante los ataques: la verificación de los objetivos y los avisos eficaces. El análisis se centra particularmente en las capacidades de las fuerzas militares internacionales.

Verificación de los objetivos

Antes de lanzar un ataque, ¿qué cantidad y calidad de información debe obtener el atacante sobre el objetivo militar previsto? ¿Basta con depender exclusivamente de la vigilancia aérea o es necesario obtener inteligencia humana in situ? El DIH no brinda una respuesta genérica clara a estas preguntas, ni puede hacerlo. Según el párrafo 2(a)(i) del artículo 57 del Protocolo adicional I, quienes preparen o decidan un ataque deben hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se prevé atacar sean objetivos militares¹¹². De esto se desprende que las respuestas a las preguntas formuladas precedentemente dependen de lo que sea “factible” en las circunstancias de un ataque específico. Por ejemplo, a condición de que el personal militar no se encuentre en peligro inminente, la Directiva Táctica de la ISAF de julio de 2009 parece exigir un “análisis de ‘modo de vida’ de 48 horas efectuado con sistemas de vigilancia terrestres o aéreos, a fin de asegurar que no haya personas civiles en una vivienda antes de ordenar un ataque aéreo”¹¹³. Durante la etapa de redacción del Protocolo adicional I, la frase “todo lo que sea factible” fue debatida en profundidad¹¹⁴. En el proyecto inicial presentado en la Conferencia de expertos gubernamentales sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, se había utilizado

110 Jack M. Beard, “Law and war in the virtual era”, en *American Journal of International Law*, vol. 103, n.º 3, 2009, p. 433.

111 I. Henderson, nota 94 *supra*, p. 164.

112 Con respecto a la aplicación de esta norma en conflictos armados no internacionales, v. J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 44 *supra*, Norma 16.

113 Rajiv Chandrasekaran, “Petraeus review directive meant to limit Afghan civilian deaths”, en *The Washington Post*, 9 de julio de 2010. V. también Directiva Táctica de la ISAF, 6 de julio de 2009, disponible en: http://www.nato.int/isaf/docu/official_texts/Tactical_Directive_090706.pdf (consultado el 22 de marzo de 2011). En noviembre de 2006, un comandante de alto rango, durante el proceso de selección de objetivos, también realizó un análisis de “modo de vida” que incluyó tareas de vigilancia con aviones Predator. Estudio de caso presentado en el Taller sobre Reglas de Enfrentamiento, Instituto Internacional de Derecho Humanitario, San Remo, 13 a 17 de septiembre de 2010.

114 Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann (eds.), nota 80 *supra*, párr. 2198.

el término “asegurar”, pero finalmente esa iniciativa no tuvo éxito¹¹⁵. Se prefirió el término “factible” en lugar del término “razonable” y se entendió que denotaba “lo que es practicable o prácticamente posible”¹¹⁶. Algunas delegaciones añadieron que, al evaluar lo que era practicable o prácticamente posible, se habían de evaluar “todas las circunstancias en el momento del ataque, incluidas las que son pertinentes al éxito de las operaciones militares”¹¹⁷. Entendido de esta manera, el requisito de la factibilidad parecería denotar no sólo lo que es objetivamente practicable o prácticamente posible, sino también lo que es militarmente racional desde el punto de vista del comandante militar. Esta lectura extendida del requisito de la factibilidad añadiría a la evaluación otro elemento relativamente subjetivo. No obstante, la comparación con el párrafo 2(c) del artículo 57 del Protocolo adicional I indica que, en los casos en que se pretendía incorporar una advertencia tan amplia, ésta se expresó en términos explícitos. Este párrafo exige dar aviso de los ataques por medios eficaces “salvo que las circunstancias lo impidan”. No se incluyó una advertencia tan explícita en la obligación de verificar el estatuto de un objetivo seleccionado para el ataque contenida en el párrafo 2(a)(i) del artículo 57 del Protocolo. Por lo tanto, el Comentario del CICR rechaza la interpretación del criterio de factibilidad que incluya “todas las circunstancias pertinentes al éxito de las operaciones militares” por ser demasiado amplia y por constituir un medio para eludir la obligación de precaución que establece el párrafo 2(a)(i) del artículo 57 del Protocolo¹¹⁸. Esto debe ser correcto. Después de todo, la verificación del objetivo constituye una condición previa fundamental para cualquier aplicación del principio de distinción.

Independientemente de este debate en particular, la formulación “hacer todo lo que sea posible para verificar” parece implicar que, si se ha hecho todo lo que es prácticamente posible, pero persisten las dudas con respecto al estatuto del objetivo seleccionado para el ataque, el comandante militar, pese a la incertidumbre no resuelta, estaría autorizado a atacar. El Comentario del CICR rechaza esa lectura indulgente de la obligación de verificar el estatuto de un objetivo antes de un ataque. Según el Comentario, el comandante que prepara un ataque debe “en caso de duda, incluso leve... solicitar información adicional y, de ser necesario, ordenar nuevos

115 CICR, *Conferencia de expertos gubernamentales sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados*, Volumen III: *Protección de la población civil contra los peligros de las hostilidades*, 1971, p. 136.

116 CICR, *Actas oficiales de la Conferencia diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados (1974–1977)*, vol. 15, p. 285. La evaluación de la factibilidad es necesariamente contextual, y lo que es factible también depende de los recursos de que dispone el atacante para efectuar reconocimientos. Por ende, se acepta en general que, en la práctica, las partes que disponen de tecnologías avanzadas pueden estar obligadas a aplicar normas más rigurosas que las partes que carecen de medios de reconocimiento igualmente avanzados. V. también el Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (Protocolo II), Ginebra, 10 de octubre de 1980, artículo 3(4). De conformidad con dicho Protocolo, “[s]e entiende por «precauciones viables» aquellas que son factibles o posibles en la práctica, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, incluso consideraciones humanitarias y militares”.

117 V., por ejemplo, las declaraciones del Reino Unido, Turquía, Alemania, Canadá y Estados Unidos, CICR, *Conferencia de expertos gubernamentales sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados (1974–1977)*, vol. 6, pp. 211, 214, 224, 226 y 241, respectivamente.

118 Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann (eds.), nota 80 *supra*, párr. 2918.

reconocimientos”¹¹⁹. Esta norma, que exige la eliminación de toda duda acerca del estatuto de un objetivo, se ha criticado alegando su excesiva rigurosidad¹²⁰. Sin embargo, el hecho de permitir la realización de un ataque pese a persistir las dudas acerca del estatuto de un objeto socavaría considerablemente el principio de distinción. Mientras haya dudas, el DIH establece ciertas presunciones en favor del estatuto protegido (párrafo 1 del artículo 50 y párrafo 3 del artículo 52 del Protocolo adicional I)¹²¹. Si se permitiera efectuar ataques en casos en que persisten las dudas, estas presunciones quedarían privadas de sentido.

La importancia de este aspecto es incluso mayor porque el criterio de la “ausencia de duda” no puede, por sí solo, garantizar que se ataquen solamente objetivos militares, como demostró, por ejemplo, el ataque aéreo del 4 de septiembre de 2009 en Kunduz, contra dos camiones cisterna cargados de combustible capturados por la oposición armada. El Fiscal General de Alemania concluyó que el coronel acusado estaba convencido (en consonancia con la norma del “comandante militar razonable”) de que no había civiles en las proximidades de los camiones. Consultó varias veces y durante varias horas los vídeos disponibles de las aeronaves de la ISAF y la información proporcionada por un informante cuya credibilidad no fue corroborada. Además, ordenó que los tripulantes de las aeronaves realizaran una identificación positiva para detectar armas. Dado que no anticipaba la presencia de civiles en el momento del ataque (01.49 a.m.), descartó realizar una maniobra de intimidación para dispersar a las personas que se hallaban en el terreno, que eran, supuestamente, combatientes de la oposición armada¹²². Después del ataque, se comprobó que entre las víctimas había un gran número de personas civiles¹²³.

Lógicamente, es verdad —y tal vez más aún en los conflictos asimétricos— que las decisiones relativas a la selección de objetivos a menudo deben tomarse en la “niebla de la guerra” y que no siempre puede alcanzarse una “precisión clínica”¹²⁴. Pero, la “niebla de la guerra” es peligrosa no sólo para los soldados que operan en ella

119 *Ibid.*, párr. 2195. Además, el *Comentario* del CICR exige que la evaluación de la información obtenida incluya una corroboración seria de su precisión.

120 I. Henderson, nota 94 *supra*, p. 163.

121 Sin embargo, las presunciones contenidas en el párrafo 1 del artículo 51 y en el párrafo 3 del artículo 52 del Protocolo adicional I siguen siendo objeto de controversia. Particularmente en el caso de los conflictos armados no internacionales, no hay reglas claras que rijan las situaciones en las que se duda del carácter de una persona. Sin embargo, parece apropiado exigir que se aplique a las decisiones sobre el estatuto de las personas el mismo enfoque cuidadoso y equilibrado que se requiere en los conflictos armados internacionales. V. J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 44 *supra*, Norma 6, p. 22.

122 Fiscal General del Tribunal Federal de Justicia, nota 103 *supra*. Cabe destacar que los ataques aéreos parecen haberse limitado a situaciones en que las tropas se encontraban bajo fuego. El comandante alemán finalmente clasificó la situación como una amenaza inminente, alegando que tenía que los camiones de combustible fuesen utilizados contra el equipo de reconstrucción provincial en Kunduz o se preparasen para ataques posteriores. *Ibid.*, p. 23.

123 V., por ejemplo, *ibid.*, p. 36 *et seq.*; Christoph Reuter, “Entschädigung für die Kundus-Opfer steht”, en *Stern*, 5 de agosto de 2010, disponible en: <http://www.stern.de/politik/ausland/tanklasten-angriff-in-afghanistanentschaedigung-fuer-die-kundus-opfer-steht-1590279.html> (consultado el 22 de marzo de 2011); James Sturcke y David Batty, “Nato air strike in Afghanistan kills scores”, en *The Guardian*, 4 de septiembre de 2009.

124 Michael Bothe, Karl Josef Partsch y Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Convention of 1949*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1982, p. 279.

sino también para los civiles que a menudo quedan atrapados allí. En ninguna parte del marco jurídico humanitario se indica que las incertidumbres fácticas requieren la reducción de la protección de los civiles en función del derecho aplicable. Por consiguiente, si bien la “niebla de la guerra” no siempre permite alcanzar la “precisión clínica” en la toma de decisiones, podría argumentarse que la niebla de la guerra, la dinámica de los conflictos y los rápidos cambios de las circunstancias son precisamente los factores por los cuales el DIH exige verificar los objetivos y prohíbe los ataques en caso de duda.

Aviso por medios eficaces

De conformidad con el párrafo 2(c) del artículo 57 del Protocolo adicional I y el derecho consuetudinario, “se dará aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que *pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan*”¹²⁵. Habida cuenta de la creciente difuminación de las líneas de distinción, la importancia de la obligación de dar aviso es cada vez mayor en términos de impacto humanitario. Sin entrar en las cuestiones relativas al tipo de aviso que equivale a una advertencia anticipada “eficaz” y a la interpretación de la frase “salvo que las circunstancias lo impidan”, la obligación prescrita en el párrafo 2(c) del artículo 57 del Protocolo adicional I se aplica o no en función de la determinación de si el ataque “puede afectar a la población civil”. En el contexto del incidente de Kunduz del 4 de septiembre de 2009, la Fiscalía Federal de Alemania no tomó en cuenta la existencia de la obligación de dar aviso, partiendo de la base de que no se esperaba que el ataque afectara a personas civiles¹²⁶. Por consiguiente, el Fiscal Federal no tuvo que abordar ninguna de las cuestiones planteadas precedentemente, esto es, si las circunstancias hubiesen permitido dar aviso o no. En la misma línea, en el *Air Force Pamphlet* de Estados Unidos se afirma que no se requiere dar aviso si el ataque no es susceptible de afectar a personas civiles¹²⁷. Con un criterio relativamente más estrecho, en el *Military Manual* del Reino Unido se establece que no es necesario dar aviso si no quedan civiles en la zona a ser atacada¹²⁸. Pero, en vista de la dinámica de los conflictos armados asimétricos modernos y a la luz de la creciente difuminación de las líneas de distinción, ¿es posible excluir, en forma realista, la posibilidad de que un ataque (aéreo) afecte a la población civil? Sobre todo en el caso de los ataques y bombardeos aéreos, parecería imposible descartar esa posibilidad con certeza. El incidente de Kunduz, analizado con posterioridad a los hechos, da fe de esa realidad. Ciertamente, el término “puede” utilizado en el párrafo 2(c) del artículo 57 del Protocolo no requiere ningún grado de certeza acerca de si un ataque afectará efectivamente a los civiles; basta con la mera posibilidad. Por ello, el criterio de los ataques que puedan afectar a la población civil debe interpretarse con amplitud. A menos que pueda descartarse la posibilidad de que un ataque afecte a la población civil, la obligación de dar aviso está vigente. Esta norma no puede considerarse excesivamente gravosa. Después de todo,

125 J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 44 *supra*, Norma 20, p. 71 (el subrayado es nuestro).

126 V. Declaración de la Fiscalía Federal, 19 de abril de 2010, párr. 2, disponible en: <http://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?searchstring=Klein&newsid=360> (consultado el 22 de marzo de 2011).

127 Estados Unidos, *Air Force Pamphlet* (1976), párr. 5-3(c)(2)(d).

128 Reino Unido, *Military Manual* (1958), párr. 291.

el párrafo 2(c) del artículo 57 del Protocolo permite explícitamente la consideración de las circunstancias situacionales, en particular las consideraciones militares¹²⁹. Así pues, incluso frente a la aplicación de un entendimiento más amplio de cuándo un ataque “puede afectar a la población civil”, este artículo no exigiría de forma categórica dar aviso antes de todos y cada uno de los ataques. Los comandantes militares seguirían gozando de un considerable margen de discreción a la hora de determinar si las circunstancias realmente permiten dar aviso del ataque o no.

Diferencias entre el paradigma del mantenimiento del orden público y el paradigma de la conducción de las hostilidades: el ejemplo de los puestos de control de vehículos en Afganistán

En los conflictos armados contemporáneos (y Afganistán es un ejemplo que viene al caso), a menudo parece difícil elucidar si determinadas operaciones se rigen por el “paradigma del mantenimiento del orden público” o el “paradigma de las hostilidades”¹³⁰. Esta distinción es especialmente pertinente porque la restricción al uso de la fuerza puede ser muy diferente. Mientras que el paradigma de las hostilidades se rige principalmente por las normas específicas relativas a la conducción de las hostilidades, el paradigma del mantenimiento del orden público se rige principalmente por las normas de derechos humanos, siempre que la aplicación de éstas se encuentre establecida en las circunstancias del caso¹³¹. En el contexto de un

129 En el *Comentario* del CICR se establece que el hecho de dar aviso puede ser inconveniente si la sorpresa en el ataque es condición para su éxito: v. Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann (eds.), nota 80 *supra*, párr. 2223.

130 Con respecto a esta terminología y la definición de estos paradigmas, v. Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, en particular pp. 85–90 y 269–298, respectivamente.

131 La aplicación extraterritorial de los derechos humanos es objeto de considerable debate. V., entre otros, Jann K. Kleffner, “Human rights and international humanitarian law: general issues”, en Terry D. Gill y Dieter Fleck (eds.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 69 en adelante; y N. Lubell, nota 59 *supra*, pp. 193–235. Por ejemplo, de conformidad con el artículo 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), “[L]as Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades” definidos en el Convenio. En su jurisprudencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se basa particularmente en el criterio del “control efectivo” para afirmar la aplicabilidad extraterritorial de los derechos humanos. V. TEDH, *Loizidou v. Turkey*, Objeciones preliminares (Gran Sala), 23 de febrero de 1995, párrs. 61–64; TEDH, *Ócalan v. Turkey*, Sentencia (Gran Sala), 12 de mayo de 2005, párr. 91; TEDH, *Al-Saadoon and Mufdhi v. UK*, Decisión sobre la admisibilidad, 30 de junio de 2009, párrs. 87–88. Contrariamente a las disposiciones contenidas en el CEDH, el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) es más ambiguo, puesto que el artículo 2(1) exige que cada uno de los Estados Partes en el Pacto se comprometa a “respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos” en el Pacto. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos (CDH) ha afirmado la posible aplicación extraterritorial en varios casos. V. principalmente CDH, *Observación General n.º 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 26 de mayo de 2004, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 10; CDH, *Observaciones finales: United States of America*, 2006, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/USA/CO/3, párr. 10; CDH, *Lopez Burgos v. Uruguay* (Comunicación n.º 52/1979), 29 de julio de 1981, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/13/D/52/1979, párr. 12. Por último, según la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados partes se comprometen a “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” (artículo 1). V., por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Armando Alejandre Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña y Pablo Morales - República de Cuba*, Informe n.º 86/99, 29 de septiembre de 1999, párr. 23.

conflicto armado, el DIH puede prevalecer sobre la interpretación de estas normas o influir en ella¹³².

Un ejemplo conspicuo tomado del contexto de Afganistán, en el cual estos dos paradigmas pueden superponerse, viene dado por los puestos de control vehicular, que representan una importante medida de seguridad en Afganistán: las fuerzas de la ISAF, la OEF y las fuerzas afganas los usan como método para controlar a la gente, incautar armas y drogas y arrestar a personas sospechadas de pertenecer a la oposición armada¹³³. Al mismo tiempo, los puestos de control pueden considerarse un medio para impedir la circulación del enemigo y transformarse en un objetivo de ataques enemigos¹³⁴. Esto plantea la cuestión de si el uso de la fuerza en los puestos de control de vehículos se rige por el paradigma de las hostilidades o si, habida cuenta de que básicamente, o al menos en parte, constituyen medidas de seguridad, por el paradigma del mantenimiento del orden público, o por ambos. La misma ambigüedad se plantea en los casos de los convoyes y de los registros de viviendas.

Como ya se ha dicho, el DIH se aplica en la totalidad del territorio de Afganistán, independientemente de dónde se libren las hostilidades¹³⁵. Por lo tanto, potencialmente también se aplica a los puestos de control y reglamenta sus acciones. Aunque en el DIH no se mencionen los puestos de control en forma explícita, no cabe duda de que las partes en un conflicto armado, en el marco de ese ordenamiento jurídico, tienen permitido instalar puestos de control e implementar medidas de seguridad similares, como los registros de viviendas. Algunas normas del DIH incluyen en forma implícita el establecimiento de puestos de control a título de medidas de seguridad. Por ejemplo, en los conflictos armados internacionales, el DIH permite aplicar medidas de seguridad y control con respecto a las personas protegidas¹³⁶ y, en el caso de la ocupación, requiere que la potencia ocupante adopte medidas para restablecer y garantizar el orden y la seguridad públicos¹³⁷. En los conflictos armados no internacionales, el posible fundamento jurídico de los puestos de control normalmente se encuentra en el derecho interno. Lo que es más, en el contexto particular de Afganistán, las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas permiten el uso de “todas las medidas necesarias” para encarar,

132 Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Opinión sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, Informes de la CIJ 1996, p. 226, párr. 25; CIJ, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, Opinión consultiva del 9 de julio de 2004, Informes de la CIJ 2004, p. 136, párr. 106. V. también Orna Ben-Naftali y Yuval Shany, “Living in denial: the application of human rights in the Occupied Territories”, en *Israel Law Review*, vol. 37, n.º 1, 2003–2004, pp. 103–105.

133 Brian Hutchinson, “Assignment Kandahar: checkpoint 5-1”, en *National Post*, 10 de agosto de 2010; Mandy Clark, “Afghan checkpoints key in battle for Kandahar”, en *CBS News*, 3 de agosto de 2010.

134 V., por ejemplo, “Rebuilding an Afghan military checkpoint”, en *OUT On The Porch*, 29 de noviembre de 2010, disponible en: <http://outontheporch.org/2010/11/29/rebuilding-an-afghan-military-checkpoint/> (consultado el 22 de marzo de 2011).

135 V. TPIY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, nota 7 *supra*, párrs. 68 y 69; TPIR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, nota 27 *supra*, párr. 635.

136 V. artículo 27(4) del IV Convenio de Ginebra.

137 V. artículo 43 del Reglamento de La Haya de 1907.

entre otras cosas, las preocupaciones en materia de seguridad que se plantean en Afganistán¹³⁸.

Además, de conformidad con el principio de distinción, las operaciones militares relacionadas con la conducción de las hostilidades sólo deben dirigirse contra objetivos militares legítimos; por consiguiente, no se han de atacar las personas civiles ni los objetos de carácter civil¹³⁹. Al mismo tiempo, se acepta que las hostilidades y las operaciones militares conexas pueden afectar a los civiles, por lo cual éstos “gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares”¹⁴⁰. De estas consideraciones se desprendería, *a majore ad minus*, que, puesto que el DIH permite la adopción de medidas de seguridad en determinadas situaciones e incluso la realización de operaciones militares relacionadas con las hostilidades que pueden afectar a los civiles, en el marco del DIH también debe ser posible establecer puestos de control que afecten a los civiles, en tanto y en cuanto no constituyan un ataque directo contra ellos y respeten otras normas humanitarias.

La decisión de si el uso de la fuerza en los puestos de control de vehículos es regido por las normas del paradigma del mantenimiento del orden público o por las normas del paradigma de las hostilidades debe adoptarse a la luz del principio de *lex specialis*, según el cual toman precedencia las normas que ofrecen una reglamentación más detallada y específica¹⁴¹. Por consiguiente, si está claro que se aproximan a un puesto de control o a un convoy personas que son combatientes y que ejercen una función continua de combate, o civiles que participan directamente en las hostilidades, esas personas constituyen objetivos militares legítimos y pueden ser atacadas de conformidad con las normas especiales relativas a la conducción de las hostilidades¹⁴². Sin embargo, fuera del ámbito de la conducción de las hostilidades —por ejemplo, cuando las fuerzas afganas, de la ISAF o de la OEF ejercen autoridad o poder sobre las personas protegidas contra ataques directos en los puestos de control o durante registros de viviendas, o actúan en defensa propia individualmente, o cuando no se percibe con claridad el estatuto de la persona en cuestión— el uso de la fuerza se rige por el paradigma del mantenimiento del orden público, esto es, el derecho de los derechos

138 V., in particular, resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 1943, del 13 de octubre de 2010, y 1890, del 8 de octubre de 2009. Con respecto al mandato de la ISAF, v. resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 1386, del 20 de diciembre de 2001, y 1510, del 13 de octubre de 2003.

139 V. artículos 48, 51(2) y 52(2) del Protocolo adicional I; y artículo 13(2) del Protocolo adicional II. V. también J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 44 *supra*, normas 1 y 7. Para un comentario sobre los ataques, v. Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann (eds.), nota 80 *supra*, párrs. 4783 y 1882, donde los ataques se definen simplemente como “el uso de la fuerza armada para realizar una operación militar”.

140 V. artículo 51(1) del Protocolo adicional I y artículo 13(1) del Protocolo adicional II. V. también Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann (eds.), nota 80 *supra*, párrs. 1935–1936 y 4761–4771.

141 Nils Melzer, “Law enforcement and the conduct of hostilities”, en T. D. Gill and D. Fleck, nota 131 *supra*, p. 42.

142 *Ibid.*, pp. 43 y 44.

humanos y también el DIH¹⁴³. El DIH que rige los conflictos armados no internacionales prohíbe dar muerte a personas que no participan directamente en las hostilidades y a las personas que están fuera de combate¹⁴⁴. Sin embargo, más allá de la conducción de las hostilidades, el DIH y sus principios generales no ofrecen suficientes directrices con respecto al uso legítimo de la fuerza en operaciones de seguridad relacionadas con un conflicto armado no internacional. Por esta razón, para describir las modalidades del uso de la fuerza se justificaría el recurso al derecho de los derechos humanos¹⁴⁵.

La distinción establecida de conformidad con el principio de *lex specialis* parece sencilla desde el punto de vista jurídico, pero en la práctica pueden presentarse situaciones en las que es mucho más difícil evaluar cuál de los paradigmas ha de prevalecer. En el caso de un automóvil que se aproxima y no reduce la velocidad o que incluso acelera al acercarse al puesto de control vehicular, es muy difícil —o poco realista— evaluar si el conductor es un combatiente, un civil que participa directamente en las hostilidades, o un civil protegido contra los ataques directos, y determinar si se han de aplicar las normas sobre la conducción de hostilidades o las normas más restrictivas sobre el mantenimiento del orden público. La decisión de recurrir a una fuerza potencialmente letal debe adoptarse en contados segundos. Si, por ejemplo, la primera señal que indica que se debe detener el auto se encuentra a 200 metros del puesto de control y un automóvil se aproxima a unos 90 kilómetros por hora, un soldado sólo dispone de unos instantes para repasar los procedimientos sobre la escalada de la fuerza y decidir si recurrir o no a la fuerza letal. Sin embargo, en escenarios como éste, las normas de derechos humanos y las del DIH no parecen realmente mostrar tantas diferencias.

Como ya se ha dicho, el DIH exige hacer todo lo posible para verificar que los objetivos sean combatientes o civiles que participan directamente en las hostilidades (esto es, objetivos militares). Las personas pueden ser objeto de un ataque directo de conformidad con las normas relativas a la conducción de las hostilidades sólo si la evaluación cuidadosa de la situación no deja lugar a dudas de su estatuto como objetivos militares legítimos. Si la duda persiste, o si se concluye que el automóvil que se aproxima y/o sus ocupantes no constituyen un

143 N. Melzer, nota 130 *supra*, pp. 174–175 y 277. Con respecto al argumento de que los puestos de control en territorios ocupados son regidos por el derecho interno y el derecho de los derechos humanos, v. Marco Sassòli, “Legislation and maintenance of public order and civil life by occupying powers”, en *European Journal of International Law*, vol. 16, n.º 4, 2005, pp. 665–666. La ratificación por Afganistán del PIDCP del 23 de marzo de 1976 tuvo lugar el 24 de abril de 1983 y, por ende, el Pacto es vinculante para todas las fuerzas afganas que mantienen puestos de control. En cuanto a las fuerzas de la Coalición, las obligaciones aplicables en materia de derechos humanos dependerán de los tratados que hayan ratificado, lo cual plantea la cuestión de si estos instrumentos de derechos humanos son aplicables extraterritorialmente y en qué medida. Además, el estatuto y los derechos de las fuerzas de la ISAF se establecen en el “Military technical agreement: between the International Security Force (ISAF) and the interim administration of Afghanistan (“Interim Administration)” (Acuerdo técnico militar entre la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad y la administración provisional de Afganistán), del 4 de enero de 2002, en *International Legal Materials*, vol. 41, n.º 5, 2002, p. 1032.

144 V. artículo común 3; artículo 4(2)(a) del Protocolo adicional II; J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, nota 44 *supra*, Norma 89.

145 V. O. Ben-Naftali e Y. Shany, nota 132 *supra*, pp. 104–105.

objetivo militar, el uso de la fuerza potencialmente letal se rige por las normas del mantenimiento del orden público. De conformidad con el derecho de los derechos humanos —siempre que esta rama del derecho sea aplicable¹⁴⁶— sólo se puede utilizar una fuerza potencialmente letal contra un vehículo que se aproxima si presenta una amenaza inminente en las circunstancias de la situación. Además, el uso de la fuerza debe ser el estrictamente necesario para proteger a las tropas (de un convoy o de un puesto de control) o a cualquier otra persona contra lesiones graves o la muerte, o detener o impedir la fuga de una persona sospechada de haber cometido un crimen grave¹⁴⁷. Además del criterio de que el uso de la fuerza debe ser proporcional a la amenaza grave que se plantea, la privación de la vida también se considera “arbitraria” si el uso de la fuerza hubiese podido evitarse o reducirse al mínimo mediante la aplicación de medidas de precaución razonables¹⁴⁸. Esas precauciones incluyen, entre otras, dar aviso y ofrecer la oportunidad de rendirse¹⁴⁹, la disponibilidad de equipos adecuados¹⁵⁰ y la formación¹⁵¹.

Se observa entonces que los procedimientos de escalada de la fuerza, que al parecer ya contienen un gran número de medidas de precaución no letales¹⁵², son de suma importancia y constituyen precauciones factibles que ayudan a evaluar si

146 V. nota 131 *supra*.

147 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párrs. 86–92; *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, nota 64 *supra*, párr. 32; CDH, *Suarez de Guerrero v. Colombia*, n.º 45/1979, 31 de marzo de 1982, CCPR/C/15/D/45/1997, párr. 13.2.

148 V., por ejemplo, CDH, *Suarez de Guerrero v. Colombia*, nota 147 *supra*, párrs. 13.2–3. Si bien sigue una línea similar, el CEDH ha establecido un sistema ligeramente diferente. Se infringe el artículo 2(2) del CEDH si la privación de la vida no es “absolutamente necesaria” para alcanzar uno de los propósitos que constituyen justificaciones. Al igual que los otros sistemas de derechos humanos, el CEDH también exige que el uso de la fuerza sea proporcional y que se tomen precauciones para “evitar o reducir en la máxima medida posible” los riesgos para la vida o el uso de la fuerza letal. V., por ejemplo, TEDH, *Ergi v. Turkey*, n.º 66/1997/850/1057, 28 de julio de 1998, párrs. 79–81, en el que se afirma que las fuerzas gubernamentales que montaron una emboscada en las cercanías de una aldea, exponiendo a los habitantes al riesgo del fuego cruzado, tendrían que haber tomado las precauciones adecuadas. Con respecto a los requisitos relativos a la organización y el control de una operación antiterrorista, v. TEDH, *McCann and others v. The United Kingdom*, n.º 17/1994/464/545, 27 de septiembre de 1995, párrs. 194 y 202–213.

149 CDH, *Suarez de Guerrero v. Colombia*, nota 147 *supra*, párr. 13.2.

150 TEDH, *Güleç v. Turkey*, n.º 54/1997/838/1044, 27 de julio de 1998, párr. 71.

151 TEDH, *McCann and others v. The United Kingdom*, nota 148 *supra*, párrs. 211–212.

152 Los procedimientos de escalada de la fuerza parecen incluir, entre otras cosas, señales de alarma normalizadas, reductores de velocidad, tiras de clavos o cortadores de neumáticos, lanzabengalas, conos de señalización y megáfonos. V., por ejemplo, John Stevens, “A vignette: Coalition casualties, vehicle control points/cordons & CIVCAS”, en *COIN Common Sense*, vol. 1, n.º 1, febrero de 2010, ISAF-Afghanistan, p. 6. V. también Center for Army Lessons Learned (CALL), *Escalation of Force Handbook: Tactics, Techniques, and Procedures*, 07–21, julio de 2007. Recientemente, un comandante de alto rango de la Marina de Estados Unidos ha reconocido la necesidad de aplicar más armas no letales en el contexto de Afganistán. V. Dan Lamothe, “2-star supports more use of nonlethal weapons”, en *Marine Corps Times*, 2 de febrero de 2011, disponible en: <http://www.marinecorpstimes.com/news/2011/02/marine-corpsafghanistan-tasers-nonlethal-weapons-020110/> (consultado el 22 de marzo de 2011). Para consultar una compilación de armas no letales actuales y futuras, v. Programa de Armas No Letales del Departamento de Defensa de Estados Unidos, *Non-Lethal Weapons for Today's Operations*, 2011, disponible en: <https://www.jnlwp.usmc.mil/misc/publications/AR2011.PDF> (consultado el 22 de marzo de 2011).

un automóvil que se aproxima representa una amenaza a la que puede responderse con el uso de una fuerza potencialmente letal.

Nuevas tecnologías en el campo de batalla: el uso de drones (aviones no tripulados) en Afganistán

El uso de drones (aviones no tripulados) en Afganistán y, sobre todo, de drones de combate capaces de lanzar ataques en zonas distantes, ha sido objeto de amplia atención por parte de los medios de comunicación¹⁵³. Los vehículos aéreos no tripulados representan una forma de reducir el riesgo para las fuerzas propias y de llegar hasta los lugares más remotos en las zonas montañosas de Afganistán. El creciente empleo de estas aeronaves, que a menudo se asocia con las víctimas civiles incidentales, ha dado lugar a debates que se relacionan principalmente con la legalidad de su uso¹⁵⁴.

Los drones, que normalmente son controlados a centenares o miles de kilómetros de distancia del lugar donde efectivamente operan¹⁵⁵, pueden permanecer en el aire durante unas veinte horas y proporcionan vídeos en vivo (incluso mediante sistemas infrarrojos y radares de apertura sintética)¹⁵⁶. Inicialmente diseñados con fines de vigilancia, los modelos de combate que se utilizan en la actualidad (el MQ-1 Predator y el MQ-9 Reaper) pueden equiparse con misiles Hellfire de 100 libras y, en el caso del Reaper, hasta con bombas de 500 libras¹⁵⁷. Actualmente, la decisión de lanzar un ataque incumbe al “piloto”, que, según se ha informado, debe seguir un procedimiento que consta de diecisiete aprobaciones antes de que se le permita disparar un misil¹⁵⁸. Sin embargo, la posible introducción de nuevos programas automatizados, que ya no requerirían la intervención de un ser humano para adoptar la decisión, traería consigo nuevos problemas.

153 V., por ejemplo, Jane Mayer, “The predator war: what are the risks of the C.I.A.’s covert drone program?”, en *The New Yorker*, 26 de octubre de 2009, disponible en: http://www.newyorker.com/reporting/2009/10/26/091026fa_fact_mayer (consultado el 22 de marzo de 2011).

154 Cabe destacar que los drones no han sido proscritos como plataforma de armamento. Lo que ha dado lugar a los debates es principalmente su empleo en asesinatos selectivos. V., por ejemplo, *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, nota 66 *supra*, p. 24. Con respecto a un análisis de su legalidad en el marco del derecho internacional v., por ejemplo, Chatham House, *International Law and the Use of Drones: Summary of the International Law Discussion Group Meeting Held at Chatham House on Thursday, 21 October 2010*, Mary Ellen O’Connell y Michael N. Schmitt (oradores), y Elizabeth Wilmschurst (presidenta).

155 Christopher Drew, “Drones are weapons of choice in fighting Qaeda”, en *The New York Times*, 16 de marzo de 2009.

156 Michael N. Schmitt, “Precision attack and international humanitarian law”, en *International Review of the Red Cross*, n.º 859, 2005.

157 V. Fuerza Aérea de Estados Unidos, *MQ-1B Predator*, ficha técnica, 20 de julio de 2010, disponible en: <http://www.af.mil/information/factsheets/factsheet.asp?fsID=122>; y Fuerza Aérea de Estados Unidos, *MQ-9 Reaper*, ficha técnica, 18 de agosto de 2010, disponible en: <http://www.af.mil/information/factsheets/factsheet.asp?fsID=6405> (ambas consultadas el 22 de marzo de 2011); Mary Ellen O’Connell, “The international law of drones”, en *The American Society of International Law Insights*, vol. 14, n.º 36, 12 de noviembre de 2010; Matthias Gebauer *et al.*, “Accident-prone wonder weapons: Afghanistan war logs reveal shortcomings of US drones”, en *Der Spiegel*, 27 de julio de 2010.

158 C. Drew, nota 155 *supra*.

Teniendo en cuenta el tipo de armamento de los drones MQ-1 Predator y MQ-9 Reaper, es difícil imaginar cuál sería su utilidad como herramientas de mantenimiento del orden público fuera de las situaciones de conflicto armado¹⁵⁹. Si se utilizan drones en el “campo de batalla”, los ataques deben respetar las normas pertinentes del DIH descritas en el presente artículo (esto es, distinción, proporcionalidad y precauciones), al igual que cualquier otro sistema de ataque en el campo de batalla que no esté expresamente prohibido por el DIH.

Si bien la tecnología empleada por los drones permite efectuar tareas de vigilancia aérea y lanzar ataques precisos, características que, potencialmente, mejorarían el cumplimiento de los principios de precaución en el ataque y de proporcionalidad, persiste la pregunta de cómo distinguir entre objetos de carácter civil y objetivos militares en un contexto en el cual puede ser muy difícil obtener inteligencia fiable. Este aspecto es especialmente preocupante cuando se utilizan drones para atacar a personas que figuran en una lista de asesinatos selectivos¹⁶⁰ o para identificar a personas que participan directamente en las hostilidades. Por ejemplo, ¿puede afirmarse, sólo en base al análisis de un vídeo, que una persona ocupada en cavar un hoyo cerca de una carretera está plantando un artefacto explosivo improvisado?

El hecho de que la persona que controla la aeronave no tripulada está lejos del campo de batalla se ha criticado con frecuencia pero, en última instancia, no representa un problema para el DIH¹⁶¹. Sin embargo, algunos autores señalan que el uso de drones puede desembocar en una “mentalidad de Playstation” si los operadores no han recibido formación en DIH y si no están informados de los “riesgos y rigores de la batalla”, y que la mayor seguridad de las fuerzas atacantes puede traer consigo un empleo menos cuidadoso de la fuerza letal¹⁶².

159 Las operaciones y los ataques transfronterizos en Pakistán presentan múltiples problemas no sólo desde la perspectiva de los derechos humanos o del DIH, sino también desde el punto de vista del *jus ad bellum*; sin embargo, esta problemática está más allá del alcance del presente artículo. V., por ejemplo, *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, nota 66 *supra*, pp. 10–15 y 25.

160 V. Chatham House, nota 154 *supra*, p. 5, donde O’Connell señala que se producen entre seis y siete víctimas por ataque, de las cuales, por lo general, sólo una figuraba en la lista. Esto también plantea la preocupación acerca del modo en que las personas que preparan o deciden un ataque realizan las evaluaciones de proporcionalidad. Con respecto al argumento de que las avanzadas capacidades tecnológicas de los vehículos aéreos no tripulados que permiten mantener una “vigilancia persistente” virtual (y por ende, brindan una mayor cantidad de información pertinente) conducen a la aplicación de requisitos más rigurosos en materia de selección de objetivos, proporcionalidad y precauciones, v. J. M. Beard, nota 110 *supra*, especialmente pp. 420, 428–442 y 444.

161 En los casos en que el dron es operado en el contexto de un conflicto armado por un contratista civil o por organismos de inteligencia (como la CIA), el piloto participaría directamente en las hostilidades y podría ser atacado. Además, la participación del piloto podría plantear cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal y el estatuto de detención.

162 V. principalmente *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, nota 66 *supra*, pp. 24–25.

Conclusión

El prolongado conflicto en Afganistán no ha causado cambios visibles en el DIH. Los llamamientos iniciales a la elaboración de un marco jurídico nuevo o reformado han disminuido, pero persisten importantes desafíos por resolver. En lo que respecta a las normas humanitarias relativas a la conducción de las hostilidades, en la actualidad, el mayor problema se relaciona con la difuminación de las líneas de distinción que tanto caracteriza a los conflictos asimétricos. No obstante, hasta ahora, los preceptos fundamentales del ordenamiento jurídico humanitario no se han puesto en tela de juicio. Pese a todos los debates acerca de la posible necesidad de reformar el DIH, casi diez años después de iniciada la Operación Libertad Duradera en Afganistán, en octubre de 2001, no se ha formulado ninguna propuesta importante para reformar las normas relativas a la conducción de las hostilidades. Por el contrario, sobre todo en la segunda fase del conflicto, la estrategia de las fuerzas militares internacionales en Afganistán se ha centrado en la estricta adhesión a las normas vigentes a fin de alcanzar el objetivo estratégico global de ganarse “los corazones y las mentes” de la población afgana.

Sin embargo, la interpretación de las normas existentes ha dado lugar a una creciente controversia. A medida que las estructuras del conflicto se van tornando cada vez más difusas, la certidumbre jurídica y la claridad de las prescripciones del derecho humanitario cobran una importancia cada vez mayor. No es casual que, en los últimos años, se haya organizado una serie de denominados procesos de aclaración dirigidos por expertos, con el objeto de analizar la noción de la participación directa en las hostilidades o la guerra aérea y misilística. Todos estos procesos han abordado importantes cuestiones relacionadas con la conducción de las hostilidades. Al mismo tiempo, muchas cuestiones y ambigüedades de larga data relacionadas, por ejemplo, con el principio de la proporcionalidad o la definición de los objetivos militares, no se han resuelto e incluso no han sido objeto de debates pormenorizados. Obviamente, algunas de estas cuestiones son complicadas y al parecer irresolubles. Por lo tanto, no sorprende que esas controversias formen parte indisoluble del marco jurídico humanitario moderno casi desde su creación. Muchas de ellas tienen su origen en las negociaciones que culminaron en la adopción del Protocolo adicional I en 1977. La naturaleza crecientemente asimétrica de los conflictos ciertamente no ha facilitado la resolución de esas cuestiones en 2011, pero la necesidad de claridad jurídica en relación con la conducción de las hostilidades es, sin duda alguna, cada vez mayor.

