

EDITORIAL

TRAZAR LOS LÍMITES DE LA VIOLENCIA

¿Cómo es la reglamentación jurídica de los conflictos armados a comienzos del siglo XXI? ¿Es lícito atacar cualquier objetivo, en cualquier lugar, con drones armados? ¿Los Estados pueden y deben aplicar sus propias normas de derechos humanos cuando participan en una operación multinacional en el extranjero? ¿Cuándo alcanza una operación cibernética el umbral de un conflicto armado, si es que alguna vez lo alcanza? Algunas de estas preguntas se repiten una y otra vez cuando leemos las noticias de todos los días. Todas están vinculadas con lo que denominamos “alcance de aplicabilidad” del marco jurídico que rige los conflictos armados —el derecho internacional humanitario (DIH)— y su interacción con otros regímenes jurídicos.

En la actualidad, algunos de los conceptos fundacionales de este conjunto de normas son objeto de debate —y a veces son cuestionados— debido a la evolución de la violencia armada y los métodos y medios de guerra. A primera vista, el aspecto moderno del conflicto parece desafiar la estructura del DIH. Los “ataques cibernéticos”, al igual que otros desarrollos tecnológicos recientes, como los sistemas de armas autónomos cada vez más desarrollados, ponen en duda nuestra concepción tradicional de la guerra¹. Con sus dicotomías entre “conflicto armado internacional” (CAI) y “conflicto armado no internacional” (CANI) y entre “civiles” y “combatientes”, el DIH puede parecer, a primera vista, poco adecuado para abarcar los complejos matices de las situaciones reales. Como se puede observar hoy en día en República Democrática del Congo, Irak o Siria, en los conflictos armados contemporáneos suelen participar grupos armados no estatales; pueden intervenir una o más fuerzas armadas de países extranjeros; algunos de los combatientes tienden a ocultarse entre la población civil; hay contratistas privados que desempeñan funciones que tradicionalmente realizaban los Estados; los conflictos locales muchas veces alcanzan una dimensión regional o incluso internacional; algunos conflictos y situaciones de ocupación tienden a prolongarse en el tiempo, sin perspectivas de solución política; y la población civil continúa sobrellevando el peso de las hostilidades y sus consecuencias, entre ellas, la inseguridad y el derrumbe del estado de derecho.

Más aún, en la actualidad, los crímenes —en especial, los actos terroristas— y las medidas represivas adoptadas por los Estados en respuesta a ellos con frecuencia

1 Para obtener un panorama general, v. *International Review of the Red Cross*, n.º 886: “Nuevas tecnologías y guerra”, 2012, disponible en línea en www.icrc.org/eng/resources/international-review/review-886-new-technologies-warfare/index.jsp (todas las referencias de internet fueron consultadas en marzo de 2014).

emplean medios militares. Pueden ser ejecutados a gran escala por actores que operan en distintos territorios, gracias al uso de tecnologías como las imágenes satelitales, los drones o internet. Grupos que operan desde el exterior se adjudican la responsabilidad de ataques que se lanzan en Kenia o Estados Unidos y que pueden provocar, como respuesta, operaciones militares y ataques con drones en países distantes. Todas las partes suelen emplear la retórica clásica y el vocabulario de la guerra para justificar crímenes y medidas excepcionales. Repetida por los medios, la semántica simplista de la guerra puede echar un manto de confusión sobre un fenómeno complejo que adopta múltiples formas. En vista de estos retos, cabe preguntarse cómo abarca el DIH la realidad política, militar y humanitaria contemporánea. ¿Sigue siendo adecuado para el propósito que persigue?

Del mismo modo que todas las ramas del derecho, el DIH está sujeto a la interpretación, la evolución y el desarrollo. No puede aplicarse aislado de factores sociales y políticos, de otros regímenes jurídicos o de la naturaleza cambiante de la materia que se propone regular: los conflictos armados. En las últimas décadas, el DIH ha seguido desarrollándose, siendo los aportes más destacados los del derecho convencional, en particular, en lo que atañe a la regulación de cuestiones relativas a las armas. Asimismo, el grado de protección proporcionado por el derecho de los CANI se ha acercado al de los CAI. Se han hecho grandes esfuerzos para clarificar el derecho existente por medio de documentos destinados a interpretar las normas y de otros instrumentos de derecho indicativo, como los códigos de conducta². Recientemente, las funciones extendidas que desempeñan las compañías militares y de seguridad privadas fueron abordadas en el Documento de Montreux, sobre el que se incluye un comentario en la sección “Informes y Documentos” del presente volumen.

El DIH es sólo una de las ramas del derecho internacional; otras, en particular, el derecho de los derechos humanos, también son aplicables durante los conflictos armados. La interacción entre el DIH y el derecho de los derechos humanos ha sido tema de debate entre muchos expertos, tanto en la *International Review* como en otras publicaciones. Entre tanto, los organismos regionales de derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos y de los Pueblos, proporcionaron una abundante jurisprudencia. Es casi imposible dar cuenta de todas las interpretaciones existentes de la relación entre las normas del derecho de los derechos humanos y las del DIH en tiempo de conflicto armado. Desde el punto de vista operacional, las diferencias de interpretación han mostrado tener relevancia en instancias en las que los Estados operan fuera de su propio territorio y/o en relación con personas de otras nacionalidades. El coronel Kirby Abbott analiza esas tensiones en este número de la *International Review*,

2 V., por ejemplo, Nils Melzer, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, Ginebra, CICR, 2010; *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, mayo de 2009; *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge, Cambridge University Press, marzo de 2013. Un ejemplo de código de conducta reciente es *International Code of Conduct for Private Security Service Providers*, disponible en línea en www.dcaf.ch/Project/International-Code-of-Conduct-for-Private-Security-Service-Providers.

mediante el ejemplo de la interoperabilidad entre soldados de distintos Estados miembros de la OTAN.

Normalmente, en la *International Review* se publican artículos de autores que trascienden la presentación del derecho tal como es, haciendo un balance de las normas de aplicación existentes y explorando nuevas vías de desarrollo jurídico. En los últimos años, la *International Review* ha dedicado números temáticos a cuestiones de debate específicas: la aplicación del derecho a grupos armados y la aplicación del derecho por parte de grupos armados, en situaciones de ocupación, por parte de fuerzas multinacionales, y en relación con el personal de salud, entre otros. La presentación de los temas refleja los debates y los retos vinculados con el DIH expuestos por las partes en los conflictos modernos, los expertos y los académicos.

En el presente número de la *International Review* se abordan diversos aspectos vinculados con la aplicabilidad del DIH: ¿Qué? ¿Dónde? ¿Cuándo? ¿Quién? Las respuestas a estas preguntas son importantes porque definen el alcance de la protección que proporcionan las normas del DIH en tiempo de conflicto armado, y para el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y otros actores humanitarios, definen el marco normativo y las condiciones en las que esos actores pueden proporcionar ayuda y protección a las personas que las necesitan. En este número de la *International Review* se hará hincapié en cómo los debates más complejos y elaborados sobre el DIH se relacionan, en realidad, con las preguntas más simples.

¿A qué se aplica el DIH?

Tal como se ha observado últimamente, la noción de “guerra” es un concepto político, en tanto que el término “conflicto armado” tiene un significado jurídico en el DIH contemporáneo. A grandes rasgos, el uso de la fuerza puede dividirse en CAI, CANI y otras situaciones de violencia que no conducen a la aplicación del DIH. Los debates recientes acerca del alcance material del DIH giran en torno a la relevancia de la tipología CAI-CANI para describir los escenarios de los conflictos armados actuales. Es una obviedad decir que los CANI representan la gran mayoría de los conflictos armados contemporáneos y que las consecuencias humanitarias que traen aparejadas, como la desestabilización regional, el flujo de refugiados y el potencial de convertirse en conflictos entre Estados, pueden ser significativas. La tipología de los CANI también se ha complejizado con el transcurso del tiempo e incorporó una terminología llena de matices: en la actualidad, se cataloga a los CANI como “extendidos”, “multinacionales”, “transfronterizos”, “transnacionales”, etc. Cada subcategoría hace referencia a un conjunto particular de circunstancias fácticas que podrían conducir a la aplicabilidad del DIH. Dicho esto, en lo fundamental hoy no parece haber tipos de violencia armada entre partes organizadas que no estén comprendidos en la dicotomía CAI-CANI.

Tras el 11 de septiembre de 2001 y la posterior invasión a Afganistán liderada por Estados Unidos, algunos observaron que Estados Unidos y sus aliados se habían embarcado en un nuevo tipo de conflicto “global” al que no se le podían aplicar las viejas normas. Después, se dijo que el derecho de los CANI regía también las operaciones contra “Al-Qaeda, los talibanes y las fuerzas vinculadas a ellos” en distintos territorios³. En la sección “Debate” de este número, Claus Kreß afirma que en el contexto de la “guerra contra el terrorismo”, se invocaba el DIH *de manera permisiva*, para alcanzar objetivos que, de otro modo, los Estados no lograrían alcanzar en el marco de un paradigma de aplicación de la ley⁴.

Por el contrario, en muchos otros contextos, la tendencia es a catalogar muchas situaciones como actos de terrorismo o de criminalidad interna, con lo que se rechaza la aplicabilidad del DIH en situaciones que, a juzgar por los hechos, equivalen a conflictos armados. Esa postura, según la cual se tilda a todos los actores armados de criminales, puede tener implicancias (y de hecho las tiene) en ciertas operaciones multinacionales. Al definir algunas operaciones no como participación en un conflicto armado sino meramente como “antiterrorismo” o medidas de aplicación de la ley, se corre el riesgo de socavar la aceptación de la aplicabilidad del DIH. También en este caso, el problema no estaría en el contenido del DIH *en sí*, sino en las elecciones políticas que subyacen a su aplicación.

¿Dónde se aplica el DIH?

El carácter transnacional de la violencia armada pone en cuestión la concepción clásica de conflicto armado limitado a un territorio particular. Las preguntas que surgen una y otra vez comprenden el tema de si el DIH se aplica *a todo* el territorio de las partes en el conflicto, y si se aplica extraterritorialmente, en particular en el territorio de Estados neutrales o no beligerantes.

Recientemente, el uso de drones y operaciones en las que se recurre a fuerzas especiales para lanzar ataques contra individuos o redes de individuos en diversos contextos en distintos lugares del mundo dio origen a encendidos debates sobre el marco jurídico de aplicación para esas operaciones. Los debates se centran en si atacar personas con medios militares —con la posibilidad de causar daño a personas civiles y a bienes de carácter civil— en cualquier lugar del mundo es lícito de acuerdo con el DIH y en qué circunstancias lo es. En este número de la *International Review*, Jelena Pejic analiza, entre otras cosas, el alcance geográfico de los CANI de conformidad con el DIH en lo relativo a los ataques con drones. La autora destaca la importancia de una clasificación jurídica adecuada de cada contexto en el que se usan drones para atacar objetivos, con el fin de determinar si esas acciones están regidas por el DIH o no.

3 Hamdan c. Rumsfeld, 548 US 57, 2006.

4 Claus Kreß, “Debate: The regulation of non-international armed conflicts: Can a privilege of belligerency be envisioned in the law of non-international armed conflicts?” (“La normativa de los conflictos armados no internacionales”), en este número de la *International Review* (en inglés).

¿A quiénes se aplica el DIH?

Con la creciente participación de fuerzas multinacionales o de mantenimiento de la paz en conflictos armados modernos, la cuestión de si los Estados y las organizaciones internacionales pueden considerarse “partes en” un conflicto ha surgido varias veces; los escenarios más problemáticos son aquellos en los que los Estados aprueban una operación multinacional a cargo de una organización internacional o regional y le prestan apoyo logístico pero no participan en las hostilidades. ¿Esos Estados han de ser considerados partes en el conflicto o no? No se trata únicamente de una cuestión semántica, pues las fuerzas armadas deben saber en qué régimen jurídico deben basar el despliegue de efectivos y deben conocer qué normas les otorgan protección. Este tema se trató en el número anterior de la *International Review*, sobre “Las operaciones multinacionales y el derecho”.

Normalmente, se considera que el DIH es más un conjunto de obligaciones que una serie de protecciones para las personas en tiempo de guerra, incluidos los periodistas, el personal de salud y las entidades privadas. Es importante observar que el DIH también se aplica y protege a los actores humanitarios que prestan asistencia a las poblaciones afectadas. Tradicionalmente, esa asistencia depende de que el Estado dé su consentimiento para que los actores humanitarios tengan acceso a las poblaciones vulnerables. En este número de la *International Review*, la guía del CICR “Preguntas y respuestas y léxico del CICR sobre acceso humanitario” y la nota de opinión de Françoise Bouchet-Saulnier ofrecen dos puntos de vista sobre los derechos que el DIH confiere a los actores humanitarios de prestar asistencia cuando las partes en el conflicto no son capaces de satisfacer las necesidades de las poblaciones que están bajo su control⁵.

¿Cuándo se aplica el DIH?

Dos de las preguntas más delicadas acerca del alcance temporal de aplicación del DIH son las siguientes: ¿cuándo comienza un conflicto armado? (es decir, cuál es el umbral de violencia necesario para que exista un conflicto armado y se inicie la aplicación del DIH correspondiente a un CAI o a un CANI) y ¿cuándo termina un conflicto armado? (aunque este segundo interrogante se relaciona con la pregunta de cuándo cesan todas las obligaciones impuestas por el DIH, es independiente de esta cuestión).

En lo concerniente al inicio de un CANI, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) indica los criterios necesarios para decidir la aplicabilidad del DIH⁶. No hay criterios análogos en los instrumentos jurídicos aplicables a los CAI, y existe una diversidad de opiniones respecto de

5 V. Emanuela-Chiara Gillard, “The law regulating cross-border relief operations” (“El derecho que rige las operaciones de ayuda humanitaria transfronterizas”), *International Review of the Red Cross*, n.º 890 (en inglés).

6 TPIY, *Fiscal c. Duško Tadić*, caso n.º IT-94-1-T, Fallo (Sala de Primera Instancia), 7 de mayo de 1997, párrs. 561-568; v. también TPIY, *Fiscal c. Fatmir Limaj*, caso n.º IT-03-66-T, Fallo, 30 de noviembre de 2005, párr. 84.

cuándo se inicia un CAI, principalmente entre la opinión más difundida de que el DIH se aplica a partir del “primer disparo” (opinión que se conoce como “teoría de Pictet”) y la teoría según la cual es necesario un umbral más elevado de violencia —es decir, que sólo cierto nivel de intensidad en el uso de la fuerza daría lugar a la aplicabilidad del DIH a un CAI⁷. El fin de un CAI es, posiblemente, más sencillo de determinar, aunque existen muchas opiniones y confusión respecto de las expresiones “cesación de las hostilidades activas” y “cierre general de operaciones militares”. Marko Milanovic y Julia Grignon destacan cuán complejo es interpretar el fin de un CAI y las consecuencias jurídicas que entraña la “desclasificación” de un conflicto.

¿Cómo debe interpretarse el DIH?

El alcance de la protección que proporciona el DIH a las personas afectadas por conflictos armados se extiende año a año. En general, los conceptos del DIH resisten el paso del tiempo porque son prácticos y adaptables. Es cierto que el DIH no proporciona una fórmula universal para resolver cuándo, dónde o durante cuánto tiempo se aplican sus normas. Además, los conflictos modernos continúan exigiendo que se realicen esfuerzos adicionales no sólo para explicar y reafirmar el derecho cuando la protección que garantiza se ve amenazada, sino también para detectar las lagunas y los posibles ámbitos donde se necesita mayor desarrollo. Pero parece que los conceptos clave del DIH se han puesto a prueba repetidamente ante los desafíos de los conflictos armados, incluso durante las últimas dos décadas. Aparentemente, las normas del DIH funcionan como una especie de columna vertebral, con la rigidez suficiente para que el cuerpo se mantenga en pie y, al mismo tiempo, con la flexibilidad necesaria para que se mueva.

En el derecho internacional, los Estados desempeñan una función clave en la interpretación del derecho existente y en el inicio de nuevas formulaciones. La *International Review* solicitó a Richard Gross, asesor jurídico del presidente del Estado Mayor Conjunto de Estados Unidos, que compartiera su experiencia sobre las lecciones aprendidas por Estados Unidos desde la invasión a Afganistán, que tuvo lugar en 2001, y los conflictos armados posteriores en ese país y en Irak. En la entrevista publicada en este número de la *International Review*, Gross ofrece su visión sobre cómo combatir el terrorismo en el marco de un conflicto armado y, sobre todo, señala lo mucho que se ha avanzado en la comprensión del papel que desempeña el CICR en la prestación de asistencia humanitaria neutral e independiente.

Por su parte, el CICR siempre se ha ocupado de mantenerse al corriente de la evolución de la naturaleza de la guerra y de buscar soluciones humanitarias, incluso en el marco del derecho. Desde 2003, el CICR se ha ocupado de hacer balances frecuentes de los desafíos que enfrenta el DIH en los informes que presenta

7 Asociación de Derecho Internacional, Comisión sobre Uso de la Fuerza: “Final report on the meaning of armed conflict in international law”, informe, 2010, disponible en línea en www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1022.

cada cuatro años en la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (“El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos”). El objetivo de esos informes es “suscitar la reflexión y el debate sobre las cuestiones identificadas y esbozar las medidas prospectivas del CICR para clarificar y desarrollar el derecho en el futuro”⁸.

Con la evolución de la naturaleza de los conflictos armados, se crean problemas nuevos, que carecen de precedentes. Para cada nuevo acontecimiento, el CICR debe evaluar minuciosamente si el DIH es de aplicación o no y, en el caso de que lo sea, qué normas del DIH han de aplicarse: las de los CAI o las de los CANI. ¿Los drones, la guerra cibernética, el uso de contratistas privados o los ataques lanzados desde zonas distantes del campo de batalla, tal como se lo entiende tradicionalmente, revelan realmente las deficiencias de que adolece el derecho o pueden interpretarse a la luz de las normas existentes? El debate en torno del terrorismo llevó al CICR a centrarse en la reafirmación de ciertos aspectos del derecho a la vez que a reconocer la necesidad de clarificar o ampliar otros aspectos, como las salvaguardias procesales para el internamiento o la detención administrativa⁹ o la noción de la participación directa en las hostilidades¹⁰. Actualmente, el CICR también participa en un importante proyecto cuya finalidad es actualizar sus Comentarios a los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales de 1977, con miras a incorporar las novedades en la práctica del DIH que tuvieron lugar desde la redacción de los comentarios anteriores, que datan de las décadas de 1950 y 1980, respectivamente¹¹.

En ciertos ámbitos, se requieren —y se requerirán en el futuro— interpretaciones complejas del derecho, debido a los cambios constantes de la realidad de la violencia colectiva. En los debates acerca del alcance del derecho que regula esa realidad, surgen múltiples interpretaciones, que a veces son contrapuestas. Como las interpretaciones del derecho pueden estar teñidas de motivos ideológicos, políticos o estratégicos, es necesario preguntarse qué podría servir de guía en esa tarea. En este contexto, sería útil recordar, al menos en lo relativo a los tratados, el principio de buena fe en la interpretación, de acuerdo con el objetivo y el propósito de las normas en cuestión.

De todos modos, es importante señalar que la respuesta no ha de buscarse exclusivamente en el campo jurídico. Se suele decir que las crisis contemporáneas son “complejas” o “cada vez más complejas”. Presumiblemente, las crisis actuales no son más complejas en esencia que, por ejemplo, la Segunda Guerra Mundial, la

8 V. nota 3 *supra*. V. también el informe de 2003, disponible en línea en www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/5xrdcc.htm; y el informe de 2011, disponible en línea en www.icrc.org/eng/resources/documents/report/31-international-conference-ihl-challenges-report-2011-10-31.htm. Si se desea profundizar en este tema, v. la serie “Contemporary IHL Challenges” en el blog de Intercross, disponible en línea en <http://intercrossblog.icrc.org/law-and-policy>.

9 V. Jelena Pejic, “Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna”, *International Review of the Red Cross*, n.º 858, 2005.

10 V. N. Melzer, nota 2 *supra*.

11 V. Jean-Marie Henckaerts, “Actualización de los Comentarios de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales”, *International Review of the Red Cross*, n.º 888.

Guerra Fría o la descolonización. Probablemente, lo que está en juego es nuestra capacidad para comprender mejor su naturaleza multidimensional y la necesidad de encontrar soluciones duraderas.

Paradójicamente, hoy en día poseemos conocimientos más vastos y muchas más herramientas que antes para gestionar las crisis; no obstante, vivimos en una época en la que la complejidad resulta poco atractiva y los dirigentes, a la hora de delinear visiones de futuro, aparentemente se inclinan por las posturas emocionales, reactivas y de corto plazo. Para poder crear un entorno favorable al respeto del derecho, sigue siendo fundamental no sólo trabajar en el plano jurídico, sino también incluir los aspectos jurídicos en un diálogo sobre políticas más amplio con las autoridades, directa e indirectamente a través de la sociedad civil y, lo que es más importante, invertir en educación sobre DIH a largo plazo y en la prevención de crímenes.

La pregunta más importante que es preciso formular cuando se aplica el derecho a un conflicto armado es por qué y para qué existe el derecho. Los complejos debates jurídicos actuales acerca del DIH y otros regímenes no deben eclipsar su verdadero objetivo: proteger la vida, la dignidad y los bienes de las personas. Ante los argumentos jurídicos de los acusados para justificar actos de agresión y saqueo, el Tribunal de Núremberg sintió la necesidad de afirmar que “es importante señalar que los actos prohibidos por las leyes y costumbres de la guerra no pueden volverse lícitos mediante el uso de complicadas construcciones jurídicas”¹².

Para que los portadores de armas apliquen el DIH incluso en el fragor de la batalla, es imprescindible que las interpretaciones pertinentes proporcionen soluciones claras y prácticas que tengan en consideración las realidades sobre el terreno y que respeten el equilibrio inherente entre los imperativos humanitarios y la necesidad militar. Los “principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública”¹³ constituyen los cimientos del DIH. Por consiguiente, trazar la compleja configuración y el alcance del derecho consiste “simplemente” en definir los límites de la violencia, límites más allá de los cuales debe prevalecer la humanidad.

*Vincent Bernard
Redactor jefe*

12 Proceso a Krupp (Proceso a Alfred Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach y a otras once personas, Tribunal Militar de Estados Unidos constituido en Núremberg, 17 de noviembre de 1947-30 de junio de 1948), Comisión de la ONU sobre Crímenes de Guerra, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 10, 1949, pp. 130-159, extracto disponible en www.icrc.org/casebook/doc/case-study/united-states-nuremberg-krupp-case-study.htm.

13 Protocolo adicional I, art. 1.2.