

¿La caja de Pandora? Ataques con drones: perspectiva desde el *jus ad bellum*, el *jus in bello* y el derecho internacional de los derechos humanos

Stuart Casey-Maslen*

El Dr. Stuart Casey-Maslen es jefe de Investigaciones en la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra, y se especializa en legislación en materia de armas y el cumplimiento de las normas internacionales por los actores armados no estatales.

Resumen

Los drones armados representan una gran amenaza a la prohibición general del uso de la fuerza entre Estados y al respeto de los derechos humanos. En el campo de batalla, en una situación de conflicto armado, es posible que el uso de drones armados cumpla las normas fundamentales del DIH de la distinción y la proporcionalidad (aunque atribuir responsabilidad penal internacional por el uso ilícito de estas armas puede plantear grandes dificultades). Fuera del campo de batalla, el uso de ataques efectuados con drones representa, en general, una violación de los derechos humanos fundamentales. Es urgente esclarecer el sistema jurídico aplicable y formular las limitaciones necesarias para impedir que siga proliferando la tecnología relativa a los drones.

Descriptor: conflicto armado, participación directa en hostilidades, drone, derechos humanos, derecho internacional humanitario, mantenimiento del orden, asesinato selectivo, vehículo aéreo no tripulado.

* El autor hace llegar su agradecimiento a los profesores Andrew Clapham y Nils Melzer y a Bonnie Docherty por sus observaciones respecto de la versión preliminar del presente artículo, como también a Alice Priddy por la investigación de antecedentes. Salvo que se indique lo contrario, se accedió a todas las referencias de internet en octubre de 2012.

Algunos denominan a ese tipo de operaciones “asesinatos”. No lo son y el uso de ese término tendencioso está fuera de lugar. Los asesinatos son muertes ilícitas.

Ministro de Justicia de Estados Unidos, Eric Holder, 5 de marzo de 2012¹

En los últimos diez años, el uso de drones —vehículos aéreos no tripulados (VANT) o aeronaves no tripuladas²— con fines militares y de lucha contra el terrorismo ha crecido “de forma explosiva”³. Por ejemplo, se informó de que en 2010, el presidente de Estados Unidos, Barack Obama, autorizó más del doble de ataques con drones en el noroeste de Pakistán que en 2009 — “que, de por sí, fue un año en el que se realizaron más ataques con drones que durante todo el mandato de George W. Bush”⁴. A principios de 2012, se decía que el Pentágono controlaba 7.500 drones, es decir, cerca de un tercio de las aeronaves militares de Estados Unidos⁵. El uso de VANT por las fuerzas policiales en relación con las actividades de mantenimiento del orden tradicionales dentro de las fronteras del Estado también ha crecido constantemente, aunque a un ritmo menor⁶.

- 1 Discurso en la Escuela de Leyes de la Universidad Northwestern, Chicago, 5 de marzo de 2012, disponible en: <http://www.lawfareblog.com/2012/03/text-of-the-attorney-generals-national-security-speech/>.
- 2 Según leyes federales de Estados Unidos aprobadas en 2012, el término “aeronave no tripulada” se refiere a “una aeronave operada sin que sea posible la intervención humana directa desde dentro de la aeronave o sobre ella.” Sección 331(8), Ley de modernización y reforma de la Autoridad Federal de la Aviación, 2012, sancionada por el presidente de Estados Unidos el 14 de febrero de 2012.
- 3 Departamento de Defensa de Estados Unidos, “US unmanned systems integrated roadmap (fiscal years 2009–2034)”, Washington, DC, 2009, p. 2, disponible en: <http://www.acq.osd.mil/psa/docs/UMSIntegratedRoadmap2009.pdf>. Se cree que el juego de palabras no fue intencional.
- 4 Peter Bergen y Katherine Tiedemann, “Hidden war, there were more drone strikes – and far fewer civilians killed”, en *New America Foundation*, 22 de diciembre de 2010, disponible en: <http://newamerica.net/node/41927>.
- 5 W. J. Hennigan, “New drone has no pilot anywhere, so who’s accountable?”, en *Los Angeles Times*, 26 de enero de 2012, disponible en: <http://www.latimes.com/business/la-fi-auto-drone-20120126,0,740306.story>. En la Real Fuerza Aérea del Reino Unido se prevé que los drones alcancen un porcentaje similar al de las aeronaves tripuladas para dentro de veinte años. Nick Hopkins, “Afghan civilians killed by RAF drone”, en *The Guardian*, 5 de julio de 2011, disponible en: <http://www.guardian.co.uk/uk/2011/jul/05/afghanistan-raf-drone-civilian-deaths>. Según se informó, el General N. A. Schwartz, jefe del Estado Mayor de la Fuerza Aérea de Estados Unidos, consideró “que era concebible” que el número de pilotos de drones en la Fuerza Aérea superara al de pilotos en cabinas de mando en el futuro previsible, aunque predijo que la Fuerza Aérea de Estados Unidos seguiría teniendo pilotos tradicionales durante por lo menos treinta años más. Elisabeth Bumiller, “A day job waiting for a kill shot a world away”, en *The New York Times*, 29 de julio de 2012, disponible en: <http://www.nytimes.com/2012/07/30/us/drone-pilots-waiting-for-a-kill-shot-7000-miles-away.html?pagewanted=all>.
- 6 V., por ejemplo, “Groups concerned over arming of domestic drones”, en CBSDC, Washington, DC, 23 de mayo de 2012, disponible en: <http://washington.cbslocal.com/2012/05/23/groups-concerned-over-arming-of-domesticdrones/>; Vincent Kearney, “Police in Northern Ireland consider using mini drones”, en *BBC*, 16 de noviembre de 2011, disponible en: <http://www.bbc.co.uk/news/uk-northern-ireland-15759537>; *BBC*, “Forces considering drone aircraft”, 26 de noviembre de 2009, disponible en: http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/england/8380796.stm; Ted Thornhill, “New work rotor: helicopter drones to be deployed by US police forces for the first time (and it won’t be long before the paparazzi use them, too)”, en *Daily Mail*, 23 de marzo de 2012, disponible en: <http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-2119225/Helicopter-drones-deployed-U-S-police-forces-time-wont-long-paparazzi-use-too.html>. La Ley de modernización y reforma de la Autoridad Federal de la Aviación de Estados Unidos, de 2012, concede más facultades a las fuerzas policiales locales de todo el territorio de Estados Unidos para que utilicen sus propios drones.

Estados Unidos efectuó los primeros despliegues considerables de drones⁷ para vigilancia y reconocimiento en conflictos armados: en Vietnam en el decenio de 1960⁸, en Bosnia y Herzegovina y en Kosovo en el decenio de 1990⁹. Más recientemente, en 2012, se informó de que el régimen sirio utiliza drones para localizar a fuerzas rebeldes¹⁰. Pero si bien se emplean con ese fin (y algunas fuerzas armadas los usan exclusivamente para ello), los drones son más conocidos porque disparan armas explosivas en asesinatos selectivos¹¹ de supuestos “terroristas”, sobre todo en operaciones transfronterizas.

Al mismo tiempo que, gracias a los desarrollos científicos, se obtienen drones más grandes y rápidos, la miniaturización abrió las puertas a VANT del tamaño de insectos —“nanodrones”¹²— que también podrían emplearse para asesinatos selectivos, posiblemente con veneno. En febrero de 2011, unos investigadores presentaron un prototipo de dron de colibrí, que vuela a 18 kilómetros por hora y puede posarse en un alféizar¹³.

También se acerca la guerra robótica, con las consiguientes dificultades (que se analizan a continuación) para determinar la responsabilidad penal individual. En este sentido, en 2011, un informe de los medios de comunicación advirtió que Estados Unidos estaba preparando un despliegue de drones completamente autónomos que podían seleccionar un objetivo y dispararle sin que mediase control

7 Según el Oxford English Dictionary, la definición pertinente de “drone” es “aeronave o misil, controlado de forma remota, que no lleva piloto”, etimología: la palabra en inglés antiguo para referirse a la abeja macho. En Pakistán, los pashtunes llaman *machay* (avispas) a los drones, que producen un zumbido. Jane Meyer, “The Predator war”, en *The New Yorker*, 26 de octubre de 2009, http://www.newyorker.com/reporting/2009/10/26/091026fa_fact_mayer.

8 David Cenciotti, “The dawn of the robot age: US Air Force testing air-launched UCAVs capable to fire Maverick and Shrike missiles in 1972”, en *The Aviationist* (blog), 14 de marzo de 2012, disponible en: <http://theaviationist.com/2012/03/14/the-dawn-of-the-robot-age/>.

9 “Predator drones and unmanned aerial vehicles (UAVs)”, en *The New York Times*, actualizado el 5 de marzo de 2012, disponible en: http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/subjects/u/unmanned_aerial_vehicles/index.html.

10 “Syrian forces use drone in attack on rebel city”, en *ABC News*, 12 de junio de 2012, disponible en: <http://www.abc.net.au/news/2012-06-12/52-killed-in-syria-as-troops-pound-rebels-strongholds/4064990>.

11 Según Alston, un asesinato selectivo es “el uso intencional, premeditado y deliberado de la fuerza letal, por los Estados o sus representantes que actúan con apariencia de legalidad o por un grupo armado organizado en conflictos armados, contra una persona en particular que no se encuentra bajo la custodia física del perpetrador”. *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Sr. Philip Alston, Adición, Estudio sobre los asesinatos selectivos, Informe al Consejo de Derechos Humanos*, documento de las Naciones Unidas A/HRC/14/24/Add.6, 28 de mayo de 2010, párr. 1, disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.24.Add6.pdf> (en adelante, Estudio de 2010 sobre asesinatos selectivos). Melzer afirma que un asesinato selectivo tiene cinco elementos acumulativos: el uso de la fuerza letal; la intención, premeditación y deliberación de matar; la selección individual de los objetivos; la falta de custodia física; y la posibilidad de atribuir el asesinato a un sujeto del derecho internacional. Nils Melzer, *Targeted Killings in International Law*, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 3–4.

12 J. Meyer, nota 7 *supra*.

13 Elisabeth Bumiller y Thom Shanker, “War evolves with drones, some tiny as bugs”, en *The New York Times*, 19 de junio de 2011, disponible en: http://www.nytimes.com/2011/06/20/world/20drones.html?pagewanted=1&_r=1&ref=unmannedaerialvehicles.

humano tras el lanzamiento¹⁴, lo que podría representar el mayor problema para el *jus in bello* desde el surgimiento de la guerra química¹⁵. En un estudio interno sobre drones publicado por el Ministerio de Defensa del Reino Unido en 2011, se declaró que: “En especial, si queremos permitir que los sistemas tomen decisiones independientes sin la intervención de seres humanos, será preciso realizar una labor considerable para demostrar que esos sistemas funcionan de forma lícita”¹⁶. De manera similar, el Departamento de Defensa de Estados Unidos manifestó en 2009 que:

Como el Departamento de Defensa respeta el derecho de los conflictos armados, existen muchos problemas que se deben resolver en relación con el empleo de armas por un sistema no tripulado. [...] Durante bastante tiempo, la decisión de apretar el gatillo o lanzar un misil desde un sistema no tripulado no estará completamente automatizada, sino que seguirá bajo el pleno control de un operador humano. Muchos aspectos de la secuencia de disparo estarán totalmente automatizados, pero es poco probable que la decisión de disparar no se automatice por completo hasta que no se hayan examinado y resuelto por completo las cuestiones jurídicas, las inquietudes relativas a las reglas de enfrentamiento y las preocupaciones respecto de la seguridad que plantean estos sistemas¹⁷.

Como sin duda los drones llegaron para quedarse¹⁸ —en efecto, un abogado que antes trabajaba para la CIA dice que los “drones asesinos” son “el futuro de la guerra”¹⁹—, en el presente artículo se examina la legalidad de los ataques efectuados con VANT dentro y a través de las fronteras²⁰, y tanto en el contexto de los conflictos armados como de situaciones de mantenimiento del orden. Por ende, se abordará la interacción entre *jus ad bellum*, *jus in bello* y las normas que rigen

14 W. J. Hennigan, “New drone has no pilot anywhere, so who’s accountable?”, en *Los Angeles Times*, 26 de enero de 2012, <http://www.latimes.com/business/la-fi-auto-drone-20120126,0,740306.story>.

15 Emma Slater, “UK to spend half a billion on lethal drones by 2015”, *The Bureau of Investigative Journalism*, 21 de noviembre de 2011, disponible en: <http://www.thebureauinvestigates.com/2011/11/21/britains-growing-fleet-of-deadly-drones/>.

16 Development, Concepts and Doctrine Centre, *The UK Approach to Unmanned Aircraft Systems*, Nota de doctrina conjunta 2/11, Ministerio de Defensa, 2011, p. 5–2, párr. 503. Además, en el informe también se declaraba que: “Las estimaciones del momento en que se logrará la inteligencia artificial (que no son sistemas automatizados complejos e inteligentes) varían, pero hay consenso en que será en un plazo de 5 a 15 años, aunque algunos valores atípicos indican un momento posterior”. *Ibid.*, p. 5–4, párr. 508.

17 Departamento de Defensa de Estados Unidos, nota 3 *supra*, p. 10.

18 V. E. Bumiller y T. Shanker, nota 13 *supra*. Según el Departamento de Defensa de Estados Unidos, “Los sistemas no tripulados seguirán desempeñando una función central en las diversas necesidades en materia de seguridad [de EE.UU.], en especial en la Guerra contra el terrorismo”. Departamento de Defensa de Estados Unidos, nota 3 *supra*, p. iii.

19 Afsheen John Radsan, “Loftier standards for the CIA’s remote-control killing. Statement for the House Subcommittee on National Security & Foreign Affairs”, en *Legal Studies Research Paper Series, Accepted Paper No. 2010–11*, St Paul (Minnesota), William Mitchell College of Law, mayo de 2010, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1604745.

20 No se evaluarán en este artículo otros usos de los drones, como la vigilancia y el reconocimiento.

el mantenimiento del orden, en particular, el derecho internacional de los derechos humanos. El artículo finaliza con un breve análisis de los problemas que el uso de drones y robots armados planteará en el ámbito del derecho internacional en el futuro.

Sin embargo, antes de embarcarnos en un análisis más exhaustivo, cabe recordar el artículo 36 del Protocolo adicional I de 1977, en el que se exige que:

Quando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante.

Como nuevo método de guerra, el lanzamiento de misiles mediante aeronaves no tripuladas controladas por operadores —en general, personas civiles— destacados a miles de kilómetros de distancia ya debería haber estado sujeto a un riguroso examen por los Estados que procuran desarrollar o adquirir drones. Como mínimo, la obligación establecida en el artículo 36 debe abarcar a todos los Estados que son parte en el Protocolo adicional I de 1977, aunque podría decirse que la obligación general de “respetar y hacer respetar” el DIH debe alentar a todos los Estados, sean partes o no en el Protocolo, a realizar ese análisis jurídico²¹. Sin embargo, los setenta o más Estados que, según se cree, cuentan con drones no han divulgado su propio análisis —en caso de que lo hayan realizado— de la legalidad de los drones armados, ya sea para su empleo en conflictos armados o para el mantenimiento del orden²².

Los drones y el *jus ad bellum*

El *jus ad bellum* rige la legalidad del recurso a la fuerza militar, incluso mediante ataques con drones, de un Estado contra otro y contra actores no estatales

21 En cierto modo, resulta sorprendente que en el estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre el DIH consuetudinario publicado en 2005 no se haya considerado al artículo 36 parte del corpus de derecho consuetudinario, aparentemente debido a la falta de aplicación por los Estados. A pesar de esta laguna, es difícil entender el modo en que se pueden respetar las obligaciones consuetudinarias que prohíben el uso de armas indiscriminadas o de armas de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios (respectivamente las normas 71 y 70 del estudio del CICR) si no se determinan primero las capacidades del arma mediante un análisis jurídico para asegurarse de que cumplan con la ley. V. Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, 2007. Estados Unidos, por ejemplo, que no es un Estado Parte en el Protocolo, realiza exámenes detallados de las armas antes de su utilización. V., por ejemplo, Departamento de Defensa de Estados Unidos, nota 3, p. 42 *supra*.

22 V., por ejemplo, Peter Bergen y Jennifer Rowland (New America Foundation), “A dangerous new world of drones”, en CNN, 1 de octubre de 2012, disponible en: <http://newamerica.net/node/72125>. De hecho, no fue sino a principios de 2012, diez años después del primer ataque efectuado con drones, que el gobierno de Estados Unidos reconoció formalmente la existencia de su programa encubierto para el uso de drones armados. En un chat por Google+ y YouTube del 31 de enero de 2012, el Presidente Obama dijo que los ataques estaban dirigidos a “personas que figuran en una lista de terroristas activos”. V., por ejemplo, www.youtube.com/watch?v=2TASeH7gBfQ, publicado por *Al Jazeera* el 31 de enero de 2012.

armados en otro Estado sin el consentimiento de este último.²³ Según el artículo 2, párrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas,

[L]os Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

Cryer *et al.* describen esto como el “principio jurídico fundamental que rige el uso de la fuerza”, que “refleja el derecho internacional consuetudinario”²⁴. Sin embargo, como es bien sabido también, en el artículo 51 de la Carta se establece que:

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales²⁵.

En la causa *Nicaragua*, la CIJ profundizó la definición de ataque armado en el caso de grupos armados que son armados y equipados por un Estado extranjero de la siguiente manera:

La Corte no ve motivo para negar que, en el derecho consuetudinario, es posible que la prohibición de efectuar ataques armados se aplique al envío por un Estado de grupos armados al territorio de otro Estado, si esa operación, por su dimensión y efectos, hubiera sido clasificada como ataque armado y no como un mero incidente de frontera, en caso de que la hubiesen realizado fuerzas armadas regulares. Pero la Corte no cree que el concepto de “ataque armado” incluya, además de los actos de grupos armados cuando son de una magnitud significativa, la asistencia a los rebeldes en forma de suministro de armas o apoyo logístico o de otro tipo. Se puede considerar que esa asistencia constituye una amenaza o un uso de la fuerza o una intervención en los asuntos internos o externos de otros Estados²⁶.

Así, el umbral para que un ataque se considere un ataque armado por parte de otro Estado parece relativamente alto y excede “un mero incidente fronterizo”

23 Así, como señala Lubell, el marco del *jus ad bellum* no está destinado a limitar el uso de la fuerza dentro de las propias fronteras de un Estado. Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 8.

24 Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson y Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 322.

25 Carta de las Naciones Unidas, art. 51. Además de la legítima defensa y el uso de la fuerza autorizados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, solo es lícito usar la fuerza en otro Estado con el consentimiento de ese Estado.

26 CIJ, *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ese país (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, fallo del 27 de junio de 1986, párr. 195.

entre miembros de las fuerzas armadas de dos Estados (o grupos armados que operan en un Estado con apoyo limitado de otro Estado). Incluso se podría argumentar que un ataque muy limitado y selectivo efectuado con drones por un Estado contra personas que se encuentran en otro Estado no constituiría un ataque armado en el sentido de la Carta de las Naciones Unidas o el derecho consuetudinario, sobre la base del muy controvertido concepto de la legítima defensa anticipatoria²⁷. No obstante, en ausencia de legítima defensa, el uso de la fuerza armada contraveniría, sin duda, la prohibición general de la amenaza o el uso de la fuerza (y por lo tanto, constituiría una infracción del derecho internacional a menos que el Estado “víctima” hubiera consentido al uso de la fuerza)²⁸. Casi con toda seguridad, un uso transfronterizo más intensivo de ataques con drones, similar a un bombardeo, sería un ataque armado contra otro Estado y por lo tanto constituiría una agresión, a menos que medie la autorización del Consejo de Seguridad o se trate de una medida que se toma en legítima defensa²⁹.

Sin embargo, existe un argumento sólido según el cual incluso un solo ataque con drones constituye un ataque armado y una eventual agresión. En efecto, la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas dispone que un acto de agresión estará constituido, entre otras cosas, por: “El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado”³⁰. El caso registrado en 1988, en el que nueve comandos israelíes mataron a un solo estratega militar de la Organización de Liberación de Palestina en su casa de Túnez, condenado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas como “agresión” en patente violación de la Carta de las Naciones Unidas, también respalda ese argumento³¹.

Si un solo ataque efectuado con drones constituye un “ataque armado”, el Estado que lanza el dron deberá justificar sus acciones aludiendo a su derecho inherente de legítima defensa (a menos que haya recibido el consentimiento requerido o una autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas); de lo contrario correría el riesgo de estar cometiendo un acto de agresión³². La situación

27 V., por ejemplo, Antonio Cassese, *International Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 357–363.

28 Para información más detallada sobre las condiciones para dar consentimiento en forma lícita, v., por ejemplo, *ibid.*, pp. 370–371.

29 V., por ejemplo, *ibid.*, pp. 158–159.

30 Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 14 de diciembre de 1974, anexo, artículo 3 b).

31 Resolución 611 (1988) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aprobada el 25 de abril de 1988 por catorce votos a favor y una abstención (EE.UU.).

32 En general, un acto de agresión se define como el uso de la fuerza armada por un Estado contra otro Estado sin la justificación de legítima defensa o la autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Las acciones que reúnen las condiciones necesarias para ser clasificadas como actos de agresión tienen la influencia explícita de la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 14 de diciembre de 1974. En virtud del artículo 8 bis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Primera Conferencia de Revisión, celebrada en Kampala en 2010, el crimen de agresión individual es la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión por una persona que se encuentra en posición de liderazgo. Ese acto debe constituir una “violación manifiesta” de la Carta de las Naciones Unidas (artículo 8 bis, párr. 1).

es controvertida cuando se argumenta legítima defensa contra un actor no estatal armado situado en otro Estado, en vez de contra otro Estado. En su opinión consultiva de 2004 sobre la causa del *Muro*, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) parecía dar a entender que solo se puede invocar legítima defensa cuando se trata de un Estado contra otro Estado³³. No obstante, una lectura más profunda del pronunciamiento jurisdiccional sugiere que la CIJ no descartó del todo la posibilidad de legítima defensa contra un actor armado no estatal que cometa actos “terroristas” cuando el Estado amenazado no haya ejercido un control efectivo³⁴. En la posterior causa de las *Actividades armadas en el territorio del Congo*, la CIJ evitó la cuestión de si el derecho internacional permitía la legítima defensa “contra ataques a gran escala por parte de fuerzas irregulares”³⁵. Una opinión separada y minoritaria del magistrado Kooijmans en este caso va más allá del pronunciamiento jurisdiccional de la causa del *Muro*, afirmando que:

Si, debido a su escala y efectos, los ataques de fuerzas irregulares se hubiesen debido clasificar como ataques armados de haber sido realizados por fuerzas armadas regulares, nada en el texto del artículo 51 de la Carta impide que el Estado que es víctima ejerza su derecho inherente de legítima defensa³⁶.

El derecho consuetudinario tradicional que rige la legítima defensa de un Estado deriva de un incidente diplomático anterior entre los EE.UU. y el Reino Unido por la muerte de varios ciudadanos de Estados Unidos que transportaban hombres y materiales desde el territorio estadounidense para apoyar a los rebeldes en lo que entonces era la colonia británica del Canadá³⁷. En virtud de la denominada “prueba del *Caroline*”, para que haya derecho a legítima defensa debe existir “una necesidad de legítima defensa que sea inmediata, abrumadora, no permita elegir los medios ni tener un momento de deliberación” y, además, toda acción debe ser proporcional, “ya que el acto justificado por la necesidad de la legítima defensa debe estar limitado por esa necesidad y mantenerse claramente dentro sus límites”³⁸. Estas declaraciones,

33 Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ), *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (en adelante, caso del *Muro*), Opinión consultiva, 2004, párr. 139.

34 La CIJ (párr. 139) se refiere a las resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aprobadas tras los ataques del 11 de septiembre de 2001 contra Estados Unidos, y señala que “Israel ejerce control en el territorio palestino ocupado y que, como el propio Israel declara, la amenaza que contempla como justificación de la construcción del muro tiene su origen dentro de ese territorio y no fuera de él. Así, la situación difiere de la prevista por las resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad y, por lo tanto, Israel no podría en ningún caso invocar esas resoluciones en respaldo de su pretensión de ejercer el derecho de legítima defensa”. En ambos casos, un párrafo del preámbulo de la resolución respectiva reconoce “el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta”.

35 CIJ, *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, 19 de diciembre de 2005, párr. 147.

36 *Ibid.*, opinión separada del magistrado Kooijmans, párr. 29.

37 V., en este sentido, Christopher Greenwood, “International law and the pre-emptive use of force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq”, en *San Diego International Law Journal*, Vol. 4, 2003, p. 17; N. Lubell, nota 23 *supra*, p. 35; y Andrew Clapham, *Brierly’s Law of Nations*, 7ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 468–469.

38 Carta de fecha 27 de julio de 1842 del Sr. Webster, Departamento de Estado de Estados Unidos, Washington, DC, a Lord Ashburton.

formuladas en 1842 por el secretario de Estado de Estados Unidos a las autoridades británicas, son ampliamente aceptadas como descripción precisa del derecho consuetudinario de un Estado a la legítima defensa³⁹.

Por lo tanto, se deben cumplir los dos principios, de necesidad y proporcionalidad, para que se considere lícito el uso de la fuerza por un Estado que afirma estar actuando en legítima defensa. El incumplimiento de los dos criterios implica que el uso de la fuerza puede incluso constituir agresión. En su opinión consultiva de 1996 sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, la CIJ declaró que los dos requisitos interdependientes constituían una norma del derecho internacional consuetudinario⁴⁰. Según el principio de necesidad, “el Estado agredido (o amenazado de agresión inminente si se admite la legítima defensa preventiva) no debe disponer en el caso de que se trate de otro medio para detener la agresión que recurrir al uso de la fuerza armada”⁴¹. El principio de proporcionalidad, por otra parte, es bastante más abstruso, ya que, pese a que esa palabra suele connotar un equilibrio (en general, de conceptos contrarios), su intención en este contexto es bastante diferente:

La exigencia denominada de la proporcionalidad de la acción ejecutada en estado de legítima defensa concierne [...] a la relación entre esa acción y el fin que se propone alcanzar, es decir [...] detener y repeler la agresión. [...] Sería equivocado, en cambio, creer que la proporcionalidad debe existir entre el comportamiento que constituye la agresión armada y el comportamiento que se opone a esta. Es muy posible que la acción necesaria para detener y repeler la agresión deba adquirir proporciones que no correspondan a las de la agresión sufrida [...]. Su licitud no debe medirse más que con arreglo a su aptitud para alcanzar el resultado buscado. Cabe afirmar [...] que las exigencias de la “necesidad” y “proporcionalidad” de la acción ejecutada en legítima defensa no son sino las dos caras de la misma moneda⁴².

Este punto de vista, sobre todo la afirmación de que la eficacia para detener un ataque armado es determinante de la proporcionalidad⁴³, se ha abordado

39 V., por ejemplo, A. Clapham, nota 37 *supra*, pp. 469–470.

40 “Como declaró la Corte en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ese país (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, existe una “norma específica por la cual la legítima defensa justificaría solo las medidas que sean proporcionales a la agresión armada y necesarias para responder a esa agresión, norma bien arraigada en el derecho internacional consuetudinario”. La Corte señaló que esta condición doble “se aplica igualmente al artículo 51 de la Carta, independientemente del medio de fuerza empleado”. CIJ, *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, Opinión consultiva, 8 de julio de 1996, párr. 41.

41 “Adición al octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto Ago, Relator Especial – El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional (parte 1)”, tomado del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1980*, Vol. II(1), documento de las Naciones Unidas A/CN.4/318/Add.5-7, párr. 120.

42 *Ibíd.*, párr. 121.

43 V., por ejemplo, Elizabeth Wilmschurst, “Principles of international law on the use of force by states in selfdefence”, Chatham House Working Paper, octubre de 2005, esp. pp. 7–8, 10, disponible en: <http://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/ilpforce.doc>.

indirectamente en otra jurisprudencia de la CIJ. En la causa de 2003 sobre las *Plataformas petrolíferas (Irán c. EE.UU.)*, la Corte concluyó que:

En cuanto al requisito de proporcionalidad, en caso de que la Corte lo hubiese considerado necesario en respuesta al incidente del *Sea Isle City*, agresión armada cometida por Irán, el ataque del 19 de octubre de 1987 habría sido considerado proporcional. Sin embargo, en el caso de los ataques del 18 de abril de 1988, esos ataques fueron concebidos y ejecutados como parte de una operación más amplia denominada “Operación Mantis religiosa”. [...] En respuesta a la colocación de minas por un actor no identificado en una sola nave de guerra de Estados Unidos, que fue gravemente dañada, pero no hundida y no registró pérdidas de vidas, ni la “Operación Mantis religiosa” en su conjunto ni la parte de la operación que destruyó las plataformas [petroleras] de Salman y Nasr, pueden considerarse, en las circunstancias de esta causa, un uso proporcionado de la fuerza en legítima defensa⁴⁴.

Tanto la aplicación como el umbral preciso para el uso lícito de la fuerza en legítima defensa siguen siendo inciertos⁴⁵. Sin embargo, se podría argumentar que un Estado que utiliza un drone armado en una operación transfronteriza que no ha sido consentida por el Estado en cuyo territorio se encuentra el “terrorista”, solo podrá afirmar con razón que estaba actuando en legítima defensa si la amenaza o el uso de la fuerza contra él representa un ataque armado⁴⁶. Por lo tanto, una amenaza de un ataque “terrorista” aislado, más limitado, no sería suficiente. Esto tiene implicaciones que podrían revestir importancia, en particular, para el uso por Israel de aviones armados en territorio palestino. En todo caso, también parecería, sobre la base del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, que el uso de drones armados por un Estado contra otro o en el territorio de otro, que pretenda ser en legítima defensa debe ser, como mínimo, comunicado de inmediato al Consejo de Seguridad para ser considerado lícito⁴⁷. No se conocen casos en que haya ocurrido esto⁴⁸.

44 CIJ, *Caso de las Plataformas petrolíferas, República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América*, fallo del 6 de noviembre de 2003, párr. 77.

45 Incluso cuando se alega el derecho a la legítima defensa que surge de ataques acumulativos de bajo nivel por actores no estatales. V. en ese sentido, el Estudio de 2010 sobre asesinatos selectivos del Relator Especial, nota 11 *supra*, párr. 41.

46 Como sostiene Alston, “solo en contadas ocasiones, un actor no estatal cuyas actividades no entrañan la responsabilidad de ningún Estado podrá efectuar el tipo de ataque armado que daría lugar a ejercer el derecho al uso de la fuerza extraterritorial”. Estudio de 2010 sobre asesinatos selectivos del Relator Especial, nota 11, párr. 40 *supra*.

47 “Se deberán comunicar de inmediato al Consejo de Seguridad las medidas que adopten los miembros en ejercicio de este derecho a la legítima defensa”. Alston va más allá con su argumento de que la Carta de las Naciones Unidas debería exigir que se solicite la aprobación del Consejo de Seguridad. *Ibid.*, párr. 40.

48 Además, incluso si se opera en un Estado que, aparentemente –y a pesar de habituales declaraciones públicas en contrario–, al menos consiente de manera implícita en que se usen drones en su territorio, el hecho de utilizar drones para atacar “terroristas” es, sin duda, impopular. En una entrevista del 31 de enero de 2012 con Voice of America (VOA), un portavoz del Ministerio de Relaciones Exteriores de Pakistán calificó a los ataques estadounidenses con misiles como “ilegales, contraproducentes e inaceptables y violatorios de la soberanía de Pakistán” a pesar de que se afirma que se efectúan con la ayuda de la inteligencia paquistaní. “Obama’s drone strikes remark stirs controversy”, en VOA, 31 de enero de 2012, disponible en: <http://www.voanews.com/content/pakistan-repeatscondemnation-of-drone-strikes-138417439/151386.html>.

Los drones y el derecho internacional humanitario (DIH)

Es posible que el uso de drones en el campo de batalla sea relativamente poco controversial en el marco del *jus in bello* (sin perjuicio del *jus ad bellum*), porque puede haber poca diferencia práctica entre el uso de un misil de crucero o un bombardeo aéreo y el uso de un drone equipado con armas explosivas⁴⁹. De hecho, según el Relator Especial de las Naciones Unidas encargado de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, aunque “en la mayoría de las circunstancias los asesinatos selectivos violan el derecho a la vida, en la circunstancia excepcional de los conflictos armados, es posible que sean legales”⁵⁰. Ya sea que el uso de drones armados constituya o no agresión o legítima defensa, en el caso en que se produzca en una situación de conflicto armado y cumpla los criterios pertinentes relativos al nexo (véase más adelante el apartado sobre el nexo del conflicto) también se juzgará en virtud del *jus in bello* aplicable, en particular, el DIH⁵¹. Por lo tanto, tendrán que cumplir, como mínimo, las normas del DIH aplicables a la conducción de las hostilidades, en especial, aquellas relativas a las precauciones en los ataques, la distinción y la proporcionalidad, y no deberán emplear armas cuyo uso sea ilícito en virtud del DIH. Esas normas se analizan a continuación.

Precaución en los ataques

Existen vínculos directos entre el respeto de las normas relativas a la precaución en los ataques y el respeto de otras normas consuetudinarias aplicables a la conducción de las hostilidades, en especial, la distinción (discriminación) y la proporcionalidad, además de la prohibición de utilizar medios o métodos de guerra de tal índole que causen lesiones superfluas o sufrimientos innecesarios. La mayor parte de las normas relativas a las precauciones en los ataques, codificadas en el Protocolo adicional I de 1977, son de carácter consuetudinario y se aplican tanto en conflictos armados no internacionales como en conflictos armados internacionales, de acuerdo con el estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) publicado en 2005. Una de las normas principales es la obligación de tener “cuidado constante” al realizar operaciones militares para “preservar a la población civil, a las personas civiles y los bienes de carácter civil”. En este sentido, “[...] deberán tomar

49 Estados Unidos despliega activamente drones en Afganistán desde el año 2001; se afirma que el primer ataque con drones de la historia tuvo lugar durante la invasión de noviembre de 2001 y estaba dirigido a una reunión de alto nivel de Al Qaeda que se celebraba en Kabul. V., por ejemplo, John Yoo, “Assassination or targeted killings after 9/11”, en *New York Law School Law Review*, Vol. 56, 2011/12, p. 58, donde se cita también a James Risen, “A nation challenged: Al Qaeda; Bin Laden aide reported killed by US bombs”, en *The New York Times*, 17 de noviembre de 2001, p. A1, disponible en: <http://www.nytimes.com/2001/11/17/world/a-nationchallenged-al-qaeda-bin-laden-aide-reported-killed-by-usbombs.html>. Desde abril de 2011, también se realizaron ataques con drones en el conflicto armado en Libia, por ejemplo el notorio ataque al convoy que transportaba al líder depuesto Muammar al-Gaddafi en su salida de Sirte, en octubre del mismo año.

50 Estudio de 2010 sobre asesinatos selectivos, nota 11 *supra*, párr. 10.

51 Por lo tanto, los actos que son ilícitos en el marco del *jus in bello* no constituirían necesariamente respuestas desproporcionadas a los efectos de determinar la legalidad de las medidas adoptadas en legítima defensa en el *jus ad bellum*.

todas las precauciones factibles [...] para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y de heridos entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente”⁵². El artículo 57 del Protocolo dispone que los que planeen o decidan un ataque deberán “tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque”⁵³.

Por varias razones, se podría argumentar que los ataques con drones cumplen el requisito de la precaución en los ataques. En primer lugar, una transmisión de vídeo del drone puede brindar imágenes “en tiempo real” del objetivo de manera que se pueda comprobar la ausencia de personas civiles cerca del objetivo hasta minutos o incluso segundos antes del ataque⁵⁴. En segundo lugar, al parecer, se localizan al menos algunos de los objetivos de los ataques con drones mediante un dispositivo de seguimiento que supuestamente está sujeto al vehículo, equipaje o equipo (o “pintado” sobre él) o incluso a la persona o a una de las personas seleccionadas como objetivo. En tercer lugar, en algunos casos (en particular en territorio afgano), las fuerzas militares cercanas también son responsables de vigilar el objetivo. En cuarto lugar, con excepción de la variante termobárica del misil Hellfire⁵⁵, se cree que la mayoría de los misiles lanzados desde drones tienen un menor radio de explosión que otras municiones convencionales que podrían lanzarse normalmente de un avión de combate. Estos factores no eliminan el riesgo de causar víctimas entre la población civil, pero sin duda representan precauciones factibles que pueden reducir al mínimo el número de víctimas fatales incidentales⁵⁶.

Sin embargo, es innegable que se han registrado deficiencias significativas en un ataque efectuado con drones en Afganistán en 2010; ese solo ataque mató a veintitrés civiles afganos e hirió a otros doce⁵⁷. En mayo de 2010, el ejército de Estados

52 Estudio del CICR sobre el DIH consuetudinario, nota 21 *supra*, norma 15.

53 Protocolo adicional I de 1977, art. 57 2) a) ii).

54 En cambio, según se informa, un exfuncionario no identificado de lucha contra el terrorismo de la Casa Blanca afirmó que “hay tantos drones” sobrevolando Pakistán que han estallado discusiones respecto de qué operadores remotos se responsabilizan de cuáles objetivos, lo que genera “problemas de mando y control”. V. J. Meyer, nota 7 *supra*.

55 Según un sitio web del sector de la defensa de Estados Unidos, la variante AGM-114N del Hellfire utiliza una ojiva termobárica (carga de metal aumentada) que puede aspirar el aire de una caverna, derribar un edificio o producir “un radio de explosión de dimensiones sorprendentes a cielo abierto”. “US Hellfire missile orders, FY 2011-2014”, en *Defense Industry Daily*, 10 de enero de 2012, disponible en: <http://www.defenseindustrydaily.com/US-Hellfire-Missile-Orders-FY-2011-2014-07019/>.

56 No obstante, obsérvese la cautela con que Alston se expresa en este sentido: “Los partidarios de los drones argumentan que, dado que estos tienen una mayor capacidad de vigilancia y ofrecen mayor precisión que otras armas, pueden reducir el número de muertos y heridos colaterales entre la población civil. Esto bien puede ser válido en cierta medida, pero presenta un panorama incompleto. La precisión, exactitud y legalidad de un ataque efectuado con drones depende de la inteligencia humana sobre la que se basa la selección de objetivos”. Estudio de 2010 sobre asesinatos selectivos, nota 11 *supra*, párr. 81. En efecto, como sostiene Daniel Byman: “Para reducir el número de víctimas, se necesita una inteligencia sobresaliente. Los operadores no solo deben saber dónde están los terroristas, sino también quiénes están con ellos y quién podría encontrarse dentro del radio de explosión. Es posible que en muchos casos no exista este nivel de vigilancia y el uso deliberado por los terroristas de niños y otros miembros de la población civil como escudos aumenta aún más la probabilidad de causar la muerte de personas civiles”. Daniel L. Byman, “Do targeted killings work?”, en *Brookings Institution*, 14 de julio de 2009, disponible en: http://www.brookings.edu/opinions/2009/0714_targeted_killings_byman.aspx.

57 “First drone friendly fire deaths”, en *RT*, 12 de abril de 2011, disponible en: <http://rt.com/usa/news/first-dronefriendly-fire/>. En octubre de 2011, el Departamento de Defensa de Estados Unidos llegó a la conclusión de que una serie de errores debido a la mala comunicación entre el personal militar había dado lugar a un ataque de drones en el mes de abril de ese año que, por error, mató a dos soldados estadounidenses en Afganistán. “Drone strike killed Americans”, en *RT*, 17 de octubre de 2011, disponible en: <http://rt.com/usa/news/drone-american-military-report-057/>.

Unidos dio a conocer un informe sobre las muertes, diciendo que los operadores del dron Predator habían presentado informes “inexactos y poco profesionales” que habían dado lugar al ataque aéreo perpetrado en febrero de 2010 contra el grupo de hombres, mujeres y niños civiles⁵⁸. En el informe se indicaba que cuatro oficiales estadounidenses, incluido un comandante de brigada y uno de batallón, habían recibido reprimendas y que también se había castigado a dos oficiales subalternos. El general Stanley A. McChrystal, que se disculpó con el presidente de Afganistán, Hamid Karzai, tras el ataque, anunció una serie de medidas de instrucción destinadas a reducir las probabilidades de que se produjeran sucesos similares. El general McChrystal también pidió a los comandantes de la Fuerza Aérea que iniciasen una investigación sobre los operadores del Predator⁵⁹.

La cuestión del número de civiles que mueren en ataques efectuados con drones se encuentra sumamente polarizada⁶⁰. En *The New York Times*, en mayo de 2012, se informó de que el gobierno de Obama había adoptado un método para contar las bajas civiles que “en efecto, contabiliza a todos los varones en edad militar que se encuentran en una zona de ataque como combatientes... a menos que haya inteligencia explícita que demuestre póstumamente que eran inocentes”⁶¹. A la luz de estos acontecimientos, la “extraordinaria afirmación” formulada en junio de 2011 por el principal asesor del presidente Obama en materia de lucha contra el terrorismo, John O. Brennan, en la que sostenía que no había habido “ni una sola muerte colateral durante los últimos doce meses”, es de una precisión sumamente cuestionable.⁶²

58 Dexter Filkins, “Operators of drones are faulted in Afghan deaths”, en *The New York Times*, 29 de mayo de 2010, disponible en: <http://www.nytimes.com/2010/05/30/world/asia/30drone.html>. En el informe, firmado por el general de división T.P. McHale, se concluyó que los operadores del Predator en Nevada y los “puestos de mando deficientes” de la zona no pudieron proporcionar al comandante de tierra pruebas de que hubiera civiles en los camiones. Según oficiales militares en Washington y Afganistán, que hablaron bajo condición de anonimato, los analistas de inteligencia que vigilaban la transmisión de video del dron enviaron dos mensajes electrónicos en los que advertían a los operadores de los drones y a los puestos de mando de tierra de que había niños a la vista.

59 *Ibid.*

60 V., por ejemplo, Chris Woods, “Analysis: CNN expert’s civilian drone death numbers don’t add up”, en *The Bureau of Investigative Journalism*, 17 de julio de 2012, disponible en: <http://www.thebureauinvestigates.com/2012/07/17/analysis-cnn-experts-civilian-drone-death-numbers-dont-add-up/>.

61 Jo Becker y Scott Shane, “Secret ‘kill list’ proves a test of Obama’s principles and will”, en *The New York Times*, 29 de mayo de 2012, disponible en: http://www.nytimes.com/2012/05/29/world/obamas-leadership-in-war-on-al-qaeda.html?_r=1&pagewanted=all.

62 “La Oficina de Periodismo de Investigación, que hace un seguimiento del número de víctimas, contabilizó “casos creíbles de los medios de comunicación” de entre 63 y 127 muertes de no combatientes en 2011 y una investigación reciente de Associated Press encontró pruebas de que al menos 56 aldeanos y policías tribales habían muerto en los 10 ataques más grandes ocurridos desde agosto de 2010. Pero los analistas, funcionarios estadounidenses e incluso muchos miembros de las tribus concuerdan en que los drones son cada vez más precisos. Según los medios de comunicación locales, murieron personas civiles en uno solo de los 10 ataques efectuados en este año. El resto de los muertos –58 personas, según cálculos moderados– eran combatientes”. Declan Walsh, Eric Schmitt e Ihsanullah T. Mehsud, “Drones at issue as US rebuilds ties to Pakistan”, en *The New York Times*, 18 de marzo de 2012, disponible en: <http://www.nytimes.com/2012/03/19/world/asia/drones-at-issue-as-pakistan-tries-to-mend-us-ties.html?pagewanted=all>. Para leer una defensa sólida de los ataques con drones, así como afirmaciones de que se ha exagerado mucho el número de víctimas de la población civil, v., por ejemplo, Gregory S., McNeal, “Are targeted killings unlawful? A case study in empirical claims without empirical evidence”, en C. Finkelstein, J. D. Ohlin y A. Altmann (eds.), *Targeted Killings, Law and Morality in an Asymmetrical World*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 326–346.

La norma de distinción

Con respecto a la norma de la distinción, que se puede considerar la más fundamental de todas las normas del DIH, su aplicación en un conflicto armado internacional es mucho más simple que en un conflicto armado de carácter no internacional. Al parecer, hasta la fecha solo se confirmó el uso de ataques con drones en dos conflictos armados internacionales, a saber, EE.UU. y otros contra Afganistán (las fuerzas talibanes, no las de Al Qaeda⁶³) en 2001—2002⁶⁴, y el que enfrentó a las fuerzas armadas de los Estados miembros de la OTAN con Libia en 2011. Sin embargo, también es probable que se efectuaran ataques con drones en el período 2003-2004 durante el ataque a Irak⁶⁵, que formó parte del conflicto armado internacional entre los EE.UU. (y otros) y el régimen de Saddam Hussein.

Dejando de lado estos ejemplos, es evidente que la gran mayoría de los ataques efectuados con drones durante conflictos armados ocurrieron en conflictos que no revestían carácter internacional: de EE.UU. y el Reino Unido en Afganistán a partir de junio de 2002⁶⁶, y de EE.UU. en Pakistán,⁶⁷ Somalia⁶⁸ y Yemen⁶⁹. En Irak, el Departamento de Estado de Estados Unidos usa actualmente drones que no portan armas y tienen por fin exclusivo la vigilancia⁷⁰; también se utilizaron allí drones armados en el pasado, con efectos discutibles⁷¹. En India, se emplean drones para ayudar a las Fuerzas Especiales de India a localizar combatientes maoístas, si bien se afirma que los VANT que utilizan no están armados⁷².

Ante estas realidades, la norma de la distinción aplicable —entre los

63 En opinión del autor, sería mejor clasificar la lucha contra Al Qaeda en Afganistán desde 2001 como un conflicto armado individual y sin carácter internacional.

64 El conflicto con los talibanes cambió de naturaleza a resultas de la *Loya jirga* que, en junio de 2002, eligió al presidente Hamid Karzai. En lo que respecta a la clasificación de los conflictos armados en Afganistán, v., por ejemplo, Robin Geiss y Michael Siegrist, “¿El conflicto armado en Afganistán ha afectado las normas relativas a la conducción de las hostilidades?”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n.º 881, marzo de 2011, en especial, pp. 13 y ss.

65 V., por ejemplo, “Unmanned aerial vehicles (UAVs)”, en *GlobalSecurity.org*, modificado por última vez el 28 de julio de 2011, disponible en: <http://www.globalsecurity.org/intell/systems/uav-intro.htm>.

66 Se cree que Australia y Canadá utilizan drones Heron que no portan armas. V., e.g., “Canada, Australia contract for Heron UAVs”, en *Defense Industry Daily*, 17 de julio de 2011, disponible en: <http://www.defenseindustrydaily.com/Canada-Contracts-for-Heron-UAVs-05024/>.

67 V., por ejemplo, “US drone strike kills “16” in Pakistan”, en *BBC*, 24 de agosto de 2012, <http://www.bbc.co.uk/news/world-asia-19368433>.

68 Se cree que el primer ataque de drones contra las fuerzas de al-Shabaab tuvo lugar a fines de junio de 2011. Declan Walsh, “US begins drone strikes on Somalia militants”, en *The Guardian*, 1 de julio de 2011, p. 18.

69 V., por ejemplo, Ahmed Al Haj, “Khaled Batis dead: US drone strike in Yemen reportedly kills top Al Qaeda militant”, en *Huffington Post*, 2 de septiembre de 2012, disponible en: http://www.huffingtonpost.com/2012/09/02/khaled-batis-dead_n_1850773.html; y Hakim Almasari, “Suspected US drone strike kills civilians in Yemen, officials say”, en *CNN*, 4 de septiembre de 2012, disponible en: <http://edition.cnn.com/2012/09/03/world/meast/yemen-drone-strike/index.html>.

70 Eric Schmitt y Michael S. Schmidt, “US drones patrolling its skies provoke outrage in Iraq”, en *The New York Times*, 29 de enero de 2012, disponible en: <http://www.nytimes.com/2012/01/30/world/middleeast/iraq-is-angered-by-us-drones-patrolling-its-skies.html?pagewanted=all>.

71 J. Meyer, nota 7 *supra*.

72 Nishit Dholabhai, “Scanner in sky gives fillip to Maoist hunt”, en *The Telegraph* (India), Calcuta, 16 de enero de 2012, disponible en: http://www.telegraphindia.com/1120117/jsp/nation/story_15015539.jsp.

objetivos militares lícitos y las personas civiles y los bienes de carácter civil— suele ser la que rige la conducción de las hostilidades en los conflictos armados de carácter no internacional. Solo se pueden seleccionar de manera lícita como blancos de ataques militares los objetivos militares legítimos, incluidas las personas civiles “que participan en forma directa en las hostilidades”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, complementado por el derecho internacional consuetudinario (y, si procede, el art. 13 (3) del Protocolo adicional II de 1977)⁷³.

El documento *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el DIH* del CICR es muy polémico en ciertos aspectos. Nadie parece afirmar que el DIH prohíba seleccionar como objetivo a las fuerzas armadas de un Estado que es parte en un conflicto armado no internacional⁷⁴. Mucho más polémica es la afirmación de que los miembros (militares) de grupos armados organizados que son parte en un conflicto de ese tipo cumplen igualmente los criterios necesarios sobre la base de una supuesta “función continua de combate”⁷⁵. Los que ejercen esa función continua de combate, en principio, podrían ser blanco de ataques en cualquier momento (aunque esta permisividad general está sujeta a la norma de la necesidad militar). Como señala Alston:

La creación de la categoría “función continua de combate” es, de hecho, una determinación del estatuto que es cuestionable dado el lenguaje convencional específico que limita la participación directa a “por el tiempo que” en lugar de “todo el tiempo”. [...] La creación de esa categoría también plantea el riesgo de seleccionar como objetivo, por error, a alguien que, por ejemplo, ya no se ocupe de esa función⁷⁶.

Otro problema radica en la manera de identificar —jurídica y prácticamente— quiénes son esos miembros militares. Como se observa en la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el DIH* del CICR:

73 EE.UU. no es parte en el Protocolo, pero Afganistán sí. Incluso si EE.UU. se adhiriera al Protocolo, podría argumentar que sobre la base del artículo 1 del Protocolo, este instrumento se aplicaría solo a Afganistán y/o excluiría su aplicación extraterritorial a los ataques en Pakistán. Esto se debe a que, en virtud de su artículo 1, el Protocolo se aplica “a todos los conflictos armados [...] que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”. Para un mejor panorama de la aplicabilidad del Protocolo en Afganistán, al menos para todos los Estados Partes en dicho instrumento, v., por ejemplo, el proyecto Rule of Law in Armed Conflicts (RULAC), perfil de Australia, sección Qualification of Armed Conflicts, en particular la nota 2, disponible en: http://www.geneva-academy.ch/RULAC/applicable_international_law.php?id_state=16.

74 V. Nils Melzer, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el DIH*, Ginebra, CICR, 2009, pp. 30–31.

75 V. *ibid.*, pp. 27–28. “El término “grupo armado organizado” [...] se refiere exclusivamente a la rama armada o militar de una parte no estatal: sus fuerzas armadas en sentido funcional”. *Ibid.*, p. 32.

76 Estudio de 2010 sobre asesinatos selectivos, nota 11 *supra*, párrs. 65–66.

En virtud del DIH, el criterio decisivo para la pertenencia individual a un grupo armado organizado consiste en si una persona asume una función continua para el grupo que implique su participación directa en las hostilidades (en lo sucesivo: “función continua de combate”) [... Esta función] distingue a los miembros de las fuerzas organizadas de combate de una parte no estatal de las personas civiles que participan en forma directa en las hostilidades de manera meramente espontánea, esporádica o no organizada o de quienes asumen funciones exclusivamente políticas, administrativas o de otro tipo que no sean de combate⁷⁷.

Solo es lícito seleccionar como blanco a aquellos que participan directamente en las hostilidades de forma espontánea, esporádica o no organizada mientras dure su participación (aunque, por supuesto, en otras ocasiones, pueden ser detenidos por una operación de mantenimiento del orden y acusados en virtud de la legislación nacional por delitos cometidos). No es lícito seleccionar como blanco a quienes asumen funciones exclusivamente políticas, administrativas o de otro tipo que no sean de combate a menos que participen en forma directa en las hostilidades, y solo durante ese tiempo⁷⁸. En caso de duda en cuanto a su estatuto, se debe considerar a la persona un miembro de la población civil que no participa de forma directa en las hostilidades⁷⁹.

77 *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el DIH*, nota 74 *supra*, p. 33. Según Melzer, la función continua de combate “también se puede identificar a partir de un comportamiento concluyente, por ejemplo, cuando una persona ha participado repetida y directamente en hostilidades en apoyo de un grupo armado organizado en circunstancias que indican que ese comportamiento constituye una función continua y no espontánea, esporádica o temporaria asumida durante una operación en particular”. *Ibid.*, p. 35; y v. N. 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, 2010, p. 890 (en adelante, “Keeping the balance”).

78 En cambio, el brigadier general Watkin propone ampliar de manera considerable la categoría de aquellos a los que alcanza la definición, en particular, las personas que asumen exclusivamente funciones de “apoyo de servicios de combate”, incluidos cocineros y personal administrativo. Kenneth Watkin, “Opportunity lost: organized armed groups and the ICRC “Direct Participation in the Hostilities” Interpretive Guidance”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2010, p. 692, disponible en: http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv1/groups/public/@nyu_law_website__journals__journal_of_international_law_and_politics/documents/documents/ecm_pro_065932.pdf. V. N. Melzer, “Keeping the balance”, nota 77 *supra*, pp. 848–849.

79 Según la recomendación VIII de la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el DIH*: “Se deben tomar todas las precauciones posibles para determinar si una persona es un civil y, en caso afirmativo, si ese civil está participando directamente en las hostilidades. Ante la duda, se debe presumir que hay que proteger a la persona de los ataques directos”. *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el DIH*, nota 74 *supra*, pp. 75–76. V. también N. Melzer, “Keeping the balance”, nota 77 *supra*, en especial, pp. 874–877. Radsan afirma que: “Excepto en circunstancias extraordinarias, la agencia puede atacar solo si se cumple, más allá de la duda razonable, la condición de que su blanco sea un combatiente funcional de Al Qaeda o grupo terrorista similar. En efecto, los ataques con drones son ejecuciones sin ninguna posibilidad realista de recurso ante los tribunales a través del hábeas corpus u otros procedimientos”. A. J. Radsan, nota 19 *supra*, p. 3. Lamentablemente, más adelante manifiesta que: “Sin duda, existen excepciones a mi regla general para los ataques de la CIA. Resumo estas excepciones bajo la categoría de circunstancias extraordinarias. El blanco, por ejemplo, puede desempeñar una función insustituible para Al Qaeda. Es posible que un operador de drones vea en la pantalla a una persona que probablemente sea Bin Laden... pero sin tener la certeza absoluta de que sea él. A pesar de ello, la ventaja militar de matar a Bin Laden, en comparación con un terrorista de nivel medio, puede justificar el riesgo adicional de dañar por error a un civil pacífico”. (*Ibid.*, p. 5.)

Sobre esta base, el uso de la fuerza letal para seleccionar como objetivo a un agente de Al Qaeda en Afganistán dedicado a la planificación, dirección o ejecución de un ataque en Afganistán, por ejemplo, contra las fuerzas de EE.UU., sería entonces, a priori, lícito en el marco de la norma de distinción del DIH. Atacar al hijo, hija, esposa o esposas de ese agente no sería lícito, a menos que se tratara de alguien que estuviera participando directamente en las hostilidades (y solo durante ese momento)⁸⁰. La legalidad de un ataque contra el agente, si se previera que el ataque también mataría o causaría lesiones a civiles de manera incidental, dependería de una determinación basada en la norma de proporcionalidad (véase más adelante el apartado sobre la proporcionalidad de los ataques).

Si no se pudiese hacer tal distinción durante el ataque, este sería ilícito y constituiría una prueba de crimen de guerra⁸¹. En marzo de 2012, la firma de abogados del Reino Unido Leigh Day & Co y la sociedad de beneficencia Reprieve iniciaron un juicio contra el secretario de Relaciones Exteriores británico, William Hague, en nombre de Noor Khan, cuyo padre, Malik Daud Khan, había muerto en un ataque con drones en Pakistán en 2011 “mientras presidía un pacífico consejo de ancianos de la tribu”⁸².

En 2009, los medios de comunicación informaron de que se había ampliado la lista conjunta e integrada de objetivos prioritarios del Departamento de Defensa de Estados Unidos —la lista del Pentágono de objetivos terroristas aprobados, que contiene 367 nombres— que ahora incluía unos cincuenta barones de la droga afganos sospechosos de aportar dinero para financiar a los talibanes⁸³. Las personas que participan en el cultivo, la distribución y la venta de narcóticos son, a priori, delincuentes; sin embargo, incluso si financian el terrorismo, voluntariamente o no, no participan de manera directa en las hostilidades en Afganistán⁸⁴. Así, atacar con drones a delincuentes sería un acto ilícito.

80 En este sentido, Melzer señala la interpretación de los EE.UU., declarada en el contexto del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de que “la frase “participación directa en las hostilidades”: i) consiste en actos inmediatos y efectivos en el campo de batalla susceptibles de infligir un daño al enemigo, pues existe una relación causal directa entre esos actos y el daño infligido al enemigo; y (ii) no se refiere a actos de participación indirecta en hostilidades, como la recopilación y transmisión de información militar, el transporte de armas, municiones y otros suministros, o el despliegue de avanzada”. V. N. Melzer, “Keeping the balance”, nota 77 *supra*, p. 888 y nota 226.

81 En este sentido, son extremadamente inquietantes las afirmaciones de que la CIA ha dirigido numerosos ataques con drones a los funerales de víctimas de ataques con drones o a quienes rescataban a esas víctimas. Según un informe de la Oficina de Periodismo de Investigación: “De acuerdo con una investigación de tres meses que incluye informes de testigos oculares, se han encontrado pruebas de que murieron al menos 50 personas civiles en ataques posteriores, cuando acudían a ayudar a las víctimas. Más de 20 civiles, deudos incluidos, también sufrieron ataques deliberados durante ceremonias fúnebres”. Chris Woods y Christina Lamb, “Obama terror drones: CIA tactics in Pakistan include targeting rescuers and funerals”, en *Bureau of Investigative Journalism*, 4 de febrero de 2012, disponible en: <http://www.thebureauinvestigates.com/2012/02/04/obamaterror-drones-cia-tactics-in-pakistan-include-targeting-rescuers-and-funerals/>.

82 “GCHQ staff could be at risk of prosecution for war crimes”, en Gloucester Echo, 13 de marzo de 2012, disponible en: <http://www.thisisgloucestershire.co.uk/GCHQ-staff-risk-prosecution-war-crimes/story-15505982-detail/story.html>.

83 J. Meyer, nota 7 *supra*.

84 V. en ese sentido, el Estudio de 2010 sobre asesinatos selectivos, nota 11 *supra*, párr. 68.

La norma de proporcionalidad

Incluso si un blanco es un objetivo militar lícito en virtud del DIH, entra en juego la cuestión de la proporcionalidad, que puede afectar la selección de los medios y métodos de guerra que se pueden utilizar de manera lícita o incluso prohibir efectivamente el lanzamiento de un ataque. La violación de la norma de la proporcionalidad constituye un ataque indiscriminado, de conformidad con el Protocolo adicional I de 1977.⁸⁵ La norma no está mencionada en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra ni en el Protocolo adicional II de 1977, pero se la considera una norma consuetudinaria del DIH aplicable no solo en conflictos armados internacionales, sino también en conflictos armados de carácter no internacional. Según la Norma 14 del Estudio del CICR sobre el DIH consuetudinario:

Queda prohibido lanzar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

Por supuesto, el problema radica en la definición de “excesivo”. En el comentario publicado por el CICR sobre el artículo 51 5) del Protocolo adicional I de 1977, donde se origina el texto que establece la norma de proporcionalidad en el ataque, se afirma que:

Sin duda, la desproporción entre las pérdidas y daños causados y las ventajas militares anticipadas plantea un problema delicado; en algunas situaciones no habrá lugar a duda mientras que, en otras, tal vez sí lo haya. En esas situaciones deben prevalecer los intereses de la población civil⁸⁶.

Es bien sabido que los diferentes Estados definen de manera muy diversa lo que es proporcional. Incluso aliados militares cercanos, como el Reino Unido y Estados Unidos, parecen tener diferencias sustanciales respecto de este tema. Se registró un ejemplo aleccionador en Afganistán en marzo de 2011, cuando un dron de la Real Fuerza Aérea del Reino Unido mató a cuatro civiles afganos e hirió a otros dos en un ataque contra “líderes insurgentes” en la provincia de Helmand, la primera operación confirmada en la que una aeronave Reaper del Reino Unido fue responsable de la muerte de personas civiles⁸⁷. Según un informe de prensa, el portavoz del Ministerio de Defensa del Reino Unido declaró que:

Todo incidente que afecte a víctimas de la población civil causa profundo pesar y nosotros tomamos todas las medidas posibles para evitar ese tipo de incidentes.

85 V. Protocolo adicional I de 1977, art. 51 5) b) y art. 57 2) a) iii).

86 Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, Ginebra, CICR, 1987, párrs. 1979–1980.

87 N. Hopkins, nota 5 *supra*.

El 25 de marzo se envió un Reaper del Reino Unido para atacar y destruir dos camionetas. El ataque causó la muerte de dos insurgentes y la destrucción de una cantidad considerable de explosivos transportados en los camiones. Lamentablemente, también murieron cuatro civiles afganos y otros dos resultaron heridos. Existen procedimientos estrictos, que se suelen actualizar a la luz de la experiencia, destinados a reducir al mínimo el riesgo de las bajas que se producen y a investigar todo incidente en el que eso suceda.

La FIAS llevó a cabo una investigación para determinar si era posible extraer alguna enseñanza del incidente o identificar los errores de los procedimientos operacionales; en el informe se señaló que las acciones de los operadores del Reaper del Reino Unido se habían ceñido a los procedimientos y las reglas de enfrentamiento del Reino Unido⁸⁸.

Sin embargo, una “fuente”, al parecer del Ministerio de Defensa del Reino Unido, informó al diario británico *The Guardian* que el ataque “no habría tenido lugar si hubiéramos sabido que también había civiles en los vehículos”⁸⁹. De este modo, mientras que probablemente el blanco (es decir, los insurgentes que se encontraban en al menos una de las camionetas) no habría sido ilícito en el marco del DIH, parecería que el Reino Unido habría considerado desproporcionado atacar a los dos insurgentes si hubiera sabido que había civiles presentes.

Contrastemos este ejemplo con el caso del líder talibán Baitullah Mehsud. El 23 de junio de 2009, la CIA mató a Khwaz Wali Mehsud, comandante talibán paquistaní de rango medio. Planeaba usar su cuerpo como “señuelo” para atacar a Baitullah Mehsud, que se esperaba que asistiera al funeral de Khwaz Wali Mehsud. Asistieron al funeral unas cinco mil personas, no solo los combatientes talibanes, sino también muchos civiles. Los drones estadounidenses volvieron a atacar y causaron la muerte de unas ochenta y tres personas. Según informes, cuarenta y cinco de los muertos eran personas civiles, entre ellos, diez niños y cuatro líderes de tribus. Ese ataque plantea muy serios interrogantes relativos al respeto de la prohibición de efectuar ataques indiscriminados. Baitullah Mehsud escapó ileso, según se informó, y murió seis semanas más tarde, junto a su esposa, en otro ataque de la CIA⁹⁰.

El uso de armamento lícito

El derecho consuetudinario prohíbe el uso, ya sea en conflictos armados internacionales o no internacionales, de armas de efectos inherentemente indiscriminados y de armas de tal índole que causen lesiones superfluas o sufrimientos innecesarios⁹¹. En general, los misiles Hellfire que se suelen lanzar desde drones

88 Ibid.

89 Ibid.

90 C. Woods y C. Lamb, nota 81 *supra*. Según Meyer, la CIA efectuó dieciséis ataques con misiles y murieron unas 321 personas antes de que se lograra matar a Baitullah Mehsud. V. J. Meyer, nota 7 *supra*.

91 V. el Estudio del CICR sobre el DIH consuetudinario, nota 21 *supra*, normas 70 y 71.

no parecen infringir este criterio⁹². No obstante, como se ha señalado anteriormente, es necesario ser cautelosos cuando se trata del posible uso de los misiles Hellfire termobáricos. Por sus efectos en superficies amplias y las consecuencias que tienen para los seres humanos, los misiles termobáricos exigen un nuevo examen en virtud de ambos principios generales relativos a las armas⁹³. Además, como los drones no son más que plataformas, se pueden usar —y se usan— otras armas, lo que puede infringir las normas que prohíben el uso de armas ilícitas en los conflictos armados.

El nexos con el conflicto

¿Debe considerarse que los ataques en Pakistán, en particular los lanzados contra sospechosos de Al Qaeda, constituyen una conducción legal de las hostilidades en el marco del conflicto armado en Afganistán?⁹⁴ En declaraciones formuladas por internet el 31 de enero de 2012, el presidente Obama declaró que los ataques con drones en Pakistán, efectuados por la CIA y no el ejército⁹⁵, son una “iniciativa dirigida exclusivamente a las personas que figuran en una lista de terroristas activos” y que EE.UU. no estaba “enviando caprichosamente un montón de ataques”, sino atacando a “sospechosos de Al Qaeda ubicados en un terreno muy difícil a lo largo de la frontera entre Afganistán y Pakistán”⁹⁶. Sin embargo, un “terrorista” no es, necesariamente, alguien que interviene en un conflicto armado (y mucho menos el caso aún más distante de los barones de la droga ya mencionado). Tiene que existir un nexo claro con un conflicto armado y con una parte no estatal claramente definida, y no una “guerra contra el terrorismo” mal definida y generalizada, sobre todo porque el actual gobierno de Estados Unidos ha procurado distanciarse de esa retórica⁹⁷. Como señala Melzer:

92 Puesto que los ataques con drones se suelen efectuar en zonas pobladas, si se aumentase el radio de explosión de los misiles utilizados, habría mayores preocupaciones sobre el cumplimiento de la prohibición de efectuar ataques indiscriminados.

93 Se describió a las armas termobáricas como “una de las armas más horribles del arsenal de cualquier ejército: la bomba termobárica, explosivo temible que incendia el aire que está encima de su objetivo y luego absorbe el oxígeno de cualquier persona que haya tenido la mala suerte de sobrevivir a la explosión inicial”. Noah Shachtman, “When a gun is more than a gun”, en *Wired*, 20 de marzo de 2003, disponible en: <http://www.wired.com/politics/law/news/2003/03/58094> (visitado por última vez el 20 de febrero de 2012, pero la página ya no está disponible).

94 Por el contrario, cuando los talibanes paquistaníes o afganos planifican y llevan a cabo incursiones transfronterizas en Afganistán, o EE.UU. efectúa ataques con drones en apoyo del conflicto armado no internacional de Pakistán contra los talibanes de ese país, estos ataques se relacionan, sin duda, con un conflicto armado específico.

95 Se dice que los drones de la CIA están controlados desde un centro suburbano cercano a la sede de la Agencia, ubicada en Langley (Virginia). V. D. Walsh, nota 68 *supra*.

96 V, por ejemplo, “Obama discusses US use of drones in online Q&A – video”, en *The Guardian*, 31 de enero de 2012, disponible en: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1029>.

97 V., por ejemplo, N. Lubell, nota 23 *supra*, pp. 113, en especial la nota 5, y 114.

Que un grupo participe o no en las hostilidades no depende solo de si recurre a la violencia armada organizada que coincide temporal y geográficamente con una situación de conflicto armado, sino también de si esa violencia tiene por objeto apoyar a uno de los beligerantes en contra de otro (nexo con beligerantes)⁹⁸.

Según el ministro de Justicia de EE.UU., Eric Holder, que abordó el tema de los ataques con drones en un discurso pronunciado en marzo de 2012, la “autoridad legal” del gobierno de Estados Unidos “no está limitada a los campos de batalla en Afganistán”. Holder afirmó que existían circunstancias en las que “sería lícita una operación en que se hace uso de la fuerza letal en un país extranjero, dirigida contra un ciudadano estadounidense que es líder operativo de alto nivel de Al Qaeda o las fuerzas asociadas y que se dedica activamente a la planificación de asesinatos de estadounidenses”⁹⁹. Entre esas circunstancias, se incluía el hecho de que en un examen exhaustivo se había determinado que el individuo representaba “una amenaza inminente de ataque violento contra Estados Unidos”, que “la captura no era factible” y que la “operación se llevaría a cabo de una manera coherente con los principios aplicables del derecho de la guerra”¹⁰⁰.

Mientras que podría acogerse con agrado la idea de limitar la legalidad de los asesinatos selectivos a los líderes operacionales de Al Qaeda de alto rango o a las fuerzas asociadas que representan “una amenaza inminente de ataque violento contra Estados Unidos”, ya que sugiere que no se autorizará un ataque a menos que la amenaza de un ataque violento sea “inminente”, esta limitación sigue planteando una serie de interrogantes. En primer lugar, ¿qué constituye una amenaza “inminente”? En segundo lugar, muchos de los que murieron en ataques con drones en Pakistán no eran dirigentes de alto rango, sino combatientes de medio o bajo nivel. ¿Qué hay de la legalidad de estos ataques? ¿O los criterios solo restringen ataques con drones cuando afectan a un ciudadano de Estados Unidos? ¿Se ha abierto una “temporada de caza” de extranjeros?¹⁰¹ En tercer lugar, ¿considera el gobierno de Estados Unidos que un ataque contra las fuerzas estadounidenses en Afganistán efectuado por combatientes con base en Pakistán es un atentado terrorista? Aunque la definición de terrorismo sigue siendo muy controvertida, muchos podrían argumentar que una de las características que definen el terrorismo son los ataques

98 N. Melzer, “Keeping the balance”, nota 77 *supra*, p. 841; v. también N. Melzer, nota 11 *supra*, p. 427.

99 Es preciso aclarar el concepto de “fuerzas asociadas”. EE.UU. contaría con un argumento legal más sólido si recortara públicamente su lista de candidatos por matar y dejara en ella solo a los miembros de la cúpula de Al Qaeda y no a cualquier persona que públicamente o en privado apoya los objetivos o simpatiza con los métodos de esa organización.

100 “Attorney General Eric Holder defends killing of American terror suspects”, en *Daily Telegraph*, 6 de marzo de 2012, disponible en: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/al-qaeda/9125038/Attorney-General-Eric-Holder-defends-killing-of-American-terror-suspects.html>.

101 Como señala Radsan: “Si la vida de personas que no son estadounidenses es tan importante como la de los estadounidenses, entonces debería aplicarse un solo modelo de procedimiento reglamentario (o “precaución”, para usar un término del DIH) en todos los casos. En términos negativos, si los controles no son lo bastante buenos para el asesinato de estadounidenses, tampoco lo son para matar paquistaníes, afganos o yemeníes”. V. A. J. Radsan, nota 19 *supra*, p. 10.

a civiles, y no a miembros de las fuerzas armadas de un Estado¹⁰², junto con el intento de influir en las políticas de un gobierno en una o más cuestiones. No obstante, no es esta, sin duda, la interpretación del gobierno de Estados Unidos del término “terrorismo”.

Además, la declaración del ministro de Justicia no aborda la cuestión de si esos ataques forman parte de un conflicto armado: un compromiso verbal de llevar a cabo una operación “de una manera coherente con los principios aplicables del derecho de la guerra”, no significa que el DIH sea aplicable en el marco del derecho internacional. La Corte Suprema de Estados Unidos, en la causa *Hamdan v. Rumsfeld*, rechazó la afirmación de que el conflicto era una guerra mundial contra Al Qaeda a la que no se aplicaban los Convenios de Ginebra y determinó específicamente que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra se aplicaba a Salim Ahmed Hamdan, un ex guardaespaldas y chofer de Osama bin Laden, capturado por las fuerzas militares estadounidenses en Afganistán en noviembre de 2001¹⁰³. Este fallo no significa que cualquier persona —dondequiera que se encuentre en el mundo— afiliada a Al Qaeda se vea arrastrada a un conflicto armado de carácter no internacional contra Estados Unidos como persona que participa directamente en las hostilidades, en virtud de su adhesión o incluso de su apoyo indirecto a una ideología violenta¹⁰⁴.

Ataques con drones y derecho internacional de los derechos humanos

Una vez analizados la aplicación y los efectos del DIH en los ataques efectuados con drones en situación de conflicto armado, en esta sección se examinan las implicaciones del derecho internacional de los derechos humanos para el uso de drones armados. Se cree que el primer asesinato selectivo mediante un ataque con drones fuera de un escenario de conflicto armado fue el asesinato de seis presuntos miembros de Al Qaeda, entre ellos Qaed Senyan al-Harithi, también llamado Abu Ali, sospechoso de ser el autor intelectual del bombardeo de la nave *USS Cole* en octubre de 2000¹⁰⁵. Los seis fueron asesinados el 3 de noviembre de 2002 en Yemen,

102 V, por ejemplo, Naciones Unidas, “Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos, Informe del Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio”, Nueva York, 2004 (Grupo de alto nivel de las Naciones Unidas), párrs. 159–161.

103 Corte Suprema de Estados Unidos, *Hamdan v. Rumsfeld*, 29 de junio de 2006, pp. 67–69.

104 V., por ejemplo, M. E. O’Connell, “Seductive drones: learning from a decade of lethal operations”, Notre Dame Legal Studies Paper No. 11-35, en *Notre Dame Law School Journal of Law, Information & Science*, agosto de 2011; y citado por Carrie Johnson, “Holder spells out why drones target US citizens”, en *NPR*, 6 de marzo de 2012, <http://www.npr.org/2012/03/06/148000630/holder-gives-rationale-for-drone-strikes-on-citizens>.

105 V. N. Melzer, nota 11 *supra*, p. 3; “Sources: US kills Cole suspect”, en *CNN*, 4 de noviembre de 2002, disponible en: http://articles.cnn.com/2002-11-04/world/yemen.blast_1_cia-drone-marib-international-killers?_s=PM:WORLD.

cuando uno o dos misiles Hellfire¹⁰⁶ lanzados desde un dron controlado por la Agencia Central de Inteligencia (CIA) de Estados Unidos destruyeron el jeep en el que viajaban, en el norte de la provincia yemení de Marib, a unos 160 kilómetros al este de Saná¹⁰⁷. Desde entonces, los asesinatos selectivos con drones se convirtieron en algo habitual en Pakistán y, en menor medida, en Yemen y otros países¹⁰⁸. El asesinato en Yemen de Anwar al-Awlaki, clérigo musulmán radical de origen yemení, por un dron de la CIA en septiembre de 2011, fue particularmente polémico dado que el clérigo era ciudadano estadounidense¹⁰⁹. Tras previos ataques fallidos contra él, su familia había interpuesto un recurso judicial con el que procuraba impedir que Estados Unidos ejecutara a uno de sus propios ciudadanos sin el debido proceso judicial¹¹⁰.

En el primer apartado que figura a continuación se analiza el modo en que el derecho de los derechos humanos reglamenta el uso de la fuerza en situaciones que no son de conflicto armado, sino de “mantenimiento del orden”, mientras que en el segundo se examinan su función y consecuencias —reales y eventuales— en el marco de conflictos armados como constituyente del *jus in bello* junto con el DIH.

Aplicación del derecho de los derechos humanos al mantenimiento del orden

En el derecho internacional de los derechos humanos, existen dos importantes principios que rigen todo uso de la fuerza en un contexto de mantenimiento del orden: necesidad y proporcionalidad. Aunque estos términos se han utilizado en el contexto del *jus ad bellum* y el DIH, su significado preciso en el contexto del derecho de los derechos humanos es muy diferente. Como afirmó Alston: “Un asesinato cometido por el Estado solo es legal si es necesario para proteger la vida (con lo que la fuerza letal es proporcional) y no existen otros medios, como la captura o la

106 El AGM-114 Hellfire es un misil aire-tierra desarrollado principalmente para uso antitanque y se puede lanzar desde plataformas aéreas, marinas o terrestres. V, por ejemplo, *Lockheed Martin*, “HELLFIRE II Missile”, en el sitio web *Lockheed Martin*, sin fecha, disponible en: <http://www.lockheedmartin.com/us/products/HellfireII.html> (visitado por última vez el 20 de marzo de 2012). El nombre del misil, cuyo primer lanzamiento guiado se produjo en 1978, proviene de que se lo concibió originalmente como arma para lanzamiento desde helicóptero del tipo de “dispara y olvida” (del inglés “HELicopter Launched FIRE-and-forget”). “AGM-114A HELLFIRE missile”, en *Boeing*, disponible en: <http://www.boeing.com/history/bna/hellfire.htm>.

107 V, por ejemplo, “CIA ‘killed al-Qaeda suspects’ in Yemen”, en *BBC*, 5 de noviembre de 2002; y “US Predator kills 6 Al Qaeda suspects”, en *ABC News*, 4 de noviembre de 2002, disponible en: <http://abcnews.go.com/WNT/story?id=130027&page=1>. Según el informe de ABC, del automóvil no quedaron más que “restos en el desierto”.

108 Las fuerzas israelíes utilizaron drones para efectuar asesinatos selectivos de palestinos. V, por ejemplo, “Three killed in Israeli airstrike”, en *CNN*, 1 de abril de 2011, disponible en: <http://articles.cnn.com/keyword/gaza-strip>; “Gaza truce gets off to a shaky start”, en *CNN*, 23 de junio de 2012, disponible en: http://articles.cnn.com/2012-06-23/middleeast/world_meast_israel-gaza-violence_1_gaza-truce-popular-resistance-committees-palestinian-medicalofficials?_s=PM:MIDDLEEAST.

109 “Predator drones and unmanned aerial vehicles (UAVs)”, en *The New York Times*, actualizado el 5 de marzo de 2012.

110 “Obituary: Anwar al-Awlaki”, en *BBC*, 30 de septiembre de 2011, disponible en: <http://www.bbc.co.uk/news/worldmiddle-east-11658920>.

incapacitación no letal, para prevenir esa amenaza a la vida (con lo que la fuerza letal es necesaria)”¹¹¹. Otro requisito es que sea inminente la amenaza a la vida que el uso de la fuerza letal procura impedir¹¹². Por lo tanto, en su enfoque de la reglamentación del uso intencional de la fuerza letal, el derecho internacional de los derechos humanos en general adopta las normas establecidas en los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley de 1990 (en adelante, los “Principios Básicos”)¹¹³. Según la última frase del Principio Básico 9: “En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida”¹¹⁴.

Sin embargo, esta postura general está sujeta a dos salvedades. En primer lugar, los Principios Básicos no tenían por objeto reglamentar los actos de las fuerzas armadas en una situación de conflicto armado, actividad que pertenece a la esfera del *ius in bello*. En segundo lugar, la jurisprudencia de Estados Unidos ha fijado un umbral menos restrictivo para el uso intencional de la fuerza letal (en relación con las facultades policiales) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de manera similar, hizo una interpretación más permisiva (en lo que respecta a las operaciones de lucha contra el terrorismo)¹¹⁵. En *Tennessee v. Garner*¹¹⁶, la Corte Suprema de Estados Unidos declaró que:

111 Estudio de 2010 sobre asesinatos selectivos, nota 11 *supra*, párr. 32. Como señaló Melzer, en el “paradigma” del mantenimiento del orden, la “prueba de proporcionalidad no evalúa si el uso de fuerza posiblemente letal es “necesario” para eliminar una amenaza en concreto, sino si se “justifica” a la luz del carácter y la dimensión de esa amenaza”. N. Melzer, nota 11 *supra*, p. 115.

112 Como se enuncia en el principio 9 de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley de 1990 (el subrayado es nuestro): “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro *inminente* de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos”.

113 Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. Estados Unidos no participó en esta reunión, pero una resolución de la Asamblea General de la ONU aprobada el mismo año acogió con agrado los Principios Básicos e invitó a los gobiernos “a que los respeten y los tengan en cuenta en el marco de su legislación y práctica nacionales”. Resolución 45/166 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/45/PV.69, aprobada sin votación el 18 de diciembre de 1990, párrafo dispositivo 4.

114 El Principio 8 establece que: “No se podrán invocar circunstancias excepcionales tales como la inestabilidad política interna o cualquier otra situación pública de emergencia para justificar el quebrantamiento de estos Principios Básicos”.

115 Sin embargo, la Comisión parece confundir las situaciones en las que se pueden utilizar armas de fuego (peligro inminente de muerte o lesiones graves) con aquellas en las que se puede emplear la fuerza letal intencional. En efecto, al afirmar que el uso de la fuerza letal por parte de los funcionarios encargados del mantenimiento del orden es lícito también para protegerse a sí mismos o a otras personas de una amenaza inminente de lesiones graves, está citando el Principio Básico 9 que, como hemos visto, limita el uso intencional de la fuerza letal a los casos en que es estrictamente inevitable a fin de proteger una vida. Ciertos autores importantes parecen haber cometido errores similares. V., por ejemplo, N. Melzer, “Keeping the balance”, nota 77 *supra*, p. 903; N. Melzer, nota 11 *supra*, pp. 62, 197; y N. Lubell, nota 23 *supra*, p. 238.

116 *Tennessee v. Garner*, 471 US 1, apelación del Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos correspondiente al Sexto Circuito, No. 83-1035 (27 de marzo de 1985). La causa estaba relacionada con un agente de policía que mató a tiros a un joven de 15 años de edad. El sospechoso, que recibió un disparo en la nuca con una pistola calibre .38 cargada con balas de punta hueca, huía del presunto robo a una casa. Entre lo que llevaba encima se encontró dinero y joyas por valor de USD 10, que supuestamente había tomado de la casa.

Si el agente tiene un motivo probable para creer que el sospechoso entraña una amenaza de causar lesiones físicas graves, ya sea al propio agente o a otros, no es poco razonable, desde el punto de vista constitucional, evitar que el sospechoso escape mediante el uso de la fuerza letal. Por lo tanto, si el sospechoso amenaza al agente con un arma o hay un motivo probable para creer que ha cometido un delito que implique infligir o amenazar con infligir lesiones físicas graves, es posible usar la fuerza letal, en caso de que sea necesaria para evitar su fuga y, de ser factible, si se dio alguna advertencia¹¹⁷.

Otros países, entre ellos Australia y el Reino Unido, respaldan la norma de mayor calado establecida en los Principios Básicos. Por ejemplo, el Reino Unido tiene una política de tirar a matar a presuntos perpetradores de atentados suicidas, pero la política cumple claramente esa norma de mayor calado porque un perpetrador suicida no solo implica una amenaza de muerte, sino que es probable que cumpla el criterio de inminencia, que es un elemento integral del nivel de amenaza. Tras el asesinato por agentes de la Policía Metropolitana de un joven desarmado, Jean Charles de Menezes, en julio de 2005, de quien se sospechaba, erróneamente, que era un perpetrador suicida y a quien dispararon siete veces a quemarropa¹¹⁸, Lord Stevens, ex Comisionado de la Policía Metropolitana, hizo pública —en un periódico sensacionalista británico— una política que se había adoptado cuando él ocupaba el cargo, en 2002¹¹⁹. Le dijo a ese periódico británico que los equipos que envió a Israel y otros países¹²⁰ atacados por perpetradores suicidas tras los ataques del 11 de septiembre de 2001 en EE.UU. habían aprendido una “terrible verdad”: que la única manera de detener a un perpetrador suicida era “destruir su cerebro instantánea y completamente”. Anteriormente, los oficiales habían disparado al cuerpo del delincuente, “por lo general, dos disparos para incapacitarlo y ponerlo fuera de combate”¹²¹. Sir Ian Blair, que era Comisionado en 2005, declaró que no

117 La Corte citó con aprobación el código penal modelo según el cual: “El uso de la fuerza letal no es justificable [...] a menos que i) la detención sea por un delito grave; y ii) la persona que efectúe la detención esté autorizada para actuar como funcionario del orden público o esté ayudando a una persona a la que él cree autorizada para actuar como funcionario del orden público; y iii) el actor crea que la fuerza empleada no genera ningún riesgo considerable de dañar a personas inocentes; y iv) el actor crea que 1) el delito por el que se realiza la detención incluye, entre otros, comportamientos de uso o amenaza de uso de la fuerza letal; o 2) existe un riesgo considerable de que la persona que se ha de detener causará la muerte o lesiones corporales graves si se demora su detención”. American Law Institute, Model Penal Code, Sección 3.07 2) b) (Proyecto oficial propuesto 1962), citado en *Tennessee v. Garner*, ibíd., párr. 166, nota 7.

118 V., por ejemplo, “De Menezes police ‘told to shoot to kill’”, en *Daily Telegraph*, 3 de octubre de 2007, disponible en: <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1564965/De-Menezes-police-told-to-shoot-to-kill.html>. Este incidente muestra que es posible que se cometan errores fatales incluso cuando se mantiene a un sospechoso bajo vigilancia permanente, tanto directa como indirecta.

119 La política, cuyo nombre en código era “Operación Kratos”, recibió ese nombre por el semidiós griego Kratos, que significa fuerza o poder en griego antiguo.

120 Según informes, Rusia y Sri Lanka.

121 “Debate rages over ‘shoot-to-kill’”, en *BBC*, 24 de julio de 2005, disponible en: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/4711769.stm>. Lord Stevens declaró: “Estamos viviendo en tiempos únicos donde reina un mal único, en guerra con un enemigo de una brutalidad indescriptible, y no tengo ninguna duda de que ahora, más que nunca, el principio es correcto a pesar de la posibilidad, sin duda trágica, de cometer un error [...] Y si alguien siquiera considerase la posibilidad de revocarlo, sería un gran error”.

tenía “ningún sentido” disparar a un sospechoso en el pecho, ya que era casi seguro que la bomba se encontrara allí y el disparo la detonaría¹²².

La cuestión de la inminencia es extremadamente importante en el tema de los ataques con drones, sobre todo si se tiene en cuenta el riesgo de la subjetividad y la falta de transparencia en cuanto a los nombres que integran la lista estadounidense de personas que se han de eliminar¹²³. Al parecer, el discurso pronunciado por el Ministro de Justicia Holder en marzo de 2012 procuraba combinar dos regímenes jurídicos diferentes —uno aplicable a un paradigma de mantenimiento del orden y el otro aplicable a conflictos armados— cuando el ministro afirmó que la autorización para el uso de drones contra un ciudadano estadounidense requeriría “un examen profundo” que determinara que el individuo representaba “una amenaza inminente de ataque violento contra Estados Unidos” y que “la captura no era factible”. En 2010, Koh declaró que:

Este gobierno considera —y sin duda he podido comprobarlo mientras me desempeñé como asesor jurídico— que las prácticas de selección de objetivos de Estados Unidos, incluidas las operaciones letales llevadas a cabo con el uso de vehículos aéreos no tripulados, cumplen *todas las leyes aplicables*, incluidas las leyes de la guerra¹²⁴.

En mayo de 2012, *The New York Times* informó de la existencia de los “martes de terror”, días en que el presidente de Estados Unidos decidía quién sería asesinado por ese país, por lo general mediante ataques con drones:

Este era el enemigo, servido en bandeja en el último informe de las agencias de inteligencia: 15 sospechosos de Al Qaeda en Yemen con lazos con Occidente. Las fotografías de estilo policial y las breves biografías evocaban el diseño de los anuarios escolares. Varios eran estadounidenses. Dos de ellos eran adolescentes, entre ellos, una niña que parecía incluso tener menos de los 17 años que tenía¹²⁵.

Dadas las limitaciones significativas al uso intencional de la fuerza letal en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, Alston concluye que: “Fuera del contexto de los conflictos armados, es sumamente improbable que el uso de drones para efectuar asesinatos selectivos sea lícito. Sería muy poco probable que un asesinato selectivo con drones en el propio territorio de un Estado, territorio

122 Tampoco se recomienda el uso de armas “menos letales”, tales como la pistola eléctrica Taser, por temor a que detone los explosivos. V., por ejemplo, el memorándum titulado “Counter Suicide Terrorism” de la secretaria de la Autoridad General de la Policía Metropolitana a los miembros de la MPA, Londres, 8 de agosto de 2005.

123 V. Estudio de 2010 sobre asesinatos selectivos, nota 11 *supra*, párr. 20. También existe el riesgo evidente de que los asesinatos selectivos se consideren una represalia letal por crímenes del pasado. V., por ejemplo, en Pakistán, N. Melzer, nota 11 *supra*, p. 178.

124 Discurso pronunciado por Harold Hongju Koh, asesor jurídico, Departamento de Estado de Estados Unidos, en la reunión anual de la American Society of International Law, Washington, DC, 25 de marzo de 2010 (el subrayado es nuestro), disponible en: <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm>.

125 J. Becker y S. Shane, nota 61 *supra*.

sobre el cual el Estado tiene el control, cumpliéndose las limitaciones del derecho de los derechos humanos sobre el uso de la fuerza letal”. Además, fuera del territorio propio de un Estado,

existen muy pocas situaciones fuera del contexto de las hostilidades activas en las que se cumpliría [...] la prueba de legítima defensa anticipatoria [...] Además, asesinar con un dron a cualquiera que no sea el blanco (familiares u otras personas que se encuentren en la zona, por ejemplo) significaría una privación arbitraria de la vida conforme al derecho de los derechos humanos y podría dar lugar a la responsabilidad del Estado y la responsabilidad penal individual¹²⁶.

Para Lubell, por ejemplo, el asesinato de al-Harithi en Yemen, ocurrido en 2002, fue ilícito porque se violó el derecho a la vida consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹²⁷.

Aplicación del derecho internacional aplicable en conflictos armados y en relación con ellos

Aparte y además de cualquier determinación de la legalidad del uso de la fuerza en otro Estado en el marco del *jus ad bellum*, el derecho internacional de los derechos humanos será la principal fuente de derecho internacional que determine la legalidad del uso de drones en una situación que no sea de conflicto armado. Dentro de una situación de conflicto armado y con respecto a los actos que representan el nexo necesario, como mínimo se seguirán aplicando plenamente los derechos que no pueden ser suspendidos, mientras que es posible que otros estén sujetos a suspensión en la medida “estrictamente limitada a las exigencias de la situación”¹²⁸. Como los ataques con drones armados representan la amenaza a la vida más evidente pese a que pueden afectar directa o indirectamente muchos otros derechos humanos, el análisis se centrará en este derecho “supremo” (en palabras del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas)¹²⁹.

Aplicabilidad del derecho de los derechos humanos en conflictos armados

En un pronunciamiento jurisdiccional frecuentemente citado sobre el derecho a la vida consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la CIJ opinó, en 1996, que:

La protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempos de guerra, excepto en aplicación del artículo 4 del Pacto, en virtud

126 Estudio de 2010 sobre asesinatos selectivos, nota 11 *supra*, párrs. 85-86.

127 N. Lubell, nota 23 *supra*, pp. 106, 177, 254-255.

128 Comité de Derechos Humanos, “Observación general N.º 29: Estados de emergencia (artículo 4)”, Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001.

129 “Observación general N.º 6: Derecho a la vida (artículo 6)”, 30 de abril de 1982.

del cual pueden dejarse en suspenso determinadas disposiciones en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación. El respeto del derecho a la vida no figura, sin embargo, entre esas disposiciones. En principio, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida se aplica también en las hostilidades. Sin embargo, la prueba que demuestra la existencia de un caso de privación arbitraria de la vida ha de ser determinada por la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en los conflictos armados que ha sido formulado para reglamentar la conducción de las hostilidades. Por lo tanto, que una pérdida de vida en particular, causada por el uso de una determinada arma durante la guerra, sea considerada una privación arbitraria de la vida en contravención del artículo 6 del Pacto solo se puede decidir por referencia al derecho aplicable en los conflictos armados y no por deducción a partir de los términos del propio Pacto¹³⁰.

Varios Estados alegaron sin éxito ante la Corte que el Pacto —y, de hecho, los derechos humanos en general— no era aplicable en una situación de conflicto armado. Esta postura no suele escucharse con frecuencia en la actualidad y en general ha caído en el descrédito¹³¹.

Relación entre el derecho de los derechos humanos y el DIH

En contraste, la afirmación de la Corte de que la determinación de si se ha violado el derecho a la vida depende de una remisión al derecho aplicable en los conflictos armados como *lex specialis*¹³² sigue teniendo amplio apoyo. En una lectura superficial, esto parecería constituir una actitud de respeto total por el DIH. Sin embargo, existe una serie de razones para cuestionar esa afirmación. Como señaló Christian Tomuschat¹³³, la declaración de la Corte era “un poco corta de vista”¹³⁴ teniendo en cuenta que, en el tema que tenía ante sí, la legalidad

130 CJI, *Opinión consultiva sobre las Armas nucleares*, 8 de julio de 1996, párr. 25.

131 No obstante, para más información sobre la postura de Israel y Estados Unidos, v., por ejemplo, Melzer, nota 11 *supra*, pp. 79–80. Con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha especificado que “los contornos del derecho a la vida pueden variar en el contexto de un conflicto armado pero [...] la prohibición de la privación arbitraria de la vida sigue siendo absoluta. La Convención establece claramente que el derecho a la vida no puede ser suspendido en circunstancia alguna, incluidos los conflictos armados y los estados de emergencia legítimos”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre terrorismo y derechos humanos”, Doc. OEA/Ser.L/V/II.116 (doc. 5 rev. 1 corr.), 22 de octubre de 2002, párr. 86.

132 Para consultar un análisis de la aplicación del principio, v., por ejemplo, Nancie Prud'homme, “*Lex specialis*: oversimplifying a more complex and multifaceted relationship?”, en *Israel Law Review*, Vol. 40, n.º 2, 2007.

133 Christian Tomuschat, “The right to life – legal and political foundations”, en C. Tomuschat, E. Lagrange y S. Oeter (eds.), *The Right to Life*, Países Bajos, Brill, 2010, p. 11.

134 Schabas la describe como “torpe, en el mejor de los casos”. V. William A. Schabas, “The right to life”, en A. Clapham y P. Gaeta (eds.), *Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, de próxima publicación. Lubell es incluso más duro con la Corte y se refiere a la decisión como “un enfoque tal vez inútil”. N. Lubell, nota 23 *supra*, p. 240. Milanović pide que la *lex specialis* se “abandone como una suerte de explicación mágica y básica de la relación entre el DIH y el derecho de los derechos humanos, ya que confunde mucho más de lo que aclara”. M. Milanović, “Norm conflicts, international humanitarian law and human rights law”, en Orna Ben-Naftali (ed.), *Human Rights and International Humanitarian Law*, Collected Courses of the Academy of European Law, Vol. XIX/1, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 6.

de la amenaza de uso o el uso de armas nucleares, fue incapaz de “llegar a una conclusión definitiva” sobre la base de la interpretación del DIH respecto de si esa amenaza o uso “sería lícito o ilícito en una circunstancia extrema de legítima defensa”¹³⁵. En segundo lugar, como él y otros observaron, en decisiones posteriores se modificó la evaluación de la Corte respecto de la relación mutua entre el DIH y el derecho de los derechos humanos¹³⁶, en particular, en la opinión consultiva sobre la causa del *Muro* (2004)¹³⁷ y la decisión de la causa sobre las *Actividades armadas en el territorio del Congo* (2005)¹³⁸. Según Alston, puesto que en el contexto del conflicto armado se aplican tanto el DIH como el derecho de los derechos humanos,

que un asesinato en particular sea o no legal está determinado por la *lex specialis* aplicable [...] En la medida en que en el DIH no aporte una norma o la norma no sea clara y su significado no se pueda determinar a partir de la orientación que brindan los principios del DIH, es conveniente guiarse por el derecho de los derechos humanos¹³⁹.

Otros, incluido el autor del presente, irían aún más lejos. Milanović, por ejemplo, señala la omisión de la referencia al DIH como *lex specialis* en el fallo de la CIJ en la causa del *Congo*, de 2005, respecto de sus opiniones consultivas de la causa del *Muro* y la causa de las *Armas nucleares*, y expresa la esperanza de que esto haya sido intencional¹⁴⁰. En 2011, en el blog del *European Journal of International Law*, declaró:

En un enfoque más audaz respecto de la aplicación conjunta del DIH y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) se plantearía la pregunta de si existen asesinatos que no observen el DIH, pero que de todos modos sean arbitrarios en términos del DIDH. Es decir, ¿puede el DIDH durante los conflictos armados imponer requisitos adicionales a los del DIH para la licitud de un asesinato? Y ¿pueden estos requisitos, más estrictos que los del DIH, ser aún así un poco menos estrictos que los establecidos en la jurisprudencia de derechos humanos elaborada en tiempos de normalidad y

135 *Ibid.*, párr. 105.

136 En este sentido, v. también Sir Daniel Bethlehem, “The relationship between international humanitarian law and international human rights law and the application of international human rights law in armed conflict”, documento no publicado, 2012 pero sin fecha, párr. 39.

137 *Ibid.* Como se establece en el párr. 106: “En cuanto a la relación entre el DIH y el derecho de los derechos humanos, pueden presentarse tres situaciones: que algunos derechos estén contemplados exclusivamente en el DIH, que otros estén contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos y que otros estén contemplados en ambas ramas del derecho internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendrá que tomar en consideración ambas ramas del derecho internacional, es decir, el derecho de los derechos humanos y, como *lex specialis*, el DIH”.

138 CIJ, *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, 19 de diciembre de 2005, párr. 216.

139 Estudio de 2010 sobre asesinatos selectivos, nota 11 *supra*, párr. 29.

140 M. Milanović, nota 134 *supra*, p. 6.

aplicable a esos tiempos [...]? [...] Creo que se pueden contestar todas estas preguntas con un “sí” cauteloso¹⁴¹.

De hecho, en su opinión consultiva sobre las *Armas nucleares*, la Corte había dejado en claro que el derecho aplicable en los conflictos armados (*ius in bello*) no se limitaba al DIH¹⁴². Una prueba más de que podría ser demasiado simplista interpretar el derecho a la vida en una situación de conflicto armado solo a la luz de la observancia del DIH se encuentra en el significado de “privar arbitrariamente”. Con respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, se dice que el término contiene “elementos de ilicitud e injusticia, así como de capricho y sinrazón”¹⁴³.

Sin embargo, este enfoque tiene una limitación clara. Si bien el derecho de los derechos humanos tiene mucho que aportar al DIH en términos de limitar la violencia y promover la humanidad (por ejemplo contribuyendo a una mayor comprensión de lo que constituye, en términos prácticos, “los principios de humanidad” y los “dictados de la conciencia pública” en la aplicación de la cláusula de Martens), no se sugiere aquí que un arma que en general es lícita en el marco del DIH de algún modo resulte, en líneas generales, ilícita en virtud del derecho de los derechos humanos. Lubell, por ejemplo, indica que las leyes sobre la selección de armamento están correctamente abordadas en el DIH sin interferencia del derecho de los derechos humanos¹⁴⁴. (De hecho, se podría argumentar incluso que con esa interferencia se correría el riesgo de debilitar el DIH, dado que el gas lacrimógeno y las balas expansivas, prohibidos en el DIH como método y medio, respectivamente, de guerra, podrían ganar de algún modo legitimidad ya que se pueden emplear para el mantenimiento del orden en cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos).

No obstante, una influencia cada vez mayor del derecho de los derechos humanos en el contenido del *ius in bello*, antiguamente considerado dominio reservado del DIH, no debería considerarse una amenaza, sino un contrapeso necesario de los actos más agresivos de ciertos Estados en respuesta a lo que ellos propugnan como nuevo paradigma jurídico en el mundo posterior al 11 de septiembre¹⁴⁵. La moderación no es señal de debilidad, sino de fortaleza. Con respecto a los drones, se dice que, antes del 11 de septiembre, la CIA se negaba a emplear el Predator para

141 M. Milanović, “When to kill and when to capture?,” en *EJIL Talk!*, 6 de mayo de 2011, disponible en: <http://www.ejiltalk.org/when-to-kill-and-when-to-capture/>.

142 Así, en el párr. 42 de su Opinión consultiva, la Corte se refirió a los “requisitos del derecho aplicable en los conflictos armados que comprenden, en particular, los principios y las normas del derecho humanitario”. En efecto, el derecho aplicable en los conflictos armados comprende, en particular, los principios y normas del derecho humanitario, pero no es tan limitado, ya que comprende elementos del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho (“humanitario”) del desarme. CIJ, *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, Opinión consultiva, 8 de julio de 1996, párr. 42.

143 Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl, N. P. Engel, 1993, p. 111. V. también N. Melzer, nota 11 *supra*, p. 93.

144 N. Lubell, nota 23 *supra*, p. 242.

145 Otra forma de interpretar la actitud de los Estados tras los ataques del 11 de septiembre es aplicar las normas del DIH a situaciones en las que deberían regir los derechos humanos aplicables a las operaciones de mantenimiento del orden.

otra cosa que no fuera la vigilancia. Según informes, la semana previa a los ataques de Al Qaeda contra Estados Unidos, el entonces director de la CIA, George Tenet, comentó, refiriéndose a los drones, que sería “un error tremendo” que el “director de la CIA disparase un arma como esa”¹⁴⁶. ¡Qué profética resultó esa declaración!

Conclusión

Los drones pueden facilitar que los Estados efectúen asesinatos selectivos eficientes, a un costo relativamente bajo y con un riesgo mínimo. En la causa del *Canal de Corfú*¹⁴⁷, la CIJ declaró que:

El supuesto derecho de intervención como manifestación de una política de fuerza, como el que originó, en el pasado, los abusos más graves no puede, cualesquiera sean los defectos actuales de la organización internacional, ser admitido por el derecho internacional. Tal vez la intervención sea menos admisible aún en la forma particular que adoptaría en este caso; ya que, por la naturaleza de las cosas, estaría reservada a los Estados más poderosos y podría fácilmente pervertir la administración de la propia justicia internacional¹⁴⁸.

En demasiados casos, los asesinatos selectivos de los Estados, ya sea con drones u otros medios, se asemejan a tachar nombres de una lista de asesinatos por encargo de la mafia. De hecho, según Melzer: “En el análisis final, [...] medidos por las normas morales comunes a la mayoría de las sociedades, incluso los asesinatos selectivos realizados en el marco del ordenamiento jurídico actual suelen tener rasgos que se asocian con más facilidad con la conducta criminal que con políticas gubernamentales aceptables”¹⁴⁹. Y citando a un exabogado de la CIA: “Es preciso controlar minuciosamente la facultad de asesinar del gobierno: de lo contrario, podría convertirse en una tiranía peor que el terrorismo”¹⁵⁰.

146 Daniel Benjamin y Steven Simon, *The Age of Sacred Terror*, New York, Random House, 2002, p. 345.

147 La causa del *Canal de Corfú* se relacionaba con dos buques de la Marina Real británica que, en el Estrecho de Corfú, colisionaron con minas marinas cuya explosión dejó un saldo de 45 oficiales y marinos británicos muertos y 42 heridos, y las operaciones posteriores de remoción de minas por la Marina Real en el Estrecho, pero en aguas territoriales de Albania. La CIJ responsabilizó a Albania por las explosiones y concedió indemnización por daños al Reino Unido, pero determinó que las operaciones de remoción habían violado la soberanía de Albania.

148 CIJ, *Caso del Canal de Corfú (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. Albania)*, (Méritos), fallo del 9 de abril de 1949, p. 35.

149 N. Melzer, nota 11 *supra*, p. 435.

150 A. J. Radsan, nota 19 *supra*, p. 8. En un estudio realizado en 2011 por el Ministerio de Defensa del Reino Unido se afirma que: “Es esencial que, antes de que los sistemas no tripulados se vuelvan omnipresentes (en caso de que no sea ya demasiado tarde) examinemos esta cuestión y nos aseguremos de que, eliminando algunos de los horrores o al menos manteniéndolos a distancia, no corramos el riesgo de perder nuestra humanidad controlante y de ese modo aumentemos las probabilidades de entrar en guerra”. *The UK Approach to Unmanned Aircraft Systems*, Development, Concepts and Doctrine Centre, Nota de doctrina conjunta 2/11, Ministerio de Defensa, 2011, pp. 5-9. V. también Richard Norton-Taylor y Rob Evans, “The terminators: drone strikes prompt MoD to ponder ethics of killer robots”, en *The Guardian*, 17 de abril de 2011, disponible en: <http://www.guardian.co.uk/world/2011/apr/17/terminators-drone-strikes-mod-ethics>.

Ese control entraña la responsabilidad jurídica internacional por los ataques ilícitos con drones, tanto a nivel del Estado como del individuo. Pero, ¿a quién hacer penalmente responsable cuando se asesina a personas civiles en violación de las normas de distinción o proporcionalidad del DIH o en violación de los derechos humanos fundamentales? ¿Al operador del dron? ¿A los “observadores” en el terreno (si los había)? ¿A quienes determinan que el blanco es un objetivo militar (que pueden ser informantes pagados)? ¿Al abogado que autoriza el ataque? ¿A todos los anteriores? Si el ataque es ilícito, ¿podría tratarse de un caso de empresa criminal conjunta en el marco del derecho penal internacional o de que uno o más de los actores mencionados haya apoyado o instigado un crimen internacional?

Más preocupante aún es la perspectiva de que, en el futuro, existan drones totalmente autónomos que decidan los blancos sobre la base de una serie de vectores programados, posiblemente sin ningún control humano¹⁵¹. Entonces, ¿quién se hace responsable? ¿El fabricante del dron? ¿El creador del programa informático? Por el momento, hay muchas más preguntas que respuestas.

Por otra parte, es sólo cuestión de tiempo antes de que los grupos armados no estatales desarrollen o adquieran tecnología relativa a los drones¹⁵² (o pirateen la operación de un dron controlado por un Estado y asuman el control)¹⁵³. Esos grupos, ¿no buscarán activamente igualar los recursos de ambos bandos en lo que a asesinatos se refiere? Como advirtió en 2011 un investigador principal del Brookings Institute:

151 Según un informe de 2010 de la Fuerza Aérea de Estados Unidos: “El uso militar de vehículos dirigidos por control remoto ha aumentado con rapidez y las fuerzas de todo el mundo estudian usos cada vez más amplios para ellos, entre otros, la vigilancia, el ataque, la guerra electrónica, etc. Incluirán sistemas de ala fija y rotatoria, dirigibles, aeronaves híbridas y otros sistemas. Tendrán capacidades cada vez más autónomas que permitirán a los pilotos remotos declarar la intención general de su misión, pero permitirán que estos sistemas se adapten de forma autónoma al medio ambiente local para cumplir los objetivos de la mejor manera [...] Aunque los seres humanos mantendrán el control sobre las decisiones de ataque en el futuro previsible, las tecnologías avanzadas posibilitarán niveles mucho mayores de autonomía. Estas, a su vez, podrán usarse con confianza a medida que se desarrollen métodos de verificación y validación apropiados junto con normas técnicas que permitan su uso para certificar esos sistemas sumamente autónomos”. Científico principal de la Fuerza Aérea de Estados Unidos, “Report on technology horizons, a vision for Air Force science & technology during 2010–2030”, Doc. AF/ST-TR-10-01-PR, Vol. I, mayo de 2010, pp. 24, 42. V. también Tom Malinowski, Human Rights Watch, “A dangerous future of killer robots”, en *Washington Post*, 22 de noviembre de 2012, disponible en: <http://www.hrw.org/news/2012/11/22/dangerous-future-killer-robots>.

152 En octubre de 2012, el líder de Hezbollah afirmó que su grupo era responsable del lanzamiento de un dron que las Fuerzas de Defensa de Israel derribaron cuando el aparato sobrevolaba su territorio, el 6 de octubre. El jeque Hassan Nasrallah afirmó que el dron había sido fabricado en Irán y había volado sobre “lugares delicados” de Israel. BBC, “Hezbollah admits launching drone over Israel”, 11 de octubre de 2012, available at: <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-19914441>.

153 En junio de 2012, unos investigadores de Estados Unidos tomaron el control de un dron “pirateando” su sistema GPS, para ganar una apuesta de 1.000 dólares (640 libras) propuesta por el Departamento de Seguridad Interior de Estados Unidos. Un equipo de la Universidad de Texas en Austin se valió de la técnica denominada “spoofing” o interferencia por simulación de señales, por la cual el dron confunde la señal de los piratas con la enviada por el GPS satelital. Es posible que se haya empleado el mismo método para derribar un dron estadounidense en Irán en 2011. “Researchers use spoofing to ‘hack’ into a flying drone”, en BBC, 29 de junio de 2012, disponible en: <http://www.bbc.com/news/technology-18643134>.

Crear que los drones seguirán perteneciendo exclusivamente a naciones responsables es hacer caso omiso de la larga historia de la tecnología armamentística. Es solo cuestión de tiempo antes de que los grupos renegados o los países hostiles a Estados Unidos puedan construir o adquirir sus propios drones y utilizarlos para lanzar ataques en nuestro suelo o contra nuestros soldados destacados en el extranjero¹⁵⁴.

Se abrió la caja de Pandora, pero sin duda quedan otras sorpresas más desagradables por salir.

154 John Villasenor, "Cyber-physical attacks and drone strikes: the next homeland security threat", *The Brookings Institution*, 5 de julio de 2011, disponible en: http://www.brookings.edu/papers/2011/0705_drones_villasenor.aspx.