

# La noción de “actos perjudiciales para el enemigo” en el derecho internacional humanitario

**Robert Kolb y Fumiko Nakashima\***

Robert Kolb es profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad de Ginebra.

Fumiko Nakashima se desempeña como delegada de Protección en el Comité Internacional de la Cruz Roja.

## Resumen

*En este artículo, se hace un análisis jurídico de la noción poco explorada de “actos perjudiciales para el enemigo” en el derecho internacional humanitario, que concilia la necesidad humanitaria de conferir protección especial a los servicios sanitarios (personal, unidades y medios de transporte sanitarios) para beneficio de los heridos y los enfermos con la necesidad militar de anularla cuando se cometen actos contrarios al principio de buena fe y con fines hostiles o con consecuencias dañinas para la parte adversaria. El significado de dicha noción queda claro, fundamentalmente, al investigar la legalidad de un ataque a servicios sanitarios en tierra por la parte en conflicto agraviada como consecuencia de actos perjudiciales. El artículo concluye con recomendaciones específicas sobre cómo interpretar el derecho que rige los ataques de ese tipo a un hospital, en principio considerados legítimos.*

**Palabras clave:** derecho internacional humanitario, actos perjudiciales para el enemigo, protección especial del personal y de los bienes sanitarios, protección general de los civiles y de los bienes de carácter civil, perfidia, acto de hostilidad, participación directa en las hostilidades, objetivos militares, proporcionalidad, precauciones.

\* Las opiniones expresadas en este artículo son de los autores y no necesariamente reflejan la posición del Comité Internacional de la Cruz Roja. Los autores desean expresar su gratitud a Chris Harland, Austin Shangraw y Rebecca Balis por sus observaciones y comentarios sobre versiones anteriores de este documento.

En los últimos tiempos –como se ha visto en el conflicto armado en Siria– se han producido numerosos ataques contra los hospitales y los establecimientos sanitarios<sup>1</sup>. Estos gozan de protección en virtud del derecho internacional humanitario (DIH), a menos que se utilicen para cometer “actos perjudiciales para el enemigo”<sup>2</sup>. Los beligerantes tienen la obligación de conferir la denominada “protección especial” al “personal, unidades y medios de transporte sanitarios”<sup>3</sup> debido a su función humanitaria, con el fin de garantizar la prestación de asistencia médica para los heridos, enfermos o náufragos en todas las circunstancias. La “protección especial” es una *lex specialis* (pero de carácter inderogable) con respecto a la denominada “protección general” de las personas civiles establecida en los artículos 48 y 51 del Protocolo adicional I a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (PA I), y de los bienes de carácter civil, conforme al artículo 52 2) del PA I, disposiciones a las que se suman las normas afines del derecho internacional consuetudinario. La protección general se pierde cuando un bien se transforma en un objetivo militar. Dicho en forma sencilla, eso sucede cuando un bien hace una contribución militar al enemigo, y su destrucción o neutralización brinda una ventaja militar al beligerante atacante. A la inversa, los bienes a los que se confiere protección especial normalmente se sitúan en un umbral superior respecto de la pérdida de protección. En el caso de los servicios sanitarios, ello ocurre cuando estos cometen actos perjudiciales para el enemigo y después de formulada una intimación que no ha surtido efectos.

Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977 no definen la noción de “actos perjudiciales para el enemigo”<sup>4</sup> ni las consecuencias

- 1 V., por ejemplo, la resolución 2286 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 3 de mayo de 2016; Médicos Sin Fronteras, *Initial MSF Internal Review: Attack on Kunduz Trauma Centre, Afghanistan*, Ginebra, 5 de noviembre de 2015. Un ejemplo más distante en el tiempo es el de la guerra italiana en Etiopía, en 1935: v. Marcel Junod, *Le troisième combattant*, Librairie Payot, Lausana, 1947, pp. 35 y ss.
- 2 V. I Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 75 UNTS 31 [UNTS: Serie de Tratados de las Naciones Unidas] (entrada en vigor: 21 de octubre de 1950) (CG I), art. 21; IV. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 75 UNTS 287 (entrada en vigor: 21 de octubre de 1950) (CG IV), art. 19 1); Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 1125 UNTS 3, 8 de junio de 1977 (entrada en vigor: 7 de diciembre de 1978) (PA I), art. 13 1); Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), 1125 UNTS 609, 8 de junio de 1977 (entrada en vigor: 7 de diciembre de 1978) (PA II), art. 11 2); Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Buenos Aires, 2007 (en adelante, Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR), normas 25, 28–29, disponible en: [https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc\\_003\\_pcustom.pdf](https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc_003_pcustom.pdf).
- 3 Para acceder a una definición de “servicio sanitario”, v. Pietro Verri, *Dictionary of the International Law of Armed Conflict*, CICR, Ginebra, 1992, p. 71.
- 4 CICR, *Comentario del Convenio de Ginebra I - Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña* [en prensa] (en adelante, Comentario del CG I, del CICR), art. 21, párr. 1840; Yves Sandoz, Christophe Swinarski y Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, CICR, Ginebra, 1987 (Comentario del PA I y del PA II, del CICR), PA I, art. 13, párr. 550.

exactas de la pérdida de la protección especial<sup>5</sup>. En este artículo, se pretende salvar este vacío parcialmente, mediante un análisis jurídico más pormenorizado de la noción de “actos perjudiciales para el enemigo” en relación con los servicios sanitarios<sup>6</sup> y sus relaciones precisas con otras nociones pertinentes del DIH<sup>7</sup>. El artículo se centrará en la guerra terrestre<sup>8</sup> y, más particularmente, en la legalidad de los ataques militares<sup>9</sup>, pero con exclusión de la captura lícita de miembros del personal de salud en el caso de que hayan cometido actos perjudiciales contra el enemigo. Esta última situación no es particularmente relevante para un análisis de los actos perjudiciales para el enemigo: el personal capturado conserva su estatuto jurídico<sup>10</sup> y se halla protegido por las normas relativas a la retención<sup>11</sup>. Lo que es específico de los actos perjudiciales para el enemigo es que, en algunas circunstancias, el beligerante adverso tiene permitido atacar una unidad sanitaria. Esta es la perspectiva que ha dado forma a la noción de “actos perjudiciales para el enemigo”, y es desde este punto de vista que se la debe analizar y estudiar. Este es, pues, el punto de partida del presente artículo.

Antes de profundizar en el tema, se examinan algunas definiciones preliminares de las nociones relevantes, en particular, “protección especial”, “personal sanitario” y “unidades y medios de transporte sanitarios”. Sigue un análisis de las condiciones que dan lugar a la pérdida de la protección especial. Luego, se analiza la noción de los actos perjudiciales para el enemigo a la luz de la historia de su negociación y de su relación con otros conceptos del DIH, como “perfidia”, “participación directa en las hostilidades” y “objetivo militar”.

- 5 CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, informe preparado para la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 8–10 de diciembre de 2015.
- 6 Se excluye el análisis del mismo término en relación con las organizaciones de defensa civil previstas en el art. 65 I) del PA I.
- 7 El presente artículo se centrará en el DIH. Para consultar una perspectiva doble de la protección de los servicios sanitarios, en la que confluyen el DIH y el derecho internacional de los derechos humanos, v. Alexander Breitegger, “Marco jurídico aplicable a la inseguridad y la violencia que afectan la prestación de asistencia de salud en conflictos armados y otras situaciones de emergencia”, *International Review of the Red Cross*, n.º 889, 2013. En este contexto, el DIH es, en gran parte, la *lex specialis*, lo cual supone la aplicación del paradigma de la conducción de hostilidades: cf. *ibíd.*, p. 91.
- 8 V. CICR, *Commentary on the Second Geneva Convention: Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, 2.ª ed., Ginebra, 2017 (en adelante, Comentario del CG II, del CICR), art. 36, párr. 2481. Según el comentario del CICR, es más pertinente analizar la noción de los actos perjudiciales para el enemigo en el contexto de la guerra terrestre que de la guerra en el mar. El personal de los barcos hospitales es “parte integrante de la plataforma protegida” y la comisión de esos actos acarrea consecuencias relativamente menores.
- 9 La definición de “ataque” figura en el art. 49 del PA I: “Se entiende por ataques los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos”.
- 10 Para acceder a un análisis de opiniones divergentes, v. Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 24, párr. 2010; Marco Sassòli, “When Do Medical and Religious Personnel Lose What Protection?”, en *Vulnerabilities in Armed Conflicts: Selected Issues*, Actas del XIV Coloquio de Brujas, 17–18 de octubre de 2013, pp. 55–57; Tom Haeck, “Loss of Protection”, en Andrew Clapham, Paola Gaeta y Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 848–849.
- 11 CG I, arts. 28–32. Cf. II Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 75 UNTS 85 (entrada en vigor: 21 de octubre de 1950) (CG II), art. 37.

Utilizando los resultados de dichos análisis, se estudian los efectos de la pérdida de la protección especial causada por la comisión de actos perjudiciales para el enemigo y por la omisión de responder a una intimación. Por último, se presentan recomendaciones específicas acerca de cómo interpretar las normas que rigen los ataques en principio considerados legítimos cuando se dirigen contra un hospital.

## Protección especial

El personal, las unidades y los medios de transporte sanitarios, así como los heridos y enfermos, gozan de protección contra los ataques directos tanto en los conflictos armados internacionales (CAI) como en los conflictos armados no internacionales (CANI). Esta protección especial es otorgada por una serie de normas específicas del DIH<sup>12</sup>. Inicialmente, el DIH solo protegía a los combatientes “heridos y enfermos”<sup>13</sup>; hoy, esa noción incluye a las personas civiles. En efecto, el PA I estableció un régimen de protección uniforme<sup>14</sup>. En el DIH, para que una persona sea considerada un herido o enfermo se deben cumplir dos criterios acumulativos: 1) la persona debe necesitar atención médica; y 2) él o ella deben abstenerse de todo acto de hostilidad<sup>15</sup>. Por consiguiente, las personas heridas o enfermas que cometen un “acto de hostilidad”<sup>16</sup> (ese acto se definirá más adelante) no reúnen las condiciones que exige el DIH y no se benefician del régimen de protección conferido a esta categoría de personas<sup>17</sup>. Por ende, el estatuto jurídico de herido o enfermo depende tanto de la conducta efectiva de la persona como de su estado de salud. Esta definición binaria es relevante tanto para el caso de los CAI como de los CANI<sup>18</sup>.

La noción de “personal sanitario” también se amplió, para abarcar tanto al personal militar como a las personas civiles<sup>19</sup>. Conforme al DIH contemporáneo, la definición, que se basa en los artículos 24 a 26 del I Convenio de Ginebra (CG I) y en el artículo 20 del IV Convenio de Ginebra (CG IV), fue codificada en el artículo 8 c) del PA I. Para ser considerado como tal, el personal sanitario también debe satisfacer dos criterios acumulativos: 1) debe haber sido destinado a las tareas médicas por una parte en el conflicto y estar bajo el control de esta<sup>20</sup>; y 2) su misión, sea de carácter temporal o permanente, debe ser de carácter exclusivo, esto es, debe limitarse a “la búsqueda, la recogida, el transporte, el diagnóstico o el tratamiento, incluidos los primeros

12 Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, nota 2 *supra*, normas 25–26, 28–30, 109–111, y las normas allí mencionadas.

13 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 12, párr. 1321.

14 PA I, art. 8 a). V. también Comentario del PA I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 8 a), párr. 304; Jann K. Kleffner, “Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked”, en Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 323–324.

15 PA I, art. 8 a). V. también Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 3 común, párr. 737, y art. 12, párr. 1341.

16 El DIH no define claramente el término “acto de hostilidad”. V. J. K. Kleffner, nota 14 *supra*, p. 324.

17 Comentario del PA I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 8, párr. 306.

18 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, artículo 3 común, párr. 738.

19 J. K. Kleffner, nota 14 *supra*, pp. 338–339.

20 Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, nota 2 *supra*, comentario sobre la norma 25.

auxilios, de los heridos, los enfermos y los náufragos, así como a la prevención de enfermedades”<sup>21</sup> durante todo el período en que la persona esté adscrita a las tareas médicas. Esta definición se considera aplicable tanto en los CAI como en los CANI<sup>22</sup>, con sujeción a las diferencias ocasionadas por la presencia de grupos armados no estatales. Cuando el personal sanitario civil no reúne las condiciones indicadas, puede seguir gozando de protección contra los ataques en virtud de la protección general conferida a las personas civiles<sup>23</sup>.

Los bienes protegidos son, en primer lugar, las “unidades y los medios de transporte sanitarios”, concepto que, nuevamente, abarca a las unidades y medios de transporte tanto militares como civiles<sup>24</sup>. La protección especial se limita a las unidades y medios de transporte sanitarios destinados a usos sanitarios por una de las partes en el conflicto. Las unidades o medios de transporte no autorizados reciben la protección establecida en las normas relativas a la protección de bienes de carácter civil (protección general). Aquí también, se considera que esas normas son aplicables tanto en los CAI como en los CANI<sup>25</sup>. Los bienes sanitarios militares y civiles también gozan de la protección conferida a los bienes de carácter civil (PA I, artículo 52)<sup>26</sup>. Los bienes de carácter civil se definen de forma negativa como “todos los bienes que no son objetivos militares”<sup>27</sup>. Este es, manifiestamente, el caso de las unidades y medios de transporte tanto militares como civiles.

La noción de la protección especial conlleva la obligación sustantiva de “respetar y proteger”. Este término se introdujo por primera vez en el derecho de los tratados a través del Convenio de Ginebra de 1906<sup>28</sup>, que rige la guerra terrestre para salvaguardar la inmunidad, la inviolabilidad y la neutralidad conferidas a las ambulancias, al personal sanitario y, por inferencia, a los heridos y enfermos. La obligación de respetar conlleva una serie de obligaciones de carácter negativo, en especial la obligación de abstenerse de atacar a las personas protegidas. La obligación de proteger implica una serie de obligaciones de carácter positivo, entre ellas, adoptar medidas en beneficio de las personas protegidas<sup>29</sup>. Esta doble obligación se aplica tanto en las relaciones entre una parte en el conflicto y las personas protegidas del enemigo como en las relaciones con las personas pertenecientes a sus propias fuerzas armadas<sup>30</sup>. La protección especial de las personas o unidades

21 *Ibíd.*, p. 81.

22 Comentario del PA II, del CICR, nota 4 *supra*, art. 9, párr. 4663.

23 PA I, arts. 48, 51; PA II, art. 13; Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, nota 2 *supra*, norma 1.

24 Con respecto a las unidades: CG I, art. 19; CG IV, art. 18; PA I, art. 8 e). Con respecto a los medios de transporte: CG I, art. 35; CG IV, art. 21; PA I, art. 8 g).

25 Comentario del PA II, del CICR, nota 4 *supra*, art. 11, párrs. 4711–4712.

26 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 19, párr. 1794; Laurent Gisel, “Can the Incidental Killing of Military Doctors Never Be Excessive?”, *International Review of the Red Cross*, vol. 95, n.º 889, 2013, pp. 219–220.

27 Cf. Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, nota 2 *supra*, norma 9.

28 Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 202 CTS 144, 6 de julio de 1906 (entrada en vigor: 9 de agosto de 1907).

29 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 24, párr. 1984.

30 *Ibíd.*, párr. 1986.

se aplica “en todas las circunstancias”<sup>31</sup>, excepto cuando se cometen actos con fines hostiles o cuyos efectos perjudican a la parte adversa. La formulación indica que no se pueden invocar razones operacionales ni la necesidad militar, como tal, para justificar un incumplimiento<sup>32</sup>. La obligación existe independientemente de si el enemigo la respeta o no<sup>33</sup>; las represalias beligerantes contra las personas protegidas están prohibidas tanto en los CAI como en los CANI<sup>34</sup>.

El aspecto principal de la protección especial que es de interés para este artículo se relaciona con la prohibición de atacar a las personas y bienes protegidos. Esta obligación se refiere, en primer lugar, a los ataques directos contra dichas personas o bienes, pero aquí también se plantea la cuestión de si, al lanzar un ataque contra un objetivo militar, la norma de la proporcionalidad exige tener en cuenta los daños incidentales que sufrirían el personal y los establecimientos sanitarios *militares* (está claro que los daños incidentales al personal y a los bienes sanitarios *civiles* deben tenerse presentes). La respuesta a esta pregunta es objeto de controversia<sup>35</sup>. Para algunos, la restricción representada por la norma de la proporcionalidad es plenamente aplicable también en este contexto<sup>36</sup>. No existiría una razón aparente para limitar las obligaciones de la protección especial a los ataques directos y no extenderlas a la conducción de las hostilidades en general. Por otra parte, no sería correcto concluir que las personas especialmente protegidas deberían gozar de un nivel de protección inferior al que se confiere a los civiles comunes<sup>37</sup>. Lo que es más, la interpretación contraria obstaculizaría el cumplimiento de los fines de la protección especial: para prestar asistencia médica a los heridos y enfermos, el personal y los bienes asignados a esa tarea deben ubicarse en las inmediaciones del lugar donde se desarrollan las hostilidades, por lo cual resulta esencial mantener su protección contra los daños incidentales. Para otros autores, la obligación se aplica, pero la ecuación podría ser ligeramente más permisiva que la correspondiente a los daños incidentales causados a personas y bienes civiles,

31 Con respecto a los heridos y enfermos: CG I, art. 12 1); CG IV, art. 16 1); PA I, art. 10 1); PA II, art. 7 1). Con respecto al personal sanitario: CG I, arts. 24, 25; PA I, art. 15 1); PA II, art. 9; Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, nota 2 *supra*, norma 25. Con respecto a las unidades y medios de transporte sanitarios: CG I, arts. 19 1), 35; CG IV, arts. 18 1), 21; PA I, arts. 12 1), 21; PA II, art. 11 1); Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, nota 2 *supra*, normas 28–29.

32 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 24, párr. 1983; J. K. Kleffner, nota 14 *supra*, p. 326.

33 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, párr. 1994.

34 CG I, art. 46; CG II, art. 47; PA I, art. 20; Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, nota 2 *supra*, normas 146, 148.

35 Para acceder a una reseña bibliográfica reciente que ofrece una evaluación del derecho y de la práctica de los Estados en relación con esta cuestión y brinda nuevas aclaraciones respecto de las personas militares protegidas, v. Aurel Sari y Kieran Tinkler, “Collateral Damage and the Enemy”, *British Yearbook of International Law*, 2019.

36 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 19, párr. 1797, y art. 24, párr. 1987; Laurent Gisel, “Relevant Incidental Harm for the Proportionality Principle”, en *Urban Warfare*, Actas del XIV Coloquio de Brujas, 15–16 de octubre de 2015, pp. 121–123.

37 Esto no implica que el cálculo de la proporcionalidad confiera al personal sanitario, debido a su función humanitaria, un valor normativo más elevado en comparación con las vidas de las personas civiles. V., por ejemplo, Laurent Gisel (ed.), *The Principle of Proportionality in the Rules Governing the Conduct of Hostilities under International Humanitarian Law*, Informe de la Reunión de Expertos Internacionales, Quebec, 22–23 de junio de 2016, CICR y Université Laval, 2018, pp. 61, 63.

debido a la índole militar del personal y de los bienes en juego, sobre todo en medio de operaciones de combate<sup>38</sup>. Por último, hay autores que niegan que el requisito de la proporcionalidad se aplique al personal y a los bienes sanitarios militares o a los heridos y enfermos militares, con el argumento de que esas personas siguen siendo combatientes<sup>39</sup>.

La primera opinión o la segunda son las mejores: no hay motivos para considerar que las personas protegidas, incluidas las que se hallan fuera de combate, están menos protegidas que los civiles. Por el contrario, el DIH establece la obligación de no atacar a esas personas<sup>40</sup>, a pesar de su estatuto de combatientes. Cuando se estipula esa obligación contra los ataques directos, debe considerarse, *a fortiori*, que la obligación menor de no excederse en los daños incidentales contra dichas personas está contenida en la norma principal que prohíbe los ataques (esto es, la protección especial), tanto más teniendo en cuenta que el principio de la precaución en el ataque (consagrado en el artículo 57 del PA I) se aplica indiscutiblemente a esas personas y bienes<sup>41</sup>. La obligación de la precaución exige que el beligerante adopte medidas para reducir al mínimo los daños incidentales. Algunas disposiciones del artículo 57 del PA I incluso se refieren explícitamente a la protección especial, particularmente en los párrafos 2) a) i) y 2) b), si bien esa referencia no aparece en los párrafos que tratan cuestiones relativas a la proporcionalidad<sup>42</sup>.

Pasemos ahora a la relación entre la protección especial, uno de cuyos componentes es la protección contra los ataques directos, y la protección general. ¿Cuál es la diferencia jurídica entre la protección contra los ataques en el marco de la protección especial y de la protección general (como la que se aplica a los bienes de carácter civil)? El primer aspecto que cabe destacar es que, desde el punto de vista técnico, la protección especial no supone dejar sin efecto la protección general<sup>43</sup>. Tanto las unidades sanitarias como las civiles son, a la vez, bienes de carácter civil según la definición del artículo 52 del PA I, y bienes especialmente protegidos

38 Robert Kolb, *Advanced Introduction to International Humanitarian Law*, Edward Elgar, Cheltenham y Northampton, MA, 2014, pp. 174–175; Jann K. Kleffner, “Military Collaterals and Jus in Bello Proportionality”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 48, 2018, pp. 49–50. V. también Geoffrey Corn y Andrew Culliver, “Wounded Combatants, Military Medical Personnel, and the Dilemma of Collateral Risk”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 45, n.º 3, 2017, pp. 455 y ss. En este último artículo, los autores concluyen que la Cláusula de Martens brinda una base para que los beligerantes consideren la aplicación limitada de la obligación de proporcionalidad a las personas militares y a los bienes sanitarios militares protegidos, siempre que las operaciones lo permitan.

39 Ian Henderson, *The Contemporary Law of Targeting: Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I*, Martinus Nijhoff, Leiden y Boston, MA, 2009, pp. 195–196, 206–207.

40 Por ejemplo, PA I, arts. 41–42.

41 A. Breitegger, nota 7 *supra*, p. 108.

42 J. K. Kleffner, nota 38 *supra*, pp. 53–58. Kleffner afirma que la categoría de las personas protegidas se debe tratar de igual modo tanto bajo las normas que rigen las precauciones y como bajo las que rigen la proporcionalidad, ya que son conceptos interrelacionados, que descansan en los principios fundamentales de las disposiciones jurídicas sobre la selección de objetivos.

43 Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 3.ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 187, 201; Nils Melzer, *International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction*, CICR, Ginebra, 2016, pp. 135, 145.

conforme a las disposiciones relevantes del DIH. Hay dos capas de protección que se suman: si, por alguna razón, una protección desaparece, por ejemplo, porque una unidad sanitaria se ha convertido en un objetivo militar, lo cual elimina la protección general, sigue vigente la capa de la protección especial, que tiene sus propias condiciones para que se produzca la pérdida de inmunidad contra los ataques (este aspecto se explicará más adelante). A la inversa, si un bien sanitario pierde su protección especial porque se usa para cometer actos perjudiciales para el enemigo, puede seguir siendo un bien de carácter civil que goza de la protección general contra los ataques, a menos que su uso en actos perjudiciales para el enemigo lo transforme en un objetivo militar. Por lo tanto, no se trata de un caso de *lex specialis derogat legi generali*; más bien, sería un caso de *lex specialis "completat" legi generali*.

El segundo aspecto importante es que la protección especial es algo más estricta que la protección general. Para perder la protección general, la contribución militar y la ventaja militar en la destrucción o neutralización (bienes) o la participación directa en las hostilidades (personas) son elementos suficientes; para perder la protección especial, en principio, antes de lanzar un ataque contra los servicios sanitarios que se han convertido en objetivos militares, es necesario dar una intimación previa, fijando un plazo razonable para que sea observada, siempre que sea posible, y es preciso cerciorarse de que la intimación no ha surtido efectos. Se debe tener en cuenta que, para permitir un ataque, los servicios sanitarios *deben* haberse convertido en objetivos militares en virtud del artículo 52 2) del PA I; no es suficiente con que cometan cualquier tipo de acto perjudicial para el enemigo. Para lanzar un ataque, la norma jurídica que se debe aplicar proviene del régimen de la protección general y no, del régimen de protección especial. Si se cometen actos perjudiciales para el enemigo, es posible responder de diferentes formas, por ejemplo, capturar una unidad sanitaria que haya cometido esos actos; pero si el propósito es llevar a cabo un ataque, el bien que se ataca, en cualquier caso, debe ser un objetivo militar. Esto es así porque el artículo 52 2) del PA I indica en forma taxativa cuándo está permitido atacar un bien. A estas condiciones impuestas por la protección general, se deben sumar las establecidas por la protección especial (intimación, etc.). Por el momento, se puede concluir que las normas que confieren protección especial fijan un umbral más elevado para la pérdida de protección contra los ataques de aquellas personas y bienes que se hallan bajo protección especial, en comparación con las personas y bienes amparados por la protección general. Ahora, profundizaremos el análisis de las condiciones que se han de cumplir para que se produzca la pérdida de la protección especial.

## **Pérdida de la protección especial**

La protección especial conferida a los servicios sanitarios es "fundamental pero no absoluta"<sup>44</sup>. El DIH toma en cuenta el hecho de que las partes en un conflicto pueden verse tentadas a abusar de su estatuto especial y cometer actos perjudiciales

44 Elżbieta Mikos-Skuza, "Hospitals", en A. Clapham, P. Gaeta y M. Sassòli (eds.), nota 10 *supra*, p. 218.

para el enemigo<sup>45</sup>. A modo de ejemplo, “[d]urante la Segunda Guerra Mundial, los miembros del personal sanitario en los territorios ocupados a veces escondían a los combatientes en los hospitales y los ayudaban a realizar misiones militares, como actividades de inteligencia y sabotajes”<sup>46</sup>. Estas conductas pueden dar lugar a la pérdida de la protección especial de esos miembros del personal sanitario y de esos hospitales. Esa pérdida se considera una “excepción”<sup>47</sup> vinculada con la condición contenida en la definición del personal sanitario, el cual, para ser “respetado y protegido” debe estar “*exclusivamente* destinado” a tareas médicas<sup>48</sup>. ¿Cuáles son las condiciones exactas que deben concurrir para que tenga lugar la pérdida de la protección especial?

### Primera condición: actos perjudiciales para el enemigo cometidos al margen de la función humanitaria

La primera condición es que los servicios sanitarios cometan actos perjudiciales para el enemigo<sup>49</sup> al margen de su función humanitaria<sup>50</sup>. En el caso de los CAI, el artículo 21 del CG I prevé la pérdida de protección de los establecimientos y unidades sanitarios militares; el artículo 19 1) del CG IV, de los hospitales civiles; el artículo 13 1) del PA I, de las unidades sanitarias civiles; y el artículo 21 del PA I, de los vehículos sanitarios civiles<sup>51</sup>. La frase “función humanitaria” adoptada en los Protocolos adicionales reemplaza el término “tareas humanitarias” utilizado en los Convenios de Ginebra<sup>52</sup>. En el caso de los CANI, el artículo 11 2) del Protocolo adicional II (PA II) prevé la pérdida de protección de las unidades y medios de transporte sanitarios. Aquí, la frase “actos perjudiciales para el enemigo” es reemplazada por “actos hostiles”. El significado de ambos términos (“actos perjudiciales para el enemigo” y “actos hostiles”) es esencialmente el mismo<sup>53</sup>. La pérdida de la protección especial del personal sanitario no se

45 Ibid.

46 Jean Pictet, “The Medical Profession and International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 25, n.º 247, 1985, pp. 198–199. Para acceder a ejemplos más recientes, v. Leonard S. Rubenstein y Melanie D. Bittle, “Responsibility for Protection of Medical Workers and Facilities in Armed Conflict”, *The Lancet*, vol. 375, 2010, pp. 334–336. En este artículo, se analizan los ataques contra personas heridas y enfermas y contra el personal, los establecimientos o los medios de transporte sanitarios, y el uso indebido de las instalaciones o de los emblemas sanitarios. El artículo hace referencia a incidentes denunciados en los conflictos armados en El Salvador, Filipinas, ex Yugoslavia, Ruanda y el Territorio Palestino Ocupado, entre otros, desde 1989 hasta 2008.

47 Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, nota 2 *supra*, comentarios sobre las normas 25, 28 y 29.

48 Ibid., comentario sobre la norma 25.

49 La noción de actos perjudiciales para el enemigo requiere un análisis jurídico minucioso, que se presentará más adelante, en una sección separada.

50 Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, nota 2 *supra*, normas 25, 28–29; Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 21, párr. 1844.

51 Cf. CG II, art. 34 1), con respecto a los barcos hospitales.

52 Comentario del PA II, del CICR, nota 4 *supra*, art. 11, párr. 4724. Este cambio es una cuestión de redacción.

53 Ibid., párrs. 4720–4721. El Comentario del CICR explica que el término “actos hostiles” se adoptó para el contexto de los CANI con el ánimo de “eliminar toda posibilidad de una interpretación que dé cualquier tipo de reconocimiento a la parte insurgente”.

menciona expresamente en el DIH. La normativa específicamente aplicable a la cesación de la protección especial de las unidades sanitarias “puede aplicarse, por analogía, al personal sanitario”<sup>54</sup>.

Tanto en el derecho de los tratados como en el derecho consuetudinario, las disposiciones que rigen las consecuencias de la comisión de actos perjudiciales para el enemigo por las unidades y los medios de transporte sanitarios y, por analogía, por el personal sanitario se refieren solamente a la “pérdida de protección”, y no, a la “pérdida de la protección especial”. A primera vista, cabe preguntarse qué implica realmente esta pérdida. ¿Significa que esos servicios sanitarios pierden el derecho a recibir determinado trato de la parte adversa, esto es, la obligación de proteger, pero no de respetar (pérdida parcial de la protección especial) o la obligación de proteger y respetar (pérdida completa de la protección especial)? ¿Conlleva la pérdida de protección contra los ataques directos? Considerar que la pérdida se limita a la obligación de proteger es una interpretación demasiado limitada. Esto no sería posible en la práctica, ya que “suele ser imposible separar con claridad la obligación de ‘respetar’ de la obligación de ‘proteger’”<sup>55</sup>. Considerar que la pérdida causa automáticamente la pérdida de protección contra los ataques directos es, por otro lado, una interpretación demasiado amplia. Los actos perjudiciales para el enemigo tienen formas múltiples y variadas y no todos ellos serían suficientemente graves como para causar tal pérdida<sup>56</sup>. Incluso cuando el personal sanitario y los bienes sanitarios de carácter civil pierden la protección especial, se debe tener presente que conservan su protección general, a menos que la comisión de actos perjudiciales para el enemigo convierta a la persona o al bien en un objetivo militar. Por consiguiente, no es válida la interpretación de que, al perder la protección especial, los servicios sanitarios se transforman automáticamente en objetivos lícitos. En resumen, la pérdida debería interpretarse como una pérdida de “protección especial” que abarca tanto la obligación de proteger como de respetar, pero con la advertencia de que no lleva inevitablemente a la pérdida de la protección contra ataques directos.

La noción de “al margen de su función humanitaria” no se halla definida en el DIH<sup>57</sup>, pero no da lugar a problemas de interpretación particulares, dado que las funciones de los servicios sanitarios están claramente determinadas<sup>58</sup>. Es, sencillamente, una definición negativa de la función de los servicios sanitarios establecida en el DIH. La prestación de servicios sanitarios que van más allá de esas tareas, según las circunstancias, podrían considerarse actos perjudiciales para el

54 Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, nota 2 *supra*, comentario sobre la norma 25.

55 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 24, párr. 1985.

56 En la siguiente sección, se analizarán algunos ejemplos de conductas que constituyen actos perjudiciales para el enemigo.

57 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 21, párr. 1840.

58 El personal, las unidades y los medios de transporte sanitarios deben ser destinados, por una parte en el conflicto, exclusivamente a los fines sanitarios que el DIH define en forma exhaustiva: la búsqueda, recogida, transporte, diagnóstico o tratamiento de los heridos, enfermos y náufragos, así como la prevención de las enfermedades. PA I, art. 8; Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, nota 2 *supra*, comentarios sobre las normas 25, 28 y 29. V. también M. Sassòli, nota 10 *supra*, p. 52.

enemigo cometidos al margen de su función humanitaria, lo que podría conllevar la pérdida de la protección especial<sup>59</sup>. Este entendimiento conduce a la interpretación según la cual “[a]un cuando parezca que un tipo particular de conducta constituye un ‘acto perjudicial para el enemigo’, esa conducta no dará lugar a la pérdida de la protección si cabe dentro de los deberes humanitarios”<sup>60</sup> de los servicios sanitarios. Obviamente, la atención médica de ejércitos o combatientes heridos y enfermos<sup>61</sup>, que “les permite regresar al campo de batalla”<sup>62</sup>, se considera una función humanitaria, al igual que la “asistencia con los aspectos de planificación de la salud de la operación militar y la participación en la transmisión de información sobre la salud de los pacientes enemigos, aunque, en algunas circunstancias, esa información puede tener valor militar”<sup>63</sup>. Otros escenarios fácticos de conductas que parecen actos perjudiciales para el enemigo, pero que se mantienen dentro de la función humanitaria incluyen, por ejemplo, “una unidad sanitaria móvil que accidentalmente sufre una avería mientras se traslada para desempeñar su función humanitaria y obstruye un cruce de caminos de importancia militar”<sup>64</sup>. Del mismo modo, “la presencia o las actividades de una unidad sanitaria podrían interferir con las operaciones tácticas”<sup>65</sup> debido a que la unidad se encuentra próxima al campo de batalla, a “sus luces nocturnas”<sup>66</sup> o al uso de aparatos de rayos X que emiten radiaciones que podrían interferir con las comunicaciones de las radios militares del enemigo<sup>67</sup>. Esas conductas son compatibles con la función humanitaria de los servicios sanitarios y no los privan de su protección especial<sup>68</sup>.

No obstante,

desde el punto de vista práctico, cuando se determina que un acto de ese tipo es perjudicial para el adversario, deberían adoptarse cuanto antes las medidas razonables para remediar el problema, a fin de evitar comprometer innecesariamente la seguridad de los heridos y enfermos al cuidado de las unidades sanitarias<sup>69</sup>.

Los actos perjudiciales para el enemigo deben cometerse al margen de la función humanitaria de los servicios sanitarios, pero eso no permite concluir

59 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 24, párr. 1978; Comentario del PA I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 8, párr. 353.

60 *Ibid.*, art. 21, párr. 1844.

61 CG I, art. 22 5); CG IV, art. 19 2); PA I, art. 13 2) d).

62 Y. Dinstein, nota 43 *supra*, p. 224.

63 Cf. Comentario del CG II, del CICR, 8 *supra*, art. 36, párr. 2485. Plausiblemente, esto se aplica, por razonamiento análogo, a los servicios sanitarios en tierra.

64 Comentario del PA I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 13, párr. 552.

65 Jean Pictet (ed.), *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Vol. 1: *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, CICR, Ginebra, 1952 (en adelante, Comentario del CG I, de Pictet), art. 21, p. 201.

66 *Ibid.*

67 *Ibid.*

68 Peter De Waard y John Tarrant, “Protection of Military Medical Personnel in Armed Conflicts”, *University of Western Australia Law Review*, vol. 35, 2010, p. 175.

69 *Ibid.*

que únicamente los actos cometidos deliberadamente para dañar al adversario constituyen actos perjudiciales para el enemigo. También se incluyen los actos que, en forma accidental, podrían tener efectos desfavorables para el enemigo (este aspecto se explicará más adelante).

## Segunda condición: intimación y plazo; la intimación no surte efectos

La segunda condición que se debe cumplir para que cese la protección especial se establece en las mismas disposiciones del derecho de los tratados que estipulan la primera. Sin embargo, la protección especial conferida a las unidades sanitarias “*puede cesar sólo después de una intimación dando, en todos los casos oportunos, un plazo razonable, y que no haya surtido efectos*”<sup>70</sup>. Por lo tanto, en primer lugar, se debe presentar una intimación<sup>71</sup>. La parte en el conflicto agravada debe informar al servicio sanitario que

este ha cometido o está cometiendo un acto que la perjudica, o que existen motivos razonables para sospechar que esos actos se han cometido o se están cometiendo, y que dicho servicio sanitario corre peligro de ser atacado o ser objeto de una medida represiva si no pone fin a la actividad en cuestión<sup>72</sup>.

El propósito de la intimación es permitir que quienes están cometiendo actos perjudiciales para el enemigo pongan fin a esos actos o al menos evacúen a los heridos o enfermos<sup>73</sup>. La hipótesis subyacente es que, normalmente, los servicios sanitarios no cometen actos perjudiciales y que, si los han cometido, esos actos quizá hayan sido causados por error o negligencia. En este sentido, el requisito de la intimación refleja el principio de necesidad como *ultima ratio*: si no se formula la intimación, no puede decirse que el ataque realmente era necesario para poner fin a los actos perjudiciales; una solicitud a tal efecto podría haber sido atendida. A la inversa, la ausencia de la intimación es una excepción “en circunstancias extremas de amenaza inmediata contra la vida de combatientes que avanzan, cuando está claro que la intimación no surtirá efecto”<sup>74</sup>. La normativa “no especifica el significado

70 CG I, art. 21 (el subrayado es nuestro). El mismo requisito, con ligeras modificaciones, se establece en el CG IV, art. 19 1); PA I, art. 13 1); PA II, art. 11 2). Cf. CG II, art. 34 1), para el caso de los barcos hospitales.

71 La obligación de dar aviso que se examina aquí es más estricta que la estipulada en el caso de la protección general, dispuesta en el art. 57 2) c) del PA I. En el contexto de la protección especial, no se puede lanzar un ataque sin dar aviso previo, excepto en situaciones extremas en las que es imposible presentarlo, por ejemplo, cuando el fuego entrante exige una respuesta inmediata debido a una necesidad militar imperiosa. En el contexto de la protección general, en principio, se deberá presentar la intimación a menos que las circunstancias no lo permitan (por ejemplo, en el caso de objetivos móviles).

72 Comentario del CG II, del CICR, nota 8 *supra*, art. 34, párr. 2381. Plausiblemente, esto se aplica, por razonamiento análogo, a los servicios sanitarios en tierra.

73 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 21, párr. 1849.

74 *Ibid.* V. también J. K. Kleffner, nota 14 *supra*, p. 338. Como ejemplo de una circunstancia en la cual la parte en el conflicto agravada puede responder al fuego de inmediato sin formular una advertencia, este artículo cita “un medio de transporte sanitario que se aproxima a un puesto de control al tiempo que dispara contra las personas apostadas en ese lugar”.

de ‘intimación’ ni la forma en que esta ha de adoptar”<sup>75</sup>. Cualquiera sea el método seleccionado, para lograr el propósito previsto la “intimación debe ser clara y específica, y debe mencionar el acto perjudicial que la unidad, el establecimiento o el personal están cometiendo”<sup>76</sup>.

En segundo lugar, se debe indicar un plazo razonable para que cesen los actos perjudiciales, siempre que sea factible. Sin embargo, a veces, no es posible demorar la respuesta. Un ejemplo que se cita a menudo es el de “un contingente militar que se acerca a un hospital” y “que es recibido con disparos a granel desde todas las ventanas”<sup>77</sup>; “[e]n ese caso, después de dar intimación, se podría devolver el fuego sin demora”<sup>78</sup>. Cuando corresponde fijar un plazo razonable, este “debe ser lo suficientemente extenso como para lograr el objetivo de la intimación”<sup>79</sup>, es decir, brindar a los encargados de los servicios sanitarios “el tiempo suficiente para responder a las acusaciones formuladas”<sup>80</sup>; “según las circunstancias, cambiar su actitud u ofrecer una explicación si se ha cometido un error”<sup>81</sup>; poner fin a los actos ilícitos<sup>82</sup>; o evacuar a los heridos y enfermos<sup>83</sup>.

Por último, la intimación debe haber sido desestimada. Cuando los servicios sanitarios desestiman la intimación formulada por la parte en el conflicto agravada –es decir, “cuando no se haya puesto fin al acto perjudicial para el enemigo”<sup>84</sup>–, las disposiciones pertinentes eximen a la parte agraviada de la obligación de respetar y proteger al servicio sanitario en cuestión. Nuevamente, se señala que la comisión de actos perjudiciales para el enemigo conlleva la pérdida de la protección especial, pero que, aun así, el lanzamiento de un ataque contra las unidades o medios de transporte sanitarios requiere que la parte agraviada satisfaga las condiciones estipuladas en el artículo 52 2) del PA I. Los ataques o las medidas represivas subsiguientes deberían inducir efectivamente a la parte adversa a respetar el derecho y deberían ser proporcionales al acto perjudicial cometido al que la parte agraviada desea poner fin. Esas medidas no pueden ser de carácter punitivo; meramente deben constituir medidas de protección. Las disposiciones no especifican las “medidas que la Parte

75 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 21, párr. 1850.

76 T. Haeck, nota 10 *supra*, p. 848. Haeck hace referencia al *Informe de la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto de Gaza*, documento de la ONU A/HRC/12/48, 25 de septiembre de 2009, párrs. 596–652. La Misión concluyó que los ataques de las fuerzas armadas israelíes contra los hospitales Al-Quds (que pertenece a la Media Luna Roja Palestina) y Al-Wafa constituyeron una violación del artículo 18 del CG IV, y que la ausencia de avisos concretos con antelación a esos ataques violó el artículo 19 del CG IV. *Ibid.*, párr. 646: “[El aviso] no era específico y no contenía indicaciones acerca de cuándo se realizaría el ataque ni de cuánto tiempo se disponía para evacuar el hospital”.

77 Comentario del CG I, de Pictet, nota 65 *supra*, art. 21, p. 202.

78 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 21, párr. 1851.

79 *Ibid.*, párr. 1852.

80 Comentario del PA I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 13, párr. 556.

81 Comentario del PA II, del CICR, nota 4 *supra*, art. 11, párr. 4727.

82 Comentario del PA I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 13, párr. 556; Comentario del PA II, del CICR, nota 4 *supra*, art. 11, párr. 4726.

83 Comentario del PA I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 13, párr. 556; Comentario del PA II, del CICR, nota 4 *supra*, art. 11, párr. 4727.

84 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 21, párr. 1853.

en conflicto agravada está autorizada a adoptar si la intimación no surte efectos”<sup>85</sup>; tampoco queda claro si la parte agravada puede adoptar algunas medidas que no lleguen a constituir un ataque incluso si la intimación ha surtido efectos<sup>86</sup>. Algunas de las medidas que podría adoptar la parte en el conflicto agravada y que no llegan a constituir un ataque son las operaciones de búsqueda o de captura de unidades y medios de transporte sanitarios, y el interrogatorio, el arresto o la detención del personal sanitario<sup>87</sup>. Aunque el DIH no prohíbe expresamente la aplicación de tales medidas a los servicios sanitarios, la forma de conducir esas operaciones se debería regular estrictamente, siempre que sea posible. Asimismo, se deberían elaborar medidas prácticas que permitan minimizar los efectos negativos de los conflictos armados en la prestación de servicios médicos<sup>88</sup>.

En resumen, los actos perjudiciales para el enemigo pueden acarrear consecuencias jurídicas incluso cuando la intimación ha surtido efectos<sup>89</sup>, lo cual constituye, en parte, una sanción causada por su actitud hostil. Pero, en tales casos, los ataques quedan excluidos, ya que solo deben efectuarse con fines de protección, y la necesidad de protección deja de existir una vez que la intimación ha surtido efectos. Cabe señalar también que, cuando las unidades y los medios de transporte han cesado de cometer actos perjudiciales para el enemigo, pierden en forma automática

85 Cf. Comentario del CG II, del CICR, nota 8 *supra*, art. 34, párr. 2383.

86 Cf. Por ejemplo, el art. 34 del CG II permite la captura de un barco hospital que ha cometido actos hostiles, incluso si el aviso ha surtido efectos; pero, en tal caso, el barco no puede ser atacado. Para más detalles, v. Comentario del CG II, del CICR, nota 8 *supra*, art. 34, párr. 2384; Louise Doswald-Beck (ed.), *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, párrs. 49–50.

87 V. CICR, *Promoción de prácticas operacionales militares que mejoren la seguridad del acceso a la asistencia de salud y de la prestación de servicios médicos*, CICR, Ginebra, 2014, p. 27.

88 *Ibid.*

89 La afirmación de que la parte en el conflicto agravada está autorizada a adoptar medidas represivas proporcionales, incluso cuando los avisos son acatados por el servicio sanitario que comete actos perjudiciales para el enemigo al margen de su función humanitaria, es una conclusión lógica. Consideremos el caso de una ambulancia que transporta combatientes heridos y enfermos y que, al mismo tiempo, reúne inteligencia en las proximidades de un puesto de control militar. La parte agravada presenta la intimación prevista en el derecho, advirtiendo a la ambulancia de que, si no pone fin de inmediato a ese acto perjudicial, será detenida y registrada. La ambulancia regresa apresuradamente a su estación. La semana siguiente, la ambulancia regresa y vuelve a cometer el mismo acto. Se plantean varias cuestiones. En primer lugar, ¿la ambulancia puede eludir las consecuencias del acto perjudicial cometido el primer día, ya que había acatado la advertencia de la parte agravada? Plausiblemente, el derecho no permite esa maniobra, especialmente si el acto perjudicial era de suma gravedad, por ejemplo, si la inteligencia obtenida era esencial para ejecutar una operación militar importante contra la parte agravada. En segundo lugar, cuando, a la semana siguiente, la ambulancia nuevamente comienza a recopilar inteligencia, ¿la parte agravada está obligada a dar un nuevo aviso? En caso afirmativo, y si la ambulancia acata la advertencia por segunda vez, ¿la parte agravada sigue bajo la obligación de otorgarle protección especial? En caso negativo, ¿la parte agravada está autorizada a adoptar de inmediato una medida represiva contra la ambulancia, sin darle la oportunidad de evacuar en forma segura a los heridos y enfermos que transporta? ¿La intimación de la semana anterior sigue siendo válida? ¿Qué sucede si al mes siguiente, o al año siguiente, ocurre un incidente similar? Los miembros de los batallones rotan, al igual que el personal sanitario, y las circunstancias de la guerra cambian incesantemente. ¿Es correcto que esos abusos no tengan consecuencias? Esta interpretación no solo no es razonable, sino que su aplicación práctica plantearía muchas dudas.

su estatuto de objetivo militar conforme al artículo 52 del PA I<sup>90</sup>. Ello es así porque, si no hay actos perjudiciales para el enemigo, obviamente no hay contribución a las operaciones militares, lo cual elimina uno de los elementos constitutivos de la definición de objetivo militar.

¿Qué sucede cuando la intimación surte efectos, pero solo en forma parcial? En tal caso, el ataque debe ser proporcional a los actos perjudiciales cometidos contra el enemigo, tomando en consideración el contexto concreto de las circunstancias, con inclusión de la respuesta (parcial) de los servicios sanitarios y el estado de los heridos y enfermos. En otras palabras, en este caso se requiere tener presente el contexto completo, visto a la luz de los principios de necesidad y proporcionalidad.

En el caso de los CANI, el *Manual de San Remo sobre el derecho aplicable a los conflictos armados no internacionales* confirma que “[s]e debe dar a la otra parte la oportunidad de respetar las normas, y solo se permite lanzar un ataque si está claro que la intimación no ha surtido efectos”<sup>91</sup>. Se ha planteado la cuestión de si el requisito de la intimación también existe en el derecho internacional consuetudinario en relación con los CANI. En sentido estricto, para el Estudio sobre el derecho consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), los requisitos de procedimiento relativos a la intimación no son obligatorios en un CANI para aquellos Estados que no han ratificado el PA II<sup>92</sup>. No obstante, cabe recordar que este estudio “no distinguió entre las dos categorías de conflicto armado no internacional [PA II y artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra] porque se había determinado que los Estados no aplicaban esa distinción en la práctica”<sup>93</sup>. Es posible que en el artículo 3 común, que refleja el derecho consuetudinario, se halle implícito algún tipo de obligación de formular intimaciones, aunque esto es incierto. El alcance del derecho internacional consuetudinario respecto de esta cuestión sigue siendo objeto de debate.

Por último, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) en el caso *Galić*<sup>94</sup> echa algo de luz sobre la obligación de dar aviso.

90 Para acceder a un análisis más matizado de un bien sanitario utilizado para cometer actos perjudiciales para el enemigo en relación con la definición de objetivo militar contenida en el art. 52 2) del PA I, v. la sección que sigue.

91 Michael N. Schmitt, Charles H.B. Garraway y Yoram Dinstein (eds.), *The San Remo Manual on the Law of Non-International Armed Conflict: With Commentary*, Instituto Internacional de Derecho Humanitario, San Remo, 2006, cap. 4.2.1.

92 Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, nota 2 *supra*, normas 25, 28–29. V., por ejemplo, Luisa Vierucci, “The Protection of Wounded and Sick in IAC and NIAC”, en Carl Marchand y Gian L. Beruto (eds.), *The Distinction between International and Non-International Armed Conflicts: Challenges for IHL? 38th Round Table on Current Issues of International Humanitarian Law (San Remo, 3rd–5th September 2015)*, Franco Angeli, Milán, 2016, p. 213: el hecho de que, en general, no se haya dado aviso antes de atacar instalaciones sanitarias en Siria no solo podría indicar la ausencia de una norma del DIH para el caso de los CANI, sino que también señala la falta de respeto del principio de precaución en general, puesto que la obligación de dar aviso es uno de los corolarios de este principio.

93 Jelena Pejic, “The Protective Scope of Common article 3: More Than Meets the Eye”, *International Review of the Red Cross*, vol. 93, n.º 881, 2011, p. 191.

94 TPIY, *Prosecutor v Stanislav Galić*, Caso n.º IT-98-29-A, Sentencia (Sala de Apelaciones), 30 de noviembre de 2006.

En este caso, se analizó la licitud de los bombardeos efectuados por un beligerante contra un hospital<sup>95</sup>. Al tiempo que seguía atendiendo a los heridos y enfermos, el hospital se había transformado en una “base militar”<sup>96</sup> desde la que el beligerante adverso disparaba contra el beligerante mencionado en primer término<sup>97</sup>. La Sala de Apelaciones afirmó que un hospital se transforma en un objetivo lícito cuando se lo utiliza para actos hostiles o perjudiciales al margen de su función humanitaria<sup>98</sup>. No obstante,

invocando las disposiciones relevantes del PA I (artículo 13 1)) y del PA II (artículo 11 2)), la Sala de Apelaciones impuso condiciones para la pérdida de protección, estableciendo la obligación de formular una advertencia antes de lanzar un ataque. En su opinión, la falta de un aviso debido, que incluya un plazo razonable para el cumplimiento, tornaría ilícito el ataque subsiguiente a pesar de que el bien protegido constituya un objetivo militar<sup>99</sup>.

## La noción de “actos perjudiciales para el enemigo”

### Historia de la negociación

El concepto de actos perjudiciales para el enemigo –aunque expresado de manera distinta– se introdujo por primera vez en el derecho de los tratados a través del artículo 7 del Convenio de Ginebra de 1906, el cual establecía que la protección de las formaciones y los establecimientos sanitarios cesaba si se utilizaban para cometer “actos injuriosos para el enemigo”<sup>100</sup>. Aún en 1949, el concepto de actos perjudiciales para el enemigo no se hallaba definido de manera significativa. Como se declaró en la Conferencia Diplomática de 1949:

El término *actos injuriosos* para el enemigo quizá no sea muy elegante. Procuramos encontrar un texto mejor, pero volvimos a la expresión tradicional... La expresión es, tal vez, algo elástica, pero nos parece clara. Abarca no solo los actos de guerra sino también cualquiera de las actividades que caracterizan a la acciones de los combatientes<sup>101</sup>.

El texto alternativo del CICR, que expresaba la misma idea para los actos perjudiciales para el enemigo y que fue acuñado durante los preparativos para la Conferencia Diplomática era el siguiente: “actos cuya finalidad o efecto es perjudicar a la Parte adversa facilitando o impidiendo las operaciones militares”<sup>102</sup>.

95 Ibid., párrs. 336–352.

96 Ibid., párr. 337.

97 Ibid., párrs. 338–339.

98 Ibid., párr. 340.

99 Iain Bonomy, *Principles of Distinction and Protection at the ICTY*, FICHL Occasional Paper Series, n.º 3, 2013, p. 21. V. también TPIY, *Galić*, nota 94 *supra*, párr. 344.

100 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 21, párr. 1838.

101 Acta final de la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1949, vol. II-A, pp. 818–819.

102 Comentario del CG I, de Pictet, nota 65 *supra*, art. 21, p. 200.

En 1985, Jean Pictet escribió que “[t]ales actos [actos perjudiciales para el enemigo] tienen la finalidad o el efecto de perjudicar a uno de los beligerantes favoreciendo u obstaculizando las operaciones militares”<sup>103</sup>. En el contexto del artículo 13 1) del PA I, el Comentario del CICR explica que “la definición de ‘perjudicial’ es muy amplia. Se refiere no solamente al daño directo infligido al enemigo, por ejemplo disparándole, sino también a los intentos por obstaculizar deliberadamente sus operaciones de cualquier manera”<sup>104</sup>.

## Conductas que constituyen actos perjudiciales para el enemigo

Los ejemplos de actos perjudiciales para el enemigo que dan lugar a la pérdida de la protección especial de las unidades sanitarias incluyen “disparar al enemigo por razones que no sean la defensa propia”<sup>105</sup>, “instalar una posición de disparo en un puesto sanitario”<sup>106</sup>, “el uso de un hospital como refugio para albergar a combatientes en buen estado de salud o a fugitivos o para almacenar armas o municiones, o emplearlo como puesto de observación militar”<sup>107</sup>, el uso de un hospital como “centro de enlace con tropas de combate”<sup>108</sup> y “situar una unidad sanitaria en las proximidades de un objetivo militar con la intención de protegerlo contra las operaciones militares del enemigo”<sup>109</sup>. Este último acto está expresamente prohibido conforme al artículo 12 4) del PA I. Algunos ejemplos de actos perjudiciales para el enemigo que dan lugar a la pérdida de la protección especial de los medios de transporte sanitario son los siguientes: “la utilización del vehículo como puesto de comando militar móvil o como base para lanzar ataques”<sup>110</sup> y “el transporte de tropas sanas, armas o municiones”<sup>111</sup>. Asimismo, los actos prohibidos para las aeronaves sanitarias conforme al artículo 28 1)–2) del PA I se aplican no solamente a las aeronaves sanitarias, sino también, por analogía, a las personas y bienes que gozan de protección especial<sup>112</sup>. Aunque la frase “actos perjudiciales para el enemigo” no se usa explícitamente, esas son formas análogas de uso indebido<sup>113</sup> con respecto al estatuto protegido de las aeronaves sanitarias<sup>114</sup>. Por ende, se pueden aplicar por razonamiento análogo a los servicios sanitarios en tierra. La aplicación análoga de esta norma a las unidades y medios de transporte

103 J. Pictet, nota 46 *supra*, p. 204.

104 Comentario del PA I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 13, párr. 551.

105 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 21, párr. 1842.

106 *Ibid.*

107 Comentario del CG I, de Pictet, nota 65 *supra*, art. 21, pp. 200–201.

108 Jean Pictet (ed.), *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949, vol. 4: Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, CICR, Ginebra, 1958, art. 19, p. 154.

109 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 21, párr. 1842.

110 *Ibid.*, art. 35, párr. 2389.

111 Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, nota 2 *supra*, comentario sobre la norma 29.

112 Comentario del PA I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 28, párr. 1052. V. también Vaios Koutroulis, “Loss of Protection of Medical Personnel in Armed Conflict”, en Odile Vandenbossche, Ware Vercamer y Arthur Fallas (eds.), “Report of the Flanders Fields Conference of Military Law and the Law of War”, *The Military Law and the Law of War Review*, vol. 55, n.º 2, 2016–17, p. 230.

113 *Ibid.*, párr. 1058.

114 *Ibid.*, párr. 1046.

sanitarios redundan en que esos servicios pierden su protección especial si se emplean para “intentar adquirir *cualquier* ventaja militar respecto de una parte adversa”, “intentar lograr que no se ataquen objetivos militares”, “recopilar o transmitir información de inteligencia” o “transportar personas o cargas no relacionadas con la función médica”<sup>115</sup>. Por último, algunos ejemplos de actos perjudiciales para el enemigo que producen la pérdida de la protección especial del personal sanitario son los siguientes: cuando dicho personal “toma las armas para fines ofensivos o para fines defensivos no reconocidos”<sup>116</sup>, “ayuda a operar un sistema de armas o a planificar una operación militar”, [transmite] información con valor militar<sup>117</sup>, o “ayuda a combatientes en buen estado de salud de su Estado a ocultarse por un tiempo en un hospital”<sup>118</sup>.

Pueden encontrarse algunos ejemplos recientes de actos perjudiciales para el enemigo en el informe del programa Asistencia de salud en peligro, del CICR<sup>119</sup>, en el que se señala que “los establecimientos de salud fueron ocupados y empleados para usos indebidos”<sup>120</sup>, como una de las conclusiones más importantes. El uso indebido incluye “todo uso para fines distintos de la función exclusiva de prestar asistencia de salud”<sup>121</sup>. Esta definición es más amplia que la de los actos perjudiciales para el enemigo, puesto que no todos los usos indebidos son perjudiciales desde el punto de vista militar. El informe del CICR documenta usos indebidos que adoptan diversas formas, entre otras, la ocupación militar o el establecimiento de bases militares en esas instalaciones, el uso de los servicios por un beligerante para refugiarse de los ataques del beligerante adverso (principalmente en un contexto identificado como una situación de hostilidades activas), la instalación de armas y el lanzamiento de ataques<sup>122</sup>. Estas conductas transforman a los establecimientos de salud en “objetos que cumplen fines militares”<sup>123</sup> y, por lo tanto, pueden considerarse actos perjudiciales para el enemigo. También se han documentado otras formas de uso indebido, como el acampe de personal militar en el establecimiento por un período limitado, custodiar el establecimiento para efectuar interrogatorios

115 Vaios Koutroulis, “Loss of Protection of Medical Personnel in Armed Conflict”, presentación no publicada, Conferencia Flanders Fields de Derecho Militar y Derecho de la Guerra, Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra, Ypres, 12–15 octubre de 2014, diapositiva 10 (la cursiva es nuestra), disponible en: <https://tinyurl.com/y9c9xf3w>.

116 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 24, párr. 2005. El personal sanitario puede estar equipado con armas ligeras individuales conforme a los artículos 22 1) del CG I y 13 2) a) del PA I, y tiene derecho a usar esas armas contra actos de violencia ilícitos para su defensa propia o la de los heridos y enfermos a su cargo. Esas conductas de los miembros del personal sanitario no constituyen actos perjudiciales para el enemigo y, en consecuencia, no los privan de su protección especial.

117 *Ibid.*, párr. 2000.

118 *Ibid.*

119 CICR, *Health Care in Danger: Violent Incidents Affecting the Delivery of Health Care, January 2012 to December 2014*, CICR, Ginebra, 2015. En este informe, se presenta un análisis relativo a 2.398 incidentes de violencia perpetrados contra la asistencia de salud en 11 países del mundo, en el contexto de conflictos armados y otras situaciones de emergencia, durante los tres años mencionados en el título.

120 *Ibid.*, p. 1.

121 *Ibid.*, p. 13, nota a pie de página 27.

122 *Ibid.*, p. 13.

123 CICR, nota 87 *supra*, p. 50.

e identificar a combatientes de la oposición, mantener rehenes y cometer malos tratos<sup>124</sup>. En estos casos, se deben evaluar otros hechos en el marco del contexto para establecer si las conductas en cuestión constituyen actos perjudiciales para el enemigo.

Otra cuestión, más complicada, se relaciona con situaciones en las que los heridos y enfermos son interrogados o torturados dentro de las unidades sanitarias. ¿Esas conductas constituirían actos perjudiciales para el enemigo? En caso afirmativo, ¿cuáles serían las consecuencias jurídicas? Durante la guerra de Irak, en 2003, se informó a los comandantes militares de Estados Unidos que “el interrogatorio de detenidos iraquíes y de prisioneros de guerra enemigos para obtener datos que exceden la información de identificación establecida por la ley, efectuado a bordo de los barcos hospitales estadounidenses durante el conflicto armado, puede privar a la nave de su estatuto protegido en virtud del II Convenio de Ginebra, artículo 22”<sup>125</sup>. El Comentario del CICR sobre el artículo 34 del II Convenio de Ginebra (II CG) adopta la posición de que “el interrogatorio de prisioneros de guerra enemigos a bordo de barcos hospitales, cuando su finalidad es adquirir información en exceso de la que están obligados a revelar conforme al artículo 17 del III Convenio de Ginebra”<sup>126</sup>, constituiría un acto perjudicial para el enemigo. Esta interpretación se aplicaría, por analogía, a las unidades sanitarias en tierra. En la misma línea, cuando los heridos y enfermos son sometidos a actos prohibidos, como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes, dentro de instalaciones sanitarias, es indudable que la situación también constituiría un acto perjudicial para el enemigo. En los casos de malos tratos, podrían aplicarse medidas represivas proporcionales, como el ingreso armado, la inspección o la captura, para responder a los actos perjudiciales contra el servicio sanitario en cuestión. Luego, la cuestión de si esas conductas perjudiciales justificarían un ataque directo contra el establecimiento sanitario estaría sujeta a las normas sobre la conducción de hostilidades. En virtud de esas normas, sumadas a la obligación general de proteger y respetar a los heridos y enfermos, en la mayoría de los casos el ataque sería ilícito.

Como se observa en los ejemplos citados, “la noción de actos perjudiciales para el enemigo, pese a expresarse en plural, presumiblemente se aplica a un acto singular”<sup>127</sup>. En efecto, no hay razón alguna para excluir los actos singulares del alcance de la excepción, tanto más porque un solo acto perjudicial para el enemigo puede ser sumamente grave. Los actos perjudiciales para el enemigo están restringidos a “conductas” específicas, es decir, “el comportamiento de una persona en un lugar particular o en una situación particular”<sup>128</sup> y, en principio, las

124 CICR, nota 119 *supra*, p. 13.

125 Gregory P. Noone *et al.*, “Prisoners of War in the 21st Century: Issues in Modern Warfare”, *Naval Law Review*, vol. 50, 2004, p. 39.

126 Comentario del CG II, del CICR, nota 8 *supra*, art. 34, párr. 2375.

127 Stuart Casey-Maslen, “The Status, Rights, and Obligations of Medical and Religious Personnel”, en A. Clapham, P. Gaeta y M. Sassòli (eds.), nota 10 *supra*, p. 816.

128 Albert S. Hornby (ed.), *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*, 7.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 316.

conductas específicas que son relevantes respecto de los actos perjudiciales para el enemigo no deben confundirse con las conductas que no lo son. De otro modo, el alcance de la pérdida de la protección especial podría extenderse inherentemente a personas o bienes que no se han utilizado para cometer actos perjudiciales para el enemigo. Asimismo, los actos perjudiciales para el enemigo implican el “uso para fines militares”. La idea de que los hospitales pierden la protección cuando se los emplea para fines militares se remonta al artículo 27 de la Convención de La Haya de 1907<sup>129</sup>. El derecho no entra en detalles acerca del grado de uso, la frecuencia o la gravedad; cualquier uso de los servicios sanitarios por una parte en el conflicto con fines militares puede ser considerado un acto perjudicial para el enemigo<sup>130</sup>, y no se requiere un umbral para juzgar su gravedad, ya sea en términos de volumen, duración o intensidad. Tampoco se requiere que el uso sea necesariamente continuo o regular; puede ser singular, esporádico o irregular. Podría decirse que el uso indirecto, el uso accidental o el intento de uso<sup>131</sup> también se encuentran incluidos<sup>132</sup>. A la inversa, hay también conductas que no constituyen actos perjudiciales para el enemigo. Algunos ejemplos de esos actos se encuentran codificados en el artículo 22 del CG I, para el caso de las unidades y establecimientos sanitarios militares; en el artículo 19 2) del CG IV, para el caso de los hospitales civiles; y en el artículo 13 2) del PA I, para el caso de las unidades sanitarias civiles<sup>133</sup>. El artículo 13 2) del PA I establece lo siguiente:

No se considerarán actos perjudiciales para el enemigo:

- a. que el personal de la unidad lleve armas individuales ligeras para su propia defensa o para la de los heridos y los enfermos a su cuidado;
- b. que la unidad esté custodiada por un piquete o por centinelas o por una escolta;
- c. que en la unidad se encuentren armas portátiles y municiones retiradas a los heridos y enfermos y que todavía no hayan sido entregadas al servicio competente;
- d. la presencia en tal unidad, por razones médicas, de miembros de las fuerzas armadas u otros combatientes.

129 Convención de La Haya IV, relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, y su Anexo: Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, 205 CTS 227, 18 de octubre de 1907 (entrada en vigor: 26 de enero de 1910).

130 Cf. Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 21, párr. 1842.

131 PA I, art. 28 1). Se recuerda también que el texto alternativo del CICR, que expresaba la misma idea para los actos perjudiciales para el enemigo y que fue acuñado durante los preparativos para la Conferencia Diplomática, era el siguiente: “actos cuya finalidad o efecto es perjudicar a la Parte adversa facilitando o impidiendo las operaciones militares” (la cursiva es nuestra).

132 El requisito de la intimación existe precisamente por esta razón: para alertar al personal sanitario, a los administradores de los hospitales, etc., acerca del peligro de cometer involuntariamente actos perjudiciales para el enemigo que puedan privarlos de su protección contra los ataques directos.

133 Cf. CG II, art. 35, con respecto a los barcos hospitales.

Esta lista no es exhaustiva<sup>134</sup>. La aplicación análoga de esta norma al personal sanitario implica que

no se considera un acto hostil el hecho de que el personal sanitario sea escoltado por militares, ni la presencia de militares, o que el personal sanitario posea armas pequeñas y municiones retiradas a sus pacientes y que todavía no se hayan entregado al servicio competente<sup>135</sup>.

La lista mencionada no es aplicable a los CANI ni al PA II, pero puede servir como base para la interpretación del derecho<sup>136</sup>, así como para la determinación del derecho internacional consuetudinario. Estudiaremos en mayor profundidad las conductas que no constituyen actos perjudiciales para el enemigo.

Los artículos 13 2) a) del PA I y 22 1) del CG I estipulan que el personal sanitario puede estar armado y que, en caso de necesidad, pueden usar esas armas para su defensa propia o la de los heridos y enfermos a su cargo contra actos de violencia ilícitos<sup>137</sup>. Esta acción no constituiría un acto perjudicial para el enemigo. El artículo 22 1) del CG I no especifica el tipo de armas que los miembros del personal sanitario podrían usar lícitamente<sup>138</sup>, pero el artículo 13 2) a) del PA I las limita a “armas ligeras individuales”<sup>139</sup>. “Todo uso que exceda los fines permitidos, incluso con ‘armas ligeras individuales’”<sup>140</sup> o que el personal sanitario esté equipado con “armas más pesadas que las establecidas”<sup>141</sup> constituirían actos perjudiciales para el enemigo. Algunos ejemplos de actos perjudiciales para el enemigo cometidos por el personal sanitario son, entre otros, el uso de armas ligeras individuales “en combate contra fuerzas enemigas actuando de conformidad con el derecho de la guerra, en particular para evitar ser capturado”<sup>142</sup>, “el hecho de que un individuo lleve armas portátiles pero que excedan el propósito de la defensa propia, como los misiles portátiles o los misiles antitanque”<sup>143</sup>, y montar “armas pesadas, como las armas colectivas (o “crew-served”), que requieren que por lo menos dos personas las operen”<sup>144</sup> en una unidad sanitaria. El punto principal de la interpretación –tal como se manifiesta en la práctica– es que las armas permitidas son esencialmente las pistolas<sup>145</sup>. Según la interpretación de algunos Estados durante las negociaciones de

134 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 22, párr. 1860.

135 Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, nota 2 *supra*, comentario sobre la norma 25.

136 Comentario del PA II, del CICR, nota 4 *supra*, art. 11, párr. 4723.

137 En cuanto al alcance de la defensa, v. Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 22, párrs. 1866-1867; M. Sassòli, nota 10 *supra*, p. 54; A. Breitegger, nota 7 *supra*.

138 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 22, párr. 1864; Comentario del PA I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 13, párr. 562.

139 Comentario del PA I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 13, párr. 563.

140 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 22, párr. 1865.

141 *Ibid.*, párr. 1864.

142 Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, nota 2 *supra*, comentario sobre la norma 25.

143 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 22, párr. 1864.

144 *Ibid.*, párr. 1868.

145 Michael Bothe, Karl J. Partsch y Waldemar A. Solf (eds.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, 2.<sup>a</sup> ed., Martinus Nijhoff, Leiden y Boston, MA, 2013, PA I, art. 13, p. 131, y art. 65, p. 459.

los Protocolos adicionales en la Conferencia Diplomática de 1974-1977, se debían excluir las granadas de fragmentación, las armas que no pueden ser completamente manejadas o disparadas por una sola persona y las armas utilizadas para objetivos distintos de los seres humanos<sup>146</sup>.

Esta disposición se basa en la experiencia de que, en situaciones de conflicto armado, los mecanismos policiales ordinarios de aplicación de la ley suelen deteriorarse y que, en paralelo, aumenta la criminalidad. Una unidad sanitaria contiene materiales cuyo valor económico puede ser elevado (la crisis del coronavirus de 2020 ha demostrado que los insumos médicos se pueden vender en el mercado negro)<sup>147</sup>. Por consiguiente, los puestos sanitarios deben ser custodiados y, para que la custodia sea eficaz, los guardias deben estar armados. Sin embargo, su oposición armada debe dirigirse únicamente contra los elementos delictivos y no, contra las fuerzas militares del enemigo. La unidad sanitaria no se puede defender contra el beligerante enemigo, puesto que ello constituiría un acto perjudicial para el enemigo<sup>148</sup>. En vista de esta norma concluyente, el requisito de la “necesidad” explica por qué solo se permite el uso de pistolas: solo esas armas son *necesarias* para oponerse al delito. Las armas más pesadas tendrían una función beligerante y, por consiguiente, no son *necesarias* para ejercer el tipo de defensa permitido. No obstante, puede surgir la pregunta de si las armas pesadas se permitirían, en forma excepcional, cuando los delincuentes exhiben niveles de organización y de fuerza tales que se necesitarían más que pistolas para defenderse de ellos. En ausencia de un permiso en tal sentido en el marco del DIH aplicable, el comandante de la unidad tendría que llegar a un acuerdo con las fuerzas enemigas con respecto a este punto.

Se ha dicho, y con razón, que el hecho de armar al personal sanitario, especialmente si se trata de personas civiles (como se estipula en el artículo 13 del PA I), no está exento de problemas<sup>149</sup>. Esas personas pueden ser tomadas por combatientes o se podría percibir que abusan de su función civil. Sin embargo, teniendo en cuenta que es necesario defenderse contra la delincuencia, este problema no puede evitarse por completo. Por este motivo, es sumamente importante que las armas sean de un tipo (pistolas) que permita a los demás advertir su verdadera finalidad de inmediato.

146 *Ibid.*, pp. 460–461. V. también Comentario del PA I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 13, párr. 563.

147 V., por ejemplo, Maria Caspani, “U.S. COVID-19 Cases Rocket Past 100,000 as Doctors Look for Black Market Medical Supplies”, *National Post*, 28 de marzo de 2020, disponible en: <https://nationalpost.com/news/world/u-s-coronavirus-cases-surpass-100000-as-doctors-cope-with-medical-shortages>; “Black Market for Coronavirus Test Kits Flourishes in Climate of Mistrust, Stigma in Nigeria”, *News 24*, 23 de abril de 2020, disponible en: [www.news24.com/Africa/News/black-market-for-coronavirus-test-kits-flourishes-in-climate-of-mistrust-stigma-in-nigeria-20200423](http://www.news24.com/Africa/News/black-market-for-coronavirus-test-kits-flourishes-in-climate-of-mistrust-stigma-in-nigeria-20200423).

148 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 22, párr. 1867; Comentario del PA I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 13, párr. 561.

149 M. Bothe, K. J. Partsch y W. A. Solf (eds.), nota 145 *supra*, PA I, art. 13, p. 131. En el caso del armamento del personal de defensa civil, se presenta un problema análogo: *ibid.*, art. 65, pp. 460–461. V. también Comentario del PA I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 13, párr. 560.

Los artículos 13 2) b) del PA I y 22 2) del CG I disponen que, cuando las unidades sanitarias son custodiadas por guardias armados<sup>150</sup> “específicamente, [para] la defensa de los heridos y los enfermos que estén alojados allí”<sup>151</sup>, la situación no constituye un acto perjudicial para el enemigo. Los guardias incluyen el “personal sanitario y no sanitario”<sup>152</sup>. En casos excepcionales<sup>153</sup>, también incluyen a “los miembros no sanitarios de las fuerzas armadas”<sup>154</sup> y a “las fuerzas policiales uniformadas civiles”<sup>155</sup>. Los guardias están sujetos a las mismas condiciones que el personal sanitario armado en lo que respecta al tipo y empleo de las armas permitidas: “solo pueden llevar ‘armas ligeras individuales’, cuando sea necesario y solo para fines defensivos”<sup>156</sup>.

En los artículos 13 2) c) del PA I, 22 3) del CG I y 19 2) del CG IV, se estipula que la presencia temporal de armas ligeras y municiones halladas dentro de una unidad sanitaria, que han sido retiradas a los heridos y enfermos y que todavía no se han entregado al servicio competente (“es decir las autoridades fuera de la unidad o el establecimiento sanitario”<sup>157</sup>, no constituiría un acto perjudicial para el enemigo. El entendimiento acerca de las armas en cuestión se relaciona con “armas portátiles”<sup>158</sup> y es más amplio que el referido a las “armas portátiles individuales”<sup>159</sup> autorizadas para el personal sanitario<sup>160</sup>. “Podría tratarse de algunas armas levemente más pesadas que las que está autorizado a llevar el personal sanitario, como por ejemplo, las metralletas, siempre que sean portátiles, aunque su traslado requiera la participación de dos o tres soldados”<sup>161</sup>. A la inversa, “el almacenamiento de armas o municiones (que no sea el almacenamiento temporal de armas y municiones tomadas a los heridos y enfermos y no entregadas aún al servicio competente)”<sup>162</sup> en las unidades sanitarias constituye un acto perjudicial para el enemigo. Asimismo, “la presencia de armas que no sean portátiles dentro de una unidad o establecimiento sanitario podría no justificarse, incluso aunque fuera temporaria”<sup>163</sup>.

Los artículos 13 2) d) del PA I y 19 2) del CG IV establecen que la presencia de fuerzas armadas o de otros combatientes en la unidad sanitaria por razones médicas no constituiría un acto perjudicial para el enemigo. Plausiblemente, la

150 El art. 22 2) del CG I incluye la expresión “por falta de enfermeros armados”. Esto no significa que la presencia simultánea de enfermeros armados y guardias militares esté prohibida. V. Comentario del CG I, de Pictet, nota 65 *supra*, art. 22, pp. 203–204.

151 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 22, párr. 1870.

152 *Ibid.*

153 *Ibid.*, párr. 1872; Comentario del PA I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 13, párr. 566.

154 *Ibid.*, párr. 1871.

155 Comentario del PA I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 13, párr. 566.

156 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 22, párr. 1874.

157 *Ibid.*, párr. 1876.

158 *Ibid.*, párr. 1877. El artículo 22 3) del CG I no define el término “armas ligeras”. Sin embargo, el texto francés, igualmente auténtico, adopta el término “armes portatives” (armas portátiles).

159 *Ibid.*

160 *Ibid.*

161 *Ibid.*

162 CICR, nota 87 *supra*, p. 29, nota a pie de página 18.

163 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 22, párr. 1877.

presencia temporal de combatientes o de otros objetivos militares dentro de la unidad sanitaria por razones no relacionadas con la salud tampoco constituye automáticamente un acto perjudicial para el enemigo<sup>164</sup>. No se puede presumir que esas personas o bienes usan la unidad sanitaria para fines militares –por ejemplo, que sean combatientes que dirigen operaciones desde la unidad– sin corroborar otros hechos. Sin embargo, se podría atacar a los combatientes como objetivos lícitos, pero, en tal caso, habría que tomar todas las precauciones necesarias para evitar interferir con la unidad sanitaria. En la mayoría de los casos, el beligerante adverso deberá esperar hasta que esas personas hayan salido de la unidad porque, de otro modo, los daños incidentales serían excesivos en relación con la ventaja militar prevista (PA I, artículo 51 5) b)).

### Actos perjudiciales para el enemigo y perfidia

Los actos perjudiciales para el enemigo pueden constituir perfidia –concepto codificado en el artículo 37 1) del PA I– si se cometen con el fin de matar, herir o capturar a un combatiente enemigo<sup>165</sup>. Tomemos el ejemplo de una ambulancia que se aproxima a un puesto de control militar de la parte adversa. Los soldados apostados en el lugar se aproximan a la ambulancia para facilitar su paso, pero dentro de ella se ocultan combatientes que comienzan a disparar contra los soldados. Esta conducta no solo constituye perfidia, sino también un acto perjudicial para el enemigo. Por lo tanto, ciertas formas de actos perjudiciales para el enemigo coinciden con la perfidia, lo que supone el uso indebido de la protección especial de los servicios sanitarios para obtener alguna ventaja militar o privar al adversario de una ventaja. Estos dos conceptos presentan rasgos similares: ambos son engaños caracterizados por una acción contraria al principio de buena fe<sup>166</sup>, cuya esencia consiste en que un beligerante utiliza las obligaciones impuestas por el DIH con fines hostiles<sup>167</sup>, y ambos debilitan el cumplimiento de la ley<sup>168</sup>. La diferencia es que los actos perjudiciales para el enemigo no necesariamente causan la muerte, heridas o la captura de los combatientes enemigos.

164 V., por ejemplo, Departamento de Defensa de Estados Unidos, *Law of War Manual*, junio de 2015 (actualizado en diciembre de 2016), párr. 7.10.3.6.

165 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 21, párr. 1842. La comisión de actos perjudiciales para el enemigo mientras se hace uso de los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra está específicamente prohibida en virtud del PA I, art. 38 1); PA II, art. 12; Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Protocolo III), 2404 UNTS 261, 8 de diciembre de 2005 (entrada en vigor: 14 de enero de 2007), art. 6 1); y el derecho consuetudinario (Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, nota 2 *supra*, norma 59).

166 Con respecto a la función del principio de buena fe en el DIH, particularmente con referencia a la prohibición de la perfidia, v. Robert Kolb, *Good Faith in International Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland, OR, 2017, pp. 251–254.

167 *Ibid.*, pp. 252–253.

168 *Ibid.* V. también R. Kolb, nota 38 *supra*, p. 41: “Ningún beligerante sería tan imprudente como para implementar las obligaciones del DIH si ello conllevara el temor constante y justificado de que esas obligaciones se usen con fines hostiles”.

## Actos perjudiciales para el enemigo y actos de hostilidad

Los actos perjudiciales para el enemigo son más que un “acto de hostilidad” codificado en el artículo 8 a) del PA I. Los actos perjudiciales causan o es probable que causen daño, en tanto que las hostilidades involucran actos de guerra, es decir, operaciones militares. El entendimiento jurídico de “perjudicial”, como ya se ha visto, “se refiere no solo al daño directo infligido al enemigo... sino también a los intentos por obstaculizar en forma intencional sus operaciones militares de alguna manera”<sup>169</sup>. “[E]l concepto de ‘hostilidades’ se refiere al recurso (colectivo) de las partes en el conflicto a medios y métodos para perjudicar al enemigo”<sup>170</sup>. Aunque el término “acto de hostilidad” no se define con claridad en el DIH, debe entenderse por analogía con el término “acto de hostilidad” que figura en los artículos 41 2) c) y 42 2) del PA I, con la guía del artículo 51 3) del PA I<sup>171</sup>, esto es: “[l]os actos hostiles deben entenderse como actos que, por su índole y finalidad, tienen como objetivo causar un daño efectivo al personal y al equipamiento de las fuerzas armadas”<sup>172</sup>. Esta es, claramente, una noción más restringida que la referida al carácter perjudicial, que abarca los efectos indirectos causados a las operaciones militares de la parte adversa.

## Actos perjudiciales para el enemigo y participación directa en las hostilidades

Por igual motivo, la noción de los actos perjudiciales para el enemigo también es más amplia que la de la “participación directa en las hostilidades” contenida en el artículo 51 3) del PA I y en el artículo 13 3) del PA II<sup>173</sup>. Los actos de participación directa en las hostilidades se vinculan con precisión a las “hostilidades” y no, al “daño”. Sin embargo, hay algunas interpretaciones amplias de la participación directa en las hostilidades –como la de Estados Unidos– que terminan por hacer de los actos perjudiciales para el enemigo un concepto más restringido que el de la participación directa en las hostilidades. Esto sucede, en particular, cuando se considera que la mera intención hostil de una organización, sin que medie una conducta efectiva para concretarla, permite atacar a un miembro de esa organización, al que se atribuye la totalidad de la intención hostil<sup>174</sup>.

169 Comentario del PA I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 13, párr. 551.

170 ICRC y Nils Melzer, “Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 90, n.º 872, 2008, p. 1013.

171 J. K. Kleffner, nota 14 *supra*, p. 324.

172 Comentario del PA I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 51 3), párr. 1942.

173 Algunas partes, con inclusión del CICR, consideran que la noción de actos perjudiciales para el enemigo es más amplia que la de la participación directa en las hostilidades. V. CICR, nota 5 *supra*, p. 43; Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 24, párr. 2003: “En lo que respecta a los actos comprendidos, el ámbito de aplicación de la noción de ‘actos perjudiciales para el enemigo’ es más amplio que el de ‘participación directa en las hostilidades’”. En la misma línea, v. Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 329.

174 Departamento de Defensa de Estados Unidos, nota 164 *supra*, párr. 5.8.3.3: “La intención hostil demostrada también puede constituir un acto de participación directa en las hostilidades”.

Aparte de esas interpretaciones peculiares, puede decirse que: 1) el “umbral de daño” requerido para los actos perjudiciales para el enemigo es inferior al de la participación directa en las hostilidades, ya que esta implica “hostilidades”; 2) no se requiere la existencia de “causalidad directa” –esto es, un vínculo directo entre los actos perjudiciales para el enemigo y la ejecución de operaciones militares concretas–; y 3) el “nexo beligerante” es una condición previa para ambas nociones, por la cual los actos perjudiciales para el enemigo deben ser específicamente concebidos para apoyar a una parte en un conflicto o para dañar a la otra. Esto significa que, si el personal sanitario civil participa directamente en las hostilidades, tal conducta constituiría automáticamente un acto perjudicial para el enemigo. A la inversa, si el personal sanitario civil comete actos perjudiciales para el enemigo que no equivalen a la participación directa en las hostilidades, esas personas pueden perder su protección especial, pero no la protección general, “salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación”<sup>175</sup>. En otras palabras, el hecho de que un civil cometa actos perjudiciales para el enemigo no significa automáticamente que esa persona pueda ser atacada en forma directa. “Eso solo ocurriría si los actos pudiesen caracterizarse también como actos de ‘participación directa en las hostilidades’”<sup>176</sup>.

## Actos perjudiciales para el enemigo y objetivos militares

La siguiente pregunta se relaciona con el momento en que un acto perjudicial para el enemigo causa la transformación de un bien sanitario en un objetivo militar en virtud del artículo 52 2) del PA I. Como se sabe, la prueba de si un bien constituye un objetivo militar depende de dos elementos contextuales acumulativos: una contribución militar y una ventaja militar. “Contribución” significa que un objeto presta servicios y es útil para la conducción concreta de las operaciones militares. El vínculo entre la contribución y las operaciones militares debe ser directo<sup>177</sup>. Asimismo, la contribución debe ser efectiva, lo cual implica que debe ser real y discernible<sup>178</sup>. Cabe recordar que los actos perjudiciales para el enemigo abarcan las interferencias tanto directas como indirectas con las operaciones militares<sup>179</sup>; no se requiere un vínculo directo de los actos perjudiciales para el enemigo con la ejecución de operaciones militares concretas. Ello implica que un bien sanitario utilizado para cometer actos perjudiciales para el enemigo no se transforma automáticamente en un objeto que contribuye efectivamente a la acción militar. Cuando existe esa contribución, el acto perjudicial para el enemigo podría extenderse a su “ubicación, finalidad o utilización”, pero no al aspecto de su “naturaleza” conforme al artículo 52 2) del PA I, puesto que un bien sanitario no adquiere un carácter militar intrínseco.

175 PA I, art. 51 3); PA II, art. 13 3); Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, nota 2 *supra*, norma 6.

176 CICR, nota 5 *supra*, p. 43.

177 R. Kolb, nota 38 *supra*, pp. 160–162.

178 Agnieszka Jachec-Neale, *The Concept of Military Objectives in International Law and Targeting Practice*, Routledge, Londres y Nueva York, 2015, p. 83.

179 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 21, párr. 1841.

En lo que respecta al segundo elemento, la efectividad de la contribución, cabe preguntarse si la destrucción, captura o neutralización del objeto sanitario ofrecería una ventaja militar definida para la parte atacante. “[U]na ‘ventaja’ puede definirse como todo lo que facilita las operaciones militares”<sup>180</sup>. Debe ser “militar”, debe ser “definida” y debe existir “en las circunstancias del caso”<sup>181</sup>. La respuesta es claramente negativa. No todos los objetos, incluso los bienes sanitarios empleados para cometer actos perjudiciales para el enemigo o que contribuyen a la acción militar, brindarían una ventaja militar definida al ser atacados. “[U]n número mucho más amplio de objetos [pueden] contribuir efectivamente a la acción militar del defensor, pero solo algunos de ellos pueden ofrecer una ventaja militar real en circunstancias concretas”<sup>182</sup>. Por consiguiente, la conclusión general del CICR parecería ser correcta:

Se observa que no todas las formas de “actos perjudiciales para el enemigo” hacen un aporte efectivo a la acción militar y, en las circunstancias imperantes en el momento del combate, un ataque directo contra los bienes sanitarios no reportaría una clara ventaja militar. El hecho de que no se cumpla alguno de estos dos requisitos implica que los bienes sanitarios no pueden considerarse objetivos militares<sup>183</sup>.

A la inversa, ciertos actos perjudiciales para el enemigo pueden hacer que un bien se transforme en un objetivo militar cuando se satisface la prueba de dos niveles indicada en el artículo 52 2) del PA I, por ejemplo, cuando la ubicación se usa para disparar contra las tropas opositoras. Nuevamente, cabe recordar que la comisión de actos perjudiciales para el enemigo causa la pérdida de la protección especial conforme a las disposiciones relevantes, lo cual incluye la inmunidad contra los ataques, pero que, para efectuar un ataque, sigue siendo necesario que la parte atacante satisfaga las condiciones del artículo 52 2).

## Actos perjudiciales para el enemigo en situaciones de duda

Teniendo en cuenta las “consideraciones humanitarias”<sup>184</sup>, “en caso de duda acerca de si un tipo particular de comportamiento puede considerarse un acto perjudicial para el enemigo, no se lo debe considerar como tal”<sup>185</sup>. Esta interpretación es coherente con la esencia de las normas expresadas en los artículos 50 1) y 52 3) del PA I, con sus presunciones jurídicas acerca del carácter civil de una persona y de un bien conforme a las normas que rigen la conducción de las hostilidades. Aunque el PA II no contiene disposiciones similares para el caso de los CANI, “[n]o se puede atacar automáticamente a cualquiera que parezca

180 R. Kolb, nota 38 *supra*, p. 162.

181 *Ibid.*

182 A. Jachec-Neale, nota 178 *supra*, p. 116.

183 CICR, nota 5 *supra*, p. 43.

184 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 21, párr.1844; v. también art. 24, párr. 1998.

185 *Ibid.*

sospechoso”<sup>186</sup>. Estas presunciones jurídicas obran a favor de la protección de la persona y del bien en cuestión, lo que lleva a la protección de los heridos y enfermos, el objetivo último de la protección especial conforme al DIH.

## Consecuencias de la pérdida de la protección especial

Las principales consecuencias de la pérdida de la protección especial son que el enemigo ya no está obligado a abstenerse de interferir en las actividades de la unidad o el establecimiento sanitario, o a adoptar medidas positivas para asistirlo en su labor<sup>187</sup>, tras haber cumplido el requisito de dar aviso. Asimismo, si se cumplen los requisitos del aviso, el plazo y la desestimación del aviso, el servicio puede ser atacado. Pero quedan algunas cuestiones pendientes, por ejemplo: cuando una persona comete actos perjudiciales para el enemigo dentro de una unidad sanitaria, ¿la respuesta debe dirigirse contra esa persona solamente o se puede atacar a la unidad entera? Si se hace uso indebido de solo una parte de la unidad, ¿se puede atacar a toda la unidad? ¿El acto de abuso afecta el estatuto protegido de toda la unidad? Y ¿en qué medida se puede atacar al personal sanitario?

Para el personal sanitario *militar*, la comisión de actos perjudiciales para el enemigo no cambia su estatuto de personal sanitario, al igual que la participación directa en las hostilidades no cambia el estatuto de una persona de civil a combatiente<sup>188</sup>. La única consecuencia es la pérdida de la protección especial (debido a los actos perjudiciales para el enemigo y al cumplimiento de los requisitos de la prueba de dos niveles relacionada con la intimación)<sup>189</sup>. En este caso, el personal sanitario en cuestión, que normalmente está protegido contra los ataques, podrá ser atacado, exactamente como los civiles en la doctrina de la participación directa en las hostilidades<sup>190</sup>. Cabe recordar asimismo que el personal sanitario militar, ya sea en forma general o una vez perdida su protección especial, puede ser atacado en

186 Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, nota 2 *supra*, comentario sobre la norma 6: “En las situaciones de conflicto armado internacional, la cuestión de los casos dudosos apenas se ha abordado en la práctica de los Estados, por más que sería deseable una norma clara al respecto.”

187 Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 21, párr. 1854, art. 24, párr. 2008.

188 Para acceder a un análisis detallado, v. P. De Waard y J. Tarrant, nota 68 *supra*, pp. 175–182.

189 Para consultar una opinión alternativa, v. V. Koutroulis, nota 112 *supra*, p. 231; M. Sassòli, nota 10 *supra*, pp. 53–55. Sassòli afirma que la pérdida de la protección especial del personal sanitario tanto *militar* como *civil* debería limitarse a actos que constituyan participación directa en las hostilidades, en lugar de actos perjudiciales para el enemigo, dado que este último concepto es un criterio relevante elaborado para el caso de los bienes, mientras que el primero atañe a las personas.

190 Pese a todo, se plantean interrogantes acerca de si realmente sería necesario atacar a un miembro del personal sanitario militar que ha cometido un solo acto perjudicial de bajo nivel que no constituye un acto hostil (por ejemplo, enviar un correo electrónico con inteligencia de baja calidad no relacionada con las operaciones de combate).

cualquier momento<sup>191</sup> y no está sujeto a la prueba contextual de dos niveles, como sí lo están los bienes indicados en el artículo 52 2) del PA I. Análogamente, si los miembros del personal sanitario *civil* cometen actos perjudiciales para el enemigo, siguen siendo personas civiles. Sin embargo, esas personas no pueden ser atacadas todo el tiempo, puesto que gozan de la protección general conferida por los artículos 48 y 51 del PA I y del derecho internacional consuetudinario; los ataques contra esas personas son lícitos conforme al DIH únicamente si los actos perjudiciales para el enemigo constituyen participación directa en las hostilidades (esto es, que no son meramente “perjudiciales”, sino también “hostiles” en el sentido que se ha explicado con anterioridad), o si el personal sanitario, además de cometer actos perjudiciales para el enemigo, participa directamente en las hostilidades. Las conductas que se analizarán en el marco de los actos perjudiciales para el enemigo en este contexto incluyen la recopilación y comunicación de inteligencia relacionada con las operaciones de combate o no, la protección de combatientes sanos o el hecho de disparar contra las fuerzas adversas.

Con el fin de determinar la pérdida de la protección especial de los *bienes sanitarios* tanto militares como civiles, para que los ataques contra ambos sean lícitos, es preciso aplicar y satisfacer dos pruebas: la prueba de los actos perjudiciales para el enemigo junto con los dos requisitos adicionales para la pérdida de la protección especial (la intimación y que esta no surta efectos), y la prueba del objetivo militar establecida en el artículo 52 2) del PA I relativa a la pérdida de la protección general contra los ataques directos. En contraste con el personal sanitario, caso en el cual la diferencia entre los respectivos estatutos jurídicos del personal sanitario militar y el personal sanitario civil conduce a la aplicación de la prueba sobre la participación directa en las hostilidades para evaluar su pérdida de protección contra los ataques directos, tanto los bienes sanitarios militares como civiles tienen el mismo estatuto civil conforme a las normas que rigen la conducción de las hostilidades<sup>192</sup>, por lo cual se los somete a las mismas dos pruebas (pérdida de la protección especial y pérdida de la protección general).

Un aspecto importante es la medida en la que los actos individuales o las acciones localizadas dentro de una unidad sanitaria pueden transformar a la unidad entera en un objetivo militar que puede ser atacado en forma directa. En el Manual de Derecho de la Guerra del Departamento de Defensa de Estados Unidos, se afirma que “un único tirador enemigo que dispara desde la ventana de un hospital justificaría una respuesta dirigida solamente contra el tirador, y no la destrucción del hospital”<sup>193</sup>. El razonamiento jurídico no se ha explicitado, aunque se menciona que “[e] uso de la fuerza para la defensa propia contra las

191 Si se justifica más la pérdida temporal que la pérdida permanente de la protección especial de una persona, cuando esta recupera la protección especial, queda nuevamente protegida contra los ataques. Con respecto al fin de la pérdida temporal de la protección especial en el caso del personal sanitario militar, v. el Comentario del CG I, del CICR, nota 4 *supra*, art. 24, párr. 2009. Para acceder a un análisis similar referido al personal de defensa civil en el contexto del art. 65 del PA I, v. M. Bothe, K. J. Partsch y W. A. Solf (eds.), nota 145 *supra*, PA I, art. 65, pp. 458–459.

192 V. nota 26 *supra*.

193 Departamento de Defensa de Estados Unidos, nota 164 *supra*, párr. 7.10.3.2.

unidades o establecimientos sanitarios debe ser proporcional”<sup>194</sup>. ¿Esto es porque Estados Unidos, en este caso concreto, considera que el objetivo militar se limita a la persona y no abarca la unidad entera porque la conducta del tirador no es suficiente para transformar la unidad en un objetivo militar? ¿O porque la prueba del objetivo militar se satisface en cuanto a la unidad sanitaria, pero la prueba de proporcionalidad no se cumple de igual manera en forma automática?

En términos generales, cabe afirmar que un servicio sanitario no puede ser considerado en forma automática como un único objetivo militar. Si la finalidad militar de neutralizar los actos perjudiciales para el enemigo puede alcanzarse mediante ataques a determinadas partes del servicio, se debe optar por este curso de acción más restringido. Esta solución deriva del hecho de que el principio de proporcionalidad se aplica a todas las personas y bienes protegidos, así como del hecho de que el artículo 57 del PA I exige la adopción de medidas de precaución en todos los tipos de situaciones<sup>195</sup>. Esta posición matizada es respaldada, en alguna medida, por la jurisprudencia del caso Galić del TPIY ya mencionado, en el que se examinó la licitud de los ataques directos contra el hospital Koševo en Sarajevo lanzados por una parte en el conflicto: el Sarajevo Romanija Corps (Cuerpo Romanija de Sarajevo o SRK), una rama del ejército de la República Serbia<sup>196</sup>. El hospital se había convertido en un bien de uso doble, que servía para fines civiles y militares a la vez. Aunque atendía a los heridos y enfermos, también fungía como “base militar”<sup>197</sup> de la parte opositora en el conflicto, el ejército de Bosnia y Herzegovina (ABiH). Desde el predio del hospital, las fuerzas del ABiH disparaban contra las fuerzas del SRK<sup>198</sup>. Los hallazgos fácticos pertinentes de la Sala de Primera Instancia, confirmados por la Sala de Apelaciones, indicaron que hubo ataques por ambas partes: “se disparaba contra el SRK desde el predio del hospital, y... el SRK disparaba contra el predio y el edificio del hospital”<sup>199</sup>. El Tribunal señaló que “el SRK atacó sistemáticamente el hospital durante el período de la acusación”<sup>200</sup>, que “los disparos de mortero del ABiH provenían del predio del hospital o desde sus cercanías, y que esas acciones podían haber provocado

194 *Ibid.* El Manual establece que el principio de proporcionalidad crea la obligación de “adoptar las precauciones posibles en la planificación y conducción de los ataques, con miras a reducir los riesgos de daño a los civiles y a otras personas y bienes protegidos contra los ataques” (la cursiva es nuestra): *ibid.*, párrs. 2.4.1.2, 5.11. Subraya asimismo que “el requisito de adoptar las precauciones posibles en la planificación y conducción de los ataques y la prohibición de atacar cuando sea de prever que los ataques causarán daños incidentales excesivos son obligaciones intrínsecamente conectadas que se refuerzan mutuamente”: *ibid.*, párr. 5.10.5. Niega, sin embargo, que el requisito de la proporcionalidad sea aplicable al personal y a los bienes sanitarios militares o a los heridos y enfermos militares, ya que se considera que estos han aceptado el riesgo de sufrir daños incidentales debido a su proximidad a los objetivos militares: *ibid.*, párrs. 4.10.1, 5.10.1.2, 7.3.3.1, 7.8.2.1, 7.10.1.1, 17.14.1.2, 17.15.1.2, 17.15.2.2. Para consultar un análisis detallado del enfoque del Manual sobre este tema, v. J. K. Kleffner, nota 38 *supra*, pp. 52–55.

195 V. la sección titulada “Protección especial”.

196 TPYI, Galić, nota 94 *supra*, párrs. 336–352.

197 *Ibid.*, párr. 337

198 *Ibid.*, párrs. 338–339.

199 *Ibid.*, párr. 338.

200 *Ibid.*, párr. 340.

disparos de respuesta del SRK”<sup>201</sup>. La Sala de Primera Instancia concluyó que los disparos del SRK contra los edificios del hospital “ciertamente no apuntaban a ningún objetivo militar posible”<sup>202</sup>. Más tarde, esa afirmación fue desestimada por la Sala de Apelaciones, por considerarla “parcialmente incorrecta”<sup>203</sup>.

La Sala de Primera Instancia incurrió en error de derecho al determinar que el fuego contra el hospital “no apuntaba a ningún objetivo militar posible”, porque los disparos que provenían del hospital habían convertido a este en un objetivo. Al mismo tiempo, sin embargo, la actividad militar no transforma un establecimiento protegido en un objetivo militar lícito en forma permanente. Sigue siendo un objetivo militar lícito solo durante el tiempo razonablemente necesario para que la parte opositora responda a la actividad militar. Además, *un ataque debe dirigirse contra los bienes militares que se encuentran dentro del establecimiento o en sus alrededores, por lo cual únicamente se pueden emplear las armas razonablemente necesarias para alcanzar ese propósito*<sup>204</sup>.

## Conclusión

A modo de conclusión, se pueden presentar algunas recomendaciones generales. Para ello, cabe destacar tres puntos.

En primer lugar, *los ataques a los hospitales deben considerarse solo como medidas de último recurso*. Esta primera recomendación adhiere a la recomendación formulada como parte del proyecto Asistencia de salud en peligro del CICR:

en las consultas realizadas a expertos militares (...), se ha hecho la recomendación, no necesariamente basada en consideraciones jurídicas, de que los ataques cinéticos contra instalaciones de salud que han perdido la protección deben entenderse como un último recurso y se deben contemplar alternativas que no se relacionen con atacar dichas instalaciones<sup>205</sup>.

Si, en el cálculo de la proporcionalidad, se tienen en cuenta no solamente los efectos directos del ataque, sino también los efectos acumulativos y de largo plazo razonablemente previsibles, se observa que, en la mayoría de los casos, los daños incidentales excederían la ventaja militar prevista<sup>206</sup>. Por consiguiente, el ataque a un hospital de doble uso transformado en objetivo militar sería ilícito. En

201 *Ibid.*

202 *Ibid.*

203 *Ibid.*

204 *Ibid.*, párr. 346 (la cursiva es nuestra).

205 CICR, nota 5 *supra*, p. 43. V. también CICR, nota 87 *supra*, pp. 29-30, para acceder a un conjunto de “[m]edidas específicas para guiar la planificación y conducción de un ataque contra una instalación de salud que ha perdido su protección”.

206 Henry Shue y David Wippman, “Limiting Attacks on Dual-Use Facilities Performing Indispensable Civilian Functions”, en Henry Shue, *Fighting Hurt: Rule and Exception in Torture and War*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 306-309.

la práctica, la esencia de la respuesta inicial a los actos perjudiciales para el enemigo es no atacar, dar una intimación y fijar un plazo. “En términos prácticos, el único remedio disponible para la Parte en el conflicto agravada sería, probablemente, la captura u otra medida apropiada para imponer el cumplimiento”<sup>207</sup>.

En segundo lugar, *la noción de objetivo militar y el ataque permitido deben encuadrarse en forma estricta dentro del contexto presente*. Cuando el ataque contra un hospital se considera *prima facie* un acto lícito, si el hospital se utiliza simultánea y continuamente para atender a los heridos y enfermos, se recomienda que, en la medida posible, el ataque sea limitado y se restrinja al objetivo militar exacto –tal como se define en el artículo 52 2) del PA I o su equivalente en el derecho consuetudinario<sup>208</sup>– que se halla dentro del hospital, y que no se ataque el hospital entero. “El artículo 51 4) a) del Protocolo adicional I exige que el ataque se dirija contra un objetivo militar ‘concreto’”<sup>209</sup>. Las armas utilizadas para el ataque deberían ser, en la medida posible, las necesarias y proporcionales para los objetivos militares exactos definidos dentro del componente militar del hospital, para incapacitarlos, y no deben dirigirse contra el componente civil ni contra la totalidad del edificio<sup>210</sup>.

En tercer lugar, *en el caso de los hospitales “autorizados” y “no autorizados”, la intimación previa se ha de considerar un requisito estricto*<sup>211</sup>. El siguiente ejemplo práctico echa luz sobre la importancia de esta última recomendación, incluso en situaciones atípicas.

Pensemos en un hospital civil destruido y abandonado debido a un conflicto armado. Ya no funciona como hospital. El personal médico se ha ido, como lo han hecho los heridos y enfermos que estaban a su cuidado. Los residentes locales han huido de la zona. Tras muchos meses, llegan nuevos residentes y un grupo armado no estatal toma posición en el edificio que, tiempo atrás, fue un hospital. Aun así, antes de que un beligerante adverso ataque este edificio –cuando tal ataque se considere lícito–, puede decirse que sigue siendo necesario dar aviso. Podría ocurrir que un civil que necesita atención médica entre en el lugar por error, al ver los carteles que quedan en pie y que indican que la estructura es un hospital. ¿Cómo puede el beligerante adverso estar seguro de que los nuevos pobladores

207 Cf. Comentario del CG II, del CICR, nota 8 *supra*, art. 34, párr. 2388.

208 Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, nota 2 *supra*, norma 8.

209 Agnieszka Jachec-Neale, “How Can My Home, School or Church Ever Be a Military Objective? Loss of Protection by Use, Purpose or Location”, en *Urban Warfare*, Actas del XIV Coloquio de Brujas, 15–16 de octubre de 2015, p. 19. Jachec-Neale sostiene que un edificio de varios pisos que se utiliza parcialmente para fines militares puede ser considerado en su totalidad como un objetivo militar “específico” en el sentido del artículo 51 4) a) del PA I, a condición de que satisfaga la definición de objetivo militar prevista en el artículo 52 2) del PA I. A la inversa, un complejo compuesto por varios edificios independientes no puede calificarse como tal si la información que razonablemente tenga a su alcance el beligerante adverso en el momento del ataque indica que solamente se utilizan con fines militares algunos de los edificios independientes situados dentro del complejo. Determinar que la totalidad de un complejo de este tipo constituye un único objetivo militar es incompatible con la definición contenida en el artículo 52 2) y probablemente constituiría un ataque indiscriminado en virtud del artículo 51 5) a) del PA I. *Ibid.*, pp. 19–20.

210 ICTY, Galić, nota 94 *supra*, párr. 346.

211 Se entiende por hospital autorizado un hospital destinado a tareas sanitarias por una parte en el conflicto. V. la definición de unidades sanitarias en la sección titulada “Protección especial”.

saben que la estructura ya no es un hospital? ¿Cómo puede presumir que no entrará en ella ningún civil que necesita asistencia médica?

Cuando, en un caso extremo, un hospital se transforma en objetivo militar y se lo puede atacar en forma directa, se recomienda que los “requisitos de procedimiento relativos a la intimación” establecidos en las disposiciones pertinentes que rigen la pérdida de protección especial se extiendan a aquellos hospitales que no se encuadran en las definiciones del DIH. Según el Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, “en numerosos casos, la práctica no exige expresamente que las unidades sanitarias estén reconocidas y autorizadas por una de las partes”<sup>212</sup>. Además, conforme al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el crimen de guerra que consiste en “dirigir intencionalmente ataques contra... *los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos*, siempre que no sean objetivos militares”<sup>213</sup>, no se limita a la definición de las unidades sanitarias autorizadas establecida por el DIH. Estos factores parecen indicar que los Estados, al reconocer que un establecimiento se emplea para prestar asistencia médica a los heridos y enfermos, reconocen también la existencia de la protección especial que lo ampara<sup>214</sup>. No hay diferencia entre el estatuto protector de los heridos y enfermos en los hospitales “autorizados” y “no autorizados” y, por lo tanto, no tiene mucho sentido privar a estos últimos de la oportunidad de ser evacuados. Por último, el principio de precaución obliga a los beligerantes a hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar (personas y bienes) no son de carácter civil ni gozan de protección especial, sino que son objetivos militares<sup>215</sup>. Esta obligación incluye también la de comprobar si el ataque violaría el principio de proporcionalidad, a cuya aplicación también tienen derecho los heridos y enfermos.

212 Estudio sobre derecho consuetudinario del CICR, nota 2 *supra*, comentario sobre la norma 28.

213 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, doc. de la ONU A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998 (entrada en vigor: 1° de julio de 2002), arts. 8 2) b) ix), 8 2) e) iv) (la cursiva es nuestra).

214 Esta interpretación más amplia de los hospitales tiene su historia. El Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 129 CTS 361, 22 de agosto de 1864 (entrada en vigor: 22 de junio de 1865), art. 5, estableció que “[l]a presencia de un combatiente herido que recibe refugio y cuidados en una vivienda garantizará la protección de esta”.

215 PA I, art. 57 2) a) i).