

USO DE AERONAVES NO TRIPULADAS EN LA GUERRA MODERNA. EVALUACIÓN DE SU LEGALIDAD BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

USE OF PILOTLESS AIRCRAFT IN MODERN WARFARE. ASSESSING THEIR
LAWFULNESS UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

*Xavier J. Ramírez García de León**

RESUMEN

A pesar de la tecnología avanzada necesaria para su funcionamiento, los drones representan otra etapa en la tradición humana de desarrollar medios para hacer la guerra a distancia. Así, no se distinguen de otros avances y están sujetos a los mismos estándares internacionales y deben cumplir con los mismos principios que otras plataformas de armas. Este artículo se centra en dar una respuesta sobre la legalidad del uso de drones en relación con el Derecho Internacional Humanitario. Para ello, aborda brevemente el tema del uso de drones en el escenario más común, ataques contra grupos armados no estatales en territorio extranjero, y luego se concentra en el cumplimiento de los principios del derecho internacional humanitario, para concluir que sus características no sólo les permiten cumplir, sino que incluso pueden ser consideradas como una mejora en la búsqueda constante de cumplir con el Derecho Internacional Humanitario.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y LLM en Derecho Internacional Público por la Universidad de Edimburgo. Anteriormente, trabajó para la Secretaría de Gobernación de México, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Procuraduría General de la República. Actualmente forma parte del equipo de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social. xjr91@hotmail.com

Palabras clave: Drones, Guerra moderna, principios de Derecho Internacional Humanitario.

ABSTRACT

Despite the advanced technology required for their operation, drones represent another stage in the human tradition of developing means for waging war remotely. In this sense, they are no different from other advancements and are subject to the same international standards and must comply with the same principles as other weapon-platforms. This article focuses on providing an answer on the legality of the use of drones in relation to International Humanitarian Law. To do so, it briefly addresses the issue of the use of drones in the most common scenario, attacks against non-state armed groups in foreign territory, and then concentrates on the compliance with the principles of international humanitarian law, in order to conclude that their characteristics not only allow them to comply with but also may even be regarded as an enhancement in the constant pursuit of enforcing International Humanitarian Law.

Keywords: Drones, modern warfare, principles of International Humanitarian Law.

.....

I. INTRODUCCIÓN

Los drones representan un paso más en la lucha de la humanidad por librar la guerra desde una distancia segura. Caen bajo la tradición de las hondas, lanzas, flechas, catapultas, cañones, misiles y la razón fundamental de dañar al enemigo sin arriesgarse a uno mismo. No importa el gran salto tecnológico que representen los drones, estos tienen que cumplir con las normas que determinan si un arma puede usarse legalmente en combate.¹ El objetivo de este trabajo es responder si los drones son compatibles con

¹ Kaag, John J., y Sarah E. Kreps. *Drone Warfare*. Cambridge; Malden: Polity Press, 2014, p. 116-7.

los principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario (DIH). Para hacer esto, primero nos referiremos al aspecto *jus ad bellum* de la guerra que, si bien indirectamente, ha sufrido por las prácticas facilitadas por el uso de drones. Posteriormente, evaluaremos qué tan capaces son los drones para ser usados bajo los requisitos humanitarios básicos para concluir que pueden usarse de acuerdo con el DIH.

Este artículo se limita a los drones entendidos como aviones operados a distancia por humanos. No nos ocuparemos de drones pertenecientes a la categoría de Sistemas de Armas Autónomas. Además, aunque los drones se están utilizando para una variedad de tareas, el documento se refiere a los drones utilizados con fines de combate, y se refiere excepcionalmente a los drones militares desarmados.

Para los Estados, la operación de drones conlleva varios beneficios que los hacen convenientes: reducen al mínimo la exposición de los operadores al riesgo² al tiempo que mejoran la conciencia situacional de los combatientes;³ permiten el vuelo y vigilancia prácticamente constante por el campo de batalla y también reducen el tiempo entre la identificación del objetivo y el ataque;⁴ por último, los drones permiten la realización de misiones en zonas de difícil acceso o consideradas demasiado peligrosas para aviones tripulados.⁵

En los últimos años, los drones han jugado un papel clave en la conducción de las hostilidades en todo el mundo, lo que hace que su evaluación del DIH sea una necesidad. En las siguientes secciones trataremos la cuestión de la legalidad de su uso en combate.

² United Nations Office for Disarmament Affairs. *Study on Armed Unmanned Aerial Vehicles*. New York: United Nations, 2015, p. 4.

³ Gertler, Jeremiah. *U.S. Unmanned Aerial Systems*. Washington, D.C.: Congressional Research Service, 2012, p. 3.

⁴ Takemura, Hitomi. (2014). *Unmanned Aerial Vehicles: Humanization from International Humanitarian Law*. Wisconsin International Law Journal 32, n° 3, pp. 525-6.

⁵ Gertler, Jeremiah. *U.S. Unmanned Aerial Systems*, p. 3.

II. JUS AD BELLUM

Varios autores consideran que una evaluación adecuada de la legalidad de los drones debería incluir un análisis de *jus ad bellum*.⁶ Es pertinente determinar si un uso de la fuerza determinado se encuentra en conformidad con el Derecho Internacional, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la legalidad de dicho uso no es relevante para determinar la licitud / ilegalidad de las armas empleadas en él. Esta división es significativa para evitar que la tipificación jurídica del uso de la fuerza incida en el trato de las personas involucradas en el respectivo conflicto armado.⁷

En consecuencia, el uso ilegal de la fuerza no será legítimo porque en él se utilizaron armas lícitas; y lo que es más importante, no se pueden emplear armas prohibidas sin importar que el Estado esté respondiendo al uso ilegal de la fuerza; en el sentido de que el carácter legal de las armas utilizadas sigue siendo el mismo.⁸

En el caso de los drones la situación no cambia, el carácter del uso de la fuerza no impacta sobre su licitud / ilegalidad. Sin embargo, el uso de este armamento ha generado algunas situaciones que vuelven importante el analizar el tema desde el *jus ad bellum*. Estas situaciones surgen en forma de uso de la fuerza contra los grupos armados no estatales (GANE) presentes en territorio extranjero.

⁶ Casey-Maslen, Stuart. (2012). *Pandora's Box? Drone strikes under jus ad bellum, jus in bello and international human rights law*. International Review of the Red Cross 94, n° 886, pp. 597-625; Pejic, Jelena. (2014). *Extraterritorial targeting by means of armed drones: Some legal implications*. International Review of the Red Cross 96, n° 893, pp. 67-106; Jenks, Chris. (2009). *Law from above: Unmanned Aerial Systems, Use of Force, and the Law of Armed Conflict*. North Dakota Law Review 85, pp. 649-671; Schmitt, Michael N. (2010). *Drone Attacks under the Jus ad Bellum And Jus in Bello: Clearing the 'fog of law'*. Yearbook of International Humanitarian Law 13, pp. 311-326.

⁷ Giladi, Rotem. (2008). *The Jus ad Bellum/Jus in Bello Distinction and the Law of Occupation*. Israel Law Review 41, n° 1 y 2, p. 247.

⁸ Jang, Heeyong Daniel. (2013-2014). *The Lawfulness of and Case for Combat Drones in the Fight against Terrorism*. National Security Law Journal 2, pp. 4-5.

a. *Autoría de ataques armados y uso extraterritorial de la fuerza*

No es necesario que el presente artículo se detenga en los detalles del régimen de Derecho Internacional con respecto al uso de la fuerza; en cambio, daremos por sentado que la legítima defensa está sujeta a requisitos de necesidad y proporcionalidad y que puede ejercerse legítimamente frente a amenazas reales para centrarnos en la autoría de los ataques armados y el alcance del derecho de legítima defensa de los Estados de repelerlos.

En los últimos años, algunos Estados han utilizado drones para atacar a personas en el territorio de otros Estados. Los casos más famosos hacen referencia a drones estadounidenses que dirigen sus ataques a individuos en Pakistán, Afganistán y Yemen⁹ dentro de la “guerra” contra el terrorismo, a pesar de que Estados Unidos no está librando un conflicto armado contra ninguno de estos Estados. Esto implica una afirmación de que los Estados pueden usar la fuerza contra los GANE en territorio extranjero.¹⁰

Las únicas situaciones en las que la Carta de la ONU permite el uso de la fuerza son bajo una resolución del Consejo de Seguridad (CSNU) y en autodefensa, en relación con esta última, lo anterior significa que los Estados solo pueden usar la fuerza contra los GANE para defenderse.

Existe cierto desacuerdo sobre la cuestión de si los actos de agresión provenientes de GANE pueden dar lugar a la autodefensa. En la opinión consultiva sobre el Muro, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) afirmó que los Estados tienen derecho a actuar en legítima defensa en los casos de ataque “de un Estado contra otro Estado”,¹¹ lo que sugiere que no pueden responder en legítima defensa a las agresiones procedente de GANE. Algunos autores han argumentado que esta redacción en particular no debe interpretarse de

⁹ Información proporcionada por *Bureau of Investigative Journalism*, disponible en <https://www.thebureauinvestigates.com/category/projects/drones/drones-graphs/>

¹⁰ Somos conscientes que los drones no están relacionados exclusivamente con el tema. Los Estados podrían utilizar otros medios para atacar a esos individuos (aviones de combate, misiles de crucero, fuerzas especiales, etc.) y los problemas serían los mismos, pero es difícil ignorar que el uso de drones facilita este tipo de uso de la fuerza.

¹¹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, p. 136, párr. 139.

esta manera, ya que nada en la Carta sugiere esa limitación;¹² mientras que otros argumentan que esta era la interpretación adecuada al menos antes de los eventos del 11 de septiembre.¹³

En el caso relativo a las Actividades Armadas, al tratar las afirmaciones de la República Democrática del Congo (RDC) de que Uganda había cometido actos de agresión, la Corte rechazó el argumento de que Uganda invadió el territorio congoleño en ejercicio de legítima defensa contra las agresiones cometidas por los GANE. La Corte argumentó que mientras los actos de estos grupos no fueran atribuibles a la República Democrática del Congo,¹⁴ Uganda no tenía derecho a la legítima defensa contra la República Democrática del Congo, pero evitó responder si Uganda tenía algún derecho contra el GANE en sí mismo.

Los jueces Kooijmans y Simma consideraron que incluso en ausencia de atribución estatal, las agresiones de los GANE permitieron al Estado actuar en legítima defensa. Argumentaron que no era razonable negar este derecho, rechazando también que la Carta limitara la autodefensa de esta manera.¹⁵

Esta afirmación ganó impulso en vista de las resoluciones 1368 y 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en respuesta a los eventos del 11 de septiembre,¹⁶ que sugirieron que los Estados podían ejercer la autodefensa contra GANE. Estos argumentos de lógica, la conducta del CSNU y la falta de una decisión final de la CIJ nos llevan a concluir que determinado uso de la fuerza proveniente de GANE, que logran un grado mínimo de gravedad, pueden dar derecho a los Estados a actuar en legítima defensa incluso cuando el Estado territorial no está involucrado en ellos.

¹² Wilmschurst, Elizabeth. *Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-defence*. Chatham House; The Royal Institute of International Affairs, 2005, principio 6.

¹³ Takemura, Hitomi. *Unmanned Aerial Vehicles: Humanization from International Humanitarian Law*, p. 530.

¹⁴ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, ICJ Reports 2005, p.168, párr. 146-7.

¹⁵ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, Judge Kooijmans Dissenting, ICJ Reports 2005, p. 306, párr. 30.

¹⁶ United Nations Office for Disarmament Affairs. *Study on Armed Unmanned Aerial Vehicles*, pp. 22-3.

Sin embargo, es necesario dilucidar el alcance del derecho en estas situaciones. Las condiciones legales de este tipo de uso de la fuerza varían en su dificultad; por ejemplo, si el Estado territorial da su consentimiento para que el GANE pueda ser atacado por otro Estado, es claro que no surge ningún problema ya que, según el proyecto de artículo 20 sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos,¹⁷ el consentimiento válido excluye la ilicitud de un acto mientras permanezca dentro de los límites de este. En este sentido, si Pakistán autorizó a Estados Unidos a atacar algún objetivo en su territorio, no surge ninguna cuestión de *jus ad bellum* mientras Estados Unidos ataque ese objetivo preciso.¹⁸

El problema surge cuando el consentimiento no es otorgado por el Estado territorial, cuestión que requiere la debida cautela ya que el bombardeo del territorio de un tercer Estado puede constituir en sí mismo un acto de agresión.¹⁹ Algunos han leído en el caso de Actividades Armadas y la opinión consultiva sobre el Muro de manera que pueda considerarse que cuando los actos del GANE no pueden atribuirse al Estado, el uso de la fuerza sin su consentimiento es ilegal.²⁰ No estamos de acuerdo con este punto de vista, ya que en el caso de las Actividades Armadas la CIJ no resolvió la cuestión del uso extraterritorial de la fuerza, sino solo el interestatal.

Otros comentaristas sostienen que los grupos armados no estatales dentro del territorio de un tercer Estado pueden ser atacados sin el consentimiento de este último, ya que el objetivo no es el propio Estado, sino los grupos que actúan desde su territorio.²¹

¹⁷ International Law Commission. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. United Nations; Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1, 2001.

¹⁸ Violaciones a otros regímenes legales que puedan ser causadas por tales ataques, como los que surgen del Derecho Internacional de los derechos humanos, no están dentro del alcance de este artículo.

¹⁹ United Nations General Assembly, resolution 3314 (XXIX) (On the Definition of Aggression).

²⁰ Ahmed, Dawood I. (2013). *Defending Weak States Against the "Unwilling or Unable" Doctrine of Self-Defense*. *Journal of International Law and International Relations* 9, p. 9; véase, también, Ruys, Tom, y Sten Verhoeven. (2005). *Attacks by Private Actors and the Right of Self-defence*. *Journal of Conflict & Security Law* 10, n° 3, p. 319.

²¹ Travalio, Greg y John Altenburg. (2003). *Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force*. *Chicago Journal of International Law* 4, n° 1, p. 119.

La cuestión no resulta clara, en el caso del Canal de Corfú, la CIJ determinó que todo Estado tiene la obligación de “no permitir que ... su territorio sea utilizado para actos contrarios a los derechos de otros Estados”²² lo que, con respecto a nuestra pregunta, significa que el responsable de detener la agresión sería el Estado territorial. En términos abstractos, esta sería una respuesta adecuada; sin embargo, no resiste el golpe de realidad. ¿Qué pasa cuando el Estado es tan débil que no puede cumplir o cuando se trata de un Estado “renegado” que rechaza hacerlo?

Para algunos, el hecho de que el Estado territorial “no pueda o no quiera” detener la agresión le da derecho al Estado atacado a actuar extraterritorialmente en legítima defensa.²³ La práctica estatal al respecto carece de uniformidad; en varios casos, los Estados han defendido la legítima defensa basándose en argumentos de incapacidad o falta de voluntad para apoyar la invasión de sus vecinos.²⁴ Pero la mayoría de las veces las reacciones de la comunidad internacional tienden a ser mixtas,²⁵ lo que dificulta la creación de cualquier norma consuetudinaria. Y aunque algunos autores han identificado una tendencia de los Estados a depender

²² *Corfu Channel case*, Judgment of April 9th, 1949, ICJ Reports 1949, p. 4, p. 22.

²³ Alston, Philip. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. Study on targeted killings*. Human Rights Council, United Nations General Assembly, United Nations; A/HRC/14/24/Add.6, 2010, p. 12 y también Deegan, Michael. (2014). *Unmanned Aerial Vehicles: Legitimate Weapon Systems or Unlawful Angels of Death?*. *Pace International Law Review* 26, n° 2, p. 269.

²⁴ Por ejemplo, en 1995, Turquía lanzó una invasión contra el norte de Irak argumentando que la zona había sido utilizada por tropas del Partido de los Trabajadores del Kurdistán para atacar territorio turco, pero rechazando cualquier violación a la soberanía de Irak por ser este incapaz de controlar el área; argumentos rechazados por la Liga Árabe y varios Estados europeos que exigieron que Turquía retirara sus tropas, aunque EE.UU. reconoció el derecho de Turquía a la autodefensa. Véase Ruys, Tom, y Sten Verhoeven. *Attacks by Private Actors and the Right of Self-defence*, pp. 295-6. Israel sirve como otro ejemplo, en 2003 lanzó un ataque en territorio sirio contra un campo de entrenamiento de terroristas, argumentando que Siria no había hecho nada para detener las agresiones provenientes de los mismos. El ataque israelí fue condenado por varios Estados, pero el Consejo de Seguridad no tomó ninguna medida. Véase Myre, Greg. *Israel Attacks What It Calls a Terrorist Camp in Syria*. *New York Times*, 6 de octubre 2003: disponible en <http://www.nytimes.com/2003/10/06/international/middleeast/06MIDE.html>

²⁵ Ruys, Tom, y Sten Verhoeven. *Attacks by Private Actors and the Right of Self-defence*, p. 296.

más a menudo de la incapacidad / falta de voluntad de otros para justificar acciones defensivas transfronterizas,²⁶ la mayor parte de la práctica parece estar confinada a un puñado de Estados.²⁷

Lamentablemente, el tema no parece estar resuelto por lo que no es posible dar una respuesta concreta, pero es precisamente por esto que los drones jugarán un papel relevante. Hemos mencionado algunas de las características por las cuales los drones son convenientes para los Estados. En este sentido, no es difícil pensar que los drones se utilizarán con más frecuencia. Según las estadísticas públicas, solo EE. UU. ha lanzado más de mil ataques con drones fuera de su territorio y,²⁸ según otro informe, más de 40 países tienen la tecnología para usarlos.²⁹ No estamos argumentando que el uso de drones por sí solo logrará la cristalización del Derecho Internacional consuetudinario sobre el uso de la fuerza extraterritorial, pero consideramos que la proliferación de drones empujará a los Estados a desarrollar un marco legal más claro sobre el tema.

III. JUS IN BELLO

Ahora evaluaremos la compatibilidad de los drones con las reglas del DIH. Es necesario comenzar diciendo que los drones no son un arma sino una plataforma de armas. En principio, considerar que el uso de un dron podría ser lícito / ilegal según el DIH no es diferente a pensar que un determinado modelo de tanque también podría serlo.

Esta idea influye de forma incorrecta en la evaluación de la legalidad de los drones. Algunos autores sostienen que la legalidad de la plataforma

²⁶ Idem, y también Deeks, Ashley S. (2012). “*Unwilling or Unable*”: *Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense*. Virginia Journal of International Law 52, n° 3, pp. 546-7.

²⁷ Ahmed, Dawood I. *Defending Weak States Against the “Unwilling or Unable” Doctrine of Self-Defense*, pp. 11-2.

²⁸ Información disponible en <https://www.thebureauinvestigates.com/category/projects/drones/drones-graphs/>

²⁹ Alston, Philip. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. Study on targeted killings*, p. 9.

depende de la legalidad de las municiones disparadas.³⁰ Si bien la respuesta definitivamente no es incorrecta, cuenta sólo una parte de la historia. Los drones son capaces de transportar y disparar distintos tipos de misiles, pero eso no significa que la valoración de su legalidad deba basarse completamente en las armas que portan. Considérese este argumento desde la perspectiva que ofrecen, por ejemplo, otras plataformas de armas, como las versiones modernas del original lanzacohetes soviético “Katyusha”³¹ utilizado contra Israel a principios del siglo XXI.³² Aunque la plataforma puede cargarse con varios tipos de cohetes, es completamente incapaz de apuntar a objetivos específicos.³³

Téngase en cuenta, también, el M-87 Orkan, descrito por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) como un “arma de alta dispersión no guiada”³⁴ y como un “arma indiscriminada”.³⁵ Esto no hace que el uso de estas plataformas específicas esté completamente prohibido, pero ciertamente limita las situaciones en las que pueden emplearse legalmente, ya que pueden no ser lo suficientemente precisas como para usarse en lugares cercanos a civiles u objetos civiles.³⁶

Algo similar podría suceder con los drones si no logran (como plataforma de armas) algunas características mínimas, es por ello que proposiciones como “un misil disparado desde un dron no es diferente de

³⁰ Jang, Heeyong Daniel. *The Lawfulness of and Case for Combat Drones in the Fight against Terrorism*, p. 10.

³¹ Véase Carafano, James Jay y David D. Gentili. (20 de julio, 2006). *Defanging Hezbollah: A Directed Energy Defense Could Help*. WebMemo no. 1169. The Heritage Foundation.

³² Véase *Jewish Virtual Library*. Hezbollah: Terrorist Attacks Against Israel (2000-2006). Disponible en <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsourc/Terrorism/hizattacks1.html>.

³³ Tucker, Spencer C. *Instruments of War: Weapons and Technologies That Have Changed History: Weapons and Technologies That Have Changed History*. Santa Barbara; Denver: ABC-CLIO, 2015, pp. 276-7.

³⁴ *Prosecutor v Milan Martić*, Judgment, Trial Chamber, ICTY, Case no. IT-95-11-T, 12 June 2007, párr. 463.

³⁵ Idem.

³⁶ Brehm, Maya. *Un-/Acceptable Area Effects? Assessing Risk of Civilian Harm from the Use of Explosive Weapons in Populated Areas in Three Cases before the ICTY*. Weapons and the International Rule of Law, 39th Round Table on Current Issues of International Humanitarian Law, San Remo, 8 al 10 de septiembre 2016. International Institute of Humanitarian Law, pp. 174-5.

cualquier otra arma de uso común”³⁷ son solamente una parte necesaria para responder a su legalidad.

En la opinión consultiva sobre la Legalidad de las Armas Nucleares, la CIJ encontró que bajo el Derecho Internacional la ilegalidad de las armas se formula en términos negativos, en el sentido de que la prohibición surge de una prohibición explícita, no de la ausencia de autorización para su uso.³⁸ Teniendo esto en cuenta, hasta la fecha no existe una convención específica que prohíba los drones, como ocurre con muchos otros tipos de armamento.³⁹ Sin embargo, la ausencia de una prohibición convencional no se traduce en una libertad absoluta para que los Estados utilicen el respectivo armamento, ya que aún debe cumplir con los principios del DIH.

En este sentido, el Derecho Internacional prohíbe el uso de dos extensos tipos de armas durante un conflicto armado: las que causan sufrimientos innecesarios y las que no son capaces de discriminar sus objetivos.⁴⁰ Estas prohibiciones se erigen como los “principios cardinales” del Derecho Humanitario.⁴¹

a. Principio en contra del sufrimiento innecesario

Este principio surgió en la Declaración de San Petersburgo de 1868, en donde los Estados reconocieron que podían lograr sus objetivos legítimos

³⁷ Alston, Philip. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. Study on targeted killings*, párr. 79.

³⁸ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 226, párr. 52.

³⁹ Véanse, por ejemplo, los Protocolos de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados de 10 de octubre de 1980: Protocolo sobre fragmentos no detectables de 10 de octubre de 1980; Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, trampas explosivas y otros artefactos de 3 de mayo de 1996; Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, de 18 de septiembre de 1997, y Protocolo sobre armas láser cegadoras, de 13 de octubre de 1995.

⁴⁰ Blank, Laurie R. (2011-2012). *After “Top Gun”: How Drone Strikes Impact the Law of War*. University of Pennsylvania Journal of International Law 33, n° 3, p. 683.

⁴¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 226, párr. 78.

en la guerra a través de la inhabilitación del mayor número de hombres sin tener que agravar sus sufrimientos o “hacer inevitable su muerte”.⁴²

La expresión más reciente del principio es el artículo 35.2 del Protocolo adicional I (PAI), que establece que “Está prohibido emplear armas, proyectiles y métodos de guerra de tal naturaleza que causen lesiones superfluas o sufrimientos innecesarios”.⁴³

Según este principio, está prohibido causar sufrimientos inútiles a los combatientes si no existe en ello un propósito militar legítimo,⁴⁴ en el sentido de que se prohíben aquellas armas que causen una lesión superflua a un combatiente ya incapacitado.⁴⁵ La CIJ consideró que bajo este principio las partes en un conflicto están limitadas en su elección de armas para dañar al enemigo.⁴⁶

El principio tiene una limitación importante: no prohíbe el sufrimiento en sí mismo, por horrible que sea. La cantidad de sufrimiento no tiene un impacto directo en la legalidad de un arma,⁴⁷ ya que “la necesidad del sufrimiento debe juzgarse según la utilidad militar de las armas”.⁴⁸ Es decir, la prohibición del sufrimiento innecesario “... no se aplica a las armas

⁴² Declaración de renuncia al uso, en tiempo de guerra, de proyectiles explosivos de menos de 400 gramos de peso. San Petersburgo, 29 de noviembre a 11 de diciembre de 1868.

⁴³ 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 del 8 de junio de 1977.

⁴⁴ Greenwood, Christopher. (1998). *The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium*. International Law Studies 71 (1998), p. 194.

⁴⁵ *Agent Orange Product Liability Litigation, Re, Vietnam Association For Victims Of Agent Orange/Dioxin and ors v Dow Chemical Company and ors*, First Instance, 373 F.Supp.2d 7, ILDC 123 (US 2005), 10 de marzo 2005, District Court for the Eastern District of New York, párr. 284.

⁴⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 226, párr. 78.

⁴⁷ Gross, Oren. (2015). *The New Way of War: Is there a duty to use Drones?*. Florida Law Review 67, p. 29.

⁴⁸ Declaración de Ronald J. Bettauer en la Conferencia de Lucerna (25 de septiembre, 1974), reproducido en Carnahan, Burrus M., y Marjorie Robertson. (1996). *The Protocol on “Blinding Laser Weapons”: A New Direction for International Humanitarian Law*. American Journal of International Law 90, n° 3, p. 485.

letales que... causan heridas o sufrimiento para lograr un... objetivo militar apropiado de incapacitar a las tropas enemigas".⁴⁹

Como resultado de este equilibrio, las partes en el conflicto pueden someter a los combatientes enemigos a lo que incluso podría considerarse un sufrimiento masivo, siempre que exista una ventaja militar legítima que lograr. Aunque se han propuesto varios conjuntos de criterios para determinar si un arma causa sufrimiento innecesario, no hay acuerdo sobre cómo decidir en cada caso. Algunos de los más comunes incluyen si el arma causa una discapacidad permanente; la disponibilidad de alternativas para incapacitar al enemigo, o la tasa de mortalidad.⁵⁰

El caso de las armas láser cegadoras es un buen ejemplo. Estas armas, prohibidas desde 1995, se consideran causantes de sufrimientos innecesarios por el hecho de que la ceguera provocada es permanente pero también porque el enemigo podría quedar inutilizado por algún otro medio que no lo afectaría por el resto de su vida.⁵¹ Es decir, el sufrimiento causado al combatiente por cegarlo de manera permanente excede la ventaja militar de incapacitarlo, resultado que también podría obtenerse mediante el uso de otros medios menos *gravosos*.

Si bien varios Estados cuentan con la tecnología para lanzar ataques con drones, nos centraremos en la práctica de Estados Unidos dada su cantidad. Los drones emblemáticos en misiones de combate⁵² son el MQ-1B *Predator*⁵³ y el MQ-9 *Reaper*.⁵⁴ Según sus especificaciones, estos sistemas

⁴⁹ *Agent Orange Product Liability Litigation, Re, Vietnam Association For Victims Of Agent Orange/Dioxin and ors v Dow Chemical Company and ors*, First Instance, 373 F.Supp.2d 7, ILDC 123 (US 2005), 10 de marzo 2005, District Court for the Eastern District of New York, párr. 284.

⁵⁰ Greenwood, Christopher. *The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium*, p. 197, y Carnahan, Burrus M., y Marjorie Robertson. *The Protocol on "Blinding Laser Weapons": A New Direction for International Humanitarian Law*, p. 485.

⁵¹ Dinstein, Yoram. *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*. 3a edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 90.

⁵² Gertler, Jeremiah. *U.S. Unmanned Aerial Systems*, p. 33 et seqq.

⁵³ *MQ-1B Predator, Fact Sheet*, US Air Force, disponible en <http://www.af.mil/AboutUs/FactSheets/Display/tabid/224/Article/104469/mq-1b-predator.aspx>

⁵⁴ *MQ-9 Reaper, Fact Sheet*, US Air Force, disponible en <http://www.af.mil/AboutUs/>

son capaces de transportar tres tipos de armamento: misiles AGM-114 *Hellfire*, bombas GBU-12 *Paveway II* y GBU-38.

En el caso de los drones, al ser plataformas de armas, el sufrimiento innecesario que pueden causar radica, principalmente, en las armas que disparan. Como tal, es la legalidad de estos proyectiles la que debería evaluarse,⁵⁵ ya que los drones ni siquiera serían capaces de violar el principio por sí mismos.⁵⁶ Además, no hay evidencia que sugiera que un misil *Hellfire* lanzado desde un dron cause más sufrimiento que el mismo misil lanzado desde otra plataforma.⁵⁷

Aunque el análisis de estas armas está más allá del alcance de este artículo, basta con decir que todas ellas están clasificadas como “bombas inteligentes” ya que utilizan sistemas de guía avanzados.⁵⁸ Además, se han fabricado desde principios de los 90 y se han utilizado en varios conflictos. Somos conscientes de que, en abstracto, nada de esta información es determinante para el cumplimiento del principio de sufrimiento innecesario; creemos, sin embargo, que sí sugiere esa conclusión. En este sentido, si un misil *Hellfire*, o cualquier otro de los proyectiles mencionados, se considera suficientemente lícito para ser utilizado al menos en determinadas situaciones de combate, entonces no importará que sea lanzado desde un dron o desde cualquier otra plataforma, siempre que ésta sea capaz de explotar efectivamente las características de la propia munición, cuestión que se analizará más adelante y que constituye gran parte de la legalidad de la plataforma de armas.

FactSheets/Display/tabid/224/Article/104470/mq-9-reaper.aspx_

⁵⁵ Boothby, William H. *Weapons and the Law of Armed Conflict*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 230-1.

⁵⁶ Wuschka, Sebastian. (2011). *The Use of Combat Drones in Current Conflicts - A Legal Issue or a Political Problem?*. Goettingen Journal of International Law 3, n° 3, p. 895.

⁵⁷ Vogel, Ryan J. (2010-2011). *Drone Warfare and the Law of Armed Conflict*. Denver Journal of International Law and Policy 39, n° 1, p. 128.

⁵⁸ *AGM-114 Hellfire*, FAS Military Analysis Network, disponible en <http://fas.org/man/dod-101/sys/missile/agm-114.htm>; *Guided Bomb Unit-12 (GBU-12) Paveway II*, FAS Military Analysis Network, disponible en <http://fas.org/man/dod-101/sys/smart/gbu-12.htm>; *Joint Direct Attack Munition (JDAM)* GBU-29, GBU-30, GBU-31, GBU-32, FAS Military Analysis Network, disponible en <http://fas.org/man/dod-101/sys/smart/jdam.htm>

b. Principio de discriminación

El segundo principio cardinal del DIH funciona en dos niveles y comprende tres principios.⁵⁹ El principio prohíbe el uso de armas cuyos efectos sea indiscriminados, pero también prohíbe que las armas se utilicen indiscriminadamente, sean capaces o no de discriminar objetivos.⁶⁰ Nos centraremos en determinar si los drones son capaces de cumplir con este principio en lugar de determinar si pueden usarse indiscriminadamente por dos razones, primero no estamos discutiendo un método específico de guerra que involucre drones, sino si los drones son legales / ilegales en la guerra moderna y segundo, porque cualquier arma, sin importar sus características, puede usarse de manera indiscriminada, lo que no significa que el arma esté prohibida sino sólo que el uso específico sí lo está.

El principio de discriminación está compuesto por los principios de distinción, proporcionalidad y precaución.⁶¹ Los tres están consagrados en normas convencionales, pero también forman parte del Derecho Internacional consuetudinario.⁶² El propósito de estos principios es garantizar que la conducción de las hostilidades respete a las personas más vulnerables.

i. Distinción

El principio está codificado en PAI y en el Protocolo Adicional II (PAII).⁶³ El artículo 48 del PAI establece la obligación de las partes de distinguir entre objetivos civiles / civiles y combatientes / objetivos militares y de dirigir sus ataques únicamente contra estos últimos. Estas obligaciones también se expresan por separado en los artículos 51.2 y 52.2 del PAI. En cuanto a los conflictos armados no internacionales (CANI), el artículo 13.2

⁵⁹ Greenwood, Christopher. *The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium*, p. 199

⁶⁰ Idem.

⁶¹ We obviate the differences in terminology on the principles under Discrimination and follow Greenwood in his categorization.

⁶² Véanse, entre otras, las reglas 1, 14 y 15 en la base de datos sobre derecho humanitario consuetudinario preparada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, disponible en <https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>

⁶³ 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 del 8 de junio de 1977.

del PAII contiene la obligación de no atacar directamente a la población civil.

El corolario de este principio es que los objetos civiles / civiles deben ser protegidos de los sufrimientos del combate,⁶⁴ lo que también genera una obligación subyacente para las partes de distinguir a la población civil⁶⁵ para evitar el debilitamiento potencial de estas protecciones. En resumen, el principio de distinción nos dice quiénes pueden ser legalmente un objetivo durante un conflicto armado.⁶⁶

La protección brindada se extiende también a otras personas, como los combatientes heridos o capturados,⁶⁷ pero cesa para los civiles “mientras participen directamente en las hostilidades”.⁶⁸

Existe un amplio desacuerdo con respecto a la idea de participación directa en las hostilidades⁶⁹ ya que no ha sido posible determinar el contenido de los conceptos que la componen, lo que dificulta el surgimiento de una definición común.⁷⁰ En el caso del concepto de “participación directa”, algunos Estados han adoptado una interpretación excesivamente amplia. Por ejemplo, Israel ha decidido incluir en él a los civiles que recopilan información militar incluso cuando no está relacionada con las hostilidades;

⁶⁴ Véase el artículo 51.1 del 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 del 8 de junio de 1977.

⁶⁵ Véase Gross, Oren. *The New Way of War: Is there a duty to use Drones?*, p. 28 y Blank, Laurie R. *After “Top Gun”: How Drone Strikes Impact the Law of War*, p. 690.

⁶⁶ Blank, Laurie R. *After “Top Gun”: How Drone Strikes Impact the Law of War*, p. 689.

⁶⁷ Véase el artículo 41 del 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 del 8 de junio de 1977.

⁶⁸ Artículo 51.3 del 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 del 8 de junio de 1977, véase también el artículo 13 del 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 de 8 de junio de 1977.

⁶⁹ Jenks, Chris. *Law from above: Unmanned Aerial Systems, Use of Force, and the Law of Armed Conflict*, p. 666.

⁷⁰ Goppel, Anna. *Killing Terrorists: A Moral and Legal Analysis*. Berlin; Boston: Walter de Gruyter, 2013, p. 113.

y también los que “prestan servicio a... [los combatientes ilegales], sin importar la distancia del campo de batalla a la que se encuentren”.⁷¹ Mientras que Estados Unidos incluso ha atacado a narcotraficantes acusados de financiar a los talibanes.⁷²

Con respecto al período de tiempo durante el cual los civiles pueden ser atacados, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha dicho que “‘civil’ se define negativamente como cualquier persona que no sea miembro de las fuerzas armadas o de un grupo militar organizado que pertenezca a una parte en conflicto.”⁷³ Lo que implica que los miembros de estos grupos pueden ser atacados en todo momento. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ideó el concepto de “función de combate continuo” para distinguir a los miembros del ala militar del GANE de los civiles que participan intermitentemente en las hostilidades y de los miembros del grupo que realizan tareas administrativas, con la diferencia relevante de que, en contraste con este último, aquellos con funciones de combate continuas pueden ser atacados en cualquier momento.⁷⁴

Las prohibiciones comprendidas en el principio de distinción son de carácter absoluto⁷⁵ y su violación se considera un crimen de guerra.⁷⁶ En ningún caso los beligerantes pueden lanzar un ataque directo contra civiles / objetos de carácter civil.

⁷¹ *Public Committee against Torture in Israel and Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v Israel and ors*, Original Petition to the High Court of Justice, Case No HCJ 769/02, 14 de diciembre de 2006, Supreme Court as Court of First Instance, párr. 35.

⁷² Véase Alston, Philip. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. Study on targeted killings*, párrafos 21 y 68; Casey-Maslen, Stuart. *Pandora's Box? Drone strikes under jus ad bellum, jus in bello and international human rights law*, p. 612 y también Kaag, John J., y Sarah E. Kreps. *Drone Warfare*, p. 122.

⁷³ Véase *Prosecutor v. Galića*, Judgment, Trial Chamber, ICTY, Case No. IT-98-29-T, 5 December 2003, párr. 47.

⁷⁴ Melzer, Nils. *Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*. Geneva: International Committee of the Red Cross, 2009, pp. 33-34.

⁷⁵ Greenwood, Christopher. *The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium*, p. 200.

⁷⁶ Véanse los artículos 8.2.b.i y ii del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, United Nations, Treaty Series, vol. 2187, p. 3.

En cuanto al uso de drones de acuerdo con el principio de distinción, el sistema de armas debe ser capaz de ejercer dos funciones: primero, debe poder distinguir entre objetos civiles / civiles y objetivos militares, pero también debe ser capaz de dirigir sus ataques con precisión; este elemento, como se mencionó anteriormente, constituye una parte importante del debate a zanjar cuando se trata de determinar la legalidad de una determinada plataforma de armas.

Estas tareas residen en las capacidades del sistema, pero también, como en el caso del principio de sufrimiento innecesario, en el armamento que lleva el dron. Hemos mencionado anteriormente que los proyectiles comúnmente utilizados son “bombas inteligentes”, lo que implica su capacidad para dirigirse a objetivos precisos por lo que no resulta necesario mayor análisis al respecto.

Por otro lado, por el hecho de que el operador del dron se encuentra a varios kilómetros de donde se desarrollan las hostilidades, se podría pensar que el dron es incapaz de distinguir objetivos con la precisión suficiente para dirigir correctamente sus “bombas inteligentes”. Sin embargo, en el caso de los drones, esta es una apreciación incorrecta.⁷⁷

Los drones de combate están equipados con sistemas de orientación, que incluyen sensores infrarrojos, cámaras con intensificación de imágenes y designadores láser,⁷⁸ que garantizan que sus operadores confíen en información visual mejorada antes de atacar. Además, los operadores que trabajan en relevos y la resistencia de vuelo que ofrecen los drones⁷⁹ permiten que los objetivos sean seguidos e identificados minuciosamente antes de atacarlos.⁸⁰

⁷⁷ Schmitt, Michael N. *Drone Attacks under the Jus ad Bellum And Jus in Bello: Clearing the 'fog of law'*, p. 320.

⁷⁸ Tanto el MQ-1B Predator como el MQ-9 Reaper llevan el Sistema de Orientación Multiespectral, que “proporciona vigilancia de largo alcance, adquisición de objetivos, seguimiento, determinación de distancia y designación láser ... [así como] múltiples campos de visión, electrónicos zoom y seguimiento de video multimodo...” Véase *Multi-Spectral Targeting System (MTS)*, Raytheon, disponible en <http://www.raytheon.com/capabilities/products/mts/>

⁷⁹ Gertler, Jeremiah. *U.S. Unmanned Aerial Systems*, p. 35; y también *Predator B RPA*, General Atomics Aeronautical, disponible en <http://www.ga-asi.com/predator-b>

⁸⁰ Jenks, Chris. *Law from above: Unmanned Aerial Systems, Use of Force, and the Law of Armed Conflict*, p. 669.

Desde esta perspectiva, el uso de drones puede incluso contribuir a reducir los ataques ilícitos contra civiles,⁸¹ pero sólo si se utilizan precisamente con tal intención.

ai. **Proporcionalidad**

El DIH solo prohíbe atacar a civiles / objetos de carácter civil directamente, pero no prohíbe dañarlos. Se permite el daño incidental a civiles siempre que la ventaja militar esperada supere al daño.⁸² El principio está consagrado en el artículo 51.5 del PAI y su carácter habitual lo hace aplicable también a los CANI.⁸³

La proporcionalidad contiene dos conceptos clave que le dan forma. Por un lado, el carácter incidental del daño causado a los civiles limita el daño en sí. A diferencia del principio de distinción, la proporcionalidad no es absoluta⁸⁴ y permite una divergencia de este carácter en el sentido de que el daño permitido debe ser involuntario.⁸⁵ Esto tiene dos consecuencias; en primer lugar, excluye cualquier daño deliberado a civiles, pero también evita que el ataque sea ilegal sólo porque se les haya hecho algún daño siempre que éste se mantenga dentro de ciertos límites.⁸⁶

Por otro lado, la ventaja militar es más difícil de definir ya que responde al carácter de la situación, siendo una determinación subjetiva hecha en el campo de batalla.⁸⁷ No obstante, se ha planteado que la ventaja

⁸¹ Jang, Heeyong Daniel. *The Lawfulness of and Case for Combat Drones in the Fight against Terrorism*, p. 13

⁸² Kaag, John J., y Sarah E. Kreps. *Drone Warfare*, p. 128

⁸³ Véase la regla 14 en la base de datos del CICR, disponible en https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule14#Fn_62_33

⁸⁴ Greenwood, Christopher. *The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium*, p. 201.

⁸⁵ En el caso Blaškić, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia amplió el razonamiento para incluir *situaciones* en las que “era imposible no saber que se estaba atacando a civiles o bienes de carácter civil...” *Lašva Valley, Prosecutor v Blaškić (Tihomir)*, Judgment, Trial Chamber, ICTY, Case No IT-95-14-T, 3rd March 2000, párr. 180.

⁸⁶ Crawford, Emily, y Alison Pert. *International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 45.

⁸⁷ Jenks, Chris. *Law from above: Unmanned Aerial Systems, Use of Force, and the Law of Armed Conflict*, p. 667.

militar obtenida debe ser “sustancial y relativamente cercana”⁸⁸ rechazando aquellas “apenas perceptibles y las que sólo aparecerían a largo plazo”⁸⁹ o que son “nebulosas... como el efecto sobre la moral del enemigo”.⁹⁰ También debe entenderse la ventaja militar considerando la totalidad del conflicto y no limitada al ataque específico.⁹¹ Por supuesto, esto tiene un impacto en el alcance de la decisión tomada porque no todos los combatientes tienen la misma cantidad de información, lo que en consecuencia limita su comprensión de los efectos del ataque en relación con el conflicto.

Sin embargo, el DIH no determina cómo se supone que deben equilibrarse dos “valores e intereses”⁹² en conflicto tan diferentes como la vida civil y la ventaja militar,⁹³ y la CIJ ha rechazado la posibilidad de una prueba mecánica para determinar la proporcionalidad argumentando que “cuanto mayor es la ventaja militar, mayor será la voluntad de tolerar mayores niveles de sufrimiento”.⁹⁴

Es por ello que la proporcionalidad no se puede medir con un simple recuento de cuerpos de combatientes y civiles.⁹⁵ Estos enfoques se concentran en resultados cuando la prueba de proporcionalidad se basa en expectativas. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha decidido que para determinar “si un ataque fue proporcionado es necesario examinar si una

⁸⁸ Sandoz, Yves, Christophe Swinarski, and Bruno Zimmermann. *Commentary on the Additional Protocols*. Geneva: International Committee of the Red Cross, 1987, párr. 2209.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Greenwood, Christopher. *The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium*, p. 200.

⁹¹ *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims - Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25, and 26*, Eritrea v Ethiopia, Partial award, ICGJ 356 (PCA 2005), 19th December 2005, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, párr. 113.

⁹² *Public Committee against Torture in Israel and Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v Israel and ors*, Original Petition to the High Court of Justice, Case No HCJ 769/02, 14th December 2006, Supreme Court as Court of First Instance, párr. 45.

⁹³ Dill, Janina. *Applying the Principle of Proportionality in Combat Operations*. Oxford: Oxford Institute for Ethics, Law, and Armed Conflict, 2010, p. 3.

⁹⁴ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 226, párr. 97.

⁹⁵ Jenks, Chris. *Law from above: Unmanned Aerial Systems, Use of Force, and the Law of Armed Conflict*, p. 667.

persona razonablemente bien informada ... haciendo un uso razonable de la información disponible ... podría haber esperado un número excesivo de víctimas civiles ...”⁹⁶

La naturaleza material de este principio hace imposible decir la última palabra sobre la capacidad de los drones para cumplir con el mismo, pero dadas sus características, los drones son capaces de reducir no solo las bajas del ejército atacante sino también los daños colaterales.⁹⁷ Según declaraciones de funcionarios estadounidenses, el 95% de los proyectiles lanzados desde el *Predator* alcanzaron el objetivo previsto, mientras que el resto fallaron debido a fallas mecánicas o modificaciones de última hora en la posición del objetivo.⁹⁸ Además, los misiles disparados por drones tienen un radio de explosión más pequeño que los que normalmente llevan otras aeronaves, lo que podría reducir el daño colateral.⁹⁹

Sin embargo, los ataques deben juzgarse caso por caso, ya que la proporcionalidad depende no solo de los medios y métodos elegidos, sino también del objetivo que se va a atacar y su contexto situacional. La hora, el lugar, la cantidad de civiles cercanos, la relevancia del objetivo, entre otros, son elementos que influyen directamente en la legalidad de un ataque bajo estos principios.¹⁰⁰

bi. Precaución

De acuerdo con este principio, los combatientes tienen la obligación de tomar “cuidados constantes” para “salvar a la población civil”.¹⁰¹ El

⁹⁶ *Prosecutor v. Galića*, Judgment, Trial Chamber, ICTY, Case No. IT-98-29-T, 5 December 2003, párr. 58.

⁹⁷ Feil, Jessica A. (2012-2013). *Cyberwar and Unmanned Aerial Vehicles: Using New Technologies, from Espionage to Action*. Case Western Reserve Journal of International Law 45, pp. 519 y 531.

⁹⁸ Véase Northam, Jackie. *Popularity Of Drones Takes Off For Many Countries*. National Public Radio, 11 de julio 2011: disponible en <http://www.npr.org/2011/07/11/137710942/popularity-of-drones-takes-off-for-many-countries>.

⁹⁹ Casey-Maslen, Stuart. *Pandora's Box? Drone strikes under jus ad bellum, jus in bello and international human rights law*, p. 607.

¹⁰⁰ Vogel, Ryan J. (2010-2011). *Drone Warfare and the Law of Armed Conflict*. Denver Journal of International Law and Policy 39, n° 1, p. 127.

¹⁰¹ Véase el artículo 57 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto

artículo 57 del PAI asegura que los planificadores del ataque “hagan todo lo factible” para garantizar que los objetivos protegidos no se vean excesivamente afectados por él.

Esta obligación general se despliega en requisitos específicos para cumplir con el principio. Por ejemplo, las medidas a tomar incluyen: La verificación del estatus no protegido del objetivo; la elección correcta de los medios y métodos de guerra para minimizar los daños colaterales; la certera determinación de que el ataque no será de carácter desproporcionado, entre otros.¹⁰²

“Factible” según el artículo 57 significa que las precauciones que deben tomarse son sólo “aquellas medidas practicables o prácticamente posibles”¹⁰³ considerando las circunstancias en las que se lanza el ataque. En este sentido, lo que signifiquen las medidas cautelares dependerá de varios factores como la urgencia del ataque, el control que se ejerza sobre el territorio o el riesgo agregado que corren los combatientes al implementar las medidas.¹⁰⁴

Como tal, este principio está íntimamente relacionado con la distinción y la proporcionalidad, disponiendo el deber de dar los pasos previos necesarios para cumplir con los otros dos principios, al obligar a las partes a recabar información -por los medios disponibles- sobre sus objetivos para determinar el estatus de estos antes de lanzar el ataque.¹⁰⁵

Mencionamos anteriormente cómo la tecnología usada en los drones permite una mejor identificación de los objetivos a través de su monitoreo

de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales del 8 de junio de 1977.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ *Western and Eastern Fronts—Ethiopia’s Claims 1 and 3*, Ethiopia v Eritrea, Partial Award, ICGJ 357 (PCA 2005), 19th December 2005, Eritrea-Ethiopia Claims Commission at para 33. Also see *Central Front—Ethiopia’s Claim 2*, Eritrea and Ethiopia, Partial Award, ICGJ 353 (PCA 2004), 28th April 2004, la Comisión afirmó, en el párrafo 110 que “La ley requiere todas las precauciones “factibles”, no precauciones que son prácticamente imposibles.”

¹⁰⁴ Pejic, Jelena. *Extraterritorial targeting by means of armed drones: Some legal implications*, p. 87.

¹⁰⁵ Rosén, Frederik. (2014). *Extremely Stealthy and Incredibly Close: Drones, Control and Legal Responsibility*. Journal of Conflict and Security Law 19, n° 1, p. 15.

continuo. En el caso de la precaución, esta tecnología también permite la actualización en tiempo real de las medidas preventivas para elegir el momento preciso en el que la población civil cercana pudiera no ser motivo de preocupación para realizar un ataque.¹⁰⁶

Además, los ataques con drones pueden parecer ventajosos desde el punto de vista del principio de precaución, ya que los drones no sufren los efectos de la fatiga ni se arriesgan a tomar decisiones apresuradas debido al peligro circundante y, si bien las probabilidades de actuar con información defectuosa aún existen, los operadores de drones dependen unos de otros para lanzar el ataque.¹⁰⁷

Los beneficios que generan los drones no sólo en el ataque sino también en la recolección de información pueden incluso hacer obligatorio su uso para cumplir con los estándares de precaución. Esto sería así por el funcionamiento del concepto de “factibilidad”. Si es viable para un Estado desplegar drones para recopilar inteligencia, entonces el estándar de lo que significa “factible” aumentaría, haciendo su uso obligatorio.¹⁰⁸ Además, el uso de drones haría más difícil para los Estados argumentar que se basan en datos defectuosos, ya que los drones pueden proporcionar información mejorada que a su vez limitaría el margen para que los Estados cometan errores.¹⁰⁹

c. *Estatus de los operadores de drones bajo el DIH*

Se podría pensar que los operadores de drones representan un problema especial para el DIH bajo dos consideraciones. En primer lugar, la naturaleza de los drones y el secreto que rodea su uso han hecho posible que

¹⁰⁶ Casey-Maslen, Stuart. *Pandora's Box? Drone strikes under jus ad bellum, jus in bello and international human rights law*, p. 607; también Jenks, Chris. *Law from above: Unmanned Aerial Systems, Use of Force, and the Law of Armed Conflict*, p. 669.

¹⁰⁷ Jang, Heeyong Daniel. *The Lawfulness of and Case for Combat Drones in the Fight against Terrorism*, p. 20.

¹⁰⁸ Véase Rosén, Frederik. *Extremely Stealthy and Incredibly Close: Drones, Control and Legal Responsibility*, en general.

¹⁰⁹ Véase Jang, Heeyong Daniel. *The Lawfulness of and Case for Combat Drones in the Fight against Terrorism*, en general.

personal no adscrito a las fuerzas armadas participe en las hostilidades, lo que da lugar a algunas preguntas sobre el estatus legal de estos operadores. En segundo lugar, la tecnología de drones ha planteado dudas sobre la posibilidad de atacar a los operadores fuera del teatro de hostilidades. Ambos temas merecen algunos comentarios.

Según el Derecho Internacional, no todas las personas tienen derecho a participar en hostilidades de forma lícita; sólo quienes actúen bajo el privilegio del beligerante podrán participar legítimamente en el combate, gozar de la condición de prisionero de guerra en caso de captura y estar protegidos de enjuiciamiento por sus acciones –dentro de determinado límite- durante el conflicto.¹¹⁰

El artículo 4 de la Convención de Ginebra III menciona las categorías de personas que pueden participar en el combate disfrutando de estas protecciones.¹¹¹ El artículo establece varias condiciones que deben cumplir los civiles para ser incluidos en esa categoría: actuar bajo un mando responsable; tener un signo distintivo fijo; portar armas abiertamente; llevar a cabo sus operaciones de acuerdo con las leyes de la guerra.¹¹²

En el caso de los operadores de drones que son miembros de las fuerzas armadas no existe un problema con respecto a su estatus y en consecuencia están protegidos por el artículo 4 de la Convención de Ginebra III, pero los operadores civiles de drones tendrían que cumplir con las condiciones mencionadas para poder lograr el estatus de prisionero de guerra y, lo que es más importante, ser inmunes a procesos penales

Aunque no discutiremos si los civiles supuestamente deben portar armas de manera abierta en su país de origen o si tienen que usar uniformes cuando los signos distintivos en los drones serían suficientes, debemos mencionar que la práctica estadounidense reciente con respecto a la

¹¹⁰ Nabors, Steve. “A Right to Fight: The Belligerent’s Privilege.” In *Rethinking International Law and Justice*, editado por Charles Sampford, Spencer Zifcak y Derya Aydin Okur. Routledge, 2016.

¹¹¹ Véase el artículo 4 del Convenio (III) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Ginebra, 12 de agosto de 1949.

¹¹² Ibidem, artículo 4.2

participación de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) en hostilidades con drones, ha sido considerada por algunos de manera tal que los funcionarios de la CIA son combatientes ilegales y, como tales, responsables de los actos cometidos en combate.¹¹³

En cuanto a la segunda cuestión, algunos comentaristas consideran que “las hostilidades ... ocurren dentro de zonas limitadas... Sólo en esas zonas es permisible matar a los combatientes enemigos...”.¹¹⁴ En consecuencia, atacar a un operador que controla un dron desde un lugar ubicado fuera del teatro de operaciones sería cuestionable. Sin embargo, el argumento no parece tener mucho apoyo. Los tribunales internacionales han adoptado la posición de que la aplicación del DIH se extiende a todo el territorio del Estado donde tiene lugar el conflicto, sin limitarse al frente de guerra o al “teatro real de operaciones de combate”.¹¹⁵ En el caso Akayesu, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) consideró que el artículo 3 común “... debe aplicarse en todo el territorio del Estado involucrado en el conflicto”.¹¹⁶

La práctica de los Estados también contradice el argumento. Lewis hace referencia a varios escenarios en los que los Estados utilizaron la fuerza lejos del frente de guerra sin que se volviera ilegal la selección de objetivos en esas zonas.¹¹⁷

¹¹³ Véase *Rise of Drones II: Examining the Legality of Unmanned Targeting. Hearing. Subcommittee on National Security and Foreign Affairs, Committee on Oversight and Government Reform-House of Representatives*; Serial No. 111–120, 28 April 2010, p. 62 et seqq. También Vogel, Ryan J. (2010–2011). *Drone Warfare and the Law of Armed Conflict*. *Denver Journal of International Law and Policy* 39, nº 1, p. 135.

¹¹⁴ O’Connell, Mary Ellen. *Lawful Use of Combat Drones. Rise of Drones II: Examining the Legality of Unmanned Targeting. Hearing. Subcommittee on National Security and Foreign Affairs, Committee on Oversight and Government Reform-House of Representatives*, 28 April 2010, p. 4.

¹¹⁵ *Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, Judgement and Sentence, ICTR, ICTR-96-3-T, 6 December 1999, párr. 102-3.

¹¹⁶ *Prosecutor v Jean-Paul Akayesu*, Judgement, ICTR, ICTR-96-4-T, 2 September 1998, párr. 635.

¹¹⁷ Lewis, Michael W. (2011–2012). *Drones and the Boundaries of the Battlefield*. *Texas International Law Journal* 47, pp. 302–4.

En consecuencia, no es posible argumentar que la ubicación geográfica del operador del dron limite la posibilidad de atacarle por participar en el conflicto.

IV. ARGUMENTOS FINALES

A lo largo de este artículo, hemos visto el impacto que han tenido los drones sobre la manera en la cual los Estados hacen la guerra y cómo su uso podría presionarlos para generar un marco legal más claro con respecto al uso extraterritorial de la fuerza.

También encontramos que los drones son capaces de distinguir entre objetivos, lanzar ataques suficientemente precisos y permitir que las partes en conflicto tomen las medidas necesarias para asegurar una disminución de los daños colaterales causados, mientras que el sufrimiento causado por su operación no excede aquel provocado por otras plataformas que utilicen proyectiles iguales o similares. Estas características los harían lícitos para su uso en combate.

Que los drones sean capaces, en lo abstracto, de cumplir con los principios básicos del DIH no significa que no puedan utilizarse de forma ilícita. Como cualquier otra arma, la mayoría de las veces los drones solo tendrán los efectos que los combatientes quieran que tengan. Esto se puede observar en aquellos casos en que los drones se han utilizado de forma cuestionable.¹¹⁸ Sin embargo, estos casos no los vuelven intrínsecamente ilegales, sino que, en todo caso, cuestionan la legitimidad de tales tácticas.

¹¹⁸ Estamos pensando, por ejemplo, en los llamados ataques de firma y tácticas de doble toque. Véase Rhode, David. *What the United States Owes Warren Weinstein*. The Atlantic, 28 de abril 2015: disponible en <http://www.theatlantic.com/international/archive/2015/04/warren-weinstein-drones/391655/>; Shinkman, Paul D. *Obama, CIA Cornered Into Troubling 'Signature Strikes'*. US News, 18 de junio 2015: disponible en <http://www.usnews.com/news/articles/2015/06/18/obama-cia-returning-to-controversial-drone-signature-strikes>; y McKelvey, Tara. *Drones kill rescuers in 'double tap', say activists*. BBC News Magazine, 22 de octubre 2013: disponible en <http://www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-24557333>

Adicionalmente a través del análisis de los principios básicos del DIH nos hemos dado cuenta de que, más allá de ser un desafío para el DIH, los drones pueden ayudar a fortalecer el régimen legal y garantizar el cumplimiento de las partes en conflicto al brindarles más recursos para asegurar que sus ataques sean dirigidos sólo a objetivos legítimos y lanzados en momentos en que los civiles corren menos riesgo, por lo que su uso puede ser incluso deseable.

BIBLIOGRAFÍA

Ahmed, Dawood I. (2013) *Defending Weak States Against the “Unwilling or Unable” Doctrine of Self-Defense*. Journal of International Law and International Relations 9, 1-36.

Alston, Philip. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. Study on targeted killings*. Human Rights Council, United Nations General Assembly, United Nations; A/HRC/14/24/Add.6, 2010.

Blank, Laurie R. (2011-2012). *After “Top Gun”: How Drone Strikes Impact the Law of War*. University of Pennsylvania Journal of International Law 33, nº 3, 675-718.

Boothby, William H. *Weapons and the Law of Armed Conflict*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Brehm, Maya. *Un-/Acceptable Area Effects? Assessing Risk of Civilian Harm from the Use of Explosive Weapons in Populated Areas in Three Cases before the ICTY*. Weapons and the International Rule of Law, 39th Round Table on Current Issues of International Humanitarian Law, San Remo, 8 al 10 de septiembre 2016. International Institute of Humanitarian Law, 167-185.

Carafano, James Jay y David D. Gentilli. (20 de julio, 2006). *Defanging Hezbollah: A Directed Energy Defense Could Help*. WebMemo no. 1169. The Heritage Foundation.

Carnahan, Burrus M., y Marjorie Robertson. (1996). *The Protocol on "Blinding Laser Weapons": A New Direction for International Humanitarian Law*. American Journal of International Law 90, n° 3, 484-490.

Casey-Maslen, Stuart. (2012). *Pandora's Box? Drone strikes under jus ad bellum, jus in bello and international human rights law*. International Review of the Red Cross 94, n° 886, 597-625.

Crawford, Emily, y Alison Pert. *International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Deegan, Michael. (2014). *Unmanned Aerial Vehicles: Legitimate Weapon Systems or Unlawful Angels of Death?*. Pace International Law Review 26, n° 2, 249-285.

Deeks, Ashley S. (2012). *"Unwilling or Unable": Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense*. Virginia Journal of International Law 52, n° 3, 483-550.

Dill, Janina. *Applying the Principle of Proportionality in Combat Operations*. Oxford: Oxford Institute for Ethics, Law, and Armed Conflict, 2010.

Dinstein, Yoram. *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*. Third edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

Feil, Jessica A. (2012-2013) *Cyberwar and Unmanned Aerial Vehicles: Using New Technologies, from Espionage to Action*. Case Western Reserve Journal of International Law 45, 513-544.

Gertler, Jeremiah. *U.S. Unmanned Aerial Systems*. Washington, D.C.: Congressional Research Service, 2012.

Giladi, Rotem. (2008). *The Jus ad Bellum/Jus in Bello Distinction and the Law of Occupation*. Israel Law Review 41, n° 1 & 2, 246-301.

Goppel, Anna. *Killing Terrorists: A Moral and Legal Analysis*. Berlin; Boston: Walter de Gruyter, 2013.

Greenwood, Christopher. (1998). *The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium*. International Law Studies 71, 185-231.

Gross, Oren. (2015). *The New Way of War: Is there a duty to use Drones?*. Florida Law Review 67, 1-72.

International Law Commission. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. United Nations; Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1, 2001.

Jang, Heeyong Daniel. (2013-2014). *The Lawfulness of and Case for Combat Drones in the Fight against Terrorism*. National Security Law Journal 2, 1-42.

Jenks, Chris. (2009). *Law from above: Unmanned Aerial Systems, Use of Force, and the Law of Armed Conflict*. North Dakota Law Review 85, 649-671.

Jewish Virtual Library. «Hezbollah: Terrorist Attacks Against Israel (2000-2006).» disponible en <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Terrorism/hizattacks1.html>.

Kaag, John J., y Sarah E. Kreps. *Drone Warfare*. Cambridge; Malden: Polity Press, 2014.

Lewis, Michael W. (2011-2012). *Drones and the Boundaries of the Battlefield*. Texas International Law Journal 47, 293-314.

McKelvey, Tara. *Drones kill rescuers in 'double tap', say activists*. BBC News Magazine, 22 de octubre 2013: disponible en <http://www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-24557333>.

Melzer, Nils. *Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*. Geneva: International Committee of the Red Cross, 2009.

Myre, Greg. *Israel Attacks What It Calls a Terrorist Camp in Syria*. New York Times, 6 de octubre 2003: disponible en <http://www.nytimes.com/2003/10/06/international/middleeast/06MIDE.html>.

Nabors, Steve. *A Right to Fight: The Belligerent's Privilege*. In *Rethinking International Law and Justice*, editado por Charles Sampford, Spencer Zifcak y Derya Aydin Okur. Routledge, 2016.

Northam, Jackie. *Popularity Of Drones Takes Off For Many Countries*. National Public Radio, 11 de julio 2011: disponible en <http://www.npr.org/2011/07/11/137710942/popularity-of-drones-takes-off-for-many-countries>.

O'Connell, Mary Ellen. *Lawful Use of Combat Drones. Rise of Drones II: Examining the Legality of Unmanned Targeting*. Hearing. Subcommittee on National Security and Foreign Affairs, Committee on Oversight and Government Reform-House of Representatives, 28 de abril 2010.

Pejic, Jelena. (2014). *Extraterritorial targeting by means of armed drones: Some legal implications*. International Review of the Red Cross 96, n° 893, 67-106.

Rhode, David. *What the United States Owes Warren Weinstein*. The Atlantic, 28 de abril 2015: disponible en <http://www.theatlantic.com/international/archive/2015/04/warren-weinstein-drones/391655/>.

Rise of Drones II: Examining the Legality of Unmanned Targeting. Hearing. Subcommittee on National Security and Foreign Affairs, Committee on Oversight and Government Reform-House of Representatives; Serial No. 111-120, 28 de abril 2010.

Rosén, Frederik. (2014). *Extremely Stealthy and Incredibly Close: Drones, Control and Legal Responsibility*. Journal of Conflict and Security Law 19, n° 1, 113-131.

Ruys, Tom, y Sten Verhoeven. (2005). *Attacks by Private Actors and the Right of Self-defence*. Journal of Conflict & Security Law 10, n° 3, 289-320.

Sandoz, Yves, Christophe Swinarski, y Bruno Zimmermann. *Commentary on the Additional Protocols*. Geneva: International Committee of the Red Cross, 1987.

Schmitt, Michael N. (2010). *Drone Attacks under the Jus ad Bellum And Jus in Bello: Clearing the 'fog of law'*. Yearbook of International Humanitarian Law 13, 311-326.

Shinkman, Paul D. *Obama, CIA Cornered Into Troubling 'Signature Strikes'*. US News, 18 de junio 2015: disponible en <http://www.usnews.com/news/>

articles/2015/06/18/obama-cia-returning-to-controversial-drone-signature-strikes.

Takemura, Hitomi. (2014). *Unmanned Aerial Vehicles: Humanization from International Humanitarian Law*. Wisconsin International Law Journal 32, nº 3, 521-546.

Travalio, Greg, y John Altenburg. (2003). *Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force*. Chicago Journal of International Law 4, nº 1, 97-119.

Tucker, Spencer C. *Instruments of War: Weapons and Technologies That Have Changed History: Weapons and Technologies That Have Changed History*. Santa Barbara; Denver: ABC-Clio, 2015.

United Nations Office for Disarmament Affairs. *Study on Armed Unmanned Aerial Vehicles*. New York: United Nations, 2015.

Vogel, Ryan J. (2010-2011). *Drone Warfare and the Law of Armed Conflict*. Denver Journal of International Law and Policy 39, nº 1, 101-138.

Wilmshurst, Elizabeth. *Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-defence*. Chatham House; The Royal Institute of International Affairs, 2005.

Wuschka, Sebastian. (2011). *The Use of Combat Drones in Current Conflicts - A Legal Issue or a Political Problem?*. Goettingen Journal of International Law 3, nº 3, 891-905.