



Documento de Investigación
10/2018

**Drones armados y el Derecho
internacional humanitario**

-

*Armed drones and the International
Humanitarian Law*

Organismo solicitante del estudio:
Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)

Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional
(CESEDEN)



Trabajo maquetado, en junio de 2018, por el Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE).

NOTA: Las ideas y opiniones contenidas en este documento son de responsabilidad del autor, sin que reflejen, necesariamente, el pensamiento del Ministerio de Defensa, del CESEDEN o del IEE.

Drones armados y el Derecho internacional humanitario

Eugenia López-Jacoiste

Profesora Titular de Derecho Internacional.

Universidad de Navarra

Resumen

El empleo de los sistemas aéreos no tripulados, de pequeño tamaño, de baja velocidad y baja altura de vuelo (LSS, por sus siglas en inglés) plantean nuevos retos al orden internacional que deberían definirse y reglarse en aras a la seguridad jurídica y la coherencia del orden internacional. En esta primera aproximación – breve y provisional – el estudio se centra en determinar, en concreto, los retos jurídicos que plantea la aplicación de estas nuevas tecnologías en el Derecho internacional humanitario (DIH).

Palabras Clave

Seguridad, Defensa, Conflicto, Justicia, Sistemas Aéreos no Tripulados, Derecho Internacional Humanitario.

Armed drones and the International Humanitarian Law

Abstract

The use of unmanned aerial systems, small size, low speed and low flight altitude (LSS, for its acronym in English) pose new challenges to the international order that should be defined and regulated for the consistency of the international and legal order. In this first approach - brief and provisional - the study focuses on determining, in particular, the legal challenges posed by the application of these new technologies in international humanitarian law (IHL).

Key words

Security, Defence, Conflict, Justice, Unmanned Aerial Systems, International Humanitarian Law.

Objeto de estudio¹

En los últimos años se han desarrollado sistemas aéreos no tripulados, de pequeño tamaño, de baja velocidad y baja altura de vuelo (LSS, por sus siglas en inglés) que pueden asumir muy diversas funciones, como por ejemplo, tareas de vigilancia, reconocimiento, salvamento e incluso misiones de rescate en montaña, así como también lógicamente, tareas de espionaje e inteligencia e incluso disparar, dañar y destruir objetivos concretos. El empleo de estos nuevos sistemas plantean nuevos retos al orden internacional que deberían definirse y reglarse en aras a la seguridad jurídica y la coherencia del orden internacional. En esta primera aproximación – breve y provisional – el estudio se centra en determinar, en concreto, los retos jurídicos que plantea la aplicación de estas nuevas tecnologías en el Derecho internacional humanitario (DIH).

Delimitación específica

El presente estudio analiza los retos jurídicos que plantea la aplicación de estas nuevas tecnologías en el ámbito estrictamente militar de los conflictos armados, en concreto si es lícito el uso de sistemas o instrumentos (drones) aéreos armados no tripulados según el Derecho internacional humanitario (DIH). No se pretende valorar aquí las implicaciones jurídicas del uso de estos nuevos sistemas aéreos en tiempos de paz de las relaciones interraciales ni las cuestiones que se suscitarían, por ejemplo, acerca de la licitud de su uso como instrumentos de legítima defensa ni hasta qué punto un Estado debe responder de las eventuales daños causados por un dron de vigilancia o de reconocimiento terrestre, pero más allá de su jurisdicción.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto «El Derecho Internacional ante los retos tecnológicos: en busca de un marco jurídico realista sobre las nuevas formas de uso de la fuerza», Programa estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los retos de la sociedad, Plan Estatal de Investigación científica y técnica y de innovación 2013-2017 (Convocatoria 2017) del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad Ref: DER2017-82368-R, cuya investigadora principal es la profesora María José Cervell Hortal, profesora Titular de Derecho Internacional de la Universidad de Murcia

Terminológica

Los sistemas o instrumentos aéreos armados no tripulados – más conocidos como drones armados – no están ni definidos ni regulados expresamente en el Derecho internacional.

En ocasiones se utiliza la expresión «sistema de armas autónomos» en el sentido que son armas que puede seleccionar y atacar objetivos en forma independiente, que operan en el aire, tierra o mar con autonomía para buscar, detectar, identificar, seguir o seleccionar y atacar (es decir, emplear fuerza, neutralizar, dañar o destruir) objetivos concretos sin intervención humana directa, ya que tras su activación inicial es el propio sistema (usando sus sensores, programas y armas) quien se encarga de los procesos de selección de objetivos y del resto de sus funciones, pero que previamente deben ser programadas y dirigidas por control remoto humano.

En el contexto del DIH, se hace referencia a las nuevas armas o nuevos métodos de guerra para designar a los avances tecnológicos aplicables al armamento y a las nuevas tácticas de conducción de las hostilidades o métodos de guerra. Lo habitual es la referencia a las «nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra» para designar a todo tipo de nuevas armas en sentido amplio que *incluyen las armas y la manera de utilizarlas*; es decir, armas de todo tipo, ya sean antipersonal o antimaterial, «letales», «no letales» o «menos letales», y «sistemas de armas». Bajo esta última expresión se entiende igualmente el «arma misma y los componentes necesarios para su funcionamiento, incluidas las tecnologías nuevas, avanzadas o emergentes, que pueden conducir al desarrollo de armas o sistemas de armas y tener implicancias significativas en los planos jurídico y político. Los sistemas de armas se limitan a los componentes o tecnologías que hieren o dañan directamente a las personas o a los bienes, incluidas todas las municiones y tecnologías como proyectiles, armas pequeñas, minas, explosivos y todos los demás dispositivos o tecnologías que son destructivos o dañan físicamente».

En el presente estudio se hace referencia al término más genérico y conocido como drones armados no tripulados, para identificar si estas nuevas armas con todas sus posibles configuraciones y nuevos métodos de guerra que se utilizan en los conflictos armados actuales son o no un medio lícito de combatir de conformidad con las vigentes normas del *ius in bello* (ya sea convencional o consuetudinario), pero sin valorar la licitud de su uso según el *ius ad bellum*.

Por tanto, en esta primera aproximación – breve y provisional – al tema de estudio y para poder valorar la licitud del empleo de drones armados no tripulados durante un conflicto armado, hay que analizar si: i) su uso es compatible con las exigencias inherentes a los principios (estructurales) del DIH; ii) para que sea conforme al *ius in bello* su uso, éste debe ceñirse al ámbito geográfico, temporal y subjetivo en el que se encuadra el conflicto armado específico en el que se pretendan usar tales drones; y iii)

si el tipo de armas que trasporta y/o dispara es compatible con los métodos y medios lícitos de guerra.

Elementos esenciales del examen jurídico

Los drones no están expresamente prohibidos en las normas que integran el Derecho internacional humanitario ni se considera que su uso sea inherentemente discriminatorio o péfido. En este sentido, los sistemas aéreos armados no tripulados no son diferentes de las armas que se disparan desde aeronaves tripuladas como los helicópteros u otras aeronaves de combate. El hecho de que drones no sean en sí mismo ilícitos no significa que su uso esté libre de restricciones, según el orden internacional. Es más, dada la idiosincrasia interna del *ius in bello*, la ausencia de una regulación convencional expresa no significa que cualquier nuevo instrumento de guerra quede fuera del alcance y protección dispensada por las normas y costumbre del derecho de la guerra. Tanto los principios generales – estructurales – del DIH, como el Derecho internacional consuetudinario pueden ayudar a interpretar el derecho aplicable ante un caso concreto, cuando «en los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.» (Artículo 1.2 del Protocolo adicional I). Es decir, la efectividad de la cláusula Martens² puede aportar los elementos de juicio necesarios para la valoración de licitud o no de los drones armados y bajo qué circunstancias.

Drones armados y los principios estructurales del DIH

El empleo de drones armados como medio de combate en los conflictos armados internacionales o no internacionales estaría plenamente admitido siempre que se respeten los principios de distinción, proporcionalidad, necesidad militar y humanidad.³

2 La Corte Internacional de Justicia, en el caso de la Licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares afirmó la importancia de la cláusula de Martens «cuya existencia y aplicabilidad continua no plantean duda alguna» (*CIJ, Reports 1996, Opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, párr. 87.) y sostuvo que «ha demostrado ser un medio eficaz de abordar la rápida evolución de la tecnología militar» (párr. 78). La Corte también halló que la cláusula de Martens forma parte del derecho internacional consuetudinario (párr. 84).

3 Cfr. GÓMEZ ISA, F., «Los ataques armados con drones en Derecho internacional», *REDI*, Vol. 67, 2015, I, pp. 61-91 y LUCAS, R., *Les drones armés au regard du droit international*, Paris, Pedone,

El principio de distinción

El uso de drones armados en los conflictos armados – ya sean internacionales o no internacional – debe respetar siempre, en primer lugar, el principio de distinción, según el cual las «partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados»⁴. Esta norma de carácter consuetudinario implica también la prohibición de atacar, a personas cuando se reconozca que están fuera de combate y que las personas civiles están protegidas contra los ataques salvo, si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. El art. 25 del Reglamento de La Haya prohíbe igualmente «atacar o bombardear, *cualquiera que sea el medio que se emplee*, ciudades, aldeas, habitaciones o edificios que no estén defendidos», (cursiva añadida). La prohibición de discriminación del ataque es consecuencia de la distinción, de tal forma que se consideran discriminatorios los ataques que: a) no están dirigidos contra un objetivo militar concreto; b) en los que se emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o c) en los que se emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar como exige el derecho internacional humanitario.

El principio de distinción está asimismo codificado en diversos instrumentos internacionales del *ius in bello* y resulta aplicable tanto a los conflictos armados internacionales⁵, como a los no internacionales⁶. Es más, el ataque indiscriminado a la

2016.

4 Cfr. HENCKAERTS, J.-M. / DOSWALD-BECK, L.: *Derecho internacional humanitario*, Vol. I: normas, CICR, 2006, p. 3.

5 Cfr. Artículos 48, 51, párrafo 2, y 52, párrafo 2, del Protocolo adicional I, a los que no se ha hecho ninguna reserva y que el art. 48 fue aprobado por consenso. Según el Protocolo adicional I, «se entiende por ‘ataques’, los «actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos». Durante la Conferencia Diplomática que culminó con la aprobación de los Protocolos quedó claro que los citados artículos eran tan fundamentales que «no pueden ser objeto de ningún tipo de reservas, ya que de lo contrario, tales reservas serían incompatibles con el objetivo y el fin del Protocolo I, negándolo en su esencia». Además, la prohibición de dirigir ataques contra personas civiles también se estipula en el art. 3, párr. 2 del Protocolo II de la Convención sobre ciertas armas convencionales (1980); en el art. 3, párr. 7 del Protocolo II enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales (1996), y en el art. 2, párr. 1 del Protocolo III de la Convención sobre ciertas armas convencionales (1980), así como el preámbulo del Convención de Ottawa (1997) sobre las mimas antipersonas.

6 Cfr. párrafo 2 del artículo 13 del Protocolo adicional II prohíbe que tanto las personas civiles como la población civil como tal sean objeto de ataques, que igualmente fue aprobado por consenso. La prohibición de dirigir ataques contra la población civil se expresa asimismo en art. 3, párr. 7 del Protocolo II enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales 1996; o en el art. Protocolo III de la Convención sobre ciertas armas convencionales (1980), art. 2, párr. 1.

población civil constituye un crimen de guerra sometido a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional⁷ y así se confirma en la jurisprudencia consolidada de la Corte Internacional de Justicia relativa a la legalidad de las armas nucleares, del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), en particular en los asuntos *Tadic*, *Martic*, *Kordic* y *Kupreskic*, o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el asunto relacionado con los acontecimientos de la Tablada en Argentina, proporciona más pruebas de que la obligación de hacer la distinción entre civiles y combatientes es consuetudinaria, tanto en los conflictos armados internacionales como no internacionales⁸. Merece la pena resaltar las palabras del caso *Kupreskic*, cuando el tribunal constata que:

The protection of civilians in time of armed conflict, whether international or internal, is the bedrock of modern humanitarian law . . . Indeed, it is now a universally recognized principle, recently restated by the International Court of Justice [in the *Nuclear Weapons case*], that deliberate attacks on civilians or civilian objects are absolutely prohibited by international humanitarian law⁹.

Principio de proporcionalidad

El uso de drones armados en los conflictos armados – ya sean internacionales o no internacional – debe respetar igualmente principio de proporcionalidad en el sentido de que la norma consuetudinaria y la convencional «prohíben lanzar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista».

7 Cfr. artículo art. 8, párr. 2, apdo. b), inciso i) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, donde se establece que «dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades» constituye un crimen de guerra en los conflictos armados internacionales. Y, en términos muy semejantes el art. 8, párr. 2, apdo. e), inciso i) del Estatuto de la CPI considera que, «dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades» constituye un crimen de guerra en los conflictos armados n internacionales.

8 Cf. *CIJ, Reports 1996*, Opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares, párrs. 78–79; TPIY, asunto *Tadić*, sentencia de apelación de 2 de octubre de 1995, párrs. 100–127; TPIY, asunto *Martić* sentencia incidental, de 25 de Julio de 1995, párrs. 15 y 17; TPIY asunto *Kordić and Čerkez*, de 30 de septiembre de 1998, párrs. 40 and 41; TPIY asunto *Kupreskic case*, sentencia de 14 de enero de 2000, párr. 513; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso 11.137 (Argentina)*, párrs. 160-161.

9 TPIY, asunto *Kupreskić*, sentencia de 14 de enero de 2000, párr. 521.

Al margen de lo sofisticado de la tecnología del instrumento de ataque, cualquier ataque sigue estando sujetos al principio de proporcionalidad y al requisito de tomar precauciones durante los ataques. Este principio es una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales; pero también convencional. Esta codificado en el artículo 51, párrafo 5, apartado b) del Protocolo adicional I, y se repite en el artículo 57. Aparece igualmente aparece también en el Protocolo II y en el Protocolo II enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales¹⁰. Además, según el art. 8, párr. 2, apdo. b), inciso iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, «lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causara pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil [...] que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea» constituye un crimen de guerra en los conflictos armados internacionales.

Conviene matizar, no obstante, que aunque el Protocolo adicional II no contiene ninguna referencia explícita al principio de proporcionalidad en el ataque, se ha sostenido que es inherente al principio de humanidad, el cual se hizo explícitamente aplicable al Protocolo en su preámbulo y que, por ello, no puede ignorarse el principio de proporcionalidad en la aplicación del Protocolo. Este principio se ha incluido en un instrumento de derecho convencional más reciente aplicable en los conflictos armados no internacionales, concretamente en el Protocolo II enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales. Se incluye, además, en otros instrumentos referentes, asimismo, a los conflictos armados no internacionales¹¹.

Conlleva asimismo que las operaciones militares deben realizarse con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y los bienes de carácter civil. Se tomarán todas las precauciones factibles para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente. La estrecha conexión entre la proporcionalidad y la debida precaución del ataque es consecuencia de la práctica de los Estados que se ha establecido como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales. Los dos componentes de esta norma están interrelacionados y la práctica relativa a cada uno de ellos refuerza la validez del otro. Se trata de una norma básica cuyo contenido se amplía con otras obligaciones específicas también consuetudinarios que vinculan a las partes en conflicto deberán hacer todo lo que

¹⁰ Protocolo II de la Convención sobre ciertas armas convencionales (1980), art. 3, párr. 3 y Protocolo II enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales (1996), art. 3, párr. 8

¹¹ Cfr. por ejemplo, Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY (1991), párr. 6; Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina (1992), párr. 2.5; Manual de San Remo (1994), párr. 46(d); Boletín del Secretario General de las Naciones Unidas, sección 5.5.

sea factible para verificar que los objetivos que prevén atacar son objetivos militares. Igualmente significa que las partes en conflicto deberán tomar todas las precauciones factibles en la elección de *los medios y métodos de guerra* para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y de heridos entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente.

El principio de necesidad militar

Como consecuencia y aplicación concreta del principio de distinción, el *ius in bello* sólo permite el ataque a objetivos militares, siempre y cuando así lo aconseje la «necesidad militar,» codificado por primera vez en el Reglamento de La Haya de 1907 que limita la destrucción o incautación de la propiedad del enemigo a lo exigido imperativamente por las necesidades de la guerra. Esto significa, por el contrario, que no hay necesidad de atacar una ciudad, pueblo, vivienda o edificio que pueda ser ocupado por civiles. Esta norma es una aplicación concreta del principio de que un adversario no debe sufrir más daños de los absolutamente necesarios, norma que también es aplicable en los conflictos armados no internacionales.

Por lo tanto, en cada caso concreto, se debe identificar claramente cuáles son las necesidades y objetivos militares que se determinarán de acuerdo con la naturaleza, ubicación, finalidad, uso real y no solo el teórico de los bienes que se pretenden destruir o neutralizar con las armas del dron, así como qué ventaja militar específica se pretende alcanzar con dicha destrucción o neutralización. Es más, la naturaleza, ubicación, finalidad o utilización de los bienes deben ser tales que «contribuyan eficazmente a la acción militar», por lo que la ventaja militar debe ser «definida en las circunstancias del caso concreto». Esta norma que prohíbe el ataque a objetivos no-militares implica también que las partes en conflicto deben evaluar previamente si el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. Conlleva asimismo la obligación de suspender o anular un ataque si se advierte que el objetivo no es militar o si es de prever que el ataque cause incidentalmente muertos y daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta directa y prevista.

Así por ejemplo, el ataque contra una zona segura o localidad que sea innecesaria desde el punto de vista militar constituiría una violación de la prohibición de destruir bienes civiles del adversario, como por ejemplo, el patrimonio cultural del adversario, salvo contadas excepciones¹². En efecto, solo puede invocarse una derogación fundada en una necesidad militar imperiosa cuando, y durante todo el tiempo en que: 1) ese bien

12 Por ejemplo, Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales (1954), art. 4

cultural, por su función, haya sido transformado en un objetivo militar; y 2) no exista otra alternativa prácticamente posible para obtener una ventaja militar equivalente a la que ofrece el hecho de dirigir un acto de hostilidad contra ese objetivo¹³. Pero no debe confundirse esta norma con la prohibición de atacar bienes culturales expresada en el párrafo 1 del artículo 53 del Protocolo adicional I y el artículo 16 de Protocolo adicional II, que no prevén una excepción en caso de necesidad militar imperiosa.

El principio de humanidad / no causar daños superfluos

El principio de humanidad inspira todo el Derecho de Ginebra que conlleva obligaciones específicas de trato digno a todas aquellas personas que no participen directamente en las hostilidades (incluso miembros de las Fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa). Entre otras muchas consecuencias, hay recordar que el principio de humanidad prohíbe el empleo de medios y métodos de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios a la población.

La prohibición de cualquier métodos de guerra que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios se introdujo por primera vez en el art. 35, párr. 2 del Protocolo adicional I (1977). Cuando aprobaron la Convención sobre ciertas armas convencionales y la Convención de Ottawa relativa a las armas antipersonal, los Estados asumieron dicha prohibición y aceptaron la prohibición de «armas, proyectiles, materiales y *métodos* de hacer la guerra de naturaleza tal que [causasen] daños superfluos o sufrimientos innecesarios» (sin cursiva en el original)¹⁴. En el art 8, párr. 2, apdo. b), inciso (xx) del Estatuto de la Corte Penal Internacional se incluye, asimismo, el empleo de «*métodos* de guerra que, por su propia naturaleza, causen danos superfluos o sufrimientos innecesarios» (sin cursiva en el original) como un crimen de guerra.

De ahí que la eventual licitud del uso de drones armados no tripulados depende en términos de principio de las circunstancias específicas de cada caso, y si sólo persiguen objetivos militares, su capacidad de destrucción es la proporcional al objetivo perseguido y siempre y cuando no causan daños superfluos a la población civil, al medioambiente ni a los bienes culturales.

¹³ Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales (1999), art. 6, apdo. a).

¹⁴ Convención sobre ciertas armas convencionales (1980), preámbulo; Convención de Ottawa (1997), preámbulo

Aspectos geográficos, temporales y sujetos afectados por los drones armados

Al analizar hasta qué punto es lícito o no el empleo de drones armados durante un conflicto armado a la luz del *ius in bello*, hay que matizar varias cuestiones importante: confirmar la existencia de un conflicto armado y en conciencia, discernir en momento a partir del cual se aplica el *ius in bello* y hasta cuándo y hasta dónde. Es decir, hay que matizar cuál el ámbito temporal y geográfico para la aplicación del derecho a la guerra y, por último, pero no por ello menos importante, qué sujetos o partes beligerantes pueden utilizarlos y frente a quién. Todas estas cuestiones merecen un análisis detallado, sin embargo a modo de primera aproximación, cabe destacar algunos aspectos

Desde la perspectiva del derecho consuetudinario, una situación podrá ser calificada como conflicto armado cuando cumpla dos requisitos mínimos esenciales: en primer lugar, la existencia de grupos armados organizados y, en segundo lugar, un enfrentamiento armado entre los mismos de cierta intensidad. Se puede decir que los conflictos entre Estados satisfacen con facilidad el primer criterio, pues generalmente intervienen sus fuerzas armadas. Cuando una de las partes es un actor no estatal, resulta más complicado determinar si se cumple el requisito o no. Entre los factores relevantes a tomar en consideración, la jurisprudencia del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia ha señalado que la existencia de una cadena de mando, el control del grupo por los líderes, la existencia de infraestructura en materia de comunicaciones, disponer de un sistema organizado de adquisición de armamentos y repuestos, disponer de un espacio físico en lo que establecerse, etc. Por lo que se refiere al criterio de intensidad, la jurisprudencia de este mismo Tribunal ha estimado como aspectos relevantes: el número de personas que toman parte en el enfrentamiento armado, el tipo de armas utilizadas y su cantidad, la cifra de muertes, la duración y extensión territorial de la confrontación, etc.

Además, según el sentido tradicional del artículo 2.1 común a los cuatro Convenios de Ginebra, la existencia de un conflicto armado no requiere necesariamente la existencia «de guerra declarada» ni tampoco que se tenga que reconocer el estado de guerra». La citada norma hace referencia expresa a las «Altas Partes Contratantes» que indudablemente se refiere exclusivamente a los Estados. En consecuencia, esta norma se aplica a la guerra entre Estados¹⁵; sin perjuicio de los conflictos armados entre Estados

¹⁵ Sin embargo, los conflictos armados contemporáneos han demostrado que además de los Estados, organizaciones internacionales como la ONU o la OTAN pueden participar en conflictos armados. En tales casos, no obstante, no se aplican los Convenios de Ginebra como tales a las organizaciones internacionales, ya que éstas no pueden ser signatarias de los Convenios de Ginebra y, por consiguiente, no pueden convertirse en Altas Partes, pero en cuanto a sus contenidos esenciales están igualmente obligadas por el derecho internacional humanitario consuetudinario. Cfr. ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Report prepared

y actores no estatales – como grupos rebeldes o grupos territorios beligerantes – según el art. 3 común y el artículo 8 (2) (f) del Estatuto de la CPI que también pueden ser conflictos armados internacionales o de carácter no internacional, siempre y cuando se alcance un grado de violencia entre las fuerzas del Estado y el grupo armado que debe superar el umbral de las tensiones o disturbios internos¹⁶.

En cuanto al ámbito geográfico de aplicación del *ius in bello* y, por ende, sobre qué territorio se pueden utilizar los drones, hay que tomar como punto de partida el citado art. 2.1 común a los Convenios de Ginebra establece que se aplica en el territorio de las Altas Partes contratantes que sean partes beligerantes del conflicto. Ahora bien, cabe preguntarse si es lícito utilizar drones más allá del territorio de los partes beligerantes. La exigencia de un ámbito de aplicación territorial se ha intentado obviar para justificar ataques contra personas o grupos armados al amparo de diversos argumentos mediante los que se justifica la realización de dichos ataques aunque tengan lugar fuera del ámbito en que tiene lugar el conflicto. El argumento que se alega con mayor frecuencia es que el conflicto armado se ha desparramado (*spillover*) más allá de las fronteras en que inicialmente se originó, como algunos han llegado a justificar¹⁷.

Sin duda, el empleo de drones armados adquiere un carácter más polémico, cuando los ataques se realizan por parte de fuerzas que no son parte en un conflicto armado, por tratarse de grupos armados no estatales, o cuando los ataques se realizan contra personas o grupos que se hallen bien en el territorio de una de las Partes beligerantes o incluso en un tercer Estado que no participa en el conflicto. Además habría que identificar si la persona perseguida por el dron forma parte realmente del grupo no estatal que participa en las hostilidades. Según el Comité Internacional de la Cruz Roja «el criterio decisivo para determinar la pertenencia individual a un grupo armado organizado consiste en saber si una persona asume, para el grupo, una función

for the 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2011, pp. 30–33; FERRARO, T.: «IHL applicability to international organizations involved in peace operations», en *International Organizations' Involvement in Peace Operations: Applicable Legal Framework and the Issue of Responsibility*, Proceedings of the 12th Bruges Colloquium, 20–21 October 2011, College of Europe/ ICRC, Collegium No. 42, Autumn 2012, pp. 15–22.

16 Cfr. Entre otros, TPIY, *El fiscal c. Limaj et al.*, Caso nº IT-03-66-T, T.Ch, sentencia de 30 de noviembre de 2005, párr. 84; TPIY, *El Fiscal c. Haradinaj et al.*, Caso nº IT-04-84-T, T.Ch. I, sentencia de 3 de abril de 2008, párr. 38; TPIY, *El fiscal c. Bos´ovski and Tarc´ulovski* Caso nº. IT-04-82-T, T.Ch. II, sentencia de 10 julio de 2008, párr. 175. Sobre estas cuestiones, cfr. entre otros, DAVID, E.: *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 133–41; D’ASPREMONT, J. / DE HEMPTINNE, J.: *Droit International Humanitaire*, Paris, Pedone, 2012, pp. 66–70; SIVAKUMARAN, S.: *The law of non-international armed conflict*, Oxford, Oxford University Press 2012, pp. 64–80.

17 *The Government’s policy on the use of drones for targeted killing*, Second Report of Session 2015-16, House of Lords/House of Commons, Joint Committee on Human Rights, H Paper 141, HC 574, p. 35

continua que implica su participación directa en las hostilidades»¹⁸; es decir, si tiene «participación directa en las hostilidades» y «mientras dure tal participación» (art. 51 núm. 3 del Protocolo I de 1977), pero nunca más allá de dicha participación.

Por tanto, según estos criterios habría que especificar en cada caso concreto, si se da tal grado de violencia que exista realmente un conflicto armado, ya sea internacional o no-internacional, para exigir a todas sus partes beligerantes el respeto y aplicación de las normas del derecho de la guerra y para poder afirmar contra quien en concreto pueden emplearse realmente los drones armados.

Los drones y el tipo de armas que portan

Los Convenios de Ginebra no regulan de forma exhaustiva hasta qué punto y bajo qué condiciones puede emplearse armas novedosas o nuevas forma de combate, ya que lógicamente los avances tecnológicos han desarrollado armas cada más precisas y sofisticadas. Ahora bien, en virtud del artículo 36 del Protocolo adicional I, cada Estado Parte de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos debe determinar si el empleo de las armas, los medios o los métodos de guerra nuevos que estudie, desarrolle, adquiera o adopte, estaría prohibido por el derecho internacional en algunas o en todas las circunstancias. Aunque el citado art. 36 no especifica cómo debe realizarse el examen de la licitud de las nuevas armas, medios y los métodos de guerra, sí que se podrían aplicar esta exigencia de examen jurídico sobre la licitud del empleo de drones armados no tripulados, ya que evidentemente los drones armados son un nuevo tipo de arma que puede ser utilizado durante un conflicto armado.

El punto de partida del examen en concreto sobre la licitud de estas nuevas armas no puede ser otro que las normas específicas del *ius in bello* aplicable a las armas, en particular, las prohibiciones y las restricciones convencionales y consuetudinarias sobre armas específicas, así como de las normas generales de DIH aplicables a todas las armas, los medios y los métodos de guerra. Además, tales normas generales incluyen – como se ha visto anteriormente – el respeto de las normas y principios destinados a proteger a la población civil de los efectos indiscriminados de las armas, y a los combatientes, de los sufrimientos innecesarios. La evaluación de un arma a la luz de las normas pertinentes requerirá el examen de toda la información empírica relevante sobre el arma, como su descripción técnica y su funcionamiento, y sus efectos en la salud y el medio ambiente.

¹⁸ MELZER, N., *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités dans le droit international humanitaire*, C.I.C.R., Genève, 2009, p. 35.

Para ello hay que identificar qué tipo de arma o métodos de guerra pueden portar los drones, en el sentido más amplio de los términos. Según el Comentario del CICR del Protocolo adicional I:

Las palabras «métodos o medios» *incluyen las armas, en sentido amplio, y la manera de utilizarlas*. El uso de un arma puede ser ilegal en sí mismo o solo en ciertas condiciones. Por ejemplo, el veneno es ilegal en sí mismo, como lo sería cualquier arma por su naturaleza fuera de tal imprecisión que causaría necesariamente estragos sin discriminación, y caería automáticamente bajo la prohibición del artículo 57(precauciones en el ataque), párrafo 2, apartado a, inciso ii). Pero un arma que pueda usarse con precisión puede también dirigirse contra la población civil, por la voluntad abusiva de quien se sirve de ella. En tal caso no es el arma lo que está prohibido, sino el método, la manera de servirse de ella¹⁹.

Por tanto, hay que separar las cuestiones estrechamente relacionadas entre sí: por una parte, el tipo de arma, bala o explosivo que se usa, y por otra, el objetivo perseguido o la voluntad abusiva de quien se sirve de ella. Puesto que la segunda cuestión no puede resolverse en términos generales ni *a priori*, sino en cada conflicto armado en concreto, en este apartado corresponde esbozar solo la primera, es decir, i) qué tipo de armas puede portar el dron lícitamente en un conflicto armado, según el *ius in bello* y ii) cómo deben utilizarse esas armas conforme a la doctrina militar, las tácticas, las reglas de enfrentamiento, los procedimientos de operación y las contramedidas.

¿Qué tipo de armas puede portar y disparar un dron no tripulado?

Sin duda alguna, la primera aproximación a esta respuesta se haya en los numerosos convenios internacionales sobre armas prohibidas o de uso restringido por el derecho de la guerra. Convendría analizar con detenimiento las prohibiciones o restricciones de uso previstos en los siguientes instrumentos internacionales:

- Declaración de San Petersburgo de 1868 a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de Guerra, San Petersburgo, 29 de noviembre / 11 de diciembre de 1868 (en adelante, Declaración de San Petersburgo de 1868).
- Declaración (2) sobre gases asfixiantes, La Haya, 29 de julio de 1899.

¹⁹ Cfr. Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMAN (eds.), *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, CICR, Plaza y Janés Editores, Bogotá, 2000 apartado 1402.

- Declaración (3) por la que se prohíbe el empleo de las armas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, La Haya, 29 de julio de 1899.
- Convenio (IV) sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su anexo: Reglamento anexo sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, 18 de octubre de 1907, artículo 23 (a), conforme al cual está prohibido emplear veneno o armas envenenadas.
- Convención (VIII) de La Haya relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto, La Haya, 18 de octubre de 1907.
- Protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, Ginebra, 17 de junio de 1925.
- Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción. Abierta a la firma en Londres, Moscú y Washington, 10 de abril de 1972.
- Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (ENMOD), 10 de diciembre de 1976.
- Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (CCAC), Ginebra, 10 de octubre de 1980, y enmienda del artículo 1, 21 de diciembre de 2001. La Convención tiene cinco Protocolos: Protocolo sobre fragmentos no localizables (Protocolo I), Ginebra, 10 de octubre de 1980; Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (Protocolo II), Ginebra, 10 de octubre de 1980, o Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II según fue enmendado el 3 de mayo de 1996); el Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias (Protocolo III), Ginebra, 10 de octubre de 1980; Protocolo sobre las armas láser cegadoras (Protocolo IV de la Convención de 1980), 13 de octubre de 1995; Protocolo sobre restos explosivos de guerra (Protocolo V), 28 de noviembre de 2003.
- Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, París, 13 de enero de 1993.
- Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, 18 de septiembre de 1997.

- Así como el alcance del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, artículo 8(2)(b), párrafos (xvii) a (xx), que incluye en la definición de crímenes de guerra a los fines del Estatuto una serie de actos cometidos en conflictos armados internacionales.

Todo ello además, sin perjuicio de las normas consuetudinarias sobre la tipología de armas y su empleo, como por ejemplo, el uso de veneno, (norma 72)²⁰, armas biológicas y nucleares (norma 73), armas químicas (normas 74 a 76), balas expansivas (norma 77), explosivas (norma 78), el empleo de armas cuyo efecto principal es lesionar mediante fragmentos no localizables (norma 79), armas incendiarias (normas 84 y 85) así como incluso el uso de armas laser que causan ceguera (norma 86). Aunque considero que no es el caso, habría que tener presente también que en ausencia total de normas convencionales o consuetudinarias pertinentes, la eventual licitud o no de drones armados no tripulados debería examinarse a la luz la luz de los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública.

¿Cómo deben utilizarse estas nuevas armas conforme a la doctrina militar?

Cuando se evalúa la licitud de una nueva arma en particular, se debe prestar atención no sólo a su diseño y sus características, sino también a cómo se utilizará (el «método» de guerra), recordando que los efectos del arma resultarán de una combinación de su diseño y de la manera en que será utilizada. A fin de determinar si un arma de guerra se adecua a las normas y principios del DIH deberá que tomar en consideración también otros factores de índole militar, técnica y ambiental, así como los relacionados con la salud.

De ahí que no resulten baladíes las características técnica del dron, como por ejemplo, la velocidad máxima de vuelo que pueda alcanzar, su autonomía, si por su tamaño escapa a un radar «antiaéreo» convencional, su capacidad de carga de material explosivo, su equipamiento complementario, la autonomía de vuelo, si incluye o no cámaras de visión nocturna y otros medios audiovisuales, etc. Así, por ejemplo, si licitud puede variar si el radio de destrucción del dron armado es muy amplio, ya que difícilmente podrá ser utilizado contra uno o varios objetivos militares ubicados en una concentración de civiles, sin violar la prohibición del empleo de medios y métodos de guerra que causen efectos indiscriminados y/o la norma de proporcionalidad.

20 Recopilación de las normas consuetudinarias por parte del CICR, cfr. J.-M. HENCKAERTS Y L. DOSWALD-BECK (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Además, según las características técnicas del dron y su material explosivo pudiera ser que dicha nueva arma no este cubierta por las normas existentes de derecho internacional humanitario, pero se podría considerar contraria a la cláusula de Martens, si se determina que *per se* contradice los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública del *ius in bello*. Recuérdese por ejemplo, como los aviones utilizados en el II-S no eran *per se* auténticas armas de guerra prohibidas (sino aviación comercial), pero difícilmente se puede dudar de que sirvieron como arma de guerra a luz de los miles de víctimas civiles y daños causados.

