LA GUERRA
Y SUS CLAROSCUROS

Logros y frustraciones del Derecho Internacional Humanitario

Compiladores: Emiliano J. Buis y Laura M. Giosa



FACULTAD DE DERECHO UNICEN

CE DH

LA GUERRA

Y SUS CLAROSCUROS

Logros y frustraciones del Derecho Internacional Humanitario

Compiladores: Emiliano J. Buis y Laura M. Giosa

FACULTAD DE DERECHO
UNICEN

EDITORIAL AZUL S.A.

Dirección Editorial: Gonzalo Berrios
Diseño Editorial: Antonella Scavuzzo

La guerra y sus claroscuros: logros y frustraciones del derecho internacional humanitario

1a ed.-Azul: Del Azul, 2025.

Archivo Digital: PDF.
(Coloquios Emiliano J. Buis y Laura M. Giosa)

ISBN 978-950-9516-79-3

1. Derecho. I. Farinella, Favio
CDD 341.2

LA GUERRA

Y SUS CLAROSCUROS

Logros y frustraciones del Derecho Internacional Humanitario

Prólogo

Los tiempos actuales no han hecho las cosas fáciles para que este libro vea la luz. En el ámbito local, los ataques constantes al trabajo que se lleva a cabo en las universidades públicas argentinas, acompañados de un consciente ahogamiento financiero de la educación por parte del Estado, dificultan la labor científica y docente, incluyendo las publicaciones de eventos académicos. En el plano internacional, el mundo está viviendo conflictos armados internacionales y no internacionales de un número y envergadura inusitados —el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha identificado más de ciento cincuenta—, en muchos casos signados por violaciones patentes del derecho. Un volumen como este, producido desde una universidad argentina y que recopila trabajos en torno de las normas aplicables a los conflictos armados parece un milagro. Y, sin embargo, aquí está.

Este libro, de una actualidad que no quisiéramos reconocer, constituye mucho más que una compilación de trabajos académicos presentados en el transcurso de nuestros ya célebres Coloquios de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional Penal, organizados por el Centro de Estudios en Derechos Humanos (CEDH) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN): es el resultado de un extenso esfuerzo colectivo que busca interrogar, desde distintas miradas y generaciones, los desafíos del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y de los derechos humanos frente a una violencia contemporánea que nos interpela cada día. Las páginas que siguen ofrecen no solo un panorama de los debates actuales, sino también un espacio de diálogo donde confluyen la reflexión teórica, la experiencia práctica y la voz crítica de investigadoras e investigadores que se animan a cuestionar los límites del derecho frente a los dramas de la guerra, la exclusión y la injusticia.

El volumen, como podrá verse, se abre con tres conferencias magistrales que, por su densidad conceptual y su relevancia práctica, constituyen hitos dentro de la obra. La primera, a cargo de Favio Farinella (Universidad Nacional de Mar del Plata), analiza la intersección entre los ciberataques y el DIH. Su aporte resulta imprescindible en un mundo en el que la tecnología se ha convertido en un campo de batalla silencioso pero devastador. La reflexión sobre la aplicabilidad de las normas humanitarias en el ciberespacio, la dificultad de distinguir entre objetivos civiles y militares en redes interconectadas, y los dilemas que plantea la participación de actores no estatales en estas operaciones, revelan la urgencia de repensar categorías jurídicas clásicas frente a nuevas formas de violencia.

La segunda conferencia, dictada por Fabián Salvioli (Universidad Nacional de La Plata), profundiza en los componentes contemporáneos de la justicia transicional. Su mirada, nutrida por la experiencia directa en Naciones Unidas, demuestra cómo este campo ha evolucionado desde un enfoque meramente instrumental hacia un entramado en el que los derechos humanos ocupan el centro. La verdad, la justicia, la reparación, las garantías de no repetición y la memoria aparecen como pilares indisociables de cualquier proceso de transición legítimo. El desafío, como bien señala el autor, es que los Estados comprendan que la paz auténtica solo se construye sobre la base del reconocimiento a las víctimas y el cumplimiento de estándares internacionales.

La tercera conferencia, a cargo de Gabriel Valladares (CICR), constituye un cierre tan inspirador como concreto. Desde la práctica cotidiana del CICR en el Cono Sur, se describen las formas en que la asesoría jurídica acompaña y fortalece la protección humanitaria en terreno. Su intervención recuerda que el DIH no es solo un corpus normativo para los académicos, sino un instrumento vivo, cuya eficacia se mide en la posibilidad real de aliviar el sufrimiento de las personas en situaciones de conflicto.

Tras este inicio a cargo de tres amigos del CEDH, el libro se organiza en tres grandes secciones temáticas, cada una de las cuales explora problemáticas específicas, pero que en conjunto delinean los ejes fundamentales de los debates actuales.

La Sección I, "Protecciones y desprotecciones de la población civil", concentra trabajos dedicados a las múltiples vulnerabilidades que atraviesan a la población en contextos bélicos. La violencia dirigida contra personas LGBTIQ+, las restricciones discriminatorias en cuerpos armados, la

intersección entre género, pandemia y conflicto, así como las experiencias de migrantes y refugiados forzosos, muestran con crudeza que la población civil sigue siendo el blanco más frágil de las hostilidades. El gran desafío aquí no es tanto la ausencia de normas, sino su falta de implementación efectiva: ¿cómo garantizar que los principios de humanidad y no discriminación no queden en letra muerta cuando las prácticas culturales, las dinámicas de poder y la lógica de los conflictos imponen barreras adicionales? Esta sección también invita a reflexionar sobre los dilemas que generan los sistemas de armas autónomas y el cumplimiento de los principios fundamentales del DIH en un mundo tecnológico cada vez más deshumanizado.

La Sección II, "Éxitos y fracasos de la responsabilidad internacional", reúne estudios sobre los mecanismos que buscan juzgar y sancionar las violaciones más graves. Desde los casos de genocidio ante la Corte Internacional de Justicia hasta las discusiones sobre responsabilidad colectiva o individual, pasando por el rol de la justicia transicional en procesos de paz como el colombiano, los trabajos aquí reunidos dan cuenta de los avances, pero también de las profundas limitaciones del sistema internacional. Si bien existen logros notables, como la adopción de la Convención sobre el Genocidio de 1948 y el Estatuto de Roma de 1998 —distantes entre sí justo medio siglo—, persisten enormes obstáculos vinculados con la falta de cooperación estatal, la selectividad política y la dificultad de articular respuestas adecuadas frente a víctimas niñas, adolescentes y comunidades enteras. El desafío es romper el ciclo de impunidad y violencia que aún persiste, y avanzar en el s. XXI hacia una justicia internacional más accesible, efectiva y centrada en las víctimas.

Finalmente, la Sección III, "Virtudes y defectos en la conducción de hostilidades", nos traslada al corazón de los conflictos armados y a las tensiones entre estrategia militar, innovación tecnológica y límites humanitarios. La legalidad de las armas químicas y biológicas, el uso de misiles balísticos, la rebelión de las máquinas en un escenario de armas autónomas, la contaminación ambiental como consecuencia de la guerra y las dificultades para aplicar principios de distinción y proporcionalidad en contextos urbanos, son algunos de los temas que aquí se abordan. Esta sección interpela directamente la capacidad del DIH para adaptarse a un campo de batalla cada vez más complejo y difuso. El obstáculo central es garantizar que, aun en medio de la hostilidad, los límites normativos sigan marcando la frontera entre lo legítimo y lo inaceptable.

En conjunto, las tres secciones y las conferencias magistrales componen un mosaico plural y crítico que enriquece el debate sobre la vigencia y la eficacia del DIH, y del que nos enorgullecemos. Se trata de un aporte indispensable para juristas, académicos, estudiantes y todos aquellos comprometidos con la defensa de la dignidad humana frente a la violencia.

Como ha ocurrido con los volúmenes previos editados como actas de nuestros coloquios, este libro también es resultado y testimonio de un proyecto colectivo que no podría haberse materializado sin el compromiso y la dedicación de muchas personas e instituciones. Queremos expresar nuestro más profundo agradecimiento a todas y todos los integrantes del CEDH, cuya labor cotidiana de investigación y docencia constituye el motor de este esfuerzo. Son ellas y ellos quienes nos reconcilian con la importancia de asegurar espacios académicos de excelencia, destinados a reflexionar críticamente y a debatir. Expresamos, asimismo, un reconocimiento especial al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), por su apoyo constante y su acompañamiento en la promoción y la defensa de los principios humanitarios, que siguen siendo la brújula ética en medio de los conflictos. Finalmente, un sincero agradecimiento a Mariana Brocca, cuya meticulosa preparación de los textos ha permitido que esta obra llegue a sus lectores con la calidad y el cuidado que merece.

¡Por muchos más coloquios y libros!

Emiliano J. Buis

Laura M. Giosa

Co-Directores del CEDH

Índice

Prólogo 7

Conferencias magistrales 15

Favio Farinella — Ciberataques y derecho internacional humanitario 17

Fabián Salvioli — Componentes contemporáneos de la justicia transicional 41

Gabriel Valladares — Algunas actividades con apoyo de la asesoría jurídica de la Delegación regional del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para el Cono Sur 53

Sección I. Protecciones y desprotecciones de la población civil 65

Facundo Sesin (UBA, 2020) — Violencias a grupos LGBTIQ+ en conflictos armados a la luz del DIH, ¿Falta de normativa o de implementación? 67

María Roques de Borda (UBA, 2020) — La prohibición trans en el ejército de Estados Unidos: un análisis comparativo desde el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos 89

María Luz Melendi — Camila Belén Dibo — Camila Ristoff (UNS, 2020) — La perspectiva de género entre los conflictos armados y el COVID-19: una mirada humanitaria 103

Pamela Fernández Justo (UBA, 2019) — Dinámicas de control y consecuencias del conflicto armado en la población civil 121

Lucía Duarte (UNMdP, 2019) — Migrantes forzosos: aproximación hacia una conceptualización jurídica para su regulación y protección por el Derecho Internacional. Analogía con la condición de refugiado 133

Agustina G. Correa (UBA, 2019) — Lo atroz, lo global, lo personal y lo político: niñas refugiadas no acompañadas que huyen de prácticas culturales dentro de su comunidad. Aspectos extrajurídicos que condicionan la determinación del status de refugiadas 147

Irina Zilbermann (UBA, 2018) — Desplazados y refugiados: obligación por sobre la elección. Análisis de la problemática actual y los nuevos instrumentos normativos 161

María Sol Márquez — Romina Sarmiento (UBA, 2018) — Los refugiados y el Derecho Internacional Humanitario: desplazamientos humanos y conflictos armados en Malí 177

Irene Vázquez Serrano (Universidad de Murcia, 2021) — El cumplimiento de los principios de DIH. Un desafío para los sistemas de armas autónomas 187

Sección II. Éxitos y fracasos de la responsabilidad internacional 203

Natalia M. Luterstein (UBA) — Un nuevo caso de genocidio ante la Corte Internacional de Justicia: Gambia c. Myanmar 205

Agustín Pérez Aledda (UBA, 2020) — Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de conflictos armados: reparaciones como respuesta del derecho internacional para romper con el ciclo de la violencia 219

Natalia M. Luterstein (UBA, 2019) — ¿Quién define el genocidio? El camino hacia la adopción de la Convención de 1948 y la distribución de competencias dentro de las Naciones Unidas 233

Juan H. García Zeballos (UNLP, 2021) — Armisticios y DIH. El caso del río Desaguadero 243

Natalia M. Luterstein (UBA, 2021) — ¿Entidades abstractas o individuos de carne y hueso? La discusión sobre la responsabilidad colectiva por crímenes internacionales 253

Gabriel Illescas Álvarez (UNICEN, 2018) — Justicia transicional en el proceso de construcción de paz colombiano 265

Natalia Luterstein (UBA, 2018) — Las conclusiones de la Misión Independiente de Investigación sobre Myanmar relativas al crimen de genocidio contra el grupo Rohingya 281

Luciano Pezzano (UNC, 2021) — El DIH en caso de agresión. Revisitando la relación entre el ius ad bellum y el ius in bello 291

Sección III. Virtudes y defectos en la conducción de hostilidades 307

Roberto Jesús Sayar (UBA / UM / UNLP, 2020) — Deshecha la ley, hecha la guerra. Tensiones del Derecho Internacional Humanitario en IV Macabeos 309

Juan H. García Zeballos (UNLP, 2021) — Brasil durante el conflicto armado de Malvinas: ¿neutralidad o no beligerancia? La operación Black Buck y la misión Rojao de Fogo 325

Elisabeth Daniela Ostachi (UNMdP, 2020) — La rebelión de las máquinas. El rápido avance de los sistemas de armas autónomas ante la ausencia de regulación internacional 333

Juan H. García Zeballos (UNLP, 2019) — El veneno como arma de guerra: ¿algún uso lícito? La batalla del Mío-Mío en épocas de unitarios y federales 349

Roberto Jesús Sayar (UBA / UM / UNLP, 2019) — A donde fueres, haz lo que vieres. Autonomía(s), exclusiones e inclusiones del ¿derecho humanitario? en Saint Seiya 359

Tomás Mariano Guisado Litterio (UBA, 2019) — La legalidad de los misiles balísticos intercontinentales 371

María Candela Careaga (UTDT, 2019) — Diferentes concepciones ideológicas y tipificaciones sobre terrorismo: consecuencias al momento de materializarlo en tratados internacionales 391

Agustín Rodríguez (UNICEN, 2020) — Guerra ambiental: perspectivas interdisciplinarias entre los conflictos bélicos y su impacto en el ambiente 407

María Rosario Tejada (UBA, 2018) — La herencia de las guerras urbanas: la contaminación por remanentes explosivos de guerra 423

Roberto Jesús Sayar (UBA / UM / UNLP, 2018) — Relaciones 'internacionales' en la Palestina helenística: De embajadores y su accionar en IV Macabeos 439

Juan Herminio García Zeballos (UNLP) — Parlamentar durante las hostilidades: bandera blanca e historia argentina 453

Karina Soledad Bracamonte (UBA / UM) — Roberto Jesús Sayar (UBA / UM / UNLP, 2021) — ¿¡Y ahora qué hice!? Construcción discursiva de Antíoco IV Epifanes en IV Macabeos 465

Efrén Ismael Sifontes Torres (UBA, 2021) — Los sistemas no tripulados y el Derecho Internacional Humanitario aplicado a los conflictos armados navales. ¿Cómo juega la obligación de revisión de armamentos? 479

Conferencias magistrales

Ciberataques y derecho internacional humanitario

Favio Farinella[1]

Todo sistema legal provee consecuencias frente a la violación de sus normas. El Derecho Internacional (DI de aquí en más) no es la excepción. No obstante, constituye un conjunto de normas particulares, donde la voluntad de los Estados soberanos continúa siendo determinante al momento de brindar eficacia al derecho vigente. La irrupción de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (NTIC en más) viene planteando preguntas inéditas. El DI posee normativa específica para los conflictos armados tanto internacionales como internos. Sin embargo, no existe consenso respecto de si el Derecho Internacional Humanitario (DIH en adelante) puede ser aplicado total o parcialmente a los ciberataques, o si es necesario adecuarlo a los nuevos requerimientos. Veamos.

El programa nuclear de Irán se demora casi un año como consecuencia de un sofisticado ataque informático que provoca que las centrifugadoras de una planta nuclear giraran a una velocidad mayor de la debida. La población de Birmania sufre lo que se conoce como un ataque de "denegación de servicio distribuido" antes de las primeras elecciones nacionales en 20 años. La población de Estonia queda desconectada del resto del mundo y sin servicio público alguno por casi un mes como consecuencia de un ciberataque. El ejército chino organiza un ataque contra un sitio web de Falun Gong basado en Alabama, Estados Unidos.[2]

---

[1] PhD. Profesor, Investigador. UNMdP, UAI. BSc. in International Relations and Politics, University of London, Ex Becario Seoul National University, Comisión Europea Programa Marie Curie y TMC Asser Institute. Contacto: faviofarinella@hotmail.com

[2] Ver Hathaway, O.A *et al*., The Law of Cyber-attack, California Law Review, Vol. 100, No. 4, August 2012, pp. 817-885.

Estas situaciones no se han escapado de guiones de películas. Pertenecen al mundo real y son ejemplos de ataques cibernéticos. ¿Qué normas les son aplicables? Los daños producidos por este nuevo tipo de arma pueden ser simplemente virtuales como la pérdida de información y contenidos o el espionaje, pero pueden igualmente afectar el mundo real, incluida la infraestructura crítica de los Estados, tal como si fuera un atentado terrorista de magnitud. La utilización de las NTIC con fines de agresión demanda nuevas respuestas a conceptos tradicionales del DIH. En este artículo proponemos debatir las posibles interacciones jurídicas provocadas por los ciberataques. Analizamos aquí la eventual aplicación del DI general y de las reglas y principios del DIH a los ciberataques, junto con posibles inconsistencias que surgen.

Cuando la seguridad de las redes e Internet falla, cobra importancia la conducta del agente provocador. Si el ataque es masivo y afecta a la población de un Estado a través de la degradación o prohibición de uso de servicios y contenidos gubernamentales o privados, posiblemente estemos frente a un ciberataque dirigido a atacar, explotar o defender una red informática.[3]
Un "ciberataque" comprende todo tipo de ciberoperaciones que tengan por fin "interrumpir, negar, degradar o destruir la información residente en computadoras y redes informáticas o las computadoras y las redes en sí mismas".[4] En suma, abarca todo esfuerzo realizado para alterar, desviar, degradar o destruir los sistemas operativos de las computadoras, redes o la información o programas existentes.[5]

Todo ciberataque es conducido a través del ciberespacio y utilizando sus herramientas. Sólo a modo de ejemplo, la infección de un sistema de redes de computadoras con un virus maligno podría constituir un ciberataque, como el caso del gusano Stuxnet que penetró el sistema informático nuclear iraní. Los objetivos de este tipo peculiar de ataque pueden incluir el atentar contra la vida de personas o la funcionalidad de objetos que dependan de los sistemas de computación atacados. Tales los casos de plantas nucleares, sistemas de distribución de agua, gas o energía, medios de transporte o personas conectadas a diversos tipos de sistemas de soporte de vida médico, militar o profesional.

[3] EEUU, Departamento de Defensa, The National Military Strategy for Cyberspace Operations, (2006).
[4] Ibidem.
[5] Esta definición es utilizada por el Comité del Consejo de Investigación Nacional sobre Guerra de Información Ofensiva en Tecnología, Política, Derecho y Ética respecto de la adquisición y uso por parte de Estados Unidos de capacidades orientadas al ciberataque. Ver Owens, W.A., Dam, k.W. y Lin, H.S. (eds.), (2009), conocido como NRC Committee Report.

1. Normativa internacional aplicable directamente a los ciberataques

La seguridad de la información ha formado parte del debate en Naciones Unidas desde que Rusia presentó en 1998 un proyecto de resolución en la Asamblea General (AG en más).[6] Al momento, la AG ha dictado varias Resoluciones relativas a la ciberseguridad como parte de la agenda llamada "Desarrollos en el campo de la información y telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional".[7]

En 2002, la AG pidió una mayor consideración y discusión de la seguridad de la información,[8] solicitando un nuevo estudio de los problemas internacionales relacionados con aquella.[9] La Unión Internacional de Telecomunicaciones auspició la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (2003-2005), patrocinada por la ONU.[10] En julio de 2010 se reúnen especialistas gubernamentales en ciberseguridad de varios Estados, incluidos Estados Unidos, China y Rusia. El resultado fue la presentación de una serie de recomendaciones al secretario general de la ONU como "un primer paso hacia la creación del marco internacional para la seguridad y la estabilidad que requieren estas nuevas tecnologías".[11] Las recomendaciones requieren (i) enfatizar el diálogo entre Estados (…); (ii) decidir medidas que fomenten confianza, estabilidad y reducción de riesgos (…) incluyendo

[6] AG Res. 53/70 (04/01/1999).

[7] Entre varias otras, pueden mencionarse AG Res. 58/32, UN Doc. A/RES/58/32 (8/12/2003); Res. 59/61, ONU Doc. A/RES/59/61 (3/12/2004); Res. 60/45, ONU Doc. A/RES/60/45 (6/01/2006); Res. 61/54, ONU Doc. A/RES/61/54 (19/12/2006); Res. 62/17, ONU Doc. A/RES/62/17 (8/01/2008); Res. 63/37, ONU Doc. A/RES/63/37 (9/01/2009); Res. 64/25, ONU Doc. A/RES/64/25 (14/01/2010); ONU Doc. A/69/112 (30/07/2014); ONU Doc. A/70/172 (22/07/2015), etc. Por ejemplo, la referida a la Creación de una Cultura Global de Seguridad Cibernética y la Protección de Infraestructuras de Información Críticas AG Res. 58/199, ONU Doc. No. A / RES / 58/199 (30/01/2004); y la referida a la Creación de una cultura mundial de ciberseguridad y evaluación de los esfuerzos nacionales para proteger infraestructuras de información críticas AG Res. 64/211, ONU Doc. No. A / RES / 64/211 (17/03/2010).

[8] AG Res. 57/53, ONU Doc. A/RES/57/53 (30/12/2002).

[9] Ver otras resoluciones del mismo tenor de la AG Res. 58/32, para. 4; AG Res. 59/61, para. 4; AG Res. 60/45, para. 4; AG Res. 61/54, para 4; AG Res. 62/17, supra note 171, para 4; G.A. Res. 63/37, supra note 171, para 4; G.A. Res. 64/25.

[10] AG Res. 60/252, U.N. Doc. A/RES/60/252 (27/04/2006).

[11] Ver Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, para. 4, ONU Doc. A/65/201 (30/07/2010).

intercambios de opiniones nacionales sobre el uso de NTIC en conflictos; (iii) intercambiar información sobre la legislación nacional y las estrategias, tecnologías de seguridad y mejores prácticas nacionales en materia de NTIC; (iv) identificar medidas de apoyo para Estados menos desarrollados; y (v) elaborar términos y definiciones comunes.

La Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN en adelante) comenzó a interesarse en los ciberataques a partir de la situación ya referida en Estonia (2007), lo cual puso en evidencia la necesidad de contar con una "doctrina cibernética coherente y una estrategia cibernética integral".[12] La Cumbre de Bucarest (2008) constituye la primera reunión de la OTAN luego del incidente estonio y tuvo por resultado la creación de dos nuevas agencias centradas en los ataques cibernéticos: (i) la Autoridad de Gestión de Defensa Cibernética, y (ii) el Centro de Excelencia de Defensa Cibernética Cooperativa.[13] La primera centraliza las capacidades de defensa cibernética de los Estados miembros, poseyendo capacidades de monitoreo electrónico en tiempo real para identificar amenazas y compartir la inteligencia cibernética crítica en tiempo real. Su fin es convertirse eventualmente en una sala de guerra operativa para la defensa cibernética. A su vez, coordina el Consejo de Gestión de Ciberdefensa, del que forman parte los líderes de los Comités político, militar, operacional y técnico de la OTAN con responsabilidades en ciberdefensa.[14] Por su parte, el Centro de Excelencia de Defensa Cibernética Cooperativa aspira a "avanzar en el desarrollo de la doctrina y estrategia de defensa cibernética de la OTAN a largo plazo".[15]

Conforme el sistema de seguridad colectiva establecido en el artículo 5 del Tratado constitutivo de la OTAN, un ciberataque ejecutado contra un Estado miembro se considera como realizado contra todo el sistema. Así fue la respuesta tras el incidente estonio. A partir de distintas reuniones de los ministros de Defensa de la OTAN realizadas en el marco del Nuevo Concepto de Ciberdefensa de la Alianza tras los sucesos de Estonia,[16] se

[12] Ver Hughes, R.B., NATO and Cyber Defence: Mission Accomplished?, Atlantisch Perspective, Apr. 2009, p. 1, disponible en www.atlcom.nl/site/english/nieuws/wpcontent/Hughes.pdf. (octubre de 2019).

[13] Véase Hughes, *op. cit. supra* 12. Igualmente Shackelford, S.J., Estonia Dos años y medio después: Informe de progreso en la lucha contra los ataques cibernéticos, Journal Internet Law 5, febrero de 2010 disponible en http://ssrn.com/abstract=1499849 (octubre de 2019).

[14] El Consejo constituye el principal órgano de consulta de la OTAN en ciberdefensa y aconseja a los Estados miembros. La Autoridad opera bajo la División de Desafíos Emergentes de Seguridad. Esta División comenzó a trabajar en agosto de 2010 y se centra en terrorismo, proliferación de armas de destrucción masiva, ciberdefensa y seguridad energética.

[15] Véase Hughes, *op. cit. supra* 12.

[16] Ministerio de Defensa. Dirección General de Relaciones Internacionales. Instituto

aprueba en 2011 la Política de Ciberdefensa y un plan de acción para su implementación,[17] cuyo objetivo es proteger las redes informáticas de los Estados Miembros, siendo la cooperación uno de los pilares fundamentales para la defensa frente a las ciberamenazas.[18]

La consecuencia legal más importante del ciberataque sufrido por Estonia es el "Manual de Tallinn sobre el derecho internacional aplicable a los ciberataques". Si bien no constituye un cuerpo normativo oficial de la OTAN, es una guía relevante para enfrentar situaciones que puedan plantearse en el ciberespacio. El Manual adapta normas internacionales sobre conflictos armados como la Declaración de San Petersburgo[19] (1868) o las Convenciones de Ginebra (1949) de forma tal que puedan ser aplicadas al ciberespacio. Tres organizaciones estuvieron representadas por observadores durante todo el proceso: la OTAN, el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Comando Cibernético de Estados Unidos. Constituye, en suma, el resultado de 3 años de análisis de las normas internacionales que pueden aplicarse para combatir los ciberataques, siendo el primer cuerpo normativo sobre la cuestión,[20] y representando un producto de investigación académica independiente.

A lo dicho se suma la aparición en 2017, del Manual de Tallinn 2.0 sobre el Derecho Internacional aplicable a las ciberoperaciones.[21] Mientras que la primera versión del Manual se basa únicamente en aplicar los preceptos

---

Español de Estudios Estratégicos. Documento informativo del IEEE 09/2011. Nuevo concepto de Ciberdefensa de la OTAN (marzo 2011).

[17] Ministerio de Defensa. Dirección General de Relaciones Internacionales. Instituto Español de Estudios Estratégicos Documento informativo del IEEE 37-2011. La Política de Ciberdefensa de la OTAN (octubre 2011) .

[18] A raíz de los ciberataques ejecutados contra Lituania, se decide incorporar la ciberdefensa en las agendas políticas de la OTAN. Esto dará inicio a su política de ciberdefensa.

[19] La Declaración de San Petersburgo fue suscrita en San Petersburgo el 29/11/1868 con el fin de prohibir el uso de ciertos tipos de armas durante un conflicto bélico. La Declaración es considerada como el primer acuerdo formal sobre las leyes de la guerra. La historia del documento data de 1867, cuando los ingenieros rusos desarrollaron un proyectil que explotaba al contacto con cualquier superficie; su propio gobierno consideró inhumano el uso de ese explosivo y, para evitar que ellos u otro país lo utilizara, propuso que fuera prohibido mediante un convenio internacional. Así, el 11/12/1868 entra en vigor el tratado que señala que tipos de armas no pueden ser usadas en un conflicto bélico debido al sufrimiento innecesario que causan sin que por ello sean más eficaces desde el punto de vista militar.

[20] Ver al respecto, Fonseca, C. *et al*., El Manual de Tallin y la Aplicabilidad del Derecho Internacional a la Ciberguerra, Revista de la Escuela Superior de Guerra, Ejército Argentino, No. 588, 2014, pp.126-145. Los autores del Manual de Tallinn se autodenominaron Grupo Internacional de Expertos.

[21] Schmitt, M. *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge Univ. Press, 2017.

del *jus in bello* e *jus ad bellum* a las operaciones cibernéticas, la segunda versión presta especial atención a desarrollar en forma completa el derecho de las ciberoperaciones en tiempos de paz. Esta segunda edición del Manual reconoce la aplicación del principio de la debida diligencia por parte de los Estados, en relación con las ciberoperaciones. La Regla 6 establece el principio general: "[un] Estado debe ejercer la debida diligencia no permitiendo el uso de su territorio … para ejecutar operaciones cibernéticas que puedan afectar derechos de otros Estados y producir graves consecuencias adversas".[22] Los redactores afirmaron que en tanto la obligación de debida diligencia es una norma consuetudinaria, puede ser aplicada a nuevos contextos y tecnologías "en ausencia de una exclusión legal", con lo cual la Regla 6 se aplica incluso a ataques perpetrados por actores no estatales.[23] Respecto de los Estados que ejercen jurisdicción sobre las redes por las cuales transitan los ataques, les impone la obligación de "agotar todas las medidas posibles para terminarlo".[24] La idea de prevención se entiende como el deber de detener el ataque una vez que se encuentre en curso.[25]

2. La aplicación de reglas y principios del Derecho Internacional Humanitario a los ciberataques

El DIH se propone "humanizar la guerra".[26] En sus dos vertientes de La Haya y de Ginebra, se dirige a los Estados tanto para limitar sus formas de interacción en el conflicto armado, como para imponerles obligaciones respecto de las personas que sufren sus consecuencias.[27] Surgen así dos

[22] La regla se aplica tanto al territorio como a la ciberinfraestructura que se encuentre bajo jurisdicción del Estado.

[23] Schmitt, *op. cit. supra*, comentario a la Regla 6.

[24] Ibidem, Regla 7, comentario 2.

[25] Patrick, C. Comment, Debugging the Tallinn Manual 2.0's Application of the Due Diligence Principle to Cyber Operations, Wash. L. Rev. 581, p. 595, (2019). Disponible en https://digitalcommons.law.uw.edu/wilj/vol28/iss2/11 (noviembre 2019).

[26] Kalshoven, F. y Zegveld, L., Restricciones en la conducción de la Guerra, Introducción al derecho internacional humanitario, CICR, Buenos Aires (2003), p. 12.

[27] El derecho de La Haya y de Ginebra, respectivamente. Ver Bugnion, F. El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya, Revista Internacional de la Cruz Roja, 31/12/2001, Nº 844. pp. 901 – 922. Respecto del Derecho de La Haya, ver Hensel, H.M., The law of armed conflict: constraints on the contemporary use of military force, Aldershot, Hants, England; Burlington, VT: Ashgate Pub. Co., (2005); Human Rights Watch, Civilian pawns: laws of war violations and the use of weapons on the Israel-Lebanon border New York: Human Rights Watch, (1996). En relación al Derecho de Ginebra, ver Valencia Villa, A.,

principios fundantes:

> (i) "el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o los medios de guerra no es ilimitado" (La Haya); y
>
> (ii) "las personas puestas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades serán respetadas, protegidas y tratadas con humanidad" (Ginebra).[28]

El objeto básico del DIH consiste en la "ayuda desinteresada para todas las víctimas de la guerra sin discriminación, para todos aquellos que (…) ya no son más enemigos sino solamente sufrientes e indefensas personas humanas".[29] La protección se proporciona no contra la violencia de la guerra en sí, sino "contra el poder arbitrario que una parte obtiene, en el transcurso de un conflicto armado, sobre las personas que pertenecen a la otra parte".[30]

De los varios principios derivados de la acción humanitaria existentes,[31] la "Cláusula Martens" resume la aspiración primaria del DIH:

> Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.[32]

La humanización de la guerra: derecho internacional humanitario y conflicto armado en Colombia, Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes: Tercer Mundo Editores, (1991); Reglas básicas de las Convenciones de Ginebra y sus protocolos adicionales, CICR, Ginebra, (1983); Bory, F., Origen y desarrollo del derecho internacional humanitario, CICR, (1982).

[28] Pictet, J., Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario, Curso del Instituto de Derechos Humanos de Estrasburgo, Universidad Robert Schuman, 1982, p. 31.

[29] International Committee of the Red Cross, The Geneva Conventions of August 12, 1949, Geneva, Preliminary Remarks, p. 1.

[30] Kalshoven, F. & Zegveld, L., *op. cit. supra* 26, p. 59.

[31] Pictet, J., Development and principles of international humanitarian law, Dordrecht, Neth.: Martinus Nijhoff Publishers, (1985).

[32] La Cláusula Martens aparece por vez primera en el Preámbulo del (II) Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. La Cláusula es introducida por el Delegado Ruso, profesor von Martens en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899. Ver Fiódor Fiódorovich Martens (1845-1909) humanista de los tiempos modernos, Revista Internacional de la Cruz Roja (RICR), no 135, mayo-junio de 1996, pp. 324-339. Ver

Una versión moderna de esa Cláusula figura en el artículo 1(2) del Protocolo Adicional I de 1977 (PAI en adelante):

> En los casos que no abarcan el presente Protocolo u otros acuerdos internacionales, la población civil y los combatientes siguen estando bajo la protección y la autoridad de los principios de derecho internacional derivados de las costumbres establecidas, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.

La CIJ en su Opinión Consultiva sobre la legalidad del uso de armas nucleares, invocó la Cláusula Martens al afirmar la vigencia de los principios y reglas del derecho humanitario y aplicarlos a la amenaza y uso de las armas nucleares.[33] Además, resaltó que al igual que hoy sucede con las NTIC, las armas nucleares no existían al momento en que la mayoría de los principios y normas del derecho humanitario aplicable en los conflictos armados estaban ya vigentes. No obstante, dijo la CIJ,

> […] no puede concluirse de ese hecho que los principios y normas establecidos del derecho humanitario aplicable en los conflictos armados no se apliquen a las armas nucleares. Tal conclusión serla incompatible con el carácter intrínsecamente humanitario de los principios jurídicos de que se trata, que impregna todo el derecho de los conflictos armados y se aplica a todas las formas de guerra y a todas las clases de armas, las del pasado, las del presente y las del futuro.

El DIH se basa "en el principio fundamental que las personas protegidas deben ser respetadas (obligación pasiva) y protegidas (obligación activa) en todas las circunstancias y recibir un trato humano sin distinción alguna de índole desfavorable basada en el sexo, raza, nacionalidad, religión, opiniones políticas o en cualquier otro criterio análogo".[34] Conforme el principio de no discriminación: "Las personas serán tratadas sin distinción alguna fundada en la raza, el sexo, la nacionalidad, el idioma, la clase social, la fortuna, las opiniones políticas, filosóficas o religiosas, o en otro criterio análogo".[35]

Kalshoven, V. F., Constraints on the Waging of War, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987, p. 14.

[33] CIJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Opinión Consultiva (1996), para. 87.

[34] CG I y II, Artículo 12; CG III, Artículo 16; CG IV, Artículo 27. Ver Kalshoven, F. y Zegveld, L., *op. cit. supra* 26, p. 62.

[35] Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, III Convenio de Ginebra

Al preguntarnos por la posibilidad de aplicar el DIH a un ciberataque, enfrentamos básicamente dos escenarios posibles. Primero, el ciberataque puede ejecutarse en el contexto de un conflicto armado convencional o poseer un nexo con el mismo. Segundo, el ciberataque puede existir en forma aislada y orientarse a degradar o dañar personas, bienes o infraestructura crítica del Estado atacado. Dentro del segundo supuesto, cabe distinguir entre los ataques que producen daños concretos en el mundo físico y aquellos que no se manifiestan de manera visible.[36]

En relación con el primer supuesto, no es la naturaleza de un medio o método, sino el contexto en el cual se utiliza, lo que somete una conducta a las reglas y los principios del DIH. Por lo tanto, lejos de importar si el ciberataque que ocurre en el contexto de un conflicto armado, parte del territorio de uno de los Estados beligerantes, lo que resulta decisivo es conocer si el ataque en cuestión se relaciona con el conflicto en curso. En palabras del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, es imprescindible la existencia de un nexo con uno de los grupos armados del conflicto para que la conducta quede atrapada por la normativa humanitaria. De así ocurrir, las reglas del DIH se aplicarán a los ciberataques.

Respecto del segundo supuesto referido a un ciberataque sin relación con conflicto armado alguno, la respuesta es menos concluyente, debiendo diferenciarse el tipo de daño acaecido. Tradicionalmente, los Estados han reservado la aplicación del DIH para actos de violencia física directa, excluyendo los daños producidos por conductas que no constituyen violencia física.[37] Los medios de carácter sicológico (propaganda) o económico (embargo, bloqueo) no constituyen un "ataque" a los fines de la aplicación del DIH.

El Manual de Tallinn sobre el DI aplicable a los ciberconflictos distingue entre conflictos armados internacionales y no internacionales, y reconoce que las ciberoperaciones pueden por sí mismas constituir un ataque armado, dependiendo de las circunstancias y especialmente, de sus

12/08/1949, Comentario del artículo bajo la dirección de Jean Pictet. Fórmulas de la misma índole fueron introducidas en varias disposiciones de los Protocolos de 1977, especialmente en el preámbulo y en los artículos 10 y 75 del Protocolo I, así como en el artículo 2 del Protocolo II.

[36] Por ejemplo, ciberoperaciones que ralentizan una intranet comercial o militar, descargan información financiera o personal, hacen perder temporalmente el acceso a Internet o a sitios web, o practican el ciberespionaje.

[37] Beard, J.M., Legal Phantoms in Cyberspace: The Problematic Status of Information as a Weapon and a Target Under International Humanitarian Law, 47 Vand. Journal Transnational Law 67, (2014), p. 99.

efectos destructivos. El Manual define a un ciberataque como "una operación cibernética, ya sea ofensiva o defensiva, que razonablemente se espera que cause lesiones o muerte a personas o daños o destrucción de objetos".

La cuestión básica consiste en calificar "daño" en el mundo digital. La mayoría de los expertos que redactaron el Manual acordaron que además del daño físico, la pérdida de funcionalidad de un objeto también constituye un daño. Sobre todo, si afecta a la infraestructura crítica de un Estado.

A lo largo de su historia, el DIH se ha aplicado a modos y medios que emplean la fuerza cinética. Si el mismo puede aplicarse a situaciones como la manipulación de datos o el envío de códigos a través de redes, es una situación novedosa, que tal vez requiera re-interpretar conceptos tradicionales como los de conflicto armado, ataque, bienes civiles y objetivos militares.

El Comité Internacional de la Cruz Roja entiende que es irrelevante la manera en que un objeto es desactivado, sea por medios cinéticos o por una ciberoperación. Este punto es esencial ya que, de lo contrario, una operación cibernética destinada a distorsionar una red civil no estaría cubierta por la prohibición humanitaria de no atacar directamente personas y objetos civiles. No obstante, otras situaciones como los ataques de denegación de servicio, cuya finalidad es aislar a un país o región, se ejecutan frecuentemente de forma descentralizada, utilizando redes ubicadas en numerosas jurisdicciones, y con esto, deviene imposible una acción colectiva eficaz.

La operación Mirai Botnet (2016) tuvo por víctima a los servidores de Dyn, una compañía que controla gran parte de la infraestructura del sistema de nombres de dominio (DNS) de Internet, haciendo caer sitios como Twitter, The Guardian, Netflix, Reddit, CNN y muchos otros en Europa y Estados Unidos. El caso Mirai constituyó un ataque de denegación de servicio distribuido (DDoS), en el que una red de computadoras infectadas con *malware* especial, conocida como *botnet*, se coordinó para bombardear un servidor con tráfico hasta que se colapsara bajo la tensión. Una operación de *botnet* consiste en que el atacante tome el control de dispositivos de la llamada Internet de las cosas (IoT)[38] (desde un lavarropa hasta una lámpara o un motor),[39] y los utilice para lanzar un ataque de denegación de servicio (DDoS) a gran escala.[40] Las operaciones de *botnet* pueden originarse en más de

[38] Kapur, N., The Rise of IoT Botnets, AM. Security Project (Jan. 13, 2017), https://www.americansecurityproject.org/the-rise-of-iot-botnets/.

[39] Morgan, J. A Simple Explanation of 'The Internet of Things', Forbes (May 13, 2014, 12:05 AM), https://www.forbes.com/sites/jacobmorgan/2014/05/13/simple-explanation-internet-things-thatanyone-can-understand/#41fd11f11d09.

[40] Marr, B., Botnets: The Dangerous Side of the Internet of Things, Forbes (Mar. 7,

un Estado, y tomar el control de dispositivos IoT en un número aún mayor de Estados.[41] Dyn estimó que el ataque había involucrado 100.000 puntos finales maliciosos, además de arrojar pérdidas económicas valuadas en millones de dólares y violar la soberanía de múltiples Estados.[42] Lo preocupante es que la "mente criminal" detrás de la operación Mirai no fue el director de sistemas cibernéticos de un Estado u organización terrorista, sino un grupo de universitarios que intentaban estafar servidores del juego Minecraft.

En este ejemplo, diversos derechos de millones de usuarios se vieron amenazados o directamente violados, pero como su duración fue breve (un día) podría afirmarse que constituyó sólo una degradación del servicio, al no motivar pérdidas de vidas, lesiones o destrucción en gran escala. Si así fuera, la ausencia de daños físicos dificultaría describirlo como un ataque armado que habilitara la posible aplicación del DIH y eventualmente, el derecho de autodefensa de los Estados atacados.

El artículo 49(1) del PAI afirma que se entiende por ataque "aquellos actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos". Como ya comentamos, es hoy generalmente reconocido que los actos de violencia no requieren necesariamente el uso de fuerza cinética, siendo suficiente que los efectos equivalgan a los que normalmente se asocian con ella, es decir, la muerte o lesión de personas o destrucción física de objetos.[43] Esta interpretación acepta que si una ciberoperación desencadena procesos que causen tales consecuencias, entonces constituirá "actos de violencia ejecutados contra el adversario" conforme el sentido establecido en el artículo 49 (1) PAI.[44]

2017, 2:18 AM), https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2017/03/07/botnets-the-dangerous-side-effects-of-theinternet-of-things/#49e9c3b73304.

[41] Russon, M.A., New DDoS Attack Technique Could Unleash Devastating Internet Meltdown Warns Experts, YAHOO NEWS (Oct. 26, 2016), https://in.news.yahoo.com/ddos-attack-technique-couldunleash-120733762.html.

[42] Woolf, N., DDoS Attack that Disrupted Internet was Largest of its Kind in History, Experts Say, The Guardian (26/10/2016, 4:42 PM), https://www.theguardian.com/technology/2016/oct/26/ddosattack-dyn-mirai-botnet (disponible noviembre 2019).

[43] Dinstein, Y., Computer Network Attacks and Self-Defense, en Michael Schmitt and Brian O'Donnell (eds.), Computer Network Attack and International Law, (2002), p. 103; Schmitt, M., Wired Warfare: Computer Network Attack and Jus in Bello, International Review of the Red Cross, vol. 84, no. 846, (2002), p. 373; Schmitt, M., Cyber Operations and the Jus in Bello: Key Issues, Naval War College International Law Studies, (2011), pp. 6–7; Dörmann, K., The Applicability of the Additional Protocols to Computer Network Attacks: An ICRC Viewpoint, in Byström, K. (ed.), International Expert Conference on Computer Network Attacks and the Applicability of International Humanitarian Law, 17–19 November (2004), Stockholm, Sweden, Swedish National Defence College (2004).

[44] Ver al respecto, la discusión sobre la participación directa en las hostilidades en relación con las operaciones colectivas y medidas preparatorias en Melzer, N., Interpretive Guidance on

El caso de las Plataformas Petroleras fallado por la CIJ ofrece comentarios útiles a fin de determinar si un ataque no convencional –como es un ciberataque–, puede por sí sólo, alcanzar el nivel de ataque armado. La CIJ hizo referencia a que la cuestión central giraba en torno a:

> si tal ataque, considerado en sí mismo o en combinación con el resto de las "series de […] ataques" citados por los Estados Unidos puede ser categorizado como un ataque armado que justifique la autodefensa de Estados Unidos.[45]

En este párrafo se advierte que la CIJ considera la posibilidad de un análisis acumulativo de ataques, lo cual dará lugar a la llamada "doctrina de la acumulación", que afirma que, de sumarse una serie de acontecimientos sin solución de continuidad, podríamos estar en presencia de un ataque armado. Así, diversas ciberoperaciones que consideradas aisladamente no calificarían como ataque armado, podrían serlo a partir de su sumatoria o en combinación con otros acontecimientos. Por ejemplo, microataques de hackers individuales cuya sumatoria combinada constituyera un ataque masivo.

En suma, hasta aquí podemos concluir parcialmente en ciertas razones.

Primero, no toda amenaza o uso de la fuerza prohibidos por el artículo 2(4) Carta ONU constituye un ataque armado que haga aplicable el DIH o justifique una acción de autodefensa.[46] Segundo, el artículo 49(1) PAI define al ataque como actos de violencia a los cuales podríamos añadir el calificativo de "graves" –conforme la interpretación de la CIJ– para configurar una violación del artículo 2(4) Carta ONU que justifique la aplicación del DIH y además habilite el derecho de autodefensa (artículo 51 de la Carta). Tercero, en igual sentido, el uso de algún tipo de arma es una condición esencial para que el ataque sea considerado "armado". Cuarto, a este efecto, todo objeto cibernético puede calificar como arma conforme la intención con que es usado y los efectos que produce. Quinto, si la consecuencia de un ciberataque

---

the Notion of Direct Participation in Hostilities under IHL, ICRC (2009), pp. 54–55, 65–67.

[45] CIJ, Plataformas Petroleras, Irán v. EEUU, Sentencia, Rep. 161, para. 64 (06/11/2003).

[46] Ver Randelzhofer, A., Article 51 UN Charter, en Bruno Simma (ed.), The Charter of the United Nations: A Commentary, vol. I, (2002), p. 790. De igual manera, Dinstein, Yoram, War, Aggression and Self-Defence, 4th ed., (2005), pp. 167, 174; Brownlie, I., International Law and the Use of Force by States, (1963), p. 278 y ss. La existencia de esta brecha fue confirmada por el DI consuetudinario en CIJ, Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. EEUU), fondo, (1986), para. 191, donde la CIJ consideró que era 'necesario distinguir las formas más graves de uso de la fuerza (aquellas que constituyen un ataque armado) de otras menos graves' (confirmado luego en CIJ, caso de las Plataformas Petroleras, Irán v. Estados Unidos, 06/11/2003).

resulta en la muerte o daño a personas o cosas, o en la degradación de la infraestructura crítica del Estado atacado, la violencia ejercida puede considerarse grave y por lo tanto, constituirá un "ataque armado".

Pero, aun afirmando en líneas generales la posible aplicación de los principios y normas del DIH a los ciberataques, restan una serie de cuestiones específicas nacidas a partir de las particularidades de las NTIC. Aquí es necesario fijar posición, en tanto no existe DI consuetudinario ni convencional que las resuelva. Entre las más urgentes mencionamos a (i) la neutralidad; (ii) los principios de distinción, proporcionalidad, precaución y objetivos legítimos; y (iii) la participación de civiles en las hostilidades, incluyendo los *hacktivists* y los piratas patrióticos. Las analizamos a continuación.

2.1 Los ciberataques y la neutralidad

El instituto de la neutralidad constituye un concepto básico para el DIH y puede constituir un obstáculo humanitario mayúsculo al momento de decidir un ciberataque. La mayor parte del derecho de la neutralidad se encuentra contenido en la V Convención de La Haya (1907).[47] En el DI, la neutralidad implica el derecho de cualquier Estado de mantener relaciones con los Estados beligerantes. Este derecho encuentra su balance en la obligación que tiene el Estado neutral de no colaborar con los esfuerzos de guerra de los beligerantes. Si un Estado se declara neutral, posee inmunidad de ser atacado y su territorio es inviolable. El artículo 3 de la citada Convención prohíbe a los beligerantes utilizar con fines militares las instalaciones de comunicaciones situadas en Estados neutrales.

Korns y Kastenberg definen a la ciber-neutralidad como "el derecho de cada nación de mantener relaciones con todas las partes que mantienen un ciberconflicto", y afirman que "a los fines de permanecer neutral en un ciberconflicto, el Estado en cuestión no puede originar un ciberataque desde su territorio, e incluso debe realizar acciones tendientes a prevenir que un ciberataque transite sus nodos de Internet". Esta obligación de debida diligencia es de muy difícil cumplimiento.[48] Es en este punto donde los

[47] Convenio V de La Haya relativo a los derechos y a los deberes de las potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre. 1907.

[48] Korns, S.W. y Kastenberg, J.E., Georgia's Cyber Left Hook. Defense Technical Information Center (2009), p. 62. El artículo brinda un panorama de los problemas que enfrentó el derecho de la neutralidad durante el conflicto entre Georgia y Rusia en 2008.

ciberataques desafían al derecho de la neutralidad. La exclusión del uso militar de las instalaciones de comunicación pudo ser razonable en 1907, ya que era fácilmente controlable. Sin embargo, la arquitectura actual de Internet vuelve casi imposible cumplir con las obligaciones de neutralidad. Internet es una red global compuesta por redes que abarcan tanto el sector público como el privado. Las conexiones de red no están restringidas a un territorio determinado y la información transmitida trasciende las jurisdicciones estatales. Por ejemplo, un correo electrónico enviado desde la jurisdicción del Estado A puede pasar por otras varias jurisdicciones estatales antes de llegar al destinatario en el Estado B. Los riesgos para un Estado neutral son altos: podría estar cooperando con el esfuerzo de guerra de alguno de los beligerantes al facilitar el uso de sus redes. La sanción por violar la neutralidad es alta: el Estado neutral podría ser atacado.

Es claro que los Estados beligerantes saben que lanzar un ataque desde la red informática de una nación neutral está prohibido, de la misma manera que ejércitos hostiles no pueden pasar por el territorio de un país neutral. Aun así, esta afirmación se diluye, ya que el concepto de combatiente cibernético puede incluir actores no estatales como veremos más adelante.

2.2 Principios de distinción, proporcionalidad y de precaución y los objetivos legítimos

El principio de distinción restringe los objetivos pasibles de ser atacados a los combatientes u objetivos militares, al tiempo que protege a la población civil y bienes de carácter civil, tanto como sea posible. Antes de lanzar un ataque contra el objetivo elegido, se debe evaluar si está en conformidad con los principios de distinción y proporcionalidad. Por lo tanto, sería permitido atacar cibernéticamente a los combatientes y, al realizar ataques contra objetivos militares, el objetivo atacado debe contribuir a la acción militar y proporcionar una ventaja militar concreta.

El Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra en su artículo 52(2), establece criterios para distinguir la legitimidad de un objetivo:

Disponible en https://apps.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a636632.pdf (octubre de 2019).

> Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.[49]

Se consideran objetivos legítimos de ataque: las fuerzas armadas, los establecimientos y construcciones, así como sus materiales; y otros bienes cuya destrucción otorgue una ventaja militar concreta. En caso de duda, se presume que el objeto se destina a un fin civil.[50] Y en caso de que los objetos posean doble finalidad (civil y militar), la posición predominante considera al objetivo como militar y, por lo tanto, pasible de ser atacado.[51]

En el DIH los beligerantes tienen prohibido emplear armas que por su naturaleza no puedan discriminar objetivos militares de civiles. Al trasladar la solución al ciberespacio, nos encontramos con el problema que casi todos los elementos serían considerados objetivos militares, dada la absoluta interdependencia y casi imposibilidad de distinción entre redes civiles y militares. Conforme esta apreciación, el principio de distinción queda vacío de contenido, debiéndose entonces recurrir a los principios de proporcionalidad y precaución. El primero prohíbe todo ataque si es de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, los cuales serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.[52] En este punto, el problema resulta de la dificultad de anticipar los posibles efectos de un ciberataque.

Por su parte, el principio de precaución afirma que toda operación militar se realizará con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil.[53] Y en relación con los efectos del ataque, los beligerantes deberán cancelar o suspender un ataque si resulta aparente que podría resultar en una violación del principio.[54]

A modo de ejemplo, comenta KELSEY que, durante la campaña de la OTAN en Kosovo, quienes planificaban la estrategia aérea de la OTAN planearon un ataque cibernético cuyo objetivo era insertar mensajes falsos y objetivos en la red de comando de defensa aérea Serbia. La OTAN podía

[49] Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, art. 52(2).
[50] Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, art. 52(3).
[51] FONSECA *ET AL*., *op. cit. supra* 20, Comentario a la Regla 39, para. 1.
[52] Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, art. 51(5)b.
[53] Ibidem, art. 57(1).
[54] Ibidem, art. 57(2.a.iii) y (2.b).

enviar el ciberataque a través de países anfitriones de Internet o desde uno de sus aviones de combate. Este ataque habría limitado la capacidad de las fuerzas serbias de atacar con precisión los aviones de combate de la OTAN, pero de planearse incorrectamente, podría haber puesto en peligro objetivos civiles e incluso, confundido aviones de combate o comerciales con objetivos militares. Los misiles agotados de combustible lanzados contra objetivos falsos podrían haber caído en estructuras civiles, como hogares, hospitales y escuelas. La OTAN finalmente no lanzó este ciberataque, pero en el futuro otros comandantes de fuerzas beligerantes pueden verse tentados a arriesgar un daño adicional a la población civil para reducir el riesgo de sus pilotos.[55]

Los Estados no poseen una libertad ilimitada de elección de medios en las armas que utilizan.[56] El uso de armas está sujeto a restricciones concretas bajo el derecho de los conflictos armados. Si se interpreta a los ciberataques como un tipo nuevo de arma, serán de aplicación las normas relativas a los medios utilizados para hacer la guerra. El Manual de Derecho Operacional de Estados Unidos establece que las ciberoperaciones requieren igual análisis legal que cualquier otro método o medio de guerra.[57]

La CIJ ha opinado que dos restricciones fundamentales establecidas por el DI consuetudinario se aplican a las armas empleadas. Primero, los Estados nunca deben tomar como objetivo de sus ataques a los civiles y, en consecuencia, no pueden usar armas que sean incapaces de distinguir entre objetivos civiles y militares.[58] Segundo, está prohibido causar sufrimiento innecesario a los combatientes; por consiguiente, se prohíbe el uso de armamento que lo cause o que agrave inútilmente su sufrimiento.

En cuanto a los objetivos legítimos, el DIH prohíbe los ataques contra objetivos civiles. El principal desafío que enfrentan los ciberataques es cumplir con el referido principio de distinción que prohíbe ataques indiscriminados. Éstos no sólo comprenden ataques que no están dirigidos a un objeto militar específico, sino métodos o medios de combate que no puedan por su naturaleza dirigirse hacia un objetivo militar específico o cuyos efectos no puedan ser limitados. Para cumplir con el requisito de distinción, el ciberataque debiera ser de alta sofisticación. Aun así, podría fácilmente

[55] Kelsey, J., Hacking Into International Humanitarian Law. L Michigan Law Review, Vol. 106, pp. 1434-1435 (2008).
[56] Ídem.
[57] The Judge Advocate General Legal Center & School, International and Operational Law Department (2008). Operational Law Handbook. Charlottesville, VA: US Army, p. 149 (JAG School).
[58] CIJ, Legalidad de la Amenaza o uso de Armas Nucleares, Opinión Consultiva (1996), para. 78.

transformarse en un ataque indiscriminado, ya sea intencionalmente o por error humano o tecnológico.

Cabe preguntar cómo debe calificarse la "información" en poder del enemigo, que pueda ser capturada o destruida por medio de un ciberataque, o aquellos servicios y programas informáticos de los cuales depende la vida y salud de las personas. ¿Son estos objetivos legítimos o entran dentro de la prohibición? En este punto, un ciberataque destinado a destruir o dañar soportes informáticos básicos de los cuales depende infraestructura del mundo real, sería violatorio del principio, ya que las normas sobre conducción de las hostilidades protegen los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, incluyendo áreas agrícolas, sembradíos, instalaciones de agua potable, y obras e instalaciones que "contengan fuerzas peligrosas como represas, diques y estaciones generadoras de energía nuclear y eléctrica"[59]. Fuera de esto, el objetivo sería legítimo.

Otras dificultades surgen cuando el ataque cibernético no produce ninguna destrucción física directa, sino una degradación o interrupción del servicio. En este caso, será el enemigo afectado quien considere si tal conducta constituye un ataque a efectos de ejercer la autodefensa o un simple incidente. Si el propósito es sólo causar inconvenientes, entonces no se ha producido un ataque. El problema es que quienes planifican un ciberataque podrían concentrarse en evitar la aplicación de los estándares humanitarios y al mismo tiempo contribuir al logro de sus objetivos políticos o estratégicos. Frente a esto, un grupo de Estados liderados por Estados Unidos han afirmado que ciertos objetivos de carácter económico constituyen objetivos legítimos de ataque, ya que los mismos sostienen en forma indirecta pero efectiva la capacidad de guerra del enemigo.

La naturaleza y estructura general de Internet es contraria a la aplicación del principio de distinción que exige distinguir entre objetivos legítimos y aquellos que no lo son. Un beligerante podría verse tentado a iniciar ataques cibernéticos a gran escala contra las redes de otros beligerantes. Pero sin la capacidad de distinguir entre objetivos, este ataque sería indiscriminado. Otra posibilidad es que un beligerante comience un ciberataque de baja sofisticación con la esperanza que las redes civiles no se vean afectadas. Actualmente, los ejércitos de todo el mundo están comenzando a emplear robots con funciones de combate como las llamadas pistolas centinelas.[60]

[59] CICR, Métodos y Medios de guerra, 29/10/2010. Sitio web icrc.org disponible octubre 2019.

[60] El sistema Phalanx Close-In Weapons es un sistema de disparo rápido de 20 milímetros de reacción rápida capaz de realizar de forma autónoma su propia búsqueda, detección, evaluación, rastreo, ataque y eliminación de las funciones evaluadas. Marina de Estados Unidos.

Algunos robots son autónomos, pueden distinguir entre amigos o enemigos y están equipados con armas.[61]

Si una de las Partes beligerantes programa un virus cuyo único propósito es replicarse en sistemas de la tecnología de la información, infectar tantas computadoras como sea posible y destruir toda la información contenida en las máquinas infectadas, tal tipo de ataque violaría el DIH. En este ejemplo, el ciberataque (virus) sería incontrolable y se propagaría a través de sistemas militares y civiles por igual, constituyendo un ataque indiscriminado. Este supuesto plantea otra cuestión interesante aún no resuelta: ¿permite el DIH atacar bienes del enemigo situados el territorio de un Estado neutral?

2.3 Los combatientes y la participación directa en las hostilidades

Conforme el DIH, "combatiente" es todo miembro de las fuerzas armadas, excepto el personal sanitario y religioso. En una acción de combate, los combatientes deben distinguirse de la población civil. Lo hacen vistiendo su uniforme, portando un signo distintivo y llevando armas a la vista. Los combatientes toman parte en las hostilidades, mientras que a los civiles se les acuerda protección en la medida en que no participen del esfuerzo bélico en forma directa.[62] La participación directa comprende causar daño a los beligerantes o abastecer a las fuerzas armadas.[63]

Un aspecto distintivo de los ciberataques es el anonimato tras el cual se esconden quienes son parte de las operaciones cibernéticas. Esta circunstancia plantea dificultades para establecer si quienes ejecutan los ciberataques forman parte de las fuerzas armadas, son combatientes regulares o no, o pueden ser considerados simples mercenarios. Tanto las armas modernas como los sistemas de tecnología de la información rara vez son exclusivamente operados por miembros de las fuerzas armadas. El fenómeno no está restringido a los ciberataques, es aún más apremiante en el campo de la guerra con drones, donde los empleados de agencias de inteligencia

2011. Sistema de armas Phalanx Close-In. United States Navy Fact File. (21/11/2011).

[61] El iRobot 710 Warrior puede transportar cargas que pesan más de 150 libras y tiene alguna funcionalidad autónoma. El extinto Gladiator Tactical Unmanned Ground Vehicle (Vehículo terrestre no tripulado Gladiator Táctico), además de ser armado, debía emplear capacidades de exploración, reconocimiento, vigilancia y adquisición de objetivos.

[62] PA I, Artículos 48, 50(1), 51 (2) y 52(1).

[63] PA I, Artículo 51(3).

son en su mayoría, quienes realizan las operaciones de vuelo.[64] La tendencia a emplear contratistas civiles o seguridad armada privada para acompañar y proveer servicios a las fuerzas armadas crece debido a la complejidad de la tecnología utilizada. La necesidad es comprensible, al tiempo que aumenta el riesgo que estos civiles ocupados especialmente en áreas de operaciones sean considerados participantes directos en las hostilidades.[65] La dispersión de la organización entre financistas, personal y recursos privados amplia la posibilidad que las instalaciones de doble uso (civil y militar) sean atacadas.

De igual manera, las guerras en red (*netwar*) de carácter contractual o social,[66] al tiempo que carecen del ámbito territorial tradicional, tienden a desvirtuar la distinción entre civiles y combatientes armados,[67] sobre todo cuando las mismas son protagonizadas por los llamados *hacktivists*.

Una tercera variante del empleo de civiles en conflictos armados es el llamado "*hacking* patriótico" que consiste en que cualquier usuario de computadoras, voluntariamente y con conocimiento, utilice o permita que su computadora sea utilizada a fin de ejecutar acciones cibernéticas contra el Estado enemigo. Esta fue la circunstancia prevalente durante el conflicto entre Georgia y Rusia (2008), donde ciertos foros rusos de mensajes brindaban instrucciones simples relativas a cómo atacar sitios web georgianos. Morozov ha demostrado que es relativamente sencillo participar en un ciberataque, experimentando personalmente cómo alistarse en una guerra cibernética. Tras realizar una búsqueda en blogs rusos, aprendió que sólo debía guardar una copia de una determinada página web en su disco duro y luego abrirla

---

[64] Consejo de Derechos Humanos, ONU (2010). Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Philip Alston. L Study on Targeted Killings. A/HRC/14/24/ Add.6, paras. 18-20.

[65] Schmitt, M., Wired Warfare: Computer Network Attack and Jus In Bello. L International Review of the Red Cross, Vol 84, No 846, (2002) p. 384.

[66] El término 'netwar' a diferencia de la ciberguerra que puede estar captada por el DIH, se aplica mayormente a luchas sociales mayormente identificadas con una baja intensidad de conflicto. En lugar de atacar sistemas informáticos, su objetivo es cambiar la percepción que tiene la sociedad de sí misma y del mundo. Sus protagonistas son generalmente un conjunto disperso de nodos, que se comunican y coordinan en sus acciones, sin un órgano de mando central, compartiendo ideas y/o intereses. Ver Brose, Robert, Cyber War, Netwar and the future of cyberdefense. Artículo escrito para Lead for Futures and Capability Development at the U.S. Office of the Director of National Intelligence (ODNI) V. 3, 2012. En internet https://www.dni.gov/files/documents/atf/Cyber%20War%20Netwar%20and%20the%20Future%20of%20Cyberdefense_Header.pdf disponible noviembre 2019.

[67] Cockayne, J., La reorganización mundial de la violencia legítima: las empresas militares y la cara privada del DIH, Revista International Review of the Red Cross, septiembre 2006, No. 863, p. 301.

en su navegador. En menos de una hora, se había convertido en un ciber-soldado ruso.[68]

En este supuesto, ¿constituyen los eventuales hackers civiles un objetivo legítimo de ataque? El Comité Internacional de la Cruz Roja considera que el término "pirata informático" abarca a tantas personas involucradas en muy diversas actividades, que es riesgoso afirmar que cualquier pirata informático pueda ser atacado. En el caso de los *hacktivists*, la mayoría de las ciberoperaciones no están vinculadas a un conflicto armado, con lo cual el DIH no es de aplicación. Incluso en el contexto de un conflicto armado, los hackers civiles seguirían protegidos por el DIH contra ataques directos, aunque sujetos a la aplicación de la ley y posibles acciones penales si sus actividades violan otras normas. La situación es diferente si los hackers toman parte directa en las hostilidades a través de un ciberataque en apoyo de una de las partes del conflicto armado. En tal situación, los hackers no pueden esperar que el enemigo permanezca inactivo.

3. Conclusiones

Si bien no han existido al momento consecuencias humanitarias dramáticas producidas por ciberataques, la creciente dependencia de los sistemas controlados por computadora para sostener nuestras vidas implica un riesgo futuro cada vez mayor. Hasta la fecha sólo se ha experimentado una pequeña fracción de las posibilidades de conflicto cibernético, en tanto la experiencia real ha sido limitada. De hecho, casi todas las acciones adversas ejecutadas en el ciberespacio contra un Estado soberano, incluidos ciertos ataques cibernéticos, no alcanzaron el umbral comentado en el artículo para ser calificados como un uso ilegal de la fuerza que constituyera un 'ataque armado' en el sentido del artículo 51 de la Carta ONU posibilitando como consecuencia, la legítima defensa del Estado atacado. Algunos ciberataques producidos en el contexto de un conflicto armado o poseyendo un nexo con el mismo, pueden enmarcarse formalmente dentro de la aplicación de las normas humanitarias, aunque sin consecuencias prácticas debido a las dificultades mencionadas a lo largo del artículo (utilización de redes situadas en países neutrales, imposibilidad de obtener prueba respecto del origen del ataque, y demás).

[68] Morozov, E., An Army of Ones and Zeroes: How I Became a Soldier in the Georgian-Russian Cyberwar. https://slate.com/technology/2008/08/how-i-became-a-soldier-in-the-georgia-russia-cyberwar.html (disponible octubre 2019).

La principal característica de Internet es su anarquía estructural. No existen distinciones funcionales entre redes de carácter militar o civil, ni entre jurisdicciones políticas estatales tal como las conoce el DI desde su creación. En potencia todo está conectado a todo. El futuro inmediato sólo puede aspirar a profundizar la tendencia: se afirma que evolucionará hacia una mayor incertidumbre con el almacenamiento de datos y contenidos en la nube. Precisamente, con el uso de la computación en la nube, existen escenarios viables donde los datos de grupos terroristas o beligerantes se almacenen en la misma nube uno al lado del otro, sin que las titulares de tales datos lo sepan.

La transposición de reglas y principios desarrollados por el DIH tanto consuetudinario como convencional a lo largo de su historia, capta parcialmente el fenómeno de las NTIC empleadas como arma a fin de ejecutar operaciones ofensivas y defensivas entre Estados, o entre éstos y otros actores internacionales. A partir de esta captación parcial se plantean una serie de interrogantes. Algunos pueden resolverse aplicando las fuentes y principios tradicionales del DI y del DIH en particular. No obstante, en la mayoría de los casos, las respuestas poseen matices propios. De las cuestiones relevantes referidas a las consecuencias dañosas de un ciberataque, en este artículo nos interesamos por: (i) conocer las normas de DIH aplicables a los ciberataques; y (ii) analizar los desafíos que plantea este nuevo tipo de arma a la aplicación del DIH.

Teniendo en cuenta las restricciones legales, la realización de ataques cibernéticos que cumpla con los estándares legales existentes es difícil y desafiante, aunque posible. Aun cuando el DIH no pudo prever los ciberataques en su inicio, sus principios y normas fundamentales son suficientemente flexibles. No obstante, el campo abierto a la especulación demuestra que en la temática de los ciberataques prevalecen los grises.

La pregunta permanece: ¿es la ley actual suficiente para abordar los ciberataques? Como dimos cuenta, existen amplias zonas carentes de regulación específica en las cuales la analogía parece constituir la regla. El principio de distinción entre combatientes y civiles; el de proporcionalidad; los objetivos legítimos y la prohibición de ataques indiscriminados; o la calificación de los 'hackers o combatientes patrióticos', son algunos de los desafíos regulatorios que nacen a partir de los ciberataques.

La ausencia de normas internacionales consuetudinarias y convencionales es una preocupación presente, y brinda libertad a los Estados para actuar conforme sus intereses, modelando así la futura costumbre internacional relativa a los ciberataques.

4. Bibliografía y otras referencias

Abi-saab, G. (1989) "The Concept of 'International Crimes' and its Place in Contemporary International Law", en Weiler, J., Spinedi, M. & Cassese, A. (eds.), *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Berlin/New York: W. de Gruyter.

Artiles, N. (s/f) *La situación de la ciberseguridad en el ámbito internacional y en la OTAN*, Madrid: Instituto Español de Estudios Estratégicos, Cuaderno de Estrategia n.º 149.

Bodansky, D. & Crook, J. R. (2002) "Symposium: The ILC's State Responsibility Articles Introduction and Overview", *The American Journal of International Law*, 96, 773-791.

Brownlie, I. (1963) *International Law and the Use of Force by States*, Oxford: Oxford University Press.

Cano, J. (2011) "Ciberseguridad y ciberdefensa: dos tendencias emergentes en un contexto global", *Revista Sistemas*, 119, 20-28.

Combacau, J. & Sur, S. (2016) *Droit international public*, 12ª ed., Issy-les-Moulineaux: LGDJ, Lextenso.

Crawford, J., Pellet, A. & Olleson, S. (eds.) (2010) *The Law of International Responsibility*, Oxford: Oxford University Press.

Crawford, J. (2002) (comp.) *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge: Cambridge University Press.

Derby, D. H. (1999) "A Framework for International Criminal Law", en Bassiouni, M. Cherif (ed.), *International Criminal Law*, Vol. I, Leiden/Boston: Brill, 23-52.

Diamond, E. (2014) "Applying International Humanitarian Law to Cyber Warfare", en Sharvir Baruch, P. & Kurz, A. (eds.), *Law and National Security: Selected Issues*, Tel Aviv: INSS, Memorandum Nº 138, 67-85.

Dörmann, K. (2004) "Applicability of the Additional Protocols to Computer Network Attacks", *International Review of the Red Cross*, 86, 71-90.

Hawthorne, J. (2019) "International Humanitarian Law and Cyberwarfare: Old Laws vs. New Phenomena", en *ilawyerblog.com*, disponible en noviembre 2019.

Kaczorowska, A. (2005) *Public International Law*, 3rd ed., London: Old Bailey Press.

Kodar, E. (2012) "Applying the Law of Armed Conflict to Cyberattacks: From the Martens Clause to Additional Protocol I", *ENDC Proceedings*, 15, 123-140.

Lin, H. (2012) "Cyber Conflict and International Humanitarian Law", *International Review of the Red Cross*, 94 (886), 515-536.

Malanczuk, P. (1997) *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th rev. ed., London: Routledge.

Morozov, E. (2008) "An Army of Ones and Zeroes: How I Became a Soldier in the Georgian-Russian Cyberwar", *Slate.com*, 14 de agosto.

Nato Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence (2018) *Tallinn Manual Project*. Disponible en: https://ccdcoe.org/index.html (consultado agosto 2018).

Nino, C. S. (1996) *El castigo como respuesta a las violaciones a los derechos humanos: Una perspectiva global*, trad. de *Punishment as a Response to Human Rights Violations*, New Haven/Londres: Yale University Press.

Ottis, R. & Lorents, P. (2011) "Cyberspace: Definition and Implications", en *Proceedings of the 5th European Conference on Information Management and Evaluation (ECIME)*, 267-270.

Patrick, C. (2019) "Comment: Debugging the Tallinn Manual 2.0's Application of the Due Diligence Principle to Cyber Operations", *Washington Law Review*, 28 (2), 581-604. Disponible en: https://digitalcommons.law.uw.edu/wilj/vol28/iss2/11 (consultado noviembre 2019).

Pilloud, C. & Pictet, J. (1987) "Article 49. Definition of Attacks and Scope of Application", en Sandoz, Y., Swinarski, C. & Zimmermann, B. (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva: Martinus Nijhoff, 601-608.

Schmitt, M. (2002) "Wired Warfare: Computer Network Attack and Jus In Bello", *International Review of the Red Cross*, 84 (846), 365-398.

Watts, S. (2010) "Combatant Status and Computer Network Attack", *Virginia Journal of International Law*, 50, 391-456.

Waxman, M. (2011) "Cyber Attacks as 'Force' under UN Charter Article 2(4)", *Columbia Law School Scholarship Archive*. Disponible en: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1535.

Componentes contemporáneos de la justicia transicional

Prof. Dr. Fabián Salvioli

Ex Relator Especial de la ONU sobre la promoción de la verdad, la justica, la reparación y las garantías de no repetición y ex presidente del Comité de Derechos Humanos de la ONU

Muchísimas gracias, muy buenas tardes a todos y todas, allí en Azul y también en el resto de los lugares que se está siguiendo este encuentro.

Es un gran gusto para mí y un verdadero placer poder participar del coloquio que nos convoca, por varios motivos. Voy a, en honor a la brevedad, exponer solamente dos o tres de ellos. El primero es por la entidad que lo organiza, un espacio de gran calidad académica, no casualmente guiada por quien es su decana, Laura Giosa, que hace de los derechos humanos no un objeto de algún curso dictado cada tanto, sino un eje central de su gestión universitaria. Creo que eso es imprescindible para la formación de futuros y futuras profesionales en perspectiva de derechos humanos, lo que tanta falta hace.

En ese sentido, siento a la Facultad de Derecho del UNICEN como un lugar que me resulta muy empático desde el punto de vista de cómo se gestiona y se lleva adelante, así como por las actividades de calidad que organiza. Entonces, estar al costado de su decana hoy aquí para mí es un gran orgullo.

El segundo de los motivos tiene que ver con el coorganizador, el profesor Emiliano Buis, a quien –se lo he dicho en privado y también lo he hecho público en alguna oportunidad– considero el más brillante internacionalista que ha dado su generación en este país.

Es así que el honrado soy yo, por ser convocado a este evento y poder dictar la conferencia de inauguración. El tercer motivo –que quiero

agregar– es que este coloquio va "*de menor a mayor*": comienza conmigo, pero finaliza con la actividad de la conferencia de cierre el día de mañana a cargo de Gabriel Valladares, que sin duda dará un broche de oro y superador a lo que yo pueda hacer hoy.

Voy a pasar a abordar el tema que me han asignado, directamente relacionado con cuestiones contemporáneas que hacen a la disciplina conocida como "justicia transicional", o "justicia de transición".

Habrá que indicar como punto de partida, que la justicia transicional ha mutado; es hoy muy diferente de cómo se entendía hace algunas décadas, al inicio del desarrollo de esta ciencia. Los inicios de los procesos conocidos como de "*justicia transicional*" marcaron un enfrentamiento muy fuerte entre esta disciplina y el campo de los derechos humanos. Se entendía que la justicia transicional –un conjunto de mecanismos para abordar violaciones graves sistemáticas de derechos humanos que se habían cometido en el pasado, o a la salida de conflictos armados– permitía realizar una transición ordenada hacia estadios de democracia, y paz interna en los Estados.

Se privilegiaba el factor "verdad", fundamentalmente llevando adelante algún mecanismo como la realización de un informe sobre el pasado violento que permita a la población conocer una verdad general, aunque incompatible con la posibilidad de obtener justicia –llevar a enjuiciamiento a posibles perpetradores de las atrocidades–.

Así, de lo que se trataba era de la adopción de un paquete compuesto por el establecimiento de mecanismos de la verdad junto a la sanción de algunas leyes de impunidad, fundamentalmente en aras de –o la razón de Estado invocada– la pacificación, la reconciliación, etc.

Si hubiese que graficarlo con el mapa del cielo, podría decirse que la justicia transicional y los derechos humanos se encontraban en la misma situación que se encuentran la constelación de Orión y la constelación del Escorpión: en dos extremos contrapuestos, sin tocarse ni congeniar jamás.

Hoy esta combinación ya no existe, aunque cotidianamente encontramos gobiernos que intentan volver cuatro o cinco décadas atrás y plantean como salida para el pasado violento, a esquemas muy propios de fines de los años 80 o de inicios de la década del 90.

Por eso, el primero de los elementos que quiero destacar en relación a los aspectos contemporáneos de la justicia transicional, es que la misma ya es una cuestión de derechos humanos y que éstos encuadran –ponen los límites– a los procesos de transición.

No vale, entonces, cualquier mecanismo de justicia transicional. No es ni legal ni legítimo cuando las medidas propuestas no están alineadas con determinados estándares jurídicos importantes de derechos humanos.

A pesar de ello, los gobiernos casi siempre intentan llevar ese debate al terreno de lo político e invocar la "*razón de Estado*", a efectos de incumplir sus obligaciones internacionales en la materia; en algunas ocasiones porque tienen vínculos políticos o económicos con los responsables de las atrocidades cometidas, en otras porque no desean atravesar por las tensiones y presiones que se generan cuando se intenta juzgar y –eventualmente– condenar penalmente a personas que mantienen un poder residual alto, ya jurídico o de facto.

Un paso ineludible en cuanto a referencia, es la decisión tomada en el año 2011 por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, por la cual se crea la Relatoría especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición, que hoy está a mi cargo. El hecho de que Naciones Unidas haya resuelto crear una relatoría sobre justicia transicional en el marco del Consejo de Derechos Humanos, da una señal inequívoca y legitima la presencia de límites claros a la libre voluntad de los gobiernos a partir de la identificación de un conjunto de deberes jurídicos asumidos por los Estados de cara a la comunidad internacional.

La esfera bajo la cual se trabaja contemporáneamente un proceso de justicia transicional son las obligaciones internacionales de derechos humanos. Por eso, en todos los informes que presenta la relatoría regularmente ante el Consejo de Derechos Humanos y ante la Asamblea General de Naciones Unidas, ha de encargarse de dejar bien en claro cuáles son las obligaciones legales de los Estados en torno al tema concreto que se aborda en el documento.

Cuáles son las obligaciones legales, desalojando del centro de la escena a la voluntad política. El Estado que atraviesa un proceso de justicia transicional debe hacer lo que se indica en esos informes, a riesgo de –en caso de incumplir con algún o varios estándares– colocarse fuera de la legalidad derivada del derecho internacional de la persona humana.

A partir de ese paradigma, se rompe aquella dicotomía entre verdad o justicia, y entre verdad o justicia y paz.

La paz no es ni puede ser más que el resultado de un proceso en que se dé cumplimiento a las obligaciones en materia de derechos humanos. No hay

paz sin justicia –dice un viejísimo proverbio–, y es indudablemente cierto en buena medida, porque la realización de la justicia es lo que evita la venganza.

La justicia es lo que garantiza la paz y no la falta de justicia, como se ha pretendido falsamente imponer.

No se puede hablar de paz cuando las víctimas que han sufrido los horrores más tremendos, que han experimentado lo inimaginable en términos de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, no ven satisfechos sus derechos, a través de una satisfacción plena.

Entonces, el primero de los elementos que hay que entender de la dimensión contemporánea de la justicia de transición, es que los procesos de justicia transicional pertenecen al ámbito material de los derechos humanos, y deben desarrollarse conforme a los estándares en la materia.

Se ha de es asumir de que verdad y justicia persiguen objetivos diferentes y no son valores contrapuestos, sino que se complementan; el Estado no puede elegir entre uno y otro, debe asumir integralmente los dos, y luego otros tres, que se desarrollarán más adelante.

La verdad es un derecho de doble dimensión –individual y colectiva–, como bien ha reconocido la jurisprudencia señera de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, alineada con el mismo criterio que impera en Naciones Unidas y la producción de sus órganos de tutela, y receptada jurídicamente en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que es el primer instrumento jurídico convencional de derechos humanos, en el que aparece regulado el derecho a la verdad.

Este derecho a la verdad es irrenunciable, y se traduce en una obligación del Estado frente a violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos o al derecho humanitario sucedidas en el pasado. Actualmente, hay quienes intentan invocar un "*derecho al olvido*" que no existe como tal para este tipo de situaciones.

Existe el derecho a olvidar –individual que cada quien tiene– pero no existe el derecho a ser olvidado. Hitler no detenta el derecho a ser olvidado, más bien la sociedad tiene el derecho –y el deber– de recordar a Hitler, entre otras cosas, para mantener viva la memoria respecto de las atrocidades cometidas, y para tomar nota de las mismas de cara a la no repetición de los hechos.

El *derecho a la verdad* contiene algunos elementos muy importantes para su realización como derecho humano; esos estándares no se encontraban presentes con claridad cuando las primeras comisiones de la verdad se establecieron, durante las dos últimas décadas del siglo XX.

Hoy es inviable una comisión de la verdad que no funcione con cuerpos interdisciplinarios en su seno, para que puedan abordarse, de manera profesional y sin re victimizar a víctimas, determinadas problemáticas –como por ejemplo lo relativo a la violencia sexual–. Al respecto, la Relatoría Especial ha presentado en octubre de 2020 a la Asamblea de las Naciones Unidas, un informe sobre la dimensión de género en los procesos de justicia transicional en el cual se sostiene que las mujeres habían sido olvidadas dentro del conjunto de las víctimas, y el tema de género ignorado o tocado de manera superficial por las comisiones de la verdad. El olvido y la invisibilización se constatan asimismo de forma patente en lo que respecta a los hombres frente a la violencia sexual y de género, y más aún respecto de las personas lesbianas, gais, bisexuales y transgénero. El diagnóstico derivado del estudio de funcionamientos de comisiones de la verdad evidenció la falta general de enfoque respecto de la orientación sexual y la identidad de género en la gran mayoría de los procesos de búsqueda de la verdad.

Las comisiones de la verdad deben tener formatos flexibles y ser accesibles en los espacios geográficos remotos –alejados de las capitales– y no solamente en los principales centros urbanos; comprendiendo las particularidades sociales propias de cada región, y asumiendo que las víctimas de hechos tan tremendos hablan cuando pueden hacerlo, y para ello se requiere la generación de espacios seguros y confiables.

El resultado de las comisiones de la verdad se vuelca en un informe final que no refleja la verdad plena de lo que ha sucedido, sino que apenas muestra la punta del iceberg, siguiendo una metodología rigurosa de investigación, que permite a la sociedad aprehender de manera global e inequívoca una verdad general sobre los hechos acontecidos en el período examinado.

Las comisiones de la verdad eficientes, dotadas de suficientes recursos humanos y materiales, creíbles en su composición por la reputación de los integrantes de la misma, y altamente profesionales en su staff, son requisitos sine qua non para un proceso exitoso de justicia transicional.

Uno de los problemas habituales se relaciona con el tiempo; gobiernos que han atravesado por décadas o por una buena cantidad de años situaciones de brutalidades masivas y sistemáticas cometidas en contra de las poblaciones,

pretenden que en algunos pocos meses se puede terminar de esclarecer lo que ha pasado, y "*dar vuelta a la página*".

Pero no se da vuelta a la página si no se tuvo oportunidad de leer y comprender a cabalidad lo que la página dice; los aspectos no abordados en la labor de la comisión de la verdad resurgen en el futuro por demandas de las sociedades –especialmente por víctimas, familiares e instituciones que les representan–.

La ausencia de reconocimiento a las víctimas y de un proceso de verdad holístico que defina de forma clara los hechos, provoca el surgimiento de constantes reclamos legítimos; por dicho motivo el pueblo armenio sigue reclamando que se le reconozca como víctima de un genocidio durante la primera guerra mundial, y también las víctimas del franquismo en España continúan –varias décadas después– requiriendo la instalación de un mecanismo de verdad que aborde dicho período.

Son temas de hoy, no del pasado. El sufrimiento de esos colectivos y de sus descendientes es una cuestión actual.

Es imprescindible la conformación de comisiones de la verdad con personas honestas, íntegras, imparciales, y representativas del conjunto de la sociedad. La credibilidad de los integrantes se traslada con posterioridad a la credibilidad del informe que se produce. En este sentido, y dependiendo las particularidades sociales, para algunas comunidades es muy importante tener líderes religiosos dentro de las comisiones de la verdad –pueden citarse los ejemplos de Chile, Gambia y Sudáfrica–.

El segundo de los elementos que los Estados deben en un proceso adecuado de justicia transicional es el relativo a la justicia. Este coloquio se celebra con motivo del 75 aniversario de los conocidos juicios de Nuremberg, que fueron una respuesta civilizada a una de las barbaries más tremendas perpetradas contra la dignidad humana.

Es aberrante que se quiera señalar a la búsqueda de justicia como un "mecanismo para ejercer venganza" –un discurso habitual en quienes pretenden consagrar la impunidad de los perpetradores–.

La justicia es todo lo contrario de la venganza, y debe ser realizada precisamente para pacificar de forma real a la sociedad. Sin embargo, la rendición de cuentas penales –juzgar y sancionar perpetradores de desapariciones forzadas, torturas, ejecuciones extrajudiciales– es uno de los aspectos más difíciles de lograr en los procesos de justicia transicional.

La lógica del derecho penal indica que a mayor daño infligido –cuanto mayor sea el bien jurídico tutelado que se lesionó–, más severa es la pena que debe aplicarse. De allí que la sociedad debe preocuparse fundamentalmente de que los hechos más aberrantes no queden impunes. Sin embargo, es frecuente en muchos países, que quede impune una masacre cometida contra una población entera, o hechos sistemáticos de violencia sexual en el marco de dictaduras, gobiernos autoritarios, o conflictos armados.

La posibilidad real de sancionar a los crímenes más graves contra la humanidad, a los hechos de genocidio y a los crímenes de guerra, siempre ha recibido muchísima resistencia. Leyes de impunidad, mecanismos penales de prescripción, artilugios jurídicos que se presentan todo el tiempo ante los juzgados en búsqueda de beneficios improcedentes, son algunos ejemplos.

Cuando se aprobó el estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998, el movimiento de derechos humanos celebró una victoria importante; la comunidad internacional tomaba como decisión definitiva la instalación de mecanismos jurídicos que garantizarían el fin de la impunidad para quienes en el futuro sean responsables de los más graves crímenes conforme al derecho internacional.

Sin embargo, el funcionamiento de la Corte Penal Internacional tropieza con obstáculos de todo tipo –falta de cooperación de los gobiernos, dificultades de financiamiento, y el hecho del muy alto costo que cada proceso conlleva; la producción de prueba, finalmente, es complejísima.

Y hay otros retrocesos en la materia, como la búsqueda de mecanismos alternativos que pueden representar impunidad de facto bajo la apariencia de implementación de un sistema ad hoc de justicia. En ese sentido, la Justicia Especial de Paz en Colombia lleva adelante una gran tarea, pero su marco jurídico, derivado de los acuerdos de paz, presenta serias dudas en torno al cumplimiento de estándares internacionales de justicia. Especialmente su régimen de sanciones –los más graves criminales no pagan un solo día de cárcel–, lo que ha frustrado a las víctimas y sus familias.

Si este modelo se empieza a exportar a otros países, sepultamos el legado de Nuremberg, y retrocedemos 75 años, porque siempre habrá "circunstancias excepcionales" que "justifiquen" una razón de Estado para avanzar en estos modelos alternativos que de justicia material tienen poco. La Relatoría Especial ha llamado la atención al respecto, en su informe temático sobre "rendición de cuentas", presentado al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el mes de septiembre de 2021. En el

mismo, se enfatiza que los debates respecto de la adopción de mecanismos que obstaculizan la investigación y sanción penal en beneficio de otros pilares de la justicia transicional ubica a las víctimas en una encrucijada impropia, les obliga a escoger entre la satisfacción de su derecho a la justicia o a la verdad, imponiéndoles una carga histórica desproporcionada, y en algunos casos otorgar perdón a los victimarios. Ello es ilegítimo, inefectivo y revictimiza a las víctimas.

Asimismo, el Informe de visita de país a Colombia permitió concluir que el ofrecimiento de amplios beneficios procesales indebidamente en casos de graves violaciones de derechos humanos (como puede ser el otorgamiento de sanciones no privativas de la libertad sin respeto al estándar de proporcionalidad), genera dificultades que pueden acarrear injusticias y –en el último de los casos– impunidad.

El tercer elemento de un proceso de justicia transicional es el relativo a las reparaciones; por supuesto las reparaciones deben ser –como lo indica el derecho internacional de la persona humana– integrales.

Algunas reparaciones asumen una dimensión muy significativa: por ejemplo, determinadas medidas de satisfacción como los pedidos de disculpas. Para víctimas que han sufrido lo indecible, que el Estado públicamente pida disculpas, a través de actos lo suficientemente protocolares y con plena participación de las víctimas en los mismos, es algo de gran relevancia.

Estas medidas de reparación que se suman a todas la otras (medidas de rehabilitación para personas que han sufrido este tipo de crímenes o sus familiares, tratamientos médicos, psicológicos, psiquiátricos; otro tipo de medidas de satisfacción como otorgamiento de becas de estudio a familiares directos de las víctimas; y naturalmente las reparaciones económicas por el daño material e inmaterial infligido).

Un hecho muy preocupante que se observa contemporáneamente es el retroceso en los pedidos de disculpas. No es lógico, no es razonable, ni es aceptable desde el punto de vista del desarrollo progresivo y la imposibilidad de regresividad en términos de derechos humanos, que un gobierno –aunque sea un gobierno distinto de aquel que pidió disculpas–, vaya hacia atrás o desconozca lo producido por la comisión de la verdad, como ha sido el caso del presidente Bolsonaro en Brasil. El informe temático sobre disculpas, presentado por la relatoría especial a la Asamblea General de Naciones Unidas en octubre de 2019, aborda estas cuestiones e indica que las disculpas pronunciadas por el Estado en el marco del reconocimiento de su responsabilidad por violaciones cometidas en el pasado, no deben verse

distorsionadas posteriormente por contramedidas aplicadas por funcionarios del Estado, ya que ello pueden provocar la revictimización de las víctimas, y propiciar nuevas violaciones de las obligaciones del Estados en materia de derechos humanos.

En efecto, este hecho genera una nueva violación del derecho –autónoma–, en la dimensión del trato inhumano y degradante, lo que implica la posibilidad para las víctimas de presentar una nueva petición ante cualquiera de los órganos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas que aceptan comunicaciones individuales, o ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el plano regional.

La labor en materia de garantías de no repetición para procesos de justicia transicional es titánica, y por ello se habla de garantías de no repetición como algo separado de la reparación, aunque claramente esas medidas también forman parte de las reparaciones.

Se señalan aparte, porque cuando hay violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos las reformas a producir para garantizar la no repetición asumen un carácter estructural, y son de diferente naturaleza y complejidad; se pretende de esta forma no perder cada elemento del contenido de las garantías de no repetición. Se trata –ni más ni menos– de realizar integralmente la reforma institucional del aparato puesto en marcha para permitir llevar a cabo las atrocidades (lo que aborda a muchos estamentos y poderes).

Las resistencias a estas medidas son generalmente enormes en fuerzas de seguridad y en servicios de inteligencia, pero no solamente en estos espacios; también se detectan en otros poderes presuntamente "*más pulcros*" como la judicatura, que por "*espíritu de cuerpo*" se posiciona en mantener el *statu quo* y evitar la depuración cuando ello corresponde.

A esto hay que agregarle naturalmente la capacitación y formación en derechos humanos a la fuerza pública –y a todos los poderes del Estado– así como la educación en derecho humanos para la sociedad, en instancias formales –escuelas, colegios, universidades, e informales.

El quinto pilar de los procesos de justicia transicional es la memoria; en términos de interconexión es evidente que la memoria es una herramienta para garantizar la no repetición, y forma parte de las reparaciones debidas a las víctimas y sus familias. Pero los mismos motivos que ameritan tener diferenciadas reparaciones y garantías de no repetición, militan en favor de colocar separadamente el componente de la memorialización.

La relatoría especial presentó un informe temático ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el mes de septiembre del año 2019. En este documento, se identifica a la memoria como el quinto pilar de la justicia transicional.

La educación en memoria es un componente mínimo –pero imprescindible– de la educación en derechos humanos, y escapa a la educación formal, proyectándose hacia otros ámbitos sociales.

Un proceso de memorialización siempre es complejo, y nunca debe ser utilizado para legitimar la voz de los perpetradores: a efectos de cumplir los estándares internacionales de derechos humanos, la memoria es la memoria de las víctimas.

La memoria es generalmente más sencilla de llevarse adelante en situaciones en las cuales ha habido gobiernos dictatoriales o autoritarios, porque en esos casos se identifica más claramente quién es el perpetrador y quien la víctima. Resulta más complejo cuando hablamos de comunidades que se han enfrentado entre sí. En los países de la ex Yugoslavia, por ejemplo, sabemos que hubo víctimas de distintas pertenencias; los procesos de memoria allí, enfocados de manera regional, son complejísimos.

Otra de las cuestiones contemporáneas de la justicia transicional se refiere a la recuperación del contenido legítimo de conceptos que fueron bastardeados ex profeso para generar impunidad. Los términos "reconciliación" y "perdón", por ejemplo. Hay que distinguir reconciliación de perdón, y debe separarse a la reconciliación y el perdón, del deber de justicia que corresponde llevar adelante.

El perdón es un hecho individual, es una decisión íntima y a nadie puede obligársele a perdonar a nadie. El perdón no se impone, y mucho menos a través de normas jurídicas. Es una decisión libre, que alguien que ha sido víctima o familiar de víctima puede tomar.

Ese perdón no implica –ni puede implicar– ningún tipo de reconciliación forzada. La reconciliación es global, su dimensión es colectiva. Se reconcilian los colectivos en tanto que tales –por ejemplo, la reconciliación de la sociedad con la institución "fuerzas armadas", cuando estas han sido responsables de graves violaciones a los derechos humanos. Para que ello suceda, las instituciones deben depurarse, y quitar de su seno a las personas que ordenaron y perpetraron los hechos.

Por supuesto, el perdón otorgado de ninguna manera exime al Estado de cumplir su rol de justicia, el Estado no puede escudarse en perdones individuales o colectivos para evitar su obligación de hacer rendir cuentas en el plano penal a las personas responsables de los hechos.

Obligar a través de procesos de justicia transicional al perdón, es revictimizar a las víctimas.

¿Entonces qué implica realmente la reconciliación?

Reconciliar es volver a unir algo que se rompió; en estos casos, lo que se rompió es la confianza en el Estado, porque el rol principal del Estado democrático –respetar y garantizar derechos humanos– fue subvertido para desarrollar un plan criminal.

El Estado debe ser una maquinaria permanente de garantizar derechos, a través de sus poderes y por medio de todas las personas que integran los mismos. En el momento en que el Estado mutó para convertirse en una máquina de matar, de destruir y generar dolor, la sociedad pierde la confianza en el mismo, porque quien estaba para garantizar sus derechos se ha dedicado a oprimirle.

Esa ruptura debe ser reconciliada, la reconciliación es la recuperación de la confianza por parte de la sociedad con el Estado, y eso no se logra a través de la consagración de la impunidad, sino con el camino inverso.

Se recupera la confianza en el Estado cuando el mismo quitó de su seno a quienes han cometido violaciones graves o sistemáticas, juzgó a los responsables, reparó integralmente a las víctimas, estableció los mecanismos de verdad para que la sociedad haga valer su derecho a conocer en líneas generales qué es lo que ha sucedido, y finalmente diseñó y ejecutó políticas de memoria para que el "*nunca más*" sea en serio.

Esos son los alcances que deben darse a los términos perdón, reconciliación y paz en procesos de justicia transicional.

Transicional no quiere decir transitorio. Algunos objetivos se tienen que cumplir plenamente en un tiempo razonable –el funcionamiento de las comisiones de la verdad, por ejemplo–, también el otorgamiento de las reparaciones a las víctimas. La reforma institucional, es un objetivo más a mediano plazo. Pero los procesos de formación y educación y los procesos de memoria son (han de ser) permanentes.

Ya pueden, consecuentemente, identificarse con claridad estándares a cumplir en procesos de justicia transicional, dentro de los cinco pilares que componen la disciplina. Aquellos estándares representan un *piso mínimo* a garantizar, y respecto de los cuales no cabe retroceder. El marco jurídico se encuentra en las obligaciones de respeto y garantía de derechos humanos, como deberes inderogables que estipulan los instrumentos convencionales en la materia.

Finalmente, uno de los desafíos más complejos por los que se atraviesa en la disciplina de justicia transicional, es la necesidad de alinear las voces de los órganos internacionales sobre la misma situación. No es lógico que una relatoría especial tenga un enfoque, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas presente miradas alternativas –a veces incluso contrapuestas– o algunas otras entidades, como las agencias que intervienen en proceso de justicia transicional, dejen de costado las obligaciones de los estados en materia de derechos humanos.

La centralidad de los procesos de justicia transicional ha de estar en las víctimas y sus derechos; cuando se les manipula, quedan en un costado, o se les chantajea exigiéndoles que acepten algunos de sus derechos y se declinen otros, se subvierte el sentido de los órganos internacionales de derechos humanos, que nacieron precisamente para otorgar justicia allí donde a nivel interno no pudo ser conseguida.

Los Estados tienen que cumplir integralmente con los cinco elementos: verdad, justicia, reparaciones, garantías de no repetición y memoria.

Solamente así se avanza hacia la paz substancial.

Algunas actividades con apoyo de la asesoría jurídica de la Delegación regional del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para el Cono Sur

Gabriel Valladares

Asesor Jurídico del Comité Internacional de la Cruz Roja, Delegación Regional para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. Representante del CICR en la Argentina

¡Gracias Emiliano y Laura! Gracias por todo vuestro esfuerzo para diseminar conocimientos de derecho internacional humanitario y otras ramas conexas del derecho. Yo me sumo a vuestro esfuerzo –en la medida que encuentre tiempo–, por considerar que se trata de una iniciativa que ayuda a la promoción y a la difusión del derecho internacional humanitario, seriamente y de forma pertinente en cada una de las áreas que se presentan, tanto en lo jurídico como desde otras disciplinas y puntos de vista.

Ustedes son un ejemplo muy claro de esto. Contagian el empuje, las ganas, la seriedad en obtener los conocimientos necesarios, haciendo imposible el negarse a cooperar con vuestra iniciativa. ¡Gracias por invitarme y Felicitaciones por una edición más del Coloquio!

El CICR apoya este tipo de gestiones en todas partes del mundo cuando son serias y responsables. Ustedes son verdaderos artífices de este coloquio que ya se implantó en el mundo académico de nuestro país y que comenzó cuando no existía ningún otro. El Centro de Estudios de Derechos Humanos, de la Universidad del Centro de la Provincia de Buenos Aires y el Observatorio de derecho internacional humanitario de la UBA, han generado un hito en el mundo académico de Argentina para difundirlo. Al CICR, simplemente le cabe apoyarlos y acompañarlos, y a veces si es necesario, asesorar en lo que se nos solicite.

Mi idea para conversar con ustedes hoy, es compartirles algunos aspectos de la actividad del CICR en, no solo desde la visión de un asesor jurídico, sino también compartirles un esbozo de las actividades que se llevan a cabo desde la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay en su conjunto. Además de las actividades de prevención que la Delegación realiza, abordaré algunas aristas de la actividad operacional.

Cuando el CICR salió de Buenos Aires para estar cerca de operaciones en Brasil en 2010, sumándome al staff del CICR en Brasilia, comencé a trabajar en temáticas diferentes a la difusión y promoción del derecho internacional humanitario, y que todos ustedes conocen. Es decir, la Delegación Regional para el Cono Sur no se trasladó a Brasil simplemente porque se pensara que allí había un conflicto armado. En realidad se hizo para dar apoyo a operaciones que tienen que ver con la violencia armada que no alcanza un nivel de conflicto armado y donde no es aplicable el derecho internacional humanitario. El CICR tiene capacidad de trabajar, aportar y ayudar a los Estados a dar una mejor respuesta a las consecuencias humanitarias tanto en los conflictos armados, como en otras situaciones de violencia armada también, donde la normativa aplicable no es el derecho internacional humanitario, sino que se aplican las normas de los tratados de derecho internacional de los derechos humanos que el país donde esta esa violencia ha ratificado o adherido oportunamente, además de la legislación nacional pertinente para el caso.

Si bien, como se acostumbra al presentar el CICR se habla de Henry Dunant, cuya historia todo el mundo conoce bien, solo pretendo recordarles aquí que el CICR, en 1863 nació básicamente de las ideas del mencionado, ideas que guiaron la acción del CICR desde entonces hasta el presente. La preocupación central de Dunant, que no era un hombre de las ciencias de la salud, nació básicamente de un sentimiento de solidaridad con las personas afectadas por los conflictos armados. Y es por eso que resumiendo su accionar desde el punto de vista del sentido común, Dunant lo que pensó es que eran necesarios más médicos en el campo de batalla, más enfermeros, más personas que pudieran acompañar la asistencia humanitaria en dichos contextos. Él sabía que los ejércitos no tenían mucho personal para el socorro de los heridos, y por eso propuso la creación de las sociedades nacionales de Cruz Roja, a las que posteriormente se sumaron también las de la Media Luna Roja.

Además, como Dunant era un hombre de buenas ideas y conocía un poco el mundo de las incipientes relaciones internacionales entre las Naciones, vean ustedes que involucró a la Comunidad Internacional para que se ocuparan de esa situación desventajosa para los heridos y enfermos de los

campos de batalla. ¿Por qué? Pues una de las propuestas claves de Dunant fue solicitar a los Estados que se adoptara un acuerdo internacional para proteger a los combatientes heridos y a las personas que les prodigaban socorro.

Como Ustedes saben, el CICR es una organización humanitaria independiente, imparcial y neutral, que trabaja para la asistencia y la protección de las personas afectadas por los conflictos armados. También es el promotor y el guardián del derecho internacional humanitario. En un momento más nos vamos a dedicar a la cuestión de ser el guardián del derecho internacional humanitario, porque como ustedes saben, ser el guardián obviamente no es ser el garante del derecho internacional humanitario: Los garantes son los Estados. Pero bien, esta organización tiene una peculiaridad importante. Por un lado, nace prácticamente como una asociación civil sin fines de lucro, que está regida por el artículo 60 del Código Civil Suizo y artículos concordantes. Al mismo tiempo, como saben, es considerada sujeto de derecho internacional. ¿Y por qué? Es de público conocimiento que sólo se puede ser sujeto de derecho internacional si se es un ente susceptible de adquirir derechos y obligaciones en el ámbito internacional. Recuerdo aquí las enseñanzas de la Dra. Hortensia D.T. Gutierrez Posse que nos instruyó en estos temas a Emiliano, al suscripto y a varios de los que aquí están sentados. Justamente por tener las características mencionadas, el CICR es un sujeto de derecho internacional. Esto le garantiza poder realizar actividades en las peores situaciones que genera el propio ser humano, los conflictos armados, gracias al mandato otorgado por los Estados en los Convenios de Ginebra ¿verdad?

Ser sujeto de derecho internacional, le permite al CICR tener la posibilidad de interlocución a ciertos niveles que otras organizaciones no alcanzan con cierta facilidad en cuestiones tan sensibles como son las vinculadas a cualquier situación de violencia armada. De ahí que la organización trabaja generalmente amparada por acuerdos de sede diplomática en los países donde desarrolla sus actividades. Este acuerdo nos va a garantizar una serie de beneficios, de privilegios y de cuidado a las funciones que tenemos en cada uno de los Estados donde operamos.

A lo largo de mi carrera me correspondió negociar cuatro acuerdos de sede, de los que tres ya están en vigor y el restante para su aprobación en el Parlamento.

Trabajar en un país donde no hay acuerdo de sede e intentar hacer una operación podría poner en riesgo al personal del CICR. Ahí es donde el jurista del CICR tiene una tarea especial. El hecho de tener un acuerdo de sede permite negociar una serie de privilegios, e inmunidades que otorga el

Estado que son muy apreciados y necesarios para el funcionamiento del CICR en operaciones. Uno de ellos es el reconocimiento de la cláusula tradicional de confidencialidad del CICR. Esta cláusula habitualmente se textualiza de la siguiente forma:

> Durante la ejecución del presente Acuerdo y después de su terminación, (Institución o gobierno) se compromete a respetar la confidencialidad de los informes del CICR, así como de las cartas y otras formas de comunicación confidencial enviadas por los representantes del CICR. Este respeto incluye no revelar el contenido de las comunicaciones oficiales a nadie que no sea el destinatario previsto, no hacer declaraciones públicas sobre el contenido y no permitir que documentos confidenciales del CICR se utilicen en procedimientos judiciales o administrativos sin el consentimiento previo por escrito del CICR.

Es decir, un Estado tiene que aceptar la confidencialidad y además comprometerse a no pedir el testimonio de los delegados o las delegadas por lo que ellos o ellas hayan presenciado durante sus funciones. Pero sí puede, si el juez lo solicita a través de las instancias necesarias que brindemos las informaciones que sean públicas o que consideremos que no afectan nuestra confidencialidad y en especial que las víctimas no se vean afectadas por la exposición de esas informaciones. Y de hecho el CICR siempre ha estado atento a lo solicitado por los tribunales y en la medida de lo posible ha aportado informaciones útiles cuando lo consideró pertinente...

En Argentina tenemos una ley de acceso a la información. Cuando negocié el Acuerdo de sede con el país, como jurista tuve que estudiar las posibilidades de evitar a los funcionarios públicos de algún tipo de incumplimiento con la ley de acceso a la información. Pero a su vez debía asegurar que el CICR no bajase sus estándares exigidos al respecto de estos acuerdos en todo el mundo. No fue fácil, pero la buena voluntad de ambas partes ayudaron a encontrar una fórmula, similar a la que oportunamente se había negociado con la Comisión Preparatoria de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional sobre un privilegio para no testificar. En 2014 se concretó un nuevo acuerdo de sede que como todo buen acuerdo daba seguridad jurídica y satisfacción a ambas partes.

Como ven, a veces cuando uno comenta estas cosas por un lado hay preguntas como ¿pero cómo? ¿entonces no están del lado de la justicia? Sí, estamos del lado de la justicia, pero podemos dejar de estar del lado de las víctimas de los conflictos armados que precisan de asistencia y protección, punto neurálgico de nuestra acción basado en el mandato que nos otorgaron

los Estados, La personas afectadas por estas situaciones son el foco de nuestra acción y en la medida de lo posible tienen que tener la seguridad de que podemos llegar a ellas y no que no podamos hacerlo porque las partes involucradas en los conflictos nos vean como una entidad de colección de pruebas para posteriores acciones judiciales, pues de ser así se van a cerrar las puertas de los campos de prisioneros de guerra y otras localidades donde visitamos personas en vulnerabilidad. Se imaginan que si el CICR desde su inicio hubiera sido visto por las partes en los diferentes conflictos armados del mundo como un colector de pruebas es muy probable que no hubiéramos podido entrar nunca en lugares de detención tales como Guantánamo, Abuh Graib o Mosul, ni cualquier otro campo de detención.

Entonces para cerrar el tema de la subjetividad internacional del CICR, la pregunta que me podrían hacer ustedes sería ¿cómo nos reconocen los Estados en los textos de los Acuerdo de Sede? ¿qué privilegios e inmunidades nos otorgan? Abran visto que gran parte de la bibliografía sobre este tema de la personería jurídica del CICR dice que es de naturaleza "sui generis".

Los Estados reconocen nuestra subjetividad internacional y en varios acuerdos de sede le reconocen y otorgan al CICR un tratamiento que no debe ser menor que el que conceden a cualquier misión u organismo intergubernamental, aun no perteneciendo el CICR a este grupo de organizaciones. Los Estados nos conceden estas inmunidades y privilegios para garantizar que nuestra funcionalidad tenga la posibilidad de alcanzar sus objetivos y así cumplir con nuestro mandato en favor de los vulnerables de los conflictos armados y otras situaciones de violencia.

El CICR es una agencia humanitaria. El CICR tiene un mandato y una misión reconocidas internacionalmente para dar protección y asistencia a las personas afectadas por los conflictos armados, también para las personas de cualquier otro tipo de emergencia.

Como ya fue mencionado el CICR tiene un mandato y misión reconocido en las convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949, en sus protocolos adicionales del 8 de junio de 77 y también en sus estatutos y los del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja; como así en las resoluciones y normas adoptadas en las Conferencias Internacionales de Cruz Roja y Media Luna Roja. Tal vez sepan que cada cuatro años el CICR se reúne en una conferencia junto a los miembros de los otros dos componentes de este movimiento, o sea, las sociedades nacionales de Cruz Roja y Media Luna Roja, (como por ejemplo la Cruz Roja Argentina), y la Federación Internacional de Sociedades de Cruz Roja y Media Luna Roja, componente de

este Movimiento que conduce las operaciones internacionales de socorro que tengan que ver con catástrofes naturales y catástrofes tecnológicas. Pero ¿saben ustedes quiénes presentan plenipotencias a la Conferencia Internacional de la misma forma que se hace en cualquier conferencia diplomática en Naciones Unidas?, la respuesta: los 196 Estados que son parte del Convenio I de Ginebra.

Se preguntarán por qué del Convenio I y no de todos los 4 Convenios de Ginebra de 1949. porque en el Convenio I figuran antiguos Estados que han resurgido, tales como Serbia, Croacia, etc. La realidad es que todas las resoluciones, todos los estatutos, son votados por los Estados junto a los tres componentes del Movimiento Internacional de Cruz Roja y Media Luna Roja, es decir votados por los 196 Estados. Algunas de esas resoluciones se hacen por votación directa, pero la gran mayoría se adoptan por consenso, y pocas veces hemos tenido disensos importantes gracias a que se prepara con anticipación. Es decir los Estados tienen la posibilidad de estudiar con anticipación los contenidos de las resoluciones que se votaran en la conferencia internacional, debido a que nosotros tenemos un Consejo de Delegados que prepara toda la documentación pertinente y lo comparte los textos previamente para el escrutinio de cada Estado participante como así también de cada Sociedad Nacional existente.

Gracias a la Conferencia Internacional y la adopción de sus resoluciones, los Estados nunca están desprevenidos cuando hacemos una oferta de servicio humanitario ante cualquier situación con consecuencias humanitarias que se presenten. Nunca podrían pensar que estamos haciendo injerencia en los asuntos internos de ese Estado.

Los cuatro pilares de acción que tenemos en el CICR, a saber; la prevención, la asistencia, la protección, y la cooperación con los otros miembros del movimiento. Los Estados nos han reconocido un derecho de iniciativa humanitaria que nos permite realizar nuestro trabajo a través de nuestros 4 pilares de acción cuando se dan los supuestos necesarios que nos habilitan a ejercer nuestro mandato internacional.

También tenemos otras situaciones como, por ejemplo, violencia en medio rural o violencia en medio urbano, ¿verdad? El CICR como agencia humanitaria puede prestar servicios también si las consecuencias humanitarias de esos contextos lo ameritan.

Cuando yo ingresé al CICR solo trabajábamos en la región con la promoción del derecho internacional humanitario, también hacíamos asistencia en algunos casos específicos y visitábamos detenidos de seguridad

en algunos países. Hoy gran parte del trabajo de la Delegación Regional del CICR para el Cono Sur es trabajar para dar protección y asistencia a personas que son afectadas por situaciones de violencia armada, básicamente en medio urbano y –asimismo, colaborar con los Estados para que adopten protocolos eficientes que permitan mejorar su respuesta a las consecuencias humanitarias que generan esas situaciones, que a veces producen heridos, detenciones, personas que desaparecen y desplazados internos en cantidades mayúsculas.

Ahora compartiré con Ustedes lo que significa que el CICR sea el guardián y promotor del DIH, que tal vez puede interesarles más ya que la mayoría de §nosotros somos del mundo del derecho, ¿verdad? Ser guardián no es lo mismo que ser garante, esto último implica la responsabilidad de dar cuenta de cúmplelos que se cumple respecto de los tratados de los que el Estado es parte al haber dado su consentimiento ante la Comunidad Internacional en obligarse por sus normas e inclusive ver si otros Estados cumplen o no con dicha normativa, tal como lo exige el artículo 1 de los Convenios de Ginebra de 1949. Por ende los garantes del DIH son los propios Estados.

El CICR como guardián del derecho internacional humanitario debe custodiar que los estándares de protección que las normas de este derecho tienen en la actualidad no sean rebajadas, para que no se pierda el nivel tuitivo que la Comunidad Internacional les ha otorgado. El CICR tiene que comportarse primero como un vigía, examinar continuamente la adecuación j de las normas de índole humanitario aplicables a los conflictos armados, y cuando se pretender modificar, participar del debate desde su preparación para que se mejore el nivel de protección que corresponda y así lo refleje la norma que se va a aprobar. Y ustedes dirán, ¿cómo hago eso yo acá en esta región? Cuando el CICR toma noticia de que existe la posibilidad de generarse un debate en foros, sean de carácter internacional o regional, sobre un tema que de alguna forma pudiese cambiar o necesitar una modificación de una norma del ámbito del derecho internacional humanitario, desde el CICR nos acercaremos a la autoridad pertinente y ofrecemos a los Estados nuestra asesoría como miembros del Servicio de Asesoramiento en DIH que fue creado por el CICR en 1995, justamente a pedido de los Estados en una resolución de una Conferencia Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja. Lo hacemos de formas diversas, pero siempre llevando las posiciones que el CICR cree que sirven para defender el derecho internacional humanitario y que de alguna manera evitan que si fueran cambiadas esas normas, se bajen los niveles de protección que ya la comunidad internacional ha asegurado consenso hasta ese momento.

¿Se entendió esto? Es decir, hablando coloquialmente, Como diría Tita Merello ¡Cuidado, muchachos, No vayan por ahí!

Esto es un trabajo maravilloso para un jurista, Es un trabajo donde uno participa de la gestación de la norma y va a colaborar para que la norma alcance una forma que permita que la continuidad del derecho internacional humanitario sea adecuada a los estándares de protección establecidos.

Por otro lado, cuando tenemos dudas o nos damos cuenta de que hay dudas o dificultades para La idea era que los Estados puedan sentarse a debatir más profundamente el CICR hace lo mismo que haría un académico ¿Y qué es lo que haría un académico si le interesa el tema? organiza eventos para discutir, debatir, tratar de encontrar, por eso a esa función del guardián nosotros la denominamos "animación y promoción". Por otro lado, esto que yo les había comentado de tratar de que no se bajen los estándares y si lo quieren mirar de una forma eufemística lo podrían considerar como que somos un ángel de la guarda, ¿no? Es un ángel de la guarda que evita que la norma sea debilitada en su propósito tuitivo.

Sin embargo, por más que uno siga todos estos procedimientos y trate de cuidar, a veces hay quienes que de alguna manera tienen un des respeto muy amplio de las normas y eso hace que haya que trabajar de otras formas. No quiero dar un término que no pueda ser entendido, pero a veces el CICR tiene que tomar una actitud de denuncia también. La confidencialidad del CICR de la que les hablé antes no puede ser absoluta bajo ciertas circunstancias. En casos donde nosotros vemos que la norma es completamente vencida o des respetada y esto afecta especialmente a las personas que estamos tratando de darles protección, podríamos decir que operamos como una especie de perro guardián. A veces hay que ponerse más firmes para garantizar el respeto de las normas en favor de aquellos que están sufriendo las consecuencias de las violaciones del derecho internacional humanitario.

Como ustedes saben, en los conflictos armados hay muchos actores humanitarios. El CICR no es el único, pero justamente si ustedes viesen un cuadro poniendo todos los emblemas de todas las organizaciones que hay en conflicto armado, se darían cuenta que podríamos hablar de tres grupos muy claros. Aquellos que son departamentos, oficinas, organismos de Naciones Unidas, en otro cuadro podríamos poner las organizaciones no gubernamentales y tercero, podríamos poner las agencias cooperantes, que dependen del apoyo económico de los Estados, pero muchas veces no sólo tienen el apoyo económico, sino que tienen las directrices políticas también de los Estados.

El CICR, por su personería jurídica, su mandato otorgado por los Estados y "modus operandi" no pertenece a ninguno de los tres grupos y es por eso que su metodología de trabajo es diferente y su forma de actuar en el terreno está garantizada de otras formas. Es decir, los únicos que tenemos un emblema que tienen protección como trabajadores humanitarios en el terreno que es reconocido en tratados internacionales por parte de los Estados, como ustedes saben la Cruz Roja como tal, es el CICR y claro también el resto de los componentes de nuestro Movimiento. Y, en caso de conflicto armado estos emblemas también pueden ser utilizados por las unidades sanitarias de los ejércitos.

Ahora bien, yo les había mencionado que tenemos cuatro pilares de acción y por ende les comentaré un poco sobre las actividades que hacemos en cada uno de esos pilares. El primer pilar de acción importante del CICR es la protección. La protección es esencialmente trabajar para que se respeten los derechos de aquellos que están en vulnerabilidad, lo que algunos llamarían víctimas o personas afectadas por la situación. Ahí tenemos una serie de actividades que se están desarrollando en la región operacionalmente. La primera de ellas es el restablecimiento de los contactos familiares. Ustedes ya saben que en América del Sur hay una diáspora venezolana, ¿verdad? Es decir, desde Venezuela salen cantidades de personas, movilizándose por el resto de los países de América, a veces con riesgos muy grandes en su trayectoria en procura de una vida más estable que en su propio hogar. El Movimiento decidió ayudar a estos migrantes, cualquiera sea el estatus que les otorgaran los Estados. Por ejemplo, Brasil los recibe como refugiados de forma inmediata. Cada país tiene una forma de recibirlos o inclusive de no facilitar su ingreso.

El CICR está trabajando en tres flancos muy fuertes con ellos. Por ejemplo, hemos colocado oficinas operacionales de trabajo para atención directa al venezolano que entra al Brasil en el Estado de Roraima, por la zona de Pacaraima y otra en la ciudad de Boa Vista. Esa zona del Brasil es muy deprimida económicamente.

Cuando las personas salen, por ejemplo, de una situación caótica o de un conflicto armado, una situación de violencia, por lo general pierden contactos con sus familiares de origen. Y el CICR sabe que eso trae angustias, falta de apoyos y, por ende, ayuda a mantener por intermedio de diferentes medios tecnológicos, contacto con cada los familiares que han dejado en el país de origen. Para que tengan una idea, en los últimos meses más o menos hemos hecho contactos para más de 150.000 personas. También hemos apoyado a los venezolanos en cuestiones de traslado de documentación

Ustedes me dirán, ¿y dónde está el nexo con la violencia? Por ejemplo, muchas de estas personas no entran en forma regular, al Estado y van por rutas alternativas en las cuales ya existen, y se los puedo decir con claridad, grupos armados que se aprovechan de ellos. No necesariamente son grupos armados no estatales u organizados en el sentido de lo que exige el derecho internacional humanitario, pero ejercen mucha violencia y abusos sobre esas personas. Son grupos armados que terminan favoreciendo la trata y la esclavitud de las personas, inclusive, para trabajos de diferente naturaleza. Advertimos también a las autoridades de la necesidad de que los protejan, que los rescaten de esas situaciones.

También cumplimos con otra de las funciones en estas circunstancias que ustedes más conocen, que es más clásica del CICR, que son las visitas de personas detenidas. Pero claro, no estamos hablando de prisioneros de guerra, no estamos hablando de personas que han caído capturadas por una parte enemiga en un conflicto de carácter internacional, o partes involucradas y capturadas en un conflicto interno, estamos hablando de personas que provienen de situaciones de violencia y que son detenidas, a las cuales se visita para verificar las condiciones materiales y psicológicas de la detención.

Nosotros sólo podemos visitar a las personas privadas de libertad sin testigos, y nadie puede quedarse con nuestros papeles de notas. Además, el Estado nos tiene que dar las garantías de que nos permite entrar en el momento que queramos y en el horario que nos parezca. No crean que estas negociaciones para alcanzar los acuerdos de visitas de detenidos son tan simples...

Cuando llegó la pandemia, los detenidos eran un grupo particularmente vulnerable. Entonces, ¿qué hizo el CICR cuando llegó el COVID-19? La primera cuestión fue ¿cuáles son nuestros *targets population* de protección? Decidimos reforzar la protección de estas personas privadas de libertad. ¿Cómo lo hicimos? De una manera, pienso que bastante proactiva, pero al mismo tiempo ingeniosa. Las cárceles se cerraron y nadie podía entrar, porque también existía el miedo de que si entraba alguien, pudiera llevar el COVID y contagiar al resto de la población carcelaria. Decidimos entonces que la mejor manera era proveerles de todos los insumos para que los propios presos pudieran producir sus materiales de protección contra el COVID, desde las máscaras, generar el alcohol en gel, etc. Y obtuvimos un alto índice de protección entre las poblaciones carcelarias asistidas. Preparamos también un protocolo de cómo en las cárceles tenía que darse protección y cómo aislarse a los presos a pesar del hacinamiento. Inclusive ustedes pueden ver

sentencias de jueces argentinos que mencionaron los protocolos creados por el CICR. Hace poco leí un texto del juez Adrian Grünberg, que usaba el protocolo para hacer excarcelaciones con prisión domiciliaria, por el hecho de que lo que prima es que el hombre no se muera por COVID y que no se genere un problema mayor simplemente por la existencia de la pandemia. Esos protocolos tienen también apoyos del departamento jurídico de nuestra Delegación Regional para el Cono Sur, sobre todo en materia de análisis de las normas del Estado y de que los acuerdos que vamos a ofrecer al Estado, preparando memorándum de entendimiento, para llevar a cabo, para hacer este tipo de propuestas.

¿Qué más les cuento? Hoy en día tenemos un programa, por ejemplo, que nosotros llamamos acceso más seguro para servicios esenciales. ¿saben de qué se trata? Como vemos que la violencia en los medios urbanos ha crecido tanto y que esto evita, por ejemplo, la consecución o la continuidad del derecho al acceso a la educación o el derecho al acceso a la salud, hemos producido protocolos adoptados a las necesidades de las ciudades donde existe violencia que genera graves consecuencias humanitarias enseñando a cómo tendrían que ser las vías humanitarias y aprendiendo a los trabajadores de la salud y de la educación a conocer cuáles son las medidas que tienen que tomar para evitar estar en la mitad de un fuego cruzado, en una ciudad donde hay muchas balas perdidas y cosas por el estilo. Ha sido de tal éxito el programa, que nosotros lo establecimos entre el año 2008 al 2013 en Río de Janeiro, y en la actualidad hay muchas ciudades de Brasil que nos han pedido para usar esos protocolos.

Hay mucho más para contarles, pero el tiempo es tirano, gracias por vuestra atención y quedo a su disposición para lo que puedan necesitar del CICR, muchas gracias por su atención.

Sección I

Protecciones y desprotecciones de la población civil

Violencias a grupos LGBTIQ+ en conflictos armados a la luz del DIH, ¿falta de normativa o de implementación?

Facundo Sesin

Los conflictos armados en general dan lugar a vacíos de poder y de legislación en el territorio donde tienen lugar, lo que en muchos casos se suma a una carencia notable de recursos y que deriva en la ausencia de instituciones estatales. Tales escenarios potencian la impunidad en la comisión de actos prohibidos en circunstancias normales, lo que sumado a la homofobia, bifobia y transfobia preponderante en los países en conflicto suponen una verdadera odisea para las personas LGBTIQ+. Los actos de violencia contra estas personas son perpetrados tanto por el Estado como por grupos armados no estatales, y ocurren antes, durante, y después del conflicto, pero precisamente se profundizan como consecuencia de los contextos de violencia devenidos conflictos armados.

En tal sentido, el presente artículo se propone, en primer lugar, abordar múltiples escenarios de conflicto armado diferentes entre sí a fin de poner de resalto el carácter sistemático de la violencia contra las minorías sexuales y de género (en adelante "MSG") en tales circunstancias. A través de múltiples informes y documentos de entidades gubernamentales y de la sociedad civil, se hará énfasis en el conflicto armado en Colombia, en el conflicto armado en Iraq y Siria, y en la República Democrática del Congo (en adelante "RDC"). A partir de estos casos, se podrá reconocer la particular vulnerabilidad que tienen las MSG y que se diferencian de otras minorías presentes en el terreno.

En segundo lugar, se realizará un análisis de las respuestas jurídicas a las situaciones de violencia y discriminación que han encontrado las personas LGBTIQ+ en ramas del derecho internacional tales como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante "DIDH") y el Derecho Internacional de los Refugiados (en adelante "DIR"). En efecto,

a través de instrumentos de *soft law* los organismos internacionales que monitorean la situación de los Derechos Humanos (en adelante "DDHH") y de los refugiados tales como el Consejo de Derechos Humanos y el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante "ACNUR"), han contemplado la necesidad de una especial protección y atención de las MSG.

No obstante, no se han encontrado respuestas tan claras por parte del Derecho Internacional Humanitario, situación que se abordará en el tercer punto del artículo. En tal sentido, se tomarán en consideración las regulaciones existentes actualmente en los Convenios de Ginebra de 1949 (en adelante "CG") y sus Protocolos Adicionales I y II (en adelante "PA") y los principios que estos instrumentos receptan, de los que sin dudas emergerán protecciones claras a civiles englobando a las MSG. Sin embargo, el punto neurálgico será comprender la insuficiencia de tales normas al momento de garantizar una efectiva protección a tales grupos, y la necesidad de mayor claridad, cooperación, y especificidad en la protección para hacer efectivo el amparo normativo existente.

Finalmente, se remarcará el rol que tienen las organizaciones humanitarias y en particular el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante "CICR") para hacer frente a esta problemática, ofreciendo algunos ejemplos de cómo contemplar la protección a las MSG en la reconstrucción social postconflicto.

1. Situación de las personas LGBT en escenarios de conflicto armado

Las personas LGBTIQ+ son más propensas a sufrir crímenes de odio por sobre cualquier otro grupo minoritario,[69] y ello es así en tiempos de paz.[70] No obstante, dicha discriminación se ve claramente exacerbada en situaciones de conflicto armado,[71] en donde las situaciones de vacío de poder y anarquía, sumado a la presión sobre los escasos recursos, hacen que la homofobia preexistente en tiempos de paz se vea amplificada al existir impunidad.[72]

[69] Park y Mykhyalyshyn (2016).

[70] Laverack (2015:5).

[71] Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ("CDHNU") (2015). Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: "Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015, párr. 42.

[72] Laverack (2015: 04).

Una cuestión alarmante y que tienen en común los ataques a personas LGBTIQ+ en conflictos armados es que la mayoría de dichos ataques no son reportados ante las autoridades estatales, porque el solo hecho de reportarlo puede generar mayor violencia en forma de retaliación o por parte de las propias fuerzas de seguridad al realizar la denuncia.[73] Vale destacar, que a las dificultades propias de los tiempos de paz se suman los problemas de seguridad, la carencia de servicios esenciales, el daño a la infraestructura, medios de transporte y comunicación, y la incapacidad de los gobiernos locales de asistir a las víctimas y asegurar su seguridad al verse sobrepasados por la escalada de violencia.[74]

En efecto, situaciones de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en virtud de la identidad de género u orientación sexual de las personas, están presentes de manera sistemática en conflictos armados internacionales (en adelante "CAI") y no internacionales (en adelante "CANI") y sus perpetradores son tanto actores estatales como no estatales.[75] Dichas prácticas incluyen actos tales como violaciones y otros ataques sexuales utilizados en algunos casos como "depuración moral" de las personas LGBTIQ+.[76] Asimismo, las MSG sufren de altos niveles de violencia física de manera diaria de parte de grupos motivados ideológicamente, de otros ciudadanos o incluso de parte de sus propias familias y comunidades.[77]

Asimismo, otras formas de violencia y discriminación incluyen el establecimiento de normas sobre género y orientación sexual en contra de las MSG, amenazas, extorsión, y el rechazo de los familiares y otros miembros de las comunidades.[78]

Algunos de los motivos detrás de estos ataques y discriminación continua son la intención de avergonzar, humillar y deshumanizar a las víctimas para lograr su subordinación, reforzar el control territorial, obtener apoyo comunitario a través del activismo homofóbico, reeducar y maximizar recursos, e impedir la movilización social en áreas bajo el control estatal o por parte de un grupo armado.[79]

---

[73] Myrttinen y Daigle (2017:16).

[74] Margalit (2018: 242).

[75] CDHNU (2016). Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/31/57, 5 de enero de 2016, párrs. 51-52.

[76] CDHNU (2016). Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/31/57, 5 de enero de 2016, párrs. 51-52.

[77] Myrttinen y Daigle (2017: 16).

[78] Myrttinen y Daigle (2017: 17).

[79] Serrano-Amaya (2014: 41-42).

A continuación, se pondrán de resalto algunas situaciones de conflicto armado específicas correspondientes a Colombia, Iraq y Siria, y la República Democrática del Congo, observando en cada caso como se desarrollaron estas violencias contra las MSG.

1.1 La situación en Colombia

En el conflicto armado colombiano ha existido poca investigación, informes o reportes acerca de las violencias contra las MSG derivadas del conflicto. No obstante, de las denuncias que sí se han realizado, se observa que dichos ataques se dieron en el marco de estrategias de control social y territorial de los grupos armados.[80]

Estos últimos han desarrollado un proceso de control, regulación y disciplina de la vida social de los habitantes, fijando estereotipos de cuerpos, resignificando espacios, localizando las diferencias, y construyendo maneras específicas de vínculos sociales, y formas de "ser hombre" y de "ser mujer".[81] Estos mecanismos de control social se tradujeron para la población LGBTIQ+ en normas relativas a la sexualidad y al cuerpo,[82] lo que hizo que tanto la guerrilla como los paramilitares tuviesen en la mira a lesbianas, gays y personas que consideraban portadores VIH/SIDA, contra las que cometían crímenes de odio cuya impunidad potenció el ciclo de violencia homofóbica.[83]

Vale destacar que los grupos armados se alimentaron de contextos discriminatorios preexistentes, es decir, no hicieron aparecer a las violencias heteronormativas sino que las exacerbaron,[84] permitiendo que la sociedad civil patriarcal y excluyente justifique esos hechos.[85]

Entre los actos de violencia específicos llevados a cabo contra la integridad física, sexual y la vida de las personas LGBTIQ+ en Colombia se encuentran las llamadas "violaciones correctivas" contra lesbianas y mujeres trans con la intencionalidad aberrante de "corregir" su orientación sexual y

[80] Fernández Molinares (2017: 27).
[81] Gonzalo Sánchez *et al.* (2011: 80).
[82] Sánchez *et al.* (2011:28).
[83] Amnistía Internacional (2004:28).
[84] Centro Nacional de Memoria Histórica (2015:66).
[85] Cárdenas y Tejada (2015: 37).

hacerlas comportarse de acuerdo a lo considerado "adecuado" conforme a su sexo biológico.[86] Asimismo, se comprobó la distribución de panfletos en espacios públicos con nombres de personas "acusadas" de ser homosexuales/bisexuales/trans calificadas de "maricones" y "homosexuales y lesbianas que degeneran la moral y dan un mal ejemplo a los niños", exigiéndoles que se fueran del territorio bajo amenaza de ser asesinados.[87] También se han comprobado ataques sexuales a través de esclavitud sexual, secuestros y desapariciones forzadas, como también actos tales como obligar a hombres "afeminados" a pelearse a golpes entre ellos como forma de entretenimiento.[88]

Sin embargo, a pesar de la verificación de todos estos episodios, en Colombia, como en la mayoría de los conflictos armados, los episodios de violencia a personas LGBTIQ+ encuentran un gran nivel de subregistro. Ello se debe a una serie de motivos entre los que se encuentran la desconfianza hacia las autoridades estatales que en muchos casos son responsables directos o cómplices de los actores violentos; la falta de conocimiento de sus derechos por parte de las víctimas o el miedo a la estigmatización propios de su contexto social; la posibilidad de revictimización por parte de los funcionarios de atención; la existencia de grupos armados o su rearme en el lugar de los hechos; e incluso el temor de que sus círculos familiares descubran su orientación sexual o identidad de género cuando no lo habían contado.[89]

1.2 La situación en Iraq y Siria

Las violencias contra las MSG en Iraq y Siria son posiblemente las más notorias y pronunciadas.[90] Estas personas enfrentan mayores amenazas porque quienes les persiguen se encuentran en distintos espacios sociales e institucionales, operan en redes en todas partes del territorio, y por sobre todo ejecutan sus ataques con absoluta impunidad.[91] Lo que agrava aún más la situación es que prácticamente no existen lugares seguros para los habitantes

[86] Comisión Interamericana de Derechos Humanos ("CIDH"), Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, 12 de noviembre de 2015, párr. 170.
[87] CIDH. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, 12 de noviembre de 2015, párr. 296.
[88] Myrttinen y Daigle (2017: 20).
[89] Fernández Molinares (2017: 23).
[90] Myrttinen y Daigle (2017: 18).
[91] OutRight Action International (2014: 12).

por múltiples razones: su sola apariencia los puede poner en riesgo; no cuentan en muchos casos con apoyo familiar, comunitario, religioso ni gubernamental; personas trans, hombres "afeminados" y mujeres "masculinas" enfrentan riesgos inclusive al intentar sacar un documento de identidad porque "levantan sospechas" o pueden ser interrogados; hay chequeos en las rutas de escape; encontrar refugio en otra ciudad es "sospechoso"; y son marginalizados en los propios campos de refugiados o ciudades de acogida.[92]

Particularmente en Siria, se comprobó una violencia sexual generalizada incluyendo reportes de desnudez forzada, violaciones, examinaciones anales o vaginales forzadas, tanto de parte del gobierno como de grupos armados, especialmente en situaciones de detención.[93]

Asimismo, los actos de grupos tales como el Estado Islámico ganaron una marcada atención internacional e incluyeron actos atroces como la ejecución de hombres gay arrojándolos de los techos de edificios y violencia sistemática dirigida específicamente contra mujeres lesbianas.[94] Tras consolidar su control territorial, se establecieron normas tales como la prohibición que hombres "se parezcan" a mujeres en su vestimenta y viceversa, que las mujeres "masculinas" debían ser echadas de sus casas, y también penaban la "sodomía" con la muerte.[95]

No obstante, los ataques no se dirigían únicamente a aquellos que se identificaban a sí mismos como parte de una MSG, sino que también incluía ataques a hombres acusados de "afeminados" o mujeres acusadas de ser "demasiado masculinas", en base a sus manerismos, formas de vestir, o incluso corte de cabello.[96]

1.3 La situación en República Democrática del Congo

La discriminación contra la población LGBTIQ+ en la RDC está enraizada en la sociedad congolesa, en la que muchas personas han sido sometidas a tortura, o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y detenciones

[92] OutRight Action International (2014: 12).
[93] Margalit (2018: 239).
[94] Myrttinen y Daigle (2017: 18).
[95] OutRight Action International (2014: 12).
[96] Myrttinen y Daigle (2017: 18).

sumarias sobre la base de su real o imputada orientación sexual o identidad de género en manos del Estado.[97]

Ataques tales como "violaciones correctivas" fueron cometidos contra mujeres lesbianas y hombres trans, como "ejemplo" y "medida correctiva". Asimismo, se observaron casos de tentativa de homicidio, acoso, amenazas de muerte y extorsión, sumado a los ataques verbales permanentes.[98] Como en otros escenarios de conflicto, las MSG en la RDC encuentran un rechazo de parte de sus comunidades, pero también de sus familias, siendo socialmente excluidos, u obligándolos a vivir en secreto.[99]

El ordenamiento jurídico congoleño no tiene una condena clara a estos ataques, y precisamente ello hace que los ataques no se reporten por el miedo a sufrir revictimizaciones.[100]

Como puede observarse, las violencias a las personas LGBTIQ+ trascienden continentes, contextos, religiones y modos de vida, encontrándose presentes en distintas partes del mundo con una profundización manifiesta en escenarios de conflicto armado.

Frente a ello, y como se observará a continuación, el DIDH y el DIR han intentado dar respuestas claras, remarcando la importancia de protecciones y consideraciones especiales para las MSG, claridad que desafortunadamente no encontramos en el DIH.

2. La protección de las MSG en el marco del Derecho Internacionalde los Derechos Humanos y el Derecho de los Refugiados

A pesar de no existir tratados internacionales, o instrumentos vinculantes que hagan referencia a las personas LGBTIQ+ de modo directo, numerosos organismos internacionales, así como también agencias, órganos y organismos en el marco de Naciones Unidas que trabajan al amparo del DIDH y el DIR, han puesto de manifiesto la aplicación directa de estas normas sobre las MSG y la manera en que las protegen.[101]

[97] MOPREDS *et al.* (2017: 8).
[98] MOPREDS *et al.* (2017:11).
[99] MOPREDS *et al.* (2017: 13).
[100] Rumu (2017: 14).
[101] Comité contra la tortura (en adelante "CAT"), Observación General N° 2: "Aplicación

En el marco de las Naciones Unidas, la Asamblea General al analizar la protección del derecho a la vida, reiteró la necesidad de que se investigue todo asesinato sobre bases discriminatorias, entre ellas por orientación sexual o identidad de género, incluyendo todo acto cometido por fuerzas de seguridad, policiales, grupos paramilitares o privados.[102]

Por otro lado, el Comité contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas ha puesto de resalto la responsabilidad que tienen los Estados de velar por el cumplimiento de la Convención Contra la Tortura[103] sin distinción alguna, considerando a la orientación sexual e identidad de género como causales especialmente protegidas, y en definitiva a las personas LGBITIQ+ como parte de los grupos que corren mayor riesgo de sufrir tortura.[104] En tal sentido, los Estados deben garantizar protección con medidas de acción positiva, así como condena y castigo a quienes cometan los crímenes.[105]

En el marco del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se han adoptado desde 2011 en adelante una serie de resoluciones que reafirman la prohibición de discriminación sobre la base de la orientación sexual e identidad de género, condenan los ataques perpetrados contra estas personas.[106] En línea con ello, fue nombrado un Experto Independiente

---

del artículo 2 por los Estados Partes", CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, y Observación General N° 3, "Aplicación del artículo 14 por los Estados partes", CAT/C/GC/2, 13 de diciembre de 2012; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "CDESC"), Observación General N° 20, "La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2)", E/C.12/GC/202, julio de 2009; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante "CEDAW"), "Recomendación general Nº 28 relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Res. 275, "Protección contra la violencia y otras violaciones a los derechos humanos contra las personas sobre la base de su orientación sexual o identidad de género real o autopercibida", mayo de 2014; Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante "AGNU"), Res. 57/214, 25 de febrero de 2003, párr. 6; ACNUR, "Directrices sobre protección internacional No 9.: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967", 23 de octubre de 2012.

[102] AGNU, A/RES/57/214, (2003), párr. 6.

[103] Naciones Unidas. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (entrada en vigor: 26 de junio de 1987).

[104] CAT, Observación General N° 2, párrs. 21-22.

[105] CAT, Observación General N° 2, párrs. 21-22.

[106] CDHNU, Resolución N° 17/19, Derechos humanos, orientación sexual e identidad

sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.[107]

En igual sentido, doce organismos de Naciones Unidas elaboraron una declaración conjunta instando a los Estados a poner fin a la violencia y a la discriminación contra adultos, adolescentes y niños LGBTIQ+, y remarcando que la falta de protección contra abusos, violencias y discriminación supone una grave violación a normas internacionales en materia de derechos humanos.[108]

En parejo orden, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos han manifestado conjuntamente y de manera explícita la aplicabilidad de derechos humanos fundamentales sin distinción alguna para las personas LGBTIQ+ incluyendo el derecho a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la libertad de asociación, de expresión, a la prohibición de detenciones arbitrarias, y a derechos económicos, sociales y culturales.[109]

La Corte Europea de Derechos Humanos, por su parte, ha reiterado en varias oportunidades la prohibición de distinción y/o discriminación de las personas sobre la base de su orientación sexual e identidad de género,[110] remarcando la necesidad de investigar todo acto motivado por homofobia.[111] Una postura similar fue adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[112]

---

de género, A/HRC/RES/17/19, 17 de junio de 2011, y Resolución N° 27/32, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, A/HRC/RES/27/32, 26 de septiembre de 2014.

[107] CDHNU, Resolución N° 41/18, Mandato del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/RES/41/18, 19 de julio de 2019, y Resolución N° 32/2, Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/RES/32/2, 30 de junio de 2016.

[108] OIT *et al.* (2015).

[109] Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2016: 12-14).

[110] Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante "CEDH"). Caso de Alekseyev v. Rusia, Sentencia del 21 de octubre de 2010, párr. 108; Caso de P.V. v. España, Sentencia del 30 de noviembre de 2010, párr. 30 y Caso de Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal, Sentencia del 21 de diciembre de 1999, párr. 28.

[111] CEDH, Identoba et. al v. Georgia, Sentencia del 12 de mayo de 2015, párr. 67-77.

[112] Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH"). Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 91.

Asimismo, un grupo de reconocidos especialistas a petición del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos han creado un documento conocido como los Principios de Yogyakarta que justamente se encargan de establecer una serie de lineamientos relativos a la aplicación de los DDHH en cuestiones de orientación sexual e identidad de género,[113] que ha sido utilizado, entre otros, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[114]

Como puede observarse, es unánime la posición de los distintos sistemas de protección de derechos humanos en cuanto a la consideración específica que demandan las MSG, su protección bajo el DIDH, y la condena que pesa sobre los Estados al momento de realizar o tolerar una distinción sobre tal criterio.

En la órbita del DIR, el ACNUR ha manifestado que está ampliamente reconocido que las personas LGBTIQ+ son objeto en todas partes del mundo de asesinatos, violencia sexual y de género, ataques físicos, tortura, detenciones arbitrarias, acusaciones de "inmoralidad" o "comportamiento desviado", denegación de derechos de reunión, expresión e información, discriminación en el trabajo, en la salud y en la educación.[115] En tal sentido, elaboró guías procedimentales sobre la determinación del estatuto del refugiado para individuos sobre la base de su orientación sexual y/o identidad de género.[116] Asimismo, elaboró un documento que da cuenta de las acciones del ACNUR a fin de proteger a los solicitantes de asilo y refugiados LGBTIQ+, y fija lineamientos para su protección a futuro.[117]

---

[113] Comisión Internacional de Juristas (ICJ) (2007). Principios de Yogyakarta (2007), Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

[114] Corte Idh. Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de febrero de 2016, párr. 110; y Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, párrs. 112, 129, 138, 148, 155, y 196.

[115] ACNUR. Directrices sobre protección internacional No. 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, 23 de octubre 2012, párr. 2.

[116] ACNUR. Directrices sobre protección internacional No. 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, 23 de octubre 2012, párr. 2.

[117] ACNUR (2015). Protección de las personas con orientación sexual e identidad de género diversas: Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex, diciembre de 2015.

En efecto, la protección de las MSG también se encuentra en la agenda del ACNUR y por lo tanto del DIR.

3. La protección de las personas LGBTIQ+ a la luz del DIH: principios, normativa vigente y posibles abordajes

A diferencia del DIR y el DIDH, la protección a las MSG no encuentra un tratamiento tan marcado y claro en el marco del DIH.[118] Por un lado, existen argumentos que sostienen que el espectro normativo del DIH ya protege a las MSG, y que no es necesario especificar su protección. Otras consideran, y es la postura de quien suscribe, que las violaciones del DIH contra las personas LGBTIQ+ en conflictos armados se ven profundamente exacerbadas en tales circunstancias, y que por tanto se necesita de directrices, recomendaciones o algún instrumento similar, que aunque no vinculante, resalte las necesidades particulares que estas personas tienen. En particular, es fundamental que el Comité Internacional de la Cruz Roja adopte y desarrolle una posición concreta al respecto a fin de garantizar una mayor protección. En línea con ello, se pondrá de resalto a continuación la normativa vigente, su alcance, los principales desafíos que de ella afloran para las MSG, y qué alternativas existen para su abordaje.

En primer lugar, es posible considerar que las personas LGBTIQ+ estarían en principio protegidas como cualquier otro civil a la luz del principio de distinción, que además de estar reconocido en tratados internacionales,[119] es una norma consuetudinaria[120] fundamental reconocida por los Estados aplicable tanto en contextos de CAI como de CANI. Este supone que ningún civil puede ser atacado directamente al no participar en las hostilidades.

Asimismo, dos principios fundamentales que *a priori* protegerían a las MSG y que se encuentran receptados en los Convenios de Ginebra de 1949

[118] Margalit (2018: 247)

[119] CICR. 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, en adelante "PA I", (entrada en vigor: 7 de diciembre de 1978), Arts. 48, 51.2 y 52.2; 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, en adelante "PA II", (entrada en vigor: 7 de diciembre de 1978), Art. 13.2.

[120] Henckaerts y Doswald-Beck (2009: 63 – Rule 1).

(en adelante "CG") y en sus Protocolos Adicionales I y II (en adelante "PA") son el de trato humano[121] y el de prohibición de distinción alguna de índole desfavorable por motivos de raza, color, religión, sexo, opinión política o de otra índole, nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.[122]

Con respecto al principio de trato humano, este incluye la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como también contra la violencia sexual.[123] Sin embargo, para definir aquello que constituye un trato humano, se debe considerar cada caso particular, teniendo presente la situación inherente a cada persona, sus necesidades, capacidades, las diferencias económicas, sociales culturales, así como las estructuras políticas de la sociedad.[124] En tal sentido, de esta definición podría desprenderse que las necesidades específicas y la vulnerabilidad propia de las personas LGBTIQ+ debería ser tenida en cuenta al aplicar dicho principio.

En relación a la prohibición de distinción alguna de índole desfavorable, desde el DIDH se ha interpretado que tanto a la distinción por "sexo" como "cualquier otro criterio análogo", este último también englobado en "cualquier otra condición social", abarcan tanto a la discriminación por orientación sexual como por identidad de género.[125] De este modo, las MSG se verían alcanzadas por la normativa del DIH en lo que respecta a la prohibición de trato discriminatorio en el marco del conflicto armado. Asimismo, el CICR considera que el DIH permite realizar un tratamiento diferenciado cuando justamente se busque garantizar un trato humano,[126] lo que puede darse a través de medidas de protección adicionales, mejor acceso a artículos de higiene personal, atención médica, entre otros.

---

[121] CICR. Convenios de Ginebra de 1949 (entrada en vigor: 21 de octubre de 1950), Artículo Común 3; Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, en adelante "CG IV", (entrada en vigor: 21 de octubre de 1950), Art. 27; PA I, Art. 75; PA II, Art. 4.

[122] CICR. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, en adelante "CG III", (entrada en vigor: 21 de octubre de 1950), Art. 16; CG IV, Art. 27; PA I, Arts. 9, 75; PA II, Art. 2.

[123] CG III, Art. 13; CG IV, Arts 27, 32, 37; PA I, Arts 11, 75; PA II, Art. 5.

[124] Comité Internacional de la Cruz Roja (2017), "Commentary on the Second Geneva Convention: Convention (II) for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea", en adelante "CICR Comentario CG II", párr. 565 (Art. 3).

[125] Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Toonen v. Australia, CCPR/C/50/D/488/1992, Resolución del 4 de abril de 1994, párr. 8.7; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20, 2 de julio de 2009, párr. 32.

[126] CICR Comentario GC II, párr. 598 (Art. 3).

Sobre la base de estos principios, es necesario tener en cuenta a una obligación fundamental que tienen los Estados en materia de DIH referida a respetar y hacer respetar el DIH.[127] Esta obligación supone tomar todas las medidas que resulten apropiadas, y todos los medios razonablemente disponibles para prevenir que las violaciones ocurran y eventualmente castigarlas.[128] Tales medidas podrían incluir órdenes dentro de las fuerzas armadas, capacitación en DIH en los entrenamientos, y también en la población civil. En línea con ello, cualquier violación contra los principios de trato humano o distinción desfavorable contra civiles LGBTIQ+ supondría que el Estado deba investigar y sancionar a los responsables.[129] Asimismo los Estados deberían influenciar hasta el mayor grado posible que cesen las violaciones al DIH,[130] tomando medidas que podrían ir desde presión diplomática, y sanciones al Estado, hasta sanciones a las personas sospechadas de cometer tales violaciones.

De lo expuesto se podría concluir que las MSG se encuentran alcanzadas por el DIH y que existen herramientas suficientes para protegerlas. Sin embargo, claro es que en virtud de las violaciones y violencias contra personas LGBTIQ+ reseñadas en el apartado 1 del presente artículo, el marco normativo existente no es suficiente. En efecto, el DIH ha reconocido que ciertos grupos merecen una protección especial por su estado de vulnerabilidad como las mujeres, los niños, los ancianos, los heridos, y los enfermos,[131] pero no ha incorporado ninguna categoría adicional, ni siquiera mediante instrumentos de *soft law*, por lo que las vigentes son aquellas que datan del siglo pasado.

A la falta de normativa específica, debe sumarse la criminalización de las MSG en muchos Estados, en conjunto con un rechazo comunitario y exclusión social. Ello hace que las dificultades en acceder a asistencia humanitaria sean mayores, pues a diferencia de los niños y las mujeres, no tienen ninguna normativa del DIH que las ampare para darles prioridad en la evacuación, o en ingresos a zonas seguras, máxime cuando los mismos aparatos institucionales les niegan las necesidades más elementales.[132] Más aún, el nivel generalizado de impunidad referido en el apartado 1 en situaciones como Colombia o Iraq hacen que las violaciones se vean exacerbadas pues no se toman medidas concretas ni para evitarla, ni para investigarla y condenarla.

[127]CICR. onvenios de Ginebra de 1949 (entrada en vigor: 21 de octubre de 1950), Art Común.
[128] CICR Comentario CG II, párr. 167, 172 (Art. 1).
[129] CG IV, Art. 146.
[130] CICR Comentario CG II, párrs. 142, 176, 182, 189 (Art. 1).
[131] CG III, Art. 14; CG IV, Arts 14, 16, 89, 132; PA I, Arts 70, 76–77.
[132] Sana (2019: 45).

Por ello, existen ciertos beneficios de incorporar una protección especial en el marco del DIH para proteger a las personas LGBTIQ+. En primer lugar, les garantizaría una mayor visibilidad, y por tanto aseguraría que las partes obligadas por la norma a proteger a estos grupos no pasen por alto sus obligaciones para con ellos.[133] Esta posición fue adoptada, por ejemplo, desde el DIDH al introducir numerosos tratados que contemplan las necesidades y demandas particulares que tienen grupos tales como mujeres, niños, minorías raciales, personas con discapacidad, etc., probando su efectividad al momento de protegerlos. Más aún, incorporar una protección especial en el marco del DIH garantizaría que la responsabilidad se pueda imputar a personas específicas y sus superiores, y también, permite responsabilizar a los grupos armados, cuya obligación a la luz del DIDH sigue siendo poco clara.

No obstante, cierto es que reforzar la protección a las personas LGBTIQ+ en conflictos armados no va a implicar que dejen de encontrarse en una situación de vulnerabilidad, pero al menos podría reducir el sufrimiento al que se enfrentan, porque expresamente tanto los Estados como los grupos armados tendrían conocimiento que los ataques sobre las MSG son ilegales, una posición que conocen con absoluta claridad respecto de otros grupos y que sirve a los efectos de su protección de manera diaria.

Ahora bien, frente a esta necesidad de protección especial, tres son los modos de plasmarla. En primer lugar, podría introducirse nueva normativa vinculante en forma de tratado internacional universalmente aplicable, algo que resultaría de por sí complejo y que requeriría tiempo para lograr los consensos que ni el DIDH puede lograr actualmente. En segundo lugar, podrían realizarse interpretaciones de la normativa actualmente vigente, pero ello también sería difícil y tomaría mucho tiempo en contextos donde la homofobia, bifobia y transfobia están tan arraigadas. Y en tercer lugar, podrían introducirse documentos de *soft law* creados desde espacios tales como el CICR, los que probablemente resulten de gran ayuda por el peso y la relevancia que tienen en los conflictos armados las posturas que dicha entidad adopta, y que forjan en muchos casos el desarrollo del DIH.

[133] Nifosi-Sutton (2017: 272).

4. Conclusiones

El sufrimiento constante de las personas LGBTIQ+ es un fenómeno innegable, y su exacerbación en contextos de conflicto armado es manifiesto.

El DIDH y el DIR han intentado e intentan dar respuesta a tamaño sufrimiento mediante las distintas opciones que existen en el campo del derecho internacional, desde guías, recomendaciones, proyectos de artículos, exámenes periódicos de países, condenas a través de sistemas de peticiones individuales, etc. Aún con ello, en 71 países los actos homosexuales están criminalizados, y en 6 de ellos se aplica la pena de muerte por dichos actos,[134] pero en contraposición muchos avances han ocurrido en los últimos años.

En el marco del DIH la comunidad internacional reconoció hace más de 70 años la necesidad de dar respuestas específicas a mujeres, niños, heridos y enfermos, comprendiendo la necesidad de abordar el sufrimiento de aquellos más vulnerables. En esa línea es que la protección debe ser cada vez más amplia, pues hasta tanto no se determinen protecciones especiales, las personas LGBTIQ+ van a permanecer en riesgo constante, van a sufrir en carne propia las más aberrantes violaciones al DIH y van a seguir siendo, para millones, personas invisibles.

5. Bibliografía

5.1 Fuentes principales

ACNUR (2012). "Directrices Sobre Protección Internacional N° 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967", 23 de octubre de 2012.

ACNUR (2015). Protección de las Personas con Orientación Sexual e Identidad de Género Diversas: Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex, diciembre de 2015.

[134] Human Dignity Trust. *Map of Countries that Criminalise LGBT People*. Disponible en: https://www.humandignitytrust.org/lgbt-the-law/map-of-criminalisation/

Asamblea General de las Naciones Unidas (2003). Res. 57/214, 25 de febrero de 2003.

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2014). Res. 275, "Protección contra la violencia y otras violaciones a los derechos humanos contra las personas sobre la base de su orientación sexual o identidad de género real o autopercibida", mayo de 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). "Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América", 12 de noviembre de 2015.

Comité contra la Tortura (2008). Observación General N° 2: "Aplicación del artículo 2 por los Estados partes", CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008.

Comité contra la Tortura (2012). Observación General N° 3, "Aplicación del artículo 14 por los Estados partes", CAT/C/GC/2, 13 de diciembre de 2012.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009). Observación General N° 20, "La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2)", E/C.12/GC/202, julio de 2009.

Comité de Derechos Humanos (1994). Toonen v. Australia, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1994.

Comité Internacional de la Cruz Roja (2017). "Commentary on the Second Geneva Convention: Convention (II) for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea".

Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (2010). "Recomendación general Nº 28 relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010.

Consejo de Derechos Humanos (2015). Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: "Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015.

Consejo de Derechos Humanos (2016). Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/31/57, 5 de enero de 2016.

Consejo de Derechos Humanos (2011). Resolución N° 17/19, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, A/HRC/RES/17/19, 17 de junio de 2011.

Consejo de Derechos Humanos (2014). Resolución N° 27/32, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, A/HRC/RES/27/32, 26 de septiembre de 2014.

Consejo de Derechos Humanos (2019). Resolución N° 41/18, Mandato del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/RES/41/18, 19 de julio de 2019.

Consejo de Derechos Humanos (2016). Resolución N° 32/2, Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/RES/32/2, 30 de junio de 2016

Naciones Unidas (1987). Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (entrada en vigor: 26 de junio de 1987).

CICR (1950). Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, (entrada en vigor: 21 de octubre de 1950).

CICR (1950). Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, (entrada en vigor: 21 de octubre de 1950).

Corte Europea de Derechos Humanos (2010). Caso de Alekseyev v. Rusia, Sentencia del 21 de octubre de 2010.

Corte Europea de Derechos Humanos (2010). Caso de P.V. v. España, Sentencia del 30 de noviembre de 2010.

Corte Europea de Derechos Humanos (1999). Caso de Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal, Sentencia del 21 de diciembre de 1999.

Corte Europea de Derechos Humanos (2015). Identoba et. al v. Georgia, Sentencia del 12 de mayo de 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de febrero de 2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2016). "Ending Violence and other Human Rights Violations Based on Sexual Orientation and Gender Identity: A Joint Dialogue of the African Commission on Human and Peoples' Rights, Inter-American Commission on Human Rights and United Nations".

OIT *et al.* (2015). *Los organismos de las Naciones Unidas instan a los Estados a que tomen medidas urgentes para poner fin a la violencia y a la discriminación contra adultos/as, adolescentes y niños/as lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersex (LGBTI*). Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/Joint_LGBTI_Statement_ES.PDF (20/10/2021).

Comisión Internacional de Juristas (ICJ) (2007). Principios Sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad De Género.

Comité Internacional de la Cruz Roja (1978). 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, (entrada en vigor: 7 de diciembre de 1978).

Comité Internacional de la Cruz Roja (1978). 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, (entrada en vigor: 7 de diciembre de 1978).

5.2 Bibliografía crítica

Amnistía Internacional (2004). *Colombia: Cuerpos marcados, crímenes silenciados. Violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado*. 28, Disponible en: https://www.amnesty.org/download/Documents/92000/amr230402004es.pdf (20/10/2021).

Cárdenas, M. y Tejada, C. (2015), *Voces ignoradas: La situación de personas con orientación sexual e identidad de género diversas en el conflicto armado colombiano*. Bogotá: Defensoría del Pueblo de Colombia, PNUD, Fondo de Justicia Transicional.

Centro Nacional de Memoria Histórica (2015). *Aniquilar la Diferencia. Lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en el marco del conflicto armado colombiano*. Bogotá: CNMH - UARIV - USAID – OIM.

Fernández Molinares, L. E. (2017), "Vivir Bajo Sospecha: Estudios de caso: personas LGBT víctimas del conflicto armado en Vistahermosa y San Onofre", en *Colombia Diversa*. Disponible en:http://www.colombiadiversa.org/conflictoarmadolgbt/documentos/vivir%20baja%20sospecha.pdf (20/10/2021).

Henckaerts, J. M. & Doswald-Beck, L. (2009). *Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, *Volumen I*. Buenos Aires: ICRC.

Human Dignity Trust. *Map of Countries that Criminalise LGBT People*. Disponible en: https://www.humandignitytrust.org/lgbt-the-law/map-of-criminalisation/ (20/10/2021).

Laverack, P. (2015). "Criminalising Homosexuality and LGBT Rights in Times of Conflict, Violence and Natural Disasters"*,* en *Human Dignity Trust*. Disponible en: https://www.humandignitytrust.org/wp-content/uploads/resources/8.-Criminalisation-Conflict-and-Natural-Disasters.pdf (20/10/2021).

Margalit, A. (2018), "Still a blind spot: The protection of LGBT persons during armed conflict and other situations of violence", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, volumen 100 (1-2-3),

MOPREDS et al. (2017): "Human Rights Violations Against Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender (LGBT), People in the Democratic Republic of the Congo (DRC)", en *121st Session of the Human Rights Committee*.

Myrttinen, H. y Daigle, M. (2017). "When merely existing is a risk: Sexual and gender minorities in conflict, displacement and peacebuilding", en *International Alert*. Disponible en: https://www.international-alert.org/sites/default/files/Gender_SexualAndGenderMinorities_EN_2017.pdf (20/10/2021).

Nifosi-Sutton, I. (2017). "The Legal Protection of Vulnerable Groups As an Integral Component of the Scope of International Human Rights Law", en *The Protection of vulnerable groups under international human rights law*, Londres: Routledge.

OutRight Action International (2014). *When coming out is a death sentence: Persecution of LGBT Iraqis*. Nueva York: OutRight Action International. Disponible en: https://outrightinternational.org/content/when-coming-out-death-sentence-persecution-lgbt-iraqis (20/10/2021).

Park, H. y Mykhyalyshyn, I. (2016). *LGBT People Are More Likely to Be Targets of Hate Crimes than Any Other Minority Group*. Nueva York: The New York Times, Disponible en: www.nytimes.com/interactive/2016/06/16/us/hate-crimes-against-lgbt.html (20/10/2021).

Rumu, C. (2017), *Landscape Analysis of the Human Rights situation of Lesbians, Gay, Bisexual, Transgender, Intersex People and Sex Workers in the Democratic Republic of Congo*. Nairobi: Uhai Eashiri. Disponible en: https://globalphilanthropyproject.org/wp-content/uploads/2017/09/UHAI-DRC-baseline-ENG.pdf (20/10/2021).

Sánchez, G. *et al.* (2011). *Mujeres y Guerra: Víctimas y resistentes en el Caribe colombiano*. Bogotá: Ediciones Semana y Editorial Taurus.

Serrano-Amaya, J. F. (2014). *Chiaroscuro: The uses of 'homophobia' and homophobic violence in armed conflicts and political transitions*. Tesis de Doctorado, Universidad de Sydney. Disponible en: https://ses.library.usyd.edu.au/bitstream/handle/2123/12868/Serrano-Amaya_F_Final%20Thesis2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y (20/10/2021).

Sud, S. (2019). *Move towards expansion of Special Protection under IHL to include other vulnerable groups*. Disertación en la Universidad de Essex, Facultad de Derecho.

La prohibición trans en el ejército de Estados Unidos: un análisis comparativo desde el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos

María Roques de Borda

La comunidad transexual ha sido históricamente invisibilizada durante siglos. En los últimos años, la comunidad internacional tendió a ser progresista en cuanto al reconocimiento de los derechos de este grupo, aunque el caso particular de Estados Unidos mostró un claro retroceso durante el gobierno de Donald Trump.

Enmarcaremos dicho estudio ahondando en las definiciones relativas a la comunidad transgénero, tanto respecto a las personas FTM, como las MTF. Haremos una breve mención de las definiciones del binarismo de género así como sus diferencias con el sexo biológico, incluyendo lo establecido por la OMS.

Estudiaremos esta situación a la luz del Derecho Internacional, analizando la existencia o inexistencia de instrumentos internacionales aplicables en materia de Derecho Internacional Humanitario y de Derechos Humanos, especialmente respecto a aquellos oponibles a Estados Unidos.

1. Introducción

En este trabajo, analizaremos cómo la discriminación que sufren las personas transgénero desde tiempos inmemorables afectó también a un ámbito ligado al Derecho Internacional Humanitario. Esto es así, ya que este

grupo padeció también la marginación en las fuerzas armadas regulares de los Estados Unidos al ser negados la posibilidad de poder prestar servicios.

Lamentablemente, la discriminación en los Estados Unidos no es un tema nuevo sino que es una problemática que se arrastra hace años, y sucede específicamente en su ejército.[135] Doctrinarios y doctrinarias se han dedicado a estudiar la marginalización sufrida por razones de sexo y raza, además de haber sido sometido repetidamente al debate social, aunque es innegable que sigue necesitando constante y sostenida atención.

Fueron muchas las conquistas que tuvieron que pelear a través de los años, para que comunidades minoritarias y vulnerables puedan acceder a dar servicio a las fuerzas armadas estadounidenses. De la misma manera en la que las mujeres y las personas afroamericanas eventualmente ganaron su estatus como miembros con derechos iguales al resto de la sociedad y probaron su aptitud para servir en las fuerzas armadas, las personas LGBT+ tuvieron que luchar por lograr lo mismo.[136]

La discriminación racial en las fuerzas oficiales de Estados Unidos fue aplacada gracias a la iniciativa del ex Presidente Truman. En 1948, a través de una orden ejecutiva, las personas afrodescendientes pudieron comenzar a tomar parte de dicho cuerpo, prohibiéndose la discriminación en base a raza, origen nacional, religión y color.[137]

Años más tarde, la discriminación en este ámbito contra las personas LGBT+ continuó. Específicamente, se profundizó con lo que se conoció como el "Miedo Lavanda". El mandatario Dwight Eisenhower, a través de una orden ejecutiva prohibió que formen parte de las fuerzas armadas de su país las personas homosexuales, tanto masculinas como femeninas. Sin embargo, este instrumento no impedía que participen en este ámbito únicamente, sino que les prohibía acceder a cualquier empleo de tipo federal. Se asimilaba a la homosexualidad con la perversión sexual y no se los consideraba aptos para trabajos estatales.[138]

Sobre este período no se ha hablado o escrito en demasía ya que se particulariza por haber generado un trauma que silenció a los hombres y a las mujeres que no cabían dentro de la cis-heterosexualidad. Así, dicha comunidad se acostumbró a callar para no sufrir las horribles crueldades que el Estado llevaba a cabo en su contra. Algunas de las situaciones que padecieron fueron

[135] Griffin (1987:2082).
[136] Sinclair (2009:702).
[137] Orden Ejecutiva N° 9981, 1948, pár. 1
[138] Orden Ejecutiva N° 10450, 8(a)(1)(iii); CBS News (2019:4).

interrogatorios y amenazas de hacer pública su orientación sexual a miembros de sus familias. Dichas persecuciones eran tan severas, dañinas e intimidantes que muchas personas que trabajaban en el gobierno y en las fuerzas armadas llegaron a suicidarse. Una de esas personas fue Drew Ference, quien hablaba cinco idiomas y trabajaba para la Embajada de Estados Unidos en París. Se quitó la vida algunos días más tarde de haber sido visitado por investigadores que lo vinculaban a una vida secreta de homosexualidad.[139]

2. Términos relacionados para el estudio del caso particular:

Definir a las personas transgénero puede ser una tarea confusa. Esto se debe a que se trata de un término paraguas que se utiliza de forma amplia a los fines de incluir a todos aquellos individuos quienes se identifican con una identidad o expresión de género diferente a la cual le asignaron al momento de nacer.[140]

Encontramos el término acuñado por el norteamericano John Oliven en 1965, enseguida popularizado en la época por aquellas personas que se sentían validadas dentro del concepto y quienes se sentían refugiadas en dicha comunidad como tal.[141] Incluye a cualquier persona que no se conforme con su género asignado. Los subgrupos que encontramos en esta comunidad son: las personas MTF (o *male to female*, refiriendo a aquellas personas que transicionan desde lo considerado masculino hacia lo femenino), aquellas FTM (*female to male*, por el contrario, hace alusión a quienes transicionan desde lo femenino hacia lo masculino) y las personas no binarias que se encuentran dentro de los grises - o por fuera - de los extremos binarios de género.[142] Estos términos serán utilizados dependiendo de las preferencias personales de cada individuo. Es importante aclarar que, no es requisito para que una persona sea considerada transgénero haber atravesado cirugía de reasignación de género alguna, ni tratamientos hormonales de ningún tipo, ni haber logrado un reconocimiento de dicha identidad en sus documentos. Algunas personas transgénero se sometieron a cirugías para que su identidad de género coincida con sus órganos sexuales, otras personas inician tratamientos hormonales y

[139] CBS News (2019).
[140] Altilio y Shirley (2011:380).
[141] Bevan (2014:42).
[142] GLAAD (2007:8).

otras no llevan a cabo ninguna de las anteriores. Aun así, independientemente de las decisiones sobre su propio cuerpo que tomen, todas son personas transgénero mientras se auto identifiquen como tales. A este grupo lo llamaremos indistintamente "trans" como una abreviación de la palabra transgénero.[143]

Es usual encontrar el término "transexual" en muchos textos e inclusive lo escuchamos constantemente en la oralidad. Es necesario aclarar que se trata de un término que ha caído en desuso actualmente, o mejor dicho, que debería caer en desuso. Este concepto se usa cada vez menos, lo cual se debe a que se considera que no es tan amplio como aquellos términos que lo sucedieron. Fue acuñado originalmente por la ciencia médica y las comunidades de profesionales de la salud mental para referirse a aquellas personas que padecían de disforia de género. La diferencia que tiene con el término de "persona transgénero" es que no sólo es anterior, sino que el concepto de "persona transexual" no es considerada como un concepto paraguas que pueda englobar a más identidades disidentes, como a las personas no binarias por ejemplo. Esto es decir que muchas personas que se autoidentifican como personas transgénero no se sienten identificadas con la palabra transexual. Es por esto que es importante prestar especial atención a las palabras que las personas utilizan para denominarse a sí mismas. [144]

Además de los ya mencionados, existen otros términos que suelen relacionarse con esta temática. Por ejemplo, la palabra "travesti" sigue siendo utilizada en muchas oportunidades. El problema que presenta dicho término es que posee una carga denigrante excesivamente grande, además de verse acompañado de un pesado estigma, razón por la cual no es correcta su utilización y es mejor sustituirla por "persona transgénero" tal y como hemos mencionado anteriormente.[145]

Otro término incorrecto para referirse a una persona transgénero, es la palabra "cross-dresser". En algunos países angloparlantes se utiliza con frecuencia, pero su utilización no es correcta debido a que así se denominan a aquellas personas que usan de forma ocasional ciertas prendas de ropa que son asociadas con el género opuesto, pero que están conformes con el género que se les asignó al nacer y no desean cambiarlo ni poseen disforia en ese sentido. Hay que tener presente que esto es simplemente una forma de expresión de género, sin estar necesariamente ligado a alguna actividad erótica. Tampoco es indicativa de una orientación sexual. Es por estas razones que no debería

[143] GLAAD (2007:8).
[144] GLAAD (2007:8).
[145] GLAAD (2007:8).

llamarse de esta forma a una persona que cuyo objetivo es vivir su vida como el género opuesto al asignado. [146]

Para comprender mejor cuales son los problemas que acarrea la prohibición trans en el ejército de los Estados Unidos, debemos analizar aquellos términos comprometidos debido a la completa ignorancia por parte de quienes impartieron la orden. Es decir, al prohibir que personas transgénero presten sus servicios, pasaron por alto muchos conceptos básicos que explicaremos a continuación.

Inicialmente, un concepto básico es el de "sexo". Según este término es que se clasifican a las personas en dos grandes grupos: las mujeres y los hombres. A los recién nacidos se les asigna un sexo basado en su apariencia biológica conforme lo observado por los profesionales de la salud, lo cual posteriormente es anotado en su certificado de nacimiento. De todas formas, lo que se ignora en ese momento es que en realidad, el sexo de una persona se conforma por una combinación de varias características anatómicas que van más allá de sus órganos reproductivos externos y visibles, sino que asimismo incluye cromosomas, sistemas hormonales, órganos reproductivos internos y características sexuales secundarias.[147]

Por otro lado, otro concepto fundamental es la identidad de género. Esto se trata esencialmente de la percepción interna, personal y única que posee el individuo sobre sí mismo. En el caso de las personas transgénero, dicha apreciación no coincide con aquella que le asignaron al nacer. En general, las personas suelen identificarse como hombres o como mujeres (o como niños o niñas) pero asimismo existen casos en los cuales las personas tienen una identidad de género que no se ajuste a ninguna de esas dos opciones binarias, entonces caben en el grupo de las personas no binarias. Contrariamente a la expresión de género, la identidad de género no es visible para las demás personas.[148]

En la misma línea, la expresión de género se trata de las manifestaciones externas, como el nombre de la persona y los pronombres que elija según mejor los representen, su vestimenta, corte de pelo, su conducta, el tono de voz y demás características corporales visibles para el resto. La sociedad clasifica estas características como femeninas o masculinas, aunque cómo se configuran este binarismo varía dependiendo de las culturas y se modifican con el pasar del tiempo. En general, las personas transgénero buscan alinear

[146] GLAAD (2007:9).
[147] GLAAD (2007:8).
[148] GLAAD (2007:8).

su identidad de género con su expresión de género según las pautas sociales del momento.[149]

Por otro lado, la orientación sexual describe la atracción romántica, física y/o emocional que tiene una persona hacia otra. Es muy diferente a la identidad de género. Una persona transgénero va a ser también heterosexual, bisexual, gay, lesbiana, etc. Por ejemplo una persona que transiciona desde lo masculino hacia lo femenino y se siente atraída por mujeres únicamente, se definirá probablemente como una persona transgénero FTM y lesbiana.

Por último, mencionaremos brevemente a qué referimos cuando hablamos de transicionar. Este concepto hace alusión a las alteraciones de género que se pueden llevar a cabo si la persona así lo desea. Alterar el sexo y género asignado al nacer no es tarea sencilla ni breve, sino un proceso largo que se desarrolla a lo largo del tiempo. Esto puede incluir desde salir del closet con la familia hasta atravesar una cirugía de reasignación de género, pasando por cambiar pronombres, documentos de identidad, utilizar vestimentas asociadas al género de preferencia, atravesar tratamientos médicos que incluyan hormonas, entre otros. Lo que se lleve a cabo depende de cada caso particular y depende únicamente de los deseos del individuo y de las posibilidades que tiene de llevarlas a cabo en el contexto donde viva, ya que hay muchos Estados que ponen trabas para muchos de esos procesos. Ninguno de estos son necesarios para ser una persona trans. Asimismo, no es correcto utilizar el término "cambio de sexo".[150]

La disforia de género es el término que en 2013 reemplazó a lo antes conocido como "problema de identidad de género" según la Asociación Psiquiátrica Norteamericana, y se trata de la sensación de incomodidad que sienten las personas trans al verse obligadas a vivir en sociedad según el género asignado al nacer, anhelando ser visto como otro género.[151]

Por otro lado, es importante mencionar que la Organización Mundial de la Salud, recién en el año 2019 dejó de incluir a las personas transgénero en su lista de enfermedades, por lo cual es bastante reciente el reconocimiento médico internacional en este sentido.[152]

[149] GLAAD (2007:8).
[150] GLAAD (2007:10).
[151] GLAAD (2007:9).
[152] Organización Mundial de la Salud (2019). ICD-1.1.

3. Un conflicto histórico en Estados Unidos: exclusión de personas trans en el ejército

Aunque parecería ser reciente la discusión respecto al derecho que poseen las personas trans de participar en el ejército, lejos está de serlo. Las personas trans han estado presentes en las fuerzas armadas durante años.[153] Esto es así ya que históricamente, las mujeres al no poder anotarse en las fuerzas, lo hacían simulando ser hombres.[154] Se calcula que durante la Guerra Civil Estadounidense existieron aproximadamente cuatrocientas mujeres, fingiendo ser hombres. Hasta 1960 no existió prohibición alguna respecto a las personas transgénero y sus verdaderas identidades salían a la luz si eran heridas. En la mayoría de los casos las obligaban a volver a sus casas, aunque muchas veces las castigaban o encarcelaban.[155]

A partir de 1963 hasta junio de 2016, existió una prohibición genérica: las personas transgénero no podían servir a las fuerzas armadas. Así surgió la primera prohibición: las personas con "problemas de género" fueron oficialmente prohibidas de entrar a las fuerzas armadas. Es fue así ya que la Resolución de Armada 40-501 consideraba que las personas transgénero no se encontraban calificadas por ser mentalmente inestables.[156]

En aquella época surgieron algunos casos judiciales relevantes. Uno de ellos fue el fallo Doe v. Alexander, donde la Corte del Distrito de Minnesota en 1981 defendió dicha prohibición argumentando que si fueran las personas trans aceptadas generarían un gasto extraordinario a las fuerzas a causa de sus tratamientos hormonales. Además, el ejército no podría garantizar que hubiera hormonas en cada base en donde cumplieran funciones.[157]

El segundo caso relevante fue Leyland v. Orr de 1987, donde la Corte de Apelaciones de Estados Unidos del Ninth Circuit. Aquí, Leyland, miembro de las fuerzas armadas, atravesó una operación de reasignación de género antes de dejar sus funciones. La Corte estadounidense avaló su despido sosteniendo que aunque no era una persona discapacitada mentalmente, lo era físicamente. Explicó que dicha cirugía era similar a una amputación, por lo que entonces inhabilitaba a la parte demandante a cumplir los requerimientos de la fuerza.[158]

---

[153] Suh (2019:161).

[154] Suh (2019:161).

[155] Suh (2019:161).

[156] AR 40-501 (2016), párr. 2-14a(5), 2-14d, 2-27n y 3-35ª.

[157] US District Court for the District of Minnesota (1981). Doe v. Alexander, 510 F. Supp. 900 (D. Minn. 1981).

[158] United States Court of Appeals, Ninth Circuit, Jane Anne Leyland v. Verne Orr, Sep 23, 1987

3.1 Primera habilitación en el ejército para personas trans

En el año 2016 fue publicado el Estudio Rand, siendo un puntapié fundamental para el nuevo paradigma. Basándose en la historia del personal militar transgénero en Australia, Canadá, Israel y el Reino Unido, se enfocó en identificar las necesidades sanitarias de este grupo de personas, su efectiva aptitud en tropa y en el campo de batalla y las dificultades que se enfrentarían al prestar servicio en el exterior. Así fue que llegó a varias conclusiones interesantes. En primer lugar, logró determinar que aproximadamente, entre 29 y 129 personas solicitarían anualmente ayuda al ejército para lograr una transición que involucre intervenciones médicas, dejando en evidencia que es un número tan bajo que no tendría prácticamente impacto alguno en las finanzas del organismo. Además, afirmó que aumentarían los costos en un 0,13% y que la aptitud bajaría únicamente un 0,0015% debido a los períodos postoperatorios de quienes decidan atravesar intervenciones quirúrgicas. En resumen, concluyó que no existía evidencia de que se generaría un efecto considerablemente negativo en la aptitud de las fuerzas, en su efectividad o fuerza operacional.[159]

El 30 de junio de 2016 los individuos transgénero fueron habilitados a servir en las fuerzas regulares de Estados Unidos en el género con el cual se identificaban. Sin embargo, existía un requisito para nada menor, que implicaba que podían servir en dicho organismo, siempre y cuando hubieran completado su transición.

Ash Carter, ex Secretario de Defensa, publicó el Memorial 16-005 declarando que: "Ningún miembro del ejército será separado de su cargo únicamente por razones de identidad de género." Agregó que la discriminación basada en cuestiones de género constituye una forma de discriminación sexual. Paralelamente, se establecieron objetivos para el año 2017. Primeramente, se ordenaba la publicación de una guía dirigida a oriental al personal médico respecto a los cuidados de salud a tener en cuenta en los casos de tratarse de personas trans miembros de las fuerzas armadas. Además, se preveía comenzar a permitir que se lleven a cabo transiciones mientras prestan su fuerza a la armada, debiendo el servicio de salud militar proveer todos los insumos que sean requeridos para los tratamientos a fines. De todas formas, se comprometió a abrir la entrada al servicio militar a personas trans, siempre y cuando ellas cumplan con los requerimientos físicos y psicológicos.

[159] Gereben Schaefer (2016:16).

Para ese entonces, únicamente 19 países permitían que personas trans sean parte de las fuerzas armadas. El primer país en incorporar legislación al respecto, permitiendo que puedan dar servicio, fue Países Bajos en 1974. Posteriormente se acoplaron Australia, Canadá, Israel y el Reino Unido. [160] Los Estados Unidos fue uno de los últimos países en incorporarlos, cuando en 2016 el ex Presidente Barak Obama dejó sin efecto la prohibición de las personas trans en el ejército.[161] Pero las buenas noticias para la comunidad LGBTI+ no duraron mucho tiempo.

3.2 Nueva prohibición: el período Trump y la trans-ban

Aunque el pronóstico era favorable y la comunidad trans veía con ojos optimistas su futuro dentro de las fuerzas armadas estadounidenses, en 2017 asumió la presidencia Donald John Trump, conocido por su fama de homofóbico, transfóbico y sexista. Fue de esperar entonces que su paso por la política no fuera nada favorable para la comunidad LGBTI+. Desde que empezó su gobierno se dedicó a desmantelar sistemáticamente muchas de las pocas protecciones que beneficiaban a las personas trans.[162]

El festejo de la comunidad LGBT por lo logrado durante el gobierno de Barack Obama duró poco, porque un año más tarde, el 26 de Julio de 2017, el posterior Presidente Donald Trump reveló a través de su cuenta oficial de Twitter que su intención era volver a instalar una prohibición en ese sentido. Según expresó, el Gobierno de los Estados Unidos no aceptaría más la participación de personas trans, ya que dicha fuerza debía estar únicamente concentrada en la victoria y no puede cargar con los altos costos que demandan los tratamientos e interrupciones que se darían a causa de personas del colectivo transgénero.[163]

Dicha declaración a través de la plataforma de Twitter generó una instantánea reacción negativa por parte de los sectores no conservadores. Un ejemplo lo encontramos con los dichos de la Senadora Tammy Duckworth, veterana del conflicto en Irak, quien el 24 de agosto de 2017 expresó que "Si estás dispuesto/a a arriesgar tu vida por tu país y podés hacer ese trabajo, de-

[160] Suh (2019:156).
[161] Rosenberg (2016:6).
[162] Levy y Barry (2019:592).
[163] Cuenta oficial de Twitter de Donald Trump en el día 26 de julio de 2017.

bes tener la posibilidad de hacerlo, sin importar tu identidad de género ni tu orientación sexual. Cualquier prohibición sobre esas bases es discriminatoria, es disruptiva en nuestras fuerzas armadas y es contraproducente para nuestras fuerzas de seguridad." [164]

Como consecuencia del tweet, el Gobierno publicó un memorándum con fecha 25 de agosto de 2017 donde se ordenaba a las fuerzas armadas a no permitir participar a personas trans y a dejar de usar los recursos del Estado para financiar cirugías de reasignación de género que no hayan sido comenzadas todavía.[165]

En respuesta a lo sucedido, dos ONGs iniciaron un proceso judicial. Conjuntamente, el National Center for Lesbian Rights y GLTBQ Legal Advocates and Defenders solicitaron judicialmente en Washington que las directivas del Presidente no sean implementadas y que sean dejadas sin efecto[166]. Así se logró que, gracias a la interposición de la demanda, se suspendiera la aplicación de la prohibición impulsada por Trump hasta que se resuelva el fondo de la cuestión en el caso Doe v. Trump.[167]

4. La prohibición trans en el ejército y el Derecho Internacional Humanitario

Donald Trump es conocido, entre otras cosas, por su mirada parcial respecto al Derecho Internacional Humanitario. Durante su mandato, fueron varias las decisiones que tomó en nombre de los Estados Unidos que dejaron entrever su poca consideración en lo relativo a las normas que regulan a los conflictos armados. El doctrinario estadounidense Stuart Ford describe las decisiones tomadas en ese marco como poco modernas. Esto se debe a que, en repetidas oportunidades, ha impartido órdenes que han sido categorizadas como crímenes de guerra, inclusive por personas dentro de su propia administración. Por ejemplo, entre las directivas cuestionables que impartió encontramos haber ordenado a las fuerzas armadas a torturar a sus enemigos y amenazar de muerte a miembros de la familia de contrarios, ha alentado a

[164] Sitio oficial de la Senadora Tammy Duckworth, visualizado por última vez el 10/08/2021
[165] Memorandum Presidencial sobre el Servicio Militar para Personas Transgénero, Sección 2.a
[166] Suh (2019:148).
[167] United States Court for the District of Columbia (2017). Doe v. Trump - No. 17-5267, 2017 U.S. App.

atemorizar a la población amedrentando con destruir patrimonio cultural y ha indicado que quisiera llevar a cabo pillaje de los recursos naturales de Siria.[168] Además de la carencia de planeamiento efectivo que demostró su paso por la administración estadounidense, podemos ver una completa ignorancia en lo vinculado a las normas de Derecho Internacional Humanitario y de Derecho Internacional en general.

Las protecciones que otorga el Derecho Internacional Humanitario al colectivo LGBTI+, en especial a la comunidad de personas trans no son amplias. Por el contrario, afirmar que son escasas sería una consideración generosa. No existe referencia alguna a estos conceptos fundamentales del género y la sexualidad de las personas. Estas son características intrínsecas de cada individuo que merecen ser tenidas en cuenta debido a que de lo contrario son plausibles de sufrir graves vulneraciones de derechos, especialmente en el contexto de los conflictos armados, donde las violencias se agudizan considerablemente y la situación de los más vulnerables empeora. Esto es así ya que en la actualidad, a causa de inexistencia de legislación específica, las protecciones a dicho grupo vulnerable deben ser inferidas de normas que tratan por ejemplo, el trato y el respeto a los civiles. Es entonces preocupante afirmar que en el cuerpo normativo del Derecho Internacional Humanitario actualmente no existen protecciones específicas para las personas LGBTI+ en general ni para las transgénero en particular.

Asimismo, no existen tampoco provisiones contemplando protección alguna en relación a quién puede ingresar a una fuerza armada, por lo cual, las directivas respecto a quienes pueden ingresar y formar parte de las fuerzas regulares de un país depende únicamente de los reglamentos internos de dicha administración, sin tener el Derecho Internacional ningún tipo de poder de injerencia sobre estos.

En la misma línea, tampoco encontramos demasiada regulación específica en la materia en el ámbito de los Derechos Humanos. Aquí, sí podemos ver algunos tratados que hacen referencia a la discriminación y de los cuales podemos inferir que la comunidad LGBT+ queda de alguna manera amparada. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos protege a las personas de ser discriminadas, afirmando en su art. 1 que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."[169] Asimismo, dicho instrumento en su art. 7 afirma

[168] Ford (2021:45).

[169] Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1

que "Todos son iguales ante la ley."[170] Las personas trans caben ciertamente dentro de estas protecciones.[171]

De forma similar, el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afirma que todas las personas son iguales ante la ley y que la legislación debe prohibir todo acto discriminatorio y garantizar a todas las personas una protección igualitaria y efectiva contra la discriminación basada en la raza, color, sexo, lenguaje, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, propiedades, nacimiento u otro estatus.[172]

El instrumento más importante en este sentido lo podemos encontrar en los Principios de Yogyakarta, emitido por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y redactado por un grupo de expertos.[173] Este documento establece una serie de lineamientos fundamentales que guía la aplicación de los Derechos Humanos en cuestiones relativas a la comunidad LGBTI+.

En esta misma línea, la Corte Europea de Derechos Humanos en repetidas oportunidades ha dejado claro que expulsar a alguien del ejército únicamente por su orientación sexual constituye unas injerencias particularmente grave en su derecho al respeto a su vida privada, implicando una violación al artículo 8 de la Convención Europea Derechos Humanos.[174] Entienden entonces que se trata de una práctica discriminatoria que se podría extender a las personas trans.

Podemos ver que, las personas LGBT se encuentran desprotegidas dentro del Derecho Internacional, específicamente en lo relativo a los conflictos armados. Dado que se trata de un área de estudio que hace tanto énfasis en la protección de civiles, resulta llamativo que no haya tenido en cuenta a dicho grupo vulnerable. Teniendo en cuenta que la comunidad LGBI+ ha sido relegada por muchos años, es de alguna forma esperable que el DIH los haya olvidado también. Nos basta simplemente esperar que sean considerados en próximos desarrollos.

[170] Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7
[171] Suh (2019:164).
[172] Naciones Unidas (1966). Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 26
[173] Comisión Internacional de Juristas (ICJ) (2007). Principios de Yogyakarta.
[174] Corte Europea de Derechos Humanos (1999). Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido y Smith y Grady c. Reino Unido, 27 de septiembre de 1999.

5. Conclusión

En resumen, la prohibición por parte del anterior gobierno de Estados Unidos no fue contraria al marco normativo establecido por el Derecho Internacional Humanitario, simplemente por no existir normativa que lo regule, por lo cual no se encuentra violación alguna. Por su parte, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos si tiene en cuenta más exhaustivamente la problemática de discriminación que sufre dicho grupo vulnerable poniendo las limitaciones mencionadas, por lo que podemos afirmar que la prohibición establecida en el ejército estadounidense en 2017 configuró una violación en lo que este marco normativo respecta.

En esta línea, podemos afirmar que el marco normativo del Derecho Internacional Humanitario requiere de desarrollo aún. Uno de los puntos sobre los cuales debería hacer énfasis en sus próximos pasos es sin dudas la protección de personas LGBTI+. Además, encontramos casos como el de estudio en el presente trabajo, en donde podemos ver que frente a la inexistencia de normativa que regule de manera concreta la conformación de las fuerzas armadas regulares de los Estados, pueden suceder casos de discriminación y vulneración de derechos tal como sucedió durante el gobierno de Donald Trump. De existir regulación en ese sentido, casos de prohibición para formar parte de las fuerzas regulares por parte de un grupo determinado no existirían.

6. Bibliografía

6.1 Doctrina

Altilio, T. y Otis-Green, S. (2011). *Oxford Textbook of Palliative Social Work*. Oxford: Oxford University Press.

Bevan, T.E. (2014). *The Psychobiology of Transsexualism and Transgenderism*. Santa Barbara/Denver/Oxford: Praeger.

Suh, C.K. (2019). "Reviewing a ban in transgender troops from an international perspective", *en Southwestern Journal of International Law*.

Gay and Lesbian Alliance Against Defamation [GLAAD] (2007). *Media Reference Guide*. 8va. Edición. Nueva York: GLAAD.

Gereben Schaefer, A. *et al.* (2016). *Assessing the implications of allowing transgender personnel to serve openly*. Santa Monica: Rand Corporation.

Sinclair, G.D. (2009), "Homosexuality and the Military: A Review of the Literature", en *Journal of Homosexuality*.

Levi, J.L. y Barry, K.M. (2019). "Transgender tropes & constitutional review", en *Yale Law and Policy Review*.

Griffin, Mary C. (1987). "Making the Army Safe for Diversity: A Title VII Remedy for Discrimination in the Military", en *Yale Law Journal*. Vol. 96.

Rosenberg, M. (2016). "Transgender People Will be Allowed to Serve Openly in Military", *N.Y. Times*.

Ford, S. (2021) "Don Quixote or Darth Vader? President Trump's views on International Humanitarian Law", *20th Wash. Global Studies Law Review*.

Hendrix, S. (2017), "A History Lesson for Trump: Transgender Soldiers Served in the Civil War", *Washington Post*.

Organización Mundial de la Salud (2019). *Clasificación internacional de enfermedades*. 11.ª edición, ICD-11.

6.2 Instrumentos

Estados Unidos de América (2017). Memorandum Presidencial sobre el Servicio Militar para Personas Transgénero, 2017-18544

Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III).

Naciones Unidas (1966). Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI).

Estados Unidos de América (2016). Resolución de la Armada 40-501, "Standards of Medical Fitness".

6.3 Jurisprudencia

US District Court for the District of Minnesota (1981). Doe v. Alexander, 510 F. Supp. 900 (D. Minn. 1981).

United States Court for the District of Columbia (2017). Doe v. Trump - No. 17-5267, 2017 U.S. App.

Corte Europea de Derechos Humanos (1999). Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido y Smith y Grady c. Reino Unido, 27 de septiembre de 1999.

6.4 Otros sitios web

CBS News (2019), "The lavender scare: How the federal government purged gay employees", CBS News. Disponible en https://www.cbsnews.com/news/the-lavender-scare-how-the-federal-government-purged-gayemployees [https://perma.cc/8ABY-NKGW

Twitter. Cuenta oficial de Twitter de Donald Trump (@realDonaldTrump).

Duckworth, T. Sitio oficial de la Senadora Tammy Duckworth. "Senator Tammy Duckworth slams transgender military ban, recalling near death experience". Disponible en https://www.duckworth.senate.gov/news/in-the-news/senator-tammy-duckworth-slams-transgender-military-ban-recalling-near-death-experience (10/08/2021).

Perspectiva de género entre los conflictos armados y el covid−19: una mirada humanitaria

Camila Belén Dibo

Camila Ristoff

María Luz Melendi

1. Sobre el derecho internacional humanitario y la perspectiva de género

El patriarcado construye diferencias en razón del sexo y el género que legitiman relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres. Aquellos, siempre que respeten los mandatos de masculinidad establecidos, son posicionados en un lugar de superioridad, a la cual se le otorga un falso carácter biológico o natural. Por si esto fuera poco, solo dos categorías de sexo−género son admitidas en este esquema: hombres y mujeres.[175]

Si trasladamos esto al derecho, comprobaremos que el mismo no es neutral, sino que reproduce la concepción patriarcal de la sociedad.[176] Como veremos, el derecho internacional humanitario (DIH) no escapa a esta lógica, por ser una categoría general de reglas que no contempla la realidad de ciertos grupos *en razón de su género,* desconociendo que, en sociedades patriarcales, los conflictos armados no repercuten de igual forma en todas las personas.

En este sentido, se dice el DIH y la asistencia humanitaria dan una preeminencia a la perspectiva masculina, al priorizar a los hombres,

[175] Andrés del Castillo (2020: 2).

[176] Andrés del Castillo (2020: 2).

especialmente a los hombres combatientes, relegando a las mujeres a la categoría de "víctimas"[177] u ocupándose de ellas en tanto revistan la calidad de madres.[178] Con respecto a cualquier otra categorización de sexo y género, la omisión es total. Aún más: en una formulación altamente restrictiva, el Estatuto de Roma sostiene que "el término ´género´ se refiere a los dos sexos, masculino y femenino",[179] y añade que no tendrá más acepción que esta. Esto invisibiliza a quienes no responden a la concepción binaria de la sexualidad, como las personas queer, trans e intersex.[180]

Ante este panorama, se ha señalado que, a diferencia de toda teoría jurídica feminista, el DIH no pretende abordar las sistemáticas desigualdades de género. Su finalidad, limitada a la protección y reducción del sufrimiento en contextos de conflictos armados y luego de ellos, no implica corregir dichas desigualdades ni reconstruir las sociedades desde una perspectiva que las contemple.[181] Pese a ello, consideramos que el hecho de ignorar la inequidad de género debilita la respuesta humanitaria, dado que muchas de las vulneraciones que se presentan durante los conflictos armados y con posterioridad a ellos, se deben a las mismas.

Veremos a continuación algunas de estas situaciones, agravadas tras el estallido la pandemia de COVID−19, para finalizar con una posible forma de *aggiornar* esta rama del Derecho a los tiempos que corren.

2. Mujeres y conflicto armado

El hecho de que las mujeres sean un grupo históricamente discriminado, incluso en tiempos de paz, explica que estén expuestas a mayores riesgos y consecuencias adversas durante los conflictos armados, los cuales son susceptibles de reforzar las desigualdades.[182]

Producto del sistema patriarcal antes mencionado, hombres y mujeres enfrentan distintas necesidades y cuentan con distintos recursos, capacidades

[177] Haeri y Puechguirbal (2010: 103−105).
[178] Durham y O'Byrne (2010: 34).
[179] Véase: Estatuto de Roma, art. 7.3, 1998.
[180] Andrés del Castillo (2020: 2−3).
[181] Véase: Durham y O'Byrne (2010: 36).; Durham (2002: 657).
[182] Haeri y Puechguirbal (2010: 108).

y estrategias de supervivencia frente a las crisis.[183] Pensemos por ejemplo en las mujeres civiles que se convierten en encargadas de asegurar su supervivencia diaria y la de sus familias,[184] para lo cual deben desarrollar tareas productivas, otrora realizadas por hombres, sin más experiencia y formación que las tareas de reproducción y cuidado que históricamente les fueron asignadas.[185] Esto no quiere decir que las mujeres no sean capaces de sobrevivir −de hecho, lo hacen−, sino que los obstáculos que enfrentan son mayores en razón de las menores oportunidades que la sociedad les brindó durante toda su vida.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha estudiado profundamente la situación de las mujeres afectadas por los conflictos armados, concluyendo que las repercusiones son múltiples: desarraigo de la comunidad, inseguridad física y económica, riesgo elevado de sufrir violencia sexual, detenciones e incluso la muerte.[186]

Deteniéndonos en la violencia sexual, ésta ha sido reconocida por la propia Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) como una táctica de guerra y amenaza para la paz y estabilidad internacional.[187] Esto fue estudiado por Segato como una "pedagogía de la crueldad"[188], al sostener que el uso de la violencia sexual como arma contra el enemigo ha adquirido una centralidad por demás simbólica: se desata sobre el cuerpo de las mujeres el ejercicio de una especial crueldad. Bajo este análisis, la agresión, la dominación y el asalto sexual son practicados como parte de un proceso de ocupación, exterminio o sujeción de un pueblo por otro.[189] De esta manera, no solo se produce una apropiación del cuerpo abusado, sino que se simboliza una debilidad sobre el enemigo que no logró proteger adecuadamente a sus mujeres y a sus niñxs.

Al respecto, las respuestas que brinda el DIH son insatisfactorias. Así, la violencia sexual es tipificada en términos de castidad, pudor u honor[190] −cuestión que, aunque ha sido actualizada en los Protocolos, no termina por

[183] IASC (2017: 22). Pensemos por ejemplo en las mujeres civiles que se convierten en encargadas de asegurar su supervivencia diaria y la de sus familias, para lo cual deben desarrollar tareas productivas, otrora realizadas por hombres, sin más experiencia y formación que las tareas de reproducción y cuidado que históricamente les fueron asignadas [*Cf.* CICR (2002: 30 y 32); Haeri y Puechguirbal (2010: 112)].
[184] CICR (2002: 30); Haeri y Puechguirbal (2010: 112).
[185] CICR (2002: 32).
[186] CICR (2006: 9).
[187] AGNU (2015: Resolución 68/293).
[188] Segato (2014:342).
[189] Segato (2014:342).
[190] Durham y O'Byrne (2010: 34−35).

reconocer cabalmente el componente de género que signa el delito−.[191] Estos criterios, construidos desde una visión sumamente androcéntrica, victimizan y responsabilizan a las mujeres por lo sucedido y dan prioridad al *honor* de la mujer, e incluso de la familia y la comunidad, por sobre la libertad sexual, integridad personal y dignidad de las víctimas.[192]

Fuera de la violencia sexual, el DIH reconoce algunas diferencias entre hombres y mujeres pero se limitan, en forma casi exclusiva, a cuestiones biológicas y maternales,[193] en línea con su asociación tradicional a la crianza de lxs hijxs. La protección basada únicamente en este tipo de diferencias, soslaya las vulnerabilidades y obstáculos que enfrentan las mujeres como resultado de las jerarquías de género.[194]

Otro gran problema es la ubicación exclusiva de las mujeres en lugares de vulnerabilidad o pasividad ante el conflicto, soslayando otros roles que efectivamente cumplen, como el de combate, promoción de la paz o liderazgo.[195] Pese a ello, y al haber demostrado una notable capacidad de supervivencia frente a la violencia y privación de la guerra, una y otra vez el lenguaje utilizado en relación a ellas, tanto por el DIH como por los organismos de asistencia humanitaria, representa una cuota de indefensión y una ligazón a otros grupos considerados más débiles, como los niñxs y ancianxs, heridxs o enfermxs.[196]

Esta representación de las mujeres como intrínsecamente débiles o vulnerables no solo no refleja la realidad, sino que también fomenta su exclusión de los órganos de poder y toma de decisiones −tanto durante como después del conflicto−.[197] Así, no se las incluye ni se les consulta al diseñar programas de asistencia humanitaria, que terminan reflejando exclusivamente una perspectiva androcéntrica,[198] ni son recibidas en la esfera política luego del conflicto, negándoles una representación igualitaria en los gobiernos que ellas mismas lucharon por alcanzar.[199] Su exclusión da lugar a una paz que ignora la desmovilización y rehabilitación de las mujeres soldadas, la persistente

[191] Maldonado Garay (2019: 146, 150, 153, 164).
[192] Andrés del Castillo (2020: 3) y Haeri y Puechguirbal (2010: 118).
[193] Así, por ejemplo, protege en forma especial a mujeres embarazadas o lactantes, o a madres de niñxs menores. Véase: IV Convenio de Ginebra, arts. 14, 16, 23, 38, 50, 89, 91, 127, 132, 1949; Protocolo Adicional I, art. 76.2, 1977.
[194] Haeri y Puechguirbal (2010: 109)
[195] CICR (2002: 29).
[196] Haeri y Puechguirbal (2010: 108, 121).
[197] Haeri y Puechguirbal (2010: 106−109).
[198] Haeri y Puechguirbal (2010: 104).
[199] Durham y O'Byrne (2010: 43−44).

violencia contra mujeres refugiadas y la falta de reparación por las violaciones y abusos a sus derechos humanos (DDHH).[200]

Debemos poder atender la vulnerabilidad y discriminación estructural que sufren las mujeres por el hecho de serlo, y al mismo tiempo sus necesidades específicas en tanto miembros de la población civil, combatientes, personas privadas de la libertad, refugiadas, desplazadas internas, etc.[201] También es crucial no respaldar solamente las preocupaciones prácticas de las mujeres, como alimento, bebida, combustible, salud, sino también sus necesidades estratégicas, como el liderazgo, la toma de decisiones y su acceso al poder.[202]

En resumen, toda transformación que se precie de ser compatible con una perspectiva de género y DDHH, exige dar voz, voto y poder a las mujeres.

3. Vivencias del colectivo LGBTIQ+ en contextos de conflicto armado

El colectivo LGBTIQ+ es otro de los grupos más vulnerados, que sufre no solo el conflicto armado como tal, sino una preexistente y constante persecución por correrse de la cis−heteronorma que gobierna la mayoría de las sociedades del mundo.

Ya en 2016, el Secretario General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) declaró que los riesgos que enfrenta el colectivo "han sido un punto ciego en el seguimiento de las preocupaciones relativas a la protección de lxs civiles", lo cual implica una grave falta de respuesta adecuada por parte de la comunidad internacional ante estos abusos.[203]

Entendemos a la violencia de género como aquella cometida no sólo en contra de las mujeres sino también del colectivo LGBTIQ+, que implica actos dañinos en su contra por razón de su identidad, expresión de género u orientación sexual.[204] Cuando ésta es ejercida, genera el desplazamiento de las personas LGBTIQ+ de sus hogares por sufrir intimidaciones y amenazas

[200] CICR (2002: 29).
[201] CICR (2006: 9).
[202] Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], (s/f: 6).
[203] Secretario General ONU (2016: párr. 14)
[204] Teehan (2019).

de muerte, fundamentadas en una "violencia correctiva" y en campañas de "limpieza de población" llevadas a cabo por grupos armados.[205] Ejemplos de esto encontramos en Ucrania, Bangladesh, Irak y Colombia, donde la violencia no sólo es tolerada, sino incluso incentivada.

Estas formas de extrema violencia, perpetradas tanto por las fuerzas de gobierno como por grupos armados, son ejecutadas como táctica de terror o control de la población, en aras de suprimir cualquier potencial resistencia, asegurar la complicidad de la población local y obtener información para castigar a quienes apoyan al enemigo.[206]

Una de las violencias que merece especial atención es la sufrida por las personas de la comunidad LGBTIQ+ detenidas en un contexto de conflicto armado, quienes sufren toda clase de vulneraciones completamente legales en su país, dentro de un contexto de criminalización formal.

Es que la mera existencia de las personas que integran el colectivo implica un delito y una forma de vida que contraría los principios religiosos y morales más sagrados de algunos países que atraviesan conflictos armados, donde la disidencia no es una opción.

En consecuencia, los abusos contra su integridad física, sexual y psicológica son perpetrados tanto por personal carcelario, sean guardias o médicos, como por las mismas personas detenidas. En estos casos, surge necesario una separación de la celda para mantenerlos a salvo, sumado a capacitación del personal −y de las personas detenidas− para, a largo plazo, no utilizar la segregación como solución a esta problemática.[207]

Si bien la obligación de un trato humanizado para personas detenidas se exige en conflictos armados tanto internacionales como no−internacionales, la realidad es que el CICR tiene la obligación de visitar a los detenidos para controlar que no sean violentados sólo durante conflictos internacionales. Cuando no lo son, la visita puede ser ofrecida y rechazada por el país en cuestión; así, varios Estados rechazaron la invitación para asistir a la primera reunión informal del Consejo de Seguridad de la ONU para discutir la violencia contra las personas del colectivo LGBTIQ+ que ejerce el Estado Islámico de Irak y el Levante (ISIL), y otros Estados incluso se opusieron a cooperar con Expertos Independientes en orientación sexual e identidad de género nombrados por el Consejo de Derechos Humanos. Estas actitudes contribuyen a una paradoja de protección en la que los más vulnerables son

[205] Margalit (2018: 241).
[206] Margalit (2018: 239−240).
[207] Margalit (2018: 254).

abandonados por los Estados y no solo no reconocen que la comunidad LGBTIQ+ es vulnerable y merece protección, sino que además están deslegitimizándolos a través de su criminalización, violencia, discriminación e impunidad, permitiendo así que los abusos se sigan perpetrando.[208]

En materia de violencia sexual, la abogada Díaz,[209] en consonancia con lo propuesto por Segato, sostiene que cuando ésta es ejercida contra las personas del colectivo también constituye una forma de ganar control y legitimidad. Entre los grupos armados y una parte importante de la sociedad civil hay "una idea compartida de que las personas LGBTIQ+ no son deseables", siendo eso lo que les da la legitimidad a los grupos armados y la posibilidad de entrar a estos territorios.

Que los sujetos en la guerra sean apropiables y penetrables tiene que ver con los roles de género y cómo éstos se refuerzan en el marco de la confrontación armada. Sin embargo, hay una negación a entender que esto forme parte de las dinámicas de control ya que, si los victimarios no reconocen la violación a una mujer, mucho menos a un hombre gay o a una persona trans.[210]

Precisamente, una de las conductas más llamativas y vejatorias dentro del contexto de conflicto armado es la utilización de la homosexualidad como un arma. En zonas de conflicto se reportaron conductas ultrajantes por parte de las fuerzas militares que sometían a niños a abuso y esclavitud sexual. De esta forma, si bien un agresor podría no considerar una víctima masculina como una persona incluida en el colectivo LGBTIQ+, la motivación detrás del acto violento se encuentra en ganar poder y dominación sobre el enemigo imponiendo una identidad femenina o una conducta homosexual en la víctima, siendo una forma de dominación considerada debilitante y deshonrosa para el enemigo.[211]

Las víctimas de estas violencias, basadas en discriminación por identidad o expresión de género, suelen ser reticentes a denunciar incluso en tiempos de paz, debido al estigma social, el riesgo de alienación de su propia familia, el temor por su seguridad personal y la desconfianza estructural hacia las autoridades estatales. En un contexto de conflicto armado, se añaden problemas de inseguridad, interrupción de servicios esenciales como atención médica, daño de infraestructura, de medios para transporte y comunicación

[208] Margalit (2018: 264).

[209] Abogada de Colombia Diversa, ONG que trabaja en favor del bienestar y reconocimiento legal y social de la comunidad LGBT de Colombia.

[210] Avella Bermúdez (2019).

[211] Margalit (2018: 240).

y una capacidad limitada de las autoridades, abrumadas por el aumento de violencia y la necesidad de asistir víctimas. En ciertos casos, la denuncia puede verse aún más restringida por las barreras de idioma, diferencias culturales y actitudes hostiles hacia las víctimas.[212]

A esto se le suman los sistemas ineficaces de registro y denuncia y el desmantelamiento de las redes de apoyo, como consecuencia de los conflictos y procesos de desplazamiento forzado que aumentan la infra−denuncia de la violencia homofóbica y transfóbica.[213]

Pero el colectivo no atraviesa solamente estos tipos de violencia directa. A ellos se añaden las consecuencias de las economías de guerra instauradas en los conflictos que dirigen los recursos a derrotar al enemigo, extrayéndolos de otras áreas consideradas menos importantes para la guerra −como la educación, el trabajo y la salud− y en perjuicio de las poblaciones más vulnerables. Asimismo, los crímenes de odio en contra del colectivo −cuyos integrantes fueron desplazados o perdieron sus medios de subsistencia y son considerados "competidores" de los recursos escasos−, son más tolerados y tienen menores consecuencias.[214]

En el otro extremo, la defensa de los derechos de la población LGBTIQ+ es instrumentalizada por actores políticos o militares para diluir las críticas a la violencia perpetrada contra la población, pero sin provocar cambios reales y significativos que ayuden al colectivo −fenómeno conocido como *Pinkwashing*−.[215]

Al igual que en el caso de las mujeres, el DIH no contempla en su normativa estas complejidades. La falta de atención a las vidas y necesidades de la población LGTBIQ+ es evidente en las resoluciones de la agenda, debido a la confusión entre "género" y "mujeres" en el lenguaje e implementación de la misma (tal como sucede con la resolución 1.325 del Consejo de Seguridad de la ONU del 2000, que es la primera que aborda las experiencias de las mujeres en la guerra).

Como bien reconoció el Secretario General de la ONU, las defensas en favor de las personas LGBTIQ+ surgen de protecciones humanitarias generales que casi nunca incluyen la condición de vulnerabilidad específica que justifica una protección diferenciada. Podríamos creer que las normas del DIH son lo suficientemente amplias para ser ajustadas a las

[212] Margalit (2018: 242)
[213] Escola de Cultura de Pau, UAB, (2018: 2).
[214] Jormanainen (2018: 2−3).
[215] Escola de Cultura de Pau, UAB, (2018: 3).

necesidades y sensibilidades de la comunidad durante conflictos armados y que la pertenencia a la comunidad LGBTIQ+ no es relevante a la hora de determinar si una persona se encuentra bajo la protección del DIH. Sin embargo, aunque esto aparenta ser algo valioso (al no permitir que su orientación, percepción o identidad sexual afecte estar al amparo del DIH) es necesaria una discriminación positiva que tenga en cuenta la inferioridad de condiciones que afrontan debido al peligro que representa su mera existencia. En añadidura, la regulación específica del DIH resultaría esencial, ya que obliga particularmente a los grupos armados, comunes victimarios de los abusos cometidos a personas identificadas dentro del colectivo.

Es necesario remarcar que las violencias contra la población LGBTIQ+ no son hechos aislados, sino que, en contextos de conflictos armados, tienen todo que ver con las dinámicas de la guerra. Si ésta no hubiese ocurrido, esas violencias tampoco, porque controlar los cuerpos es otra manera de controlar los territorios.[216] La situación es urgente y el colectivo LGBTIQ+ no conoce tiempos de paz, aun cuando la guerra haya terminado.

4. La llegada del COVID−19: una pandemia desigualadora

El panorama para mujeres, niñxs, y miembros de la comunidad LGBTIQ+ situadxs en medio de conflictos armados, empeoró aún más con la llegada de la pandemia del COVID−19.

Siete de los diez países más propensos a padecer enfermedades infecciosas son zonas de conflicto o Estados frágiles que se recuperan de un conflicto armado,[217] o que corren el riesgo de sufrirlo. La mayoría de estos países pueden caracterizarse por cierto nivel de colapso estatal y destrucción de sus sistemas de salud por lo que sus poblaciones enfrentan un reto aún mayor para evitar los contagios y resguardar a sus integrantes del coronavirus, así como también para garantizar el cumplimiento de los derechos de su población.

En dicho contexto, podemos afirmar que las mujeres y los miembros de la comunidad LGBTIQ+ forman un grupo de mayor afectación frente al avance de la pandemia. Ello así, al enfrentar un particular riesgo de sufrir altos

[216] Avella Bermúdez (2019)
[217] Moore *et al.* (2016:26).

niveles de violencia, tanto dentro de sus hogares –en los que se ven obligadxs a encerrarse–, como dentro de sus comunidades y a raíz de la propia convivencia con grupos armados. Al mismo tiempo, las mujeres constituyen la mayoría de las trabajadoras sanitarias y las cuidadoras de primera línea[218] y, a menudo, se encuentran entre las primeras en responder a las crisis humanitarias.

Asimismo, la violencia doméstica de por sí aumenta en un 35% durante el conflicto armado,[219] siendo la crisis sanitaria un factor que agrava esta problemática: los impactos de COVID−19, junto con el estrés y el trauma relacionados con el conflicto, aumentan el temor de una mayor prevalencia de la violencia de género con pocos mecanismos para que lxs sobrevivientes busquen ayuda.

Otro de los grandes problemas que atrajo la pandemia de coronavirus fueron las dificultades que enfrentaron las misiones de paz para continuar las labores que venían desarrollando en los territorios de conflicto.[220] A ello se le añaden los atentados contra los centros de salud, como sucedió en un centro de maternidad atendido por la O.N.G. "Médicos sin Fronteras", en Kabul, Afganistán.[221] El ataque en sí, además de exacerbar el conflicto ya existente en el país, privó a mujeres y bebés de un servicio de atención médica básico y fundamental en un contexto donde dicha atención ya es limitada. Este hecho obligó a la organización a suspender por un tiempo la asistencia que brindaba, además de la destrucción permanente de la infraestructura hospitalaria y la pérdida de insumos.[222]

Esto se relaciona con la cosmovisión de Segato sobre las nuevas guerras: el ataque no se dirige contra el combatiente enemigo en sí, sino contra el cuerpo de las mujeres de su comunidad, como si se significara en estas madres y mujeres de las comunidades enemigas, un soporte en donde escribir la destrucción moral del enemigo. Como vimos, la misma idea es sostenida por Díaz en relación a la comunidad LGBTIQ+.

Ante este panorama, las medidas de prevención y respuesta al COVID−19 requieren el compromiso de toda la comunidad internacional.

[218] Boniol *et al.* (2019:3).
[219] Hanmer y Klugman (2016:255).
[220] *Cf.* Noticias ONU (2020).
[221] El sangriento ataque registrado en el centro de maternidad fue producto de un atentado cometido por un grupo armado disfrazado de policías que deliberadamente atacó a las madres que estaban en sus camas, cobrándose la vida de 24 víctimas en las que se encontraban recién nacidxs, mujeres y enfermeras. No es casual que haya sido dirigido a quienes se encontraban vulnerables, expuestxs y fuera de combate.
[222] Notimérica (2020).

Asimismo, las redes humanitarias locales son un punto clave para el mantenimiento de la paz en tiempos de pandemia. En efecto, en los entornos de conflicto estas redes lideran enfoques comunitarios innovadores para promover la paz; en contexto de pandemia, también asumieron las medidas de prevención y respuestas necesarias.

En Irak, por ejemplo, Fatima Al Bahadly, maestra y constructora de paz, ha pasado 20 años abordando el impacto de las guerras en su comunidad.[223] Actualmente está liderando la concientización comunitaria sobre los cuidados a adoptar contra el coronavirus y dirige una línea telefónica para denunciar casos de violencia doméstica,[224] trabajando en conjunto con las autoridades para brindar una respuesta aún más rápida. Ella no está sola. En Liberia, Cerue Garlo,[225] ex combatiente, lidera un movimiento de mujeres por la paz, y también se está preparando para hacer frente a la amenaza del coronavirus, con advertencias públicas y mensajes de higiene en la radio comunitaria. Asimismo, en Pakistán, Mossarat Qadeem de Paiman Trust[226] recurre a su red de voluntarixs que suelen trabajar en la prevención del extremismo violento, para difundir conciencia sobre la mitigación del impacto del virus.

En cada caso, pudieron aportar un conjunto único de habilidades y recursos, han establecido redes y estructuras locales creando confianza entre la gente y las autoridades.[227] Dada su familiaridad con los contextos y culturas locales, este trabajo les gana el respeto de sus comunidades, abriéndoles las puertas como constructoras de la paz −poniendo fin al conflicto en el largo plazo− y permitiéndoles tomar decisiones más informadas sobre el modo de responder a la pandemia. Las mismas redes de apoyo podrían pensarse para los casos específicos de violencias contra la comunidad LGBTIQ+.

Dado que el virus está impactando en las dinámicas de conflicto –que no han cesado–, esta crisis mundial debe ser abordada de manera significativa y humanitaria. Tal como lo ha referido el director general de la Organización Mundial de la Salud, la respuesta a la pandemia debe ser sensible al género.[228] Ello así ya que, si bien el virus COVID−19 no ha discriminado en su avance, sus efectos están lejos de haberse distribuido en forma igualitaria. Por ello, toda respuesta que se adopte sin tener en cuenta la perspectiva de género va a exacerbar las consecuencias disvaliosas que los contextos de conflictos

[223] Anderlini (2020).
[224] Partnersglobal (2020).
[225] Anderlini (2020).
[226] Anderlini (2020).
[227] Anderlini (2020).
[228] Heyworth, Di Ruscio, Chungong (2020).

armados, a los que se añaden los efectos de la pandemia, tienen en las comunidades que los padecen. Siendo probable que aquellos no cesen, es vital que se repiensen los términos de la guerra y que se complementen las disposiciones del DIH con las del derecho de los derechos humanos para amparar y proteger a quienes ven más vulnerados sus derechos en estos contextos.

Aun cuando la perspectiva de género tiende ser considerada algo secundario en tiempos de crisis −ya sea por conflicto armado, pandemia o ambos−,[229] creemos que las prácticas sensibles a cada vulnerabilidad en particular son fundamentales para garantizar que aquellas crisis no agraven tal condición. Para lograrlo, todxs deben participar en la decisión sobre cuáles son los pasos a seguir y las medidas a ejecutar: es fundamental fortalecer el liderazgo y la intervención significativa de los grupos vulnerados en todos los procesos de toma de decisión, y así, garantizar que las políticas que se dirigen a ellos tengan en cuenta de primera mano sus vivencias y opiniones. En este punto consideramos valiosa la cosmovisión que aportó la resolución 1.325, aunque sus lineamientos deberían hacerse extensibles hacia los grupos LGBTIQ+, con el mismo fundamento que hizo nacer aquella resolución.

También es vital que los actores internacionales apunten a desarrollar las potencialidades de las mujeres y miembros de la comunidad LGBTIQ+, brindándoles la educación y el apoyo para que hagan valer sus derechos en su entorno y asistiéndoles en lo que sea posible, para lograr una emancipación de los espacios opresivos en los que históricamente se lxs ha colocado. Este puede ser el camino que sirva no solo para resguardarse de la mejor manera posible de la crisis sanitaria, sino también para abrir paso a un camino de paz que pueda mantenerse en el tiempo.

Dados antecedentes descriptos, liderados por mujeres que buscan instaurar la paz, confiamos en que hay buenas razones para suponer que la pandemia puede resultar un incentivo para promover el cese de conflictos armados actuales y lidiar de una manera más eficaz con las consecuencias disvaliosas de los mismos. Para ello, insistimos, es necesario brindar una respuesta colectiva y multifocal a esta crisis, la cual necesariamente implica un enfoque de género y una mirada humanitaria.

Las mujeres, niñxs e integrantes del colectivo LGBTIQ+ no son objeto de conquista y el ataque contra sus cuerpos no puede seguir siendo parte de una estrategia bélica.

[229] Perianes (2020).

5. Nuevas perspectivas para el DIH

La visión positiva sobre la reconstrucción de las sociedades después de la pandemia y de los conflictos armados, con una obligada perspectiva de género, puede hacerse extensible al DIH en sí mismo. Ello podría lograrse si el mismo se nutre y complementa con las disposiciones del derecho de los DDHH y las de *soft law*, mucho más aggiornadas en la materia. Esto es a lo que llamamos "una mirada humanitaria". Congeniar el DIH con los DDHH, fortalecería la protección legal de las mujeres y del colectivo LGBTIQ+ en tiempos de conflicto armado.[230] Por su parte, la propia acción humanitaria basada en DDHH mejoraría los programas de asistencia mediante el respeto y la protección a la dignidad y derechos universalmente reconocidos, desde una perspectiva de género transversal.[231]

En este sentido, ya se han adoptado importantes resoluciones, como la mencionada 1.325 que planteó hace ya 21 años la importancia de la promoción de la dimensión de género en la capacitación de quienes trabajan por el mantenimiento de la paz y la obligación de aplicar plenamente las disposiciones relativas a los DDHH durante y después de los conflictos. Por su parte, las resoluciones 1.888, 1.889 y 1.894 robustecen la protección dando una especial atención a las agresiones sexuales. Asimismo, fortalecen la función de la mujer en los procesos de consolidación de la paz, de conformidad con la resolución 1.325 ya mencionada.

Sin embargo, estas resoluciones equiparan "género" a "mujeres" que, como dijimos, resulta equivocado e insuficiente. En cambio, desde los DDHH se ha avanzado más claramente en este sentido: en 2011, el Consejo de DDHH de la ONU aprobó una resolución que expresa la grave preocupación por los actos de violencia y discriminación basados en la orientación sexual o identidad de género.[232] En 2016, el mismo Consejo nombro al primer Experto Independiente para supervisar, concientizar y reportar los hechos de violencia y discriminación contra las personas del colectivo. Asimismo, una gran iniciativa social liderada por Expertos en DDHH culminó en la declaración de los Principios de Yogyakarta, que afianzan la aplicación de las leyes internacionales de DDHH al colectivo LGBTIQ+. Y los ejemplos continúan.

---

[230] Durham y O'Byrne (2010: 36−37).

[231] Comité Permanente entre Organismos [IASC] (2017: 16).

[232] Véase: Consejo de Derechos Humanos, Resolución 17/19, 17 junio 2011; Consejo de Derechos Humanos, Resolución 27/32, 26 septiembre 2014.

Creemos que avanzar aún más en la incorporación al DIH de una perspectiva de DDHH y de género, que sea transversal al mismo, implicaría mejorar el impacto de sus estrategias e intervenciones. Ello teniendo en miras que nadie debe quedarse atrás en la consecución de sus derechos, particularmente las personas marginadas y vulnerables.

6. Bibliografía citada

6.1 Fuentes principales

Asamblea General de las Naciones Unidas (2008). Resolución 1.820.

Asamblea General de las Naciones Unidas (2015). Resolución 68/293.

Comisión Internacional de Juristas (2007), *Principios de Yogyakarta*, marzo 2007, disponible en: https://www.refworld.org.es/docid/48244e9f2.html.

Consejo de Derechos Humanos (2011). Resolución 17/19.

Consejo de Derechos Humanos (2014). Resolución 27/32.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2000). Resolución 1.325/2000. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/1759.pdf.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2009). Resolución 1.888/2009. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/8237.pdf.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2009). Resolución 1889/2009. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/8236.pdf.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución 1894/2009. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/8239.pdf.

Convenios de Ginebra (1949) y sus Protocolos Adicionales (1977). Vigencia de 21 de octubre de 1950. Disponibles en la página oficial del Comité Internacional de la Cruz Roja: https://www.icrc.org/es/

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998). Vigencia de 1 de julio de 2002. Disponible en: https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf

Secretario General ONU (2016), Informe sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10521.pdf

6.2 Bibliografía crítica

Anderlini, S. N. (2020) "Women, peace and security in the time of corona", *The London School of Economics and Political Science's blog,* Inglaterra. Disponible en: https://blogs.lse.ac.uk/wps/2020/03/25/women-peace-and-security-in-the-time-of-corona/.

Andrés Del Castillo, P. (2020) "El enfoque de Género y el Derecho Internacional Humanitario". Blog *Derecho Crítico Pensamiento & Praxis Social.* Disponible en: https://derechocritico.com/el-enfoque-de-genero-y-el-derecho-internacional-humanitario/.

Avella Bermúdez, E. (2019) "La persecución contra la comunidad LGBTI es un crimen de lesa humanidad". Disponible en: https://cerosetenta.uniandes.edu.co/lgbti-lesa-humanidad/

Boniol M. *et al.* (2019) "Gender equity in the health workforce: Analysis of 104 countries", Suiza, Organización Mundial de la Salud. https://www.who.int/hrh/resources/gender_equity-health_workforce_analysis/en/.

Caracuel Raya, M. A. (2010) "La aplicación de la Resolución 1.325 en las organizaciones internacionales de seguridad y defensa", *Security and Defense Studies Review*, Vol. 11, pp. 65-80, Washington D.C., Center for Hemispheric Defense Studies. Disponible en: https://www.williamjperrycenter.org/sites/default/files/publication_associated_files/SDSR%20Vol11.pdf.

CICR (2002) *Las mujeres ante la guerra. Estudio del CICR sobre los efectos de los conflictos armados para las mujeres.* Disponible en: https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc_002_0798_women_facing_war-spa.pdf.

CICR (2006) *Responder a las necesidades de las mujeres afectadas por conflictos armados. Guía práctica del CICR*. Disponible en: https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/icrc_003_0840.pdf.

Comité Permanente entre Organismos [IASC] (2017) *Manual de género para acción humanitaria*. Disponible en: https://www.refworld.org.es/pdfid/5afc99504.pdf.

Durham, H. (2002) "Women, armed conflict and international law", *International review of the Red Cross,* vol. 84, nro. 847, pp. 655− 660. Disponible en: https://international−review.icrc.org/sites/default/files/S1560775500090416a.pdf.

Durham, H. & O'Byrne, K. (2010) "The dialogue of difference: gender perspectives on international humanitarian law", *International review of the Red Cross,* vol. 92, nro. 877, pp. 31−52. Disponible en: https://international−review.icrc.org/sites/default/files/review−877−all.pdf.

El Tiempo, "¿Cómo influye la pandemia en las grandes guerras del mundo?", 19 de mayo de 2020, diario *El Tiempo* versión digital. Disponible en: https://www.eltiempo.com/mundo/medio−oriente/como−estan−los−paises−en−guerra−durante−la−pandemia−del−coronavirus−497142.

Escola de Cultura de Pau (2017) Conflictos armados y derechos de la población LGBTI, Universitat Autónoma de Barcelona (UAB). Disponible en: https://escolapau.uab.cat/informes−2/conflictos−armados−y−derechos−de−la−poblacion−lgtbi/.

Fantin, F. y Ocaranza, M. S. (2020) "La violencia sexual en los conflictos armados durante el covid−19", Argentina, Centro de Estudios en Género(s) y Relaciones Internacionales. Disponible en: http://www.iri.edu.ar/index.php/2020/06/19/la−violencia−sexual−en−los−conflictos−armados−durante−el−covid−19/.

Haeri, M. & Puechguirbal, N. (2010) "From helplessness to agency: examining the plurality of women´s experiences in armed conflict", *International review of the Red Cross,* vol. 92, nro. 877, pp. 103−122. Disponible en: https://international−review.icrc.org/sites/default/files/review−877−all.pdf.

Hanmer L., Klugman J. (2016) "Exploring Women's Agency and Empowerment in Developing Countries: Where do we stand?",

Feminist Economics, Vol. 22.1, pp. 237−263, Inglaterra, Taylor and Francis Group.

Heyworth F., Di Ruscio T., Chungong, M. (2020) "COVID−19: What does it mean for gender?", *International Gender Champions*, Inter−parliamentary Union. Disponible en: https://www.ipu.org/news/voices/2020−03/covid−19−what−does−it−mean−gender.

Jormanainen, J. L. E. (2018) "Does Armed Conflict Affect Violence Against the LGBT Community? A comparative study of Moldova and Ukraine", Uppsala Universitet. Disponible en: https://www.diva−portal.org/smash/get/diva2:1289266/FULLTEXT01.pdf

Maldonado Garay, J. (2019) "Violencia política sexual: una conceptualización necesaria", *Revista Nomadías,* nro. 27, pp. 143−166. Disponible en: https://nomadias.uchile.cl/index.php/NO/article/view/54379/58346.

Margalit, A. (2018), "Still a blind spot: The protection of LGBT persons during armed conflict and other situations of violence" en *International Review of the Red Cross*, 237−265.

Moore M. *et al.* (2016) "Identifying Future Disease Hot Spots: Infectious Disease Vulnerability Index", Santa Monica, CA: RAND Corporation. Disponible en: https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR1605.html

Naomi C., Michelle S. (2020) "The Covid−19 response: what has women, peace and security go to do with it?". Disponible en: https://blogs.lse.ac.uk/wps/2020/05/07/the−covid−19−response−what−has−women−peace−and−security−got−to−do−with−it/

Noticias ONU, "La pandemia del coronavirus no frena a las fuerzas de mantenimiento de la paz de la ONU", 4 de abril 2020. Disponible en: https://news.un.org/es/story/2020/04/1472372.

Notimérica, "El 'repugnante ataque' contra la maternidad en Kabul fuerza a MSF a suspender sus actividades", 13 de mayo de 2020, diario *Notimérica* versión digital, 2020. Disponible en: https://www.notimerica.com/politica/noticia−afganistan−repugnante−ataque−contra−maternidad−kabul−fuerza−msf−suspender−actividades−20200513180151.html.

PartnersGlobal (2020), en su página oficial de la red social Facebook. Disponible en: https://www.facebook.com/partners.global.org/photos/a.187283181336433/3137396176325104.

Perianes, A. B. (2020) "COVID−19: The Women, Peace and Security Agenda at Risk", *Blog Impakter*. También disponible en: https://impakter.com/covid19−women−peace−security−risk/.

PNUD, *Enfoques de género en situaciones de conflicto y post conflicto*. Disponible en: https://iknowpolitics.org/sites/default/files/gender20approaches20in20conflict20and20post20conflict20situations2028spanish29.pdf.

Segato, R. L. (2014), "Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres", *Sociedade e Estado*, Vol. 29.2, pp. 341−371, Brasil, Departamento de Sociología da Universidad de Brasília. Disponible en: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102−69922014000200003.

Teehan, A. (2019), Red Cross Canada. Disponible en: https://www.redcross.ca/blog/2019/11/how−red−cross−is−addressing−sexual−and−gender−based−violence−in−canada−and−around−the−world

Dinámicas de control y consecuencias del conflicto armado en la población civil[233]

Pamela Fernández Justo

Most people die "from war" rather than "in battle".[234]

Los crímenes cometidos durante un conflicto armado no desaparecen con la firma de la paz, ni sus efectos finalizan con un acuerdo entre las partes intervinientes. Por el contrario, las consecuencias del genocidio, de la violencia sexual, de la hambruna o del sufrimiento emocional experimentados por la población civil en ese lapso de tiempo continuarán a lo largo de su vida.

Es por ello que el presente trabajo trata tres aspectos diferenciados que giran en torno a un punto común: la protección de la población civil. En primer lugar, analizaremos los distintos niveles en los cuales los civiles se ven afectados en el marco de un conflicto armado. En segunda instancia, desarrollaremos ideas, interacciones o procesos que podrían convertirse en dinámicas de control y que apuntan, en definitiva, a incentivar la abstención del uso de la violencia contra los civiles.

Para finalizar, examinaremos una arista poco usual del conflicto armado en Ruanda –la relación entre lenguaje y dominación social– con el propósito de entender el papel que jugó el lenguaje en el desarrollo de los hechos que desembocaron en una de las versiones más extremas de violencia contra la población. El análisis de estos temas es de especial importancia si

[233] Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación DeCyT DCT1807 titulado "Hacia una sociología del derecho internacional humanitario. Valores, creencias y percepciones como condicionamientos normativos informales en tiempos de conflicto armado" a cargo del Prof. Dr. Emiliano J. Buis.

[234] Slim (2008: 91).

tenemos en cuenta que el siglo xx es conocido como la "era del genocidio"[235] y que todavía tenemos la oportunidad de darle forma al siglo xxi.

1. Los conflictos armados y la población civil

Afirmar que la población civil se ve sumamente afectada durante el desarrollo de las hostilidades no es novedad. Sin embargo, desde finales de la Segunda Guerra Mundial, los conflictos armados no internacionales han sido más frecuentes que los internacionales y, en consecuencia, la población ha sufrido ataques directos e indiscriminados que escalan en violencia hasta llegar a casos de genocidio.

Ante este nuevo escenario, se empezaron a buscar mecanismos que brindaran protección o que regularan los ataques en los casos en que fueran los civiles quienes pudieran verse afectados. Así fue como en 1949, se aprobó el IV Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra. Más de 20 años después, con el 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[236] (en adelante, el "Protocolo II") se abordó por primera vez de manera exclusiva los conflictos armados no internacionales. Su contenido amplía las protecciones provistas en el artículo 3 Común a las cuatro Convenciones de Ginebra.[237]

Jurídicamente, el DIH nos brinda numerosos convenios y normas consuetudinarias que apuntan a limitar los efectos de los conflictos armados. No obstante, el obstáculo más difícil de superar es la falta de cumplimiento de estas reglas. Por este motivo, en esta primera parte buscamos que se tome mayor conciencia del impacto que genera la violencia en la vida de quienes no son combatientes. El objetivo es dejar en claro que no se trata solamente de muertes fruto de un ataque directo, sino que la huella se podrá ver, incluso, luego de finalizado el conflicto. Con este propósito en mente, utilizaremos

[235] Straus (2012: 343).

[236] Por ejemplo, el Protocolo II fortalece las garantías fundamentales de las personas que no participan directamente en las hostilidades, o que han dejado de participar en ellas; prohíbe la tortura, la violación y la violencia contra la vida (artículo 4); establece protecciones mínimas para las personas privadas de libertad (artículos 5); prohíbe los ataques dirigidos contra la población civil (artículo 13), entre otros.

[237] Comité Internacional de la Cruz Roja (2017: 2).

una clasificación que describe los distintos niveles de sufrimiento por parte de la población civil en el marco de un conflicto armado.[238]

En el primer nivel, se incluyen los casos en que la población es el blanco directo del ataque, es decir, aquellos civiles muertos, heridos y torturados durante las hostilidades. Un detalle de gran relevancia que no podemos dejar pasar por alto es que, para que ocurra, debe existir un aparato administrativo que lo avale y una estrategia militar que lo ejecute. Slim[239] considera que es el nivel más bajo de sufrimiento que puede experimentar la población civil por la inmediatez de las consecuencias.[240]

El segundo nivel también implica un ataque directo al cuerpo, pero de otra índole: la violencia sexual.[241] Lo característico en esta esfera es el claro mensaje de conquista y humillación que busca transmitir el perpetrador. Según el informe sobre violencia sexual durante conflictos armados de la Secretaría General de las Naciones Unidas, la mayoría de las víctimas son las mujeres y niñas. Por lo general, se utiliza con la finalidad de desplazar comunidades, expulsar a los grupos considerados "indeseables", y apoderarse de tierras y otros recursos en disputa.[242] "Las supervivientes y sus hijos a menudo se enfrentan a altos niveles de estigma, y los niños pueden correr el riesgo de sufrir abusos, abandono y marginación".[243]

La tercera esfera es la espacial dado que una de las primeras cosas que se pierde en un conflicto armado es la posibilidad de moverse libremente. Las restricciones pueden ser más o menos amplias según las dimensiones del conflicto armado y, en muchas ocasiones, la población se verá forzada a recurrir al desplazamiento interno o a solicitar refugio en otros Estados.[244]

El próximo nivel, el del empobrecimiento, es producto de la modificación espacial dado que las opciones y los recursos al alcance de aquellas personas refugiadas o desplazadas no son los mismos que en el lugar de origen y se agotan rápidamente. La pérdida de objetos valiosos y el despojo implican una merma en la calidad de vida y los hace depender de las escasas e insuficientes ayudas financieras.

---

[238] Slim (2008: 37-119).

[239] Hugo Slim fue Jefe de Políticas Humanitarias del CICR y tiene experiencia en el campo de la población civil y los conflictos armados

[240] Slim (2008: 38).

[241] Slim (2008: 51).

[242] Naciones Unidas, Secretario General de Naciones Unidas (2019: 4).

[243] Naciones Unidas, Secretario General de Naciones Unidas (2019: 4).

[244] Slim (2008: 62).

Como resultado, el empobrecimiento genera hambruna y hace que la población esté más expuesta a enfermedades. Aquí nos encontramos en el quinto nivel que, proporcionalmente, es la mayor causa de muerte durante un conflicto armado.[245] En muchas ocasiones, el hambre es un arma utilizada por quienes participan en las hostilidades, lo cual empeora la situación general de la población civil. Asimismo, la falta de agua potable y de higiene permite el surgimiento de brotes de enfermedades mortales que incrementan el número de víctimas.

El sexto nivel se enfoca en el sufrimiento emocional: el sentimiento de pérdida, la angustia, el estrés postraumático, entre otros. El reconocimiento de estos efectos psicológicos sufridos a raíz de los conflictos armados fue relativamente reciente.[246] De hecho, fue en el siglo XX que se creó el término "estrés postraumático" para describir la manera en que la memoria de los hechos afecta la salud mental de una persona. Por lo general, todos ellos suelen ser experimentados durante años luego de finalizado el conflicto.

Por último, la séptima esfera está relacionada con las consecuencias que, a largo plazo, se traducen en oportunidades perdidas a causa de las hostilidades. Un claro ejemplo es la muerte de un niño que no tuvo la oportunidad de vacunarse a la edad establecida en el calendario vacunatorio. La atención sanitaria insuficiente puede deberse a la escasez de insumos o la imposibilidad de acercarse a un centro de salud, siempre debido al conflicto.

Como mencionamos anteriormente, no se trata solo de muertes provocadas durante el enfrentamiento en sí mismo. Al contrario, el análisis anterior demuestra que cada nivel produce consecuencias que podrán apreciarse con el paso del tiempo. Las consecuencias de un conflicto armado no son sólo aquellas que se experimentan de forma inmediata. Su impacto es mayor y deja una huella más profunda que los ataques directos.

Al atravesar todas las circunstancias mencionadas, los individuos no se reconocen y se sienten por fuera de las redes de contención tradicionales; pierden el sentido de pertenencia y, en caso de sobrevivir, la reconstrucción de su vida anterior es casi imposible. Aunque el DIH establece un marco jurídico exhaustivo para proteger a los civiles de los efectos de las operaciones militares, es necesario seguir remarcando la importancia de aplicar estas normas que fueron creadas justamente para mitigar las consecuencias del conflicto armado respecto de la población. Tal como lo menciona el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en su informe de 2018, la clave se

[245] Slim (2008: 116).
[246] Slim (2008: 115).

encuentra en el proceso de socialización, es decir, el proceso por el cual las normas y reglas son aceptadas socialmente y luego respetadas durante las hostilidades.[247] De esta manera, la combinación de regulaciones y valores locales le da mayor empuje a este propósito.[248]

2. Dinámicas de control: cómo incentivar la abstención del uso de la fuerza

Dicho todo esto, ¿qué lleva a un individuo/combatiente a utilizar violencia contra la población civil y qué lo haría ir en la dirección contraria? Por lo general, uno de los propósitos por los cuales se emplea la violencia es alcanzar o mantener el poder con el objetivo de proteger los intereses del grupo. En consecuencia, suelen identificarse y estudiarse con mayor frecuencia los factores que conducen al incremento de la violencia[249]: cómo se pasa del odio, al cercenamiento de derechos, y de ese punto, a la violencia masiva.

No obstante, proponemos repensar este proceso dado que esta dinámica representa sólo parte del problema. Así, desde la perspectiva opuesta, podemos hablar de factores de control,[250] es decir, ideas, interacciones o procesos que incentivan la abstención del uso de la violencia contra la población civil. Para facilitar el análisis, dividiremos los factores en tres niveles: el individual, el grupal y el global conforme al esquema desarrollado por el profesor Strauss.[251]

El nivel individual se enfoca en los valores personales y nos hace entenderlos como verdaderas fuentes de control.[252] Por ejemplo, muchos combatientes consideran una aberración ejercer violencia sexual o cometer asesinatos injustificados. Estos principios, virtudes o cualidades que caracterizan a una persona en particular funcionarían como un primer freno centrado en las emociones de los actores mismos. Sin embargo, en

[247] Comité Internacional de la Cruz Roja (2018: 6).
[248] Comité Internacional de la Cruz Roja (2018: 9).
[249] Straus (2012: 344).
[250] Straus (2012: 345-350).
[251] Scott Straus es profesor de Ciencias Políticas en la Universidad de Wisconsin, Estados Unidos de Norteamérica. Se especializa en violencia, derechos humanos y política africana.
[252] Straus (2012: 345).

ciertas situaciones de peligro de vida, o cuando se ejerce presión jerárquica, dichos valores pueden llegar a ser comparativamente débiles para detener el incremento de violencia. Este nivel individual nos demuestra que, aunque no deba desestimarse su importancia como obstáculo, podría ser superado con facilidad.

En el nivel grupal,[253] se hace foco en las instituciones ya que también pueden funcionar como un impedimento al uso de la fuerza contra la población civil. Estos grupos, como las organizaciones no gubernamentales, las agrupaciones religiosas y los medios de comunicación masiva, cuentan con las herramientas para moldear o revertir la opinión pública e, incluso, involucrar a la comunidad internacional. Entendidos como factores de control, los grupos son grandes fuentes de presión que pueden lograr un impacto positivo. ¿Por qué, entonces, es que falla como segundo freno? No debemos olvidar la presión política y la lucha de intereses que muchas veces están alineadas con aquellos grupos que ejercen violencia.

Por último, el nivel global[254] se enfoca en el alto costo que tiene el uso de la fuerza contra los civiles. Por un lado, la violación de las normas del DIH hará que la reputación del Estado, grupo armado o individuo se vea afectada negativamente. En el caso de que la reputación no fuera un factor de interés para quien ataca a la población, tal vez podría serlo el hecho de que sus actos generan responsabilidad penal internacional. Por otro lado, y desde una perspectiva económica y estratégica, no es un detalle menor tener en cuenta que aquellos recursos destinados a ejercer violencia contra la población civil no estarán disponibles para ser utilizados para su propia protección en caso de sufrir un ataque de otros grupos o fuerzas armadas.

En resumen, la presión global juega un papel de suma importancia en los procesos que podrían desembocar en el uso desmedido de la fuerza. Dicho esto, los actores locales, es decir, el nivel individual, no debe desestimarse. En los hechos, son los combatientes quienes llevan a cabo cada uno de estos actos. En definitiva, se requiere crear estrategias que hagan hincapié en la dinámica existente entre los tres niveles con el objetivo de prevenir o, al menos, disminuir el uso de violencia contra la población civil. Sin dudas, este tema merece un desarrollo más exhaustivo pero el propósito de este trabajo es dar el puntapié inicial que incentive un mayor análisis de estos niveles.

[253] Straus (2012: 346).
[254] Straus (2012: 349).

Entonces, ¿es posible frenar el incremento del uso de la fuerza contra la población civil que se experimenta desde la Segunda Guerra Mundial? Cada conflicto armado tiene matices propios. Es por ello que con esta pregunta como punto de partida, y utilizando los conceptos trabajados en este apartado, proponemos analizar las hostilidades que se desarrollaron en Ruanda en 1994. Allí existían factores de incremento muy arraigados que se impusieron frente a fuentes de control muy poco desarrolladas o casi inexistentes. Esta desafortunada combinación moldeó la trayectoria de violencia contra la población civil hacia su versión más extrema: el genocidio.

3. Ruanda: "*Umwera uturutse ibukuru bucya wakwiriye hose*"

El conflicto armado en Ruanda es mencionado con frecuencia en el ámbito del DIH debido al alto número de víctimas fatales que se registraron en un período de tiempo muy corto. Un posible enfoque para analizar el enfrentamiento entre Hutus y Tutsis y los hechos que desencadenaron la matanza de cerca de un millón de personas entre abril y junio de 1994 es el del nivel individual mencionado anteriormente. El propósito sería tratar de entender por qué este factor de control fue tan débil y cómo es que fue superado con tanta facilidad. En particular, haremos hincapié en las construcciones culturales ruandesas y el papel que jugó el idioma kinyarwanda en el desarrollo de los hechos.

Si abordamos el estudio desde el lenguaje, podremos entrever que una de las razones por las cuales la población misma se atacaba entre sí –vecinos, compañeros de la escuela, familias– fue que, culturalmente, las órdenes en el idioma kinyarwanda tenían –y todavía tienen– fuerza de ley. Esto quiere decir que, en Ruanda, el sentido de autoridad y dominación social se transmite y se ve reflejado en su lengua. Recordemos que, en el apartado anterior, mantuvimos que el nivel individual –que se sostiene mediante valores y principios personales– pueden convertirse en fuentes de control para incentivar la abstención del uso de la fuerza. En este caso, funcionó de manera opuesta.

En el libro *La Opinión Pública*, Lippmann afirma que "la manera como imaginan el mundo determina en todo momento lo que harán los

hombres".[255] No podemos olvidar que el lenguaje es una creación social que se nos impone y que es a través de éste que obtenemos nuestra visión de lo que nos rodea: filtramos nuestra percepción, producimos nuestro pensamiento y construimos nuestro conocimiento. En definitiva, el lenguaje controla la percepción y media la conducta en los procesos de interacción.[256]

Lo primero que alegaban muchos de los acusados de cometer crímenes durante el conflicto armado en Ruanda era que las autoridades les habían ordenado matar a los Tutsis. Totalmente convencidos de la coherencia de sus acciones, esperaban que el tribunal entendiera la razón que, según ellos, sustentaba sus actos. Sin embargo, esto no ocurrió. Debemos, primero, pasar un filtro cultural a las expectativas y palabras utilizadas por muchas de estas personas si pretendemos intentar comprender el razonamiento detrás de sus expectativas.

En primer lugar, el término "*itegeko*" puede traducirse como "orden" o como "ley" y, en segundo lugar, la palabra "*umutegetsi*" hace referencia a "quien hace una ley", a "quien da una orden", o a una "autoridad". El significado en cada uno de estos casos es muy similar, pero tiene matices e implicancias tan distintas que sólo a través del conocimiento previo y pormenorizado del idioma kinyarwanda puede comprenderse la raíz de la obediencia a nivel individual. Ruanda tiene una fuerte tradición autoritaria que se remonta a los orígenes de su cultura. Entonces, si las autoridades ordenan, el ruandés cumple. Esto se ve claramente reflejado en la frase "*Umwera uturutse ibukuru bucya wakwiriye hose*", la cual significa que las órdenes de la autoridad se difunden con rapidez y se convierten en normas para el resto de la población.[257]

Con esto, no se busca justificar ni alivianar la gravedad de los hechos, sino resaltar que existen otros aspectos que reflejan la manera en que el lenguaje filtra la percepción de quien se expresa e influye en su comportamiento. Desde nuestra perspectiva lingüística, no podríamos afirmar que la matanza indiscriminada de Tutsis estaba amparada por la ley simplemente porque una autoridad lo había ordenado. Lo importante es reconocer y comprender que el lenguaje, como construcción cultural, es un factor importante que afecta la manera en que se desarrollan los hechos que pueden desembocar en formas extremas de violencia contra la población civil.

[255] Lippmann (1964: 7).
[256] Mills (1964: 352).
[257] Bangwanubusa (2009: 18).

4. Reflexiones finales

La toma de conciencia y el análisis de experiencias pasadas son, sin dudas, el primer paso hacia la creación de modelos adaptables a situaciones de conflicto. Sin embargo, ¿cómo lograr que los grupos armados adopten estos valores como propios? ¿Cómo superar las construcciones culturales o modificar las creencias personales y grupales?

El estudio de los distintos factores de control puede verse como una posibilidad a la hora de buscar métodos que incentiven la abstención del uso de la violencia contra la población civil. Asimismo, entender que el ataque directo a un civil no es el único nivel en el que este se ve afectado durante un conflicto armado es de suma importancia. Las consecuencias de la violencia sexual, del desplazamiento, del empobrecimiento, de la exposición a enfermedades y del sufrimiento emocional podrán percibirse, incluso, en generaciones posteriores.

Por otro lado, el contexto, la historia, el idioma y la cultura son elementos a tener en cuenta porque le dan forma a cada población y a cada conflicto. El destino de la población civil en los conflictos dependerá principalmente de las acciones de los grupos armados y de la medida en que estos últimos respeten y apliquen el DIH. Así como pueden decidir atacar a los civiles, también pueden elegir actuar de acuerdo a las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. En nuestras manos se encuentra la responsabilidad de que el siglo XXI no sea recordado como el segundo capítulo de la era del genocidio.

5. Bibliografía

5.1 Doctrina

Bangwanubusa, T. (2009) *Understanding the Polarization of Responses to Genocidal Violence in Rwanda*, Gothenburg: Geson Hylte Tryck.

Fujii, L.A. (2009) *Killing Neighbours: Web of Violence in Rwanda*, Ithaca: Cornell University Press.

Lippmann, W. (1964) *La opinión pública*, Buenos Aires: Compañía General Fabril Editora.

Mills, C. W. (1964) "El lenguaje, la lógica y la cultura", en *Poder, política, pueblo*, XXXVIII. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Slim, H. (2008) *Killing Civilians: Method, Madness, and Morality in War*, Nueva York: Columbia University Press.

Straus, S. (2012) "Retreating from the Brink: Theorizing Mass Violence and the Dynamics of Restraint", en *Perspectives on Politics* 10(2), 343-362. doi:10.1017/S1537592712000709.

Verlinden, N. (2020) "To feel or not to feel? Emotions and International Humanitarian Law", en Deland, M., Klamberg, M. & Wrange, P. (eds.) *International Humanitarian Law and Justice: Historical and Sociological perspectives*, Oxon/Nueva York: Routledge, 134-145.

Waller, J. (2002) *Becoming Evil: How Ordinary People Commit Genocide*, Nueva York: Oxford University Press.

5.2 Informes

Comité Internacional de la Cruz Roja (2017) *40° aniversario de los Protocolos adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949*, Ginebra, Suiza; disponible en https://www.icrc.org/es/publication/40-aniversario-protocolos-adicionales-1977-convenios-ginebra-1949 [sitio consultado el 28-02-2021].

Comité Internacional de la Cruz Roja (2018) *The Roots of Restraint in War*, Ginebra, Suiza; disponible en https://www.icrc.org/en/publication/roots-restraint-war [sitio consultado el 28-02-2021].

Organización de las Naciones Unidas, Agencia de la ONU para los Refugiados (2020) *Datos Básicos*; disponible en https://www.acnur.org/datos-basicos.html [sitio consultado el 28-02-2021].

Naciones Unidas, Secretario General de Naciones Unidas. (2019) "Informe del Secretario General sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos", S/2019/280 (29 de marzo de 2019), disponible en: https://undocs.org/es/S/2019/280.

5.3 Instrumentos jurídicos

Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado (1994), *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda*; disponible en https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRwanda.aspx [sitio consultado el 28-02-2021].

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena (Austria), 23-05-1969 (e.v. 27-01-1980), *UNTS* 1115:331.

IV Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, Ginebra (Suiza), 12-08-1949 (e.v. 21-10-1949).

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, Ginebra (Suiza), 8-06-1977 (e.v. 7-12-1978).

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, Ginebra (Suiza), 8-06-1977 (e.v. 7-12-1978).

Migrantes forzosos: aproximación hacia una conceptualización jurídica para su regulación y protección por el Derecho Internacional. Analogía con la condición de Refugiado

Lucía Florencia Duarte

Que no son seres humanos, sino recursos humanos.

Que no tienen cara, sino brazos.

Que no tienen nombre, sino número. (…). Los nadies,

que cuestan menos que la bala que los mata.

Eduardo Galeano, *Los Nadies*, El libro de los abrazos.

La terminología es una práctica que incumbe al derecho, desde que el lenguaje lo asiste y lo dota de contenido, hasta que lo complementa y, en ocasiones, lo determina. Es de suma relevancia, también, en ámbitos como la administración, la economía o en las artes en general, donde -en estas últimas, por ejemplo- resulta necesario discernir entre expresionismo o expresionismo abstracto. Conceptualizar es recopilar, describir, realizar un tratamiento y presentación de los términos de un área específica de conocimiento que, no obstante, no se justifica en sí misma, es decir, no tiene autonomía funcional sino requiere de un objeto externo (interdisciplinario) de estudio. Entonces, ¿es posible que la inexistencia de un concepto jurídico de *Migración Forzosa* sea aquello que impida su necesaria protección en materia de derecho internacional humanitario?

El concepto *Refugiado* está expresado en el artículo 1º de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados[258], su contenido es amplio pero concreto, intenta ser vasto a fin de amparar la mayor cantidad de supuestos. Sin embargo, no existe concepto jurídico que defina los términos "Migrante" y "Migrante Forzoso", condición, esta última, subyacente entre la zona gris que divide refugiados y migrantes.

Teniendo por finalidad exponer argumentos que validen la postura a favor de una protección igual o equiparable a la otorgada internacionalmente a los refugiados, el desafío será construir un concepto jurídico que sirva de base conceptual en lo teórico y lo dote de legitimación en materia de derecho internacional humanitario a fin de regular su protección.

1. Definir es otorgar entidad

No existe disciplina que pueda estudiar su objeto sin haberlo individualizado, denominado e incluso, clasificado según determinados criterios. El derecho no es ajeno a ello, de hecho, resulta necesario para todo tipo de regulación normativa conocer el objeto de estudio, el acto o situación regulada o a regular. Para ello ha hecho uso, desde antaño, de herramientas lingüísticas como la sintaxis y la semántica que le han posibilitado la tarea, y, de esta manera, establecer -por ejemplo- cuáles serían los sujetos que el derecho internacional reconocería como tales; utilizó la sintaxis para denominarlos y ordenarlos según su contenido, luego lo hizo con la semántica para dotarlos de significado.

Cuando el derecho conceptualiza el término *Refugiado* está dotándolo de existencia jurídica, está, a su vez, otorgándole al sujeto fuerza normativa, de manera que está posibilitando su regulación y la consecuente posibilidad de acceder a la jurisdicción y efectivizar esos derechos. De manera inversa, cuando el derecho no conceptualiza jurídicamente un término, no está negando su existencia fáctica, pero está convirtiendo una realidad en una inexistencia jurídica. Cuando Roland Barthes se pregunta cómo un texto que es del orden del lenguaje puede ser fuera de los lenguajes y agrega que "En el momento en que nombro soy nombrado: Capturado en la rivalidad de los

[258] Naciones Unidas (1951). Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 1.

nombres."[259], hace apelación a esto, a que el lenguaje crea realidad, por lo tanto, el silencio viene a invisibilizar y lo ilegitima como objeto susceptible de ser normado.

2. Planteamiento

2.1 Aproximación hacia una conceptualización jurídica. Naturaleza jurídica

Para construir el concepto jurídico *Migración Forzosa*, será necesario desmembrar y analizar cada una de las palabras que lo componen de manera separada y atendiendo a las leyes de la etimología, la semántica y la sintaxis.

2.1.1 Migración

Etimología. La migración designa el desplazamiento de un grupo o población de seres humanos o animales, de un lugar a otro. La palabra proviene del latín *migratĭo, migratiōnis*, que significa acción y efecto de migrar.

Semántica. Migración como desplazamiento de individuos o grupos de personas a través de un espacio geográfico para radicarse en un lugar distinto de aquel de donde son originarios y que es motivado por razones sociales, políticas o económicas.

2.1.2 Forzosa

Etimología. La palabra forzosa procede de fuerza. Por su parte, la palabra fuerza, se manifiesta en el latín como *fortia* asociándose al adjetivo fuerte, que se lee en el latín *fortis*.

[259] Barthes (1977: 50).

Semántica. Que es necesario, obligado, no voluntario o inevitable. Si nos referimos concretamente a una persona es lo que le indica una necesidad u obligación.

2.2 Migración Forzosa. Sintaxis

Del análisis etimológico y semántico realizado, obtenemos el constituyente sintáctico: *migración forzosa*, dos palabras que funcionan en conjunto como una unidad. De esta nueva construcción dotada del significado, producto de la conjunción de ambos términos, partiremos hacia una conceptualización del mismo en términos jurídicos.

2.3 Concepto. Naturaleza Jurídica

Migración Forzosa (Migrante Forzoso): Persona o movimiento poblacional que, por temor, presión o amenaza derivados de motivos económicos, sociales, de pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas o de factores externos que actuando aisladamente o en conjunción, menoscaben sus derechos fundamentales, se desplace de manera involuntaria, aunque necesaria, obligada o inevitable fuera de su país, y no pueda o, a causa de dichos factores, no quiera, acogerse a la protección de tal país o regresar a él.

3. Bases jurídicas

3.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos

El art. 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[260] consagra el derecho de toda persona, como miembro de la sociedad, a la

[260] Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 22.

seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Por su parte, el mencionado instrumento, en el artículo 25, establece que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (…)."[261] Luego, el artículo 28, sostiene que "toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta declaración se hagan plenamente efectivos".[262]

3.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales

El PIDESC consagra en su artículo 2 el principio de progresividad, estableciendo el compromiso asumido por los Estados de "adoptar medidas (…) especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en la particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos"[263] reconocidos. Asimismo, el mencionado artículo, establece el compromiso a garantizar el ejercicio de los derechos, y al hacerlo "sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".[264]

[261] Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 25.
[262] Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 28.
[263] Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 2, inc. 1.
[264] Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 2, inc. 2.

3.3 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo

El artículo 6 del PIDCP, establece que el derecho a la vida es inherente a la persona humana y que la ley lo protegerá.[265] El mismo pacto, en el artículo 23, define a la familia como un "elemento natural y fundamental de la sociedad"[266] y como tal, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

3.4 Declaración sobre el Derecho al Desarrollo

La declaración, consagra en su primer artículo que:

> El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.[267]

Por su parte el artículo 4, establece el deber de los Estados de "adoptar, individual y colectivamente, medidas para formular políticas adecuadas de desarrollo internacional[268] medidas que tiendan a la plena realización del mismo. En ese sentido, el artículo 6, en su inciso primero, establece otra serie de deberes a los Estados, entre los que se encuentra el de cooperar con el fin de "promover, fomentar y reforzar el respeto universal y la observancia de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin ninguna distinción por motivos de raza, sexo, idioma, religión".[269] El siguiente inciso

[265] Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, art. 6.
[266] Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, art. 23.
[267] Naciones Unidas (1986). Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, art. 1.
[268] Naciones Unidas (1986). Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, art. 4.
[269] Naciones Unidas (1986). Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, art. 6, inc. 1.

establece la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos y las libertades fundamentales, estableciendo a su vez el deber de otorgar "igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales".[270]

Por último, el mencionado artículo establece que deben adoptarse medidas no solo para la promoción y protección sino para la eliminación de los obstáculos "al desarrollo resultantes de la inobservancia de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos, sociales y culturales".[271] Por su parte, el artículo 8, hace referencia al deber de los Estados de adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizar, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos.

3.5 Carta de Naciones Unidas

Principios y Propósitos. Art. 1º, punto 3:

> Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.[272]

[270] Naciones Unidas (1986). Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, art. 6, inc. 2.
[271] Naciones Unidas (1986). Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, art. 6, inc. 3.
[272] Naciones Unidas (1945). Carta de Naciones Unidas, art. 1, p. 3.

3.6 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

En su artículo XXVII establece que "toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales".[273]

3.7 Convención Americana sobre Derechos Humanos

La CADH, en su artículo 22, dispone que "toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales".[274]

3.8 Otras disposiciones

El artículo 12, inciso 3º de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, establece que "todo individuo tendrá derecho, cuando esté perseguido, a buscar y obtener asilo en otros países de conformidad con las leyes de esos países y los convenios internacionales"[275] y el artículo 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, garantiza:

> […] el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre

[273] IX Conferencia Internacional Americana (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XXVII.

[274] Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22.

[275] XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana (1981). Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 12, inc. 3.

el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.[276]

4. Reflexiones parciales

4.1 La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Prima, aquí, la necesidad de destacar el carácter de universalidad de los derechos humanos, esto implica que todos los Estados tienen el deber de protección a toda persona, por lo tanto, no existen motivos para excluir de esta categoría a los migrantes, incluso aquellos que se encuentran en tránsito. La obligación de todos los estados es la de cooperar para la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y desarrollo humano. Las normas citadas hacen referencia al derecho a la calidad de vida, donde se incluye, el derecho a la salud, el bienestar, la alimentación, la vivienda y a la seguridad social; todos ellos interrelacionados y necesarios para lograr la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por otro lado, así como lo establece el artículo 28, para su efectividad, será necesario el establecimiento de un orden social e internacional que tutele los derechos y libertades fundamentales proclamadas en la declaración.

4.2 El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales

El citado pacto consagra el derecho a trabajar y derechos en el trabajo; a la seguridad social; a la vida, entendiéndose como un nivel de vida adecuado; derecho a la salud física y mental; a la educación; todos ellos alcanzados por las directivas del principio de progresividad establecido en el artículo segundo, que es la manda expresa a los Estados Parte de adoptar medidas que garanticen progresivamente la plena efectividad de los mismos.

[276] Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea (2000). Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, art. 18.

4.3 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo

Se interpreta que, tal como lo expresa su artículo sexto, todo migrante que es, ante todo y, en principio, persona, le es inherente el derecho a la vida con todos los alcances que hacen a su efectividad y materialización, es decir, son derechos operativos y de plena aplicación. Cabe destacar la referencia al instituto de la familia que el mismo instrumento realiza en el artículo 23 cuya protección le corresponde tanto a la sociedad como al Estado; mención necesaria para completar y delimitar el peligroso estado de situación que, a nivel familiar, atraviesa quien abandona su país de origen dejando allí su familia para buscar medios de subsistencia en otro.

4.4 Declaración sobre el Derecho al Desarrollo

La declaración establece y consagra que el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable, de esta manera, despeja toda duda en cuanto a su legitimidad y efectividad. Dispone, también, el deber de los Estados de adoptar, individual y colectivamente, medidas para formular políticas adecuadas de desarrollo internacional; es lógico pensar que, cuando se refieren a "políticas adecuadas", están haciendo referencia a medidas eficaces, una intervención pública acorde a las necesidades y urgencias. Es de suma importancia la manda a proteger en "igual atención y urgente consideración" a los derechos económicos sociales y culturales tanto como a los civiles y políticos; circunstancia que en los hechos no es cumplida por los Estados.

5. Reflexiones finales

A partir del desarrollo del presente trabajo, que comenzó proponiendo una definición de "Migración Forzosa" como concepto jurídico, y que nace ante la inexistencia de un ordenamiento internacional que la nombre, la denomine para luego regular sus alcances, se ha podido concluir que lo

relativo a su protección -o falta de ella- se debe a diversos motivos, aunque me referiré concretamente a dos de ellos por considerarlos principales y sustanciales.

El primero es el lenguaje; así como expresa Roland Barthes, en tanto sólo en el momento en que las cosas son nombradas, existen, se establece allí una directa relación entre lenguaje -sea este oral, escrito o la diversa forma que adquiera- y realidad; el lenguaje crea realidad, de manera que, en el silencio, subyace una tendenciosa inexistencia. Resulta necesario, entonces, nombrar al migrante forzoso, conceptualizarlo jurídica y ontológicamente, para dotarlo de una existencia normativa de manera que el derecho internacional asuma la protección de una realidad fáctica que ya no puede ser eludida. De manera que la persona migrante que, por temor, presión o amenaza, sea por motivos económicos, sociales, de pertenencia a determinado grupo social o ideológico u opiniones políticas o de factores externos, llega a territorio extranjero, no resulta preciso hablar de que ha tenido opción de elegir. Cuando se insiste en su carácter forzoso, no se está haciendo una mera adjetivación, sino que se está haciendo referencia a una condición sustancial que hace a su urgencia regulatoria y que obliga -o debiera obligar- a otorgarle un marco regulatorio de protección conforme el riesgo.

El otro sustancial motivo es la regulación, promoción y protección que tiene un refugiado frente a un migrante forzoso. La inexistencia jurídica que mencionamos podría justificar por qué se considera al refugiado susceptible de derechos elementales como son el derecho de asilo y de no retorno, prerrogativas que un migrante forzoso carece. Sin perjuicio de ello, considero que la cuestión radica en una interpretación restrictiva de los derechos humanos; una concepción de pensamiento que pretende jerarquizar los derechos fundamentales, de manera que se otorgue supremacía a unos respecto de otros. En este sentido, cuando la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, define a quienes considera refugiados, establece el temor a ser perseguido y se interpreta allí implícitamente temor a la vida o integridad física. De manera que se señala cuál es el derecho humano que debe protegerse, estableciendo cuáles son de primera y segunda categoría. Incluso cuando dentro de los factores que motivan esos temores no encontramos motivos económicos o sociales, se vuelve a cristalizar qué materias son atendibles, qué sujetos son susceptibles de protección.

La responsabilidad de encaminar una política de derechos humanos que acentúe la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, corresponde a los Estados: los de origen, para que configuren políticas de desarrollo que tiendan a limitar la emigración; y los de destino, para que

puedan brindar protección y aplicación plena a los derechos fundamentales. Para ello, será necesario aunar esfuerzos de toda la comunidad internacional para cumplir con la manda de la declaración de 1986 de Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo, la que establece que "los estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacionales adecuadas dirigidas a mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos" y, a su vez, asumir el compromiso de efectivizarlas con la urgencia que amerita el caso.

6. Bibliografía final

Naciones Unidas (1951). Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, *acnur.org*. Recuperado de https://www.acnur.org/5b0766944.pdf, art. 1.

Barthes, R. (1977) *El placer del texto y Lección inaugural*, Siglo Veintiuno Editores, pág. 50.

Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos, *ohchr.org*. Recuperado de https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf, art. 22.

Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos, *ohchr.org*. Recuperado de https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf, art. 25.

Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos, *ohchr.org*. Recuperado de https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf, art. 28.

Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, *ohchr.org*. Recuperado de https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx, art. 2, inc. 1.

Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ohchr.org. Recuperado de https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx, art. 2, inc. 2.

Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, *mpf.gob.ar*. Recuperado de https://www.

mpf.gob.ar/institucional/unidadesfe/protocolo-facultativo-pacto-internacional-de-derechos-civiles-y-politicos.pdf, art. 6.

Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, *mpf.gob.ar*. Recuperado de https://www.mpf.gob.ar/institucional/unidadesfe/protocolo-facultativo-pacto-internacional-de-derechos-civiles-y-politicos.pdf, art. 23.

Naciones Unidas (1986). Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, *ohchr.org*. Recuperado de https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RightToDevelopment.aspx, art. 1

Naciones Unidas (1986). Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, ohchr.org. Recuperado de https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RightToDevelopment.aspx, art. 4.

Naciones Unidas (1986). Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, ohchr.org. Recuperado de https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RightToDevelopment.aspx, art. 6, inc. 1.

Naciones Unidas (1986). Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, ohchr.org. Recuperado de https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RightToDevelopment.aspx, art. 6, inc. 2.

Naciones Unidas (1986). Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, ohchr.org. Recuperado de https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RightToDevelopment.aspx, art. 6, inc. 3.

Naciones Unidas (1945). Carta de Naciones Unidas, un.org. Recuperado de https://www.un.org/es/about-us/un-charter/, art. 1, p. 3.

IX Conferencia Internacional Americana (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, *infoleg.gob.ar*. Recuperado de http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1000, art. XXVII.

Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos, *argentina.gob.ar*. Recuperado de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_10_convencion_americana_ddhh.pdf, art. 22.

XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana (1981). Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, *acnur.org*. Recuperado de https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf, art. 12, inc. 3.

Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea (2000). Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, *europar.eu*. Recuperado de https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf, art. 18.

Lo atroz, lo global, lo personal y lo político: niñas refugiadas que huyen de prácticas culturales. Aspectos extrajurídicos que condicionan la determinación del status de refugiadas

Agustina G. Correa

La mutilación genital femenina (MGF)[277] es uno de los fenómenos causantes de los principales flujos migratorios de niñxs no acompañados desde África en los últimos años. Se presenta una tensión entre el derecho y la tradición a partir de la identificación de la práctica cultural en un escenario hostil para el trayecto migratorio que deben enfrentar quienes huyen. Dicho escenario se agrava aún más cuando la huida se da en el marco de un conflicto armado.

Para el sistema de solicitud de reconocimiento de la condición de refugiada, la MGF, cuando hace al motivo de persecución, no sería suficientemente significativa como para merecer una atención dedicada y una respuesta específica. Entiendo que esto se debe a concepciones erróneas sobre la MGF que crean obstáculos para una mejor protección. Cuando lxs funcionarixs que tramitan las solicitudes de asilo no están familiarizadxs con la situación pueden relativizar la gravedad de las circunstancias. Esto a partir de la justificación en que se trata de un supuesto que es parte de la cultura de las niñas. En este contexto, cabe preguntarse ¿Cuáles son los estándares de protección que aplican para estos casos de solicitud de asilo desde el Derecho Internacional de lxs Refugiadxs y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

[277] La mutilación genital femenina, la circuncisión de la mujer o la ablación genital femenina es la práctica consistente en extirpar los órganos genitales femeninos externos o en causar otros daños a los órganos genitales de la mujer por motivos médicos ni de salud. Se trata específicamente del corte de los órganos genitales realizado usualmente a temprana edad. Abarca desde corte parcial a total, remoción de genitales, costura ya sea por razones culturales u otras no terapéuticas. Es frecuentemente realizada varias veces a lo largo de la vida; después del parto o si la niña/mujer ha sido víctima de asalto sexual. Esta definición surge del Glosario sobre Protección de la Infancia, Violencia Sexual y de Género y Terminología relacionada, de ACNUR.

1. Una primera aproximación: el status de refugiada y el procedimiento de solicitud de asilo

La MGF comprende todos los procedimientos que implican la extirpación parcial o total de los genitales femeninos externos u otra lesión de los órganos genitales femeninos. El procedimiento a menudo se realiza con herramientas rudimentarias y sin anestesia, a partir de la presión que ejercen sobre la niña el grupo primario o su comunidad. Quienes han sido sujetas a la MGF experimentaron dolores y sangrados extremos.[278] Cuando refiero a que esta práctica no se desarrolla por razones médicas no significa que la intervención realizada por un médico especializado sea aceptable, en cualquier caso. Pues una de las problemáticas actuales en los países donde se encuentra prohibida la MFG, es precisamente la perpetuación de la práctica a partir de profesionales de la salud. Esto es la "medicalización" de la MGF, cuando el procedimiento es realizado por profesionales médicos capacitados a tales efectos, en lugar de profesionales tradicionales, lo cual no necesariamente lo hace menos grave.[279]

Las soluciones que llegan desde el derecho para atender las circunstancias no resultan suficientes. ¿Qué lugar han ocupado las leyes? Los sistemas jurídicos traen los principios generales del derecho que ofrecen soluciones comunes para las comunidades. A su vez, tenemos instrumentos vinculantes para los Estados. ¿Qué han hecho los Estados y el derecho para eliminar la MGF?

En 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, proclamaba el derecho de todo ser humano a vivir en condiciones que le permitan disfrutar de buena salud y asistencia médica (art. 25). Este documento contiene artículos que son la base para la protección contra la MGF: el artículo 2, sobre discriminación; el artículo 3, sobre el derecho a la seguridad personal; el artículo 5, sobre el trato cruel, inhumano o degradante; el artículo 12, sobre la privacidad; el artículo 25, sobre el derecho a un nivel de vida adecuado (incluye la asistencia médica) y a la protección de la maternidad. En 1951 la Convención de

[278] Organización Mundial de la Salud, *Mutilación genital femenina,* publicación del 03 de febrero 2020. Consultado en https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation el 15/09/2020.

[279] Acnur, *Guía sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina*, aprobada en mayo de 2009 en Ginebra por la Sección de Políticas de Protección y de Asesoramiento Jurídico, División de Servicios de Protección Internacional, párrafo 5, p.5. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7139.pdf .

Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados definió quién será refugiadx, cuáles son sus derechos, y las obligaciones que tienen los Estados. Como se verá posteriormente, quienes huyen de la amenaza de la MGF cumplirían los requisitos para obtener el estatuto de refugiadx. Los pactos de 1966, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, condenan en sus art. 12 la discriminación por motivos de sexo y reconocen el derecho universal al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. En 1979 la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer conminaba a los Estados Partes a adoptar todas las medidas adecuadas para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer (art. 2f) y modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres. Esto con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros (art. 5a). Durante la década de los 90' se dictaron diferentes recomendaciones para los Estados que les servirían como directrices para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se derivaban del primer objetivo formal para eliminación de la MGF y la gestión de sus consecuencias.[280] En 1984 se aprobó la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y posteriormente el Comité contra la Tortura establecido en su Observación General n.º 2 que las implicancias de MGF entran dentro de su mandato. En 1989 a partir de la Convención sobre los Derechos del Niñx, se lxs protege contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental (art. 19.1); insta a que no se someta a las niñas a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 37a). Además exige a los Estados Partes que adopten todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de las niñas (art. 24.3). En 1993 la Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos amplió su agenda internacional de derechos humanos abarcando la violencia de género que incluía la MGF. Posteriormente, siguiendo esta línea, en 1994 el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo insto a los gobiernos a adoptar con carácter urgente medidas para poner fin a la práctica de la MGF y proteger a las mujeres y niñas contra todas las prácticas peligrosas de esa índole. Específicamente, en 1955 la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer urgió a los gobiernos, a las organizaciones internacionales y a las organizaciones de la sociedad civil a desarrollar políticas y programas que

[280] Recomendación General n.º 14 (1990) y Recomendación General n.º 24 (1999).

eliminen cualquier forma de discriminación contra las niñas, y por supuesto esto incluía la MGF. Los documentos que surgieron posteriormente, como la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1997), incorporaron aquella agenda. El art. 4 de este último instrumento se centra en la integridad de la persona, el art. 5 en la dignidad humana y en la protección contra la degradación, el art. 16 en el derecho a la salud, y el artículo 18 (3) en la protección de los derechos de las mujeres y las niñas. En 1998 la Declaración de Addis Abeba sobre la violencia contra la mujer fijo un punto de avance hacia la formulación de una carta africana sobre la violencia contra la mujer proporcionando el marco necesario para promulgar leyes nacionales contra la MGF. Mas adelante la Declaración de Banjul condenaría la MGF y exigiría su eliminación. En 1999 a partir de la Declaración de Uagadugú del Taller Regional sobre la Lucha contra la MGF se instó nuevamente a los Estados a establecer redes y mecanismos que combatieran la MGF.

Durante los años 2000 muchos de los foros internacionales estuvieron dedicados a los planes de acción para el abordaje y cumplimiento de aquellos instrumentos que habían sentado las bases formales para la erradicación de la MGF. Durante el año 2000 la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing reconocieron los progresos a niveles domésticos para prohibir la MGF y señalaron que las normas discriminatorias continúan haciendo que las mujeres y las niñas sean vulnerables a la violencia de género. A nivel regional, en el 2001, el Parlamento Europeo adoptó una resolución sobre la MGF en la que se instaba a los gobiernos a adoptar medidas que protegieran a las sobrevivientes de la práctica y se urgía a los Estados miembros a reconocer el derecho de asilo a las mujeres y las niñas que se encontraran en riesgo de ser sometidas a la MGF.[281] En 2003 se aprobó el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África, Protocolo de Maputo, que específicamente insta a los Estados a que procedan a la eliminación de las prácticas nocivas.

A pesar de este marco legal, tradicionalmente se han pensado las leyes como asuntos completamente diferentes respecto de la política. Pensadas como puras y racionales en oposición a la "suciedad" de "lo político". En el Derecho Internacional de lxs Refugiadxs, como en muchas áreas del Derecho Internacional, tal vez el Derecho Internacional en general, es más difícil separar la ley de la política. ¿Por qué? Esta rama del derecho ofrece un discurso moral sobre justicia e imparcialidad –lo que se ve claramente en el

[281] Resolución del Parlamento Europeo sobre las mutilaciones genitales femeninas (2001/2035). https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2001-0476+0+DOC+XML+V0//ES

Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y su convergencia y complementariedad con Derecho Internacional de los Refugiadxs[282] (DIR)−. El derecho internacional de lxs refugiadxs, como parte del Derecho Internacional, pretende ser imparcial y objetivo y así afianzar su *credibilidad universal*.[283]

Si se piensa la ley como una entidad autónoma, distinta de la sociedad que regula, entonces un sistema jurídico será considerado diferente de un sistema político o económico. Funciona sobre la base de la racionalidad abstracta, universalmente aplicable y capaz de lograr neutralidad y objetividad. Desde esta postura la ley funciona como un sistema de creencias que hacen que las desigualdades sociales, políticas y económicas parezcan naturales.[284] La justificación a partir de las creencias, la tradición y la cultura opera para garantizar por un lado la prevalencia de un derecho que no las toma en cuenta para su imposición. Por otro lado, para establecer los límites entre las comunidades. Lo no deseado, lo innegociable y lo extranjero.

Los países de la UE reciben diferentes tipos de reclamos en el marco del proceso de solicitud de asilo de parte de niñas (no acompañadas y separadas) que buscan protección para no ser sometidas a la MGF. Ya sea que vengan directamente de países que practican la MGF o que hayan vivido la mayor parte de sus vidas en Europa y puedan correr el riesgo de ser sometidas si regresan; niñas que ya han sido sometidas a la MGF y buscan protección por temor a una nueva mutilación después del matrimonio (esto incluye los casos matrimonio infantil).[285]

[282] Cançado Trindade (1995: 77).

[283] Charlesworth (2002: 93).

[284] Charlesworth (2002: 93).

[285] El matrimonio infantil es poco receptado los sistemas de asilo en general. A menudo se compara con el "matrimonio arreglado" (lo que culturalmente podría resultar aceptable en algunas comunidades), en lugar de considerar que se trata una forma de someter a las niñas a un rol de género desde una idea de sumisión estricta. En este sentido, su propósito está estrechamente relacionado con el de la MGF, sobre todo cuando esta se presenta como una condición previa al matrimonio. Las prácticas de MGF y el matrimonio infantil generalmente prevalecen en los mismos países. En este sentido, ver Bustince (2017).

2. Un abordaje desde las teorías feministas del derecho

Desde la postura crítica feminista postcolonial y el activismo iusfeminista se ha pensado la discriminación en estos casos como aquella jerarquización injusta de poder (relación de dominio−subordinación) basada en el sistema de género.[286] Desde esta visión se piensa la problemática en cuestión a la luz de la "sobreculturización". Que básicamente consiste en sobredimensionar el alcance de la cultura para abordar una explicación de estas formas de violencia. Esta visión toma en cuenta que la forma de violencia en particular debe ser leída en contexto ya que se encuentra atravesada por diferentes ejes o vectores de poder (sexo, identidades, género) que hacen a dos cuestiones importantes para la discusión: la sociedad patriarcal y el rol de las familias en los diseños/planes de vida.[287]

Avanzando en la discusión, bajo este espectro general de conceptos, algunas autoras han señalado la exacerbación del contexto definido precedentemente por parte de los Estados occidentales, que estigmatizan a las comunidades migrantes.[288] En este sentido se podría resumir que estos Estados adoptan una postura estigmatizante cuando: encuadran y prestan atención excesiva a ciertas formas de violencia; definen ciertas formas de violencia como culturales frentes a otras que no son culturales para las mayorías; y cuando crean categorías de género y raciales para describir a las mujeres no occidentales víctimas de violencia (por ejemplo, "mujeres vulnerables", "niñas en riesgo", etc.).

Finalmente, cabe mencionar que algunas autoras han señalado las desventajas que presentan estas ideas para el análisis de los casos en concreto. Una de ellas seria la distinción de un feminismo desde occidente de "las que saben" y desarrollar una subcultura de mujeres desde este lugar. Destacando así una lucha entre oriente y occidente. Desde oriente, los fundamentalismos situando a la mujer en el centro de conservadurismo y rechazando toda reivindicación como "occidentalización", y desde occidente a partir de una utilización de la figura de la mujer, para evaluar desde la práctica más negativa a la totalidad de la cultura para rechazarla completamente.[289] Desde estas posturas, los supuestos y las categorías del derecho internacional de lxs refugiadxs pueden ser perjudiciales para las mujeres, niñas y adolescentes. Sin

[286] Mackinnon (2006: 383).
[287] Barrere (2008:46).
[288] Peroni (2016: 16).
[289] Juliano (1998: 69).

embargo, esto significa que también se puede utilizar el Derecho Internacional, y por qué no especialmente el DIR, para transformar la política internacional y el discurso político y jurídico interno.[290]

3. Una lectura formal: el marco jurídico internacional

La Convención de Naciones Unidas sobre el estatuto de lxs refugiadxs de 1951 (Convención de Ginebra, en adelante) y su Protocolo de 1967 establece en cuanto a la definición de refugiadx y las condiciones del reconocimiento de aquel estatuto cinco elementos: 1) encontrarse fuera de su país de origen; 2) por temor fundado; 3) ser objeto de persecución; 4) por uno de los cinco motivos estipulados en la Convención de Ginebra: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política 5) no disponer de protección en el país de origen o por no querer acogerse a la misma.

Si bien en la Convención de Ginebra no existe alguna referencia a la noción de género, existen otros instrumentos que han contribuido a la armonización y actualización del sistema de protección de las personas refugiadas en este sentido. En primer lugar, el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la condición de refugiadx en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiadxs. Esta herramienta tiene en cuenta el análisis del contexto de vulnerabilidad para el estudio de las solicitudes de asilo, especialmente la de lxs niñxs no acompañadxs. En segundo lugar, destaco la Directriz de ACNUR sobre protección internacional Nº1 que trata sobre la persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y su Protocolo relativo al estatuto de refugiadxs de 1967, y la Guía de ACNUR sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina.

A nivel regional, destaco el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, (Convención de Estambul en adelante) que establece en sus arts. 60 y 61 la relación entre la violencia de género y la definición de refugiadx que trae la Convención de Ginebra de 1951.[291] Por otro lado, existen distintas

[290] Ehrenreich Brooks (2002: 347).

[291] Para agosto del 2020 los siguientes Estados miembro del Consejo de Europa aún no

directivas en el ámbito de regulación de la UE que han integrado la perspectiva de género en un contexto de vulnerabilidad frente a las solicitudes de asilo. En este sentido, la Directiva de reconocimiento Nº95 del 2011 refiere a la persecución motivos de género y edad y su relación con el interés superior de la niña. La Directiva de procedimiento Nº32 del 2013 establece garantías procedimentales especiales para personas con necesidades específicas. Finalmente, la Directiva de acogida Nº33 del 2013 que define e identifica a las personas que se consideran "vulnerables", y en su art. 21 refiere a quienes han sido víctimas de MGF.

Uno de los supuestos de garantías y derechos que deben asegurar los Estados en el acceso al procedimiento para obtener asilo, es la evaluación individualizada de las necesidades de protección de las niñas. Esto se debe hacer teniendo en cuenta la persecución específicamente dirigida hacia ellas. Esto surge de la Observación General Nº6 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el trato de lx niñxs no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.[292] Entonces, durante los procedimientos nacionales aplicables para la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiada, los Estados deben prestar la máxima atención a estas formas y manifestaciones de persecución específicamente infantil y a la violencia de género.[293]

La situación de violencia particular que configura una persecución para las niñas, fue destacada por la Observación General Nº13 del Comité de los Derechos del Niñx, sobre el derecho del niñx a no ser objeto de ninguna forma de violencia. En este documento el comité realiza un análisis del art. 19 párrafo 1 de la Convención de los Derechos del Niñx y la obligación de protección de parte de los estados para las niñas expuestas a esta forma de violencia.[294] En este sentido, el comité incluyó a la MGF como una forma de violencia para las niñas pues consiste en una práctica perjudicial que se

habían ratificado la Convención de Estambul: Armenia, Bulgaria, Hungría, República Checa, Eslovaquia, Latvia, Liechtenstein, Lituania, Moldavia, Ucrania y Reino Unido. Estados que aún no han firmado la convención: Rusia y Azerbaiyán. La UE ha firmado el convenio en el 2017 encontrándose aún pendiente la ratificación.
https://www.coe.int/en/web/conventions/full−list/−/conventions/treaty/210/signatures

[292] Onu, Comité de los Derechos del Niño, *Observación general no.*6, 1 de septiembre de 2005, párr. 59.

[293] Onu, Comité de los Derechos del Niño, *Observación general no.*6, cit., párr.74.

[294] Artículo 19. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

equipara a un castigo corporal cruel y degradante.[295]

Una de las recomendaciones para los estados del Comité de la CEDAW y del Comité de los Derechos del Niñx ha sido la ejecución de programas especializados de concientización y formación para quienes trabajan con niñas migrantes. Esto con la finalidad de atender sus singulares necesidades de atención, por ejemplo, atención médica o psicológica cuando han sufrido MGF o han sido sometidas a un riesgo concreto. Se incluye dentro de lxs trabajadorxs que deberían recibir esta capacitación a trabajadorxs de salud, profesionales de los servicios del bienestar de las niñas, los servicios centrados en la protección de los derechos de la mujer, lxs trabajadorxs de la educación, lxs trabajadorxs de las fuerzas policiales, los trabajadores y funcionarios de la justicia, los políticos y el personal de comunicación que trabaja con mujeres y niñas.[296] Ahora bien, estos funcionarios y empleados administrativos y de la justicia que llevan a cabo y juzgan, respectivamente, los procesos de solicitud de asilo por este motivo de persecución, ¿tienen esta formación?

Todas estas decisiones y comentarios deben ser tenidas en cuenta durante todo el trayecto del proyecto migratorio. No solamente durante el proceso de solicitud de asilo. Esto incluye también las medidas respecto de la situación del retorno al país de origen. La tendencia de este tipo de *soft law* en traer una nueva forma de crear derecho no puede ser negada. A pesar de que esto ponga en jaque los aspectos más clásicos del derecho internacional que están basados en la soberanía de los Estados.[297]

4. Una lectura material: el tratamiento de las solicitudes asilo

Para finales del 2017 66.000 mujeres y niñas que provenían de países donde se practica la MGF solicitaron asilo en la Unión Europea (UE). Los países de origen de estas mujeres y niñas eran Iraq (cerca de 21.100 solicitudes), Nigeria (15.200 solicitudes), Eritrea (7.400) y Somalia (4.800). El país donde se radicaron la mayoría de las solicitudes de las personas provenientes de Nigeria fue Italia, mientras que la mayoría de las solicitudes de personas

[295] Onu, Comité de los Derechos del Niño, *Observación general no.13*, 18 de abril de 2011, párr. 29.
[296] Onu, Comité para la eliminación de la discriminación contra la Mujer, *Recomendación General no.31,* y Comité de los Derechos del Niño, *Observación general no. 18*, cit., párr.73. Inc. d).
[297] Fastenrath (1993:339).

provenientes de Costa de Marfil y Guinea se radicaron en Francia. Las solicitudes de personas provenientes de Iraq, Somalia y Eritrea se radicaron principalmente en Alemania. De todas estas solicitudes, se estima que más de 24.000 mujeres y niñas podrían haberse visto afectadas por MGF al momento de solicitar asilo en UE durante el 2017.[298] Lo cual sería el 37% de las solicitudes de asilo de personas que tienen como país de origen un estado donde la MGF es una práctica vigente y se cree que estas cifras han aumentado en la actualidad.[299] UNICEF estima que cerca de 68.000 millones de niñas podrían ser sujetas a la práctica de MGF para el 2030 teniendo en cuenta el incremento poblacional y si no hay cambios significativos en las formas de atender esta problemática.[300] La comunidad internacional ha acordado realizar diferentes esfuerzos para erradicar la MGF. De hecho, la erradicación de la violencia de género como uno de los objetivos de la agenda para el desarrollo sostenible exige la aceleración de los progresos destinados a eliminar la práctica de MGF, al igual que otras prácticas nocivas como el matrimonio infantil.[301]

Uno de los principales problemas para la producción y la recolección de estos tipos de datos está relacionado con las capacidades de los registros nacionales. ¿Cómo saber cuántas solicitudes de asilo se fundan invocando la MGF? Generalmente los estados registran estos casos dentro del grupo de las solicitudes fundadas en motivos de violencia de género. Bélgica es uno de los pocos países de UE que registra la información específica relativa a la MGF. Sin embargo, la periodicidad de la producción de informes se presenta como una problemática para entender en la actualización de los datos. Para finales de 2015 Bélgica recibió 609 solicitudes de asilo basadas en una situación de persecución a partir de MGF de un total de 3.545 solicitudes de mujeres y niñas que provenían de un país donde se da la practica en cuestión.[302]

¿Cómo se podría respaldar una solicitud de asilo a partir de una situación de MGF? En primer lugar, es una forma de violencia de género

[298] ACNUR (2018), Resultados del Informe *Too Much Pain*, *Female genital mutilation & asylum in the European Union,* agosto 2018, p. 1. Disponible en: https://data2.unhcr.org/es/documents/details/65299

[299] UNICEF, Porcentaje sobre la prevalencia de la MGF en niñas de 0 a 14 años, febrero 2020. Consultado en Global Data Bases [data.unicef.org]. Ver también: https://data.unicef.org/topic/child−protection/female−genital−mutilation/

[300] UNFPA−UNICEF. Programme to Eliminate FGM: Ending Female Genital Mutilation, an investment in the future. www.unfpa.org/fgm

[301] UNFPA−UNICEF. Programme to Eliminate FGM: Ending Female Genital Mutilation, an investment in the future. www.unfpa.org/fgm

[302] UNFPA−UNICEF. Programme to Eliminate FGM: Ending Female Genital Mutilation, an investment in the future. www.unfpa.org/fgm

y una forma de persecución específica de las niñas. Segundo, se trata de un practica nociva que viola el principio de no discriminación (pues afecta solo a mujeres y niñas) y el derecho de la niña a ser protegida contra prácticas perjudiciales para su salud. Finalmente, y vinculado íntimamente a la segunda razón, la MGF tiene consecuencias para la salud a corto y largo plazo. Por lo tanto, se la considera una forma continua de persecución y e incluso una forma de tortura.[303]

La MGF constituye una forma de persecución por razones de género a la luz de la Convención de Ginebra de 1951. A su vez, puede relacionarse con la persecución por motivos relativos a la opinión política, la pertenencia a un grupo social particular o las creencias religiosas. De hecho, la MGF se menciona como un ejemplo de persecución basada en la pertenencia a un grupo social particular en la directiva de calificación para la solicitud de asilo de la UE.[304] Adicionalmente, constituye un "daño grave" desde la perspectiva de la calificación para protección subsidiaria según el artículo 15 de la misma directiva. A pesar de todo esto, quienes sobreviven a la MGF o se encuentran bajo un riesgo experimentan varios desafíos durante el procedimiento, sobre todo en lo relativo al planteo de los hechos y poder así asegurarse entonces la protección.[305]

La necesidad de que las autoridades estén informadas sobre aspectos específicos relacionados con la MGF, incluye la información relativa a su prohibición en el país receptor y las consecuencias de la MGF en la salud. Esto puede ayudar también a las niñas a comprender que han sido víctimas de violencia y que esto puede dar lugar a un motivo de asilo. También puede ayudar a prevenir la MGF para otros miembros de la familia o comunidad.[306]

---

[303] Nowak, M. (2008).

[304] Considerando no. 30 de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo del 13 de diciembre de 2011 http://tinyurl.com/EU−QualificationDirective

[305] Un informe del año 2012 incluye una serie de ejemplos de buenas prácticas desde un análisis comparativo las solicitudes asilo en 9 países de UE, basadas en violencia de género. http://tinyurl.com/EU−Gender−asylum−claims−2012

[306] En el contexto migratorio, se entiende por redes sociales capital social de los migrantes y el mecanismo que hace que la migración se perpetúe a sí misma. Cuanto mayores son las dificultades para acceder a los países destino, las redes sociales operan con mayor eficacia para reducir los costos y riesgos de la migración. La naturaleza de las redes es acumulativa. Cada desplazamiento constituye un recurso para los migrantes que se quedan atrás y facilitar desplazamientos ulteriores, que a la vez amplían las redes y con ello la posibilidad de continuar expandiéndose en el futuro. La utilidad de la red se da a partir de la recreación de la comunidad de origen en los países destino y la consecuente reproducción de la comunidad

5. A modo de conclusión

Las autoridades que intervienen en el proceso de solicitud de asilo en Europa necesitan establecer mejores procedimientos para atender las vulnerabilidades específicas y las necesidades de protección de niñas y adolescentes que han sido sometidas a MGF, o corren el riesgo de ser sometidas a esta práctica nociva.

Una política pública migratoria innovadora debe abarcar íntegramente los aspectos culturales que motivaron la migración y por lo tanto la solicitud de asilo. Debe tomar en cuenta la "regulación cultural" de la misma manera que se toma en cuenta la regulación normativa positiva. El enfoque de derechos humanos y realista, teniendo en cuenta las particularidades de los casos que se presentan, es esencial. La consideración de una práctica nociva, camino a la erradicación, requiere una visión preventiva y también de protección. Esto para que el costo de la práctica nociva no sea solamente trasladado a quienes la sufren y a sus familias, y que la única manera de sobrevivir sea huir, salirse de la comunidad. En un sistema de protección, que incluye el procedimiento de solicitud de asilo, si bien deben encaminarse a colaborar con la reducción de la existencia de casos individuales, tampoco puede perder de vista la arista preventiva. Esto el aumento de las familias disidentes.

Reconocer los aspectos culturales de la MGF como motivo de persecución permite realizar una regulación positiva más acorde a la agenda de derechos humanos y desarrollo sostenible. A su vez, se requiere que esto no sea solamente restringiendo o controlando la movilidad humana y limitando la libertad de circulación de niñas y adolescentes en riesgo. Este conocimiento cultural puede ser utilizado también para prevenir y evitar sufrimiento y no sólo para perseguir eficazmente. En este sentido, los movimientos de mujeres han identificado que si bien se avanza desde lo formal (el derecho como ficción), hay otras normatividades que responden a la cultura, a las buenas costumbres, a la moral, que no permiten que los avances se configuren en la realidad. De ahí la importancia entonces de generar una cultura de aplicación de las normas jurídicas.

---

en el contexto de transnacionalización. Se trata de un proceso de adaptación continua de las formas de vida y de las estructuras sociales y económicas. En este sentido: Arango (2003:20); Canales (2000: 6.3.9); Gurak y Caces (1998:95); Aparicio y Tornos (2006:24).

6. Bibliografía

6.1 Fuentes principales

ACNUR (2009). *Guía sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina*, aprobada en mayo de 2009 en Ginebra por la Sección de Políticas de Protección y de Asesoramiento Jurídico, División de Servicios de Protección Internacional, https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7139.pdf .

ONU (2011). Comité de los Derechos del Niño. *Observación general no.13*, 18 de abril de 2011.

ONU (2014). Comité para la eliminación de la discriminación contra la Mujer, *Recomendación General no.31,* y Comité de los Derechos del Niño, *Observación general no.18*, adoptadas de manera conjunta, 14 de noviembre de 2014.

6.2 Bibliografía crítica

6.2.1 Libros

Juliano, D. (1998). *Las que saben. Subculturas de mujeres,* Horas y Horas, Madrid.

6.2.2 Artículos

Barrere, M. (2008). "Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación", en R. Mestre i Mestre (coord.), *Mujeres, derechos, ciudadanías*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 45−71.

Bustince, L. (2017). "La mutilación genital femenina, los matrimonios de menores y las niñas−os soldados entre los Bantú, en el contexto del derecho africano", África Fundación Sur, 8 noviembre 2017. Disponible en www.africafundacion.org.

CANALES, A. y ZLOLNISKI, C. (2000). "Comunidades transnacionales y migración en la era de la globalización", Ponencia presentada al Simposio sobre Migraciones Internacionales en las Américas. San José de Costa Rica: OIM−CEPAL.

CANÇADO TRINDADE, A. A., (1995). "Derecho Internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias", en *10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, Memoria Coloquio Internacional*. San José de Costa Rica: ACNUR, IIDH.

CHARLESWORTH, H. (2002)."The Hidden Gender of International Law", en *Temple International and Comparative Law*, nº 16, 93−102.

EHRENREICH BROOKS, R. (2002). "Feminism and International Law: An Opportunity for Transformations" en *Yale Journal of Law and Feminism*, nº 14, 345−361.

FASTENRATH, U. (1993). "Relative Normativity in International Law" en *European Journal of International Law*, Vol. 4, Issue 3, 305–340.

GURAK, D. Y CACES, F. (1998). "Redes migratorias y la formación de sistemas de migración", en Cruzando fronteras. Economía y Crítica. Madrid: Editorial Fundación Hogar de la Empleada.

MACKINNON, C. (2006). "Difference and Dominance: On Sex Discrimination" en *Twentieth Century Political Theory*. 2da Edición. Stephen Eric Bonner (ed). New York: Routeledge, 381−393.

PERONI, L. (2016). "Violence Against Migrant Women: The Istanbul Convention Through a Postcolonial Feminist Lens", *Feminist Legal Studies*.

Desplazados y refugiados: obligación por sobre la elección. Análisis de la problemática actual y nuevos instrumentos normativos

Irina Zilbermann

"Nadie se convierte en refugiado por elección,

pero cada uno de nosotros sí podemos elegir cómo ayudar"

Filippo Grandi, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

El concepto "refugiados" ha resonado en las noticias mundiales con frecuencia en los últimos tiempos, debido a los grandes desplazamientos masivos que se han desencadenado a lo largo de todo el mundo. Como consecuencia del incremento de conflictos armados desatados alrededor del globo, la población civil se ha visto obligada a abandonar sus raíces, cultura, e identidad, en miras de una mejor calidad de vida; viéndose así obligados y forzados por las circunstancias fácticas, como ser las situaciones de Siria, Afganistán, Sudán del Sur, Myanmar y Somalia, entre otras.

Sin embargo, la comunidad internacional ha manifestado un gran interés en fortalecer los procesos previstos para las grandes oleadas migratorias ocurrentes en la actualidad, repensando a su vez, los instrumentos jurídicos existentes. Dicho proceso, arrojó varias incógnitas a ser respondidas: ¿Es efectiva la normativa existente? ¿Ha quedado desactualizada la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados adoptada en 1951 en el marco de las Naciones Unidas? ¿Se requieren mayores medidas prácticas?

1. Breve definición y reseña histórica

El núcleo esencial del régimen de protección de los refugiados, remonta a un período de posguerra de la Segunda Guerra Mundial, con la creación de La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas celebrada en el marco de las Naciones Unidas.[307] La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR, por sus siglas en inglés UNHCR), creada en 1950, es "el guardián" de la Convención y de su Protocolo, a pesar de no limitarse a la aplicación de las disposiciones de estos tratados únicamente.[308]

La Convención entiende como "refugiado" a aquellas personas que por "*fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.*".[309] En un principio, dicha definición poseía una limitación temporal y territorial, restricción que fue eliminada con la elaboración del Protocolo de 1967.

Por otra parte, la Convención establece el concepto cardinal de "*non refoulement*", prohibiendo a los Estados Parte la expulsión y devolución de un refugiado, cuando ello signifique poner en riesgo su vida o su libertad por motivos de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.[310] Este precepto ha adquirido un carácter consuetudinario con aplicación extraterritorial,[311] reproducido en numerosos instrumentos internacionales como ser la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Artículo 3); el IV Convenio de Ginebra de 1949 (Artículo 45); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 7), la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Artículo 22, Inciso 8) y en la Declaración sobre

[307] Naciones Unidas. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

[308] Naciones Unidas. Protocolo de 1967 añadido a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Artículo II. Inciso 2, punto c.

[309] Naciones Unidas. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Artículo 1, Inciso A.

[310] Naciones Unidas. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Artículo 33.

[311] ACNUR. Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. 26 de enero de 2007.

la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Artículo 8), entre otros. Asimismo, tribunales internacionales lo han convalidado como base de la protección internacional para las personas refugiadas y en búsqueda de asilo, como ser la Corte Interamericana de Derechos Humanos;[312] el Tribunal Europeo de Derechos Humanos;[313] entre otros.

En esta misma línea, la definición de refugiado ha sido ampliada por otros instrumentos de carácter regional, destacándose como los de mayor relevancia, la Convención de la Organización para la Unidad Africana (OUA) que incorpora como causal "*una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público*"[314] o la Declaración de Cartagena, que incluye como causal "*la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público*".[315]

2. Situación actual: nuevos debates e instrumentos

2.1 Antecedentes a la Declaración de Nueva York

La Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la resolución A/70/1 del 25 de septiembre de 2015, adoptó la "Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible" por medio de la cual, se establece un "plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad", compuesto de 17 objetivos y 169 metas, a desarrollarse en la agenda universal en el transcurso de los años siguientes. Si bien la referida mayormente se orienta a cooperación internacional en materia de cambio climático y políticas económicas, lo cierto es que reconoce a su vez la necesidad de "empoderar a las personas vulnerables" entre las cuales enumera a los migrantes, refugiados y desplazados.

[312] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272. Párr. 151; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional", párrafo 209 y ss.
[313] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia (Demanda no. 27765/09). Sentencia de la Gran Sala. 23 de febrero 2012, párrafos 134 y 135.
[314] Naciones Unidas. Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. 10 de septiembre de 1969. Artículo 1, Inciso 2.
[315] Naciones Unidas. Declaración de Cartagena sobre los Refugiados. 22 de noviembre de 1984. Conclusión Tercera.

Para ello indican que se emprenderán medidas eficaces para "*fortalecer el apoyo a las personas que viven en zonas afectadas por emergencias humanitarias complejas y en zonas afectadas por el terrorismo y atender sus necesidades especiales*."[316]

El texto refuerza que "para garantizar la seguridad, el orden y la regularidad de las migraciones" deberá respetarse "plenamente los derechos humanos y dispensando un trato humanitario a los migrantes, sea cual sea su estatus migratorio, y a los refugiados y los desplazados" debiéndose a su vez, fortalecer la resiliencia de los Estados receptores de refugiados. [317]

Como objetivos a cumplir, reconoce que se deberá "*facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas*."[318], debiendo "t*ener acceso a posibilidades de aprendizaje permanente que las ayuden a adquirir los conocimientos y aptitudes necesarios*"[319] y protegiendo los "*derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos*".[320]

Dicha resolución fue la antesala a la resolución A/71/1 adoptada por la Asamblea General el 19 de septiembre de 2016, conocida como la "Declaración de Nueva York", por medio de la cual se implementarían los compromisos asumidos en la "Agenda 2030" en lo que respecta a la temática. Por medio de la misma, la comunidad internacional reconoció la existencia de una "movilidad humana que ha alcanzado un nivel sin precedentes",[321] que se caracteriza por poseer "*ramificaciones políticas, económicas, sociales y humanitarias y para el desarrollo y los derechos humanos, que traspasan todas las fronteras*".[322]

A niveles generales, vigoriza la existencia de derechos humanos universales y libertades fundamentales[323] tanto para los refugiados como para

[316] Naciones Unidas. Resolución 70/1/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptada el 25 de septiembre de 2015, párrafo 23.
[317] Naciones Unidas. Resolución 70/1/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptada el 25 de septiembre de 2015, párrafo 29.
[318] Naciones Unidas. Resolución 70/1/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptada el 25 de septiembre de 2015. Objetivo 10, párrafo 10.7.
[319] Naciones Unidas. Resolución 70/1/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptada el 25 de septiembre de 2015, párrafo 25.
[320] Naciones Unidas. Objetivo 8, párrafo 8.8.
[321] Naciones Unidas. Resolución A/71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 19 de septiembre de 2016, párrafo 3.
[322] Naciones Unidas. Resolución A/71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 19 de septiembre de 2016, párrafo 7.
[323] Naciones Unidas. Resolución A/71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 19 de septiembre de 2016, párrafo 12.

los migrantes, independientemente de poseer un marco normativo disímil.[324] No obstante, prevé compromisos comunes y particulares a cada uno de ellos, tomando en cuenta las distintas realidades, capacidades, niveles de desarrollo, políticas y prioridades de los países parte.

En lo que respecta a los "compromisos comunes", principalmente se recuerda que "los Estados tienen derechos y responsabilidades en la gestión y el control de sus fronteras" debiendo aplicar procedimientos de control que *"sean conformes con las obligaciones aplicables en virtud del derecho internacional, incluido el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados"*.[325] Reconoce la necesidad *"de atender, a su llegada, las necesidades inmediatas de las personas que se hayan visto expuestas a malos tratos físicos o psicológicos mientras se encontraban en tránsito, sin discriminación y con independencia de su condición jurídica o situación migratoria o de los medios de transporte que hayan empleado.*".[326] Incorpora una perspectiva de género, reconociendo que "*se promuevan la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de todas las mujeres y las niñas (…) reconociendo la importante contribución y el liderazgo de las mujeres en las comunidades de refugiados y migrantes, (…) que participen de manera plena, fructífera y en pie de igualdad en la formulación de soluciones y oportunidades locales.*".[327] Asimismo, y en atención a la Resolución 64/293, pondrán en práctica el Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para Combatir la Trata de Personas.[328]

2.2 Anexo I de la Declaración de Nueva York: Marco de Respuesta Integral para los Refugiados (o por sus siglas en inglés CRRF)

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados junto con los Estados y entidades competentes de las Naciones Unidas, son los encargados de poner en marcha y preparar el marco de respuesta integral para cada situación que involucre grandes desplazamientos

[324] Naciones Unidas. Resolución A/71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 19 de septiembre de 2016, párrafo 6.

[325] Naciones Unidas. Resolución A/71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 19 de septiembre de 2016, párrafo 24.

[326] Naciones Unidas. Resolución A/71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 19 de septiembre de 2016, párrafo 26.

[327] Naciones Unidas. Resolución A/71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 19 de septiembre de 2016, párrafo 31.

[328] Naciones Unidas. Resolución A/71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 19 de septiembre de 2016, párrafo 36.

de refugiados, cuyo plan de acción se basará en los principios de cooperación internacional y de la distribución de la carga y responsabilidad.[329]

No obstante remarca, y ello lo hace novedoso, que deberá incluirse la participación de múltiples interesados como ser las autoridades nacionales y locales, organizaciones regionales, las sociedades civiles, instituciones financieras internacionales, entre otros.[330] Este marco de respuesta, establece ciertos lineamientos generales a considerar por los Estados en miras de mejorías:

a) Recepción y admisión: Los Estados receptores deberán garantizar que se adopten medidas para identificar como refugiados a quienes necesiten una protección internacional, ofreciendo condiciones de recepción suficientes, seguras y dignas; atendiendo sus necesidades esenciales y específicas (mujeres y niñas); y debiendo ser inscriptos individualmente, proveyéndoles de los documentos necesarios. A su vez, refuerza la necesidad de adopción de medidas que consagren los derechos humanos y la seguridad de los refugiados, como las de mantener el carácter civil y humanitario de los campamentos y asentamientos de refugiados.[331]

b) Apoyo a las necesidades inmediatas y persistentes: Los Estados con la cooperación de asociados del sector privado deberán entre otras cosas, movilizar suficientes recursos financieros para cubrir las necesidades humanitarias, prestar asistencia a los países de acogida para proteger el medio ambiente y fortalecer la estructura afectada por los grandes desplazamientos de refugiados, y aumentar el apoyo a los mecanismos de prestación de asistencia monetaria. Por su parte, los Estados de acogida deberán dar acceso rápido, seguro y sin trabas a la asistencia humanitaria.[332]

c) Apoyo a los países y comunidades de acogida: deberán proceder a realizar una evaluación del impacto antes y después de un gran desplazamiento de refugiados, para definir la asistencia necesaria, como así deberán incorporar el marco de respuesta integral en los planes nacionales de desarrollo.[333]

---

[329] Naciones Unidas. Resolución A/71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 19 de septiembre de 2016. Anexo I, párrafo 1.
[330] Naciones Unidas. Resolución A/71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 19 de septiembre de 2016. Anexo I, párrafo 2.
[331] Naciones Unidas. Resolución A/71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 19 de septiembre de 2016. Anexo I, párrafo 5, puntos a) y e).
[332] Naciones Unidas. Resolución A/71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 19 de septiembre de 2016. Anexo I, párrafo 6, puntos b) y f).
[333] Naciones Unidas. Resolución A/71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 19 de septiembre de 2016. Anexo I, párrafo 8.

d) Soluciones duraderas: dependen de la cooperación y el apoyo firme y sostenido de la comunidad internacional adoptar medidas como: repatriación voluntaria, soluciones locales y reasentamiento, y canales complementarios de admisión. Para garantizar el regreso y reintegración sostenible, los Estados, entidades de las Naciones Unidas y asociados pertinentes deberán realizar medidas tendientes a fomentar la reconciliación y diálogo. Los terceros Estados deberán implementar medidas de compromiso y de programas de asentamiento.[334]

e) Camino a seguir: trabajar arduamente para la elaboración de un pacto mundial sobre la cuestión de los refugiados, tomando como base al marco de respuesta integral, solicitándole al Alto Comisionado que lo incluya en su informe anual.[335]

2.3 Anexo II de la Declaración de Nueva York: medidas para concertar un pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular

El Anexo II en cambio, busca establecer una serie de principios, compromisos y entendimientos entre los Estados Miembros sobre la migración internacional en todas sus dimensiones. En ese sentido, solicita la "*cooperación en el plano internacional para velar por que las migraciones sean seguras, regulares y ordenadas, respetando plenamente los derechos humanos y dispensando un trato humanitario a los migrantes, sea cual fuere su situación migratoria.*".[336] Establece ciertos elementos que deberá contener el pacto, como ser la *"necesidad de abordar las causas de la migración, en particular redoblando los esfuerzos en cuanto al desarrollo, la erradicación de la pobreza, y la prevención y la solución de conflictos*".[337] A su vez, acentúa nuevamente una cooperación internacional que tenga entre otros aspectos, un fuerte fomento "*de la inclusión de los migrantes en las sociedades de acogida, el acceso a los servicios básicos para los migrantes y los servicios que tengan en*

[334] Naciones Unidas. Resolución A/71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 19 de septiembre de 2016. Anexo I, párrafo 11 y 12.
[335] Naciones Unidas. Resolución A/71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 19 de septiembre de 2016. Anexo I, párrafo 19.
[336] Naciones Unidas. Resolución A/71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 19 de septiembre de 2016. Anexo II, párrafo 5.
[337] Naciones Unidas. Resolución A/71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 19 de septiembre de 2016. Anexo II, párrafo 8, Inciso C.

cuenta las cuestiones de género".[338]

3. Pacto Mundial sobre los Refugiados

Finalmente, luego de dos años de extensas consultas dirigidas por el ACNUR, el 17 de diciembre de 2018 fue adoptado el Pacto Mundial por la Asamblea General de las Naciones Unidas.[339] Si bien refleja la voluntad política de la comunidad internacional en lo que respecta a la situación global de los refugiados, poseyendo como base el marco de respuesta integral con sus principios rectores reflejados precedentemente, es un instrumento no jurídicamente vinculante.[340] El mismo, tiene como finalidad alcanzar – mediante contribuciones voluntarias, la movilización de la voluntad política, la ampliación de la base de apoyo y acuerdos entre los Estados y otras partes interesadas – la realización de los siguientes objetivos: "a) aliviar las presiones sobre los países de acogida; b) promover la autosuficiencia de los refugiados; c) ampliar el acceso a las soluciones que impliquen a terceros países; y d) favorecer en los países de origen condiciones que propicien un retorno en condiciones de seguridad y dignidad".[341]

El programa de acción está compuesto por dos ejes: por un lado, mecanismos eficaces de distribución de la carga y la responsabilidad, y por el otro, esferas en las que se puedan hacer contribuciones oportunas en apoyo de los países de acogida y, cuando proceda, de los países de origen. [342]

Así pues, el Pacto prevé la creación de un Foro Mundial sobre los Refugiados – a nivel ministerial – en donde los Estados Miembros de las Naciones Unidas junto con las partes interesadas pertinentes, se reúnan para anunciar promesas de compromiso y contribuciones concretas para alcanzar los objetivos del Pacto. El primer Foro tendrá lugar el 17 y 18 de diciembre de 2019 en el Palacio de las Naciones en Ginebra, Suiza.[343] Los Foros posteriores tendrán a su vez, que realizar balances de cumplimientos sobre las promesas

[338] Naciones Unidas. Resolución A/71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 19 de septiembre de 2016. Inciso O.
[339] Ver https://www.acnur.org/pacto-mundial-sobre-refugiados.html
[340] Naciones Unidas. Pacto Mundial sobre los Refugiados, párrafo 4.
[341] Naciones Unidas. Pacto Mundial sobre los Refugiados, párrafo 7.
[342] Naciones Unidas. Pacto Mundial sobre los Refugiados, párrafo 10.
[343] Ver https://www.acnur.org/foro-mundial-sobre-refugiados.html

adquiridas en sesiones previas.

A nivel nacional, en lo que respecta a los países de acogida, el Pacto prevé que establezcan mecanismos nacionales para coordinar y facilitar la labor de todas las partes interesadas, para contribuir a la elaboración de un plan integral bajo el liderazgo nacional con asistencia del ACNUR.[344]

A su vez, para respaldar dichos mecanismos, podrán solicitar la activación de una plataforma de apoyo. Dicha plataforma, busca prestar asistencia dependiendo del contexto específico de los refugiados facilitando respuestas humanitarias mediante la participación temprana, movilizar la asistencia financiera, impulsar el compromiso político, entre otras.[345] Podrán solicitar la asistencia del ACNUR, en situaciones donde por su complejidad, supere la capacidad de respuesta de un Estado de acogida o bien por ser prolongada, se requiera de un apoyo adicional. En cada oportunidad en que sea activada una plataforma de apoyo, un grupo de Estados se ocupará de dirigirla y movilizar contribuciones, en base a los intereses que surjan en el Foro Mundial.

Asimismo, existe la posibilidad de llevar a cabo una "conferencia de solidaridad" por medio de las cuales se movilizaría un apoyo a favor de los Estados de acogida o los de origen y que involucraría a numerosos actores para recabar contribuciones financieras, materiales y técnicas.[346] Ello se verá complementado, a través de la participación de mecanismos regionales y subregionales, específicamente "*participando de manera decisiva en las plataformas de apoyo, las conferencias de solidaridad y otros mecanismos, con el consentimiento de los Estados interesados.*"[347]

Por otra parte, el Pacto describe las herramientas para la puesta en práctica la distribución de la carga y la responsabilidad, para respaldar los mecanismos precedentemente indicados. De esta manera, acentúa la necesidad de financiación y el uso efectivo y eficiente de los recursos, llamando a los Estados y otras entidades, a intensificar su labor a favor de los refugiados, y los países de recogida.[348]

---

[344] Naciones Unidas. Pacto Mundial sobre los Refugiados, párrafo 20.

[345] Naciones Unidas. Pacto Mundial sobre los Refugiados, párrafo 24.

[346] Naciones Unidas. Pacto Mundial sobre los Refugiados, párrafo 27.

[347] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12, párrafo 29.

[348] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12. Punto 3.1, párrafo 32.

A su vez, prevé una fuerte asociación con múltiples interesados, ya sean las organizaciones humanitarias conforme sus respectivos mandatos, como así los actores humanitarios y las entidades dedicadas al desarrollo, para una labor conjunta, complementaria y efectiva en los países de acogida, de origen y en aquellos que carecen de la capacidad institucional para atender a las necesidades de los refugiados.[349] Para ello, se movilizará a todo el sistema de las Naciones Unidas, en miras de recabar dichas contribuciones.

En esa misma línea, se alienta a las buenas prácticas y enfoques innovadores de ciudades, municipios, parlamentos, organizaciones de la sociedad civil, asociaciones público-privadas, entre otros. Como complementario a dichas medidas, sostiene con énfasis la necesidad de disponer de "datos fiables, comparables y oportunos"[350] para adoptar medidas de base a dicha información, salvaguardando la protección y privacidad de los mismos.

Finalmente, en una segunda parte, realiza un análisis de los ámbitos que requieren apoyo para aliviar la carga de los países de acogida, cuya eficacia, depende de la adopción de los mecanismos sólidos precedentemente indicados. Recoge los aspectos a mejorar señalados en la Declaración de Nueva York, incluyendo a su vez, la necesidad de mecanismos para la tramitación equitativa y eficiente de las solicitudes individuales de protección internacional, de forma que se eviten lagunas de protección, pudiendo, en contexto de los grandes movimientos de refugiados, como práctica conceder protección colectiva.[351]

Por otra parte, señala ámbitos que requieren el apoyo particular de la comunidad internacional en su conjunto para fomentar la resiliencia de las comunidades de acogida, como ser la necesidad de aportes y conocimientos especializados en materia de: a) ampliación de los sistemas nacionales de educación haciéndolos más inclusivos;[352] b) el empleo y medios de subsistencia

[349] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12. Punto 3.2, párrafo 35.

[350] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12. Punto 3.3, párrafo 45.

[351] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12. Punto 1.6, párrafo 61.

[352] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12. Punto 2.1, párrafo 68.

para promover oportunidades económicas, trabajo decente y creación de empleo, en particular mujeres, adultos jóvenes, personas con discapacidad, entre otros[353] en consonancia con UNICEF, UNESCO, Alianza Mundial para la Educación, entre otros; c) ampliación de los sistemas de salud, mejorando su calidad y acceso a los refugiados y comunidades de acogida en especial atención a niños, personas que padecen enfermedades crónicas, supervivientes de trata, entre otros;[354] d) adaptación de las respuestas en el contexto de refugiados a gran escala para mujeres y niñas, promoviendo el disfrute de los derechos humanos; fomentando su participación y liderazgo de las mismas en distintos ámbitos;[355] e) elaboración de políticas y programas que tengan en cuenta las vulnerabilidades y necesidades de la infancia; empoderándolos y aprovechando su talento, potencial y energía;[356] f) reforzar la infraestructura de los países de acogida, por parte de Estados y partes interesadas; para un alojamiento adecuado e integración ordenada y sostenible;[357] g) acceso a una adecuada seguridad alimentaria y nutrición atendiendo específicamente a refugiados vulnerables;[358] h) fomentar la capacidad de los registros civiles nacionales y el acceso oportuno a las inscripciones correspondientes;[359] i) apoyar el intercambio de buenas prácticas en materia de apatridia – consecuencia grave de desplazamientos de refugiados – y para la elaboración de planes de acción nacionales, regionales e internacionales;[360] y j) fomentar la

[353] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12. Punto 2.2, párrafo 70.

[354] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12. Punto 2.3, párrafo 73.

[355] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12. Punto 2.4, párrafo 75.

[356] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12. Punto 2.5, párrafo 77.

[357] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12. Punto 2.6, párrafo 79.

[358] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12. Punto 2.7, párrafo 80.

[359] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12. Punto 2.8, párrafo 82

[360] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo

coexistencia pacífica entre las comunidades de refugiados y las comunidades de acogida y la no discriminación.[361]

Frente a todas estas propuestas y necesidades manifiestas, el Pacto prevé distintas soluciones duraderas mediante la planificación anticipada desde el inicio de los desplazamientos de refugiados.

Así señala, un gran apoyo a la repatriación voluntaria en condiciones seguras y dignas, garantizando el ejercicio de la elección libre e informada como así respetando el principio de "*non refoulement*" o de no devolución, por parte de los Estados y las partes interesadas.[362] Otra solución señalada por el Pacto es el reasentamiento, que para ello solicita una ayuda mutua entre los Estados para compartir cargas y atenuar las repercusiones en los países de acogida. En ese sentido, el ACNUR elaborará una estrategia trienal (2019-2020) destinada a identificar países que no participen en actividades mundiales y establecer nuevos programas en base a las buenas prácticas.[363] Como complemento a ello, la estrategia trienal de reasentamiento abarcará vías complementarias para la admisión, como ser visados humanitarios, corredores humanitarios, reunificaciones familiares, entre otros.[364]

Si bien las soluciones precedentes son las "preferidas", lo cierto es que también existen países que resuelven la situación a través de una integración local, mediante la concesión de una condición jurídica duradera y la naturalización, a través de esfuerzos recíprocos entre los refugiados y la sociedad de acogida.[365] Asimismo, existen otras soluciones locales, mediante la concesión de un permiso de estancia temporal, para facilitar la inclusión satisfactoria, en función del contexto y las necesidades del país de acogida.[366]

tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12. Punto 2.9, párrafo 83.

[361] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12. Punto 2.10, párrafo 84.

[362] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12. Punto 3.1, párrafo 87.

[363] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12. Punto 3.2, párrafo 93.

[364] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12. Punto 3.3, párrafo 95.

[365] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12. Punto. 3.4, párrafo 97.

[366] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

A modo de conclusión, el Pacto determina que la comunidad internacional es la encargada de velar por el cumplimiento del mismo, en atención a cada uno de los puntos explayados precedentemente. En particular, el ACNUR será el encargado de catalizar y apoyar a los Estados, de acuerdo a su vez, con su mandato. Los seguimientos y exámenes se realizarán en el marco del Foro Mundial sobre los Refugiados, celebrado en principio, cada cuatro años.[367] Durante el período entre foros, se celebrarán reuniones de funcionarios de alto nivel sobre el pacto mundial, celebrándose la primera en 2021.[368]

4. Conclusiones y comentarios

La Convención de 1951, interpretada conjuntamente con su Protocolo y los numerosos instrumentos nacionales, regionales e internacionales que adicionan elementos a la definición; continúa ejerciendo el rol de piedra angular para el régimen de protección de refugiados. No obstante, debe destacarse que la realidad actual, dista significativamente de los acontecimientos que dieron lugar a la elaboración de dicha Convención, por lo cual hay quienes la critican duramente. Sin embargo, criticar el texto de una Convención elaborada hace más de cincuenta años en su aplicación a hechos actuales, es desoír la amplia jurisprudencia que ha zanjado dicho debate, debiendo entender a la Convención como un instrumento vivo,[369] adaptable a las nuevas circunstancias.

Empero, independientemente de la fuerza normativa de la Convención, la realidad fáctica ha demostrado ser avasallante, arrojando índices récord de refugiados a lo largo del globo, proviniendo las dos terceras partes del total de Siria, Afganistán, Sudán del Sur, Myanmar y Somalia, tanto en 2017 como

A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12. Punto 3.5, párrafo 100.

[367] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12, párrafo 101.

[368] ACNUR. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. A/73/12. Parte II. Pacto mundial sobre los refugiados. Asamblea General. Septuagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 12, párrafo 104.

[369] Por ejemplo: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tyrer contra el Reino Unido, Sentencia del 25 de abril de 1978, Serie A. Nº 26, párrafo 31.

en 2018.[370] La comunidad internacional ha demostrado ser muy consciente de ello, y de los desafíos actuales a superar. La elaboración de un Pacto Mundial demuestra la voluntad de salvaguardar los derechos esenciales de las personas refugiadas, apostando fuertemente a la participación de una numerosa cantidad de nuevos actores incluyendo la sociedad civil, asociaciones privadas, instituciones educativas, entre otras; y fomentando la elaboración de mecanismos regionales de coordinación y asociación que implementen consultas nacionales, planes estratégicos, entre otros; en miras de brindar respuestas predecibles y eficaces con mayor celeridad.

Al día de la fecha, se observan numerosos Estados que han materializado su compromiso, a través de la creación de mecanismos tales como el "Marco Integral Regional de Protección y Soluciones" (MIRPS) elaborado por Belice, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México y Panamá para la aplicación práctica del CRRF[371]. Asimismo, países como Djibouti, Etiopía, Kenia, Uganda, la República Unida de Tanzania, Somalia y Zambia, a través de la elaboración de *Somalia's National Action Plan* (NAP), han demostrado trabajar conjuntamente en la incorporación del CRRF, mediante una responsabilidad conjunta para sobrepasar los desafíos prácticos.[372]

5. Bibliografía

5.1 Instrumentos normativos

Naciones Unidas. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

ACNUR. Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 del 26 de enero de 2007.

Naciones Unidas. Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. 10 de septiem-

[370] ACNUR. Informe del ACNUR sobre Tendencias Globales 2018: Desplazamiento forzado. Capítulo 2, Refugiados. https://www.acnur.org/5d09c37c4.pdf

[371] Ver http://www.globalcrrf.org/

[372] Ver República Federal de Somalia. Draft Statement by the Minister of Foreign Affairs and International Cooperation. Federal Republic of Somalia. EXCOM. 1-5 de octubre 2018

bre de 1969.

Naciones Unidas. Declaración de Cartagena sobre los Refugiados. Adoptada por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984

Naciones Unidas. Resolución 70/1/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptada el 25 de septiembre de 2015.

Naciones Unidas. Resolución A/71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 19 de septiembre de 2016.

Naciones Unidas. Pacto Mundial sobre los Refugiados.

República Federal de Somalia. Draft Statement by the Minister of Foreign Affairs and International Cooperation. Federal Republic of Somalia. EXCOM. 1-5 de octubre 2018.

5.2 Jurisprudencia de tribunales internacionales

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-21/14* de 19 de agosto de 2014, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Gran Sala, *Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (Demanda no. 27765/09). Sentencia del 23 de febrero 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Tyrer contra el Reino Unido*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 de abril de 1978, Serie A. Nº 26.

5.3 Informes elaborados por ACNUR

ACNUR. Informe del ACNUR. A/73/12.
ACNUR. Informe del ACNUR sobre Tendencias Globales 2018.

Los refugiados y el derecho internacional humanitario: desplazamientos humanos y conflictos armados en Malí

María Sol Márquez

Romina Sarmiento

Los conflictos armados a lo largo del tiempo han ido mutando y consecuentemente los efectos derivados de los mismos también. La presente ponencia analizará parcialmente cómo las hostilidades generan distintos efectos que, en lo mediato, derivan en crisis sanitarias, humanitarias y/o medioambientales que generan desplazamientos humanos. Dichas crisis motivan la migración de los habitantes, quienes se desplazan en algunos casos bajo la apariencia de distintos tipos de movimientos migratorios y no indefectiblemente como refugiados.

Para esta ponencia se examinará un caso testigo: la intervención al Estado de Malí a raíz del golpe de Estado en el año 2012. Allí se conjugan diversos factores que tornaron más vulnerables a los civiles que quedaron atrapados en medio de este conflicto armado, por pertenecer a las etnias perseguidas, por ser niños, mujeres o de religión diferente.

Los grupos religiosos fundamentalistas que apoyaron y colaboraron con el golpe de Estado utilizaron a la independencia como excusa para perseguir la imposición de la Sharia. Todo ello a través de los atentados a construcciones edilicias claves necesarias para el desarrollo urbano de la ciudad y desestabilizando a través de las al gobierno democrático.

Por ello analizaremos algunas causas de los distintos desplazamientos, como efecto mediato de acciones hostiles de distinta índole, que tienen como finalidad la limpieza étnica y la imposición de la Sharia en el Sahel.

1. Contexto histórico-político

El Estado que actualmente conocemos como Mali es un estado con una historia larga y compleja, que ha sufrido invasiones y ha sido parte de la repartija entre los Estados poderosos en el siglo XIX. Antiguamente en el territorio Malí existieron los tres más grandes imperios de África Occidental, los cuales controlaban el comercio transahariano de sal, oro y otras materias primas de importancia para la época. Estos reinos saharianos no tenían límites geográficos, políticos, ni identidades étnicas demarcadas.

Luego de una sucesión de Imperios entre los siglos IV y mediados del siglo XIX, el territorio perteneciente al Imperio Tukulor (quienes gobernaban a favor de los Moros y los Fulani) fue invadido por las tropas francesas de Louis Faidherbeen 1864. Entre 1880 y 1898, se lleva a cabo la conquista de la región, que no solo comprenderá a Mali, (conocido en ese momento con el nombre de Alto Senegal-Níger), sino que la colonia francesa estará integrada al África Occidental Francesa con una parte de Mauritania, Burkina Faso y Níger. Luego pasaría a llamarse el Sudán Francés.

Esta colonización acarreaba consigo la prohibición de actividades políticas en dicha región. Recién al finalizar la Segunda Guerra Mundial, surgen partidos políticos y movimientos independentistas, es así que en 1956 el Sudán Francés se convierte en una república autónoma de la Comunidad Francesa. Tres años más tarde se une a Senegal y conforman la Federación de Malí que adquiere su independencia el 22 de septiembre de 1960. El país inmediatamente se hace miembro de la Organización de las Naciones Unidas y de la Unión de Estados Africanos seis meses después.

A partir de ese momento,[373] Mali, osciló entre gobiernos democráticos,

[373] En noviembre de 1968, el giro de la política económica de Modibo Keïta conduce al golpe de Estado militar que lleva al poder a Moussa Traoré. Este instaura un régimen autoritario que se revela capaz de resolver los problemas económicos del país. Malí se ve afectado por las hambrunas de 1968 a 1974 y por las de 1983 a 1985. Entre 1985 y 1986 el país entra en guerra con Burkina Faso y a continuación tiene un contencioso territorial concernando la frontera de Agacher. Después de varios meses de rebelión armada el régimen cae el 26 de marzo de 1991. Un gobierno provisional se establece para organizar la transición. La nueva constitución fue aprobada por referéndum el 14 de febrero de 1992. Alpha Oumar Konarées el vencedor de las primeras elecciones libres desde la independencia. En febrero de 1993, Moussa Traoré es condenado a muerte, será liberado de esta condena en 1997. Ese mismo año, Konaré será reelegido en las elecciones de mayo de 1997. En mayo de 2002, el general Amadou Toumani Touré, candidato de la oposición es elegido en las segundas vuelta presidente de la república. En los años recientes el gobierno de Malí ha debido afrontar varias rebeliones de

golpes de estado y rebeliones étnicas los cuales tenían motivaciones diversas para llevarse a cabo: independencia, diferencias étnicas, fundamentalismo religioso, distribución geográfica y disputas por recursos económicos (uranio, petróleo, entre los más importantes).

Desde el golpe de Estado en el año 2012 hasta enero de 2018 se conjugaron diversos factores que tornaron más vulnerable a las etnias perseguidas, no sólo por la imposición de la Sharia, sino también por los atentados a construcciones claves necesarias para el desarrollo de la vida cotidiana en condiciones dignas y la posibilidad de mantener un gobierno democrático.

1.1 El Sahel

Mali se encuentra dentro del Sahel, también denominado "el cinturón del hambre". Es una región conformada por distintos Estados, mayoritariamente antiguas colonias, las cuales se encuentran entre las más pobres del planeta. En general son Estados islámicos, con gobiernos débiles, de difícil gobernanza y fronteras extensas. Esta área es inestable y los gobiernos tienen muchas dificultades para ejercer el control y la gobernanza del territorio.[374]

Esta zona se caracteriza por una gran inestabilidad democrática, la cual sufre golpes de Estado y luchas internas por el poder. Iniesta i Vernet sostiene que esta fragilidad tiene sus fundamentos en que los Estados no se organizaron política y territorialmente sobre comunidades nacionales homogéneas, sino sobre pueblos y estructuras modelados por el tiempo; y que el nuevo modelo político no ha facilitado las relaciones entre viejas etnias y nuevas clases.[375] Es decir, que la división territorial y establecimiento de límites fronterizos no coinciden con la naturaleza de poblaciones que se asientan dentro de los estados que conforman al Sahel.

---

los tuareg producto de la represión y marginalidad en la que estos han sido obligados a vivir, entre 1990 y 1995 se produjo una gran rebelión, sin embargo, en 1994 con los acuerdos de paz el gobierno logró integrar a sus tropas a 1.500 rebeldes y otros 4.860 volvieron a la vida civil.[1]A pesar de esto, los acuerdos no fueron respetados y una nueva rebelión se produjo entre 2007 y 2009 que costó 20.000 vidas en Níger y Malí.

[374] Maris Shmite & Nin (2014).

[375] Iniesta i Vernet (2010).

La situación en la zona se agrava por el terrorismo internacional y el crimen organizado porque aquí convergen rutas de tráfico ilegal desde drogas a personas y armas, camufladas entre fronteras porosas y áreas en las que la presencia estatal es inexistente.

1.2 El Azawad

Esta región que forma parte del Sahel y de la república de Mali se ha proclamado unilateralmente como independiente del mismo. Allí vivían –y viven- grupos étnicos de origen Amazigh (principalmente Tuareg) , donde desarrollan sus actividades económicas y se encuentran sus tierras ancestrales y asentamientos poblacionales.

La falta de reconocimiento sumado a problemas étnicos en dicha región–marginación en la política maliense a los Tuareg- motivaron varios golpes de estados de basamento independentista, ya que a raíz de los límites establecidos en la época colonial quedaron divididos en cinco países (Argelia, Libia, Malí, Níger y Burkina Faso).

2. Golpe de Estado de 2012

A mediados del 2011 comenzaron a armarse y organizarse distintos grupos Tuaregs en el norte de Mali conformando el Movimiento Nacional para la Liberación de Azawad (MNLA) este combina el Movimiento Nacional de Azawad (MNA) y la Alianza Tuareg Níger-Mali (ATNM). Este movimiento rebelde fue avanzando desde el norte de Mali, y dejó en evidencia la imposibilidad del ejército maliense y de las autoridades de gobierno de frenar el avance y los ataques.

Con la excusa de una mala gestión de los recursos y de las fuerzas armadas y policiales para frenar el conflicto, el 22 de marzo de 2012 amanece un golpe de estado de carácter militar en la ciudad de Bamako que derrocó al presidente Amadou Toumani Touré. A través de un mensaje televisivo se presentó el Comité Nacional para la Recuperación de la Democracia y la

Restauración del Estado (CNRDRE) presididos por Capitán Amadou Haya Sanogo, quienes deciden suspender la Constitución.

El 12 de abril de 2012, Dioncounda Traoré se convierte en el presidente de transición reconocido por la comunidad internacional. No obstante, el proceso de transición política es muy lento y preocupa a la comunidad internacional, especialmente por la liberación de los separatistas llevada a cabo por los islamistas, que tomaron el control del norte de Malí (Movimiento por la Unidad y la Jihad en África Occidental) llegando a Gao y luego a la región de Mopti.

El gobierno de transición avanzaba más lento de lo que esperaba hacerlo, y su ejército se encontraba limitado para enfrentar a los rebeldes por lo que el 18 de septiembre de 2012 le solicitó a la Unión Europea (UE) que intervenga para restablecer la integridad del territorial, pero solo ofrece ayuda humanitaria. Mientras tanto comienza un intento de diálogo político entre el gobierno de transición, Ansar Dine y el MNLA aunque prontamente se rompen por una nueva ofensiva rebelde el 5 de enero de 2013.

Frente a la preocupación europea, especialmente francesa, el presidente Francés François Hollande decide intervenir militarmente basándose en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas: el derecho a la legítima defensa con la finalidad de ayudar al gobierno de transición maliense a recuperar su soberanía e integridad territorial. Así comienza la operación de Serval, dicha intervención se concreta el 11 de enero de 2013.

3. Desplazamientos

A raíz de este conflicto interno internacionalizado comenzaron inmediatamente los desplazamientos[376] de la población local. Los motivos fueron varios, desde el ataque por las organizaciones terroristas a sus ciudades y pueblos, enfrentamientos entre terroristas y el ejército maliense, pasando por el ataque a bienes civiles de necesidad primaria.

[376] "Persona desplazada: Persona que huye de su Estado o comunidad por temor o peligros distintos a los que originan el estatus de refugiado. Una persona desplazada generalmente se ve obligada a huir por un conflicto interno o por desastres naturales u otros." (Organización Internacional para las Migraciones, 2006).

La organización internacional para las migraciones en su glosario indica que la categoría de personas desplazadas es amplia y genérica en cuanto sus causas. Por cuanto al clasificar los movimientos poblacionales coincidiremos y concordaremos que todos son desplazados, pero no todos son migrantes o refugiados:

> Los refugiados no son migrantes en el sentido usual de la palabra. Los refugiados se desplazan obligatoriamente y no con base en una decisión significativa. Su objetivo inmediato consiste en buscar protección y no un resultado migratorio. Así las cosas, los refugiados también podrían desplazarse –y así sucede con mayor frecuencia- dentro de un flujo mixto más amplio en el cual ocurren movimientos forzados y voluntarios. Los refugiados podrían recurrir incluso a la ayuda de traficantes de migrantes como medio para abandonar su país. Al mismo tiempo, en ausencia de opciones migratorias viables y legales, las personas que no son refugiados buscan ingresar a los países de su elección por medio del asilo, al ser éste con frecuencia la única posibilidad de entrada de la que realmente disponen. Por lo tanto, la línea entre el migrante y el solicitante de asilo resulta cada vez más difusa para el público en general […].[377]

En el caso concreto de estudio puede observarse que el flujo migratorio ha sido mixto en cuanto el motivo y en cuanto el destino. Respecto al motivo, se han trasladado por razones humanitarias (falta de agua, luz y alimentos), por ataque directo a sus pueblos y viviendas y por temor a ser víctimas de un ataque armado. Mientras que al analizar el destino de estos movimientos son mayoritariamente internos, aunque también existen desplazamientos hacia otros estados. Los primeros serán considerados desplazados y los segundos podrán ser considerados refugiados.

Hasta principios del 2018 los números referidos a estos desplazamientos oscilaban entre 150 mil refugiados a países vecinos y 230 mil desplazamientos internos.[378] Respecto de la constitución de estos movimientos migratorios -según investigaciones de la ICRC- se encontraban administrativos, técnicos y profesionales que entre otras funciones posibilitaban el funcionamiento de plantas potabilizadoras de agua, centrales eléctricas, tareas de gobierno.

[377] ACNUR (2001).

[378] Información recabada entre el año 2015 y 2017 por Movimiento Extremeño por la Paz, recuperado en: https://www.cooperante.com/proyectos/proyectos-2018/mali/

Además, se desplazaron niños y mujeres, todos ellos buscaron dentro de sus posibilidades la forma de huir del conflicto por temor a la persecución religiosa y étnica llevada a cabo por los grupos salafistas.[379]

4. Causas y consecuencias del desplazamiento

Esta revolución Tuareg no ha sido la primera. La búsqueda por independencia y autonomía territorial tiene registros por lo menos desde 1916. Dada la falta de medios y de personal para llevarla a cabo, se aliaron con grupos terroristas que tenían armamento proveniente de los arsenales del coronel Muamar Muhamad Abu-minyar el Gadafi, según indicaron fuentes periodísticas, utilizadas en la guerra de Libia. Estos grupos buscaban otro objetivo muy distinto al de los Tuaregs, la imposición de la Sharia en África occidental y limpieza étnica y religiosa.

Las persecuciones y ataques que comenzaron en el norte de Mali, en las ciudades de Lere, Menaka, Aguelhok y Tessalit, primeramente, buscaron reducir a las fuerzas armadas leales a Amadou Toumani Touré, sin distinguir ni medir la proporcionalidad de los ataques respecto de las personas y bienes civiles.

Al encontrarse con un 70% del estado dominado por los rebeldes y habiendo sucedido un conflicto entre los aliados, quienes decidieron ir cada uno por sus propios objetivos, el grupo étnico tuareg comenzó a correr peligro y salieron a la luz las verdaderas intenciones de los salafistas que habían apoyado el movimiento independentista.[380]

Entre mayo y junio del 2012 los grupos rebeldes se separan y comienza una imposición estricta de la Sharia a los habitantes del territorio maliense. En este marco se comenzaron los ataques a bienes culturales, templos, escuelas y contra la población civil que no acataba el mandato religioso.

También produjeron temor y motivaron desplazamientos los enfrentamientos armados entre los grupos terroristas y el ejército maliense,

[379] La palabra "salafismo" (predecesor o ancestro) y hace referencia al término de *salaf as-salih (*ancestros piadosos), que designa a las tres primeras generaciones de musulmanes que estuvieron presentes en el nacimiento y en el desarrollo del islam.

[380] Información recopilada en: https://elpais.com/internacional/2012/01/26/actualidad/1327604907_239213.html

ya que la población no se consideraba protegida. Por un lado los grupos terroristas no respetaban los principios de Derecho internacional Humanitario y por el otro los soldados malienses ejecutaban a quienes consideraban que pertenecían o colaboraban con los terroristas.

Estas circunstancias demostraron que existía una persecución étnica y religiosa, sumado a los ataques armados y bombardeos, motivaron los desplazamientos que implicaron que profesionales y técnicos abandonen las ciudades y consiguientemente sus puestos de trabajo.

Las consecuencias se vieron inmediatamente, comenzó a faltar electricidad y abastecimiento de agua en las ciudades, lo que devino en una crisis humanitaria. No obstante, ya existía una crisis alimentaria en toda la región del Sahel debido a las sequías que comenzaron en el año 2010.

En el contexto descripto fue que la Organización de las Naciones Unidas, por pedido especial de la Unión Africana, Comunidad Económica de los Estados de África Occidental y de Francia, en el marco del artículo VII de la carta de la ONU decide autorizar el despliegue de una Misión Internacional de Apoyo a Malí con Liderazgo Africano (AFISMA) por un período inicial de un año, que tomará todas las medidas necesarias, en cumplimiento del derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos aplicables y respetando plenamente la soberanía, la integridad territorial y la unidad de Malí, con el fin de llevar a cabo las siguientes tareas:

a) Contribuir a la reconstrucción de la capacidad de las Fuerzas de Defensa y de Seguridad de Malí, en estrecha coordinación con otros asociados internacionales que participan en este proceso, incluidos la Unión Europea y otros Estados Miembros;

b) Apoyar a las autoridades malienses a recuperar las zonas del norte de su territorio controladas por grupos terroristas y extremistas y grupos armados, y reducir la amenaza que representan las organizaciones terroristas, incluidos AQMI, el MUYAO y sus grupos extremistas asociados, tomando además medidas adecuadas para reducir el impacto de la acción militar en la población civil;

c) Llevar adelante la transición hacia actividades de estabilización para ayudar a las autoridades malienses a mantener la seguridad y consolidar la autoridad del Estado mediante capacidades adecuadas;

d) Prestar apoyo a las autoridades malienses en su responsabilidad primordial de proteger a la población;

e) Prestar apoyo a las autoridades de malienses para crear un entorno seguro que permita la prestación de asistencia humanitaria dirigida por civiles y el retorno voluntario de los desplazados internos y los refugiados, cuando se solicite, en la medida de sus posibilidades y en estrecha coordinación con los agentes humanitarios;

f) Proteger al personal, las instalaciones, los locales, el equipo y la misión, y velar por la seguridad y la circulación de su personal; […].[381]

5. Conclusiones

Podemos observar en este caso, como este movimiento independentista Tuareg buscó "ayuda" para una vez más intentar independizar la región del Azawad basado en cuestiones étnicas ancestrales. No obstante, los grupos terroristas a los que les pidieron apoyo vieron esta circunstancia como una oportunidad para imponer la Sharia en dicho estado y poder propagarla por el resto del continente africano.

No sólo se violó el derecho humanitario en el sentido de las prácticas realizadas, como falta de trato humano, violaciones, ejecuciones extrajudiciales, atentado contra bienes culturales especialmente protegidos, sino que también a través de los efectos secundarios del conflicto que se suscitó se dieron otros efectos secundarios que afectaron directamente a la población generando crisis sanitarias y humanitarias por la falta de técnicos y profesionales que huyeron del territorio por el temor que los actos violatorios del DIH han generado en el territorio. Estos efectos tienen la misma finalidad, la limpieza étnica de quienes no se sujetan estrictamente a la Sharia.

Por cuanto podemos concluir que estamos frente a una guerra híbrida en la cual se han interpelado a distintas técnicas y métodos prohibidos que han generado otras consecuencias que no están estrictamente reguladas, las cuales han directa o indirectamente promovido el desplazamiento interno y/o pedido de refugio de los malienses pertenecientes a las minorías étnicas y/o religiosas.

[381] ONU, S/RES/2085 (2012).

6. Bibliografía

Iniesta i Vernet, F. (2010) "Conflictos saheliano. Análisis de unas estructuras estatales inviables", en Prat, E. (coord.) *Las raíces históricas de los conflictos armados actuales*, Valencia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 93-119

Maris Shmite, S. & M. C. Nin (2015) "África al sur del Sahara: conflictos y degradación ambiental en el Sahel", *Cuadernos de Geografía, Revista Colombiana de Geografía* 24 (2), 205-219.

El cumplimiento de los principios de derecho internacional humanitario: un desafío para los sistemas de armas autónomas

Irene Vázquez Serrano

Klun ya apuntó en 1970 que la cuarta revolución industrial sería auspiciada por las nuevas tecnologías y su uso múltiple y variado no ha escapado a los métodos y medios para hacer la guerra,[382] siendo los Sistemas de Armas Autónomas (*Lethal Autonomous Weapons Systems* -LAWS, por sus siglas en inglés-)[383] buena prueba de ello.

Nos encontramos ante una constante de la historia[384] que ya puso de manifiesto la *Declaración de San Petersburgo*[385] de 1868: encontrar el equilibrio entre la utilización de armas que defiendan los intereses estatales en el campo de

[382] "La historia ha demostrado que los Estados siempre estarán inclinados a comportarse en proporción al poder que ostenten. El interés en poseer armas cada vez más novedosas responde a la necesidad de mantener o alcanzar un estatus hegemónico en el uso de la fuerza, con el argumento de salvaguardar la paz y la seguridad, garantizando así que las armas del oponente sigan siendo siempre las más inútiles u obsoletas", Meza (2016: 4).

[383] Otros términos también utilizados han sido sistemas de armas autónomas letales (ASSL), sistemas de armas letales completamente autónomas, armas robóticas (*robot weapons*), armas letales autónomas, robots autónomos letales, robots asesinos, o sistemas autónomos, Meza (2018: 3).

[384] "Se trata de una tensión entre el progreso científico y tecnológico que resulta en nuevos medios y métodos de combate por una parte, y la protección de las víctimas de la guerra por otra". Sin embargo, esta tensión también "inspira la redacción de los convenios internacionales, ganando el principio de humanidad en algunos ámbitos y venciendo el de las necesidades militares en otros", Torroja (2014: 141-142).

[385] "Las altas partes contratantes se reservan la facultad de ponerse de acuerdo ulteriormente cada vez que sea formulada una proposición precisa, habida cuenta de los perfeccionamientos que la ciencia pudiera introducir en el armamento de las tropas, con el objetivo de mantener los principios que han sido establecidos y conciliar las leyes de la guerra con las leyes de la humanidad", *Declaración de San Petersburgo con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra*, de 11 de diciembre de 1868.

batalla y la protección de los civiles y la prohibición de los daños innecesarios. Y fue, en la búsqueda de ese equilibrio, cuando los Relatores Especiales sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias solicitaron que se creara un grupo de expertos en sistemas de armas autónomas.[386]

Así, en 2017 el Grupo de Expertos Gubernamentales sobre armas autónomas letales[387] fue constituido por la *Convención sobre ciertas armas convencionales*[388] con el mandato de "examinar el impacto de las tecnologías emergentes dotadas de autonomía para la selección y el ataque de objetivos en áreas militares, de seguridad y defensa"[389] con el objetivo, precisamente, de "intentar encontrar el equilibrio adecuado entre la necesidad militar y las consideraciones humanitarias concernidas al desarrollo y la innovación de las tecnologías armamentistas autónomas".[390]

Tras sus reuniones anuales, el Grupo de Expertos Gubernamentales adoptó en 2018 los *Posibles Principios-Guías*:[391]

> a) El derecho internacional humanitario sigue aplicándose plenamente a todos los sistemas de armas, incluido el posible desarrollo y uso de sistemas de armas autónomos letales.
>
> (b) Debe mantenerse la responsabilidad humana por las decisiones sobre el uso de sistemas de armas, ya que la rendición de cuentas no puede transferirse a las máquinas. Esto debe considerarse a lo largo de todo el ciclo de vida del sistema de armas.

---

[386] *Informe del Relator Especial Philip ALSTON*, de 23 de agosto de 2010 (A/65/321, disponible en https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/65/321), e *Informe del Relator Especial Christof HEYNS*, de 9 de abril de 2013 (A/HRC/23/47, disponible en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A-HRC-23-47_sp.pdf).

[387] Los Estados partes establecieron en su encuentro anual de 2013 la celebración de una reunión al año siguiente que tratara "las cuestiones relativas a las nuevas tecnologías en el ámbito de los sistemas de armas autónomas letales, en el contexto de los objetivos y los propósitos de la convención" (CCW/MSP/2013/10, p. 5, párr. 32, disponible en https://undocs.org/CCW/MSP/2013/10).

[388] *Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados*, adoptada el 10 de octubre de 1980. Entró en vigor el 2 de diciembre de 1983.

[389] Meza (2018: 1).

[390] Rosen (2017: 2).

[391] *Informe del periodo de sesiones de 2018 del Grupo de Expertos Gubernamentales*, de 23 de octubre de 2018, p. 4 (CCW/GCE.1/2018/3, disponible en https://undocs.org/es/CCW/GGE.1/2018/3).

(c) La rendición de cuentas por el desarrollo, despliegue y uso de cualquier sistema de armas emergente en el marco de la CCW debe garantizarse de conformidad con el derecho internacional aplicable, incluso mediante la operación de dichos sistemas dentro de una cadena responsable de mando y control humano.

(d) De conformidad con las obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional, en el estudio, desarrollo, adquisición o adopción de un nuevo arma, medio o método de guerra, se debe determinar si su empleo, en algunas o en todas las circunstancias, sería prohibido por el derecho internacional.

e) Al desarrollar o adquirir nuevos sistemas de armas basados en tecnologías emergentes en el ámbito de los sistemas de armas autónomos letales, la seguridad física, las salvaguardias no físicas apropiadas (incluida la ciberseguridad contra la piratería informática o la falsificación de datos), el riesgo de adquisición por parte de grupos terroristas y se debe considerar el riesgo de proliferación.

(f) Las evaluaciones de riesgos y las medidas de mitigación deben ser parte del ciclo de diseño, desarrollo, prueba y despliegue de tecnologías emergentes en cualquier sistema de armas.

(g) Se debe considerar el uso de tecnologías emergentes en el área de los sistemas de armas autónomos letales para defender el cumplimiento del DIH y otras obligaciones legales internacionales aplicables.

h) En la elaboración de posibles medidas normativas, no se deben antropomorfizar las tecnologías emergentes en el ámbito de los sistemas letales de armas autónomas.

(i) Las discusiones y cualquier posible medida política tomada en el contexto de la CCW no deben obstaculizar el progreso o el acceso a los usos pacíficos de las tecnologías autónomas inteligentes.

j) La CCW ofrece un marco adecuado para abordar la cuestión de las tecnologías emergentes en el ámbito de los sistemas de armas autónomos letales en el contexto de los objetivos y propósitos de la Convención, que trata de lograr un equilibrio entre la necesidad militar y las consideraciones humanitarias.

En 2019, se añadió otro principio más:

> La interacción entre el ser humano y la máquina, que puede adoptar diversas formas y puede tener lugar en distintas etapas del ciclo de vida de un arma, debe garantizar que el posible uso de los sistemas de armas basados en tecnologías emergentes en el ámbito de los sistemas de armas autónomas letales sea compatible con el derecho internacional aplicable, en particular al derecho internacional humanitario. Al determinar la calidad y el alcance de la interacción entre el ser humano y la máquina, deben tenerse en cuenta una serie de factores, incluido el contexto operacional, y las características y capacidades del sistema de armas en su conjunto.[392]

Las ventajas y los inconvenientes que ofrecen las armas autónomas han llevado a los Estados a dividirse en *robutópicos* y *robocalípticos*.[393] El menor coste económico, o la disminución de daños colaterales que da lugar a "ventajas estratégicas y tácticas significativas en el campo de batalla" sin olvidar, desde una perspectiva ética, el riesgo cero para los combatientes y, como consecuencia, un menor coste personal debido a la menor presencia humana en los combates[394] son algunas de las ventajas que presentan los LAWS. Sin embargo, también han supuesto una "ausencia de *pasiones* en la máquina"[395] o la denominada *mentalidad Playstation*.[396] Además, los sistemas autónomos no requieren una alta inversión o materias primas costosas; al contrario, es suficiente con un informático que pueda alterar la programación de un sistema autónomo y transformarlo en letal[397], surgiendo así la cuestión esencial sobre si pueden respetar, durante un conflicto armado, las normas y principios de derecho internacional humanitario, pues no es el derecho internacional el

[392] *Informe del periodo de sesiones de 2019 del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre las Tecnologías Emergentes en el Ámbito de los Sistemas de Armas Autónomos Letales*, Ginebra, 25 a 29 de marzo de 2019 y 20 y 21 de agosto de 2019, CCW/GGE.1/2019/3, p. 4.

[393] Scharre (2016: 6). Jiménez-Segovia quien propone mantener una posición *roboexcéptica*, postura intermedia que "implica una permanente puesta en cuestión y sometimiento a exámenes de idoneidad de cualquier avance que se produzca en el desarrollo de la autonomía de los sistemas armamentísticos, para cumplir íntegra y éticamente con los postulados del derecho internacional humanitario y con el derecho internacional de los derechos humanos" (2009: 11 y 31-32).

[394] Meza (2018: 3).

[395] Gutiérrez y Cervell (2013: 4).

[396] *Informe del Relator Especial Philip ALSTON*, de 28 de mayo de 2010 (A/HCR/14/24/Add.6), párr. 79.

[397] Ballenilla (2018: 28).

que debe cambiar ante los avances en las nuevas tecnologías, sino que son éstas las que deben adaptarse a la normas básicas de derecho internacional, en concreto a las normas del derecho internacional humanitario[398]. Pero, ¿qué son los Sistemas de Armas Autónomas?

1. ¿Qué son los Sistemas de Armas Autónomas?

Los Sistemas de Armas Autónomas han sido definidos como "aquellos que pueden llevar a cabo una misión con intervención humana limitada o sin ella, siendo capaces de lograr su auto-propulsión, procesar la información obtenida de su entorno o incluso dar respuesta a este de manera independiente".[399] Sin embargo, no existe una definición oficial, generando así un *bucle conceptual* en el que los Estados se encuentran atrapados,[400] debido fundamentalmente a la falta de acuerdo sobre su característica principal: la *autonomía.*[401]

Tres son los puntos de vista que pueden ayudarnos a entender la autonomía:

A. El punto de vista técnico. Para ello se han establecido tres tipos de autonomía desde la óptica del control de la persona humana sobre el arma autónoma -*human-machine command-ad-control relitonship*-: *human in the loop* o armas semi-autónomas; *human on the loop* o armas con autonomía supervisada por un operador humano; y *human out the loop* o armas completamente autónomas, como ya hemos señalado, aún no inventadas.[402]

B. El punto de vista funcional. El *enfoque funcional de la autonomía* ha sido definido, y defendido, por el Comité Internacional de Cruz Roja como "cualquier sistema de armas con autonomía en sus funciones críticas. Es decir, un sistema de armas que puede seleccionar (buscar o detectar, identificar, rastrear, seleccionar) y atacar (esto es, hacer uso de la fuerza, neutralizar, dañar o destruir) objetivos sin intervención humana".[403] Este enfoque funcional no se centra

[398] Vázquez (2020: 170).

[399] Meza (2018: 11). En este sentido, *Human Rights Watch* (2012: 2-3) y Williams (2015: 56-57).

[400] Vázquez (2020: 175).

[401] Jiménez-Segovia (2009: 7).

[402] *Autonomy in weapon system*, Directiva del Departamento de Defensa de los Estados Unidos, DoDD 3000.09.

[403] "Any weapon system with autonomy in its critical functions. That is, a weapon system that can select (i.e. search for or detect, identify, track, select) and attack (i.e. use force against, neutralize, damage or destroy) targets without human intervention" ("Autonomous weapon

en el hecho de que nos encontremos ante un arma autónoma sino en que las funciones que la misma puede desarrollar, atendiendo a su autonomía, pueden ser críticas -letales-. Una postura que ha sido defendida también mayoritariamente por la sociedad civil y gran parte de las delegaciones estatales.

C. El punto de vista ético. Contemplado en la Cláusula Martens,[404] el objetivo principal de la misma es "conectar a los principios del derecho internacional humanitario con la dignidad humana, para salvaguardarla, así como recordarnos que el fundamento de las normas jurídicas radica en los principios éticos que las sociedades humanas se atribuyen".[405] En este sentido, los sistemas de armas autónomos deben respetar los principios básicos del derecho internacional humanitario -distinción, proporcionalidad y de precaución, que analizaremos a continuación-, así como las funciones que se les atribuye a las propias armas autónomas.

Además, el control humano sobre las funciones críticas que pueden desarrollar las armas autónomas podrá ser aceptable -significativo- (o no) atendiendo a los principios de humanidad y de conciencia pública, lo que nos lleva a hablar también del Control Humano Significativo (*Meaningful Human Control*): aquel que tiene como objetivo "establecer los criterios o condiciones mínimas que, concurriendo, harían el arma admisible en términos legales y éticos" y hace referencia a "la calidad del grado de participación humana a lo largo del ciclo de funcionamiento de un arma autónoma, durante el cual se van adoptando diversas decisiones relacionadas con el uso de la fuerza".[406]

No obstante, como ya hemos señalado, y a pesar de los diversos puntos de vista utilizados para la elaboración de un concepto de Sistema de

---

systems: Implications of increasing autonomy in the critical functions of weapons", *ICRC* (2016: 8).

[404] "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 de derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia jurídica", artículo 1.2 del Protocolo Adicional II de 1977. Cláusula que fue previamente recogida en los Preámbulos de los Convenios de la Haya de 1899 y 1907.

[405] Jiménez-Segovia (2009: 23).

[406] El término *Control Humano Significativo* fue establecido por la ONG *Article 36* y, más tarde, se fue extendiendo por los distintos sectores que tratan los sistemas de armas autónomos desde todos sus puntos de vista (militar, técnico, jurídico, ético y gubernativo). Es interesante apuntar cómo Estados Unidos rechazan el término y proponen "juicio humano sobre el uso de la fuerza" Jiménez-Segovia (2009: 22-26). Ahora bien, la opinión de los Estados sobre el Control Humano Significativo no es uniforme. Al contrario, su perspectiva depende de si estamos ante un Estado desarrollado militarmente o no.

Armas Autónomas, la comunidad internacional no ha establecido aún una noción oficial. Sí hay acuerdo, por el contrario, acerca de la existencia de algunos elementos comunes que podrían formar parte de su contenido y que podrían ser utilizados para la elaboración de una definición oficial:

> Son un tipo de alta tecnología aún inexistente; su desarrollo gira en torno al avance en la investigación de la inteligencia artificial; para algunos expertos es improbable que lleguen a existir, y para otros sólo se necesitan años, y no décadas, para que puedan ser creados; su diseño les permitiría seleccionar y atacar un objetivo estratégico en razón de la delegación de autoridad que les haya sido dada por los humanos; la determinación ese objetivo responderá sólo a criterios pre-definidos por los humanos; es un arma que después de activada ejecutará sus funciones sin implicación o intervención humana; poseería una función de letalidad, por lo que sus zonas de despliegue serán aquellas en las que se desarrollen conflictos armados u hostilidades; podrían adaptarse a entornos complejos sobre la base de la información que obtengan del ambiente que les rodea; y sus reglas de conducta serán determinadas únicamente por el diseñador/programador humano, por lo que la máquina no tendría niveles de autoaprendizaje y auto-elaboración que les permita por sí mismas cambiar dicha circunstancia.[407]

2. Un desafío: el cumplimiento de los principios de derecho internacional humanitario por los Sistemas de Armas Autónomos

Ante la falta de una definición oficial y, por lo tanto, de una regulación propia, los Sistemas de Armas Autónomas se enfrentan a diversos desafíos jurídicos[408]. Sin embargo, debido al limitado espacio, nos centraremos exclusivamente en el que, entendemos, es el más importante: el respeto de los principios de derecho internacional humanitario recogidos en los artículos 35 a 42 del Protocolo Adicional I de 1977. Los principios -de distinción,

[407] Meza (2018: 14).

[408] El respeto y garantía de los principios de derecho internacional humanitario, del artículo 36 del I Protocolo Adicional de 1977 relativo a las armas nuevas, de las normas del derecho internacional consuetudinario relativas a armas específicas y a los métodos y medios de hacer la guerra y el respeto y la garantía de los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública contenidos en la Cláusula Martens.

proporcionalidad y limitación-, de naturaleza consuetudinaria, constituyen los límites de la guerra, regulando tres aspectos de la misma: los combatientes, los objetivos militares y los medios -armas- y métodos -procedimientos- de la guerra.

En cuanto al principio de distinción o discriminación[409] hace referencia a la obligación de distinguir entre civiles y militares durante la contienda bélica, pudiendo dirigir los combatientes sus objetivos únicamente hacia las personas y bienes militares. Quedan prohibidos, no solo los atentados directos contra las personas y bienes protegidos, "sino también cualquier arma que inherentemente no pueda discriminar, así como cualquier medio de combate que no discrimine".[410] Es precisamente con este principio donde se presenta el principal problema o incompatibilidad entre las armas autónomas y el derecho internacional humanitario, pues aquéllas no siempre se hayan en disposición de distinguir entre ambos objetivos -capacidad reservada a los seres humanos- debido a "la incapacidad de los algoritmos (parámetros básicos de funcionamiento de las armas robotizadas) para efectuar juicios humanos cualitativos contextualizados, para percibir y sentir emociones, y para distinguir entre lo lícito y lo ilícito".[411] Las armas autónomas no están en disposición de cumplir con el principio de distinción pues no son capaces de distinguir entre un combatiente o un herido.[412] Y, a pesar de que nos encontramos ante un nuevo desafío para el derecho internacional humanitario -la protección de las víctimas ante el empleo de armas autónomas-, lo cierto es que son las propias armas autónomas las que se encuentran ante el reto de no transgredir el derecho internacional humanitario; reto que, tal y como han señalado algunos autores, podrá lograrse en el futuro.[413]

Por cuanto respecta al principio de proporcionalidad,[414] basándose en conceptos como la buena fe o el sentido común, el principio de proporcionalidad prohíbe la realización de ataques cuyos resultados sean innecesarios, excesivos o superfluos en relación con la ventaja militar que se

[409] Se encuentra recogido en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y en los arts. 48, 51.2 (población civil) y 52.2 (bienes civiles) del I Protocolo Adicional de 1977.
[410] Torroja (2014: 144).
[411] Jiménez-Segovia (2009: 12).
[412] Todo ello debido a "la falta de idoneidad tecnológica de los sensores existentes en la actualidad, la incapacidad para comprender el contexto y la dificultad de aplicar en la práctica (mediante un programa informático) el estatuto del no combatiente, o la incapacidad para interpretar intenciones o emociones (…); y no digamos para identificar en supuestos de conflictos asimétricos, quién es –y quien no- un combatiente", Gutiérrez y Cervell (2013: 788-789).
[413] Arkin (2013: 8).
[414] Se encuentra recogido en los artículos 51.5.b) del Protocolo Adicional I de 1977.

prevé obtener, siendo su principal objetivo evitar los ataques indiscriminados. Sin embargo, observamos cómo el principio de proporcionalidad presenta las mismas dificultades que el principio de distinción: la imposibilidad para un arma autónoma de llevar a cabo juicios o valoraciones subjetivas más propias de los seres humanos.[415]

Por su parte, el principio de limitación o principio relativo a las precauciones en el ataque,[416] presta especial atención a la reducción del número de civiles, de forma que sólo se llevarán a cabo operaciones que aseguren, entre las diferentes opciones, un número mínimo de pérdidas de vida civiles. Pero, ¿pueden las armas autónomas tomar este tipo de decisiones ante las diversas incertidumbres que se puedan presentar en el momento concreto de la ofensiva y valorar todas las alternativas posibles?[417] Tememos que la respuesta es *no*.

Todo ello sin olvidar, como se ha puesto de manifiesto, que estos tres principios se relacionan entre sí bajo el paraguas del equilibrio entre la necesidad militar[418] -o la adopción de métodos y medidas legales para la consecución del objetivo militar- y la necesaria humanidad en la guerra contemplada en la Cláusula Martens.

Por último, es necesario también hacer alusión a las tres limitaciones o prohibiciones que impone el derecho internacional humanitario para preguntarnos si los sistemas de armas autónomos se encuentran en condiciones de respetarlas.

En primer lugar, la prohibición *ratione personae* que consiste en la absoluta prohibición de atacar a cualquier persona que se encuentre protegida

---

[415] *Informe del Relator Especial Christof HEYNS*, de 9 de abril de 2013 (A/HRC/23/47), párrs. 15-16, pp. 70-74. En el mismo sentido, ROSEN, B., *op. cit.,* p. 4. Quizá, señala el profesor Noel E. SHARKEY, un arma autónoma podría ser capaz de solventar el "easy proportionality problem" pero no aquellas situaciones que requieren de "decisiones cualitativas y subjetivas", esto es, el "hard proportionality problem" (2012: 789).

[416] Se encuentra recogido en el artículo 57 del Protocolo Adicional I de 1977.

[417] "Se afirma que sí que podrían pre-programarse algunas reglas éticas dentro de un sistema de arma. Por ejemplo, que no comprometa a un objetivo cuando se presenten incertidumbres sobre su naturaleza, o que en estos casos solicite expresamente la autorización previa del operador humanos para activar el ataque. Sin embargo, también se aduce que lo anterior daría lugar a otros problemas de tipo operacional militar, al brindar al enemigo mayores posibilidades de engañar y derribar el sistema" (JIMÉNEZ-SEGOVIA, 2009: 13).

[418] El principio de necesidad militar ya fue definido por el artículo 14 del *Código de Lieber* de 24 de abril de 1863 como "la necesidad de aquellas medidas que son indispensables para asegurar el fin de la guerra, y que son legítimamente acordes con las modernas leyes y costumbres de la guerra".

por encontrarse fuera de combate. Nos referimos a civiles, heridos, enfermos, náufragos, prisioneros, personal sanitario o religioso.[419] Ahora bien, ¿podría un arma autónoma distinguir entre un combatiente herido o un combatiente o entre un civil y un civil que ha decidido tomar parte en la contienda?

En segundo lugar, la prohibición *ratione materiae* o la prohibición de atacar aquellos bienes protegidos por el marco humanitario: bienes civiles que queden fuera de los objetivos militares como ambulancias, hospitales, embarcaciones o aeronaves sanitarias. ¿Es capaz un arma autónoma de atacar un objetivo militar y tener en cuenta la cercanía de un hospital que resultará afectado?

Por último, y en relación con la prohibición *ratione conditionis*, se prohíben "las armas y métodos de guerra que causan pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos" buscando proteger no sólo a los civiles sino evitando daños que no sean innecesarios a los que combaten.[420] ¿Tienen las armas autónomas la capacidad de discernir entre un sufrimiento necesario y uno superfluo o excesivo?[421]

Para completar el análisis, acerca de las prohibiciones apuntadas, es necesario distinguir el arma autónoma bien como arma bien como método de guerra,[422] teniendo en cuenta la dificultad ya señalada acerca de la inexistencia de un concepto de arma autónoma. Así, en lo que respecta al arma autónoma como *método de guerra,* debemos acudir a aquellas prohibiciones que existen en el derecho internacional humanitario (Título III, sección I del Protocolo Adicional I: *Métodos y medios de guerra*) en materia de métodos de combate -perfidia, uso de emblemas reconocidos, ataques indiscriminados, reclutamientos forzosos de los nacionales del adversario, destrucciones

[419] TORROJA (2014: 146). Además, de esta limitación *ratione personae* pueden derivarse cinco principios más entre los que se encuentran, como veremos, el principio de distinción y el principio de proporcionalidad ya tratados: "1. Se debe hacer distinción entre la población civil y el combatiente. 2. No pueden ser objeto de ataques ni represalias la población civil ni las personas civiles (art. 51, I Protocolo Adicional). 3. Quedan prohibidos los actos que causen terror en la población civil (art. 51, I Protocolo Adicional). 4. En todo caso se deben tomar las precauciones para salvar a la población civil y buscar reducir el impacto de las hostilidades en sus bienes e integridad física (art. 57 y 58, I Protocolo Adicional). 5. Solo los miembros de la fuerza pública pueden atacar a su enemigo y resistirle", HURTADO (2017: 93).

[420] HURTADO (2017: 94).

[421] Algún autor, e incluso el CICR, ha señalado que la mera presencia de un dron podría causar daño psicológico entendido éste como daño superfluo o innecesario; situación que podemos extrapolar a la presencia de armas autónomas, al no saber si éstos están armados o no. TORROJA (2014: 146).

[422] Análisis que se ha venido haciendo por la doctrina en relación a los drones y que pueden ser hecho también aquí en relación a los sistemas de armas autónomas, TORROJA (2014, 152-155).

innecesarias, represalias armadas…- para conocer si el uso de dicho sistema de arma autónoma es contraria o no a dicho derecho. Diferente sería el hecho de plantearnos si el uso de armas autónomas podría considerarse un *nuevo método de combate* que podría ser prohibido (o no) por los Estados.[423]

Como podemos observar, las preguntas son muchas y las respuestas aún muy imprecisas. No obstante, lo que sí podemos afirmar es que es difícil asegurar que los robots letales autónomos puedan cumplir con normas que son claves en el derecho internacional humanitario. Sin embargo, teniendo en cuenta los avances tecnológicos, no podemos descartar la inclusión de reguladores éticos que permitan cumplir con las normas señaladas.[424]

3. Y, ¿ahora qué?

En la actualidad, son varias las propuestas en relación con los Sistemas de Armas Autónomas[425] -todas ellas complementarias y no excluyentes entre sí-. En primer lugar, la elaboración de un Protocolo Adicional a la Convención sobre ciertas armas convencionales de 2014 que regule o prohíba preventivamente los sistemas de armas autónomos -una propuesta jurídicamente vinculante-.[426] El Relator Especial HEYNS, apoyado por numerosos Estados, apuesta por la adopción de una moratoria estatal hasta que se adopte dicha regulación o prohibición[427] -total, con múltiples apoyos fundamentalmente de la sociedad civil organizada[428], o preventiva, teniendo en cuenta las ventajas que los sistemas autónomas aportan al

[423] TORROJA (2014: 155).

[424] GUTIÉRREZ Y CERVELL (2013: 10). A favor de la posibilidad de la inclusión del "regulador ético" encontramos: MARCHANT *et al.* (2010-2011: 280) y SINGER (2009: 127).

[425] "Informe del Grupo de Expertos", de 23 de octubre de 2018 (documento CCW/GGE.1/2018), párr. 33, p. 7.

[426] La prohibición preventiva, basada en la incompatibilidad de las armas autónomas con el DIH en relación con la selección de objetivos, abarcaría el desarrollo, la adquisición, el comercio y el despliegue de los sistemas de armas autónomos, DEL VALLE, (2016: 242).

[427] "Actualmente existe una oportunidad colectiva para hacer una pausa y abordar de manera proactiva los riesgos que se derivan del empleo de robots autónomos letales", *Informe del Relator Especial Christof HEYNS*, de 9 de abril de 2013 (A/HRC/23/47), p. 7, párr. 33. Por el establecimiento de una moratoria aprobada por los Estados apuesta también parte de la doctrina, entre los que destacan GUTIÉRREZ Y CERVELL (2013: 7).

[428] SHARKEY (2012: 791) y ASARO (2013: 708-709).

ámbito bélico[429]-. En segundo lugar, una Declaración Política "que delinearía principios importantes como la importancia de la responsabilidad humana, y con elementos de transparencia y revisión tecnológica".[430] En tercer lugar, continuar con la investigación y la profundización de "la interfaz hombre-máquina y la aplicación de las obligaciones legales internacionales existentes"[431]. Y, en cuarto y último lugar, la validez del derecho internacional humanitario para regular los sistemas de armas autónomos sin que sea necesario adoptar otros marcos jurídicos.

4. Breves conclusiones

La ambición de los Estados por aumentar su poder militar que se ve reflejado en la inversión, cada vez mayor, en la investigación de sistemas de armas autónomos.

Se hace necesario, por un lado, una regulación que incluya no sólo la visión jurídica sino también ética, moral, militar y humanitaria y que permita encontrar la armonía precisa entre las necesidades de la guerra y las necesidades humanitarias en la guerra y, por otro, la presencia de un *regulador ético* en relación con sus funciones críticas -selección de objetivos y ataque-, que le permitan cumplir con los límites claros que establecen los principios de derecho internacional humanitario, como arma y como método de guerra.

Mientras continúa el debate jurídico y ético, es necesario el establecimiento de una *moratoria* por parte de los Estado que les permita avanzar en la investigación de los sistemas de armas autónomas bajo el paraguas de los *Posibles Principios-Guías* establecidos en 2018 por el Grupo de Expertos hasta que se establezca un marco jurídico que los regule, entendiendo que la prohibición preventiva supondría un freno a la investigación en el ámbito de la inteligencia artificial bélica.

[429] Del Valle (2016: 227).

[430] "For consideration by the Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS)", Informe de 2013 del Relator Especial HEYNS CCW/GGE.1/2017/WP.4, November 2017.

[431] *Op. cit.*, nota 47.

5. Bibliografía citada

5.1 Fuentes principales

ICRC (2020). *Autonomous weapon systems: Implications of increasing autonomy in the critical functions of weapons,* 12 June 2020.

Código de Lieber de 24 de abril de 1863.

Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, adoptada el 10 de octubre de 1980

Declaración de San Petersburgo con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra, de 11 de diciembre de 1868.

Gutiérrez Espada, C. y Cervell Hortal, Mª. J. (2013) "Sistemas de armas autónomas, drones y Derecho Internacional", *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos* 2, 1-32.

Informe de 2013 del Relator Especial HEYNS, "For consideration by the Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS)", CCW/GGE.1/2017/WP.4, November 2017.

Informe del Relator Especial Philip ALSTON, de 28 de mayo de 2010 (A/HCR/14/24/Add.6).

Informe del Relator Especial Philip ALSTON, de 23 de agosto de 2010 (A/65/321). *Informe del Relator Especial Christof HEYNS*, de 9 de abril de 2013 (A/HRC/23/47)

Informe del periodo de sesiones de 2018 del Grupo de Expertos Gubernamentales, de 23 de octubre de 2018 (CCW/GCE.1/2018/3).

Informe del periodo de sesiones de 2019 del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre las Tecnologías Emergentes en el Ámbito de los Sistemas de Armas Autónomos Letales, Ginebra, 25 a 29 de marzo de 2019 y 20 y 21 de agosto de 2019 (CCW/GGE.1/2019/3).

Protocolos adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 8 de junio de 1977

Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949

Williams, A. P. (2015) "Defining Autonomy in Systems: Challenges and Solutions", en Williams, A. P. and Scharre, P. D. (eds.) *Autonomous Systems. Issues for Defence Policymakers*, United State: NATO Communications and Information Agency, 27-62.

5.2 Bibliografía crítica

Arkin, R. (2013) "Letal Autonomous Systems and the plight of the non-combatant", AISB, 1-9.

Ballenilla y García de Gamarra, M. (2019) "Robots y sistemas autónomos: el futuro que se avecina", *Revista Ejército* 924, 924, 24-29.

Del Valle, Mª. J. (2016) "Sistemas de armas letales autónomas: ¿un riesgo que vale la pena tomar?", *Lecciones y Ensayos* 97, 225-247.

Hurtado Granada, M. I. (2017) "Los límites del DIH a las armas autónomas", *Revista Científica General José María Córdova* 20, 85-100.

Jiménez-Segovia, R. (2009) "Los sistemas de armas autónomos en la Convención sobe ciertas armas convencionales: sombras legales y éticas de una autonomía ¿bajo el control humano?", *REEI* 37, 1-33.

Jiménez-Segovia, R. (2012) *Loosing humanity. The case against killer robots*, Human Rights Watch, 19 de noviembre de 2012.

Marchant, G., Allenby, B., Arbin, R., Barret, E. T., Borestein, J., Gaudet, L., M., Kttrie, O., Lin, P., Lucas, G. R., O'Meara, R., y Silberman, J. (2010-2011) "International governance of autonomous military robots", *The Columbia Science and Technology Law Review* XII, 272-315.

Meza Rivas, M. (2016) "Los sistemas de armas completamente autónomos: un desafío para la comunidad internacional en el seno de las Naciones Unidas", *Instituto Español de Estudios Estratégicos* 85, 1-16

Meza Rivas, M. (2018) "Los sistemas de armas autónomos: crónica de un debate internacional y prospectivo dentro de Naciones Unidas", *Instituto Español de Estudios Estratégicos* 41, 1-19.

Rosen, B. (2017) "Lethal autonomous weapon systems: mapping the GGE

debate", *Diplo. Olicy Papers and Briefs* 8, 1-8.

SCHARRE, P. (2016) "Autonomous Weapons and Operational Risk", *Center for a New American Security* 1-54.

SHARKEY, N. E. (2012) "The evitability of autonomous robot warfare", *International Review of the Red Cross* 886, 787-799.

SINGER, P. W. (2009) *Wired for War. The robotics revolution and conflict in the 21st century*, New York: The Penguin Press.

TORROJA, H. (2014) "Guerra, Drones y Derecho Internacional Humanitario: Estado de la cuestión", en *El arma de moda: impacto del uso de los drones en las relaciones internacionales y el Derecho Internacional contemporáneo, Barcelona:* Institut Català Internacional per la Pau, 137-162.

VÁZQUEZ SERRANO, I. (2020) "El Derecho Internacional Humanitario: retos y dilemas para los Sistemas de Armas Autónomos", en CERVELL HORTAL, M.ª J. (dir.) *Nuevas tecnologías en el uso de la fuerza: drones, armas autónomas y ciberespacio*, Navarra: Aranzadi, 165-193.

Sección II

Éxitos y fracasos de la responsabilidad internacional

Un nuevo caso de genocidio ante la Corte Internacional de Justicia: Gambia vs. Myanmar

Natalia Luterstein

El 11 de noviembre de 2019, la República de Gambia inició un procedimiento contencioso ante la Corte Internacional de Justicia contra Myanmar por la violación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.[432]

Se trata del tercer caso contencioso en el que la Corte debe analizar la responsabilidad de un Estado por la violación de la Convención contra el Genocidio. Los dos primeros, "Bosnia Herzegovina vs. Serbia" y "Croacia vs. Serbia", se relacionaron con el conflicto en la ex Yugoslavia de la década de 1990. Con anterioridad, la Corte había analizado la Convención contra el Genocidio, pero en el marco de su competencia consultiva.[433]

Este caso presenta algunas diferencias con los casos de la ex Yugoslavia que podrían tener un impacto en su resolución. En primer lugar, la Corte Internacional de Justicia deberá resolver una discusión en materia de legitimación para presentar una demanda, ya que, a diferencia de Bosnia Herzegovina o Croacia, Gambia no se ha presentado como un Estado lesionado, con un interés particular, sino que ha basado su legitimación en la naturaleza especial de las obligaciones que surgen de la Convención contra el Genocidio.

---

[432] Gambia, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, disponible en https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20191111-APP-01-00-EN.pdf (último acceso: 3/11/2020) (en adelante, "Demanda").

[433] Corte Internacional de Justicia, *Reservas a la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio,* Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951, *ICJ Reports 1951, p. 15.*

En segundo lugar, tres Estados han manifestado su intención de intervenir como terceros en el caso, lo que no ocurrió en los casos de la ex Yugoslavia.

En tercer lugar, la Corte Internacional de Justicia no cuenta con sentencias de un tribunal penal internacional como base para determinar la ocurrencia del crimen de genocidio. Si bien existen algunos mecanismos de investigación con relación a Myanmar, sus informes no son equivalentes a sentencias judiciales. No obstante, cabe señalar que en 2019 la Corte Penal Internacional abrió una investigación sobre la situación de Myanmar/Bangladesh que, podría aventurarse, tendrá impacto en la decisión final de la Corte Internacional de Justicia, aunque, vale decirlo, por ahora la Fiscalía de la Corte Penal Internacional no ha indicado que se encuentre investigación la comisión del crimen de genocidio, sino que se ha enfocado en la comisión de crímenes de lesa humanidad.

Finalmente, cabe señalar que Gambia solicitó la designación de una Jueza *ad hoc*, Navanethem Pilay, ex Jueza del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y de la Corte Penal Internacional y ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,[434] y que Myanmar designó a Claus Kress, académico alemán especialista en derecho internacional penal, como juez *ad hoc*. Se trata de personas con experiencia en tribunales penales internacionales, es decir, en cuestiones relacionadas con la responsabilidad internacional de los individuos, lo que seguramente se reflejará en su forma de encarar en análisis del caso y en sus votos.

El objetivo de esta ponencia es analizar el estado de situación a la fecha de este caso con el fin de plantear las cuestiones jurídicas en juego para luego identificar, en el marco de mi investigación doctoral, los puntos de contacto entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad del individuo por el crimen de genocidio.

1. La presentación de Gambia

En su presentación inicial, Gambia afirmó que el gobierno de Myanmar adoptó y condonó actos contra miembros del grupo étnico, racial y religioso rohingya, como por ejemplo, matanzas, lesiones graves contra la integridad

[434] Demanda, párr. 135.

física y mental, el sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial, medidas destinadas a impedir nacimientos dentro de grupo y traslados por la fuerza, es decir, todos los actos previstos por el artículo II de la Convención. Asimismo, sobre la base del artículo III, alegaron que, además de la comisión de genocidio, Myanmar había incurrido en la conspiración (lo que en español se traduce como asociación) para cometer genocidio, la tentativa del genocidio y la instigación directa y pública a cometer genocidio, así como la complicidad y la violación del deber de prevenir y sancionar el genocidio y el deber de adoptar legislación interna para implementar las disposiciones de la Convención.

En su aplicación, Gambia señaló que no como existe una jurisdicción internacional que pueda juzgar a los individuos asociados con esos actos de genocidio, en su aplicación ofrece a la Corte un relato fáctico y contextual más detallado de lo que normalmente sería necesario.[435]

Cabe hacer mención aquí a la investigación que está llevando adelante la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. En 2018 la Fiscalía le hizo una consulta a la Sala de Cuestiones Preliminares sobre la jurisdicción del tribunal en virtud de que Myanmar no es un Estado parte del Estatuto de Roma y que no mediaba una remisión del Consejo de Seguridad. El 6 de septiembre de ese año, la Sala afirmó la jurisdicción de la Corte sobre los crímenes que, aunque iniciados en un Estado no parte, se hubieran completado en un Estado parte, si fuera posible establecer que por lo menos un elemento de un crimen o parte de ese crimen se cometió en el territorio de un Estado parte, dando como ejemplos el crimen de lesa humanidad de persecución y el crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos.[436] Como consecuencia de esa decisión, el 4 de julio de 2019, la Fiscalía solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares la autorización para abrir formalmente una investigación de la situación de Bangladesh/Myanmar, que le fue otorgada el 14 de noviembre de ese año. Para ello, la Sala consideró que del material disponible surgían fundamentos suficientes para creer que, al menos desde el 9 de octubre de 2016, existieron actos de violencia generalizados y/o sistemáticos contra la población civil rohingya, incluidos asesinatos, detenciones, torturas, violaciones, violencia sexual, y otros actos coercitivos que resultaron en deportaciones a gran escala. Asimismo, dado que muchas de las fuentes indicaron el alto involucramiento de distintas fuerzas gubernamentales y otros agentes estatales, había

[435] Demanda, párr. 5. Ver también párrs. 25 a 110.

[436] Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute*", ICC-RoC46(3)-01/18-37, 6 de septiembre de 2018, párrs. 64. y 74.

fundamento suficiente para creer que existió una política estatal para atacar a los rohingya.[437]

Por lo tanto, es posible que en el futuro existan decisiones de la Corte Penal Internacional que resulten pertinentes para el caso ante la Corte Internacional de Justicia. Como en principio no parece que la Fiscalía se esté ocupando de investigar la comisión del crimen de genocidio, será interesante observar cuáles serán las conclusiones que las partes y el tribunal sacarán de ese hecho. En particular, porque de los argumentos presentados por Myanmar surge que considera que, a lo sumo, las conductas cometidas podrían calificarse como crímenes de lesa humanidad, pero no como genocidio. En esta etapa preliminar de la investigación, surge que la Fiscalía de la Corte Penal Internacional no ha incluido el genocidio en su investigación por razones de jurisdicción, más que por la falta de configuración de sus elementos.

Entre las fuentes a las que Gambia refiere en su presentación, menciona varios documentos producidos por diferentes mecanismos creados bajo los auspicios de las Naciones Unidas, como, por ejemplo, la Relatora Especial de la ONU sobre los derechos humanos en Myanmar, el Asesor Especial de la ONU sobre la Prevención de Genocidio y la Misión Internacional Independiente de Investigación del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (establecida en 2017, cuyo informe fue presentado en septiembre de 2018, y uno adicional en septiembre de 2019), y corroborados por organizaciones de derechos humanos y otras fuentes creíbles.[438] Cabe señalar aquí que la presentación de Gambia no hizo mención al Mecanismo Independiente de Investigación para Myanmar, creado en septiembre de 2018 a través de la resolución 39/2 por el Consejo de Derechos Humanos, con el mandato de recolectar prueba de hechos constituyentes de crímenes internacionales y de graves violaciones al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos, y de preparar la documentación necesaria para un enjuiciamiento penal, utilizando la información recabada por la Misión de Investigación. Este Mecanismo comenzó a operar en agosto de 2019 y en mayo de 2020 publicó su informativo en el que da cuenta de su trabajo, observando que se vio limitado con la aparición de la pandemia de COVID-19.[439]

---

[437] Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares III, *Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-27, 14 de noviembre de 2019.

[438] Demanda, párr. 6.

[439] *Cf.* OHCHR, en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/IIMM/Bulletin_EN.pdf

La cuestión de las fuentes utilizadas resulta particularmente interesante porque la Corte deberá valorar dichos documentos como evidencia de la comisión del crimen de genocidio y, como señalé, hasta la fecha, a diferencia de los casos relacionados con el conflicto en la ex Yugoslavia, no cuenta con sentencias de una jurisdicción internacional que hubieran establecido su configuración.

Finalmente, entre las medidas reparatorias solicitadas en su presentación, Gambia incluyó, siguiendo la Resolución 56/83, el cese de los actos genocidas y el respeto de las obligaciones de la Convención; el enjuiciamiento de las personas acusadas de genocidio ante un tribunal competente, incluido un tribunal internacional penal, de conformidad con el artículo VI de la Convención; reparaciones para las víctimas de los actos genocidas, como, por ejemplo, permitir el retorno seguro y en condiciones dignas de los Rhongya forzadamente desplazados, el respeto de su ciudadanía completa y sus derechos humanos, la protección contra la discriminación, persecución y otros actos relacionados, de forma consistente con la obligación de prevenir el genocidio; y garantías de no repetición.[440]

2. La jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia

Este punto es de particular interés ya que, como adelanté, la legitimación de Gambia no surge del hecho de que se trata de un Estado lesionado, de conformidad con el artículo 42 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, sino que ha basado su legitimación en la naturaleza de norma imperativa de la prohibición de genocidio y las obligaciones *erga omnes partes* que surgen de la Convención.[441]

En su presentación, Gambia señaló que ambos Estados son parte de la Convención contra el Genocidio, que contiene una cláusula compromisoria en su artículo IX que no ha sido reservada por ninguno de los dos. Además, a los fines de establecer la existencia de una controversia, Gambia indicó que en varias oportunidades había expresado preocupación por lo que estaba ocurriendo en Myanmar.[442]

[440] Demanda, párr. 112.
[441] Demanda, párr. 15.
[442] Demanda, párr. 21.

Como veremos, la Corte Internacional de Justicia, en el marco de la solicitud de medidas provisionales por parte de Gambia, aceptó la legitimación. Aunque, vale indicar que, para determinar jurisdicción sobre esta solicitud, se requiere un umbral bajo, jurisdicción *prima facie*, pero en la etapa de fondo, la Corte deberá afirmar su jurisdicción de manera inequívoca.

En este punto, cabe señalar que en un voto separado, la jueza Xue señaló que la referencia de Gambia y de la propia Corte al precedente de "Bélgica vs. Senegal" como un caso en el que se había utilizado la naturaleza especial de las obligaciones para afirmar la jurisdicción de la Corte no era pertinente porque en ese caso, Bélgica había requerido la extradición de Hissène Habré a Senegal y, por lo tanto, no tenía un mero interés común como Estado parte de la Convención contra la Tortura.[443] En ese sentido, agregó que debía diferenciarse entre tener un interés en el cumplimiento de obligaciones *erga omnes partes* y la capacidad para iniciar una demanda ante la Corte.[444] Sostuvo que la regulación internacional sobre la responsabilidad del Estado solo le permite al Estado lesionado, es decir, el especialmente afectado, invocarla ante la Corte.[445]

Este punto seguramente será objeto de discusión por parte de Myanmar, que, de acuerdo con el Reglamento de la Corte, cuenta con tres meses desde que Gambia presenta su Memorial (lo que ocurrió el 23/10/2020) para interponer excepciones preliminares.[446]

3. Las medidas provisionales

En su aplicación, Gambia solicitó medidas provisionales a la luz de los daños severos e irreparables que se están causando al pueblo rohingya,[447] señalando que Myanmar ha negado cualquier hecho ilícito de su parte y ha resistido los llamados de Gambia y de la comunidad internacional para

[443] Corte Internacional de Justicia, *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (Gambia v. Myanmar). Medidas provisionales. Orden del 23 de enero de 2020 (en adelante, "Orden del 23 de enero de 2020"), Opinión Separada de la Vicepresidenta Xue, párr. 4.

[444] Orden del 23 de enero de 2020, Opinión Separada de la Vicepresidenta Xue, párr. 5.

[445] Orden del 23 de enero de 2020, Opinión Separada de la Vicepresidenta Xue, párr. 8.

[446] *Cf.* artículos 79 a 79ter de las Reglas de la Corte Internacional de Justicia.

[447] Demanda, párrs. 113- 134.

frenar y aliviar la destrucción y el sufrimiento de los rohingya, así como que también ha destruido prueba para encubrir los crímenes. Gambia afirmó que de esta forma busca proteger los derechos de los rohingya en el territorio de Myanmar como un grupo protegido por la Convención contra el Genocidio, y los derechos *erga omnes partes* que tiene de conformidad con la Convención, que son la contracara de las obligaciones *erga omnes partes* que tiene Myanmar, resaltando que la Corte ha afirmado el carácter universal de la condena del genocidio y de la cooperación requerida para liberar a la humanidad de este flagelo. El 9 de diciembre de 2019, Gambia solicitó una medida provisional adicional por la cual requirió que la Corte ordenara a Myanmar que otorgase acceso y cooperase con los órganos de investigación de las Naciones Unidas.[448]

El 10, 11 y 12 de diciembre de 2019 se realizó una audiencia pública ante la Corte con relación a la solicitud y el 23 de enero de 2020, la Corte Internacional de Justicia emitió su orden sobre las medidas provisionales requeridas.

Como comentario preliminar, la Corte señaló que debía entenderse por miembros del grupo rohingya a todas aquellas personas que se identificaban como tales y que poseían una relación de larga data con el estado de Rakhine, parte de la Unión de Myanmar.[449] Luego, analizó los requisitos para el dictado de las medidas provisionales.

En primer lugar, a los fines de interpretar el artículo IX de la Convención contra el Genocidio, examinó si existía una controversia respecto de la interpretación o aplicación de dicho tratado, pues Myanmar había afirmado que no existía una disputa entre las partes porque Gambia actuaba como un intermediario de la Organización para la Cooperación Islámica, y no en su propio nombre,[450] para evitar el obstáculo del artículo 34 y la competencia contenciosa personal de la Corte.

Al respecto, la Corte observó que, en su informe de 2019, la Misión Internacional Independiente de Investigación del Consejo de Derechos Humanos de la ONU había afirmado que Myanmar era responsable por la violación de la Convención contra el Genocidio y agradeció los esfuerzos de Gambia, Bangladesh y la Organización para la Cooperación Islámica.[451] Asimismo, manifestó que en una situación en la que se alegan violaciones graves del derecho internacional, la existencia de una disputa puede inferirse

[448] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 10.
[449] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 15.
[450] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 23.
[451] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 27.

de la falta de respuesta por parte de un Estado en un contexto en el que resulta necesario que se pronuncie, haciendo referencia a varias instancias en las que Gambia había protestado por la conducta de Myanmar.[452]

Con respecto a los requisitos, la Corte sostuvo que en la etapa de medidas provisionales no era necesario determinar si se había configurado la intención genocida –lo que era rechazado por Myanmar– sino que bastaba con que algunos de los actos alegados por Gambia fueran susceptibles de ser encuadrados en la Convención contra el Genocidio.[453]

Por otro lado, la Corte examinó el argumento de Myanmar respecto de su reserva al artículo VIII de la Convención contra el Genocidio, que dispone que "Toda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III", afirmando que la Corte debe ser considerada como uno de esos órganos. Al respecto, el Tribunal sostuvo que la cláusula se refiere a los órganos que pueden tomar medidas para la prevención y represión, pero no para la resolución jurisdiccional (*adjudication*), lo que está regulado expresamente en el artículo IX, que no fue reservado por Myanmar.[454] En consecuencia, consideró que existía jurisdicción *prima facie*.[455]

En cuanto a la legitimación de Gambia, si bien Myanmar aceptó que la Convención contiene obligaciones *erga omnes partes*, sostuvo que ello no equivale a afirmar que éstas le confieren *ius standi* a Gambia, pues no se encuentra especialmente afectada por las violaciones alegadas.[456] Asimismo, sostuvo que el derecho de invocar responsabilidad de los Estados que no se encuentran lesionados es subsidiario del de aquellos Estados afectados. Al respecto, Gambia señaló que Bangladesh, como Estado especialmente afectado estaría en condiciones de invocar la responsabilidad de Myanmar, pero no puede hacerlo a la luz de su declaración relacionada con el artículo IX de la Convención.[457] Asimismo, afirmó que el hecho de que la Convención

[452] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 28.
[453] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 30.
[454] Orden del 23 de enero de 2020, párrs. 35-36.
[455] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 37.
[456] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 39.
[457] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 39. La Declaración de Banglash dice que para la presentación de una controversia en los términos de este artículo a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, el consentimiento de las partes de la controversia debe ser requerido en cada caso" (traducción propia. El texto original dice: "For the submission of any dispute in terms of this article to the jurisdiction of the International Court of Justice, the consent

contenga obligaciones *erga omnes partes* implica que no es necesario probar un interés especial para invocar la responsabilidad de un Estado, mencionado el precedente de Bélgica vs. Senegal.[458]

La Corte, sobre la base de su Opinión Consultiva de 1951, sostuvo que a la luz de los valores compartidos, todos los Estados parte de la Convención tienen un interés en asegurar la prevención de los actos de genocidio y que, si ocurren, sus autores no queden impunes. Ese interés común implica que las obligaciones les son debidas a todos los Estados parte por todos los Estados parte de la Convención, por lo que no se requiere que el Estado esté especialmente afectado para invocar las violaciones de dichas obligaciones.[459] Por lo tanto, concluyó que Gambia estaba legitimada *prima facie* para presentar el caso.[460] Como fuera mencionado, restar ver si este argumento será suficiente para sostener la jurisdicción de la Corte con relación al fondo del caso.

En cuanto a los derechos involucrados, la Corte observó que existe una correlación entre los derechos de los miembros de los grupos protegidos por la Convención, las obligaciones de los Estados parte y el derecho de cada Estado parte de buscar el cumplimiento de sus disposiciones por parte de los demás Estados parte.[461] Asimismo, afirmó que, sobre la base de los informes mencionados anteriormente, existía fundamento suficiente para concluir que los derechos invocados por Gambia respecto de los cuales buscaba protección eran verosímiles a los fines del dictado de la medida provisional,[462] lo que no equivalía a concluir que se había violado la Convención contra el Genocidio.[463]

Finalmente, en lo referido a la urgencia, la Corte sostuvo que ella implica un riesgo real e inminente de que se cause un daño irreparable en cualquier momento antes de que la Corte decida sobre el fondo de la cuestión,[464] requisito que consideró cumplido en el caso. En este sentido, observó que en vista de los valores fundamentales que busca proteger la

---

of all parties to the dispute will be required in each case". Disponible en https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&clang=_en#EndDec (último acceso: 5/11/2020).

[458] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 40. Ver también Corte Internacional de Justicia, *Cuestiones relativas con la obligación de juzgar o extraditar* (Bélgica v. Senegal), Sentencia del 20 de julio de 2012*, I.C.J. Reports 2012, p. 422.*

[459] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 41.

[460] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 42.

[461] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 52.

[462] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 56.

[463] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 66.

[464] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 65.

Convención contra el Genocidio, los derechos concernidos en el caso, en particular, el derecho del grupo Rohingua en Myanmar y sus miembros de ser protegidos contra asesinatos y otros actos que amenacen su existencia como grupo son de una naturaleza tal que un perjuicio contra estos es capaz de causar un daño irreparable.[465]

En consecuencia, de las cinco medidas provisionales solicitadas por la Gambia, la Corte encontró que solo tres de ellas se relacionaban directamente con la necesidad de preservar derechos protegidos por la Convención.[466] Por ello, la Corte ordenó que Myanmar debía tomar todas las medidas en su poder para prevenir la comisión de actos del artículo II de la Convención contra el Genocidio;[467] asegurar que los militares, las unidades armadas irregulares que puedan ser dirigidas o apoyados por el Estado y cualquier organización o persona que esté sujeta a su control, dirección o influencia, no cometieran genocidio, conspiración para cometer genocidio, instigación pública y directa para cometer genocidio, tentativa de cometer genocidio o complicidad en el genocidio contra los miembros del grupo rohingya que se encuentran en su territorio;[468] y tomar medidas efectivas para prevenir la destrucción y asegurar a preservación de cualquier prueba relacionada con las alegaciones de comisión actos del artículo II de la Convención.[469] Asimismo, dispuso que Myanmar debía informar a la Corte del estado del cumplimiento de esas medidas en un plazo de cuatro meses desde la orden, y luego, cada seis meses hasta el dictado de la sentencia final. Esos informes serán transmitidos a Gambia, quien podrá presentar comentarios.[470]

Cabe señalar que dos jueces de la Corte emitieron opiniones separadas, mientras que un juez *ad hoc*, una declaración individual. Por una parte, la jueza Xue señaló que tenía reservas respecto de la verosimilitud del caso a la luz de la Convención contra el Genocidio, pues consideró que la prueba presentada daba cuenta más bien de una situación gravísima de violaciones de derechos humanos y de maltratos prolongados contra minorías étnicas, que de la comisión de un genocidio. Refirió en apoyo a esa conclusión el hecho de que Bangladesh, un Estado cuyos intereses están especialmente afectados por la crisis, manifestó su intención de buscar una solución duradera a una cuestión que la Jueza consideró como de reconciliación nacional y de la igualdad de

[465] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 70.
[466] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 61.
[467] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 79.
[468] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 80.
[469] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 81
[470] Orden del 23 de enero de 2020, párr. 82.

minorías étnicas.[471]

Por su parte, el juez Cançado Trindade realizó un examen de las órdenes anteriores de la Corte Internacional de Justicia en las que se analizó la solicitud de medidas provisionales sobre la base de la Convención contra el Genocidio, hizo hincapié en la situación de vulnerabilidad de las personas como criterio para ordenar medidas provisionales[472] y criticó el uso del elemento verosimilitud porque se trata de derechos fundamentales, incluidos el principios de igualdad y no discriminación. Es decir, se trataba de normas imperativas de derecho internacional[473] y no de derechos verosímiles.[474]

Finamente, en su Declaración, el juez *ad hoc* Kress hizo referencia a que Myanmar consideró que el requisito de la verosimilitud se aplicaba también a los elementos subjetivos del crimen, pues, como se trata de un caso que involucra alegaciones de excepcional gravedad, la Corte debería aplicar un estándar más estricto. Al respecto, el juez *ad hoc* sostuvo que acordaba con el rechazo de este argumento por parte de la Corte y, de hecho, se preguntó si en un caso como este, en el que estaban en juego valores fundamentales, el estándar no debería incluso más bajo. En este sentido, observó que, precisamente, la Corte aplicó un estándar bajo de verosimilitud con relación a la intención genocida y señaló que, incluso con este estándar bajo, tenía dudas respecto de la configuración de dicha intención específica.[475] Este tema seguramente será objeto de discusión en la etapa de fondo del caso.

El 18 de mayo de 2020 la Corte fijó los plazos para la presentación del memorial de Gambia y del contra memorial de Myanmar para el 23 de octubre de 2020,[476] que fue presentado, y para el 23 de julio de 2021, respectivamente.

4. La participación de terceros Estados

En el presente caso, tres Estados, las Maldivas, los Países Bajos y Canadá, han manifestado su intención de intervenir como terceros en el

[471] Orden del 23 de enero de 2020, Opinión Separada de la Vicepresidenta Xue, párr. 3.
[472] Orden del 23 de enero de 2020, Opinión Separada del juez Cançado Trindade, párr. 72.
[473] Orden del 23 de enero de 2020, Opinión Separada del juez Cançado Trindade, párr. 87.
[474] Orden del 23 de enero de 2020, Opinión Separada del juez Cançado Trindade, párr. 77 y ss, en particular, párr. 79.
[475] Declaración del juez *ad hoc* Kress, párr. 5.
[476] El Memorial presentado por Gambia en esa fecha contiene más de 500 páginas y más de 500 páginas de material probatorio.

caso,[477] aunque aún no han concretado dicha intención.

Asimismo, de sus manifestaciones tampoco surge con precisión cuál sería la base jurídica de su intervención. Al respecto, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia prevé dos supuestos en los artículos 62 y 63. El primer dispone que aquellos Estados que demuestren un interés jurídico que puede ser afectado por el resultado del litigio pueden solicitar ser admitidos en el caso. En el caso de que la Corte lo acepte, la sentencia les será oponible. Por otro lado, el artículo 63 dispone que los Estados parte de una Convención que será objeto de interpretación en un caso, tienen el derecho de participar con el fin de ofrecer su propia interpretación de las disposiciones en juego. La decisión final sobre su participación, en este supuesto, también depende de la decisión de la Corte.

En el caso de Canadá y los Países Bajos, estos Estados han señalado que, como parte de su intervención, asistirán a la Corte con las cuestiones jurídicas complejas que puedan surgir, prestando especial atención a los crímenes relacionados con la violencia sexual y de género, incluyendo la violación.[478] Así, parece surgir de que estos Estados buscarán participar sobre la base del artículo 63 del Estatuto de la Corte.

5. A modo de reflexión final

El caso presentado por Gambia presenta una serie de cuestiones jurídicas que aún no han sido resueltas y, por lo tanto, la decisión de la Corte Internacional de Justicia tendrá un gran impacto en el desarrollo de derecho internacional, en particular, con respecto a la responsabilidad de los Estados por la comisión de crímenes internacionales.

[477] *Cf.* Ahmed (2020); McGarry (2020). Ver también Comunicado Conjunto de los Países Bajos y Canadá, de fecha 2 de septiembre de 2020, disponible en https://www.government.nl/documents/diplomatic-statements/2020/09/02/joint-statement-of-canada-and-the-kingdom-of-the-netherlands-regarding-intention-to-intervene-in-the-gambia-v.-myanmar-case-at-the-international-court-of-justice (último acceso: 5/11/2020).

[478] *Cf.* Comunicado conjunto.

6. Bibliografía

6.1 Bibliografía primaria

Comunicado Conjunto de los Países Bajos y Canadá, de fecha 2 de septiembre de 2020.

Corte Internacional de Justicia, *Reservas a la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio,* Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951, *ICJ Reports 1951, p. 15*.

Corte Internacional de Justicia, *Cuestiones relativas con la obligación de juzgar o extraditar* (Bélgica v. Senegal), Sentencia del 20 de julio de 2012*, I.C.J. Reports 2012, p. 422*.

Corte Internacional de Justicia, *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (Gambia v. Myanmar). Medidas provisionales. Orden del 23 de enero de 2020.

Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute*", ICC-RoC46(3)-01/18-37, 6 de septiembre de 2018, párrs. 64. y 74.

Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares III, *Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-27, 14 de noviembre de 2019.

Gambia, *Application instituting proceedings and request for provisional measures*, 11 de noviembre de 2019.

6.2 Bibliografía crítica

Ahmed, K. (2020) "Incidental proceedings likely to follow in The Gambia v. Myamnar", disponible en http://opiniojuris.org/2020/10/16/incidental-proceedings-likely-to-follow-in-the-gambia-v-myanmar/ (último acceso: 5/11/2020)

McGarry, B. (2020) "Third-State intervention in the Rohingya Genocide case: How, when and why?", disponible en http://opiniojuris.org/2020/09/11/third-state-intervention-in-the-rohingya-genocide-case-how-when-and-why-part-i/ (último acceso: 5/11/2020).

Niños, niñas y adolescentes víctimas de conflictos armados: la reparación como respuesta para romper con el ciclo de la violencia

Agustín Pérez Aledda

Los contextos de conflicto armado representan enormes desafíos para la seguridad y el bienestar de la población civil, la cual termina siendo objeto de ataques o sufre indirectamente las consecuencias de las hostilidades. En tales situaciones, los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) son un grupo en especial situación de vulnerabilidad que, debido a la etapa de crecimiento en que la se encuentran, se ven expuestos en mayor medida a los efectos de los conflictos armados, amenazando seriamente su vida, desarrollo y supervivencia.

En los últimos años, las repercusiones de los conflictos armados sobre los NNA han ganado un lugar en la agenda global[479] e incluso el asunto ha merecido un mandato especial del Secretario General de las Naciones Unidas, a raíz del informe de Graça Machel[480] de 1996. El mismo puso en evidencia que los NNA no son únicamente testigos o destinatarios incidentales de la hostilidades, sino que también suelen ser blanco explícito de ataques y violaciones, a menudo por todas las partes del conflicto.[481] Más allá de las disposiciones existentes en el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que protegen a este grupo durante los conflictos armados, su existencia no evita que en la

[479] Muestra de ello es la conformación del Grupo de Trabajo sobre los niños y los conflictos armados y el Mecanismo de Seguimiento y Monitoreo, mediante la Resolución 1612/2005 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con el propósito de monitorear, documentar e informar sistemáticamente sobre la situación de niños, niñas y adolescente en países atravesados por conflictos armados. A partir de la Resolución 1882 del Consejo de Seguridad, el mandato del Mecanismo de Seguimiento y Monitoreo fue ampliado y reforzado.

[480] Graca (1996).

[481] Mazurama y Carlson (2010:7).

práctica terminen siendo víctimas de reclutamiento forzoso y utilizados en las hostilidades o de abuso y violencia sexual, sin dejar de lado la afectación desproporcionada que pueden sufrir, en relación con la población adulta, por la destrucción de escuelas y hospitales o ataques a misiones humanitarias.

Es entonces que resulta necesario darles una respuesta que incluya reparaciones que impliquen algo más que simplemente volver a la situación que existía con anterioridad, ya que no es posible reparar completamente a NNA víctimas de este tipo de violaciones, y los años de educación perdidos y el tiempo que hubieran utilizado para desarrollar vínculos emocionales con su familia, amigos y comunidad tampoco pueden ser recuperado fácilmente.[482]

Tal como afirmó el ex Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki Moon, de entre los mecanismo de justicia disponibles, el proporcionar reparaciones es indiscutiblemente aquel que se encuentra orientado en mayor medida hacia las víctimas y resulta más significativo en términos de hacer una diferencia en sus vidas.[483] Aun así, no todas las reparaciones ordenadas por tribunales internacionales o en el marco de procesos de justicia transicional terminaron reparando de manera integral y asegurando los derechos de NNA, hecho que merece un análisis a la luz de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de reparación de víctimas.

El art. 39 de la Convención de los Derechos del Niño[484] (en adelante CDN) es clave para analizar las respuestas que se le debe dar a NNA víctimas de conflictos armados. Si bien tal disposición no implica directamente la posibilidad de reclamar reparaciones, los Estados parte deben llevar a cabo todas las medidas apropiadas para promover su recuperación física y psicológica y du reintegración social, en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del NNA. Esta obligación debe complementarse por lo establecido por el Comité de los Derechos del Niño en cuanto a la necesidad de que los Estados pongan particular atención en asegurar la disponibilidad de procedimientos efectivos y especialmente adaptados para que NNA puedan reclamar frente a violaciones de sus derechos,[485] teniendo

[482] Capone (2013:23).

[483] Organización de las Naciones Unidas (2011). Consejo de Seguridad, Informe del Secretario General: El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, 12 de octubre de 2011, S/2011/634, párr. 26.

[484] Organización de las Naciones Unidas (1990). Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, firmada el 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, UNTS 1577, art. 39.

[485] Comité de los Derechos del Niño (2003). Comentario General N°5, Medidas generales en la implementación de la Convención de los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, párr. 24.

en cuenta la etapa de desarrollo en la que se encuentran y las dificultades que esto implica para perseguir tales acciones por sus propios medios.

Por su parte, los llamados Principios Van Boven, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2005, marcan el rumbo a seguir en torno al derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones.[486] Si bien estos principios de *soft law* se basan en obligaciones de derecho internacional ya existentes, su aporte radica en que identifican mecanismos y modalidades de reparación para su implementación. Así, se establecen como formas de reparación la restitución, indemnización y satisfacción e incorpora la rehabilitación y las garantías de no repetición a favor de las víctimas.[487]

En lo que respecta al Derecho Internacional Humanitario, tanto el art. 3 de la Convención IV de la Haya de 1907[488] como el art. 91 del Protocolo Adicional I de 1998[489] establecen, en cabeza de los Estados, la obligación de indemnizar como consecuencia de una violación a sus disposiciones. Sin embargo, no existe un tribunal internacional que determine tales violaciones y al cual las victimas puedan recurrir para recibir una reparación. Progresivamente, esa función terminó siendo cumplida, con sus limitaciones, por otras instancias internacionales y nacionales, como lo son los tribunales de Derechos Humanos, la Corte Penal Internacional y los procesos de justicia transicional.

---

[486] Organización de las Naciones Unidas (2006). Asamblea General, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, 21 marzo 2006, A/RES/60/147.

[487] Organización de las Naciones Unidas (2006). Asamblea General, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, 21 marzo 2006, A/RES/60/147, párr. 18.

[488] Conferencia Internacional de La Haya (1907). Convención de La Haya (IV) relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, firmada el 18 de octubre de 1907, en vigor desde el 26 de enero de 1910.

[489] Comité Internacional de la Cruz Roja (1977). Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, firmado el 8 de junio de 1977, en vigor desde el 7 de diciembre de 1978. UNTS 1125.

1. Reparaciones en el marco de tribunales internacionales

A pesar de que los mecanismos de derechos humanos no fueron especialmente diseñados para lidiar con violaciones a gran escala en contextos de conflictos armados, cabe destacar el papel prominente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en la materia. La misma ha emitido decisiones sobre reparaciones en beneficio de comunidades afectadas por la violencia, incluyendo medidas que tomaron en cuenta aspectos culturales, como la pertenencia a comunidades indígenas. Cabe destacar que a partir de la reforma del procedimiento de la Corte IDH y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los NNA víctimas pueden participar de todas las instancias, tanto de admisibilidad como de fondo y reparaciones.[490]

Sin pretender ser totalmente abarcativo de la jurisprudencia de la Corte IDH, los casos Molina Theisen Vs. Guatemala[491], Gómez Paquiyauri Vs. Peru[492] y el caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador[493] son ejemplos de la línea jurisprudencial del tribunal en materia de reparaciones, que resulta mucho más amplia y creativa en relación con otro tribunales de derechos humanos. En particular, sus decisiones giran en torno al concepto de reparación integral y el deber de reparar el daño moral y restaurar la dignidad de la víctima y la afectación a su proyecto de vida. La amplitud de las medidas no se limita al pago de una indemnización material, sino que en ocasiones también fue ordenado, por ejemplo, crear un Museo de los Derechos del Niño, establecer un programa de radio sobre la temática, dedicar un día nacional a los niños víctimas del conflicto armado u otorgar una beca educativa en nombre de la víctima.

Otro tribunal internacional que cumple un rol fundamental en la determinación de reparaciones como respuesta a víctimas de conflictos armados es la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI). En el art. 75 de

[490] Corte interamericana de Derechos Humanos (2009). Reglamento aprobado en su 49° período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000. Reformado en 2009, actual art. 25.

[491] Corte interamericana de Derechos Humanos (2004). Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004, Serie C 108.

[492] Corte interamericana de Derechos Humanos (2004). Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C 110.

[493] Corte interamericana de Derechos Humanos (2005). Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C 120.

su Estatuto[494] recoge la posibilidad de establecer reparaciones que incluyan la restitución, compensación y rehabilitación en favor de las víctimas, directamente en contra de la persona condenada o a través del Fondo Fiduciario en Beneficio de las Victimas (en adelante, FFV). En todos los casos, las reparaciones van a estar sujetas estrictamente a los crímenes y la responsabilidad fijados en el juicio.

Aquí resulta relevante traer el caso Lubanga,[495] que además de tratarse de la primera condena emitida por la CPI, también se trató de la primera vez en la que se ordenaron reparaciones para NNA que habían sido reclutados y utilizados en las hostilidades. Cabe destacar que, tanto en la instancia de juicio como en la de apelaciones, se dispusieron reparaciones únicamente de manera colectiva y no de manera individual, ya que se sostuvo que un abordaje comunitario, a través del FFV, sería más beneficioso y tendría mayor utilidad, en parte debido a los fondos limitados con los que se contaba. Como consecuencia de ello, el plan propuesto por el FFV consistió en proveer tratamiento médico y psicológico a las víctimas y también iniciativas de apoyo socioeconómico, cursos vocacionales y de alfabetización acelerada, mejorando sus posibilidades de desarrollo.[496] Muestra de la pretensión de integralidad y lo abarcativo de las medidas propuestas, es que también fueron brindados talleres en resolución de conflictos para las víctimas y sus comunidades.

A su vez, el FFV tiene el objetivo de apoyar programas que aborden el daño producido por crímenes bajo la jurisdicción de la CPI, a través de la asistencia a víctimas de crímenes internacionales, más allá de que no tengan el estatus de víctima en el marco de un procedimiento ante el tribunal.[497] Dentro de su mandato de asistencia incluye categorías que tienen como beneficiarios a NNA víctimas de violencia sexual, aquellos que hayan participado en las hostilidades y también a aquellos que hayan perdido uno o ambos padres como consecuencia del conflicto. De este modo, brinda asistencia general en

[494] Organización de las Naciones Unidas (2002). Asamblea General, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, firmado el 17 de julio de 1998, ratificado el 1 de julio de 2002.

[495] Corte Penal Internacional (2012). Caso Lubanga, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06. Encontrado culpable el 14 de marzo de 2012, de los crímenes de Guerra de enlistamiento y conscripción de niños menores de 15 años y su utilización active en las hostilidades. El procedimiento de reparaciones para las víctimas comenzó el 7 de agosto de 2012.

[496] Fondo fiduciario para el beneficio de las víctimas (2021). "Collective reparations in the form of services to victims of the crimes for which Thomas Lubanga Dyilo was convicted", Factsheet, 4 de marzo de 2021.

[497] Organización de las Naciones Unidas (2011). Oficina del Representante Especial para la cuestión de los niños y los conflictos armados, *Children and Justice During and in the aftermath of armed conflict*, Working Paper n°3, septiembre 2011, p. 26

forma de rehabilitación física tanto como psicológica y apoyo material para las víctimas, para que puedan volver a disfrutar de una vida digna y valiosa dentro de sus comunidades.

Por lo general, el FFV pone en marcha su accionar reparador apoyando asociaciones locales e implementando diferentes proyectos en el terreno. Un ejemplo de ello es la iniciativa "Schools of Peace" en República Democrática del Congo, un programa de reintegración y educación basado en la cultura de la paz y la reconciliación, donde fueron alcanzados 1.900 NNA que habían estado asociados con grupos armadas y también a otros 15.000 NNA víctimas del conflicto, entre 2008 y 2012.[498]

La participación de NNA ante la CPI incorpora un elemento innovador: el estatus de víctima, el cual les permite intervenir de proceso, más allá de hacerlo en calidad de testigo. Sirve como alternativa y mecanismo para evitar la revictimización como consecuencia del proceso, evitando un posible trauma, y busca que la participación del NNA en este tipo de instancias resulte menos estresante.[499]

La importancia de contar con mecanismos especialmente adaptados que no impliquen una revictimización se evidenció en el caso Lubanga, anteriormente mencionado. La primera vez que un niño fue a dar testimonio, iba a declarar que había sido secuestrado de su escuela por soldados y llevado a un campo militar. Sin embargo, cuando vio frente a frente al acusado Lubanga, en la misma sala, quedó aterrorizado y no pudo participar. Dos semanas más tarde fue llamado nuevamente, pero esta vez lo hizo detrás de una pantalla de modo que el acusado no pudiera intimidar al testigo.[500] Esto demuestra la necesidad de contar con procedimientos especialmente adaptados, que no pretendan conseguir la responsabilidad penal del acusado al costo de dejar de lado el interés superior del NNA, sino que garanticen la participación también como parte del proceso sanador.

[498] Capone (2013:210).

[499] Organización de las Naciones Unidas (2011). Oficina del Representante Especial para la cuestión de los niños y los conflictos armados, *Children and Justice During and in the aftermath of armed conflict*, Working Paper n°3, septiembre 2011, p. 18

[500] Organización de las Naciones Unidas (2011). Oficina del Representante Especial para la cuestión de los niños y los conflictos armados, *Children and Justice During and in the aftermath of armed conflict*, Working Paper n°3, septiembre 2011, p. 16

2. Reparaciones en el marco de procesos de justicia transicional

Gran parte de las medidas reparatorias existente dirigidas a NNA víctimas en conflictos armados surge de la experiencia de procesos de justicia transicional que tomaron en consideración las especiales vulneraciones sufridas por este grupo y actuaron en consecuencia. Es así que las diferentes Comisiones de Verdad implementadas han significado importantes avances en el derecho de las víctimas a recibir reparación, en particular si se compara con otras iniciativas dirigidas en primer instancia a establecer responsabilidades penales, como lo son los tribunales ad hoc.[501] Tales avances se explican en gran parte porque significaron un espacio para las víctimas donde pudieron hacer escuchar su voz y contribuyeron en la búsqueda de establecer la verdad de los hechos y construir la memoria colectiva, combatir la impunidad y fortalecer el proceso de reconciliación.[502]

Dicho lo anterior, del universo de Comisiones de la Verdad que fueron implementadas, no todas dieron respuesta específica a las violaciones que sufrieron NNA. Por esta razón, analizaré la experiencia de aquellas que, a lo largo del proceso, en sus informes finales o en la implementación de sus recomendaciones, sí contemplaron apartados y acciones particularmente dedicadas a este grupo de víctimas.

Con respecto a las reparaciones propiamente dichas, en el caso de Liberia solo una parte del informe final fue dedicado a recomendaciones enfocadas en NNA, en el que se recomendó crear un fondo fiduciario para las víctimas y proveer acceso gratuito a educación primaria y secundaria. En Perú, en 2005 se adoptó por ley el Programa de Reparación Integral,[503] por el cual las víctimas del conflicto debían registrase para resultar beneficiarios de atención médica gratuita y becas educativas para NNA huérfanos. Sin embargo, fue suspendido en diferentes oportunidades debido a la falta de fondos públicos[504] y a día de hoy no se ha implementado totalmente. Por

[501] Evans (2012:245).

[502] Organización de las Naciones Undas (2011). Oficina del Representante Especial para la cuestión de los niños y los conflictos armados, *Children and Justice During and in the aftermath of armed conflict*, Working Paper n°3, septiembre 2011, p. 20

[503] Congreso del Perú (2005). Ley Nº 28592 de Plan Integral de Reparaciones. 29 de julio de 2005. En su art. 9 establece un Registro Único de Víctimas. Fue reglamentado por Decreto Supremo Nº 015-2006-JUS, que crea el programa de reparaciones en salud y educación, priorizando a NNA víctimas del conflicto armado.

[504] Laplante y Theidon (2007:228-250).

su parte, Timor Leste, en el informe titulado Chega!,[505] no incluyó ninguna referencia a formas de reparaciones que estén exclusivamente dedicadas a ellos, aunque sí facilitó restituciones a través de procesos de reconciliación comunitaria y estableció un esquema de reparaciones urgentes que, si bien fue a pequeña escala, sirvió para proveer servicio médico y atención psicológica a NNA víctimas.[506]

En Colombia, la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras hizo especial referencia a NNA y les otorgó un tratamiento especial. Primordialmente, reconoce el deber, en cabeza del Estado, de restablecer sus derechos y brindar una indemnización a aquellos NNA víctimas de minas antipersonales, municiones sin explotar y artefactos explosivos improvisados, víctima del reclutamiento ilícito y también a aquellos que fueron concebidos como consecuencia de una violación sexual con ocasión del conflicto armado. Para ello fue establecida una instancia administrativa, donde las víctimas pudieran recibir una indemnización de carácter económico, y una instancia judicial, la llamada Audiencia Pública de Reparación, con el fin de identificar al victimario, inculparlo por los perjuicios que ocasionó y solicitar una reparación. Sin embargo, el estándar probatorio exigido hizo que la víctima prefiera no iniciar un proceso judicial contra su victimario y decida solamente hacer valer su derecho a recibir reparación por la vía administrativa.

Por último, en Sierra Leona, de acuerdo con el reporte de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación,[507] se estipularon medidas urgentes para las víctimas más necesitadas, y en cuanto a los NNA, el foco estuvo puesto en la educación. Aquellos reconocidos como victimas recibirían educación primaria y secundaria gratuita, así como vestimenta adecuada, libros e insumos.[508]

Es destacable mencionar que, en los casos de Sierra Leona y Timor Leste, fueron impuestas limitaciones y condicionalidades que resultaron discriminatorias. Puntualmente, aquellos NNA cuyas madres hubieran sido víctimas de violencia sexual solo podrían calificar como destinatarios de reparaciones si sus madres permanecían solteras.[509] Este tipo de condiciones

[505] Comisión de Recepción, Verdad y Reconciliación de Timor Leste (2005). Informe "Chega!", Dili, Volumen IV, octubre 2005, págs. 2253- 2622

[506] Evans (2012:248).

[507] Comisión de Verdad y Reconciliación de Sierra Leona (2004). Informe "Witnes to Truth" Vol 2, Capitulo 4, Reparations, noviembre de 2004, párrs. 57-58, 61-63, 97-98

[508] Comisión de Verdad y Reconciliación de Sierra Leona (2004). Informe "Witnes to Truth" Vol 2, Capitulo 4, Reparations, noviembre de 2004, párrs. 173-183

[509] Mazurama y Carlson (2010:16).

es, a las claras, una diferencia de trato arbitraria que no puede tener lugar al momento de llevar adelante un proceso de reparaciones, y choca de lleno contra el derecho de todo NNA a no ser discriminado, contenido en el art. 2 de la CDN, en este caso por una condición de sus padres.

Cabe destacar que los procesos de justicia transicional comentados anteriormente coinciden con aquellas Comisiones de la Verdad que dieron la posibilidad a NNA de participar activamente en el proceso de audiencias y declaraciones.[510] Resulta importante mencionar también la experiencia de Sudáfrica, donde NNA no pudieron participar de las audiencias públicas que era televisadas, pero sí se llevaron adelante audiencias para jóvenes de entre 18 y 25 años exclusivamente enfocadas en sus historias y sus vivencias durante su infancia,[511] mientras NNA participaban de talleres culturales y representaciones dramáticas que se realizaron en paralelo. Este último enfoque no es necesariamente negativo, ya que respondió a las particularidades del proceso de construcción de la verdad sudafricano y garantizó vías alternativas de participación. Lo importante es incorporar, en todo proceso donde intervengan y les afecte, instancias de participación que garanticen el derecho de todo NNA a ser oído y que sus opiniones sean tenidas en cuenta, contenido en el art. 12 de la CDN, y no meramente como una formalidad o evento aislado, sino como un proceso a largo plazo de construcción y fortalecimiento de su rol en la sociedad.

Para que NNA participen aportando sus experiencias e historias, es importante tener procedimientos especialmente adaptados para ellos, con personal entrenado y el apoyo de agencias de protección. Por ejemplo, en Sierra Leona, junto con el apoyo de UNICEF, se utilizaron formularios adaptados para guiar la interacción del entrevistador en la recopilación de las declaraciones de NNA. A su vez, en la búsqueda de responsabilidades penales, se emplearon expertos que identificaron aquellos testigos, de entre los NNA víctimas del conflicto, que tuvieran una mayor resiliencia y ya hubieran sido revinculados con sus familias y comunidades, a modo de evitar una posible revictimización.[512]

Por último, en aquellos países en que los programas de reparación no fueron establecidos o implementados, los procesos de desarme, desmovilización y reintegración representaron la única forma de reparación para NNA que estuvieron asociados a grupos armados, siendo que su objetivo es la reintegración de estos niños y jóvenes a sus comunidades luego de

[510] UNICEF (2010:10).
[511] Pigou (2009:263), citado en Capone (2013:200).
[512] Capone (2013:147).

participar en las hostilidades. Sin embargo, una de las principales respuestas reparatorias que se otorgaron fueron asignaciones materiales, de manera aislada. Al respecto, el Representante especial para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados reconoció que la distribución de pagos de dinero termina siendo contraproducente[513] y contraria al interés superior del NNA. Así ocurrió en los casos de Mozambique y Liberia, donde se dieron pagos en efectivo, y el Salvador, donde se entregaron kits familiares, causando tensión en las comunidades locales que vieron, desde su óptica, como los responsables del daño y las pérdidas que sufrieron habían sido recompensados mientras sus hijos e hijas no recibieron nada.[514]

3. Reflexiones finales

Si bien el mecanismo de reparaciones a víctimas de conflictos armados tuvo un gran impulso de la mano de la CPI y los procesos de justicia transicional, la situación particular de NNA no se vio atendida de la misma manera, y hasta en ciertos casos este grupo no recibió ningún tipo de reparación frente a las violaciones cometidas. A su vez, siendo que la participación es uno de los principios fundamentales de la Convención de los Derechos del Niño, solo unas pocas Comisiones de la Verdad han hecho esfuerzos para recopilar los testimonios de NNA e incluirlos en la construcción colectiva del proceso de reconciliación.

Además de que sus necesidades y prioridades son igual de importantes que las de otras víctimas, debe siempre tenerse en cuenta que son sujetos plenos, con potencialidad de participación y toma de decisiones. Deben ser reconocidos antes que nada como titulares de derechos y parte de la comunidad y también como contribuyentes importantes en el proceso de construcción de la paz. Consultar con ellos a lo largo del proceso de reparación y adaptar las reparaciones en torno a sus opiniones y consideraciones, significa poner nuevamente en valor la dignidad del NNA y reconstruir una subjetividad que se vio lesionada a partir de las atroces consecuencias del conflicto armado.

[513] Organización de las Naciones Unidas (2011). Oficina del Representante Especial para la cuestión de los niños y los conflictos armados, *Children and Justice During and in the aftermath of armed conflict*, Working Paper n°3, septiembre 2011, p. 46

[514] Organización de las Naciones Unidas (2011). Oficina del Representante Especial para la cuestión de los niños y los conflictos armados, *Children and Justice During and in the aftermath of armed conflict*, Working Paper n°3, septiembre 2011, p. 46.

En el futuro, es preciso que los Estados respeten sus obligaciones internacionales y adopten un enfoque comprometido con alcanzar una respuesta adecuada para aquellos NNA víctimas de estas graves violaciones. Dicha respuesta debe aprender de las experiencias anteriores y recoger los actuales estándares en materia de derechos del NNA, en particular, debe buscar garantizar lo no discriminación, que se tenga en cuenta siempre el interés superior del NNA y contar con instancias adecuadas de participación. A su vez, la reparación debe ser integral, adoptando diferentes formas que no deben agotarse únicamente en brindar indemnizaciones materiales, sino que también deben incluir a la comunidad en el proceso de construcción de memoria y paz como elemento fundamental para romper con el ciclo de la violencia.

4. Bibliografía

4.1 Fuentes principales

Comisión de Recepción, Verdad y Reconciliación de Timor Leste (2005). Informe "Chega*!*", Dili, Volumen IV, octubre 2005.

Comisión de Verdad y Reconciliación de Sierra Leona (2004). Informe "Witness to Truth" Vol. 2, Chapter 4, Reparations, noviembre de 2004.

Comité de los Derechos del Niño (2003). Comentario General N°5, Medidas generales en la implementación de la Convención de los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003.

Comité Internacional de la Cruz Roja (1977). Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, firmado b el 8 de junio de 1977, en vigor desde el 7 de diciembre de 1978.

Conferencia Internacional de La Haya (1907). Convención de La Haya (IV) relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, firmada el 18 de octubre de 1907, en vigor desde el 26 de enero de 1910.

Congreso del Perú (2005). Ley Nº 28592, Plan Integral de Reparaciones. 29 de julio de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. 1 de marzo de 2005, Serie C 120.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. 8 de julio de 2004, Serie C 110.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. 3 de julio de 2004, Serie C 108.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000). Reglamento aprobado en su 49° período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000.

Corte Penal Internacional (2006). Caso Lubanga, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06.

Organización de las Naciones Unidas (1990). Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, firma: 20 de noviembre de 1989, en vigor: 2 de septiembre de 1990, UNTS 1577.

Organización de las Naciones Unidas (1998). Asamblea General, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, firma: 17 de julio de 1998, en vigor: 1 de julio de 2002.

Organización de las Naciones Unidas (2006). Asamblea General, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, 21 marzo 2006, A/RES/60/147

Organización de las Naciones Unidas (2011). Consejo de Seguridad, Informe del Secretario General: El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, 12 de octubre de 2011, S/2011/634.

4.2 Bibliografía crítica

Capone, F. (2013) *Is anybody playing? The right to reparation for child victims of armed conflict*. Tilburg: Tilburg University.

Evans, C. (2012), *The right to reparation in international law for victims of armed conflict*. Cambridge: University Press.

Fondo fiduciario para el beneficio de las víctimas (2021). "Collective reparations in the form of services to victims of the crimes for which Thomas Lubanga Dyilo was convicted", en *Factsheet* de 4 de marzo de 2021

Graca, M. (1996). *Las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños*. Nueva York: Asamblea General. Res A/51/306.

Laplante, L. J y Theidon, K (2007). "*Truth with Consequences: Justice and Reparations in Post Truth Perú*", en *Human Rights Quarterly*. N° 29. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, pp. 228-250

Mazurama, D. y Carlson, K. (2010) *Children and Reparation: Past Lessons and New Directions*. Florencia: UNICEF Innocenti Research Centre.

Organización de las Naciones Unidas (2011). Oficina del Representante Especial para la cuestión de los niños y los conflictos armados, *Children and Justice During and in the aftermath of armed conflicto*. Working Paper n°3, septiembre 2011.

Pigou, P. (2009) "Children and the South African Truth and Reconciliation Commission", en Parmar, S. *et al.* (eds.) *Children and Transitional Justice*. Cambridge: Harvard University Press, pp. 237-296.

UNICEF (2010). *Report on Children and Truth Commissions*. Florencia: UNICEF Innocenti Research Centre & International Center for Transitional Justice.

¿Quién define el genocidio? El camino hacia la adopción de la Convención de 1948 y la distribución de competencias dentro de las Naciones Unidas

Natalia M. Luterstein

El crimen de genocidio fue definido por primera vez en una fuente internacional principal en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio adoptada en diciembre de 1948. El relato tradicional del surgimiento de esta figura comienza con la obra del jurista polaco Rafael Lemkin, *El dominio del Eje en la Europa ocupada: leyes de ocupación: análisis de la administración gubernamental: propuestas de reparaciones* (1944).[515] Luego, la Asamblea General de las Naciones Unidas examinó la noción en una de sus primeras resoluciones.[516] En esa resolución, la Asamblea le solicitó al Consejo Económico y Social que emprendiera los estudios necesarios a fin de preparar un proyecto de convenio sobre el crimen de genocidio. Sin embargo, el primer borrador fue preparado por la Secretaría en junio de 1947, con la asistencia de tres expertos, el propio Rafael Lemkin, Vespasian Pella y Henri Donnedieu de Vabres. Luego, fue modificado por un comité *ad hoc* de siete delegados en mayo de 1948, antes de pasar a la Sexta Comisión en noviembre de ese año.

El camino recorrido desde la propuesta de Lemkin hasta la adopción de la Convención en 1948 nos ofrece un panorama acerca de las primeras acciones de las Naciones Unidas como organización internacional y de las cuestiones institucionales que se plantearon.

A través de un análisis de los trabajos preparatorios de la Convención contra el Genocidio, esta ponencia examinará qué órganos de la ONU, principales y subsidiarios, participaron de la discusión y cuáles fueron los criterios que se aplicaron para seleccionarlos. En este sentido, se sostendrá que la percepción

[515] Lemkin (1944 [2009]).

[516] Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. AG 96(I), 11 de diciembre de 1946.

que los Estados tenían del crimen de genocidio y de su relación con otras ramas del derecho internacional constituyó un factor decisivo para asignar la competencia institucional dentro de la recientemente creada Organización.

1. El primer paso

En 1944, Raphael Lemkin publicó su libro *El dominio del Eje en la Europa ocupada: leyes de ocupación: análisis de la administración gubernamental: propuestas de reparaciones*, en el que dedicó un capítulo completo a proponer una nueva figura penal: el genocidio. Este nuevo crimen presentaba características propias que lo distinguen de otros crímenes internacionales, como, por ejemplo, el elemento subjetivo especial que exige la intención (*dolus especialis*) de destruir total o parcialmente a un grupo determinado como tal, y el hecho de que su definición solo protege cuatro grupos específicos: el grupo nacional, el racial, el étnico y el religioso.

En su libro, Lemkin propuso el término tomando una palabra en griego antiguo: *genos* (raza o tribu) y la unió a una derivación del verbo en latín *cadere* (matar): *cide*, inspirándose en las nociones de tiranicidio, homicidio e infanticidio. Así, definió genocidio como "la destrucción de una nación o de un grupo étnico".[517] Este crimen implicaba un "plan coordinado de diferentes acciones cuyo objetivo es la destrucción de las bases esenciales de la vida de grupos de ciudadanos con el propósito de aniquilar a los grupos mismos".[518] Lemkin identificó como objetivos de ese plan la desintegración de las instituciones políticas y sociales, de la cultura, del lenguaje, de los sentimientos de patriotismo, de la religión y de la existencia económica de grupos nacionales y la destrucción de la seguridad, libertad, salud y dignidad personales e incluso de las vidas de los individuos que pertenecen a esos grupos. En sus palabras, "el genocidio se dirige contra el grupo nacional como una entidad, y las acciones involucradas se dirigen contra los individuos no en su capacidad de individuos, sino como miembros del grupo nacional".[519] En este sentido, la novedad de la propuesta de Lemkin radicaba en que se trataba de una figura penal que no estaba dirigida a proteger a un individuo, sino a un grupo como tal. Los individuos que resultaban víctimas de este crimen lo eran en razón de su pertenencia a un grupo protegido.

[517] Lemkin (1944 [2009]: 153).
[518] Lemkin (1944 [2009]: 153).
[519] Lemkin (1944 [2009]: 153).

2. Discusión en la Organización de las Naciones Unidas

En 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas examinó la noción de genocidio en una de sus primeras resoluciones, justo después de la cuestión de la Confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg.[520] La resolución, que había sido propuesta por Cuba, India y Panamá, definió al genocidio como "la negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, de la misma manera que el homicidio es la negación a un individuo del derecho a vivir". Asimismo, consideró que este crimen "causa una gran pérdida a la humanidad en el aspecto cultural y otras contribuciones representadas por estos grupos humanos". En consecuencia, declaró que el genocidio como crimen contra el Derecho Internacional requiere el castigo de los autores y cómplices, sea que se trata de individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas, y que el crimen haya sido cometido por motivos religiosos, raciales, políticos o de cualquier otra naturaleza.[521]

Asimismo, en dicha resolución, la Asamblea General le solicitó al Consejo Económico y Social (en adelante, "ECOSOC") que emprendiera los estudios necesarios a fin de preparar un proyecto de convenio sobre el crimen de genocidio. En su sesión de marzo de 1947,[522] el Consejo Económico y Social discutió cuáles eran las opciones que tenía para llevar adelante la tarea encomendada. Una de las propuestas, presentada por el representante francés, era delegar la tarea en su órgano subsidiario recientemente creado, la Comisión de Derechos Humanos, lo que fue apoyado por el delegado de los Países Bajos y por la delegación norteamericana quien, además propuso que, en caso de que fuera necesario, consultara con el Comité sobre el Desarrollo y la Codificación de Derecho Internacional (el predecesor de la actual Comisión de Derecho Internacional). El delegado de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sugirió que se conformara un pequeño comité dentro del ECOSOC que trabajase con la ayuda de la Secretaría. Por su parte, el delegado del Reino Unido consideró que debido a que a la Comisión de Derechos Humanos ya le habían sido delegadas varias cosas urgentes, era preferible que se conformara un grupo de expertos que en conjunto con la Secretaría prepararan un primer borrador que sería presentado en la siguiente sesión del Consejo. La delegación china propuso enviar el asunto a la Subcomisión sobre Prevención de Discriminación de Minorías, luego de que hubiera sido estudiado por expertos jurídicos de la Secretaría.

[520] Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. AG 96(I), 11 de diciembre de 1946.
[521] Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. AG 96(I), 11 de diciembre de 1946.
[522] UN Doc. E/421, 15 de marzo de 1947.

Así, en la primera reunión del Consejo Económico y Social luego del dictado de la Resolución 96(I) surgió una discusión acerca de cuál era el mejor ámbito dentro de la Organización de las Naciones Unidas para confeccionar el borrador de Convención, conforme le había sido encomendado. Las razones de esa discusión se vinculaban tanto con la competencia de los órganos principales y subsidiarios como con la naturaleza de la cuestión a estudiar. Algunas delegaciones consideraron que por tratarse de una cuestión jurídica, el ámbito indicado era el Comité sobre el Desarrollo y la Codificación de Derecho Internacional.

Finalmente, el 28 de marzo, el Consejo Económico y Social adoptó una resolución por la cual instruyó al Secretario General para que, con la asistencia de expertos en derecho internacional y derecho penal, llevara a cabo los estudios necesarios con miras a la preparación de un borrador de convención, de acuerdo con la Resolución 96(I) de la Asamblea General, y para que consultara con el Comité sobre el Desarrollo y la Codificación de Derecho Internacional, con la Comisión de Derechos Humanos –si fuese posible– y solicitara comentarios a los Estados Miembros, a fin de enviar un proyecto de convención para la próxima sesión del Consejo.[523]

En consecuencia, en junio de 1947, la Secretaría, con la asistencia del Director de la División de Derechos Humanos y de tres expertos, el propio Rafael Lemkin, Vespasian Pella[524] y Henri Donnedieu de Vabres[525] preparó un borrador de convención sobre el crimen de genocidio.[526]

Ese mes también se reunió el Comité sobre el Desarrollo y la Codificación de Derecho Internacional,[527] del que participaba como delegado de Francia Henri Donnedieu de Vabres. Allí explicó que se expresaba en sus dos capacidades, como representante de Francia y como miembro del grupo de expertos que trabajó con la Secretaría. Manifestó se trataba de un mero un borrador preliminar o programa en el que los expertos habían intentado incluir todas las posibles soluciones relativas al crimen de genocidio y que se habían basado en el Estatuto y en la sentencia del Tribunal. Además, señaló que era casi imposible que se consultara a los Estados antes de la próxima sesión del Consejo, pero observó que otras dos agencias podían tener un interés en la cuestión: la Comisión de Derechos Humanos y la Comisión de Derecho Internacional que se estaba por establecer, que iba a ocuparse del Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad.

[523] ECOSOC, Resolución del 28 de marzo de 1947 (E/325).
[524] Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal.
[525] Profesor de la Universidad de Paris y juez del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.
[526] ESC Res. 47(IV), 26 de junio 1947.
[527] UN Doc. A/AC.10/SR.28, reunión del 13 de junio de 1947.

Por su lado, el representante de Yugoslavia lamentó que los gobiernos de los Estados que habían sufrido el crimen de genocidio no hubieran sido consultados y que, en su lugar, el borrador había sido preparado por expertos no gubernamentales. El representante de India sugirió que el Comité podía participar en las discusiones del Consejo Económico y Social sobre la base del artículo 71, que le daba el derecho de consultar con organizaciones no gubernamentales, categoría en la que podía ser incluido el Comité.[528]

En agosto de 1947 el borrador de la Secretaría fue presentado ante el Consejo Económico y Social. Sin embargo, si bien había sido remitido a los Estados, no se habían recibido comentarios, por lo que se los solicitó nuevamente y se pidió al Secretario General que los recopilara y los transmitiera a la Asamblea General junto con el borrador de Convención.[529] Finalmente, algunos Estados, como la India, Haití, Filipinas, Venezuela, Estados Unidos y Francia enviaron comunicaciones.[530] Asimismo, cuatro organizaciones no gubernamentales presentaron observaciones: la Comisión de Iglesias para las Relaciones Internacionales (en representación del Consejo Mundial de Iglesias y el Consejo Internacional Misionario), el Congreso Judío Mundial, el Consejo Consultativo de Organizaciones Judías y la Federación Mundial de Asociaciones de las Naciones Unidas.[531]

En septiembre de 1947, la cuestión de la Convención contra el Genocidio retornó a la agenda de la Asamblea General, que delegó la cuestión al Sexto Comité. En ese marco, el representante del Reino Unido, Sir Hartley Shawcross –quien había sido uno de los Fiscales ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg– afirmó que el genocidio ya era un crimen de derecho internacional y que un tratado podría debilitar la noción pues tomaría demasiado tiempo su negociación y adopción por lo que propuso referir el asunto a la Comisión de Derecho Internacional.

En noviembre, la cuestión fue debatida en el marco del Subcomité, en el que se expresaron tres opiniones diferentes. Por un lado, algunas delegaciones hicieron énfasis en los aspectos sociológicos involucrados y en la naturaleza política del problema, declarando que, en consecuencia, el Consejo Económico y Social era el ámbito adecuado para la discusión. Por otro lado, otras delegaciones resaltaron la naturaleza jurídica del tema y, por lo tanto, recomendaron que el asunto fuera referido a la Comisión de Derecho Internacional. Finalmente, un tercer grupo opinó que para ganar tiempo, el Sexto Comité debía comenzar el

[528] UN Doc. A/AC.10/SR.28, reunión del 16 de junio de 1947.
[529] UN Doc. E/522, 6 de agosto de 1947.
[530] UN Doc. A/401.
[531] UN Doc. E/C/2.64.

trabajo para luego delegarlo a la Comisión de Derecho Internacional, una vez que fueran elegidos sus miembros.[532] Prevaleció la primera opción por ocho votos contra dos, pero dos Estados, el Reino Unido y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas consideraron que se debía otorgar al Consejo la libertad de decidir si una convención era o no el método más adecuado. Sin embargo, el resto de las delegaciones consideraron que ello ya había sido definido por la Asamblea General en la Resolución 96(I). De hecho, hubo delegaciones como la panameña que consideraron que revisar la cuestión de la deseabilidad de una convención implicaba retroceder y hacer que la decisión de la Asamblea General sea revisada por otro órgano. El delegado francés expresó la preocupación de su Estado por la demora que se había generado, pues había pasado casi un año desde la adopción de la resolución de la Asamblea General y no se había avanzado. Noruega, por su lado, criticó la propuesta que buscaba vincular la cuestión del genocidio con el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional sobre los principios de Nuremberg. La delegación norteamericana señaló que hubiera sido más adecuado asignarle la redacción de la Convención a un cuerpo de expertos jurídicos, como la Comisión de Derecho Internacional en lugar del ECOSOC, pero aceptaba la decisión de la mayoría, dejando a salvo la opción de enviar el borrador que prepararía el ECOSOC a la Comisión para ser revisado desde la perspectiva jurídica. El representante de Irak manifestó que consideraba que la cuestión del genocidio estaba cubierta por los Principios de Nuremberg y los Principios de la Carta de las Naciones Unidas, pero aceptaban la preparación de una convención como una garantía adicional para la protección de los individuos.[533] El Reino Unido se expresó de forma similar observando que la cuestión del genocidio se encontraba vinculado con los crímenes de lesa humanidad, definidos por la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.[534]

Asimismo, se decidió delegar la decisión sobre el ámbito de discusión del tema a un subcomité, que resolvió enviarlo al ECOSOC. En efecto, la Asamblea General adoptó una resolución por la cual instruía al Consejo Económico y Social a seguir con el trabajo sobre el borrador de Convención y a no esperar los comentarios de los Estados para seguir avanzado, teniendo en consideración que la Comisión de Derecho Internacional se estaba por conformar.[535]

En consecuencia, a comienzos de 1948, el ECOSOC creó un comité *ad hoc* compuesto por representantes de China, El Líbano, Estados Unidos,

[532] UN Doc. A/C.6/SR.39, 29 de septiembre de 1947.

[533] Esta afirmación parece ir contra el objetivo de Lemkin de crear una figura penal que protegiera al grupo y no al individuo.

[534] UN Doc. A/PV.123, 21 de noviembre de 1947.

[535] AG Res. 180(II), 21 de noviembre de 1947.

Francia, Polonia, Venezuela y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.[536] El Comité recibió el mandato de preparar un borrador de Convención y de presentarlo, junto con la recomendación de la Comisión de Derechos Humanos en la siguiente sesión del Consejo y de tomar en consideración el borrador preparado por el Secretario General, los comentarios de los Estados y otros borradores presentados por ellos. Para ese fin se reunió 28 veces durante abril y mayo de 1948 y preparó un borrador de convención acompañado por comentarios.[537] El Secretario General, por su lado, presentó un memorándum al comité *ad hoc* señalando algunas cuestiones que debían revisarse, como, por ejemplo, la cuestión de los grupos protegidos, la discusión sobre el genocidio cultural, si la convención sería aplicable a los gobernantes, funcionarios y personas privadas sin distinción, la cuestión de la obediencia de órdenes, de la creación de tribunal penal internacional para el crimen de genocidio u otorgarle la tarea del enjuiciamiento a los tribunales nacionales, el vínculo entre el genocidio y los crímenes de lesa humanidad y la relación entre la convención sobre el genocidio y el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional sobre la formulación de los Principios de Nuremberg y un Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad.[538] Asimismo, Estados Unidos, Francia y China prepararon textos alternativos. Por su lado, la Unión Soviética presentó un documento llamado "Principios Básicos de una Convención sobre el Genocidio", en el que limitaban el alcance del crimen al exterminio de los grupos nacionales, raciales y religiosos, omitiendo la propuesta vigente en ese momento de incluir a los grupos políticos.[539]

En la primera reunión del Comité se eligió a su presidente, el norteamericano John Maktos, y a su vicepresidente, el soviético Platon Morozov. Durante sus reuniones, el Comité nunca discutió el borrador de la Secretaría, sino que examinó los Principios Básicos" presentados por la Unión Soviética, que sirvió de base para su trabajo. El borrador fue adoptado por cinco votos a favor y las abstenciones de la Unión Soviética y Polonia.[540] Una de las cuestiones más debatidas fue la relación entre el crimen de genocidio y los crímenes de lesa humanidad, definidos en el Estatuto del Tribubal Militar Internacional de Nuremberg. Mientras Francia sostenía que existía una relación directa entre ambos crímenes, el resto consideraba que se trataba de figuras diferentes.[541]

[536] UN Doc. E/734.
[537] Schabas (2009: 70).
[538] Schabas (2009: 70-71).
[539] Schabas (2009: 71).
[540] Schabas (2009: 72).
[541] Schabas (2009: 73).

Otra de las discusiones se refirió a la intervención del Estado. Por un lado, el delegado norteamericano propuso que el genocidio requiriera siempre el involucramiento o complicidad del gobierno, sea por comisión u omisión, a los fines de que pudiera considerarse un crimen internacional. Por el otro, el delegado francés sugirió que la noción de complicidad del gobierno podía entenderse en un sentido amplio, incluyendo la garantía de impunidad para el grupo que cometiera el genocidio. Sin embargo, los representantes del Líbano, de Polonia y de China se opusieron fuertemente y se terminó abandonando esa noción.[542]

La forma de implementación de la convención también fue discutida dentro del Comité, en el que se propusieron como opciones la creación de un tribunal penal internacional o dejarlo a las jurisdicciones estatales. Finalmente, se adoptó una cláusula muy similar al actual artículo VI, que otorga jurisdicción al Estado en cuyo territorio se cometió el crimen o a un tribunal penal internacional que se crearía eventualmente.[543]

El borrador preparado por el comité *ad hoc* fue enviado a la Comisión de Derechos Humanos en junio de 1948, que estableció un sub-comité. Sin embargo, estaba muy ocupada con lo que sería la futura Declaración Universal de Derechos Humanos –que se aprobaría un día después de la Convención sobre el crimen de genocidio– así que le dio poca atención al texto y lo reenvió al ECOSOC con la consideración que debía ser tratado de forma urgente.[544]

El borrador de convención también fue analizado por la Comisión sobre Drogas Narcóticas pues había varios Estados que sostenían que estas podían usarse para exterminar pueblos. De hecho, mencionaron las acciones de la ocupación japonesa en el noreste de Chima donde se usaron drogas narcóticas para debilitar y afectar el bienestar físico y mental de la población.[545]

En agosto de 1948, el ECOSOC discutió brevemente el borrador y lo remitió a la Asamblea General sin cambios.

La Asamblea General lo envió a la Sexta Comisión para su discusión junto con dos resoluciones vinculadas a la cuestión: una sobre el establecimiento de un tribunal penal internacional y la otra sobre la aplicación de la Convención en los territorios dependientes de los Miembros de la ONU. La Sexta Comisión debatió el borrador del comité *ad hoc* entre el 28 de septiembre y el 2 de diciembre de 1948, asignando el texto revisado a un

[542] Schabas (2009: 74).
[543] Schabas (2009: 76).
[544] Schabas (2009: 76- 77).
[545] Schabas (2009: 77).

comité de redacción compuesto por representantes de Austria, Bélgica, Brasil, China, Checoslovaquia, Egipto, Estados Unidos, Francia, Irán, Polonia, el Reino Unido, la Unión Soviética y Uruguay.[546]

Algunas delegaciones propusieron que se enviara el borrador a la Comisión de Derecho Internacional pero otras señalaron que se trataba de una táctica de demora, por lo que finalmente no prosperó.[547]

El Sexto Comité completó su análisis artículo por artículo el 2 de diciembre. Una de las cuestiones más debatidas fue, nuevamente, la relación entre el crimen de genocidio y el crimen de lesa humanidad, tal como fuera definido en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg. Finalmente, y luego de dos años de negociaciones y de la intervención de dos órganos principales de las Naciones Unidas y diversos comités y subcomités, el borrador de Convención fue adoptado por el Sexto Comité por 30 votos a favor, 8 abstenciones y ninguno en contra.[548]

El 9 de diciembre fue remitido a la Asamblea General en la forma de una resolución con el texto de la Convención anexado. Algunos Estados intentaron plantear cuestiones que ya habían sido rechazadas en las instancias anteriores sin éxito. La Convención fue entonces adoptada ese mismo día por votación nominal, por 56 votos a favor y ninguno en contra.[549]

3. A modo de reflexión final

Las idas y vueltas del proyecto de Convención contra el Genocidio sirven para ilustrar la forma en que recientemente creada Organización de las Naciones Unidas trabajó sobre una de las cuestiones más importantes de su primera agenda de temas. Asimismo, da cuenta de cómo, en los comienzos de una organización internacional, los Estados aún deben delimitar los ámbitos de actuación de sus órganos, en particular, cuando se trata de temas nuevos para el derecho internacional, como lo eran la definición de crímenes internacionales y su juzgamiento.

---

[546] SCHABAS (2009: 78).

[547] SCHABAS (2009: 78- 79).

[548] UN Doc. A/C.6/SR.132. El Reino Unido se abstuvo porque consideraba que, al concentrarse en la cuestión de la responsabilidad individual, se había elegido un enfoque incorrecto. *Cf.* SCHABAS (2009: 89).

[549] UN Doc. A/PV.179.

4. Bibliografía

4.1 Bibliografía primaria

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. AG 96(I), 11 de diciembre de 1946.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. AG 180(II), 21 de noviembre de 1947.

Consejo Económico y Social, Resolución del 28 de marzo de 1947 (E/325).

Trabajos Preparatorios Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio: UN Doc. E/421; ESC Res. 47(IV); UN Doc. A/AC.10/SR.28.; UN Doc. A/AC.10/SR.28; UN Doc. E/522; UN Doc. A/401; UN Doc. E/C/2.64; UN Doc. A/C.6/SR.39; UN Doc. A/PV.123; UN Doc. E/734; UN Doc. A/C.6/SR.132; UN Doc. A/PV.179.

4.2 Bibliografía crítica

Lemkin, R. ([1944] 2009) *El dominio del Eje en la Europa ocupada: leyes de ocupación: análisis de la administración gubernamental: propuestas de reparaciones*, Buenos Aires: Prometeo Libros; Caseros: Universidad Nacional de Tres de Febrero.

Schabbas, W (2009[2]) *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*, Cambridge: University Press.

Armisticios y DIH. El caso del río Desaguadero

Juan H. García Zeballos[550]

Las normas jurídicas son establecidas para ser cumplidas de buena fe, dicho principio en derecho internacional se expresa a través de la máxima *pacta sunt servanda*,[551] por la cual los Estados debido a los compromisos asumidos por sus representantes, se someten a lo contratado en su nombre. A su vez, la trasgresión a lo estipulado genera responsabilidad y debe acarrear consecuencias, consecuencias que pueden derivar en una sanción para el Estado transgresor y en la obligación de reparar la falta causada.

Mucho se ha discutido sobre la obligatoriedad y alcance de las sanciones en el derecho internacional, dado que se parte del supuesto de que todo ordenamiento legal para ser tal requiere que a cada hecho ilícito le quepa una sanción, pues en caso contrario se estaría frente a simples normas, más de índole moral que jurídica. Es entonces donde surge el interrogante sobre si puede haber normas internacionales que no obstante carecer de una sanción expresa en caso de incumplimiento, posean igualmente el carácter de normas obligatorias.

---

[550] Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, (FCJyS, UNLP) Argentina. Docente de Derecho Internacional Público, (FCJyS, UNLP). Máster en Relaciones Internacionales Iberoamericanas, en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España. juanherminio76@hotmail.com

[551] Esta expresión latina significa "Los pactos deben ser respetados". Nota del autor del presente trabajo. Ver al respecto Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ver asimismo Deyra (2010) En materia de DIH, ver artículo 1 común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949, por el cual: *Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias.*

La respuesta a esta pregunta es relativamente fácil, ya que independientemente de la existencia o no de sanción, la cualidad de ser obligatoria para una norma internacional no viene dada por la existencia de una sanción o de una autoridad externa que la imponga, sino que emana del *Pacta sunt servanda* ya enunciado como norma de auto obligación para los Estados.

Entrar a discurrir las teorías que niegan la existencia de un derecho internacional por falta de sanciones coercibles o de legislador, juez y gendarme,[552] excede ampliamente el marco de este trabajo, por ende partiremos de la base de que la obligatoriedad existe con prescindencia de su coerción, justamente por el compromiso asumido por los Estados de dar un fiel cumplimiento y de buena fe, a sus obligaciones adquiridas. Ahora bien, qué sucede cuando en otras épocas no se contaba con el desarrollo hoy existente del derecho internacional y por consiguiente la normativa consuetudinaria de entonces, única en poder ser aplicada, no era del todo precisa al respecto y de esa manera las violaciones a lo pactado podían cometerse sin mayores consecuencias. ¿El derecho internacional no era tal?

El armisticio como institución del Derecho Internacional Humanitario, (en adelante DIH) podría servir de ejemplo para tratar esta pregunta y al mismo tiempo, el estudio con perspectiva histórica de uno de ellos en particular, ocurrido en las primeras horas de la guerra por nuestra independencia, puede conducirnos a algún tipo de respuesta o tal vez a quedarnos con más preguntas; en ambos casos hacia ese objetivo nos dirigimos en el presente escrito.

1. Armisticios y DIH

El armisticio, según el diccionario de la Real Academia Española (RAE), implica la *suspensión de hostilidades pactada entre pueblos o ejércitos beligerantes*.[553] Es decir mediante un acuerdo llevado adelante entre las partes en conflicto, se decide interrumpir las hostilidades (que por tratarse de una interrupción luego pueden reanudarse), con diversas finalidades: asistir a heridos y enfermos, evacuar a la población civil de las cercanías de la zona en conflicto o aguardar el resultado de negociaciones de paz, entre otras. En todos los

[552] Teorías negatorias del derecho internacional por inexistencia de legislador, ausencia de juez y falta de gendarme. Nota del autor del presente trabajo.
[553] Diccionario de la RAE en línea.

casos, la conducción de las hostilidades queda suspendida y supeditada a los términos del armisticio.

Como marco regulatorio de los armisticios contamos con un plexo normativo tanto consuetudinario como convencional. En primer término y referido a la costumbre internacional, se establece que: "Norma 64. Queda prohibido concertar un acuerdo para suspender los combates con la intención de atacar por sorpresa al enemigo, confiado en ese acuerdo".[554] Esta norma es válida tanto para conflictos armados internacionales (en adelante CAI), como para conflictos armados no internacionales (en adelante CANI). Su incumplimiento atenta contra la confianza y la buena fe y es calificado por los ordenamientos penales de diversos Estados como perfidia, traición o engaño.

Si del hecho de no respetar un armisticio se deriva matar o herir a personas de la nación o del ejército enemigo, en caso de CAI, o de combatientes enemigos, en caso de CANI, y esto es considerado traición, podría según se den los presupuestos necesarios, cometerse un crimen de guerra susceptible de ser juzgado por la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), tipificado en el artículo 8 párrafo 2 inciso b) xi y en el artículo 8 párrafo 2 inciso e) ix del Estatuto de dicha corte.

Nótese de todas formas que la norma consuetudinaria citada, plantea una mala fe inicial al momento de concertar el cese de la lucha armada, por cuanto la futura parte incumplidora celebra el armisticio a sabiendas de que no va a cumplirlo y con ello pretende ganar tiempo para atacar por sorpresa a un enemigo que se verá sorprendido y defraudado en su confianza.

En lo referido a normas convencionales hallamos el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo a la Convención de La Haya de 1907, relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. El régimen del armisticio se encuentra desarrollado en los artículos 36 a 41 del mencionado reglamento y esquemáticamente se los puede sintetizar de la siguiente manera: El armisticio suspende las operaciones militares por mutuo acuerdo de las partes en conflicto; si no posee una duración fijada, las hostilidades pueden ser reiniciadas en cualquier momento, previo aviso al enemigo según se haya acordado.

El armisticio puede ser general o local, el primero (general) suspende las acciones bélicas en todos los teatros de operaciones, el segundo (local), sólo en un determinado radio y entre ciertas partes de los ejércitos enfrenta-

[554] Henckaerts, J.M.; Doswald-Beck, L. (2007).

dos. Existe un deber de notificar oficialmente a las autoridades competentes y a las tropas. Luego de la notificación o del término que fije el propio armisticio, las hostilidades quedan suspendidas de manera inmediata. Es potestad de las partes en conflicto la de fijar en la redacción del armisticio las relaciones que pueden mantener en la zona de guerra con sus habitantes y las que pueden mantener los habitantes de un Estado en beligerancia con los habitantes del otro.

Aquí es necesario recalcar que al hablar, no sólo de cuestiones militares, sino de habitantes, es decir de población civil, el acuerdo de armisticio en la actualidad deja de estar regulado exclusivamente por la normativa del derecho La Haya y pasa también a nutrirse de normativa del derecho de Ginebra, concretamente los artículos 7 y 8 del Convenio IV de Ginebra de 1949 *relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.* Por el primero de estos artículos (7) se consagra la potestad de las partes en conflicto de celebrar acuerdos especiales relativos a la temática del convenio y por el siguiente (8), se declara el carácter de irrenunciables de los derechos y garantías que tanto el Convenio como los potenciales acuerdos especiales otorgan a las personas protegidas. Con respecto al artículo 7 y su relación con el armisticio encontramos: *"Una convención de armisticio, por ejemplo, puede contener junto a las cláusulas militares o territoriales, una o varias disposiciones concernientes a las personas civiles protegidas".*[555]

Asimismo, el Convenio I de Ginebra de 1949*,* plantea en su artículo 15 la obligación para las partes en conflicto, supeditada a que las circunstancias lo permitan, de concertar un armisticio, cese el fuego o acuerdos locales para recoger, canjear y trasladar heridos abandonados en el campo de batalla. Nótese cómo aquí el armisticio trasciende la sola suspensión de los combates y se enfoca también en la salvaguarda de las personas protegidas por el convenio.

Continuando con la explicación del derecho de La Haya referido al armisticio, es necesario manifestar que una violación grave del mismo da el derecho a la parte perjudicada a denunciarlo y en caso de urgencia, de reanudar sin demora las hostilidades. Finalmente, si el armisticio es vulnerado por particulares que actúan por propia voluntad, dicha circunstancia solamente da derecho a exigir el castigo a los culpables y a una eventual indemnización por los daños sufridos.

Cabe mencionar que por las particularidades de la situación en la que se conciertan, la forma, tanto del armisticio como de los acuerdos especiales

[555] Pictet (1958). Original en francés, traducción del autor del presente trabajo.

es flexible, por cuanto si bien y por una cuestión de seguridad sobre lo acordado, en general se lo hace por escrito, al ser pactos celebrados de manera simplificada, también se puede admitir el modo verbal.[556] En síntesis, un armisticio puede constituir un acuerdo puramente militar o en conjunto con ello tratar otros temas humanitarios, en el primer caso será un armisticio en sentido tradicional, en el segundo será también un acuerdo especial en los términos del derecho de Ginebra.

Por el artículo 3 de la Convención de La Haya de 1907, relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, cualquier violación por una parte beligerante de las disposiciones del Reglamento anexo, donde se detalla la figura del armisticio, engendrará la obligación de indemnizar y transformará a dicho Estado en responsable de todos los actos cometidos por su personal militar.

A modo de conclusión, es posible afirmar que en el presente, el armisticio posee un régimen regulatorio legal que prevé sanciones y responsabilidades tanto estatales como individuales.

Corresponde ahora analizar un caso particular donde las normas explicadas no poseían fuerza de derecho internacional convencional, sino que se manifestaban de manera más general, mediante costumbres aceptadas por las naciones en conflicto.

2. El armisticio del Río Desaguadero

Luego de la Revolución de Mayo, que culminara con la instauración de una Junta Provisoria de gobierno en Buenos Aires el 25 de mayo de aquel año, la misma envió circulares al resto de las Provincias del ex Virreinato del Río de la Plata, devenidas ahora en Provincias Unidas del Río de la Plata, para anunciar su autoridad y solicitarles mandar diputados a la capital porteña en miras de efectuar un futuro Congreso General que decidiera los pasos políticos a seguir. Cuatro provincias, Montevideo, Córdoba, Paraguay y el Alto Perú (hoy Bolivia) rechazaron a la Junta de Buenos Aires, no le reconocieron legitimidad alguna, por no ser un órgano de gobierno emanado del poder español y se constituyeron así en focos contrarrevolucionarios.[557] Frente a esto,

[556] Ídem anterior.

[557] Para la parte histórica ver: Gardinetti (2006). Ver Díaz Venteo (1948); Wasserman

la respuesta de la Junta fue contundente: despachar ejércitos a dichas provincias para someterlas por la fuerza, con la orden de ejecutar a los cabecillas de la contrarrevolución.[558]

El Ejército del Norte, también conocido como Ejército Auxiliador del Alto Perú, comandado por el general Francisco Ortiz de Ocampo, secundado por Antonio González Balcarce y con Juan José Castelli, vocal de la Junta, como representante de ésta ante el ejército, emprendió la marcha a mediados de 1810, cumplió su objetivo en Córdoba y continuó viaje hacia su destino final, el Alto Perú.

Allí la suerte le fue diversa, pues tras un primer y resonante triunfo de las armas patriotas en la batalla de Suipacha, (7 de noviembre de 1810) que alentó el espíritu revolucionario en dicha provincia, el Ejército del Norte sería destrozado en la batalla de Huaqui (20 de junio de 1811) por el Ejército Real del Perú, comandado por el general realista José Manuel de Goyeneche, quien actuó bajo las órdenes del virrey del Perú, José Fernando de Abascal. La derrota de Huaqui obligó la retirada de las fuerzas de Buenos Aires y afianzó el poderío español en tierras altoperuanas.

Pero es entre ambas batallas, donde se produjo el armisticio objeto del presente trabajo, armisticio que no fue cumplido y desembocó en la segunda batalla citada con la consecuente derrota de Castelli y sus tropas.

Los hechos ocurrieron en el siguiente orden: Luego de la victoria en Suipacha, el Ejército del Norte llegó al río Desaguadero, límite natural entre el Virreinato del Perú y el ex Virreinato del Río de la Plata, si bien Castelli era de la idea de avanzar hasta Lima para llevar las ideas revolucionarias hasta el centro del imperio español en Sudamérica, la Junta se lo prohibió pues las acciones militares debían circunscribirse al territorio bajo su jurisdicción.

Mientras tanto, el Ejército realista se encontraba del otro lado del río, a modo de cordón defensivo.[559] Ambos ejércitos permanecieron en sus puestos y a la expectativa. Fue allí donde comenzaron las propuestas de negociaciones a través de parlamentarios.

(2011); Torres Molina (2008). El texto completo del Armisticio del río Desaguadero puede obtenerse en internet. Nota del autor del presente trabajo.

[558] *"El escarmiento debe ser la base de la estabilidad del nuevo sistema, y una lección para los jefes del Perú que se avanzan en mil excesos por la esperanza de la impunidad; y es al mismo tiempo l prueba fundamental de la utilidad y energía con que llena una expedición los importantes objetos a que se destina"*. Oficio de la Junta a sus delegados en el Ejército del Norte por la cual se comunicaba la orden de arcabucear a los complotados contra la revolución de Mayo. Citado en Gardinetti (2006).

[559] Díaz Venteo (1948).

Es necesario decir que las autoridades coloniales españolas no eran propensas a pactar con quienes consideraban insurgentes y en todo caso, si se celebraba algún acuerdo con ellos era sólo para ganar tiempo, sin existir obligación de cumplir dichos pactos por ser nulos al estar acordados con rebeldes.

Hubo una primera comunicación del cabildo de Lima, con la anuencia del virrey Abascal a Castelli y a la Junta de Buenos Aires para lograr la rendición de los patriotas y retrotraer el estado de cosas como manera de lograr la paz, la cual obviamente fue contestada por la negativa por el propio Castelli, quien a su turno formuló propuestas para negociar pero sólo con el Cabildo limeño, por considerarlo la única institución legítima y representativa del pueblo de esa ciudad.

Ante la situación de intransigencia, oportunamente se decidió celebrar un armisticio por cuarenta (40) días improrrogables, a partir del 16 de mayo de 1811. Dicho armisticio fue firmado por Castelli y Goyeneche en su carácter de respectivos jefes militares. Las estipulaciones más importantes establecidas fueron: durante el tiempo de vigencia del armisticio habría buena fe, paz permanente y seguridad recíproca; cada ejército conservaría sus posiciones; se facilitaría la obtención de víveres frescos mediante partidas desarmadas; habría trato benévolo y sin demandas a los desertores de ambas partes; se prohibían las comunicaciones en el territorio de la parte contraria que atentaran contra las autoridades del lugar y al mismo tiempo se protegían los correos y el libre comercio. Se acuerda finalmente que, si las propuestas remitidas por Castelli a Lima no fueren aceptadas, *no podrán romperse las hostilidades sino después de 48 horas de la notificación por ambas partes de quedar disuelta la negociación*.[560]

No obstante haber sido Goyeneche autorizado por el virrey Abascal a celebrar el armisticio, al ser rechazadas por Lima las propuestas de Castelli, se habría determinado allí por parte de los españoles declarar nulo el acuerdo, aunque esta decisión ya estaba tomada previamente en consonancia con la postura política del gobierno colonial.

El tiempo del armisticio fue aprovechado por los realistas para reforzar su ejército y así tener una ventaja militar frente a las inminentes hostilidades, hostilidades que se iniciaron el 20 de junio, estando el armisticio aún vigente y sin respetar el preaviso de 48 horas, establecido en el mismo, antes de comenzarlas.

[560] Artículo 8 del citado armisticio.

Se ha discutido y se discute mucho todavía quién incumplió primero el armisticio, pues hay datos que indican que antes de esa fecha, partidas del Ejército del Norte habrían atacado posiciones realistas y haber efectuado movimientos de tropas para obtener ventajas estratégicas en el territorio. A su vez, el Ejército realista habría hecho lo propio con las posiciones patriotas, desatándose una serie de escaramuzas previas a la batalla de Huaqui en la zona del río Desaguadero que demostraría que en realidad, tal vez, ninguna de las partes en conflicto tenía demasiado interés en respetar la palabra empeñada, pero lo cierto es que la acción hostil a gran escala fue desatada por el ataque de las tropas de Goyeneche en ese 20 de junio de 1811. Al enterarse de ello, Castelli declaró terminado el armisticio y se decidió a la lucha, pero el resultado de la batalla le fue adverso. Esto le valió a Castelli, a su regreso a Buenos Aires, un injusto juicio marcial por la campaña fracasada en el Alto Perú, juicio que no llegó a concluirse debido a la muerte del acusado en 1812.

El armisticio del Desaguadero fue entonces un acuerdo temporal de cese de las hostilidades en el Alto Perú, celebrado con detalle y precisión, pero también con una voluntad de no acatamiento instalada de antemano, al menos en una de las partes o quizás en las dos, según su conducta posterior. Sobre el armisticio Bartolomé Mitre afirma: *"mal observado por una y otra parte, como que la buena voluntad no presidió a su ajuste ni por una ni por otra parte, a los pocos días de firmado estaba desvirtuado de hecho como preliminar de paz y hasta como compromiso de guerra"*. Reconociendo dicho historiador que el primer incumplimiento del acuerdo fue hecho por el ejército patriota.[561]

3. Consideraciones jurídicas

El armisticio de marras es claro en su texto, pero se transformó en letra muerta al no haber intención de cumplirlo. Asimismo, al no contener ninguna disposición que habilitara sanciones o penalidades ante su incumplimiento, todo reposaba en la buena fe de las partes, las que se habían comprometido a su escrupulosa observación en pos de la paz y seguridad mutua.

Ahora bien y de conformidad con lo planteado *ut supra, ¿f*ue el armisticio del Desaguadero una verdadera norma jurídica internacional? Al no existir en ese entonces ni las nomas de La Haya ni las de Ginebra en materia

[561] Mitre (1887).

de DIH para limitar la discrecionalidad de las partes beligerantes en la conducción de las hostilidades ¿estuvo aquel armisticio regido igualmente por alguna otra norma? La respuesta a ambas preguntas es afirmativa, por cuanto y como ya fuera expresado, la coerción de una norma no proviene solamente del plano externo sino que surge del convencimiento interno de su obligatoriedad por parte del propio sujeto que debe cumplirla, de allí el principio de buena fe.

En segundo término, considerando que en aquel momento las normas consuetudinarias en materia de DIH sí existían, por ser ésta una disciplina jurídica antigua surgida en base a costumbres y que en el caso particular hubo una intención previa y subrepticia de incumplir lo que luego se iba a firmar, al armisticio del Desaguadero, a su historia y a sus protagonistas, les cabría plenamente la regla citada que prohíbe *concertar un acuerdo para suspender los combates con la intención de atacar por sorpresa al enemigo (…).*

4. Bibliografía

4.1 Fuentes principales

Convenio I de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.

Convenio IV de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Convención de La Haya de 1907, relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Reglamento de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 Estatuto de la Corte Penal Internacional.

4.2 Bibliografía crítica

DEYRA, M. *Droit International Public,* 2010 París, Francia, Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2e édition

DÍAZ VENTEO, F. *Las campañas militares del virrey Abascal.* Publicaciones de la Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla. Sevilla, España, 1948.

GARDINETTO, J.P. *La Revolución Criolla.* Surgimiento y desarrollo de las instituciones argentinas en la etapa revolucionaria (1810-1815)

HENCKAERTS, J.M.; DOSWALD-BECK, L. con contribuciones de Carolin Alvermann, Knut Dörmann y Baptiste Rolle *El derecho internacional humanitario consuetudinario Volumen I: Normas.* Traducido por Margarita Serrano García. Comité Internacional de la Cruz Roja. Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe. Buenos Aires. Impreso en Argentina. Primera edición: octubre de 2007.

MITRE, B. *"Historia de San Martín y de la Emancipación Sudamericana"*. Tomo Primero Buenos Aires, Argentina. Imprenta de «La Nación», 1887.

PICTET, J. *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*. 1958.

TORRES MOLINA, R. *Historia Constitucional Argentina.* Estudio histórico sobre la génesis política y jurídica de la Constitución de 1853. Scotti Editora. La Plata Argentina. 2008.

WASSERMAN, F. *Juan José Castelli. De súbdito de la corona a líder Revolucionario.* Ed. Edhasa. Buenos Aires, Argentina, 2011.

¿Entidades abstractas o individuos de carne y hueso? La discusión sobre la responsabilidad colectiva por crímenes internacionales

Natalia M. Luterstein

Cuando se negoció el Estatuto de Roma en 1998, la delegación francesa propuso que la Corte Penal Internacional tuviera competencia sobre las personas jurídicas. Francia consideraba que así se facilitaría a las víctimas de los crímenes el reclamo de una medida de reparación pecuniaria y de restitución.[562] La propuesta final presentada al Grupo de Trabajo se limitaba a las corporaciones privadas, excluyendo los Estados, otras organizaciones públicas y las organizaciones sin fines de lucro, y se relacionaba con la responsabilidad penal individual de una persona que estaba en una posición de liderazgo o control de la empresa y que había cometido el crimen actuando en su nombre y con el consentimiento expreso de la corporación, en el curso de sus actividades.[563]

Si bien la propuesta no fue finalmente aceptada,[564] resulta interesante

[562] Eser (2002: 779) y Ambos (2016: 986).

[563] Ambos (2016: 986).

[564] Algunos Estados apoyaron la propuesta francesa, como Jordania, Túnez, Singapur, Tanzania y Corea del Sur (*cf.* A/CONF. 183/C. 1/L.3, citado en A/CONF.183/C.1/SR.1, 1ra. Reunión del Comité Plenario (*Committee of the Whole*), párrs. párrs. 34, 41, 45, 52 y 62, respectivamente); otros expresaron algunas dudas sin rechazarla directamente, como Australia, Ucrania y Estados Unidos de América (cf. párrs. 35, 37 y 54, respectivamente); y otros consideraron que se necesitaba mayor discusión, como Japón, Algeria o Eslovenia (cf. párrs. 40, 53 y 61, respectivamente). En esa línea, la delegación argentina manifestó que originalmente había estado en contra de incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero que consideraba que la propuesta francesa era interesante y ameritaba mayor discusión (cf. párr. 39). En contra de la posición francesa, otros Estados como Suecia, México, Tailandia, Venezuela, Dinamarca, Finlandia, la República Árabe Siria, Grecia, Portugal, Egipto, Polonia, El Salvador, Yemen y la República Islámica de Irán alegaron que extender la competencia de la Corte a las personas jurídicas generaría problemas de prueba y que, además, la responsabilidad penal corporativa era rechazada en muchas jurisdicciones

mencionar que, en apoyo de su propuesta, la delegación francesa afirmó que el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg había establecido la responsabilidad penal de organizaciones criminales.[565] Sobre esa premisa, la propuesta francesa se basaba en cinco principios: (i) la responsabilidad de las personas jurídicas se vinculaba con lo dispuesto en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg; (ii) la responsabilidad de un grupo u organización debía ser consecuencia de un crimen cometido por un individuo, por lo que la responsabilidad de una persona jurídica siempre estaría relacionada con la responsabilidad de una persona natural; (iii) la decisión de la Corte Penal Internacional sobre la naturaleza criminal de una organización sería vinculante para los Estados Parte del Estatuto; (iv) los Estados parte eran quienes debían tomar las medidas necesarias para hacer efectiva la declaración de la Corte sobre la naturaleza criminal de una organización; y (v) una organización declarada criminal por la Corte podía ser sancionada a través de multas o confiscaciones.[566]

Durante la negociación en Roma, algunos Estados como China, por ejemplo, manifestaron que el antecedente del Tribunal de Nuremberg no permitía juzgar penalmente a las organizaciones como tal, sino que se trató de un procedimiento especial para enjuiciar individuos y que, además, había que tener en cuenta que había sido un tribunal de vencedores.[567]

Por lo tanto, el objetivo de este trabajo es analizar si el legado del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg aporta argumentos a favor de la responsabilidad colectiva o de personas jurídicas o si, en realidad, se trata de antecedente que reforzó la centralidad del individuo en el derecho internacional penal, corriendo de ese lugar al Estado que, hasta ese momento, había sido el foco del ordenamiento internacional.

---

nacionales (cf. párrs. 43, 46, 47, 51, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 63, 64 y 65, respectivamente). Ver también Eser (2002: 779) y Ambos (2016: 986).

[565] A/CONF. 183/C. 1/L.3, citado en A/CONF.183/C.1/SR.1, 1ra. Reunión del Comité Plenario (*Committee of the Whole*), párr. 32.

[566] A/CONF. 183/C. 1/L.3, citado en A/CONF.183/C.1/SR.1, 1ra. Reunión del Comité Plenario (*Committee of the Whole*), párr. 33.

[567] *Cf.* A/CONF. 183/C. 1/L.3, citado en A/CONF.183/C.1/SR.1, 1ra. Reunión del Comité Plenario (*Committee of the Whole*), párr. 36.

1. Los artículos 9 y 10 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg

El punto de partida es la famosa frase del Tribunal que indicaba que: "[l]os crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solo a través del castigo a los individuos se logrará el cumplimiento del derecho internacional".[568]

Sin embargo, a pesar de dicha frase, los artículos 9 y 10 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg facultaban a los jueces a declarar criminales ciertas organizaciones y, como consecuencia de dicha declaración, los tribunales nacionales o militares competentes podían luego enjuiciar a otros individuos por ser miembros de dichas organizaciones, cuya criminalidad se consideraba ya probada y pasada en autoridad de cosa juzgada.[569] Los artículos se incluyeron en el entendimiento de que los crímenes cometidos por el régimen Nazi eran sistemáticos, altamente organizados y masivos, tanto desde el punto de vista de la cantidad de víctimas como de perpetradores.[570]

En su sentencia, el Tribunal Internacional consideró que la aplicación de los artículos 9 y 10 del Estatuto resultaba novedosa y de largo alcance y, por lo tanto, debía hacerse con cautela para evitar generar injusticias.[571] En primer lugar, observó que el artículo 9 disponía que el Tribunal "podrá" realizar tal declaración, por lo que entendió que se trataba de una facultad discrecional que debía ser ejercida de conformidad con el principio de culpabilidad personal y evitando los castigos colectivos.[572] En segundo lugar, equiparó el concepto de organización criminal con el de conspiración, pues consideró que en esencia ambos entrañan una cooperación para fines delictivos. Por ello, señaló que, para que fuera posible evaluar la responsabilidad colectiva, debía existir un grupo organizado con un objetivo común y haber

---

[568] Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, "Göring y otros" (*Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*), Sentencia de 1 de octubre de 1946 (traducción propia), párr. 246.

[569] Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, artículo 9 y artículo 10. Se estima que aproximadamente 7.000.000 pertenecían a las organizaciones acusadas por la Fiscalía, *cf.* Jørgensen (2000: 67). El Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente no contenía disposiciones similares.

[570] Jørgensen (2009: 203).

[571] Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, "Göring y otros" (*Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*), Sentencia de 1 de octubre de 1946, párr. 361.

[572] Ídem, párr. 362.

sido conformado o usado en conexión con la comisión de algún crimen y que, además, se debía excluir de dicha definición a aquellas personas que no tenían conocimiento de los objetivos o actos criminales de la organización y a aquellas cuya pertenencia no había sido voluntaria, salvo que hubieran estado personalmente implicadas en la comisión de los crímenes. Así, sostuvo que la membresía, por si sola, no era fundamento suficiente para declarar la responsabilidad penal individual.[573]

Sobre la base de estas consideraciones, el Tribunal Militar Internacional declaró como grupos criminales a agencias estatales como el cuerpo de liderazgo del partido Nazi (*leadership corps*), a las fuerzas llamadas SD (*Die Sicherheitsdienst des Reichsfuehrer SS*), a la Gestapo (*Die Geheime Staatspolizei*) y a las fuerzas denominadas SS (*Die Schutzstaffeln Der Nationalsocialistischen Deutschen Arbeiterpartei*),[574] y rechazó la solicitud fiscal de declarar criminales a las fuerzas conocidas como S.A (*Sturmabteilung)*, al Gabinete del Reich, y al Estado Mayor y al Mando Superior de las Fuerzas Armadas alemanas.[575] Para ello, el Tribunal examinó si la actividad criminal llevada a cabo por dichas organizaciones encuadraba dentro del artículo 6 de su Estatuto, que tipificaba los crímenes de su competencia.[576]

Es interesante señalar que una de las razones por las cuales el Tribunal decidió no calificar al Gabinete del Reich y al Estado Mayor y al Mando Superior de las Fuerzas Armadas alemanas como organizaciones criminales fue que se trataba de grupos pequeños y que, por lo tanto, no resultaba complicado que sus miembros fueran juzgados de forma individual, sin tener que recurrir a la declaración de criminalidad.[577] Ello parece implicar que el Tribunal consideraba dicha declaración colectiva como subsidiaria, o al menos, como una segunda alternativa al enjuiciamiento por actos cometidos de forma individual.

Asimismo, en el caso particular del Estado Mayor y del Mando Superior, el Tribunal observó que no eran una organización ni grupo en el sentido del artículo 9 de su Estatuto, sino que su técnica operacional era la de cualquier ejército, es decir, que se trataba de una sumatoria de individuos que ocupaban los cargos militares más altos en un momento determinado.[578]

[573] Ídem, párr. 363.
[574] Ídem, párrs. 376, 393 y 408.
[575] Ídem, párrs. 418, 419 y 423.
[576] Ídem, párrs. 369, 393 y 408.
[577] Ídem, párrs. 422-423.
[578] Ídem, párrs. 428-429.

Dentro del legado del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg hay que considerar la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado, aprobada el 20 de diciembre de 1945, que permitió el enjuiciamiento de aquellas personas que no habían quedado bajo la jurisdicción del Tribunal Internacional y que, por lo tanto, serían juzgadas por los tribunales de ocupación bajo un mismo marco jurídico.[579] Entre sus disposiciones, se preveía que la membresía en alguna de las organizaciones declaradas como criminales por el Tribunal Militar Internacional sería considerada un crimen,[580] lo que se desprendía, a su vez, del artículo 10 de Estatuto de ese Tribunal. En los 12 procesos llevados a cabo por los tribunales militares de ocupación de los Estados Unidos contra casi 200 personas en Nuremberg, de las 87 personas que fueron acusadas, entre otros cargos, por haber sido miembros de cuatro organizaciones declaradas criminales, 10 de ellas fueron condenadas solamente por el cargo de membresía en una organización criminal[581] y 13 fueron absueltas.[582] Los dos elementos que habían sido delineados por el Tribunal Militar Internacional –membresía voluntaria y conocimiento de sus propósitos criminales– fueron aplicados por el tribunal norteamericano de ocupación.[583]

La regulación de Nuremberg también dejó por fuera a las personas jurídicas (entre las que, por supuesto, también se incluye al Estado). Si bien los juicios llevados a cabo de conformidad con la Ley No. 10 se relacionaron con la actuación de personas jurídicas, ello no equivale a sostener que éstas fueron juzgadas, pues, en realidad, se trató de enjuiciamientos de las personas humanas a cargo de las corporaciones por sus propias conductas, como los casos de *Alfred Krupp et al* o *I.G. Farben*. De hecho, en el caso *Krupp et al*, el tribunal resaltó que la culpabilidad siempre debía ser individual y que no bastaba

[579] Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado para el Enjuiciamiento de las Personas Responsables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y Crímenes de Lesa Humanidad, 20 de diciembre de 1945.

[580] *Cf.* Artículo II.1.d). Sin embargo, este crimen había sido pensando como parte del programa de desnazificación y, por lo tanto, su enjuiciamiento y sanción no eran uno de los objetivos principales de los juicios de ocupación en Nuremberg. Cf. Final Report to the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crime Trials under Control Council Law No. 10, por Telford Taylor, 15 de agosto de 1949, p.70.

[581] Por ejemplo, en el caso Josef Altstoetter *et al* (conocido como el caso de la justicia o de los abogados), Altstoetter fue absuelto de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad, pero condenado por su membresía en una organización criminal. En el caso Ulrich Greifelt *et al* (caso de RuSAH), cinco de los acusados –Meyer Retling, Schwarzenberger, Sollmann, Ebner and Tesch– fueron condenados a tres años por el crimen de membresía de una organización criminal. *Cf.* Yanev (2019: 129).

[582] Heller (2011: 290- 291).

[583] Heller (2011: 292).

con que la persona juzgada fuera miembro del Directorio de la empresa.[584] En la misma línea, en el caso *I.G. Farben*, el tribunal señaló que la empresa Farben no estaba siendo enjuiciada y no era pasible de ser sancionada penalmente, sino que en la redacción del fallo se había utilizado el término "Farben" para describir la instrumentalidad de la cohesión, ya que en su nombre se habían cometido los actos de saqueo. Ello así porque las corporaciones actúan a través de individuos y, por lo tanto, se debía llevar a cabo el juicio sobre la base de la concepción de culpa personal individual. Asimismo, agregó que, por un lado, la responsabilidad no surgía automáticamente de la membresía de uno de los acusados en la Junta Directiva de la empresa y que, por el otro, no era posible utilizar la estructura corporativa para procurarse inmunidad respecto del enjuiciamiento penal.[585]

Un año después de la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el filósofo alemán Karl Jaspers escribió su obra *El problema de la culpa. Sobre la responsabilidad política de Alemania*.[586] Allí analizó la cuestión de la responsabilidad por crímenes de Estado y desarrolló cuatro tipos de responsabilidad a los fines de dilucidar el sentido del reproche: 1) la responsabilidad política; 2) la responsabilidad moral; 3) la responsabilidad metafísica; y 4) la responsabilidad criminal.[587] Al describir la responsabilidad criminal o jurídica, Jaspers se refirió exclusivamente a aquella que se dispone a través de las reglas del derecho penal y que está dirigida a los individuos. En efecto, si bien para Jaspers la responsabilidad política permitiría "hacer responsables a todos los ciudadanos de un Estado por las consecuencias originadas por las acciones de Estado", al mismo tiempo afirmó que "es absurdo inculpar por un crimen a un pueblo entero. Solo es criminal el individuo".[588] Así, con cita del Fiscal norteamericano, Robert Jackson, quien dijo: "queremos dejar claro que no pretendemos inculpar a todo el pueblo alemán",[589] Jaspers sostuvo que ante el Tribunal de Nuremberg no era el pueblo alemán el que se encontraba siendo juzgado, sino solo aquellas personas acusadas penalmente de forma

[584] Heller (2011: 253).

[585] Trials of War Crimes before the Nuremberg Military Tribunals, Vol. VIII, Carl Krauch *et al* (caso *I.G. Farben*), p. 1153.

[586] El título original en alemán es "*Die Schuldfrage*" ("La culpa"). En este trabajo se utilizó la edición en castellano de Paidós con introducción de Ernesto Garzón (1998). Si bien la traducción al castellano se refiere a la "culpa", aquí se hablará de "responsabilidad", ya que se trata de un concepto más amplio que permitirá incluir nociones propias del derecho internacional en el análisis.

[587] Jaspers (1998 [1965]: 53-54).

[588] Jaspers (1998 [1965]: 60).

[589] Jaspers (1998 [1965]: 71).

individual y que, por lo tanto, en el ámbito de la responsabilidad criminal, el pueblo alemán era un mero espectador.[590]

En esa línea, Hannah Arendt señaló que una de las consecuencias no buscadas de la admisión de responsabilidad colectiva es tornar difusa la responsabilidad de quienes, de hecho, sí hicieron algo[591] y que la culpabilidad y la inocencia solo tienen sentido si se aplican respecto de individuos,[592] por lo que, si todos son culpables, en realidad, nadie es culpable.[593]

Así, a pesar de los artículos 9 y 10 de su Estatuto, el legado del Tribunal Militar parece rechazar el desarrollo de una responsabilidad colectiva por crímenes internacionales. Ese rechazo puede explicarse, por un lado, por un deseo de evitar los errores de la primera posguerra y los efectos adversos de las sanciones a Alemania sufridos por su población[594] y, por el otro, por una percepción del derecho penal moderno de que se trata de una responsabilidad primitiva o rudimentaria,[595] violatoria del principio de culpabilidad individual, base de un derecho penal liberal.[596] Todo aquello que parezca hacer referencia a un colectivo, sus acciones, su responsabilidad y su culpa, colisionaría según esta mirada con la estructura de un ordenamiento jurídico moderno.

Como consecuencia de estos desarrollos, en materia de crímenes internacionales, el derecho internacional penal se ha ocupado básicamente de la responsabilidad de los individuos, dejando de lado la posibilidad de considerar que un Estado –u otro tipo de organización– pudiera llevar a cabo ese tipo de conductas. Al respecto, cabe señalar, como ejemplo, que el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Código sobre Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, Doudou Thiam,

[590] Jaspers (1998 [1965]: 72).

[591] Arendt (2003[1964]: 28).

[592] Arendt (2003[1964]: 29).

[593] Arendt (2003[1968]:147).

[594] Mégret (2013: 88). El artículo 231 del Tratado de Versalles afirmaba la responsabilidad de Alemania por la Primera Guerra Mundial, aunque este tratado también incluyó disposiciones referidas a la responsabilidad individual que no fueron aplicadas de la forma prevista.

[595] Mégret (2013: 92). Gattini ha señalado que, en virtud de entender la responsabilidad colectiva como una noción de sociedades primitivas, Kelsen consideraba el derecho internacional mismo como un ordenamiento primitivo. *Cf.* (2009: 103)

[596] van Sliedregt (2006: 98); Mégret (2013: 96). A modo de ejemplo, cabe recordar que uno de los jueces del TPIY ha señalado que la responsabilidad colectiva resultaba contraria al mandato del Tribunal de promover la paz y la reconciliación en la ex Yugoslavia, pues implicaba poner en el mismo barco a un jefe de Estado, a los generales, a los soldados, a los administradores y a diferentes entidades, entre otros. *Cf.* TPIY, Sala de Primera Instancia III, "Fiscal vs. Jadranko Prlic y otros", Opinión Separada y Parcialmente Disidente del juez presidente Jean-Claude Antonetti, 29 de mayo de 2013, IT-04-74-T, p. 131 (volumen 6 de 6).

señaló que de la lectura de los artículos 9 y 10 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg surgía que no se buscaba consagrar la responsabilidad penal de las organizaciones criminales como personas jurídicas, sino solamente abrir la posibilidad de que las personas humanas pudieran ser acusadas –y eventualmente condenadas– por su pertenencia a organizaciones consideradas criminales. Esta declaración de criminalidad era solamente una "condición necesaria para iniciar los procesos individuales contra los miembros".[597] Esta conclusión le permitió sostener que el Código sobre el cual se encontraba trabajando no podía prever la responsabilidad penal de los Estados por la comisión de crímenes internacionales, pues el Estatuto del Tribunal Internacional no constituía un antecedente que justificara la existencia de este tipo de responsabilidad en el derecho internacional.

Por su parte, la regulación de la responsabilidad estatal desarrollada en el seno de la Comisión de Derecho Internacional descartó la noción de "crimen de Estado" y de cualquier otro concepto que la vinculara con una responsabilidad de tipo penal.

Este camino fue confirmado cuando finalmente fue creada una jurisdicción penal internacional de carácter permanente. El artículo 25.4 del Estatuto de la Corte Penal Internacional dispone de hecho que: "Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional".

2. Algunas conclusiones: la criminalidad sistémica

La centralidad de la responsabilidad del individuo por crímenes internacionales y el consecuente rechazo de la noción de responsabilidad colectiva deja por fuera el contexto en el que se cometen los crímenes que, en la mayoría de los casos está configurado por el aparato estatal. El antecedente del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg generó que el derecho internacional penal se concentre en las conductas individuales, aun cuando normalmente, forman parte de entidades colectivas,[598] es decir, situaciones en las que la comisión de crímenes sirve al sistema y es, a su vez, causada por el propio

[597] A/CN.4/364, p. 156.

[598] Nollkaemper y van der Wilt (2009: 1).

sistema.[599] Se trata de lo que Nollkaemper y van der Wilt llamaron criminalidad sistémica, para referirse a una situación en la que entidades colectivas ordenan o alientan la comisión de crímenes internacionales, o permiten o toleran su comisión.[600] En este contexto, el Estado es la forma más importante de entidad colectiva que puede estar involucrada en una criminalidad sistémica,[601] en particular, por la posibilidad de utilizar su aparato y burocracia en la comisión de estos crímenes.

Si bien el derecho internacional penal ha procurado lidiar con la naturaleza colectiva de estos crímenes a través del desarrollo de ciertos modos de responsabilidad que parecerían más adecuados para dar cuenta de ello, lo cierto es que se trata, finalmente, de atribuir responsabilidad penal a un individuo, sobre la base del principio de culpabilidad.[602]

Sin embargo, la determinación de la responsabilidad internacional de un individuo no es suficiente para lidiar con las situaciones de criminalidad sistémica, ya que se dejaría por fuera la contribución del Estado como persona jurídica en la comisión del crimen.[603]

Una de las consecuencias del énfasis en la responsabilidad penal es la separación de las acciones de los individuos del contexto general, "desestatizando" o despolitizando los crímenes[604] y pasando a un segundo plano la responsabilidad del Estado,[605] que es en sí misma una forma de responsabilidad colectiva.[606] Así, detrás de la reticencia de la Comisión de Derechos Internacional a adoptar la noción de crimen de Estado propuesta por el Relator Especial Roberto Ago en la década de 1970, se encuentra una desconfianza respecto de la idea de responsabilidad colectiva que entrañaría el castigo de

[599] Definición propuesta por B.V.A. Röling, citada en Nollkaemper (2010: 316).
[600] Nollkaemper (2010: 316).
[601] Nollkaemper (2010: 318).
[602] O'Shea (2009: 1).
[603] Cançado Trindade (2005: 259). Este magistrado cita como ejemplo los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101 y *Masacre del Plan de Sánchez vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105, en los que se determinó que los crímenes se materializaron por la ejecución (planificada en los más altos niveles del poder público) así como el encubrimiento posterior de los hechos, la prolongada obstrucción de justicia y la impunidad de aquellos responsables. Al respecto, ver capítulo 1.
[604] Mégret (2013: 105).
[605] Mégret (2013: 113).
[606] van Sliedregt (2006: 85).

una población y el recuerdo del Tratado de Versalles.[607]

De esta manera, el legado de Nuremberg ha tornado invisible el aspecto colectivo de los crímenes internacionales, limitando su narrativa a acciones individuales y reduciendo la complejidad y escala de tales fenómenos que, por su naturaleza, siempre entrañan un elemento organizacional o de masividad.[608]

3. Bibliografía utilizada

3.1 Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Masacre del Plan de Sánchez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.

Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101

Tribunal Militar Internacional de Nuremberg

Goering y otros (Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal), Sentencia del 1 de octubre de 1946.

Tribunales Militares de Ocupación

Tribunal Militar de Estados Unidos en Nuremberg, *EEUU vs. Carl Krauch et al* (caso I.G. Farben), sentencia de 30 de julio de 1948.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

"Fiscal vs. Jadranko Prlic y otros", Sala de Primera Instancia III, Opinión Separada y Parcialmente Disidente del juez presidente Jean-Claude Antonetti, 29 de mayo de 2013, IT-04-74-T, p. 131 (volumen 6 de 6).

3.2 Documentos Internacionales

Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/364, *Yearbook of the International Law Commission (1983, Vol. II(1)).*

[607] Mégret (2013: 117).
[608] Simpson (2009: 92).

Informe del Comité Preparatorio de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional. UN Doc. A/CONF.183/2Add.1, [incorporando documentos A/CONF.183/2/Add.l del 14 de abril de 1998, Addl/Corr.l del 26 de mayo de 1998 y Add.2/Rev.l del 15 de abril de 1998] 14 de abril de 1998.

Final Report to the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crime Trials under Control Council Law No. 10, por Telford Taylor, 15 de agosto de 1949, disponible en https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_final-report.pdf

Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado para el Enjuiciamiento de las Personas Responsables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y Crímenes de Lesa Humanidad, 20 de diciembre de 1945, disponible en http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp

3.3 Doctrina

AMBOS, K. (2016) "Article 25. Individual Criminnal Responsibility" en TRIFFTERER, O. y AMBOS, K. (2016) (eds.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Munich: Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 979- 1029.

ARENDT, H. (2003 [1964] [1965] [1968]) *Responsibility and Judgment. Edited and with an Introduction by Kohn, J.*, Nueva York, Schoken Books.

CANÇADO TRINDADE, A.A. (2005) "Complementarity between State responsibility and individual responsibility for grave violations of human rights: the crime of State revisited" en RAGAZZI, M. (ed.) *International Responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 253-269.

ESER, A. (2002) "Individual Criminal Responsibility", en CASSESE, A., GAETA, P. & JONES, J.R.W.D (eds.) *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford: University Press, pp. 767-821.

GATTINI, A. (2009) "A historical approach perspective: from collective to individual responsibility and back" en VAN DER WILT, H., NOLLKAEMPER, A., DOLMAN, M. & KLEFFNER, J. (eds.) *System Criminality in International Law,* Cambridge: University Press, pp. 101-126.

HELLER, K.J. (2011) *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford: University Press.

JASPERS, K. (1998 [1965]) *El problema de la culpa. Sobre la responsabilidad política de Alemania*, Buenos Aires: Ediciones Paidós.

JØRGENSEN, N.H.B. (2009) "Criminality of organizations under international law", en VAN DER WILT, H., NOLLKAEMPER, A., DOLMAN, M. & KLEFFNER, J. (eds.) *System Criminality in International Law,* Cambridge: University Press, pp. 201- 221.

MÉGRET, F. (2013) "Les angles morts de la responsabilité pénale individuelle en droit internationale", *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013/2, Vol. 71, pp. 83-136.

NOLLKAEMPER, A. (2009) "Introduction", en VAN DER WILT, H., NOLLKAEMPER, A., DOLMAN, M. & KLEFFNER, J. (eds.) *System Criminality in International Law,* Cambridge: University Press, pp. 1-25.

NOLLKAEMPER, A. (2010) "Systemic effects of international responsibility for international crimes", *Santa Clara Journal of International Law,* Vol. 8, pp. 313-352.

O'SHEA, A. G. (2009) "Individual Criminal Responsibility", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford: University Press.*

SIMPSON, G. (2009) "Men and abstract entities: Individual responsibility and collective guilt in International Criminal Law", en VAN DER WILT, H., NOLLKAEMPER, A., DOLMAN, M. & KLEFFNER, J. (eds.) *System Criminality in International Law,* Cambridge: University Press, pp. 69-100.

VAN SLIEDREGT, E. (2006) "Criminal Responsibility in International Law. Liability Shaped by Policy Goals and Moral Outrage", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Law*, Vol. 14, No. 1, pp. 81- 114.

YANEV, L. (2019) "Joint Criminal Enterprise", en DE HEMPTINNE, J., ROTH, R. y VANS SLIEDREGT, E. (eds.) *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge University Press, pp. 121- 170.

Justicia transicional en el proceso de construcción de paz colombiano

Gabriel Illescas Álvarez

"A mí no me mataron de joven y no quiero que me maten de viejo.

Morirme tendré, pero no por mano ajena"[609]

El acuerdo firmado por las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia y el gobierno colombiano en el 2016 ha iniciado el camino que terminará con uno de los conflictos más violentos del continente. En dicho documento los firmantes acordaron juzgar los crímenes cometidos durante el conflicto, y de todas las estrategias posibles para llevar a cabo el cometido, optaron por la constitución de una Jurisdicción Especial para la Paz (J.E.P.). En búsquedas de investigar, y en su caso condenar, a los máximos responsables de las FARC-EP, del Estado colombiano y de los terceros participantes se constituyó la J.E.P.; organismo que ya se encuentra en funcionamiento, contando con el seguimiento de la Corte Penal Internacional.

En un marco de cuestionamiento del acuerdo de paz y sus mandatos para con el gobierno colombiano, este órgano tiene una tarea colosal que tiene la potencialidad, a su vez, de contribuir a la averiguación de la verdad y a la reparación de las víctimas. Pero también se encuentra atravesada por críticas que ponen en tela de juicio su naturaleza, su efectividad y su capacidad para contribuir a las políticas de construcción de paz.

El presente texto se propone un análisis crítico que permita vislumbrar cómo en este caso particular la aplicación de herramientas vinculadas al Derecho Penal Internacional puede contribuir a los procesos de construcción de paz y de ser así, cuáles son los desafíos con los que se encuentra. El

[609] Molano Bravo (2009: 41).

interés por ello deviene de un intercambio académico realizado en dicho país latinoamericano donde, mientras reflexionábamos en torno a las estrategias adoptadas por los pueblos campesinos para hacer frente al contexto post acuerdo, surgió la pregunta de en qué medida la puesta en funcionamiento de la J.E.P aportaba a dichos despliegues. Todo ello en vistas de finalizar de una vez por todas con la inequidad y violencia cruenta y sistemática que ha azotado al país.

Para ello se hará un breve repaso del marco, del contexto,[610] en el que se ha puesto en funcionamiento, para luego dar cuenta de dos de las estrategias propuestas para la intervención de la J.E.P. Finalmente se abordarán los desafíos que dichas estrategias presentan en torno a la búsqueda de consolidar la paz.

Colombia, luego de la firma de los acuerdos de paz se encuentra en una situación sumamente particular, dado que, si bien podemos hablar de un contexto de transición, el mismo está caracterizado por ser producto de un acuerdo logrado en el marco de un conflicto armado no internacional que llevaba casi 60 años. A su vez, es un acuerdo producto de una paz negociada, donde las FARC no sólo no habían sido vencidas, sino que tenían gran poder de negociación. Por otro lado, la particularidad está dada ya que este contexto de post acuerdo que no ha puesto punto final al conflicto en general. En parte esto se debe a que todavía existe el Ejército de Liberación Nacional,[611] rondan aún grupos paramilitares, y a su vez, diversas fracciones de las FARC guerrilla no aceptaron desmovilizarse, conformándose así las llamadas disidencias.

Así las cosas estamos ante un periodo transicional, que deviene de un cese de las hostilidades tras un extenso conflicto armado protagonizado principalmente, como actor armado no estatal, por la guerrilla firmante de este último acuerdo,[612] la cual tuvo un gran poder de negociación. Por otro lado, desde la desmovilización en adelante, las zonas que históricamente habían sido ocupadas por las FARC, al haber sido "abandonadas" se han convertido en territorios en disputa, donde otros grupos armados, y el propio ejército han intensificado los enfrentamientos, lo que ha llevado a un escalamiento de

[610]Véase CMH (2013).

[611] Fundamental es tener en cuenta que el resultado de este acuerdo acercara o no a este grupo armado a retomar las negociaciones

[612] Hablamos de último porque han existido varios a lo largo de la historia colombiana, la mayoría infructuosos o incompletos. Principalmente es dable recordar el terrible resultado que tuvo el acuerdo en el que se produjo un genocidio político en el cual se eliminó a la mayoría de los que habían acordado desmovilizarse. Véase Cepeda Castro (2006).

la violencia,[613] ejemplo esto de que la "transición aún no está concluida".[614]

Por tanto, el caso colombiano es "un caso sui generis de justicia transicional"[615] donde más allá de que la mayor parte de las FARC se haya desmovilizado, el conflicto ha llegado a su fin. Ello es fundamental para entender si las decisiones tomadas en el marco de este contexto han sido producto de una correcta ponderación entre las obligaciones de los estados y la necesidad de terminar el conflicto,[616] ya que no se puede dejar de lado que para lograr la paz era necesaria una negociación, y que las instituciones fruto de esa negociación deben lograr lo imposible para corresponder su accionar con las exigencias de los ideales de justicia y paz.

Es en este contexto, y en búsquedas de plasmar los objetivos acordados en la Habana,[617] que de los distintos modelos posibles (Sudáfrica, Núremberg, entre otros) e intentando integrar las necesidades de verdad, justicia retributiva y reforma política,[618] se articularon de manera novedosa las exigencias de la justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición.[619]

Dentro de un sistema que integra diversas estrategias (SIVJRNR[620]) la J.E.P, que será objeto de análisis en este artículo, se inserta como una de las respuestas en el marco de la implementación de este sistema de Justicia transicional.[621] En este sentido, entendemos junto a la Corte Constitucional colombiana que el conjunto de instituciones que dicho concepto representa "busca[n] solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz, entre los imperativos jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas y las necesidades de lograr el cese de hostilidades"[622] y es por ello que la búsqueda de alguna especie de equilibrio y que el mismo funcione es trascendental para lograr ambos imperativos. En este sentido la J.E.P es una de las instituciones que buscará principalmente realizar el primero y en el presente texto observaremos si sus decisiones afectan positiva o negativamente

[613] Ejemplo de ello es la región del Catatumbo.
[614] Ambos (2018, 282).
[615] Gutiérrez Ramírez (2014, 47).
[616] Gutiérrez Ramírez (2014, 51).
[617] Ver marco normativo en https://www.jep.gov.co/Paginas/Normativa_/Normograma.aspx..
[618] Ambos (2018: 66).
[619]Ambos (2018: 69).
[620] Sistema integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no repetición. Para un panorama de cómo funciona el mismo véase Obando Villota *et al.* (2016)
[621] Informe del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas del 23 de agosto de 2004 (ONU, 2004).
[622] Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-579 de 2013 p 129. Ver a su vez Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-771 de 2011, C-052 de 2012 y C-579 de 2013

al segundo. Así, las exigencias de ambos continúan siendo objeto de tensión y discusiones, más cuando una vez llegado el acuerdo empiezan a funcionar los diseños institucionales jurisdiccionales creados al efecto. En definitiva debemos entender que, aunque la J.E.P responda principalmente a la exigencia de justicia[623] también sus decisiones están colaborando o no al mantenimiento de la paz. Esta última entendida no sólo en términos de cese de hostilidades sino como el piso mínimo necesario para la garantía de derechos humanos, y haciendo hincapié en que las decisiones de dicha institución pueden o deberían tener un impacto positivo, y no aumentar las chances que de que el acuerdo no llegue a buen puerto.

Las tensiones entre la paz y la justicia deben ser resueltas sin que una impida la realización de la otra. Es claro que sin realizar justicia la paz deviene imposible,[624] lo que no obsta observar que en contextos como el colombiano no es viable una persecución masiva e individualizada, por lo que de alguna forma existirá cierto sacrificio si se piensa en su versión maximalista.[625] Ahora bien, es claro que las exigencias provenientes del derecho internacional, aun en el marco de una paz negociada, impiden la existencia de situaciones de impunidad —tanto en lo que respecta a las fuerzas armadas regulares como a la guerrilla— en lo que se refiere a los máximos responsables[626] de los crímenes más graves.[627]

Es así como "el modelo construido sobre los principios de Núremberg, y consagrado en los Estatutos del TIPY, el TIPR y la CPI, subraya la necesidad moral y legal de combatir la impunidad, al tiempo que afirma que la justicia penal es una condición necesaria para obtener una paz sostenible en el tiempo, para alcanzar la reconciliación, y para promover la democracia (minimizando con ello el riesgo de caos y anarquía)".[628]

En este sentido, la justicia no implica solo conocer la verdad sino también la declaración y ejecución de la responsabilidad penal, reafirmado ello por la jurisprudencia interamericana en Barrios Altos, Almonacid Arellano, La

[623] La justicia en sí ya es condición necesaria para la paz, y viceversa; lo que aquí se busca es analizar l jep en el marco de las otras estrategias de construcción de paz que se desarrollan paralelamente.

[624] Olásolo (2014: 53-54).

[625] La Corte constitucional colombiana reconoce la imposibilidad de tener una persecución maximalista, que investigue a todos los sospechosos (Sentencia C-579, 28 de agosto de 2013, párr. 4.5)

[626] La propia fiscalía de la CPI utiliza criterios como el de interés de la justicia para la priorización de casos

[627] Olásolo (2014, 58).

[628] Olásolo (2014, 59-60).

Cantuta, Gomes Lund, Gelman y El Mozote, al abordar la incompatibilidad sustantiva entre las normas de amnistía y las obligaciones de los Estados de investigar y enjuiciar a los responsables de graves violaciones de Derechos Humanos.[629] Es claro entonces, que no estamos planteando una postura que lleve a situaciones de impunidad , entendida esta como "*la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana*",[630] sino que nos preguntamos en qué medida la puesta en funcionamiento de un órgano jurisdiccional especial como es la JEP puede contribuir o no con aquellas estrategias que se vienen implementando paralelamente en pos de satisfacer los objetivos planteados en los acuerdos de la Habana.

1. Dos respuestas, varios interrogantes

Ante la necesidad de dar respuestas y rendir cuentas, la JEP tiene principalmente dos vías para el tratamiento de los casos que lleguen a su conocimiento: las amnistías condicionadas a los excombatientes guerrilleros (y la no persecución penal de militares), y un sistema judicial que se comporta diferenciadamente de acuerdo con las contribuciones realizadas por los procesados en torno a la verdad, reparación, y garantías de no repetición.

En primer lugar, entonces, analizaremos sintéticamente las amnistías condicionadas, su contenido y puntos a destacar. De acuerdo con la normativa vigente, el otorgamiento de las mismas se encuentra sujeto a que los "beneficiarios" realicen determinadas conductas tendientes a contribuir a la verdad, la reparación y garantías de no repetición. En definitiva, "*Lo esencial de una amnistía condicionada, desde la perspectiva de las víctimas, es que prevea alguna forma de responsabilidad —accountability—, si bien no necesariamente dentro del marco de un juicio penal al menos sí a través de un mecanismo alternativo [...]*".[631] Resta entonces poder llevar a la práctica posibilidades concretas de efectivizar esta rendición de cuentas por parte de los excombatientes, lo que determinará en gran medida el éxito o no de uno de los puntos que más polémica ha generado en el país.

---

[629] Olásolo (2014, 59-60).

[630] Corte IDH. (1998). Caso de la 'Panel Blanca' (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia del 8 de marzo de 1998. Serie C Nº 37, párr. 173.

[631] Ambos (2018: 126).

A su vez, las amnistías sólo son susceptibles de ser aplicadas para quienes hayan cometido crímenes políticos y/o conexos con los políticos. Ello reduce el ámbito de aplicación de las mismas a quienes se encuentren dentro de dicho concepto, por lo que el análisis de su compatibilidad con el derecho internacional debe centrarse en este punto; esto es, analizar si este mecanismo utilizado para con los perpetradores de este tipo de delitos puede o no desembocar en una situación de impunidad, que contraríen los estándares internacionales.

Ahora bien, la Corte Interamericana ha analizado diversos tipos de amnistías con anterioridad y es de quien podemos extraer los criterios que permitan compatibilizar o no dicha decisión del gobierno colombiano. Para ello podemos traer a colación desde el primer abordaje en Barrios Altos[632] hasta el último de la Masacre del Mozote.[633] En el primero la Corte fue clara en materia de la inadmisibilidad en aquellos casos que se pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos. Por otro en el caso del Mozote, la Corte da cuenta de la necesidad de hacer un análisis contextual, situado[634] (en torno a que las amnistías eran producto de una "paz negociada"[635]) y para ello hace mención del artículo 6.5[636] del Protocolo Adicional Número Dos de los Convenios de Ginebra. En dicho análisis deja abierta la posibilidad a que exista una compatibilidad, por fuera de que en el caso particular no se haya resuelto favorablemente. De esta manera queda claro que no podrían ser susceptibles de amnistía casos de lesa humanidad o genocidio en el marco del conflicto

[632] Corte IDH. (2001). Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C Nº 75.

[633] Corte IDH. (2012). Caso masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Sentencia del 25 de octubre de 2012. Serie C Nº 252

[634] "A diferencia de los casos abordados anteriormente por este tribunal, en el presente caso se trata de una ley de amnistía general que se refiere a hechos cometidos en el contexto de un conflicto armado interno. Por ello, la Corte estima pertinente, al realizar el análisis de la compatibilidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz con las obligaciones derivadas de la Convención Americana […], hacerlo también a la luz de lo establecido en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, así como de los términos específicos en que se acordó el cese de las hostilidades que puso fin al conflicto en El Salvador […] el Acuerdo de Paz de 16 de enero de 1992" (Corte IDH, Caso de las Masacres de El Mozote, 2012, párr. 284).

[635] Gutiérrez Ramírez (2014: 45-46).

[636] "A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado interno". (artículo 6.5 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949).

armado colombiano, pero ello no quita la posibilidad de que sean posibles en otro tipo de delitos como los propuestos por el legislativo. Cabe aclarar que la legislación colombiana explícitamente enuncia aquellos casos que no serán susceptibles de ser analizadas por la Sala de Indulto y Amnistía, es decir aquellos que no encuadran en las categorías crímenes políticos o crímenes contra el régimen constitucional (art 46 y 472 del Código Penal colombiano).[637]

Estos tipos de crímenes han sido definidos como aquellos que están orientados a fines de interés público, contrariamente a los crímenes ordinarios, que son motivados por fines egoístas. En este sentido, la conducta es realizada alegando motivos altruistas, alegando que se encuentra en búsquedas de cambiar la sociedad para mejor.[638] Así, el sujeto pasivo de la conducta ilícita es el Estado y su régimen constitucional vigente, siempre que sean ejecutados sin ánimo de lucro personal.[639] En este sentido, la ley de amnistía contiene varios criterios, entre los que se encuentra, la calidad del autor y su motivación, entre otros, que permiten diferenciar los amnistiables de aquellos que no lo son.[640]

Por otro lado, el marco jurídico colombiano permite la amnistía en los casos de crímenes Conexos[641] a los políticos y define los criterios de dicha conexidad. La ausencia de una descripción exigua, más que vista como algo negativo, ha sido observada como necesidad dado el marco discreción que la JEP debe tener en vistas de realizar sus objetivos, si se tienen como marco las necesidades que giran en torno a la paz y la reconciliación.[642] De hecho autores dan cuenta de los criterios internacionales en torno al crimen y su conexión —tales como que exista un deseo de oponerse/desafiar al estado, que el objetivo del perpetrador sea el Estado, que existe un claro nexo entre el propósito político y la acción/resultado llevados a cabo, entre otros[643]— serán suficientes para llevar a cabo la tarea en vistas.

[637] Entre los que se encuentran sedición, rebelión, conspiración, alzamiento, usurpación y retención ilegal de mando.

[638] Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-577 de 2014, citada en Travesi y Rivera (2016: 6)

[639] Ambos (2018: 146).

[640] Ambos (2018: 135).

[641] Ley 1820/2016 Art. 23. Criterios de conexidad. La Sala de Amnistía e Indulto concederá las amnistías por los delitos políticos o conexos. En todo caso, se entienden conexos con el delito político los delitos que reúnan alguno de los siguientes criterios:[...]En ningún caso serán objeto de amnistía o indulto únicamente los delitos que correspondan a las conductas siguientes[...]

[642] Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-577 de 2014, citada. citada en Travesi y Rivera (2016: 7)

[643] Travesi y Rivera (2016: 13).

Ahora bien, los casos que tienen directa o absoluta conexión no implican grandes problemas, sin embargo, existe la posibilidad de que se presenten situaciones donde delitos ordinarios han sido cometidos para apoyar, promover, fomentar el objetivo de un crimen político.[644] Es en estos casos cuando aparece que "un delito común cometido para financiar la rebelión, es decir, con fines de lucro, *pero no personal*, puede ser considerado como un delito conexo al delito político. El adjetivo personal es clave aquí, pues convierte al narcotráfico, el cual, por cierto, es un delito (común) típico de lucro, en un delito conexo, siempre y cuando su objetivo no haya sido el enriquecimiento "personal de los rebeldes"[645]; solución que puede poner en jaque la legitimidad de las amnistías en general. No solo pensando en la reacción del pueblo colombiano, sino también en qué criterios se adopten en torno a la participación en los delitos que involucran narcotráfico, ya muchos desmovilizados pueden quedar dentro de esta zona gris.

Por otro lado nos encontramos con que existe un tratamiento diferenciado entre las FARC y los agentes del Estado en cuanto a la posible concesión de amnistías, situación que "no corresponde al DIH, el cual trata a todos los grupos involucrados en un conflicto armado por igual, con independencia de si una parte del conflicto pertenece al lado estatal".[646] En la práctica puede desencadenar en una drástica reducción del procesamiento de quienes se encuentran en situaciones, que de ser desmovilizados de las FARC, se pondrían bajo la lupa de si son o no susceptible de amnistía.

Por otro lado, quienes no se encuentren en una situación tal que no permita ser analizada como pasible de amnistía, se someterán al Tribunal para la Paz, donde tendrán un tratamiento diferenciado de acuerdo con el reconocimiento que cada uno haga de su responsabilidad, siendo ello el factor determinante para definir el tipo de procedimiento y, en consecuencia, el tipo de pena a aplicar.

En pocas palabras: si desde el primer momento contribuyen a la verdad y a la reparación, y cumplen otras condicionalidades (como la desmovilización y actos de no repetición) tendrán una sanción restrictiva de la libertad (no de prisión), en tanto y en cuanto ello sea necesario para el cumplimiento de sanciones restaurativas, durante un lapso de entre 5 a 8 años (o de 2 a 5, si no tuvieron participación determinante en la comisión del delito). Por otro lado en el caso que contribuyan tardíamente, tendrán una pena de cárcel de 5 a 8 años. Finalmente si en ningún momento contribuyen

[644] Travesi y Rivera (2016: 11).
[645] Ambos (2018: 146).
[646] Ambos (2018: 152).

fehacientemente, y son encontrados culpables, serán sometidos a penas de prisión de entre 15 a 20 años.

Esto implica no aplicar estrictamente un criterio meramente retributivo sino que fomenta que los responsables se acojan al mecanismo, asegurando que no retornen a la violencia y que no exista una repetición de lo acontecido, como a su vez "*que se garantice la reinserción en el mundo social y político por medio de la socialización*".[647] Así respecto del Acto legislativo 01/2017 las sanciones impuestas tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad

En definitiva, esta respuesta constituye un punto medio entre las exigencias de justicia retributiva y restaurativa; donde cuanta más colaboración y más restauración existan, habrá menos retribución, y viceversa. Está de más aclarar que la justicia retributiva otorga mayor legitimidad al funcionamiento de la JEP, pero los mecanismos diferenciales y las respuestas restaurativas son propios de las necesidades de construir una justicia transicional que sea realmente viable. Con los criterios de gravedad y representatividad se soluciona el problema de la imposibilidad maximalista y se le brinda criterios al Tribunal para la priorización de casos.

Hasta aquí, el diseño institucional no parece entrar en contradicción con las otras estrategias de paz que se vienen implementando, pero al analizar con mayor profundidad el marco legislativo comienzan a aparecer ciertas cuestiones que pueden influir y negativamente, sobre ello. El caso más claro es la responsabilidad por mando. ya que en el desarrollo de la misma se han elaborado criterios que no solo son más estrictos que los establecidos en el marco internacional, sino que nuevamente de dicha regulación sólo se verán beneficiados los agentes del Estado.

Así, en comparación con el Artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en los actos legislativos se ha desarrollado de un umbral alto,[648] es decir, de condiciones más estrictas para la definición de la responsabilidad del superior, donde debe existir un conocimiento positivo y la capacidad de mando legal, material y efectiva frente los subordinados, lo que tiene significativas consecuencias en materia de política criminal.[649]

[647] Ambos (2018: 73).
[648] Ambos (2018: 225).
[649] Ambos (2018: 226).

"De esta manera, se transforma la naturaleza de esta forma de responsabilidad de un supuesto de complicidad por omisión [...] o de un delito de omisión impropia [...] en un supuesto de autoría mediata por omisión, restringiendo con ello de manera muy significativa su ámbito material de aplicación. A esto hay que unir, la ausencia de toda referencia a la responsabilidad de mando por imprudencia en caso de comandantes militares y la ausencia de toda referencia a la responsabilidad de mando de las autoridades civiles […]".[650] Ello suma a un panorama preocupante en torno a las posibilidades de que efectivamente se lleve a cabo una aplicación de este mecanismo jurisdiccional sin beneficios exclusivos para un sector.

2. Hacia la construcción de paz

En líneas generales la propuesta de la JEP puede ser considerada plausible dado hay un equilibrio donde se reduce la proporcionalidad en términos de colaboración con el SIVJRNR. Se les exige poner el cuerpo, hacer algo concreto para la consolidación de la paz, contribuye a su vez, a reducir potenciales situaciones de impunidad. Pero más allá de las discusiones estrictamente jurídicas, las implicancias del buen o mal funcionamiento de la JEP para con las políticas de construcción de paz deben contar con especial atención. Ello se debe a que no es lo mismo a la hora de poder pensar alternativas para los desmovilizados, si mientras que se reconstruyen sus lazos con el resto del pueblo colombiano se están llevando a cabo una serie de procesos judiciales que son o pueden ser más perjudiciales para los guerrilleros que para los militares. Por eso es fundamental poder pensar en un esquema de justicia transicional que respete los estándares de lo desarrollado por quienes proponen el esquema de Acción sin Daño,[651] dentro del cual se exige el constantemente análisis (las consecuentes conjeturas) acerca de las consecuencias que ciertas decisiones pueden tener, tanto en términos de lo que a la justicia se refiere, como para la consolidación de la paz en el contexto actual. El enfoque propuesto parte de la base de que acciones basadas en intenciones nobles, pueden causar más daño del que buscan reparar, por lo que deben visualizarse las potenciales consecuencias de cada conducta que se lleva a cabo en el marco de la implementación de los Acuerdos.

[650] Olásolo (2018: 188-189).

[651] Bolívar Jaime y Del Pilar Vásquez Cruz (2017).

Para ello hay que tener en cuenta que, la respuesta diferenciada en los casos de las amnistías, los requisitos de la responsabilidad por mando, la voluntariedad en la participación de terceros civiles, entre otras cuestiones pueden considerarse parámetros de diferenciación potencialmente peligrosos para mantener el tan mentado equilibrio entre los dos principios que deben guiar un estadio transicional entre la guerra y la paz.

Ello teniendo en cuenta la necesaria legitimidad con la que debe contar el esquema propuesto en los Acuerdos para que puedan llevarse a cabo sus objetivos, ya que una falta de persecución penal efectiva y viable, no solo genera situaciones de impunidad, responsabilidad internacional ante el incumplimiento de las obligaciones y necesidad de intervención de otros actores (como, por ejemplo, la CPI). Sino que también tienen efectos negativos en las dinámicas de construcción de paz. Más si tenemos en cuenta el contexto con el que comenzamos el presente texto, donde en resumidas cuentas nos encontramos con: descontento de los desmovilizados por la falta de cumplimiento de lo prometido, la falta de reparaciones integrales a los colectivos de víctimas, la existencia de disidencias de las FARC, la escalada de violencia en determinadas regiones y la permanente observancia del desarrollo de la implementación por parte del ELN. Dicho marco delinea los puntos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar las consecuencias de determinado tipo de diseño institucional en la materia.

Lo que haga o no la JEP adquiere mayor relevancia aun en términos de construcción de paz, si entendemos que en el país latinoamericano se ha reducido la discusión en materia de la implementación de los acuerdos a la cuestión de la persecución penal, descansando en ello la legitimidad y las expectativas de todo el sistema en general.

En lo que hace a la implementación de los acuerdos,[652] las principales discusiones se han centrado en la conformación de la J. E. P y se han dejado de lado aquellas situaciones de inequidad que en definitiva fueron las razones por las cuales el conflicto comenzó.[653] La concentración de tierras, la falta de acceso a los recursos básicos, la violencia interminable, las violaciones sistemáticas a los derechos, económicos sociales y culturales, dieron lugar a un conflicto que comenzó mucho antes que la creación de las FARC.[654]

A su vez esta reducción se ha centrado justamente en el mecanismo que menos respuestas puede dar a las necesidades de transformaciones políticas

[652] Véase CMH (2013)
[653] Ambos (2018: 80).
[654] Véase, entre otros: Molano (2016) y Molano (1985).

que requiere el momento histórico. Esto no es menor, ya que al descansar todas las expectativas o, por lo menos al discurrir todos los discursos sobre el accionar de la JEP, las potencialidades de la justicia penal (tanto las positivas como negativas) adquieren una relevancia aún mayor.

Existe la necesidad del pueblo colombiano de condenas efectivas a los máximos responsables, como también existe la necesidad que quienes lo sean puedan colaborar con la reconstrucción (por eso se han pensado lugares específicos). Por otro lado los mecanismos tienen que ser coherentes con la potencial participación política de los desmovilizados (uno de los objetivos de los acuerdos), y tienen que generar confianza en la transición, necesaria para evitar el renacimiento de un conflicto del que los sectores más vulnerables siempre han sido las mayores víctimas. Nunca debe olvidarse que para reparar a las víctimas se necesita mucho más que un proceso judicial penal, dado que los sufrimientos, las privaciones colectivas requieren de respuestas integrales, que exceden la responsabilidad individual de una o varias personas.

Ahora bien ¿cuál es el riesgo, en términos de construcción de paz, de que la JEP no cumpla con sus mandatos y expectativas? El mismo que hemos venido mencionando: fomentar el rearme,[655] que el foco de la implementación de los acuerdos solo gire en torno al mal funcionamiento y no a las políticas de respuesta integral, que el ELN no vuelva a las mesas de negociaciones, por no considerarlas confiables, entre otros.

Es claro entonces que es necesario observar la realidad sobre la que las abstracciones realizadas por el derecho internacional van a ser aplicadas. En un contexto bélico, donde las víctimas piden a gritos que haya paz, la aplicación de los criterios de justicia deben ir acompañados de ello.

Al tener un objetivo doble, juzgar a los máximos responsables y contribuir a la consolidación de una paz que todavía se niega a aparecer, cada paso que realiza la JEP debe ser analizado en vistas a las consecuencias que ello puede tener tanto dentro como fuera de cada uno de los procesos que en ella se inician. La esperanza continúa en manos de las diversas instituciones que día a día luchan porque ello sea así.

[655] Dicho riesgo se conoce como la idea de "volver al monte".

3. Bibliografía

3.1 Bibliografía crítica

Ambos, K (2018). "La Ley de amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco Jurídico internacional" (119- 166) en Ambos, K. Cortés Rodas, F. & Zuluaga, J. (eds.) *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional,* Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 119-166.

Bolívar Jaime, A. y Del Pilar Vásquez Cruz, O. (2017). *Justicia transicional y acción sin daño. Una reflexión desde el proceso de restitución de tierras*, Bogotá, Ediciones Antropos Ltda.

Cepeda Castro, I. (2006). Genocidio político: el caso de la Unión Patriótica en Colombia Revista CEJIL, debates sobre derechos humanos y sistema interamericano, año nº 1, número 2, 101- 112

GMH (2013). ¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad. Bogotá: Imprenta Nacional.

Gutiérrez Ramírez, L. M. (2014). La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional. *Estudios Socio-Jurídicos*, 16(2), 23-60

Molano Bravo, A. (1985). *Los años del tropel: Relatos de la violencia,* Bogotá, CINEP-CEREC

Molano Bravo, A. (2009). *Ahí les dejo esos fierros,* Bogotá, Aguilar.

Molano Bravo, A. (2016) *A lomo de Mula. Viaje al corazón de las Farc,* Bogotá, Aguilar.

Uprimny, R. y Camilo Sánchez, N. (2017). "Transitional Justice in Conflict: Reflections on the Colombian Experience" en Duthie, R. & Seils, P. (eds.), *Justice mosaics. How Context Shapes Transitional Justice in Fractured Societies*, New York, International Center for Transitional Justice, 258-278.

Rodríguez Garavito, C. & Morris, M. (2018). *Hacer justicia en tiempos de transición*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Siglo XXI Editores Argentina.

Obando Villota, L., Uldarico Flores Peña, U. y Duque Giraldo, H. (2016). "Jurisdicción Especial para la Paz, Amnistía e Indulto. Cartilla

Para Prisioneras y Prisioneros Políticos", Bogotá, realizado por Red Internacional de Solidaridad con las prisioneras y los prisioneros políticos colombianos – INSPP, Brigada Jurídica Eduardo Umaña Mendoza BJEUM y Asociación Nacional de Ayuda Solidaria ANDAS.

Olásolo, H. (2014). *Introducción al Derecho Penal Internacional*, México, Tirant Lo Blanch

Olásolo, H. y Galain Palermo, P. (2018). *Los desafíos del derecho internacional penal. Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*, Valencia, Tirant Lo Blanch

Sersale di Cerisano, F (2013). "Justicia transicional en las Américas. El impacto del Sistema Interamericano. 115- 136 *Revista IIDH* [vol. 57/ 2013]

Travesi, F. y Rivera, H. (2016). "Political Crime, Amnesties, and Pardons: Scope and Challenges", The International Center for Transitional Justice https://www.ictj.org/publication/colombia-political-crime-amnesties.

United Nations (2014). "Transitional justice and economic, social and cultural rights" Geneva- New York, Human rights office of the High commissionerhttps://www.un-ilibrary.org/economic-and-social-development/transitional-justice-and-economic-social-and-cultural-rights_2eabb087-en

Zuluaga, J. "Concepción y evolución de la justicia penal para la terminación del conflicto armado en Colombia" en Ambos, K. Cortés Rodas, F. y Zuluaga, J. (eds) (2018) *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional,* Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 201-238.

3.2 Sentencias

Corte IDH (1998). Caso de la 'Panel Blanca' (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia del 8 de marzo de 1998. Serie C Nº 37

Corte IDH (2001). Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C Nº 75.

Corte IDH (2006). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C Nº 154.

Corte IDH (2006). Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C Nº 162.

Corte IDH (2010). Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentencia del 24 de noviembre de 2010. Serie C Nº 219.

Corte IDH (2011). Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C Nº 221.

Corte IDH (2012). Caso masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Sentencia del 25 de octubre de 2012. Serie C Nº 252

Corte Constitucional de Colombia (2014). C-771 de 2011; C-052 de 2012; C-579 de 2013; C-577 de 2014

El crimen de genocidio y el criterio de la jurisdicción territorial de la Corte Penal Internacional en el caso del pueblo Rohingya

Natalia M. Luterstein

La situación del pueblo Rohingya, una minoría de Myanmar, ha estado en la agenda de la comunidad internacional desde hace varios años. En 2017 se produjo un agravamiento de la situación que generó el involucramiento, no solo de los órganos de las Naciones Unidas, sino también de la Corte Penal Internacional.

El 6 de septiembre de 2018, en respuesta a una solicitud de la Oficina de la Fiscalía relativa a la posibilidad de que la Corte ejerza jurisdicción sobre el crimen de lesa humanidad de deportación forzosa del pueblo Rohingya desde Myanmar –Estado no parte del Estatuto de Roma– hacia Bangladesh –Estado parte–, la Sala de Cuestiones Preliminares concluyó que la Corte podría ejercer jurisdicción sobre dicho crimen aunque se hubiera iniciado en un Estado no parte (a través de la expulsión o de otros actos coercitivos) cuando este se hubiera completado en un Estado parte (en virtud de que las víctimas cruzaron las fronteras del Estado).

Sin embargo, la Sala avanzó sobre la consulta de la Fiscalía y agregó que el fundamento de su determinación era aplicable a otros crímenes de jurisdicción de la Corte si se estableciera que por lo menos un elemento de un crimen o parte de ese crimen se comete en el territorio de un Estado parte, dando como ejemplos el crimen de lesa humanidad de persecución y el crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos.

Este trabajo reflexionará sobre la posibilidad de aplicar tales conclusiones a otros crímenes de competencia de la Corte como el crimen de genocidio, a la luz de las conclusiones del informe presentado por la Misión Internacional Independiente de Investigación para Myanmar, creada por el

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En dicho informe, se afirmó que existen elementos para afirmar que se ha configurado dicho crimen en el marco de una extrema violencia cometida contra los Rohingya desde el 25 de agosto de 2017, denominada "operación de limpieza".

1. La consulta de la Oficina de la Fiscalía y la respuesta de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional

El 9 de abril de 2018,[656] la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, en el marco de un examen preliminar, decidió solicitar por primera vez la opinión de la Sala de Cuestiones Preliminares respecto de la jurisdicción de la Corte sobre la situación en Myanmar. Ello, debido a que este país no es Estado parte del Estatuto y, por lo tanto, a menos que mediara una remisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, lo que a la fecha no parece muy probable, la Corte no podría entender en la situación. La consulta de la Fiscalía se refería concretamente a la posibilidad de que la Corte ejerciera jurisdicción sobre el crimen de lesa humanidad de deportación forzosa del pueblo Rohingya hacia Bangladesh, Estado parte del Estatuto de Roma.

La etapa del examen preliminar no equivale a una investigación formal, sino que se trata de una instancia interna de la Fiscalía en la que se examina la información disponible para determinar si hay bases razonables para proceder con la investigación, de conformidad con el artículo 53 del Estatuto de Roma. La Fiscalía debe tomar en cuenta elementos relacionados con la jurisdicción, la admisibilidad y los intereses de la justicia para adoptar la decisión de abrir una investigación formal, para lo cual no tiene un plazo determinado.[657]

En su presentación, la Fiscalía señaló que informes públicos creíbles indicaban que desde agosto de 2017 más de 670.000 personas pertenecientes

[656] Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (2018). *Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute*, ICC-RoC46(3)-01/18-1, 9 de abril de 2018 (en adelante, "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute").

[657] El examen preliminar de la situación en Colombia está abierto desde junio de 2004. *Cf.* https://www.icc-cpi.int/colombia (último acceso: 14/11/2018).

a la minoría Rohingya en Myanmar habían sido deportadas hacia Bangladesh, que el Alto Comisionado de Derechos Humanos había descripto la crisis como un ejemplo de limpieza étnica, y que el Enviado Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Myanmar había afirmado que se configuraban elementos distintivos del genocidio. Sin embargo, limitó su consulta al crimen de lesa humanidad de deportación forzosa y a la posibilidad de que la Corte se basara en el artículo 12.2.a) del Estatuto –que la conducta se cometa en el territorio de un Estado parte– porque un elemento esencial de dicho crimen –cruzar una frontera internacional– tuvo lugar en el territorio de un Estado parte.[658]

Asimismo, la Fiscalía apoyó su solicitud en informes del presidente de la Misión Independiente de Investigación de Myanmar del Consejo de Derechos Humanos –en ese momento aún no se había publicado el informe que aquí se analiza– del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, del Grupo de Coordinación Intersectorial de la Organización Internacional para la Migración, de UNICEF, de Human Rights Watch, de Amnistía Internacional y de Médicos Sin Fronteras, entre otras organizaciones de la sociedad civil. Además, tomó en cuenta 42 comunicaciones individuales referidas a supuestos crímenes recibidas en el marco del artículo 15 del Estatuto de Roma y otras informaciones relevantes de fuente abierta.[659]

Al analizar el crimen de deportación forzosa a la luz de los criterios de jurisdicción del artículo 12.2.a), la Fiscalía observó que el término "conducta" allí mencionado requiere que por lo menos uno de los elementos jurídicos de los crímenes de competencia de la Corte haya tenido lugar en el territorio de un Estado parte.[660] Concluir lo contrario, sostuvo, ignoraría las realidades humanas en las que las personas viven, trabajan y se comunican a través de fronteras internacionales y tornaría el enjuiciamiento de la criminalidad transnacional extremadamente difícil, sino imposible.[661]

A los fines de justificar su interpretación, la Fiscalía realizó un desarrollo de la práctica de los Estados relacionada con el alcance de la jurisdicción territorial en derecho internacional partiendo del fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso "S.S. Lotus", concluyendo que los Estados ejercen jurisdicción territorial incluso cuando un crimen no haya sido cometido y completado en su territorio.[662]

---

[658] Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute, párr. 2.
[659] Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute, párr. 7.
[660] Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute, párr. 28.
[661] Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute, párr. 30.
[662] Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute, párrs. 33- 42.

Asimismo, la Fiscalía observó que el término "conducta" no se refiere exclusivamente a los elementos del crimen relacionados con los actos personales del perpetrador, sino con todos los elementos de forma general, entendiéndose como sinónimo de "crimen".[663]

El 6 de septiembre, de 2018,[664] la Sala de Cuestiones Preliminares emitió su decisión contestando de manera afirmativa la consulta de la Fiscalía. Para tomar su decisión, la Sala recibió, de acuerdo con el artículo 19.9 o, alternativamente, el artículo 68.3, una presentación hecha por Global Rights Compliance en nombre de 400 mujeres, niños y niñas Rohingya, supuestas víctimas del crimen de deportación forzosa y del Estado Bangladesh.[665] Myanmar se negó a participar del procedimiento ante la Corte.[666] Se recibieron, además, presentaciones como *amicus curiae* de organizaciones como la Comisión Internacional de Juristas y Women's Iniciative for Gender Justice.[667]

En primer lugar, la Sala señaló que la consulta versaba sobre una cuestión puramente jurídica y que no analizaría ninguna cuestión relacionada con los hechos, es decir, no se trataba de determinar si se había configurado o no el crimen de lesa humanidad de deportación forzosa.[668] La Sala entonces analizó los elementos que configuran dicho crimen, afirmando que la deportación forzosa es un crimen diferente al traslado forzoso pues implica el cruce de fronteras internacionales.[669] Asimismo, recordó la jurisprudencia de la Corte que ha establecido que se trata de un crimen de conductas abiertas, lo que quiere decir que el perpetrador puede cometer diversos actos que configuren el elemento de expulsión o de los actos coactivos requeridos por el Estatuto de Roma.[670]

---

[663] Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute, párr. 46.
[664] Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares, *Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute*", ICC-RoC46(3)-01/18-37, 6 de septiembre de 2018 (en adelante, Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute").
[665] Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", párrs. 5 y 6.
[666] Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", párr. 13.
[667] Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", párr. 8.
[668] Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", párr. 50.
[669] Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", párrs. 52-60.
[670] *Cf.* Estatuto de Roma, artículo 7.2.d).

Con relación al objeto de la consulta, es decir, al alcance del artículo 12.2.a), la Sala de Cuestiones Preliminares sostuvo que las condiciones previas para el ejercicio de la competencia de Corte se ven satisfechas, como mínimo, si por lo menos un elemento legal de un crimen de competencia de la Corte o parte de ese crimen se comete en el territorio de un Estado parte.[671]

En primer lugar, de conformidad con el artículo 31.3.c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la Sala basó su interpretación en una interpretación sistémica de la norma que tomase en cuenta otras normas relevantes del derecho internacional. Así, hizo referencia al ya mencionado caso "S.S. Lotus" y a la práctica de los Estados referida al ejercicio de su jurisdicción penal.[672]

Asimismo, señaló que Myanmar es parte de diferentes tratados que le exigen la adopción de medidas para establecer su jurisdicción sobre ciertos delitos en casos en los que el/la supuesto/a autor/a esté presente en su territorio, sin importar en dónde haya sido cometido el delito o cuál sea su nacionalidad, y que el Código Penal nacional le permite a los tribunales locales ejercer su jurisdicción sobre delitos cometidos fuera del territorio.[673] Con relación a Bangladesh, la Sala recordó una sentencia de la Corte Suprema en la que se afirmó que la jurisdicción territorial se satisface si una parte de un crimen se comete en ese Estado y que el Código Penal incluye ciertos delitos que requieren que la conducta tenga lugar tanto en como fuera del territorio de Bangladesh.[674]

En segundo lugar, la Sala realizó una interpretación teleológica del artículo 12.2.a) para sostener que una lectura restrictiva negaría a la Corte la posibilidad de ejercer jurisdicción cuando uno o más elementos de un crimen de su competencia sean cometidos en el territorio de un Estado no parte, lo que contrariaría su objeto y fin. Asimismo, afirmó que los redactores del Estatuto buscaban que la Corte pudiera ejercer su jurisdicción en las mismas circunstancias en las que lo hacen los Estados parte.[675] Todo ello se veía confirmado por la naturaleza inherentemente transfronteriza del crimen de lesa humanidad de deportación forzosa.[676]

---

[671] Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", párr. 64.

[672] Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", párrs. 65-66.

[673] Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", párr. 67.

[674] Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", párr. 68.

[675] Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", párr. 70.

[676] Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3)

Como fuera señalado, la Sala decidió ir más allá de la consulta de la Fiscalía y afirmó que sus conclusiones respecto del crimen de lesa humanidad de deportación forzosa son aplicables a otros crímenes de competencia de la Corte, tomando como ejemplo el crimen de lesa humanidad de persecución y el crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos, si se determinara que por lo menos un elemento de un crimen o parte de ese crimen se comete en el territorio de un Estado parte.[677]

Con respecto al crimen de persecución,[678] señaló que como su tipificación requiere que se cometa "en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte", ello podía incluir el crimen de deportación forzosa, siempre que sea cometido contra un *"grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género (…), u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional"*.[679]

Con relación al crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos, la Sala observó que los miembros del pueblo Rohingya vivían en condiciones terribles y que las autoridades de Myanmar estarían impidiendo su retorno. Ello sería violatorio del derecho internacional de los derechos humanos que dispone que nadie puede ser arbitrariamente privado de su derecho a entrar a su Estado lo que, a su vez, causa gran sufrimiento y lesiona la salud mental de las personas afectadas pues torna el futuro incierto y las obliga a vivir en condiciones deplorables.[680]

Como consecuencia de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, el 18 de septiembre, la Fiscalía decidió abrir un examen preliminar relativo a la supuesta deportación del pueblo Rohingya de Myanmar hacia Bangladesh como resultado de un número de actos coercitivos como la privación de derechos fundamentales, asesinatos, violencia sexual, desapariciones forzadas y destrucción y saqueo de bienes, y, potencialmente, otros crímenes dentro del artículo 7 del Estatuto, indiciando que había recibido un gran número de comunicaciones e informes de conformidad con el artículo 15.[681]

---

of the Statute", párr. 71.

[677] Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", párr. 74.

[678] *Cf.* Artículo 7.1.h) del Estatuto de Roma. Ver artículo 7.1.h) del Estatuto de Roma.

[679] Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", párr. 75.

[680] Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", párr. 77.

[681] *Cf.* https://www.icc-cpi.int/rohingya-myanmar (último acceso: 14/11/2018).

2. El informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación para Myanmar del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

El 24 de marzo de 2017 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 34/22 por la cual creó la Misión Internacional Independiente de Investigación para determinar los hechos y las circunstancias de las presuntas violaciones recientes de los derechos humanos por las fuerzas militares y de seguridad y de los abusos cometidos en Myanmar, especialmente en el estado de Rakáin, que incluyen entre otras cosas detenciones arbitrarias, torturas y tratos inhumanos, violaciones y otras formas de violencia sexual, ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, desapariciones forzadas, desplazamientos forzados y la destrucción ilícita de bienes, con miras a garantizar la plena rendición de cuentas de los responsables y la justicia para las víctimas.[682]

La Misión Internacional Independiente de Investigación presentó su informe al Consejo de Derechos Humanos el día 17 de septiembre,[683] luego de 15 meses de trabajo en el terreno. Se trata de un informe de 440 páginas en el que se solicita la investigación y enjuiciamiento del Comandante en Jefe, el General Min Aung Hlaing y otros líderes militares por el crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

De manera general, la Misión concluyó que el Tatmadaw –las fuerzas armadas nacionales– atacó sistemáticamente a civiles, incluyendo mujeres y niños y niñas, cometió violencia sexual, promovió una retórica excluyente y discriminatoria contra las minorías y estableció un clima de impunidad para sus soldados, en particular, desde el 25 de agosto de 2017 en el marco de la denominada "operación de limpieza".

El informe señala que imagines satelitales muestran que luego de incendiar las casas pasaron máquinas excavadoras por el área, destruyendo las estructuras, árboles y vegetación y que, actualmente, se están construyendo nuevas ciudades e infraestructura para población no Rohingya.

Asimismo, observa que esta violencia extrema y las expulsiones masivas debe ser entendidas en un marco de décadas de opresión y persecución institucionalizada, que incluía la negación de un estatus jurídico y una identidad, restricciones de libertad de movimiento, acceso a la comida,

[682] Consejo de Derechos Humanos, Resolución A/HRC/RES/34/22, punto 11.
[683] Consejo de Derechos Humanos, Resolución A/HRC/39/CRP.2.

modos de subsistencia, salud y educación, y restricciones que afectaban la vida privada, como el matrimonio y los nacimientos.

Radhika Coomaraswamy, miembro de la Misión, señaló que la forma en que fueron perpetrados los crímenes, de una naturaleza, gravedad y alcance similar permite establecer una intención genocida.

El Informe concluye que se ha cometido el crimen de genocidio contra el grupo Rohingya, considerado como un grupo étnico, racial o religioso a los fines de la definición de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.[684] En este sentido, afirmó la configuración del elemento subjetivo, la llamada "intención genocida", aunque no realizó el análisis de manera individual, sino que lo hizo de forma general, indicando que existían factores que permitían inferir razonablemente la existencia del dolo especial.[685]

Respecto del *actus reus*, el informe incluyó información para sostener la comisión de todos los actos previstos en el mencionado instrumento: matanza de miembros del grupo, lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo y traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo. Para dicho análisis, utilizó jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda.

En una primera lectura rápida, ninguno de los actos subyacentes del crimen de genocidio contiene un elemento transfronterizo, como ocurre en los casos analizados por la Sala de Cuestiones Preliminares. Sin embargo, es posible afirmar que las conclusiones de la Sala, en cuanto afirmó que si por lo menos un elemento de un crimen o parte de ese crimen se comete en el territorio de un Estado parte, se verían satisfechos los requisitos del artículo 12.2.a),[686] permitirían sostener que no necesariamente debe tratarse de un elemento legal, sino que puede ser un elemento fáctico.[687]

[684] Consejo de Derechos Humanos, Resolución A/HRC/39/CRP.2, párr. 1391.
[685] Consejo de Derechos Humanos, Resolución A/HRC/39/CRP.2, párrs. 1411- 1438.
[686] Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", párr. 74
[687] Heller, K.J. (2018).

3. Conclusiones: el genocidio como crimen transfronterizo

4.

La mayoría de los actos descriptos en el Informe de la Misión Independiente de Investigación tuvieron lugar en el territorio del Estado de Myanmar, por lo que, salvo remisión del Consejo de Seguridad, no podrían ser investigados ni juzgados por la Corte Penal Internacional. Sin embargo, no resulta imposible imaginar una situación en la que los actos de genocidio de sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial o medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo, o el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo ocurran en más de un territorio estatal.

Por lo tanto, es posible que en el futuro existan decisiones de la Corte Penal Internacional que se ocupen del crimen de genocidio.

5. Bibliografía

4.1 Bibliografía primaria

Corte Penal Internacional (2018). Sala de Cuestiones Preliminares, *Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute"*, ICC-RoC46(3)-01/18-37, 6 de septiembre de 2018.

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2017), Resolución A/HRC/RES/34/22, 3 de abril de 2017.

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2018). Resolución A/HRC/39/CRP.2, 17 de septiembre de 2018.

Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (2018). *Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute, ICC-RoC46(3)-01/18-1*, 9 de abril de 2018.

4.2 Bibliografía crítica

HELLER, K.J. (2018) "The ICC has jurisdiction over one form of genocide in the Rohingya situation", *Opinio Juris,* 7 de septiembre de 2018, disponible en https://opiniojuris.org/2018/09/07/33644/

El derecho internacional humanitario en caso de agresión: revisitando la relación entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello*

Luciano Pezzano[688*]

La relación entre las normas que rigen el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (*ius ad bellum*) con las normas aplicables a los conflictos armados (*ius in bello*), que denominamos Derecho Internacional Humanitario (DIH), es una cuestión que siempre suscita debates y despierta no pocas polémicas entre especialistas.

Sus diferentes orígenes y finalidades, no obstante, la superposición de sus respectivos ámbitos de vigencia, han inclinado siempre la balanza por mantener la aplicación del DIH a todo tipo de conflictos, sin analizar la legalidad de estos, es decir, si el recurso a la fuerza armada que les da origen contraviene o no el *ius ad bellum*.

Sin embargo, desde la prohibición general del uso de la fuerza en 1945, consagrada en el Art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, periódicamente se alzan voces en contra de esa posición, planteando una aplicación *diferenciada* del DIH en caso de agresión, esto es, cuando un Estado ha decidido recurrir a un uso grave de la fuerza armada contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado. En tal caso, se ha argumentado, el ordenamiento jurídico (y el DIH no podría ser la excepción) no debe tratar a los beligerantes en un pie de igualdad, desde el momento en que uno de ellos ha cometido uno de los más graves hechos ilícitos que el derecho internacional define, y que ha sido considerado como "el crimen internacional por antonomasia".[689]

[688] *Abogado (UCES). Magister en Relaciones Internacionales (CEA-UNC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Becario posdoctoral CIJS-UNC/CONICET (2019-2022). Docente de grado y posgrado de Derecho Internacional Público. Correo electrónico: luciano.pezzano@unc.edu.ar

[689] CDI (1977:108).

Aunque ya hemos abordado esta cuestión en el pasado en un contexto más amplio,[690] nos detendremos en estas breves páginas a reflexionar sobre tres cuestiones que entendemos de importancia en esta discusión: en primer lugar, la gravedad de la agresión como fundamento de la aplicación diferenciada del DIH; en segundo lugar, los límites a la aplicación diferenciada del DIH; y en tercer lugar, la articulación de la necesidad militar, la proporcionalidad y el principio *ex iniuria ius non oritur* en el caso de agresión.

Las reflexiones sobre estas tres cuestiones nos permitirán sostener que el DIH no puede reconocer derechos o ventajas al Estado agresor que le permitan consolidar su agresión y que, en función de la gravedad de la agresión y de sus consecuencias en el ordenamiento jurídico internacional, la aplicación diferenciada del DIH está justificada. Sin embargo, ello no implica la violación de las disposiciones del DIH que tienen por objeto y fin proteger a los seres humanos de los efectos de los conflictos, de manera tal que no solo las obligaciones del agresor, sino también las de la víctima de la agresión, respecto de las personas protegidas continúan incólumes y vigentes.

1. La gravedad de la agresión como fundamento de la aplicación diferenciada

La agresión es la "forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza", de acuerdo con el preámbulo de la Definición de la Agresión, aprobada por la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Es decir, es la forma más grave de los usos de la fuerza prohibidos por el Art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, como fuera confirmado por la Corte Internacional de Justicia en el célebre caso *Nicaragua*.[691] Es el ejemplo paradigmático de crimen internacional o "violación grave de obligación emanada de norma imperativa", en el sentido del Art. 40 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (el "Proyecto de 2001"), y su prohibición es considerada la norma imperativa de derecho internacional general (o *ius cogens*) por excelencia.[692]

[690] Pezzano (2018).
[691] CIJ (1986: párr. 191).
[692] CDI (2022: 8).

Por su gravedad, la agresión es singular incluso dentro de la reducida categoría de crímenes internacionales. Además de ser el único mencionado por su nombre en la Carta de las Naciones Unidas (en los Arts. 1.1 y 39), no solo es susceptible de activar el sistema de seguridad colectiva, sino que es el único que da lugar a la legítima defensa (Art. 51). También es el único ilícito internacional que tiene efectos específicos en el derecho de los tratados, de acuerdo con el Art. 75 de la Convención de Viena de 1969[693] y es posible sostener sus efectos por una multiplicidad de áreas del ordenamiento jurídico.[694] En otro lugar, sostuvimos que la variedad de consecuencias y ámbitos donde se producen nos habla de una enorme "fuerza expansiva" de la agresión y la centralidad que su prohibición tiene en el ordenamiento jurídico internacional.[695]

Estas consecuencias tienen una manifestación muy concreta en la diferente posición en que el derecho internacional considera al agresor y a la víctima de la agresión.[696] Mientras esta tiene reconocido el derecho –excepcional, como planteamos– a recurrir a la fuerza para repeler la agresión, aquel no solo es el autor del más grave quebrantamiento de la paz, sino que también, por haber cometido una violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa, es pasible de una responsabilidad de tipo agravado.[697]

Pensamos que el DIH no es ni puede ser inmune a estas consecuencias si buscamos una interpretación armónica de las normas aplicables y acorde con la unidad del orden jurídico. Esto significa que la igualdad de los beligerantes[698] no puede aplicarse con rigidez en caso de agresión.[699] De

[693] Pezzano (2020).

[694] Pezzano (2021a).

[695] Pezzano (2021b: 395)

[696] V. al respecto, las opiniones planteadas en la CDI (1967: 66-67) durante la discusión del proyecto de lo que luego sería el artículo 75 de la Convención de Viena de 1969.

[697] La existencia de una responsabilidad agravada no fue receptada finalmente por la CDI en su proyecto de artículos, aunque el Art. 41.3 de este no permite descartarla, al referirse a "otras consecuencias" que una violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa pudiera generar. En el caso puntual de la agresión, pensamos que la existencia de una responsabilidad agravada se materializó en las reparaciones que el Iraq debió realizar luego de la Guerra del Golfo de 1990-1991, y la existencia de tal responsabilidad fue insinuada por la Comisión de Reclamaciones Etiopía-Eritrea (EECC, 2009: párr. 312). V. Pezzano (2021b), en especial el Capítulo III.

[698] Sassòli (2007: 285).

[699] El *Institut de Droit International* discutió en 1963 un proyecto de resolución que consagraba la diferente posición del agresor y la víctima de la agresión a la luz del DIH, a la vez que resguardaba la protección de las personas y el cumplimiento de las obligaciones de todas las

otra forma, el agresor podría pretender valerse de las normas del DIH para consolidar los efectos jurídicos de su agresión, en manifiesta violación del *ius cogens* y de la jerarquía que este implica en el derecho internacional.[700]

2. Los límites a la aplicación diferenciada

Probablemente el mayor error en el que incurrieron algunos de los primeros propulsores de la aplicación diferenciada fue afirmar que, en caso de agresión, las normas del DIH ya no resultan aplicables por igual, y que la víctima de la agresión no está obligada a continuar respetándolas. Esta idea brindó un sólido argumento para quienes se oponen a la aplicación diferenciada,[701] al permitir cuestionarla por ignorar la finalidad misma del DIH, que es proteger a las víctimas de la guerra. Una posición que permitiera tolerar la comisión de atrocidades contra los combatientes y civiles del Estado agresor, fundada exclusivamente en la ilicitud de la agresión es condenable desde cualquier punto de vista e inadmisible en el derecho internacional contemporáneo. De allí que no pocos autores, al tratar sobre esta cuestión, señalan esa afirmación para luego poder rechazarla fácil y fundadamente.

Lejos estamos de compartir esa errónea afirmación, aunque sostenemos firmemente la necesidad de la aplicación diferenciada del DIH. ¿Cómo? Limitando el alcance de esta a los efectos *sobre los derechos de los Estados* y no sobre sus obligaciones respecto a las personas. El quinto párrafo del Preámbulo del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra no descarta esta posición, al expresar:

> Reafirmando, además, que las disposiciones de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y del presente Protocolo **deben aplicarse plenamente en toda circunstancia a todas las personas protegidas** por esos instrumentos, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la naturaleza o el origen del conflicto armado o en las causas invocadas por las

partes a su respecto, pero no pudo ser aprobado (IDI, 1963).

[700] No obsta a esta conclusión el hecho de que las "normas básicas" del DIH (como las consideró la CDI, 2022: 8) formen parte del DIH, toda vez que estas incluyen las que protegen a las personas, mas no los derechos de los Estados en virtud de dicho ordenamiento.

[701] Comellas Aguirrezábal (2007: 193).

Partes en conflicto o atribuidas a ellas (negrita añadida).

Esta disposición que, a menudo se cita como un argumento en contra de la aplicación diferenciada,[702] parece descartar esta respecto de las personas protegidas, mas no respecto de los Estados,[703] y creemos que allí radica la clave de la interpretación. Si el propósito del DIH es proteger a las víctimas de la guerra, no cabe realizar ningún tipo de diferenciación en cuanto a qué bando pertenecen: el sufrimiento es el mismo y sus derechos son los mismos; de allí que deban ser protegidos por igual y en toda circunstancia.

Pero con los Estados no sucede lo mismo: si el DIH les reconoce un derecho por su condición de beligerantes, en el caso del agresor ese derecho se derivará de su propio acto de agresión: ¿podría el agresor válidamente invocar ese derecho nacido de su agresión solo porque el *ius in bello* lo autoriza? Pensamos que la negativa es necesariamente la única respuesta jurídicamente posible.[704]

El derecho internacional no es ajeno a situaciones en las que la ilicitud de los hechos de los Estados impide que estos obtengan ventajas de aquellas, sin que los derechos de los individuos deban verse afectados por esa ilicitud. En su opinión consultiva sobre las *Consecuencias Jurídicas para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia*, la Corte Internacional de Justicia distinguió entre los actos del Estado que beneficiaban al Estado y los actos desempeñados en beneficio de los habitantes del territorio.[705] Si este test, usado en ese caso para juzgar los actos realizados en el curso de la dominación colonial, se aplica a la ocupación en caso de conflicto armado, explicaría de modo similar que los actos de la potencia ocupante –agresora– desempeñados puramente en el interés de los habitantes no se verán afectados por la nulidad derivada de su violación de una norma imperativa.[706] Al mismo tiempo, la ilicitud intrínseca de la agresión afectará solamente la posición del agresor, pero no los derechos que el DIH reconoce a las personas y las obligaciones de los Estados a su respecto. Por ejemplo, la población civil del Estado agresor no podrá ser objeto de ataques de parte del Estado víctima (Art. 51 del Protocolo Adicional I) y estará bajo las disposiciones protectoras del Cuarto Convenio de Ginebra, y el Estado víctima no podría válidamente invocar su condición de tal para eludir el cumplimiento de sus obligaciones al respecto.

[702] Okimoto (2015: 1211).
[703] Mandel (2011: 643).
[704] En el mismo sentido, v. D'Argent (2002: 477-478).
[705] CIJ (1971: párr. 125).
[706] Orakhelashvili (2007: 184).

Resulta significativo que los autores que rechazan la aplicación diferenciada no se detengan en esta cuestión que para nosotros es crucial. Se insiste: con la aplicación diferenciada, tal como la proponemos aquí, no se pretende una disminución de las obligaciones de la víctima de la agresión en virtud del DIH respecto de las personas protegidas, ni tampoco la afectación de los derechos de estas, con independencia del bando al cual pertenezcan. Lo que se busca es impedir que el agresor pueda valerse de derechos o ventajas reconocidos por el DIH para consolidar su agresión.

Greenwood parece ser la excepción, al estudiar la cuestión con cierto detenimiento, para concluir que, en realidad, el DIH no reconoce "derechos" en sentido estricto a los beligerantes y, por lo tanto, la aplicación diferenciada no estaría justificada.[707] No obstante, pensamos que esta noción estricta que el autor plantea para su conclusión podría igualmente dar lugar a que el DIH reconozca ciertas ventajas a los beligerantes que un agresor podría invocar a su favor, como es el caso de la necesidad militar, que analizaremos a continuación.

3. La necesidad militar, la proporcionalidad y el principio ex iniuria ius non oritur

Pese a ser reconocida como uno de los principios del DIH, la necesidad militar no aparece definida con claridad en el ordenamiento jurídico.

La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, en el caso *Kordic*, expresó: "La 'necesidad militar' ya ha sido definida en el Artículo 14 del Código Lieber, de 24 de abril de 1863, como la necesidad de aquellas medidas que son indispensables para asegurar los fines de la Guerra, y que son lícitas de acuerdo a las leyes y usos modernos de la guerra".[708] El recurso a la definición del Código Lieber por el TPIY le da renovada actualidad, a la vez que requiere que se la interprete a la luz del derecho internacional contemporáneo. En particular, si la necesidad militar permite adoptar medidas "indispensables para asegurar los fines de la guerra", es porque tales fines son lícitos.

[707] Greenwood (1983: 225-230).

[708] "'Military necessity' has already been defined in Article 14 of the Lieber Code of 24 April 1863 as the necessity of those measures which are indispensable for securing the ends of the war, and which are lawful according to the modern law and usages of war" (TPIY, 2004: párr. 686).

Así lo considera Hayashi:

> como una excepción, la necesidad militar exceptúa una medida de ciertas reglas específicas del derecho internacional humanitario que prescriben la acción contraria en la extensión en que la medida es requerida para la consecución de un propósito militar y está, por otra parte, en conformidad con dicho derecho. Así definida, la noción puede ser dividida en cuatro requisitos, a saber: 1) Que la medida sea tomada principalmente para un propósito militar específico; 2) Que la medida se requiera para la consecución de un propósito militar; 3) Que el propósito militar por el cual se toma la medida esté en conformidad con el derecho internacional humanitario; y 4) Que la medida en sí misma esté de conformidad con el derecho internacional humanitario.[709]

En el caso de una agresión, ¿cuáles son los "fines de la guerra" o el "propósito militar específico" para el agresor? No podemos más que pensar que se trata de sostener y consolidar la agresión, una violación grave –tal vez la más grave que defina el ordenamiento jurídico– de una norma de *ius cogens*. Pero si el DIH reconoce al agresor la posibilidad de invocar la necesidad militar para justificar un ataque –que no tendrá otro objeto que seguir reforzando su agresión–, este podría valerse de aquel para justificar su grave ilícito.

Así, se ha sostenido:

> Las normas del *ius in bello* están diseñadas de una manera que mide la ventaja del Estado beligerante derivada del concepto de necesidad militar frente a los conceptos de humanidad y proporcionalidad. El concepto mismo de tal necesidad, que es la medida de la propiedad del ejercicio de las acciones beligerantes, se relaciona con la ventaja que el beligerante puede derivar al perseguir su campaña y lograr las metas por las cuales está luchando. En el caso del agresor, esta es la razón por la cual empezó la guerra, que es el mismo

[709] "… as an exception, military necessity exempts a measure from certain specific rules of international humanitarian law prescribing contrary action to the extent that the measure is required for the attainment of a military purpose and otherwise in conformity with that law. Defined thus, the notion may be broken into four requirements, viz.: 1) That the measure was taken primarily for some specific military purpose; 2) That the measure was required for the attainment of the military purpose; 3) That the military purpose for which the measure was taken was in conformity with international humanitarian law; and 4) That the measure itself was otherwise in conformity with international humanitarian law" (Hayashi, 2010: 62).

> acto de agresión. Así, la necesidad militar bajo el *ius in bello* no es en absoluto un concepto independiente, sino que está vinculado con la causa misma del conflicto relevante y así, es una emanación de las causas de la guerra en virtud del *ius ad bellum*. Esta es otra confirmación de que la separación completa de los dos cuerpos del derecho es imposible.[710]

Compartimos la clara posición de Orakhelashvili, y como el autor lo señala, hay una íntima relación entre la necesidad militar y los principios de humanidad y proporcionalidad. Esta relación viene dada por cuanto la proporcionalidad ofrece el balance entre la necesidad militar y la humanidad.[711] Y es precisamente a partir de la recepción del principio de proporcionalidad en el Protocolo Adicional I que podremos analizar un supuesto en que, en nuestra opinión, la aplicación diferenciada del DIH aparece justificada.

Se trata de la "ventaja militar" que en virtud del principio de proporcionalidad el DIH reconoce a los beligerantes en determinadas circunstancias, que aparecen recogidas en los arts. 51 y 57 del Protocolo Adicional I. De acuerdo con el art. 51.5, apartado b), se consideran ataques indiscriminados –y, por lo tanto, prohibidos en virtud del párrafo 4 del mismo artículo–, "los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista". Según el Art. 57.2, deben tomarse ciertas precauciones en los ataques; quienes los decidan, deben, entre otras cosas, "abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista".[712]

---

[710] "The rules of *jus in bello* are designed in a way measuring the advantage of the belligerent state derived from the concept of military necessity against the concepts of humanity and proportionality. The very concept of such necessity, which is the measure of the propriety of the exercise of belligerent actions, relates to the advantage that the belligerent may derive in pursuing his campaign and achieving the goals for which he is fighting. In the case of the aggressor, this is the reason for which it started the war, that is the very act of aggression. Thus, the military necessity under *jus in bello* is by no means a free-standing concept, but is linked to the very cause of the relevant conflict and thus, is an emanation of the causes of war under *jus ad bellum*. This is yet another confirmation that the complete separation of the two bodies of law is impossible" (Orakhelashvili, 2007: 164).

[711] Schmitt (2010: 804-805).

[712] Protocolo Adicional I, Artículo 57.2 a) iii).

Como corolario de estas disposiciones, el art. 85.3.b) del Protocolo Adicional I califica como infracción grave "lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en el sentido del artículo 57, párrafo 2, a) iii", mientras que el Art. 8.2.b.iv) del Estatuto de Roma tipifica como crimen de guerra

> Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea.

El concepto clave para nuestro análisis, en línea con lo que venimos planteando, será el de "ventaja militar". De acuerdo al comentario del CICR al Protocolo Adicional I, una ventaja militar puede consistir solamente en terreno ganado o en la aniquilación o debilitamiento[713] de las fuerzas armadas enemigas.[714]

La pregunta que nos hacemos es: ¿admite la ventaja militar un análisis de su legalidad? Es decir, ¿cabe la posibilidad de analizar la legalidad del uso de la fuerza al momento de hacer la evaluación de proporcionalidad entre la ventaja militar buscada con el ataque y los daños a civiles?

De más está decir, a esta altura, que la doctrina mayoritaria se inclina por la negativa,[715] mas ello se debe al rechazo genérico a todo tipo de aplicación diferenciada del DIH.

Pero, en nuestra opinión, la afirmativa se impone. Que la ventaja militar sea reconocida como un fin legítimo por el DIH, implica que necesariamente debe presumirse que esa ventaja es lícita, de la misma forma en que el Código Lieber define a la necesidad militar. De otra manera, estaríamos sosteniendo que la persecución de una finalidad ilícita legitima una conducta que, de no cumplirse esa finalidad, constituiría un crimen de guerra.

[713] En ese sentido, el preámbulo de la Declaración de San Petersburgo considera que *"la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo"*.

[714] Sandoz *et al.* (1987: 685).

[715] Sassóli (2007: 249)

En el caso de la agresión, la obtención de una ventaja militar para el agresor, significa ni más ni menos que un paso más en la consolidación de la agresión misma, o de la situación de hecho que esta ha provocado –y que también es ilícita–.[716] Aceptar que el DIH reconoce incluso en este caso la ventaja militar implicaría el absurdo de sostener que el agresor puede valerse de su propia agresión para legitimar sus ataques y en cuanto estos no produzcan daños "manifiestamente excesivos" respecto de esa ventaja –ilícita– no habría crimen de guerra alguno.

Creemos que contribuye a nuestra posición el hecho de que exista una diferencia entre el lenguaje del principio de proporcionalidad en el Protocolo Adicional I y el Estatuto de Roma, y es que este último plantea que la ventaja militar debe ser tomada "de conjunto".[717] Si el ataque debe tomarse en su conjunto y no solamente sus partes, entendemos que pueden caber consideraciones que van más allá de lo meramente táctico e incluir un análisis global de su conformidad con las normas que regulan el uso de la fuerza.

Naturalmente, frente a esta afirmación puede sostenerse que la licitud de la ventaja militar se predica solamente respecto del DIH en su carácter de *lex specialis*, y en cuanto está reconocida por este, no podría sostenerse su ilicitud. No podemos compartir este razonamiento. Si bien reconocemos el carácter de *lex specialis* del DIH en casos de conflicto armado, ello no puede implicar el desconocimiento de la unidad del orden jurídico internacional, que entendemos presidido por las normas de *ius cogens*, entre las que la prohibición de la agresión, como hemos visto, cobra una especial relevancia para nuestro análisis.[718]

---

[716] V. Art. 41.2 del Proyecto de 2001.

[717] Van Landingham (2016: 263)

[718] En este punto, debemos señalar que en los Elementos de los Crímenes se ha agregado una nota al pie que señala: "La expresión "ventaja militar concreta y directa de conjunto" se refiere a una ventaja militar que fuera previsible por el autor en el momento correspondiente. Tal ventaja puede, temporal o geográficamente, estar o no relacionada con el objeto del ataque. El hecho de que en el contexto de este crimen se admita la posibilidad de lesiones o daños incidentales legales no justifica en modo alguno una violación del derecho aplicable en los conflictos armados. No se hace referencia a las justificaciones de la guerra ni a otras normas relativas al *jus ad bellum*. La norma recoge el requisito de proporcionalidad inherente a la determinación de la legalidad de una actividad militar en el contexto de un conflicto armado" (Elementos de los Crímenes, nota al pie 36). Adviértase que para referirse al *ius ad bellum* claramente plantea primero que "no se hace referencia a las justificaciones de la guerra". De esa forma, consideramos que la mención al *ius ad bellum* en la nota tiene como objeto impedir el uso de argumentos legitimadores del uso de la fuerza para la justificación de la violación del derecho humanitario. Mas ello no impide, en nuestra opinión, el razonamiento inverso, es decir, evaluar la legalidad del ataque en virtud de las normas sobre el uso de la fuerza en

Tampoco obsta a nuestra posición que el comentario del CICR al Art. 57 del Protocolo Adicional I exprese que la norma se aplica a todos los ataques, sean actos de agresión o respuestas a una agresión, y que el hecho de que una parte se considere víctima de la agresión no la exceptúa de ninguna de las precauciones que deben tomarse en virtud del artículo.[719] El hecho de que la norma se aplique en toda circunstancia ratifica que la víctima de la agresión sigue vinculada por el DIH y no puede invocar su estatus como tal para eludir el cumplimiento de sus obligaciones, pero en nada implica legitimar la ventaja militar que el agresor pueda obtener por el ataque.

Nuestra posición, se insiste, se limita a los derechos y facultades que el *ius in bello* reconoce a los Estados, no a las personas protegidas. Así, el agresor

> no tiene el poder jurídico de ocupar territorio extranjero, de destruir las fuerzas armadas extranjeras, de confiscar propiedad extranjera o de castigar a individuos excepto bajo las condiciones en las que un Estado tiene este poder en tiempos de paz. No puede invocar la 'necesidad militar' por tales actos porque el derecho no admite la necesidad de iniciar una agresión ilícita.[720]

En otros términos, el agresor no puede hacer nacer derechos de su propia agresión, en virtud del conocido principio *ex iniuria ius non oritur*.[721] Ello implica que el agresor no puede invocar la necesidad militar ni el DIH reconocer como legítimas ventajas militares que busquen consolidar la propia agresión.

No obstante, en este contexto el principio ha recibido críticas de parte de la doctrina que niega la aplicación diferenciada.

Moussa critica la aplicación del principio fundada en lo que denomina consideraciones humanitarias y prácticas. En virtud de las primeras, las víctimas de ambos bandos de un conflicto son igualmente dignas de protección. Por las segundas, no podría esperarse que los beligerantes respetaran el derecho

---

orden de analizar el criterio de proporcionalidad.

[719] Sandoz *et al.* (1987: 679)

[720] "has no legal power to occupy foreign territory, to destroy foreign armed forces, to confiscate or condemn foreign property or to punish individual except under conditions in which a state at peace has this power. It cannot plead 'military necessity' for such acts because the law admits no necessity to initiate illegal aggression" (Wright, 1953: 371).

[721] Lauterpacht (1953: 206).

humanitario si no hubiera cierto elemento de reciprocidad en su aplicación.[722]

No podemos considerar ninguno de los argumentos convincentes. En cuanto al primero, es irrelevante en una discusión como la que planteamos respecto de la limitación de la aplicación diferenciada del DIH, toda vez que la finalidad humanitaria de las normas y la protección de las víctimas de todos los bandos sigue garantizada. Respecto del segundo, que suele ser reiterado en esta discusión, dudamos que consideraciones de reciprocidad puedan tener cabida en un ámbito en el que lo que están en juego son las normas más fundamentales de la comunidad internacional; en todo caso, escapa al plano teórico jurídico en el que buscamos mantener esta discusión.[723]

Por su parte, Bugnion afirma que el argumento que sostiene la explicación se deriva de una confusión entre la fuente de un derecho o una obligación y el hecho que entraña la aplicación del derecho o de la obligación. Así, pone el siguiente ejemplo: si una casa se incendia, no es el incendio, sino la póliza del seguro la que constituye la base jurídica del reclamo del asegurado contra la aseguradora; de otra forma, ningún propietario siquiera se molestaría en pagar las primas. Del mismo modo, prosigue, no es la guerra la fuente de los derechos y obligaciones que derivan de las leyes y costumbres de la guerra, sino las convenciones humanitarias respecto de las obligaciones y derechos que derivan de esos tratados, y la costumbre internacional respecto de las obligaciones que de ella derivan. El conflicto armado no es otra cosa que el hecho que resulta en la aplicación de las normas que surgen de las convenciones o de la costumbre.[724]

Tampoco podemos compartir este argumento. De hecho, el ejemplo que aporta el autor es poco feliz, por cuanto, para ser completamente análogo al caso de la agresión, el asegurado debería primero incendiar su casa y luego reclamar el importe del seguro, a lo que la aseguradora se negará, por tratarse de un supuesto de dolo, no cubierto por la póliza. Es verdad que, en nuestro caso, la "póliza" –es decir, las normas del DIH– no contienen una disposición expresa que vede al agresor de invocar sus reglas, pero la interpretación armónica de las normas en juego, y en particular el carácter imperativo de la prohibición de la agresión, nos pueden llevar a esa conclusión y, por lo tanto, el principio *ex iniuria ius non oritur* sí resulta relevante.

Además, no podemos olvidar que el cuarto párrafo del Preámbulo del Protocolo Adicional I dispone:

---

[722] Moussa (2008: 967).

[723] Para una interesante refutación del argumento, v. Mandel (2011: 644-645).

[724] Bugnion (2003: 12).

> Expresando su convicción de que ninguna disposición del presente Protocolo ni de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 puede interpretarse en el sentido de que legitime o autorice cualquier acto de agresión u otro uso de la fuerza incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.

Es decir, los redactores del Protocolo se cuidaron de impedir cualquier interpretación de las normas del DIH que legitime un acto de agresión. En tales condiciones, no podemos más que sostener que toda interpretación que reconozca derechos o ventajas al agresor en virtud del DIH (incluso la posibilidad de la invocación de la necesidad militar o el reconocimiento de ventajas militares) estaría legitimando la agresión y, por lo tanto, sería contraria no solo al *ius cogens*, sino también al espíritu del Protocolo Adicional I expresado en su Preámbulo.

4. Consideraciones finales

A lo largo de estas breves páginas apenas hemos podido aportar algunas pinceladas sobre la relación entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello* en el caso de agresión, cuestión que, como hemos visto, es harto compleja y controversial. Creemos, no obstante, haber dejado claramente planteadas las tres ideas fuerza que sustentan nuestra posición por una aplicación diferenciada del DIH en caso de agresión.

En primer lugar, la gravedad de la agresión y la centralidad de su prohibición en el derecho internacional contemporáneo (que tiene el carácter de norma imperativa) aparecen como el fundamento de la aplicación diferenciada y la ruptura de la igualdad de los beligerantes.

En segundo lugar, la aplicación diferenciada del DIH que aquí sostenemos se limita solo a los derechos y ventajas que este reconoce a los Estados, y en nada afecta los derechos de las personas protegidas ni las obligaciones de los Estados –tanto beligerantes como terceros– a su respecto. Es decir, sostenemos que el agresor carece de la posibilidad de invocar derechos o ventajas en virtud del DIH que le permitan consolidar su agresión.

Finalmente, una de las manifestaciones concretas de la aplicación diferenciada puede encontrarse en la imposibilidad de la invocación por el

agresor de la necesidad militar como excepción, concretamente a través de la aplicación del principio de proporcionalidad en los ataques, de conformidad con los Arts. 51 y 57 del Protocolo Adicional I. En ese sentido, sostenemos que el DIH no puede válidamente ser invocado por el agresor para justificar una "ventaja militar" que en la práctica significará la consolidación de su propia agresión. Esto no es más que una aplicación del principio *ex iniuria ius non oritur*.

Estas consideraciones, por supuesto, solamente pueden sostenerse en la medida en que aceptemos la unidad del orden jurídico, del que tanto las normas del *ius ad bellum* como del *ius in bello* forman parte. Pero precisamente lo hacemos porque pensamos que la gravedad de la agresión y de sus consecuencias por todo del derecho internacional –de las que el DIH no es una excepción– es una demostración de dicha unidad.

5. Referencias bibliográficas

5.1 Documentos internacionales

CDI (1967), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, Vol. I (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York.

CDI (1977), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York.

CDI (2006), *Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, elaborado por el Sr. Martti Koskenniemi*, UN Doc. A/CN.4/L.682

CDI (2022), *Normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens). Texto del proyecto de conclusiones y de anexo aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura*, UN doc. A/CN.4/L.967.

CIJ (1971), *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ Reports 1971*, p. 15

CIJ (1986), *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*, p. 14.

Eritrea Ethiopia Claims Commission (2009) *Ethiopia's Damages Claims, Final Award*, 17 de agosto de 2009.

TPIY (2004), Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez*, IT-95-14/2-A, Sentencia de 17 de diciembre de 2004.

5.2 Libros y artículos

Bugnion, F. (2003) "Just wars, wars of aggression and international humanitarian law", 849 *International Review of the Red Cross*, 849, 3-26.

Comellas Aguirrezábal, M. T. (2007) *La incidencia de la práctica del Consejo de Seguridad en el Derecho Internacional Humanitario*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.

D'Argent, P. (2002) *Les reparations de guerre en droit international public*, Bruselas: Bruylant.

Greenwood, C. (1983) "The relationship between *Ius ad bellum* and *Ius in bello*", *Review of International Studies*, 9, 221-234.

Hayashi, N. (2010) "Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law", *Boston University International Law Journal*, 28, 39-140.

IDI (1963), *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 50.

Lauterpacht, H. (1953), "The Limits of the Operation of the Law of War", *British Yearbook of International Law*, 30, 206-243.

Mandel, M. (2011), "Aggressors' Rights: The Doctrine of "Equality between Belligerents" and the Legacy of Nuremberg", *Leiden Journal of International Law,* 24(3)*,* 627-650.

Moussa, J. (2008) "Can *jus ad bellum* override *jus in bello*? Reaffirming the separation of the two bodies of law", *International Review of the Red Cross*, 872, 963-990.

Okimoto, K. (2015) "The Relationship Between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*", en WELLER, Marc (Ed.), *The Use of Force in International Law*, Oxford University Press, 1209-1223.

ORAKHELASHVILI, A. (2007), "Overlap and Convergence: The Interaction Between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*", *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 12, pp. 157-196.

PEZZANO, L. (2018) "La Agresión como Punto de Contacto entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario", *American University International Law Review,* 33, 545-570.

PEZZANO, L. (2020), "La agresión en el Derecho de los Tratados", *Cuaderno de Derecho Internacional*, 13, 95-130.

PEZZANO, L. (2021a) "El Artículo XXI del GATT y la agresión: hacia una interpretación compatible con la unidad del orden jurídico internacional", *PUCP Derecho*, 86, 9-38.

PEZZANO, L. (2021b), *La relación entre el acto de agresión y el crimen de agresión en el derecho internacional*, Córdoba: Ciencia, Derecho y Sociedad, UNC.

SANDOZ, Y. *et al.* (1987) *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.

SASSÒLI, M. (2007) "*Ius ad Bellum* and *Ius in Bello* the Separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to Be Respected in Warfare: Crucial or Outdated?", en SCHMITT, M. y PEJIC, J. (Eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines. Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden: Martinus Nijhoff, 241-264.

SCHMITT, M. N. (2010) "Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance", *Virginia Journal of International Law*, 50(4), 795-839.

VAN LANDINGHAM, R. E. (2016) "Criminally Disproportionate Warfare: Aggression as a Contextual War Crime", *Case Western Reserve Journal of International Law,* 48, 25-271.

WRIGHT, Q. (1953) "The Outlawry of War and the Law of War", *The American Journal of International Law*, 47, 365-376.

Sección III

Virtudes y defectos en la conducción de hostilidades

Deshecha la ley, hecha la guerra.
Tensiones del Derecho Internacional Humanitario en IV Macabeos

Roberto Jesús Sayar

Anahi, carissimae amicae custodiaeque legibus linguae hispanicis

Un rasgo particularmente complejo de la persecución desatada contra el pueblo hebreo por parte del rey seléucida Antíoco IV fue, según la crítica, su inesperado comienzo y su profunda belicosidad para los parámetros que hasta entonces se conocían respecto de situaciones similares. Puntualmente porque se asevera que sus motivos no podrían haber sido entendidos de manera legítima por ninguna de las parcialidades implicadas en ella en tanto ambas contaban con un ordenamiento legal mutuamente reconocido como tal. Además, si se tiene en cuenta que la colectividad hebrea contó con la posibilidad de ser interpretada como una civilidad separada dentro de los límites de la territorialidad greco-macedónica,[725] los motivos que pudieron haber llevado al soberano a alzarse en armas contra una etnia cuya

[725] Separación que, si nos atenemos a las menciones del texto sagrado, ha sido una constante en la historia de Israel. *Cf. Ge.* 34.9; *Ex.* 1.7; *Ju.* 4.2, 6.1, 13.1; *Es.* 1.3. La mayoría de los textos que apelan a esta sumisión del pueblo elegido ante el resto de las naciones justifican su accionar en el esquema narrativo llamado "pragmatismo en cuatro tiempos" (Lods, 1982. *Cf.* Boyer-Hayoun 2008:10-11) que establece el alejamiento divino ante las transgresiones que los hebreos llevan a cabo contra Sus Mandamientos y el subsiguiente perdón y envío de una figura salvífica. Esta visión se halla en varios de los libros de la Biblia. *Cf.* Frenkel (2011a: 61-2), quien, en nota *ad loc,* cita como ejemplos de la literatura deuteronómica además del último libro del *Pentateuco* a los dos libros de los *Jueces* (donde es particularmente característico [Frenkel: 2011b: 11])*,* los dos libros de *Samuel* (o los dos primeros de los cuatro de los Reyes, según la denominación que se prefiera) y el libro de *Josue*. Además, v. el trabajo de Finkelstein–Silberman (2003: 41 y ss.) en lo que refiere al rol que esta visión de la historia tuvo en la conformación del Pentateuco.

constitución en el seno de su reino se encuadraba en la más plena legitimidad se diluyen aún más en la indeterminación. Por ende, al producirse, semejante enfrentamiento debería haber sido ajustado a la normatividad aplicable a las conflagraciones 'internacionales', como la que el mismo monarca estaba llevando adelante contra los lágidas de Egipto. La consecuencia más notoria que conllevó este cambio de focalización en el eje de las hostilidades no se presentó en el ámbito estrictamente bélico sino en la serie de narraciones que se gestaron luego de la derrota del "tirano Antíoco" (5.1).[726] Una parte importante de ellas se encuadraron en lo que se conoce como "narrativa de los tiempos de persecución" (Piñero, 2007: 66). De entre ellos, este trabajo, se centrará particularmente en el *Libro IV de Macabeos*, puesto que creemos que, en el afán apologético que guía la obra, se dará una explicación 'legal' a semejante intromisión en la vida cívico-religiosa del pueblo de Israel. De esa manera, la condición de inhumanidad del invasor, se contrapondrá a una serie de rasgos legales precursores del Derecho Internacional Humanitario.[727] La violación de tales preceptos, establecidos en numerosos pasajes bíblicos, implicará, por ende, no sólo que la persecución acabará considerándose como una declaración de guerra bajo el amparo de la ley del talión sino que, según esta misma norma, el contraataque subsiguiente –la Rebelión Macabea– contará con todo el apoyo divino necesario para alcanzar la victoria. Por lo tanto, a la luz de estos eventos, la inserción histórica de este texto devendrá mucho más clara en tanto resultará un testimonio de un suceso bélico legitimado, como el resto de los que pueblan las páginas del texto sagrado.

Para comprender la supuesta legitimidad de semejante ataque, ante todo, es preciso desplegar la condición cívica de los hebreos en las ciudades helenísticas, puesto que se trata de una minoría distintiva tanto por sus normas como por la cotidianidad que se deriva de ellas (Gandulla, 1991). Y, si bien es cierto que para la zona de Antioquia[728] los datos disponibles distan de ser exhaustivos, es posible plasmar entre ella y Alejandría un

[726] A lo largo del trabajo, las citas pertenecientes a *4Ma.* aparecerán sin ser precedidas de la abreviatura que le es propia según las dispuestas en *LSJ*, notación que se mantendrá con las obras derivadas de éste, con el resto de los tratados sagrados y con los escritos eclesiásticos. En la totalidad de los casos, las traducciones del griego nos pertenecen.

[727] Para delimitar los cuales nos basaremos en la definición que brinda el *Diccionario panhispánico del Español jurídico* en su entrada "Derecho Internacional Humanitario (DIH)". Para profundizar la comprensión de este concepto, *cf.* Valladares (2018).

[728] La adscripción de *4Ma.* a la ciudad de Antioquia es una hipótesis propuesta por Van Henten (1997: 78-79) –que luego seguirán, *i.a.* Collins (2000: 204) y DeSilva (2006: xviii)– basándose en la recepción y consagración que los cristianos hicieron de la sinagoga de la ciudad, construida (según la tradición) sobre la tumba de los "mártires Macabeos" (*cf.* Levine [2005: 78] y Sayar [2018a]).

paralelismo que, salvando las distancias, permite comprender el rol de muchas instituciones sociales en la economía interna de ambas ciudades, centrales en sus respectivas zonas de influencia. En consecuencia, la existencia de una comunidad "separada" de judíos dentro del cuerpo de ciudadanos grecomacedónicos no resultará del todo imposible, vista, por un lado, la cantidad de elementos que demuestran la existencia de un conjunto indeterminado bastante elevado de hebreos en la pólis seléucida (Barclay, 1996: 243) y la importancia que semejante endogrupo tuvo en el entramado colectivo de la capital lágida. Sobre todo porque, de acuerdo con Druille (2015: 130), estaban organizados en un πολίτευμα. Este concepto define a una "corporación organizada constituida por extranjeros que tenían derecho de domicilio en una ciudad ajena y que formaban un cuerpo cívico separado, con su propia constitución y con autonomía para administrar sus asuntos internos". Este grado de independencia implica que es un colectivo que, a pesar de compartir un espacio geográfico con la mayoría de los habitantes de lengua griega –siendo ellos mismos grecoparlantes–, puede ser claramente concebido como un cuerpo foráneo en el *continuum* cultural representado por todos aquellos pertenecientes a los estamentos aculturados[729] por la fuerza invasora macedónica. Además, en tanto su separación se encontraba legitimada por las autoridades griegas (y más tarde por las romanas), los integrantes del πολίτευμα, mantenían un cuerpo administrativo que se encargaba de interpretar las leyes aplicables al contexto hebreo. Dicho cuerpo, que en algunos momentos de la historia de las comunidades hebreas fue un cargo unipersonal (Druille, 2018: 85),[730] pasó a ser, entonces, la marca más notoria de la condición "meteca" de los hebreos, en tanto estos, como aquellos, eran "forasteros residentes en una ciudad extranjera" (Druille, 2015: 128).[731] De

[729] Utilizamos este concepto como un equivalente del "estado incorporado del capital cultural" propuesto por Bourdieu (2014: 215) siguiendo una línea interpretativa semejante a la propuesta por Todorov (2014: 242).

[730] Precisamente en este trabajo se aborda únicamente el pasaje de un instrumento múltiple a uno de naturaleza individual para ocupar la administración de los asuntos del □θνος dentro de las diversas identidades que conforman la población de las grandes ciudades. Según la misma investigadora, la presencia de un Consejo de Ancianos (γερουσία) en la comunidad hebrea de Alejandría puede remontarse al menos al comienzo del gobierno de los Ptolomeos y "suspendió su funcionamiento luego de la anexión de Egipto a Roma" (Druille, 2016: 133).

[731] Cuyo número ya era importante en las πόλεις clásicas y carecían de importantes derechos relativos a la propiedad, sobre todo, de la tierra (Finley [2000: 98]). en consecuencia, resulta lógico que "la propia comunidad de ciudadanos funcion[e] como un estado en relación con los excluidos de la ciudadanía (mujeres, esclavos, metecos, extranjeros, integrantes de ciudades sometidas al imperialismo), garantizando así su dominación y explotación" (Gallego, 2017: 21).

esta forma, serán plenamente asimilados a "bárbaros", en tanto que se hallan legítimamente sujetos a una normativa que no es la propia, es decir, la griega, y mantienen lazos sociales estrechos únicamente con los miembros de su propio endogrupo. Habilitando, en consecuencia, la posibilidad de hacerlos objeto de las coerciones determinadas por la ley de cuño específicamente griego, en tanto son estos últimos quienes detentan la capacidad de "extender el espacio legal de una ciudad para incorporar los de alguna otra" (*cf.* Low, 2007: 89), aunque tal πόλις no sea sino un elemento interno de una topología geopolítica mayor, *i.e.* la ciudad de Alejandría o la de Antioquía.

El gran dilema que plantea *4Ma.*, por tanto, es la intromisión unilateral en los asuntos internos de la colectividad hebrea por parte del soberano extranjero Antíoco IV. Pero no lo hace únicamente para denunciar el afán de unificación que demuestra el rey sino, sobre todo, para exhibir lo inesperado de esa decisión, puesto que sus predecesores "les había[n] concedido [a los hebreos] una suma de dinero para el servicio del templo y les había[n] reconocido su constitución" (3.20).[732] Además, al especificar que la mayoría de los cambios se deben, ante todo, a quien ocupa ilegítimamente el lugar de Sumo Sacerdote, demuestra la grieta que atraviesa a la colectividad, entre los helenistas y los judaizantes,[733] rubricada por ambas figuras de autoridad, tanto la "interna" como la "externa". Semejante trasfondo acabará siendo la justificación perfecta para la primera transgresión a las normas bélicas que, al menos en la órbita hebrea, se dan por sentadas para justificar un accionar lesivo contra una nación extranjera. Esto será así puesto que, antes de decretar la conversión forzada de las naciones de su imperio –y con ello llevar a cabo el plan divino para deshacer el cisma interno–:

> ἐπειδὴ γὰρ πολεμῶν ἦν κατ› Αἴγυπτον Πτολεμαίῳ, ἤκουσέν τε ὅτι φήμης διαδοθείσης περὶ τοῦ τεθνάναι αὐτὸν ὡς ἔνι μάλιστα χαίροιεν οἱ Ιεροσολυμῖται, ταχέως ἐπ› αὐτοὺς ἀνέζευξεν, καὶ ὡς ἐπόρθησεν αὐτούς, δόγμα ἔθετο ὅπως, εἴ τινες αὐτῶν φάνοιεν τῷ πατρίῳ πολιτευόμενοι νόμῳ, θάνοιεν.

[732] Situación que ya es reconocida en otros momentos de la historia de Israel, en donde se destaca la bondad del soberano en cuestión, que les permite a los hebreos mantener su culto y sus instituciones en una situación de sumisión política. *Cf. Es.* 1.2-4; *Ne.* 2.5; *2Ma.* 3.2-3; *Da.* 3.12; *Es.* 3.8. Para comprender la significatividad de esta permisión, v. Saulnier (1983: 14) y Grabbe (2010: 3-8).

[733] Conflicto puesto en juego por primera vez en los ya famosos pasajes de *2Ma.* (2.21 y 4.13) y que devino el tema central de la magna obra de Hengel (1981) y que fue particularmente problematizado por Sayar (2018b) en el contexto provisto por los tratados del *Ciclo*....

> Antíoco estaba en guerra contra Tolomeo en Egipto cuando se enteró de que se había difundido el rumor de su muerte y los habitantes de Jerusalén se habían alegrado sobremanera. Entonces marchó rápidamente contra ellos. Saqueó la ciudad y luego promulgó un decreto condenando a muerte a quienes parecieran conducirse de acuerdo con la ley de sus antepasados (4.21).

lo que, evidentemente, transgrede una de las normas establecidas por el código hebreo a la hora de plantear enfrentamientos armados, esto es, proponer la paz a una ciudad extranjera a la que se le ponga sitio (*cf. De.* 20.10-13 y *Jo.* 16.10) antes de declararle formalmente la guerra. Por ende, en tanto la comunidad judaica se ubica en una posición ontológica similar, *mutatis mutandis*, a la de un ἄστυ,[734] semejante declaración de inicio de las hostilidades se torna obligatoria para que los sitiadores puedan actuar como las normas "internacionales" lo prescriben. De esta forma si, como afirma Low (2007) "La comunidad y las reglas establecidas en tiempo de paz continuaban existiendo aunque los acuerdos de paz hayan sido violados" es posible entender en este ataque a Jerusalén una clara violación de uno de los principios del DIH puesto que esta agresión no-declarada es particularmente insidiosa sobre la población civil, acusándola de ser el *casus belli* por antonomasia, en tanto "culpables" del delito de lesa majestad. El decreto de asimilación forzada subsiguiente, por lo tanto, ha de interpretarse como un elemento "excesivo con respecto a la directa y concreta ventaja militar esperada de cualquier ataque contra un objetivo militar" (Salmón, 2012: 60).[735]

La arremetida justificada contra los hebreos judaizantes no será el único elemento que podrá ser analizado bajo la óptica de los preceptos del DIH, puesto que la postura del soberano en contra de los jerosolimitanos pertenecientes al grupo de los piadosos[736] escalará en violencia y en injusticia

[734] En tanto los "metecos" –con quienes equiparamos a los hebreos por las razones desplegadas más arriba– conformaban un elemento menor a una πόλις completamente asimilado a ella y, muchas veces, fuertemente intercalado en muchas de sus instituciones, aunque conserven su *status* fuertemente diferenciado, tal y como lo afirma Cohen (2001: 22-23). Es por ello que, además, se torna normativo el envío de embajadores para comenzar con ellos cualquier tipo de relación, sobre todo las hostiles (*cf.* Buis, 2018: 180).

[735] *Cf.* Provost (2004: 35) y Valladares (2018: 30-31).

[736] "Los piadosos" o "los fieles a la ley" (también "asideos", del hebreo *hasidim* חסידים) son, según Saulnier (1983: 61) aquellos que "se reunían en congregación o cofradía seguramente contra la introducción de las costumbres griegas en Jerusalén. Lucharán algún tiempo al lado de Matatías y de Judas pero negaran su solidaridad con la política macabea después de la purificación del templo. De este movimiento saldrían más tarde los fariseos y el cisma de los esenios." *Cf.* Sacchi (2004: 258) y Farmer (1958: 41 y 161).

conforme se despliegue la narración de *4Ma.* En principio, porque, (4.26) "dado que sus decretos eran despreciados por el pueblo, él mismo obligaba con tormentos a cada ciudadano a comer alimentos impuros y abjurar del judaísmo", por lo que optó por dirigir el uso de su fuerza militar directamente contra los civiles indicados, por su accionar "ilegal", como el conjunto enemigo.[737] Ahora bien, el texto destaca que la mayoría de las personas atacadas prefieren morir antes que levantarse en armas, puesto que comprenden que el devenir de la historia no es sino una manera en la que Dios demuestra la importancia de atenerse a sus mandatos (*cf. Ju.* 2.22 y *2Ma.* 6.14-26).[738] En consecuencia, las nueve primeras víctimas que adquieren protagonismo en la narración lo hacen precisamente por forzar a la soldadesca que escolta al rey (5.2) a que los torture, puesto que, afirman, "no violar[án] los sagrados juramentos que [sus] antepasados hicieron de guardar la ley" (5.29). Es decir que, precisamente, es con el fin de demostrar su grado de obediencia a las normativas mosaicas que no se rebelan ni atacan.[739] Ellos solamente han recibido una acción contenciosa sin mediación previa más que el ataque directo. Además, no se demuestra otra razón para ello que el capricho real por la herida narcisista que, aparentemente, le ha inferido todo el pueblo. Como corolario a esta sucesión de excesos en el uso de la fuerza se observará que, en el ataque, se utilizan armas de tipo convencional de una forma, a todas luces, excesiva. Por eso, para que no quepan dudas, de hecho, de que es la voluntad de Antíoco la que lleva adelante la agresión, cada una de las armas y sus efectos se presentan con todo detalle. Así, aparecerán látigos que desgarran la carne (6.3) y "ruedas, artilugios para desarticular miembros, dislocar articulaciones y machacar huesos, grilletes, calderas, sartenes, empulgueras, manos de hierro, cuñas y atizadores" (8.13) que claramente

[737] Construcción simbólica que se basa en las características cuya domesticación por la *elite* grecomacedónica resulta imposible, mayormente atravesadas por esta adhesión irrevocable a las leyes mosaicas (Sayar: 2016). *Cf.*, para este tipo de interpretación ontológica, Eco (2013).

[738] Estas no son las únicas manifestaciones expresas de esquema deuteronómico de gran parte del AT, puesto que se puede ver una formulación más breve en forma de proverbios (tradicionalmente atribuidos a Salomón) como los que aparecen en *Sir.* 30.1-3; *Sab.* 3.6; *Pro.* 14.32.

[739] Este conato pacifista es, justamente, una de las características axiales de la figura martirial, que se somete a torturas y muerte a causa de lo que él mismo considera un bien mayor. La entrega a valores semejantes, justamente, implica que no hay necesidad alguna de defensa, dado que no es el que muere quien está transgrediendo las normas de la comunidad. *Cf.* Sayar (2014) para el personaje de Eleazar, *archetypum martyri*, Jensen (2010) para comprender el peso de esta clase de pensamiento en la constitución de semejantes modelos y Van Henten–Avemarie (2002) para comprender la antigüedad del tópico, que se remonta hasta los ejemplos que en las *Vitae* de muchos filósofos se dan sobre sus muertes, coherentes con sus respectivos sistemas de pensamiento.

entrarán en conflicto con una manifiesta proclama bíblica que es plenamente equiparable con la "prohibición de […] ocasionar efectos innecesarios en relación con el fin de dejar a los enemigos fuera de combate" (Salmón, 2012: 61[740]). En efecto, la sesión de tortura abunda en esa clase de particularidades para demostrar el desequilibrio intrínseco que contiene el enfrentamiento, de forma que se pueda justificar plenamente las acciones subsiguientes, que tendrán –incluso desde antes de que comiencen– el pleno beneplácito divino.

Esto será así porque, gracias a semejante disparidad de fuerzas entre el "ejército" invasor y las fuerzas defensoras, es posible comprender la confianza que se demuestra en la insistencia del castigo posterior que sufrirá el rey. Así, se puede leer que el anciano sacerdote dice que "[Dios] recibe [su] alma como rescate por ellos" (6.29) y, entonces, todos los que lo sigan en el cadalso, podrán estar seguros de que "tú [*i.e.* Antíoco], en cambio, por culpa de nuestro asesinato, sufrirás de manos de la justicia divina el adecuado castigo eterno" (9.9). El desequilibrio entre ambos contendientes, de esta manera, desata una interpretación particular de la ley del talión en su primera formulación, que manda que "el que hiera de muerte a un hombre será castigado de muerte" (*Le.* 24.17) puesto que "cada cual pagará por su propio pecado" (*De.* 24.17). Israel, en tanto pueblo que ha sido vejado con tal ataque, podrá entonces reclamar para sí el derecho a una compensación justa en tanto no se respetó la obligatoriedad de que la guerra sea formalmente declarada,[741] para que los descendientes de Abraham pudieran proponer la paz que les manda su Ley. El estado de enajenación que demuestra el soberano conforme avanza infructuosamente en sus torturas –ya que de "enojado y encolerizado" (9.10) pasó a estar "terriblemente airado" (12.2)– no hará más que confirmar la justicia de tal contraataque, ya que se apela a la "tipificación de la impiedad de los malos gobernantes" (Weitzman, 2004: 228) y, por ende, de su incapacidad para ocupar ese puesto. Una falencia como esa, además, acabará de rubricarse a través del desconocimiento de las normas que rigen al pueblo hebreo en tanto habitantes de su reino, puesto que, de contar efectivamente con ese saber, habría evitado la aplicación del talión: una guerra justa no lo legitimaría. Además, en tanto existe "una sola ley para el forastero y para el nativo" (*Le.* 24.22), ambos contendientes se encontrarían tanto dentro de su normatividad

[740] *Cf. De.* 20.14 donde el texto manda matar únicamente a los hombres del bando enemigo; *De.* 20.19-20 que determina respetar los frutos del campo circundante de una ciudad sitiada o incluso *De.* 21.10-14 que manda otorgar la libertad a quien se tomó por esposa de entre las cautivas de un asedio y ya no es querida.

[741] Situación equiparable sucedía en el mundo griego, donde, si bien el estado de guerra era constante (Eckstein, 2006: 44), los juramentos que se hacían al momento de constituir una liga de ciudades regulaban los posibles conflictos futuros entre ellas, "no destruyendo la *polis* aliada, ni sitiarla ni cortar su suministro de agua" (Hall, 2007: 99).

como fuera de ella según el caso. De esta forma, finalmente, aquellos que se levanten en armas contra él –esta vez, con toda la legitimidad necesaria– no solamente se enfrentarán a su ejército en igualdad de condiciones sino que, de acuerdo con la reciprocidad implicada en el propio talión, ocuparán su lugar de manera inversamente proporcional (Weitzman, 2004: 231).[742] De esta forma, se verificarán, al mismo tiempo, tanto el cumplimiento de las promesas de Dios a sus fieles (*De.* 7.11-16), como la eficacia de sus leyes (*De.* 4.5-6). Preceptos que serán, en último término, la garantía de que, así como el Altísimo otorga a "los impíos […] el castigo digno de sus intenciones" (*Sab.* 3.10) también defenderá a los suyos en su hora de aflicción (*Le.* 26.7-8).[743]

Defensa que parte, puntualmente, de que el incumplimiento del "principio de distinción que precisamente impone la obligación de diferenciar entre los combatientes y la población civil" (Salmón, 2012: 99)[744] que generó la resistencia pasiva que conforma el núcleo de la narración, resulta poco menos que flagrante. Además, al mismo tiempo que se produce esta transgresión, quedará claro que Dios conoce que el delito del que se acusa al grupo de las víctimas es virtualmente inexistente tanto en el contexto humano como en el divino y es por ello que garantizará la protección de su pueblo en tanto que se desarrolla este crimen de guerra. La principal guarda que otorgará el Altísimo tendrá que ver, sobre todo, con la posibilidad de volver a su seno tras haber demostrado su valor como judíos y, por ello, apela a que, como estos no han tenido "participación activa en las hostilidades" (Salmón, 2012: 99), son sujetos de derecho "humanitario" en cuanto a víctimas de un conflicto armado que no debía recaer sobre sus hombros. Con todos estos indicios, por lo tanto, la certeza de que lo que está haciendo el rey con sus otrora súbditos es efectivamente un crimen de guerra la dará justamente el propio Antíoco. Él, al acabar la tortura de las nueve primeras víctimas, "al ver la intrepidez de su virtud y su perseverancia en los tormentos, mandó pregonar tal actitud, para que sirviera de modelo a sus soldados" (17.23) con lo que, inequívocamente, devela, al mismo tiempo, la inconsistencia de su decreto y la justicia intrínseca

[742] *Cf. Nu.* 31.3 en tanto describe una "venganza de Yahvé" efectiva bajo los términos de esta normativa, dado que los israelitas "fueron atacados por medio de engaños por los madianitas" (*Nu.* 25.16).

[743] Sobre todo porque los primeros fallecidos han apelado a su misericordia y han sido lo suficientemente justos –en calidad y en cantidad– como para que Dios se apiade de ellos y salve al resto del pueblo por su intermedio. La importancia de las "negociaciones" de Abraham con el Altísimo para establecer este "mínimo" de hombres rectos para lograr la actuación divina es el centro de la argumentación de Sayar (2020).

[744] "Es decir, entre aquello que puede considerarse lícitamente objetivo militar y lo que no debe ser atacado en el fragor del enfrentamiento" (Salmón, 2012: 99). *Cf.* Provost (2004: 230).

del accionar de los hebreos ajusticiados y de todos aquellos que se conduzcan como estos lo hacen. Así, el socorro a los hebreos debería pasaría también a las manos del soberano, en tanto este parece haber desistido de su postura. Pero, en tanto los civiles resultan ser ciudadanos de un colectivo "extranjero" dependiente sólo de Dios (*De.* 10.15),[745] el contraataque se vuelve inevitable y la prueba más evidente del accionar del Todopoderoso en la historia humana. Sobre todo para destacar el proceder del sacerdote Eleazar, quien, en esta lectura, se volverá el centro de la reclamación de guerra por el colectivo atacado. Primero, porque se trata de alguien que no se desdice a lo largo de todo el tratado –y los siete hermanos con él– y, sobre todo, por su condición sacra. En lugar de comprenderse como un detonante del ataque de Antíoco, la unción que porta el anciano debe ser interpretada como un indicio que puede ser relacionado con la afirmación del Protocolo Adicional I que afirma que "la presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil". La defensa es justa, por ende, porque la guerra ha sido injusta, no sólo porque no hubo agresión justificadora por parte de los hebreos ni de sus líderes sino, puntualmente, porque la ofuscación en cuanto al estatus del πολίτευμα hebreo y de sus representantes que la divinidad colocó sobre la cabeza de Antíoco ya ha sido retirada. Sólo así será posible que todos experimenten el poderío del Dios verdadero y la Alianza que Él mantiene con su pueblo.

Evidentemente, el tratado no se propone con esto demostrar la existencia de Dios sino establecer un lugar para los hebreos que considera verdaderamente "hijos de Abraham" (9.21)[746] en tanto ellos han formado parte central de un momento bisagra de la historia, sin importar el punto de vista desde el que se la narre. Israel logrará, de una u otra forma, a raíz de esta desobediencia civil, alzarse en armas contra el poderoso invasor y, tras vencerlo, conquistar la total independencia. Ahora bien, es cierto que el lugar del Altísimo en la historia queda claramente demostrado, no sólo por el fuerte aparato retórico que sustenta al texto sino también por apelar al tópico de la "utilización del tirano a favor de Israel" (*Is.* 44.6; 45.5 *cf.* García

[745] Pasaje que revela un elemento más metafísico que físico para justificar la alianza entre Dios y su pueblo, de acuerdo a los lineamientos con los que Brow (1990) define lo que llama "comunalización", es decir, el establecimiento "de un canal de acción que construya un sentimiento de pertenencia conjunta" (Brow, 1990: 1). *Cf.* Anderson (1993).

[746] La referencia a Abraham y la filiación con él no aparece esta única vez sino que es portada por el propio Eleazar cuando declama las condiciones necesarias para considerarse como tal (6.17). La presente ocasión aparece en boca del narrador para demostrar que se ha comprendido el concepto y puede ser aplicado a quienes cumplan con semejantes requisitos (6.22; 13.17; 14.20; 15.28; 16.20; 16.25; 17.6; 18.1; 18.20; 18.23). *Cf.* a este respecto Agus (1988: 34).

Bachmann, 2016: 18), pero esto resulta completamente improcedente a la hora de imbuir al texto de la veracidad histórica necesaria como para que incluso los judíos helenizados se sientan interpelados por lo que allí se cuenta. Todo aquello que se despliega referido a la comprensión de estas acciones como un crimen de guerra y sus justificaciones devendrá, por lo tanto, el rasgo principal para constituirlo como otro componente de la vertiente histórica de los tratados bíblicos en la lógica compositiva de la historiografía griega, de la cual se alimentan otros tratados del *Ciclo de los Macabeos*.[747] Intersecando ambas tradiciones, se notará entre sus líneas que los rasgos legales aportados por el intertexto sagrado no son sino una "noción general de las forma que las situaciones humanas deben adquirir en virtud de su participación en los procesos efectivos de dotación de sentido que lo identifican como un miembro de cierto legado cultural" (White, 2003: 116) y por lo tanto lograrán adquirir una importancia equivalente a la de aquella que afirma que la historia es producto de la voluntad divina. Así, de modo semejante a lo que sucede en gran parte de la narrativa plenamente histórica bíblica (griega o hebrea), legitimarán los sucesos que vendrán, activando su inserción en un *continuum* histórico más grande que el de *2Ma.*, con quien dialoga y a quien completa. Como ambas, la descripción analítica de las transgresiones a lo que hoy denominamos Derecho Internacional Humanitario y su justificación de la guerra a través de elementos etnográficos y estudios constitucionales hará de esta obra una clara deudora de Heródoto quien, según Momigliano (1978), se basa preferentemente en ambos procedimientos para la constitución y legitimación de su monumental obra. De esta manera, siguiendo la huella de los historiadores posteriores, influidos por la sofística, el trabajo de "dar forma a eventos que evidencian una unidad temática y un interés consistente tanto en la naturaleza y el carácter humano como en el comportamiento político y militar" (Scanlon, 2015: 162) requerirá que aquellos datos fácticos que sustentan el devenir histórico estén enmarcados por una consistente trama retórica que haga hincapié en aquellos aspectos "verosímiles" del desarrollo humano. Por ende, los elementos claramente apologéticos no serán sino el contrapeso necesario para que su lectura como un relato cohesivo y verosímil de los eventos pretéritos sea posible. Así, cuanto más hincapié se haga en las legalidades puestas en juego, más debe hacerse en el heroísmo que los sujetos demuestran en la defensa de esas leyes. Cuanto más profunda sea

[747] Piñero (2007: 69) es puntualmente quien afirma que los textos que comparten este título –transmitidos en el mismo grupo de manuscritos–, conformaban un conjunto cerrado, por lo que los denominó *Ciclo de los Macabeos*. *Cfr.* además Collins (2000: 122-130 y 202-209). La ampliación del episodio de martirio de *2Ma.* puede verse reflejado, quizá, en *1Ma.* 1.62-63. *3Ma.* es el único de ellos que no se ubica en el espacio temporal del reinado de Antíoco IV Epifanes.

la descripción de las transgresiones a esas leyes, más evidentes deben ser los argumentos del "conjunto enemigo" para no caer en el mismo fallo. Y, en el caso particular de un posible elemento del canon hebreo, cuanto más vehemente sea la negación de la existencia, la acción o las leyes de Dios por los paganos; más fuerte ha de ser la convicción de los hijos de Abraham en demostrar todo aquello que se presenta, *prima facie* como dudoso. Finalmente, la presencia de los elementos que se identifican como pertenecientes al Derecho Internacional Humanitario, demostrarán tanto la necesidad de su presencia para gestar el subsiguiente contraataque como, dentro de esta confrontación de argumentos, su "neutralidad" para que ambos colectivos contendientes puedan comprender la clase de transgresión que se llevó a cabo y los diferentes *status* de legalidad que las acciones llevadas a cabo por cada beligerante. Que semejante normativa sea consecuente tanto para hebreos como para griegos será el último paso en la constitución de la legalidad de los hijos de Abraham como un colectivo separado dentro de una unidad política mayor o bien, como es el caso, como una nación libre e independiente.

1. Bibliografía

1.1 Fuentes

De Silva, D. A. (ed.) (2006) *4 Maccabees. Introduction and Commentary of the Greek text in Codex Sinaiticus*, Leiden/Boston: Brill.

Liddell, H. G. – Scott R. – Jones, H. S. (1996) *A Greek-English Lexicon*, Oxford: University Press.

Rahlfs, A. (ed.) (1971) *Septuaginta*, *id est Vetus Testamentum graecae iuxta LXX intérpretes*, Stuttgart: Württembergische Bibelanstalt.

Real Academia Española (2020) *Diccionario panhispánico del español jurídico*, Madrid: Real Academia Española. Disponible en: <https://dpej.rae.es/>.

1.2 Bibliografía crítica

Agus, A. (1988) *The Binding of Isaac and Messiah. Law, Martyrdom and Deliverance in Early Rabbinic Religiosity*, Albany: State University of New York Press.

Anderson, B. (1993) *Comunidades imaginadas. Reflexiones sonre el origen y la difusión del nacionalismo*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Barclay, J. (1996) *Jews in the Mediterranean Diaspora: From Alexander to Trajan (323 BCE - 117 CE)*, Edimburgh: T&T Clark.

Bourdieu, P. (2014) *Las estrtategias de la reproducción social*, Buenos Aires: Siglo XXI.

Boyer, A. – Hayoun, M. R. (2008) *La historiografía judía*, México D. F: Fondo de Cultura Económica.

Brow, J. (1990) "Notes on Community, Hegemony and uses of the Past", *AQ* 63.1, 1-6.

Buis, E. J. (2018) "Prevención de conflictos y construcción diplomática de comunidades emotivas transfronterizas en la Grecia helenística", en: Buis, E. J.–Giosa, L. M. (comps.), *La humanidad bajo asedio: derecho y justicia internacional en tiempos de violencia armada*, Azul: Del Azul, 179-193.

Collins, J. J. (2000) *Between Athens and Jerusalem. Jewish identity in the Hellenistic Diaspora*, Grand Rapids/Cambridge: J. B. Eerdman's Co.

Cohen, E. E. (2001) *The Athenian nation*, Princeton: University Press.

Druille, P. (2018) "'Nuestro consejo de ancianos': Filón y la institución administrativa de la comunidad judía de Alejandría en *Contra Flaco*", *Stylos* 27, 80-91.

Druille, P. (2016) "Filón y las inscripciones griegas de los siglos II-I a.C.: la existencia de la *gerousía* en Alejandría", *Circe de clásicos y modernos* 20, 131-146.

Druille, P. (2015) "La situación cívica de los judíos en los tratados de Filón", *Synthesis* 22, 125-138.

Eckstein, A. M. (2006) *Mediterranean Anarchy, Interstate War and the Rise of Rome*, Berkeley/ Los Angeles/London: University of California Press.

Eco, U. (2013) *Construir al enemigo*, Buenos Aires: Sudamericana.

Farmer, W. R. (1958) *Maccabees, Zealots and Josephus. An inquiry into Jewish Nationalism in the Greco-Roman Period*, New York: Columbia University Press.

Finkelstein, I. – Silberman, N. A. (2003) *La biblia desenterrada. Una nueva visión arqueológica del antiguo Israel y de los orígenes de sus textos sagrados*, Madrid: Siglo XXI.

Finley, M. I. (2000) *La Grecia antigua. Economía y sociedad*, Barcelona: Crítica.

Frenkel, D. (2011a) "El martirio en la *Septuaginta: II* y *IV Macabeos*", *AFC* 24, 59-91.

Frenkel, D. (2011b) "La institución de la monarquía en el relato bíblico", *Stylos* 20, 7-34.

Gandulla, B. (1991) "Las comunidades hebreas y el Código de la Alianza", *RIHAO* 7/8, 81-110.

Gallego, J. (2017) *La pólis griega: orígenes, estructuras, enfoques*, Buenos Aires: Editorial de la Facultad de Filosofía y Letras–UBA.

García Bachmann, M. L. (2016) "¡Qué difícil hablar sobre Dios!", en Beros, D. C.; Roggero, J. L.; Roldán, D. A. y Soldano Deheza, F. (Comps.), *Dios, ser humano, mundo. Entre la filosofía y la teología*. Buenos Aires: Editorial de la Facultad de Filosofía y Letras – UBA: 15-40.

Grabbe, L. L. (2010) *An Introduction to Second Temple Judaism*, London: T&T Clark.

Hall, J. M. (2007) "International relations", en: Sabin, P. *et al.* (eds.), *The Cambridge History of Greek and Roman Warfare* (Volume I: "Greece, the Hellenistic World and the Rise of Rome"), London: T&T Clark.

Hengel, M. (1981) *Judaism and Hellenism*, Philadelphia: Fortress Press.

Jensen, M. P. (2010) *Martyrdom and Identity. The Self on Trial*, London: T&T Clark.

Levine, L. I. (2005) *The ancient synagogue: the first thousand years*, New Haven: Yale University Press.

Lods, A. (1982) *Histoire de la littérature hébraïque et juive: depuis les origines jusqu'à la ruine de l'état juif (135 après J.-C.)*, Genève/Paris: Slatkine.

Low, P. (2007) *Interstate Relations in Classical Greece*, Cambridge: University Press.

Momigliano, A. (1978) "Greek Historiography", *History and Theory* 17/1, 1-28.

Piñero, A. (2007) *Literatura judía de época helenística en lengua griega*, Madrid: Síntesis.

Provost, R. (2004) *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge: University Press.

Sacchi, P. (2004) *Historia del judaísmo en la época del segundo templo*, Madrid: Trotta.

Salmón, E. (2012) *Introducción al Derecho internacional humanitario*, Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja.

Saulnier, C. (1983) *La crisis macabea*, Estella: Verbo Divino.

Sayar, R. J. (2020) "He dicho: pueblo salvado. Esquemas narrativos y jurisprudencia en *IV Macabeos*", en Neyra, A. V. y Pégolo, L. (coords.), *Un milenio de contar historias. Los conceptos de ficcionalización y narración de la Antigüedad al Medioevo*. Tomo II, Buenos Aires: Editorial de la Facultad de Filosofía y Letras–UBA, 227-245.

Sayar, R. J. (2018a) "*A falta de templo, bueno es un sitio martirial. Resignificación de la espacialidad sacra en* IV Macabeos", Ponencia presentada en el marco del *XXV Simposio Nacional de Estudios Clásicos y I Congreso Internacional sobre el Mundo Clásico "Migraciones, desplazamientos, conflictos en el mundo antiguo"*, IFC–Departamento de Lenguas y Literaturas Clásicas (FfyL–UBA), 31 de julio al 3 de agosto de 2018.

Sayar, R. J. (2018b) "Cuando tu enemigo esté unido, divídelo' (AG 1.25). De(con)strucción de la élite dominante en *IV Macabeos*", en Rodríguez Melgarejo, P. V. y Monteagudo, S. (comps.), *Actas de la I Jornada de humanidades: "Las humanidades de ayer y hoy"*. Morón: Editorial Universidad de Morón, 126-134.

Sayar, R. J. (2016) "Muerte alegre con efectos post mortem: El mártir como 'monstruo ejemplar' en *IV Macabeos*", en: Aletta de Sylvas, G. *et al.* (eds.), *Monstruos y monstruosidades: perspectivas disciplinarias IV*, Buenos Aires: Editorial de la Facultad de Filosofía y Letras–UBA, 398-403.

Sayar, R. J. (2014) "'Te voy a poner como una luz para el mundo (Is. 49.6.4). La figura de Eleazar como ejemplo y paradigma del éthnos hebreo en *IV Macabeos*", *AFC* 27.2, 99-114.

Scanlon, T. F. (2015) *Greek historiography*, Chichester: Wiley & Sons.

Todorov, T. (2014) *La conquista de América. El problema del otro*, Buenos Aires: Siglo XXI.

Van Henten, J. W. (1997) *The Maccabean martyrs as Saviours of the Jewish People. A study of 2* and *4 Maccabees*. *Supplements to the Journal for the Study of Judaism* 57, Leiden: Brill.

Van Henten, J. W. – Avemarie, F. (2002) *Martyrdom and noble death*, London: Routledge.

Valladares, G. P. (2018) "Sobre la importancia y la vigencia de los Protocolos Adicionales I y II de 1977 a 40 años de su adopción", en: Buis, E. J.–Giosa, L. M. (comps.), *La humanidad bajo asedio: derecho y justicia internacional en tiempos de violencia armada*. Azul: Del Azul, 17-38.

Weitzman, S. (2004) "Plotting Antiochus's Persecution", *JBL* 123/2, 219-234.

White, H. (2003) *El texto histórico como artefacto literario y otros escritos*, Barcelona: Paidós.

Brasil durante el conflicto armado de Malvinas: ¿neutralidad o no beligerancia? La operación *Black Buck* y la misión *Rojao de Fogo*

Juan H. García Zeballos[748]

1. Neutralidad y no beligerancia

En el marco de un conflicto armado de carácter internacional, encontramos que los terceros Estados no involucrados directamente en la contienda pueden permanecer frente a la misma como Estados neutrales, es decir no intervenir en favor de ninguna de las partes en conflicto, o bien, pueden declararse como no beligerantes, esto es no participar de las hostilidades sin perjuicio de tomar postura política frente a la confrontación, e incluso también apoyar a una de las partes desde, por ejemplo la diplomacia, sin incurrir claro está en un empleo de la fuerza armada en favor de ésta, ya que de hacerlo así cambiarían su condición.

Más allá de qué figura utilicen los terceros Estados frente a un conflicto armado, existen reglas que deben cumplirse tanto por éstos como por las partes beligerantes; destacándose en el presente trabajo el deber que tiene

[748] Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, (FCJyS, UNLP) Argentina. Docente de Derecho Internacional Público, (FCJyS, UNLP). Máster en Relaciones Internacionales Iberoamericanas, en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España. juanherminio76@hotmail.com
El autor desea agradecer al Licenciado Raphael Fernandes Vieira (miembro de la Red Federal Malvinas, REFEM 2065) por su aporte para el presente escrito. La disertación del Licenciado Fernandes Vieira sobre este tema puede encontrarse en: https://www.youtube.com/watch?v=Q6HhXIG57FY

todo estado neutral[749] o no beligerante, de defender su jurisdicción en caso de un eventual quebrantamiento llevado a cabo por un Estado beligerante.

Durante el conflicto armado del Atlántico Sur, ocurrido en 1982 entre Gran Bretaña y la República Argentina; la República de Brasil mantuvo su neutralidad pero debido a su apoyo internacional a la Argentina en el reclamo por la soberanía de los archipiélagos en disputa, tanto como por ser potencia protectora diplomática de este Estado durante la guerra según lo establece el derecho de Viena;[750] se podría calificar a Brasil, tal vez, como un Estado no beligerante.

Independientemente del rótulo que se le otorgue, hubo un suceso en el transcurso del enfrentamiento militar que tuvo como protagonista a la Fuerza Aérea Brasilera (FAB) y que le permitió a Brasil actuar conforme a las reglas de neutralidad. Hacia su estudio nos dirigimos en el presente trabajo.

2. Reglas de la guerra aérea

Previamente a relatar los hechos en donde interviniera la FAB, es importante repasar la normativa en materia de guerra aérea, aclarando que sólo existen reglas que fueron redactadas por una comisión de juristas en La Haya desde diciembre de 1922 a febrero de 1923. Las mismas fueron pensadas a los fines de elaborar un futuro tratado que fuera vinculante para los Estados pero al no correr con dicha suerte, quedaron sin embargo con un valor doctrinario importante sin perjuicio de, eventualmente, poderles atribuir fuerza consuetudinaria.

En ellas encontramos los "Deberes de los beligerantes para con los Estados neutrales y deberes de los neutrales para con los Estados beligerantes". En tal sentido:

> Art. 39. Las aeronaves beligerantes están obligadas a respetar los derechos de las Potencias neutrales y a abstenerse, en la jurisdicción de un Estado neutral, de cualquier acto que sea deber de ese Estado impedir.

[749] Ver V Convención de La Haya de 1907 sobre Derecho de la Neutralidad en la guerra terrestre.
[750] Ver artículo 45 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, del 18 de abril de 1961 y artículo 27 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963.

Art. 40. Se prohíbe a las aeronaves militares beligerantes entrar en la jurisdicción de un Estado neutral.

Art. 42. Un Gobierno neutral deberá emplear los medios de que disponga para impedir la entrada en su jurisdicción de las aeronaves militares beligerantes y obligarles a aterrizar o a amarrar si han entrado en la misma.

Un Gobierno neutral deberá emplear los medios de que disponga para internar a toda aeronave militar beligerante que esté en su jurisdicción después de haber aterrizado o amarrado por cualquier razón, así como a su tripulación y a los pasajeros, si hay.

Art. 46. Un Gobierno neutral está obligado a utilizar todos los medios que se disponga para:

(1) Impedir la salida, de su jurisdicción, de una aeronave en condiciones de efectuar un ataque contra una Potencia beligerante, o que transporte o acompañe aparatos o material cuyo montaje o utilización le permita realizar un ataque, si hay razones para creer que esa aeronave será utilizada contra una Potencia beligerante;

Art. 48. La acción emprendida por una Potencia neutral empleando la fuerza u otros medios a su disposición, en el ejercicio de sus derechos y de sus deberes en virtud de estas reglas, no pueden considerarse como acto de hostilidad.

Art. 62**.** Salvo en la medida en que las disposiciones del capítulo VII de estas reglas o que los convenios internacionales indiquen que se aplica el derecho marítimo y sus procedimientos, el personal aeronáutico que tome parte en las hostilidades está sometido a las leyes de la guerra y de la neutralidad aplicable a las tropas de tierra, en virtud de la costumbre y de la práctica del derecho internacional así como de los diferentes convenios y declaraciones en que los Estados interesados son Partes.

Las reglas de La Haya son claras, toda aeronave de una parte beligerante debe respetar la jurisdicción del Estado neutral y abstenerse de entrar en ella (salvo y como principio general del Derecho), en caso de fuerza mayor.[751] Por su parte, el Estado neutral debe impedir la entrada en su jurisdicción de una aeronave beligerante; asimismo, puede obligarla a aterrizar o a amerizar si ya ha entrado en espacio neutral, lo que deja al avión, a sus tripulantes y

[751] Aclaración del autor del presente trabajo.

eventualmente a los pasajeros, si los hubiere, en calidad de internados. A su vez, el Estado neutral debe impedir la salida de su jurisdicción de una aeronave beligerante en condiciones de atacar a otra parte beligerante.

En el mismo orden de ideas, cualquier acción de fuerza empleada por el Estado neutral en el cumplimiento de sus derechos (por ejemplo, legítima defensa de su territorio) o de sus deberes conforme a las reglas de La Haya, no puede ser considerada como un acto de hostilidad.[752]

Por último, el personal aeronáutico que participe de las hostilidades queda sometido a las mismas reglas de la neutralidad que las tropas de tierra en virtud de la costumbre y de la práctica jurídica internacional, al igual que por el derecho internacional convencional aplicable a cada Estado.

3. Conflicto armado de Malvinas

Durante el conflicto armado por la soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur que enfrentó a la República Argentina y al Reino Unido se produjeron incursiones aéreas británicas sobre la capital de las islas (Puerto Argentino/Port Stanley), protagonizadas por aviones bombarderos Vulcan, en el marco de una serie de misiones aéreas cuyo nombre en código era operación Black Buck.[753]

Dicha operación comenzó el 1º de mayo de 1982, dando de hecho comienzo a las hostilidades, y se prolongó durante casi todo el conflicto.[754] El objetivo inicial era neutralizar la pista del aeropuerto de la capital isleña, finalidad que, al ser alcanzada sólo parcialmente, dio paso al ataque a los radares argentinos como nuevo blanco.[755]

---

[752] Ver artículo 10 de la V Convención de La Haya de 1907 sobre Derecho de la Neutralidad en la guerra terrestre.

[753] Sin perjuicio de la disertación del Licenciado Fernandes Vieira, ver asimismo el video *Guerra de Malvinas: los brasileños que interceptaron el bombardero Vulcan*, disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=S5FfR5Oj37g

[754] La última de estas misiones se llevó a cabo el 12 de junio de 1982. Ver al respecto Mayorga y Errecaborde (1998).

[755] Ver el video *Guerra de Malvinas: los brasileños que interceptaron el bombardero Vulcan*, disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=S5FfR5Oj37g

Varias de estas misiones fueron llevadas a cabo con distinto grado de éxito,[756] algunas inclusive fueron canceladas, pero de la que aquí nos ocuparemos es en concreto de la número 6 ocurrida el 3 de junio de 1982.[757]

Ese día, un avión Vulcan (originalmente preparado para atacar con armas atómicas el territorio de la por entonces existente Unión Soviética, en el contexto de la Guerra Fría) recibió la orden de destruir radares argentinos en las cercanías del aeropuerto capitalino; para ello, luego de despegar de la base Wideawake ubicada en la isla de Ascensión; luego de reabastecerse de combustible varias veces en el trayecto y luego de las más de 10 horas de vuelo que a este avión le insumía recorrer los casi 6400 km que separan Ascensión de las islas Malvinas, la aeronave británica comandada por el piloto Neil McDougall[758] se aprestó, aún en medio de la oscuridad, a disparar sobre los radares de detección argentinos sus misiles AGM- 45 Shrike, cuatro en total, provistos al Reino Unido en secreto por EEUU, debido a la supuesta no beligerancia de este último país frente al conflicto del Atlántico Sur.

La acción bélica logró destruir sólo uno de los aparatos, aunque mató a cuatro de sus operadores e hirió a cinco.[759]

Producto de este resultado parcial en cuanto a la destrucción de radares, quedaron sin disparar dos misiles y en estas condiciones, el avión Vulcan emprendió el regreso a su base en Ascensión.

Al llegar a la altura de Río Janeiro (Brasil), la máquina británica hizo contacto con su avión reabastecedor, una aeronave H. P. Victor, pero poco antes de comenzar el reaprovisionamiento en vuelo, una rotura en la canasta de la manguera de transferencia provocó que fuera imposible realizarlo.

En estas condiciones la tripulación del bombardero calculó que no tendrían combustible suficiente para llegar hasta Ascensión y que se debería hacer un aterrizaje forzoso en Brasil, país neutral en el conflicto armado de Malvinas, pero tradicional aliado diplomático de la Argentina en la reivindicación soberana de este territorio.[760]

---

[756] Ver al respecto Mayorga y Errecaborde (1998).

[757] Para los hechos de la misión Black Buck 6 ver la disertación del Licenciado Fernandes Vieiria y el video *Guerra de Malvinas: los brasileños que interceptaron el bombardero Vulcan*, disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=S5FfR5Oj37g

[758] Además del piloto y comandante Neil Mc Dougall, la tripulación del avión Vulcan estaba compuesta por el copiloto Chris Lackmann, los navegadores Barry Smith y David Castle, el oficial de electrónica Rod Trevaskus y el tercer piloto Brian Gardner. Nota del autor.

[759] Ver al respecto Mayorga y Errecaborde (1998).

[760] Brasil votó a favor de la resolución 2065, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1965. Este instrumento jurídico reconoce la disputa de soberanía sobre Malvinas e insta a las partes al diálogo y a la solución pacífica de la controversia conforme a la Carta de la ONU. Nota del autor.

Por orden del comandante se dispararon al agua los dos misiles remanentes ya que no podía saberse que el Reino Unido contaba con dicho armamento, pero uno de ellos se atascó y permaneció en el avión. Asimismo, existía otro problema pues en la cabina del avión Vulcan se encontraba toda la información confidencial y clasificada sobre la operación Black Buck (misiones, objetivos, etc.), algo que de ninguna manera podía caer en manos argentinas o de países afines.

Entonces, toda la documentación fue colocada dentro de una lata de conservas y arrojada al mar mediante la apertura de la escotilla del avión; escotilla que por una falla mecánica no pudo después ser cerrada y entonces, el avión Vulcan debió seguir volando sin estar presurizado y con mucho frío en su interior.

Ante dicha situación, la tripulación optó por solicitar permiso para aterrizar en Brasil, pero sin identificarse como un avión militar de Gran Bretaña, sólo como un cuatrimotor y sin dar más precisiones.

La aeronave fue detectada por el radar de la ciudad de Petrópolis; a su vez el control aéreo de Brasilia intimó a que se identificara, pero siempre sin dar el avión mayor información.

Brasil estaba al tanto de las misiones Black Buck y atento a ello, a la escasez de datos recibidos y al acento particular del piloto, comunicó la situación a la base aérea militar de Santa Cruz, estado de Río Grande do Sul.

Allí, en horas de la mañana, dos pilotos de la FAB, los capitanes Raul José Ferreira Dias y Marco Aurélio Dos Santos Coelho, que ese día tenían programado un vuelo de rutina sin armamento, debieron abordar a toda prisa sus aviones Northrop F-5 Tiger, los que encontraron con el sistema de armas operativo. Al subirse a ellos, por la radio se les ordenó: Rojao de Fogo! Rojao de Fogo! (Cohete de fuego en portugués), nombre en clave que la FAB utilizaba para indicar a sus pilotos que se estaba en una situación de ataque aéreo hostil y por ende se ordenaba la intercepción.

Así fue que los dos Northrop F-5 Tiger volaron a toda velocidad sobre la ciudad Río de Janeiro y se dirigieron al encuentro del avión intruso al que pudieron dar alcance sobre el océano, donde bajo advertencia de coerción, se lo intimó a aterrizar (orden que finalmente fue acatada en cercanías de la bahía de Guanabara), haciéndolo en el aeropuerto del Galeao, Río de Janeiro.

El Vulcan tocó tierra casi con el tanque de combustible vacío y tanto la máquina como sus tripulantes quedaron a disposición del gobierno brasilero, en calidad de internados en país neutral. Desde ese momento y durante varios días, el gobierno argentino y el británico efectuaron pedidos a Brasil sobre la suerte del Vulcan y su tripulación. Mientras el embajador argentino solicitaba que el avión no fuera devuelto, la primera Ministra británica Margaret Thatcher exigía su inmediata liberación. Finalmente, la decisión tomada por Brasil fue permitir que el avión Vulcan y sus hombres regresaran a la base de Ascensión, pero sin el misil estadounidense, el cual quedó en manos brasileras.

4. Conclusiones

Luego de haber explicado los conceptos de neutralidad y no beligerancia, repasar la parte pertinente de las reglas de La Haya sobre la guerra aérea y de narrar sucintamente todo lo referido a la operación Black Buck 6 y la misión Rojao de Fogo, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

- El avión británico se vio forzado a entrar en espacio aéreo brasilero motivado por una causa de fuerza mayor (problemas de reabastecimiento de combustible), lo que quita la ilicitud del acto.
- No obstante, el proceder de Brasil fue correcto, por cuanto ante la falta de información concreta sobre las características del avión (debida a la negativa de la propia tripulación) y el modo de acceso a jurisdicción brasileña, este Estado actuó legítimamente en resguardo de su soberanía territorial.
- Asimismo, al internar a la tripulación británica y retirar el misil del avión, impidiendo que éste fuera utilizado contra posiciones argentinas en Malvinas, Brasil también actuó conforme a las reglas sobre neutralidad en la guerra aérea.

5. Bibliografía

5.1 Normativa

V Convención de La Haya de 1907 sobre Derecho de la Neutralidad en la guerra terrestre.

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, del 18 de abril de 1961.

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963.

V Convención de La Haya de 1907 sobre Derecho de la Neutralidad en la guerra terrestre.

5.2 Bibliografía crítica

Mayorga, Horacio A. y Errecaborde Jorge A. *NO VENCIDOS Relato de las operaciones navales en el conflicto del Atlántico Sur.* Buenos Aires, Editorial Planeta Argentina, 1998.

5.3 Medios audiovisuales

Fernandes Vieira, R. Disertación. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=Q6HhXIG57FY

Film *Guerra de Malvinas: los brasileños que interceptaron el bombardero Vulcan*. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=S5FfR5Oj37g

La rebelión de las máquinas: el rápido avance de los sistemas de armas autónomas ante la ausencia de regulación internacional

Elisabeth Daniela Ostachi

1. El futuro llegó hace rato

La militarización de la inteligencia artificial no es algo del futuro es un problema humanitario complejo que nos convoca en la actualidad y requiere una respuesta multilateral urgente.

Sin embargo, hace más de 10 años que se ha alertado sobre esta problemática en el ámbito de las Naciones Unidas y se ha debatido al respecto desde el año 2013 en el marco de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (CCAC) sin lograrse una definición ni tampoco llegarse a un acuerdo acerca de la necesidad de arribar a un instrumento específico y en su caso, cuál sería el adecuado para su abordaje.

Paralelamente, la sociedad civil se ha convocado en torno a esta temática en numerosas organizaciones no gubernamentales que han participado activamente en las reuniones de expertos, destacándose entre ellas la campaña internacional para detener a los robots asesinos (Killer Robots Campaign, KRC) liderada por la organización Human Right Watch (HRW) gran motor de impulso para que se adopte un marco normativo que prohíba el desarrollo y uso de los sistemas de armas completamente autónomas y regule la interacción entre el humano y la máquina.

Analizaré brevemente y en forma descriptiva cuál ha sido el camino recorrido hasta ahora en el marco de la CCAC y cuáles son los obstáculos para arribar a un acuerdo en ese contexto.

Los últimos desarrollos tecnológicos así como los anuncios de los Estados que encabezan actualmente la carrera armamentística nos indican que no podemos seguir conduciendo en círculos y que es hora de encontrar un camino. A esos fines, algunos ven a la CCAC como el punto indiscutido de partida y otros como un camino sin salida. En cualquier caso, no parece nada fácil en el contexto geopolítico actual.

Como se explicará a continuación es imperativo arribar a una regulación, sea en el entorno de la CCAC o fuera de ella pues los riesgos estratégicos; legales y éticos superan los beneficios militares que proporcionan las armas que operan con cierta autonomía.

Para ello, acompaño la postura de aquellos que consideran que debe centrarse el análisis en establecer una obligación positiva de mantener el control humano significativo de las funciones críticas que pueden desplegar este tipo de armas a la vez que deben prohibirse las armas completamente autónomas que puedan seleccionar y atacar objetivos humanos (antipersonales) sin intervención humana.

Esa visión funcional, como se analizará, no solo es la más acertada, sino que además servirá para establecer el núcleo duro de conductas que los humanos no podemos delegar en una maquina sin atentar contra las normas de derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional penal.

1.2 Llegó como vos no lo esperabas

Como se adelantó, la aplicación de la inteligencia artificial (IA) a los sistemas de armas no es una novedad, seguimos tratando al tema como "tecnologías emergentes" cuando a pesar de su falta de conceptualización jurídica en el ámbito internacional los sistemas de armas robotizados se han incrementado y profundizado tanto en los últimos 15 años que puede hablarse de un riesgo inminente de difusión, que a diferencia de la proliferación supone una propagación omnidireccional desde múltiples fuentes, en atención a que sus componentes son económica y logísticamente accesibles. Sin perjuicio de ello, se sigue afirmando que aún no se han creado sistemas de armas completamente autónomos y letales, es decir que sean capaces de seleccionar y atacar objetivos sin ningún tipo de intervención humana.[761]

[761] Sauer (2020:235).

Ya existen cerca de 400 ejemplares diferentes de este tipo de armamentos "inteligentes" (semiautónomos o automatizados) desarrollados en distintos Estados (Estados Unidos; China; Rusia; Reino Unido; Francia; India, Israel; Turquía, entre otros), a la vez que se han reportado distintos sucesos donde se ha verificado su utilización incluso por actores no estatales como Hamas, Hezbollah, los rebeldes hutíes y el llamado grupo Estado Islámico.[762]

Hasta hace poco tiempo, los drones de combate estaban disponibles en el arsenal de un número muy limitado de países como Estados Unidos o Israel. La exportación de esta tecnología ha estado restringida por acuerdos de exportación como el Missile Technology Control Regime (MTCR)[763]. La aparición en el mercado de drones de fabricación china [764] y turca ha permitido la proliferación de estos sistemas en África, Oriente Medio y el Cáucaso a la vez que ha motivado una tendencia a la flexibilización normativa en cuanto a las exigencias de exportación para este tipo de tecnologías.[765]

Sumado a ello, en marzo de 2021, un panel de expertos de la ONU sobre Libia informó sobre un posible uso de sistemas de armas autónomos letales, el dron Kargu-2, construido por la contratista de defensa de origen turco STM, que *"se programaron para atacar objetivos sin requerir la conectividad de datos entre el operador y la munición: en efecto, una verdadera capacidad de "disparar, olvidar y encontrar"*, marcando una diferencia con la anterior utilización de drones en papeles auxiliares o de reconocimiento, o en misiones de eliminación puntual de objetivos, como ha hecho EE UU en Yemen, Somalia o Afganistán. [766]

Asimismo, a principios de junio de 2021, un periódico israelí informó que las Fuerzas de Defensa de Israel habían comenzado a utilizar enjambres de aviones no tripulados controlados por IA para atacar objetivos en Gaza durante el reciente conflicto allí. [767]

---

[762] Ver: https://www.newamerica.org/international-security/reports/world-drones/

[763]Más información disponible en: https://mtcr.info/ y https://www.flightglobal.com/azad-systems-starts-uav-production/98747.article.

[764] Más información disponible en: https://dronecenter.bard.edu/projects/drone-proliferation/databook/

[765] Stone (2020).

[766] Naciones Unidas, Consejo de Seguridad (2011). "Informe final del Grupo de Expertos sobre Libia establecido en virtud de la resolución 1973 (2011) del Consejo de Seguridad ", S/2021/229, (8 de marzo de 2021) (v. párr. 63 y anexo 30). Disponible en: https://undocs.org/es/S/2021/

[767] Ver: https://news.walla.co.il/item/3439695

Los Estados líderes en el desarrollo de estas armas lejos de asumir una postura cautelosa han redoblado la apuesta en los últimos tiempos. En su documento de estrategia Made in China 2025, publicado en 2015, el Partido Comunista Chino proyecta que el país sea líder mundial en tecnologías clave de última generación, como es el caso de la IA, a la que se considera como crucial para la seguridad nacional y el desarrollo general. Con ese fin, se planea incrementar hasta 2025 la inversión en investigación y desarrollo una media anual superior al 7 % con miras a posicionarse como el centro de innovación mundial en IA para el año 2030 y cumplir con los objetivos a largo plazo hasta el 2035.

Si bien China es partidaria de la prohibición del uso de armas completamente autónomas no avala que se prohíba su desarrollo o producción[768], por el contrario, planea integrar la IA en distintos sistemas militares y ya la explota ampliamente en forma interna, habiendo lanzado en junio de 2017 el " Plan de Desarrollo de Inteligencia Artificial de Nueva Generación".[769]

Rusia y Estados Unidos acompañan esta carrera. El presidente Putin ha anunciado: *"La inteligencia artificial no sólo representa el futuro de Rusia, sino también, representa el futuro de la humanidad. El país que lidere en este ámbito dominará este mundo."* [770]

Estados Unidos, frente a dichos anuncios y al atraso tecnológico respecto a sus competidores estratégicos, reflejado en el informe publicado por la Comisión de Seguridad Nacional sobre la IA (NSCAI, por sus siglas en inglés)[771], no ha parado de incrementar el presupuesto del Departamento de Defensa destinado a IA militar y a aprendizaje automático. En 2020, el gasto militar de EE. UU. llegó a los 778 mil millones de dólares estimados, que representan un incremento del 4,4 % respecto a 2019. Como país con el mayor gasto militar del mundo, contabilizó el 39 % del total de 2020. Este fue el tercer año de crecimiento consecutivo del gasto militar estadounidense,

---

[768] Ver: Campaign to Stop Killer Robots. 25/10/2019 Disponible en: https://www.stopkillerrobots.org/wpcontent/uploads/2019/10/KRC_CountryViews_25Oct2019rev.pdf

[769] Más información disponible en: https://news.cgtn.com/news/2021-04-06/IMF-projects-China-s-economy-to-grow-by-8-4-pct-in-2021- ZfckTLcci4/index.html y http://spanish.peopledaily.com.cn/n3/2021/0315/c31620- 9828970.html; https://flia.org/notice-state-council-issuing-new-generation-artificial-intelligence-development-plan/; http://english.www.gov.cn/2016special/madeinchina2025/https://breakingdefense.com/2020/09/china-is-ahead-in-ship-missile-air-defense-tech-dod-report; /https://www.uscc.gov/research/13th-five-year-plan

[770] Ver: https://nypost.com/2017/09/01/putin-leader-in-artificial-intelligence-will-rule-the-world/

[771] Ver: https://www.nscai.gov/wp-content/uploads/2021/03/Full-Report-Digital-1.pdf

después de siete años de reducciones continuadas.[772]

El proyecto de Ley de Innovación y Competencia 2021 contempla la inversión de US$250.000 millones para la investigación y el desarrollo tecnológico en EE.UU., con el objetivo de aumentar la competitividad del país para hacer frente al poder industrial y militar de China. El punto más destacado es una partida de US$50.000 millones para que el Departamento de Comercio estadounidense subsidie el desarrollo y la fabricación de chips semiconductores, necesarios para dispositivos civiles y también militares en atención a la fuerte dependencia que poseía de China para acceder a los mismos.[773]

Chuck Schumer, líder de la mayoría demócrata en el Senado, prácticamente parafraseando a Putin expresó *"Quien gane la carrera hacia las tecnologías del futuro será el líder económico mundial, con profundas consecuencias también para la política exterior y la seguridad nacional"*. [774]

Como se ha dicho, estamos frente a "la tercera revolución en la guerra, después de la pólvora y las armas nucleares". Una guerra que se presenta como remota, deshumanizada, sin la delimitación de zona de conflicto armado; más efectiva, más veloz para aquellos que cuenten con estas armas.

Este escenario plantea varios dilemas técnicos, políticos, éticos, legales, estratégicos, morales y nos alerta sobre su impacto potencial para la paz y la estabilidad internacionales por el incremento de tensión mundial que genera y el riesgo latente de escalada.

Ya lo advertía la carta abierta firmada por más de 3,000 expertos en inteligencia artificial y robótica: *"Si cualquier potencia militar importante avanza con el desarrollo de armas de inteligencia artificial, una carrera armamentística global es virtualmente inevitable y el punto final de esta trayectoria tecnológica es obvio: las armas autónomas se convertirán en los Kalashnikov del mañana. A diferencia de las armas nucleares, no requieren materias primas costosas o difíciles de obtener, por lo que se volverán*

[772] Knight (2019). Vease también Instituto Internacional de Estocolmo para la Investigación de la Paz (SIPRI) Anuario 2020. Disponible en: https://www.sipri.org/sites/default/files/2020-06/yb20_summary_en_v2.pdf y Comunicado de prensa Embargo, 26 de abril de 2021, disponible en; https://sipri.org/sites/default/files/2021-04/sipri_milex_press_release_esp.pdf. Mas información en: https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-57423188

[773] Mas información disponible en: https://eleconomista.com.ar/2021-06-en-la-pelea-con-china-ee-uu-lanza-la-mayor-politica-industrial-de-su-historia/

[774] Ver: https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/1260/text; también https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-57423188; y https://www.reuters.com/article/eeuu-china-congreso-idESKCN2DL0Q2

ubicuas y baratas para que todas las potencias militares importantes las produzcan en masa"[775]

La autonomía de las armas, siempre que la plataforma en cuestión contenga los sensores y activadores necesarios, se reduce principalmente al software, que se puede transferir y reproducir casi sin costo y es vulnerable al robo a través de ataques cibernéticos. En consecuencia, se puede esperar que la adopción de funciones autónomas habilitadas por software se extienda rápidamente en el hardware militar existente (automatización). A lo que debe sumarse que los principales innovadores en la materia son las empresas de tecnología y las universidades, no la industria de defensa de los Estados, por lo que la carrera espera más participantes. No obstante, la posible incompatibilidad de este tipo de armas con los principios de derecho internacional humanitario, así como el obstáculo que representan para la operatividad del derecho internacional penal han sido alertadas hace un buen tiempo.

En efecto, ya en el año 2010 y 2013, respectivamente, los relatores especiales Philip Alston y Christof Heyns plantearon la necesidad de abordar los efectos de las nuevas tecnologías aplicadas al armamento en forma más dinámica alertando sobre lo embrionario que resultaba el debate público sobre las cuestiones jurídicas, éticas y morales que suscitaba la utilización de estas armas robotizadas frente a su vertiginoso y sorprendente desarrollo, e instaron a los Estados a aplicar moratorias en la producción y despliegue de las mismas.[776]

Pues tal como se ha reseñado, ha sucedido lo contrario. El desarrollo de la inteligencia artificial con fines bélicos se ha expandido exponencialmente y las circunstancias indican que se profundizará aún más en los sucesivo sin haberse logrado aún un marco normativo que las regule.[777]

---

[775] Ver: Future of Life Institute (FLI) (2015). "Autonomous Weapons: An Open Letter from AI and Robotics Researchers", 28 de julio de 2015. Disponible en: https://futureoflife.org/open-letter-autonomous-weapons/; FLI (2017). "An Open Letter to the United Nations Convention on Certain Conventional Weapons", 21 de agosto 2017. Disponible en: https://futureoflife.org/autonomous-weapons-open-letter-2017/

[776] Ver: Alston, P. *Informe del Relator Especial Philip Alston de 23 de agosto de 2010*. Disponible en https://undocs.org/es/A/65/321; Heyns, C. *Informe del Relator Especial Christof Heyns de 9 de abril de 2013*. Disponible en https://undocs.org/es/A/HRC/23/47

[777] Hogan (2021: 101-117)

Esto obedece a dos razones fundamentalmente. En primer lugar, la dificultad de abordar la cuestión de la autonomía y conceptualizarla frente a su constante, veloz y poco transparente desarrollo, y, en segundo lugar, el valor militar inmenso que representan en el contexto de carrera armamentística explicado, lo veremos a continuación.

2. Algo me late y no es mi corazón. Las armas que pueden funcionar sin intervención humana

No existe aún un consenso sobre qué se entiende por Sistemas Autónomos de Armas Letales (SAAL/LAWS -por sus siglas en inglés-), e incluso actualmente se debate acerca de si es necesario realmente definirlas, es decir si deben ser tratadas como una clase de armas, o como una capacidad tecnológica que puede ser aplicada a las armas en general. Sobre este cambio de enfoque en el marco del grupo de expertos me expediré más adelante.

En rasgos generales se dice que son sistemas de armas que una vez activados, pueden seleccionar y atacar objetivos sin intervención humana. [778]

Podemos diferencias en torno a estos sistemas dos enfoques distintos. El técnico y el funcional.

Desde un punto de vista técnico se clasificaron, aunque con diferentes nombres, en tres categorías, dependiendo el grado de intervención humana (o grado de autonomía): 1) semiautónomas (human in the loop) que requieren un comando humano para seleccionar y atacar objetivos; 2) con autonomía supervisada (human on the loop) el sistema mismo selecciona y ataca a los objetivos, pero lo hace bajo la supervisión de un operador humano, y 3) completamente autónomas o "robots asesinos" (human out the loop), capaces de seleccionar y atacar objetivos sin ningún tipo de intervención humana.[779]

---

[778] Ver informe del presidente de la última reunión del grupo de expertos: https://reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/ccw/2021/gge/documents/chair-paper-august-rev1.pdf

[779] Ver: https://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots; Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América (2012). *Directive n° 3000.09, Autonomy in Weapon Systems*. Disponible en http://www.dtic.mil/whs/directives/corres/ pdf/300009p.pdf

Desde la mirada funcional el factor clave es el nivel de autonomía que el arma posee en la ejecución de las tareas de adquisición, seguimiento, selección y ataque de objetivos (funciones llamadas crícticas), cuando no concurra una implicación humana de significación cualitativa (o control humano significativo). Desde este ángulo, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) propone que se consideren tales los sistemas de armas con autonomía en sus funciones críticas. Es decir, un sistema de armas que puede seleccionar (buscar o detectar, identificar, rastrear, seleccionar) y atacar (esto es, hacer uso de la fuerza, neutralizar, dañar o destruir) objetivos sin intervención humana. Estos sistemas se basan en un "perfil de objetivo" general y en sensores. Lo que los distingue de otros tipos de armas es que, después de que los activa una persona, es el entorno el que desencadena el disparo y no el usuario. Esto quiere decir que el usuario no selecciona el objetivo específico.[780]

Más allá de diversos obstáculos que existen para arribar a un consenso en este sentido, lo cierto es que también resulta particularmente complejo establecer el límite para su desarrollo y utilización cuando se trata de tecnología de doble uso que a la vez supone importantes beneficios para mitigar los efectos nocivos de los enfrentamientos armados. El desafío radica en establecer multilateralmente cómo se pueden diseñar los procesos futuros de selección y ataque de blancos manteniendo un control humano significativo pues inevitablemente ello requiere un análisis caso por caso.

Básicamente el problema se centra en buscar la forma de conservar las ventajas que estos nuevos desarrollos pueden aportar para la humanidad sin poner en riesgo en el camino la dignidad humana y los principios fundamentales del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos.

En esta línea, se sostiene también que el derecho de los Estados a salvaguardar y perseguir sus intereses y seguridad nacionales vitales mediante el uso de la fuerza armada, puede ser utilizado como excusa para desplegar nuevas armas indiscriminadas o métodos de combate no permitidos. De hecho, Rusia ha expresado que las preocupaciones humanitarias no bastan por sí solas para imponer regímenes restrictivos y prohibitivos de armas y abogan por conducir estos debates de un modo más cuidadoso y equilibrado, en favor de la legítima defensa de los Estados.

---

[780] ICRC (2016). *Informe de la Reunión de Expertos: "Autonomous weapon systems: Implications of increasing autonomy in the critical functions of weapons"*, p. 8. Disponible en https://www.icrc.org/en/publication/4283-autonomous-weapons-systems,. Ver también: https://www.icrc.org/es/document/peter-maurer-decidir-papel-seres-humanos-decisiones-vida-muerte-conflictos-armados

Para evitar este riesgo, se acude justamente a las normas de derecho internacional humanitario, que buscan equilibrar intereses contrapuestos. Entre ellas, a la Cláusula de Martens, invocada por algunos como el mecanismo legal que sirve de estándar moral para evaluar las nuevas armas robotizadas que vayan surgiendo.

Como veremos a continuación el tratamiento multilateral de la cuestión ha sido lento y dificultoso.

3. Estás llamando a un gato con silbidos. Abordaje en el ámbito de la CCAC-CCW

A partir del año 2013 el debate en torno a este tipo de armas se instaló en el marco de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (CCAC), bajo el nombre de "tecnologías emergentes en el área de los sistemas de armas autónomos letales", en forma de reuniones informales de expertos desde 2014 hasta 2016 cuando se constituyó un órgano subsidiario de expertos llamado Grupo de Expertos Gubernamentales (GGE). [781]

Desde el año 2014 al 2019 las delegaciones debatieron extensamente sobre el concepto de sistema de arma autónomo, así como los problemas legales y éticos que estas armas plantean desde un enfoque multidisciplinario, a través de las presentaciones de expertos en las distintas áreas involucradas (perspectivas técnica, ética y sociológica, jurídica, de seguridad y operacional-militar). Las posturas de los Estados no han sido coincidentes, y se encuentran lejos de arribar al consenso que exige la Convención, existen distintos puntos de desacuerdo, que van desde el concepto y las formas de clasificar la autonomía; la proyección que la misma puede tener en aplicaciones militares; las ventajas y desventajas de tal utilización; la necesidad o no de arribar a una nueva regulación sobre estas armas, las características que debería tener la regulación para garantizar la compatibilidad con los principios del derecho internacional humanitario (proporcionalidad, distinción y precaución) y con las nociones de moral, ética y dignidad humana con base en la Cláusula Martens, el abordaje del "elemento humano" y su relación con la máquina., estas disparidades son un fiel reflejo de la situación geopolítica actual.

[781] Ver documento CCW/MSP/2013/10, parráfo 32. Disponible en http://undocs.org/es/CCW/MSP/2013/10; documento CCW/CONF.V/10, de 23 de diciembre de 2016, decisión 1, pág. 9. Disponible en https://undocs.org/es/CCW/CONF.V/10

Sin embargo, en el año 2019 los Estados partes adoptaron once principios rectores para tener en cuenta en el futuro en el marco de la reunión de las Altas Partes contratantes, que reflejan las áreas de convergencia hasta ese momento alcanzadas pero que no resultan vinculantes. [782]

A través de los mismos se remarcó la plena aplicación del DIH a los sistemas de armas, la necesidad de retener el control y la atribución de responsabilidad en los seres humanos durante todo el ciclo de vida de los SAAL, la obligación de los Estados de dar cumplimiento a las revisiones de las armas y la necesidad de evaluación y mitigación de riesgos (ciberseguridad, piratería, proliferación) en el desarrollo y adquisición de nuevos sistemas de armas autónomos basados en tecnologías emergentes.

Asimismo, se recomendó profundizar la utilización de estas tecnologías para garantizar el cumplimiento del derecho internacional humanitario y otras obligaciones jurídicas internacionales aplicables y no obstaculizar el progreso ni el acceso a los usos pacíficos de las tecnologías autónomas inteligentes y se reafirmó que la CCAC es el marco convencional adecuado para tratar todas estas cuestiones y encontrar un equilibrio entre necesidad militar y consideraciones humanitarias.

Sobre esta base, el Grupo tiene la tarea de desarrollar recomendaciones sobre un "marco normativo y operativo" sobre las SAAL para la sexta Conferencia de Revisión de la CCAC que se desarrollará en diciembre de 2021 (originalmente prevista para el 2020).

Con el advenimiento de la pandemia de COVID 19 los días de reuniones que el Grupo de Expertos tenía previstos para el año 2020 no pudieron llevarse a cabo con normalidad, así la primera reunión de cinco días de 2020 se pospuso y luego se llevó a cabo en un formato híbrido y la segunda tuvo que ser suspendida en gran medida por los cuestionamientos que realizó Rusia en torno a la modalidad adoptada como consecuencia de la situación sanitaria.[783]

Solo delegados de 56 de los 125 Estados Partes de la Convención participaron en la novena reunión de la convención sobre SAAL del 21 al 25 de septiembre de 2020. Muchos asistieron en persona a las Naciones Unidas en Ginebra, pero las circunstancias sanitarias obligaron a otros a unirse a la

[782] Ver: UNDoc CCW/MSP/2019/9 (v. anexo III del informe final). Disponible en: https://undocs.org/pdf?symbol=en/CCW/MSP/2019/9

[783] Ver: https://reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/ccw/2021/gge/documents/position-meetings-russia.pdf; https://www.reachingcriticalwill.org/disarmament-fora/ccw/2020

reunión en forma remota. El presidente de la reunión, Ljupcho Gjorgjinski de la República de Macedonia del Norte, presentó un resumen del presidente, que incluye sus observaciones personales sobre el intercambio de opiniones y 30 comunicaciones escritas previas a la reunión de los Estados Partes y del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). [784]

El Grupo de Expertos tiene previsto reunirse un total de 20 días en 2021. Del 28 de junio al 5 de julio de 2021 se realizaron intercambios informales en línea, hallándose actualmente reunido en forma personal Ginebra (3 a 13 de agosto de 2021), restando la reunión prevista del 27 de septiembre - 1 de octubre de 2021.-[785]

Como se advierte no ha sido nada fácil avanzar en el marco de la CCAC. El primer y principal obstáculo con el que las delegaciones se han topado fue alcanzar un acuerdo sobre la definición del objeto material de sus debates y su característica técnica principal, es decir, determinar qué debe entenderse por sistema de arma con autonomía y sí la plena existe o está por llegar. Todo ello en el marco de la falta de transparencia y de intercambio de información entre los gobiernos en materia de investigación, desarrollo y pruebas de los SAAL.[786]

La falta de consenso en torno al concepto y clasificación de los sistemas de armas autónomos ha sido utilizada como excusa para justificar la demora en el ámbito de la CCAC, argumentando que no puede regularse algo sin saber qué es. Sin embargo, el problema ha sido que el intento de definir los sistemas en dicho ámbito fue mal concebido en un comienzo a tal punto que actualmente se debate acerca de si es necesario realmente definirlas, es decir si deben ser tratadas como una clase de arma, o como una capacidad tecnológica que puede ser aplicada a las armas en general.

Afortunadamente, el proceso de conceptualizar el tema y traducirlo a un lenguaje diplomático ha ido tomando cierta forma. Existe una tendencia generalizada hacia la mirada funcional lo que ha permitido que la codificación de una obligación positiva de mantener el "control humano significativo" sobre los sistemas de armas se convierta actualmente en el centro del debate. n[787]

---

[784] Ver: https://documents.unoda.org/wp-content/uploads/2020/07/CCW_GGE1_2020_WP_7-ADVANCE.pdf

[785] Ver: https://conf.unog.ch/digitalrecordings/index.html?embed=-h&mrid=5EBAAABD-DD16-458E-A2C9-FEA476FCE99B

[786] Jenks (2017:171-172)

[787] Moyes (2016). Ver también: https://reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/ccw/2021/gge/documents/guiding-questions.pdf

Esto permite salir del círculo vicioso que significaba tratar de categorizar en forma cualitativa los sistemas de armas autónomos, que supuestamente aún no existen, pues traslada la discusión a la interacción humano-máquina y a las funciones críticas que éstas podrían desplegar que son cuestiones del presente y no del futuro. [788]

Parece haber una convergencia creciente entre las delegaciones en torno a que la autonomía debe ser concebida como una categoría de capacidad. En otras palabras, el término sistema de armas autónomas no se referiría a una lista finita de armas con autonomía sino a cualquier arma a la que se le den capacidades autónomas.

Si bien aún seguimos lejos de arribar al consenso que exige la CCAC, fundamentalmente por la postura rígida de los Estados desarrolladores de este tipo de tecnologías, se han detectado algunos bloques de coincidencias. [789]

En este sentido, Human Rights Watch y la Clínica Internacional de Derechos Humanos (IHRC) de la Facultad de Derecho de Harvard elaboraron un informe en el que examinan las numerosas propuestas para un marco normativo y operativo sobre sistemas de armas autónomos realizadas en la reunión de septiembre de 2020 e identifican áreas de convergencia en torno a prohibir los sistemas de armas que seleccionan y atacan objetivos sin un control humano significativo o que tienen como objetivo a los humanos, y adoptar obligaciones positivas para garantizar que todos los demás sistemas de armas autónomos se utilicen con un control humano significativo.[790]

En la reunión del grupo de expertos llevada a cabo en agosto de 2021 se ha intentado, a través del informe del Presidente, delimitar posibles recomendaciones que eventualmente se incluirán en el informe que se presentará a la conferencia de revisión para posibilitar el consenso, sin embargo, los términos del mismo no fueron bien recibidos por la totalidad de los Estados por lo que el informe tuvo que ser modificado. Con intención de seguir avanzando hacia el marco normativo el presidente elaboró una guía de preguntas sobre la caracterización de las armas y su compatibilidad con el derecho internacional humanitario; la interacción hombre-máquina y las cuestiones éticas involucradas a efectos de que las delegaciones realicen sus

[788] Reyes Jiménez-Segovia (2018); Sharre (2018); Ver también: https://reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/ccw/2021/gge/documents/chair-paper-august.pdf

[789] Ver: https://reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/ccw/2021/gge/reports/CCWR9.4.pdf

[790] Ver: ttps://www.hrw.org/news/2021/08/02/killer-robots-urgent-need-fast-track-talks; https://www.hrw.org/news/2021/08/02/areas-alignment

comentarios por escrito antes de la próxima reunión.[791]

4. Conclusión

El desarrollo de los sistemas de armas autónomas constituye un grave peligro para la humanidad. La deshumanización de la guerra y la optimización de la misma, permitiendo a los Estados con vocación armamentística involucrarse en conflictos armados en forma remota con mínimos costos humanos y políticos asegurándoles mayor efectividad en el combate se presenta como una oportunidad revolucionaria y única desde el punto de vista militar pero como algo apocalíptico desde el punto de vista humanitario.

Frente a la enorme ventaja estratégica que brindan las nuevas tecnologías aplicadas al armamento la pérdida del control humano sobre las mismas, asumiendo los riesgos imprevisibles e inesperados que acarrean por su naturaleza, pareciera ser el daño colateral que ciertos Estados están dispuestos a aceptar para mantener su liderazgo militar y su poder ofensivo, con el beneficio extra de que las acciones que desplieguen queden impunes.

Que sea más fácil y más barato ir a la guerra no puede sino significar que va a haber más guerras. Sin duda que reducir las bajas en combate para los involucrados así como evitar los estragos que a nivel físico y mental afectan de por vida a los veteranos se presenta como una ventaja para los Estados desarrolladores de estas armas, pero si no se garantiza el control humano significativo en las funciones críticas que las mismas pueden desplegar el resultado final va a ser mucho más drástico.

Una vez desarrolladas la utilización en el ámbito interno de los Estados o por actores no estatales es sólo cuestión de tiempo. Las grandes potencias deberían verlo no solo como su responsabilidad, sino también como un problema genuino de interés propio para frenar esta cadena desestabilizadora de efectos.

[791] Ver: https://reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/ccw/2021/gge/reports/CCWR9.4.pdf; https://reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/ccw/2021/gge/documents/guiding-questions.pdf

Si bien resulta de suma importancia la aprobación de los 11 principios rectores, los mismos no son suficientes. Es imperativo prohibir las armas que seleccionan y atacan objetivos sin un control humano significativo o que tienen como objetivo a los humanos y adoptar obligaciones positivas para garantizar que todos los demás sistemas de armas autónomos se utilicen con un control humano significativo.

El contexto geopolítico no es alentador pero las experiencias anteriores de las campañas lideradas por la sociedad civil nos indican que no debemos perder las esperanzas, aún somos los humanos los que tenemos el control y no debemos dejar pasar la oportunidad de ejércelo en forma preventiva. Sabemos por las dramáticas circunstancias vividas en el pasado que las respuestas reactivas suponen siempre una tragedia de proporciones, aún estamos a tiempo de evitarla.

5. Bibliografía

Hogan, D.E. (2021) "Sleepwalking into a brave new world: the implications of lethal autonomous weapon systems," (2021) JCSP - Master of Defence Studies, disponible en: https://www.cfc.forces.gc.ca/303/171/171-eng.html?keywords=&start=63&search_where=title&yearLimit=2021&programLimit=2&submit=Search

Jenks, C. (2017). "The distraction of Full Autonomy and the Need to Refocus the CCW Laws Discussion on Critical Functions", ínsito en Geiss, R., *Lethal Autonomous Weapons Systems. Technology, Definition, Ethics, Law & Security*, Federal Foreign Office (Germany), 171-172

Knight, W. (2019). "La paradoja de la IA militar: un arma peligrosa que nadie debe obviar" en MIT Technology Review. https://www.technologyreview.es/s/11563/la-paradoja-de-la-ia-militar-un-arma-peligrosa-que-nadie-debeobviar

Moyes, R. (2016) "Key Elements of Meaningful Human Control", en *Article 36*. Disponible en: www. article36.org/wp-content/uploads/2016/04/MHC-2016-FINAL.pdf.

Reyes Jiménez-Segovia (2018). "Los sistemas de armas autónomos en la Convención sobre ciertas armas convencionales: Sombras legales

y éticas de una autonomía ¿bajo el control humano?", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*. DOI: 10.17103/reei.37.07, Disponible en http://www.reei.org/index.php/revista/num37/articulos/sistemas-armas-autonomos-convencion-sobre-ciertas-armas-convencionales-sombras-legales-eticas-una-autonomia-bajo-control-humano

SAUER, F. (2020). "Stepping back from the brink: Why multilateral regulation of autonomy in weapons systems is difficult, yet imperative and feasible" en *International Review of the Red Cross*, 102(913), 235-259. DOI:10.1017/S1816383120000466. Disponible en https://international-review.icrc.org/articles/stepping-back-from-brink-regulation-of-autonomous-weapons-systems-913

SHARRE, P. (2018) Army of None: Autonomous Weapons and the Future of War. New York: W. W. Norton.

STONE, M. (2020) "U.S. relaxes rules to export more aerial drones", en Reuters. Washington D.C.: Thomson Reuters. Disponible en: https://www.reuters.com/article/us-usa-arms-trump-idUSKCN24P2IC

El veneno como arma de guerra: ¿Algún uso lícito?

La batalla del Mío Mío en épocas de unitarios y federales

Juan H. García Zeballos[792]

El Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), ha prohibido determinados medios para llevar adelante la conducción de las hostilidades, entre ellos el veneno. De producirse su utilización, ya sea como tal o mediante el empleo de armas envenenadas, ésta sería ilícita y se estaría en presencia de un crimen de guerra susceptible, eventualmente, de llegar a juicio ante la Corte Penal Internacional.

El DIH es muy claro al respecto y ya desde tiempos lejanos (tanto en el plano consuetudinario como convencional), plantea esta interdicción específica por entender que el veneno genera efectos excesivos y superfluos. Ahora bien y sin perjuicio de lo dicho ¿en todos los casos esto es así? ¿Cualquier aplicación del veneno durante un conflicto armado constituye *per se* un crimen de guerra?

Cuando se le da al veneno una finalidad antimaterial y no antipersonal ¿también se quebranta el DIH? La batalla del Mío Mío, ocurrida durante la guerra civil que enlutó a nuestro país durante gran parte del siglo XIX, puede servir de objeto de estudio para empezar a responder estos interrogantes.

Hacia allí nos encaminamos en el presente trabajo.

[792] Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, (FCJyS, UNLP) Argentina. Docente de Derecho Internacional Público, (FCJyS, UNLP). Máster en Relaciones Internacionales Iberoamericanas, en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España. juanherminio76@hotmail.com

1. Plexo normativo

Como ejemplos de uso del veneno, se puede citar impregnar flechas, balas o cualquier tipo de proyectil con éste o envenenar los alimentos o el agua de la parte contraria, conductas todas prohibidas por el DIH.

Ya desde la Antigüedad, la historia de los conflictos armados reconoce el empleo de veneno y/o de sustancias tóxicas en la conducción de las hostilidades,[793] situación que, como se dijera, es condenada y censurada por el DIH, tanto en el plano consuetudinario como en el convencional. De este modo, por el Principio de Proporcionalidad, es decir no causar males superfluos o innecesarios al enemigo, se incluye al veneno como arma prohibida por entender que el sufrimiento que provoca es excesivo, y además, luego de finalizado el conflicto armado, evita la potencial recuperación de toda persona combatiente afectada por sustancias tóxicas.[794]

En igual orden de ideas y partiendo de la base de que *Los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios de perjudicar al enemigo*,[795] el Reglamento de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907, *prohíbe emplear veneno o armas envenenadas.*[796]

A mayor abundamiento, la Norma 72 de la recopilación efectuada por el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR), del DIH consuetudinario, retoma dicha interdicción en idénticos términos que los antes mencionados; dejando en claro que la misma es aplicable tanto en conflictos armados internacionales (en adelante CAI) como en conflictos armados no internacionales (en adelante CANI).

---

[793] En tal sentido ver Buis, Emiliano *Las flechas de Heracles: Consecuencias jurídicas del empleo de armas tóxicas durante el asedio de Crisa en la Primera Guerra Sagrada (590 a. C.)* Publicado en Derecho internacional y conflictos armados: aportes para una comprensión histórica, normativa y práctica / Compilado por Emiliano Buis y Laura Giosa - 1ª ed. Tandil: Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2013.

[794] Cfm. Doswald-Beck, Louise *El derecho internacional humanitario y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares* Artículo en la Revista Internacional de la Cruz Roja. Información disponible en: https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdldn.htm

[795] Artículo 22 del Reglamento de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907.

[796] Ídem, Artículo 23 a)

Asimismo, esta prohibición del veneno o armas envenenadas se da de manera independiente de la prohibición de armas químicas, dado que si bien en un primer momento la normativa convencional en la materia, el Protocolo de Ginebra del 17 de junio de 1925 se inspiró en la prohibición ya existente del veneno, se trata de cuestiones diferentes,[797] una más general, la referida al veneno, otra más específica, la de las armas químicas y que a su vez es poseedora de un desarrollo mayor.[798]

La Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ), en su Opinión Consultiva sobre la legalidad de las armas nucleares, reafirma la prohibición consuetudinaria del veneno y de las armas envenenadas al citar las normas de La Haya de 1907 y el Protocolo de Ginebra de 1925 y de igual modo estableció que estos términos deben ser entendidos en la práctica de los Estados *"en su sentido ordinario, como armas cuyo efecto principal o exclusivo es envenenar o asfixiar"*.

La CIJ, mayoritariamente, dejó en claro que armas envenenadas y armas nucleares son también conceptos diferentes. Sólo dos jueces, Weeramantry y Koroma, declararon que las armas nucleares también se prohíben por poseer el efecto de envenenar.[799]

Finalmente, es dable destacar que según el Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), emplear veneno o armas envenenadas, tanto en un CAI como en un CANI, constituye un crimen de guerra[800]

En tal sentido y según los Elementos de los Crímenes, se deben dar los siguientes supuestos fácticos para que se configure el tipo penal: A*rtículo 8 2) b) xvii) Crimen de guerra de emplear veneno o armas envenenadas Elementos:*

---

[797] Cfm. Henckaerts, J.M. y Doswald-Beck, L. con contribuciones de Carolin Alvermann, Knut Dörmann y Baptiste Rolle, *El derecho internacional humanitario consuetudinario Volumen I: Normas.*

[798] Ver la Convención de Londres, Washignton y Moscú 12 de abril de 1972 y la Convención de París del 13 de enero de 1993. Nota del autor.

[799] Cfm. Doswald-Beck, L. *El derecho internacional humanitario y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares* Artículo en la Revista Internacional de la Cruz Roja. Información disponible en: https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdldn.htm

[800] Artículo 8 2) b) xvii) y artículo 8 2) e) xiii) para CAI y CANI respectivamente; en este último caso se trata de una enmienda efectuada por la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, llevada a cabo en Kampala del 31 de mayo a 11 de junio de 2010. Nota del autor.

1. Que el autor haya empleado una sustancia o un arma que descargue una sustancia como resultado de su uso.

2. Que la sustancia haya sido tal que, en el curso normal de los acontecimientos, cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades tóxicas.

3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

Disposiciones idénticas existen para los elementos del crimen ocurridos durante un CANI.

Del análisis de los Elementos de los Crímenes ante la CPI surge con toda claridad, en especial del inciso dos, que para que el empleo de veneno o arma envenenada constituya una infracción grave al DIH o crimen de guerra, es necesario un uso antipersonal o antihumano del mismo, ya sea por afectar a un sujeto singular, un combatiente por ejemplo o colectivamente, a muchos, o hasta inclusive se trata de impedir que los gases tóxicos o venenosos propaguen sus efectos más allá del campo de batalla y entonces en este caso, además de la ya expresado se quebrantaría también el principio de Distinción.

Ahora bien, qué sucede si existe una utilización antimaterial del veneno, por ejemplo, contra animales que participan del esfuerzo bélico y son utilizados en el curso de las hostilidades, ¿esto constituiría igualmente una infracción grave al DIH?

En épocas de guerra cibernética y electrónica, donde se utilizan drones y armas guiadas satelitalmente, el empleo de animales como parte de la fuerza hostil parece algo perimido, perteneciente a un pasado cada vez más lejano, aunque tal vez no tanto[80110] y por ende sujeto a análisis.

Aplicando como criterio jurídico la analogía, podríamos decir que así como determinado armamento, por ejemplo cierto tipo de municiones de grueso calibre y peso no es aceptable en términos antipersonales, sí lo es en

[801] En tal sentido ver el caso del libro y film "12 *valientes"*; título original en inglés, *"12 Strong: The Declassified True Story of the Horse Soldiers"*, donde se narran las vicisitudes de comandos estadounidenses en Afganistán luego de los atentados al World Trade Center del 11 de setiembre de 2001, y donde estos militares solamente pueden llegar a su objetivo, oculto en las montañas del país asiático, montados a caballo. Nota del autor.

términos antimateriales, tal el caso de balas explosivas o ligeras, prohibidas ya por la Declaración San Petesburgo de 1868, donde son rechazadas jurídicamente para ser utilizadas en las hostilidades, pero cuyo empleo contra maquinaria o bienes del enemigo fue habilitado por la práctica posterior de los Estados, lo que modificó esta regla[11].[802]

Entonces, se podría sostener que, considerando siempre a los animales como parte del material de combate por su participación en el conflicto armado, ¿utilizar veneno contra ellos, caería en el tipo penal descripto en el Estatuto de la CPI?

El siguiente caso verídico, ocurrido en la República Argentina, puede ilustrar al respecto.

2. Contexto histórico

"La suerte de nuestra patria es fatal; su ventura luce como una exhalación y sus desgracias son largas como la noche…"[803]

Hacia 1827, la situación política de la Argentina era extremadamente dificultosa, compleja e inestable: el texto constitucional aprobado en 1826 había sido rechazado; el Poder Ejecutivo Nacional había renunciado luego de los resultados en la guerra contra el Brasil que generarían la futura independencia de la Banda Oriental (hoy República Oriental del Uruguay) y el Congreso General Constituyente que había funcionado en Buenos Aires a partir de 1824, donde se había realizado el intento constitucional y la designación presidencial, se había disuelto en ese año.

Poco antes de esto último, dicho Congreso realizó la convocatoria a una Convención Nacional en Santa Fe para 1828 y a su vez la provincia de Buenos Aires llamó a elecciones para gobernador. Como resultado de éstas, el Partido Federal obtuvo el triunfo y Manuel Dorrego fue electo para

[802] Cfm. Henckaerts, J.M. y Doswald-Beck, L.*, op. cit. supra.* En igual sentido ver Deyra, M. *"Le Droit dans la guerre"* París, Francia, Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2009. Original en francés, traducción del autor del presente trabajo.

[803] Del Manifiesto de la Convención Nacional de Santa Fe, 1828; citado en Busaniche, J.L., "Historia Argentina", Buenos Aires; Ediciones Solar S.A.; 1984.

este cargo. Asimismo, en su persona recayó, por voluntad del resto de las provincias, el manejo de las relaciones exteriores del país.

El 1º de diciembre de 1828, se produjo una revolución militar en Buenos Aires encabezada por el general unitario Juan Lavalle, veterano de las guerras de la independencia y de la guerra contra el Brasil, quien se proclamó gobernador provincial para luego derrotar por las armas y días más tarde fusilar a Dorrego.

La Convención Nacional de Santa Fe ya en funciones, no reconoció al gobierno de Lavalle por considerarlo *de facto* e ilegítimo y ordenó al gobernador santafesino y jefe del ejército de entonces, Estanislao López, acabar con la sublevación de los decembristas y *"someter a los facciosos a su autoridad"*.[804]

Sin embargo, el general Lavalle tomó la iniciativa e invadió la provincia de Santa Fe, pero allí sufriría una de sus peores derrotas.

El ejército de López, conocedor del territorio y también de la flora de su provincia, ideó un plan para reducir la capacidad de combate de su oponente, teniendo en cuenta la importancia de la caballería en las guerras de aquel entonces. Así, mediante escaramuzas y sin presentar batalla abierta, apareciendo por sorpresa como para atacar, pero para luego desaparecer de inmediato, el ejército federal produjo un gran desgaste a las tropas montadas de Lavalle y de este modo, mediante estas astucias de guerra,[805] el 1º de abril de 1829, logró conducirlas hasta un punto entre las ciudades de Santa Fe y Rosario, concretamente la Cañada de Carrizales, donde crece una planta llamada mío mío o romerillo, sumamente venenosa y mortal para el ganado.

Los cansados caballos venidos de Buenos Aires, pastaron durante la noche con el fin de recuperarse y a la mañana siguiente, 2 de abril, los jinetes unitarios hallaron sus cadáveres.

---

[804] Para la parte histórica ver, entre otros, Rosa, J.M. *Historia argentina Tomo IV Unitarios y Federales (1826-1841)* Buenos Aires; Editorial Oriente S.A. 1972.

[805] Definición: La astucia de guerra consiste, ya sea en inducir a error al adversario, engañándolo deliberadamente, ya sea en arrastrarlo a cometer una imprudencia (…). Es necesario destacar que las astucias de guerra son lícitas mientras no trasgredan las normas del DIH, pues la guerra no sólo es cuestión de fuerza sino también de ingenio. Son ejemplos de astucias lícitas: los camuflajes, las informaciones falsas, el desvío de contingentes enemigos mediante falsas señalizaciones, etc. Cfm. Sandoz, Y.; Swinarski, C. y Zimmermann, Bruno bajo la dirección de Jean Pictet. *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo I)* CICR. www.cicr.org Original en francés, traducción del autor del presente trabajo. Las astucias o ardides de guerra son considerados como lícitos, en tal sentido ver artículo 24 del Reglamento de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 y artículo 37 párrafo 2 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, de 1977.

Ante la carga, ahora sí, del ejército federal de López, Lavalle, aun poseyendo tropas más numerosas y mejor pertrechadas que el bando opuesto, al estar de a pie por la pérdida de su caballada, se vio forzado a emprender la retirada y poco después a abandonar la provincia de Santa Fe.

La venenosa táctica del mío mío, había sido muy eficaz.

3. Conclusión

De todo lo hasta aquí narrado, queda claro que existe un consenso generalizado por parte de la Comunidad Internacional de Estados de condenar el empleo del veneno o armas envenenadas, por quebrantar esto diversas normas del DIH, tanto consuetudinarias como convencionales. Sin perjuicio de lo dicho, y teniendo en cuenta el suceso histórico descripto, no sería equivocado concluir que una utilización antimaterial del veneno, no infringiría las normas humanitarias durante las conflictos armados, ya que dejar al oponente sin medios de lucha y obligarlo a retroceder, parece un cumplimiento razonable de la finalidad del DIH, cual es la armonizar la necesidad militar con las exigencias de humanidad, pues lo que se busca es causar siempre el menor daño posible y en especial, la menor pérdida de vidas humanas que se pueda lograr. El poder de combate de un ejército es mucho mayor si posee la totalidad de su material, (en el caso narrado, caballos) que se no los tiene y si debido a esto, al reconocer su disminución ofensiva decide abandonar la lucha, esto podría evitar muertes o heridas que toda confrontación armada inevitablemente producirá, ésta es la licitud de las astucias de guerras.[806] A todo evento, la pregunta sobre la legalidad o no del veneno usado antimaterialmente durante un conflicto armado queda abierta.

[806] *"Muy a menudo, la astucia de guerra permitirá conducir una operación con éxito, al derramar menos sangre que si se utilizara solamente la fuerza"*. SANDOZ, Yves; SWINARSKI, Christophe y ZIMMERMANN, Bruno bajo la dirección de Jean Pictet. *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo I)* CICR. www.cicr.org Original en francés, traducción del autor del presente trabajo.

4. Bibliografía

4.1 Fuentes principales

Corte Penal Internacional. Estatuto.

Protocolos Adicionales I y II del 8 de junio de 1977, a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949

Reglamento de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907

4.2 Bibliografía crítica

Buis, E. (2013) *Las flechas de Heracles: Consecuencias jurídicas del empleo de armas tóxicas durante el asedio de Crisa en la Primera Guerra Sagrada (590 a. C.)* Publicado en Derecho internacional y conflictos armados: aportes para una comprensión histórica, normativa y práctica / Compilado por Emiliano Buis y Laura Giosa -1ª ed. Tandil: Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

Deyra, M. (2010) *Droit International Public,* París, Francia, Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2e édition

Deyra, M. (2009) *Le Droit dans la guerre*, París, Francia, Gualino éditeur, Lextenso éditions

Doswald-Beck, L. *El derecho internacional humanitario y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares* Artículo en la Revista Internacional de la Cruz Roja

Henckaerts, J.M. y Doswald-Beck, L. (2007) con contribuciones de Carolin Alvermann, Knut Dörmann y Baptiste Rolle *El derecho internacional humanitario consuetudinario Volumen I: Normas.* Traducido por Margarita Serrano García. Comité Internacional de la Cruz Roja. Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe. Buenos Aires. Impreso en Argentina. Primera edición.

Rosa, J.M. (1972) *Historia argentina Tomo IV Unitarios y Federales (1826-1841)* Buenos Aires; Editorial Oriente S.A.

Sandoz, Y.; Swinarski, C. y Zimmermann, B. bajo la dirección de Jean Pictet. *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo I).*

A donde fueres, haz lo que vieres

Autonomía(s), exclusiones e inclusiones del ¿derecho humanitario? en Saint Seiya

Roberto Jesús Sayar

Iohanae, cuiae humanitas Aviis viam sequitur

El ordenamiento jurídico–legal del Japón de posguerra, amparado en el controvertido artículo noveno de su Constitución aún vigente –que reza que el pueblo japonés aspira a construir "una paz internacional basada en la justicia y el orden" (*CJ*, art. 9)–[807] aparecerá significativamente marcado por el espíritu "democrático" estadounidense, que considerará que esas características serán posibles si se renuncia a determinados ámbitos de la propia soberanía. Este conflicto latente aparecerá en los artefactos culturales y de consumo que han devenido característicos de la producción artístico-comercial nipona. Vehículo de expresión de gran parte de estos dilemas el *manga* o historieta no será una excepción dentro del vasto conjunto que conforma el mercado editorial en el país del Sol naciente. Por ello, en este caso, abordaremos el análisis de la obra *Saint Seiya* en tanto que en su premisa fundamental reverberan los ecos del inciso suprascripto. Asumir que se narrará la historia de "los Caballeros de la esperanza. […], que volverán

[807] En relación con esto, es notoria la similitud que ofrecen el artículo noveno de la constitución japonesa con el onceno de la constitución italiana, que defiende "le limitazione di sovranità necesarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni" o el vigésimo cuarto de la alemana, que busca "die eine friedliche und dauerhafte Ordnung in Europa und zwischen den Völkern der Welt herbeiführen und sichern". *Cf.* Pearson, Walker & Stern (2006: 67) quienes consideran a estos tres países como resultados exitosos "de las transiciones democráticas promovidas por los Estados Unidos".

cada vez que el mal se cierna sobre el planeta" (*SS*[808] 1.27) "para defender la paz de la tierra" (*LC* 1.6) implicará una concepción de lo 'negativo' y lo 'pacífico' como dos polos irreconciliables que precisarán de un equilibrio que no puede ser garantizado por ninguno de los bandos en pugna: ni el colectivo de la humanidad (*cf. SS* 8.45) ni aquellos que pretenden aniquilarla/ esclavizarla a lo largo de las eras (*SS* 12.104). Por ello, abordaremos mediante un análisis de tipo comparatístico la existencia de una locación como la del Santuario de Atena, sede, precisamente, de la justicia y el orden, pero, al mismo tiempo, no sujeta a ningún ordenamiento soberano por fuera de su propia legalidad. Habilitarán este análisis las múltiples semejanzas con el Territorio Autónomo de la Montaña Sagrada,[809] perteneciente a Grecia pero con una marcada normativa propia. Así, buscaremos entender –a la luz del código ético-moral de los monjes y de las leyes que le han autoimpuesto a su comunidad– cómo se comprende, en sus respectivos terrenos, la justificación de la labor humanitaria y su rol dentro del concierto de las naciones, a pesar de su notorio aislamiento, cuya necesidad insoslayable esperamos deducir de la propia comparación. La conjunción de esta arista 'filantrópica' con el elemento eremítico constituirá, entendemos, una construcción particular, y al mismo tiempo, respetuosa, del pasado mitológico al que los personajes del cómic oriental dicen remontarse.

Así pues, dada la imposibilidad de una comparación de tipo genético[810] entre las posibles fuentes sobre las que se ha construido este andamiaje ético-moral, apelaremos a realizar un acercamiento tipológico. Entendemos que este, al buscar similitudes y semejanzas que se generan sin aproximación y que se producen por circunstancias de producción y de recepción análogas (*cf.* Guillén 1993: 192), nos permitirá abordar en conjunto dos elementos locativo-simbólicos que a pesar de su enorme distancia

[808] Utilizaremos la terminología japonesa en pie de igualdad sinonímica con sus correlatos occidentales más difundidos por estas latitudes; apelando a la compartición de un (en términos de Eco [2013b:135-244 y 2013c:111-15]) 'tipo cognitivo' común. Asimismo nos remitiremos a las traducciones de Marcelo Vicente, detalladas en sección "Bibliografía". Nos referiremos a ellas como *SS* (*manga* clásico), *EG* (*Episode G*), *LC* (*The Lost Canvas*) y *SSho* (*Saintia Sho*) respectivamente citando por el número de tomo y el de página, separados por un punto.

[809] En adelante "Monte Athos", nombre con el que comunmente se conoce a este Estado de Autonomía Limitada (Roudometof, 2008: 77; *cf.* Talbot, 1998: 117).

[810]Según la que las similitudes entre los objetos a analizar se producen por una influencia directa o indirecta en el espacio y el tiempo. Tal postura es típica de la denominada "escuela francesa" representada por, entre otros, Ďurišin (1984) y Zhirmunsky (1961). Dicho acercamiento es imposible dados los límites de este trabajo y la imposibilidad del acceso a determinadas fuentes. Escollo que intentaremos subsanar en producciones posteriores.

temporo-espacial, comparten más de una arista de contacto. Elementos que, no obstante, no pretenden configurar una suerte de "dependencia cultural" (Franco Carvalhal, 2007: 75)[811] sino una subordinación intertextual mutua que se demostrará a lo largo del desarrollo de la obra como un vínculo del tipo transformativo; en tanto y en cuanto, según Genette (1989: 14), esta clase de lazos implican una ligazón "tal que B no hable en absoluto de A, pero que no podría existir sin A". Es decir, por ende, que habría entre ambos elementos en contacto una especie de "política comercial" (Bloom, 1997: 78) en donde una de sus partes –la que permanecería como sustrato– adquiriría un cierto clinamen, en el transcurso del intercambio, que actuaría como un respaldo para que la nueva construcción adquiera los significados adicionales necesarios de modo que sea comprendido de modo similar al de su texto fuente aunque este no sea del todo conocido por su público receptor inmediato. Colocarse en el lugar del lector-fruidor (*cf.* Eco, 2013a: 108-109) habilitará, en consecuencia, la reconstrucción de la "cadena histórica de los lectores sucesivos" (Chevrel, 1994: 170) que han ido dándole forma a la interpretación particular del evento narrativo topicalizado. El transcurso de los diversos abordajes que los textos –o el objeto en cuestión dentro de estos– han sufrido, contribuirá a esta lectura de manera que las diferencias con su metatexto resalten como tales a pesar de que sus similitudes sólo puedan ser percibidas por un receptor que efectivamente pueda haber tenido acceso al pretendido, pero desconocido, texto fuente. En consecuencia, semejante vinculación podrá ser equiparada con una traducción, en tanto se convoca un objeto determinado (que, en este caso, es una locación) y se lo interpreta y re-interpreta según el prisma que coloquen sobre él sus respectivos receptores (Eco, 2013b: 108-09). El hecho efectivo de que ambos deban ponerse de acuerdo –aunque más no sea tácitamente– sobre una serie de puntos en común para interpretar ese objeto no solamente justificará su abordaje teórico comparativo[812] sino que allanará la interpretación hacia uno de los rasgos de su tipo cognitivo más esquivos: la fuerza del "derecho humanitario" que allí se pondría en práctica de modo singularmente ejemplar.

---

[811] Puesto que, según la misma crítica, conllevaría un acercamiento de tipo genético, ya que (Franco Carvalhal, 2007: 76) "A formação de linhagens ou "famílias" não estava longe desse sentido: crescia a importância de um autor quando era possível dizer que ele pertencia à casta de um nome célebre". Semejante acercamiento evitaría además la dicotomía "centro/periferia" característica de las relaciones post-coloniales (Tötösy, 1998: 199-200) y que no sería aplicable en este caso precisamente por la falta de un vínculo genético claro.

[812] Estrategia denominada "negociación" por el semiólogo italiano (Eco, 2013b: 117 y 292 y ss.), quien en ese término engloba los movimientos "de igualdad y equivalencia" propuestos por Botton-Burlá (1998: 338). no obstante, *cf.* García Yebra (2006).

Para ello será necesario, como primer punto comparativo, que ambos sitios, tanto el Santuario como el Monte Athos se sitúen en una equidistancia simbólica tanto uno respecto del otro como –sobre todo– en la autonomía limitada que mantienen con el actual Estado griego. Y, además, que la locación en la que se ubican permita, en efecto, la injerencia de Grecia en los asuntos exteriores de esta comunidad autónoma. Ahora bien, si se parte del dato fehaciente de que ambos sitios se ubican efectivamente en el territorio griego, el uno estará más cerca del centro de poder que el otro, puesto que la península de Calcídica dista varios kilómetros de la ciudad de Atenas, en cuyo perímetro urbano se ubica el Santuario (*SS* 8.64). No obstante, la comunidad monástica sí posee una vinculación oficial con el gobierno griego, en la persona del Gobernador[813] mientras que la máxima autoridad de los Santos de Atena no solo parece desconocer a los funcionarios civiles griegos sino que, asombrosamente, posee incluso la potestad de indicar los pasos a seguir, en el contexto de calamidades inminentes, a mandatarios extranjeros (*cf. EG* 2.9). Semejante ascendiente se justifica, en el ámbito de la diégesis, en la potestad que este encumbrado personaje tiene de establecer una serie de leyes especiales cuya aplicación se limita únicamente al territorio bajo su estricto control (*SS* 7.69 y 128)[814] dado que se trata del Vicario de Atena. Este lazo legitimará además la importancia suprema que se le concede al Santuario como un todo y a cada uno de sus recintos sagrados en particular, en tanto conforman, al mismo tiempo, una comunidad política de entes esencialmente iguales –con la obvia excepción de la Diosa– (*cf. SS* 13.41-42) y, al mismo tiempo, una continuidad religiosa que remonta sus orígenes y los valida en la antigüedad de la que goza el culto en cuestión (*SS* 1.59). De esta manera, será posible entender a todo este terreno como una πόλις, según los criterios clásicos, en ambos sentidos. Primeramente, porque el orden cívico implica –en el surgimiento de estas estructuras estatales– el papel protagónico de los ἄριστοι. Por ende, esto implica, según el análisis de Gallego (2017: 218) que:

[813] Actualmente Athanasios Martinos quien, en virtud de lo establecido por la Constitución de los Helenos, ejerce los poderes no delegados por el Estado en la Comunidad Monástica: "Οι πιο πάνω εξουσίες του Κράτους ασκούνται από διοικητή, του οποίου τα δικαιώματα και καθήκοντα καθορίζονται με νόμο". ("Los suprascriptos poderes del Estado serán ejercidos por un Gobernador cuyos derechos y deberes estarán determinados por Ley" [*CH*, art. 105, inc. 5]).

[814] *Cf.* sobre todo las normas emanadas de su persona dirigidas a los caballeros que se encuentran fuera del Santuario (*SS* 2.14; *EG* 5.10-11 y 17). Escritas en "griego" y fuertemente selladas, aseguran que su aplicación implique únicamente a todos aquellos capaces de llevarlas a cabo, es decir, a los Caballeros.

la práctica asamblearia requería como condición previa la presencia de una comunidad territorialmente fijada y cierta idea de una existencia en común, con una separación entre asuntos privados relativos al grupo de parentesco y asuntos públicos inherentes a la comunidad, lo cual suponía la reunión de los jefes de todos los grupos que la formaban para la toma de decisiones de interés para el conjunto.

En efecto, que el rol determinante permanezca en manos del rey,[815] quien convoca a la asamblea (*cf. Il.* 2.50 y ss.) estrechará aún más la semejanza entre ambos dominios. Por otro lado, la persistencia de un legado sacralizado residente intramuros podrá retrotraer su prosapia hasta los palacios micénicos, en donde el rey mantenía aún funciones sacerdotales puesto que "las divinidades y los gobernantes ocupan roles intercambiables" (Cano Moreno, 2014: 240) gracias a la invisibilidad de la presencia sagrada, representada generalmente en una serie determinada de objetos simbólicos.[816] De ese modo, la unidad entre lo político y lo religioso representada por la πόλις (*cf.* Gallego, 2017: 52) podrá notarse tanto en la constitución interna del Santuario como en la del Monte Athos, en donde cada uno de los Monasterios cuenta con un representante en la Comunidad Sagrada (*CH*, art. 105 inc. 2) y, al mismo tiempo, se encuentra bajo la "jurisdicción directa del Patriarcado Ecuménico [de Constantinopla]" (*CH*, art. 105, inc. 1). Además, la importancia de los propios monjes dentro de su comunidad fijará un interesante punto de comparación con los Caballeros como elementos sobresalientes en el Ejército de Atena y sus posibles acompañantes o sirvientes (*cf. EG* 4.11).[817]

Evidentemente, la ausencia de cualquier elemento femenino, salvando a la propia Atena, será un rasgo cuya vinculación devendrá significativa a la luz de estos ordenamientos legales, internos a cada comunidad. Así, del mismo modo en que los monjes de los cenobios de Athos impiden la presencia

[815] *Cf.* Gallego (2007: 218); Vernant (2004: 144) y Finley (1978: 37).

[816] Para el tópico que nos ocupa existen –en la etapa 'minoica'– múltiples ejemplos de esta clase de objetos, como el *labrýs* o "hacha doble" o un elemento que Finley (1987: 71) llama "los cuernos de la consagración". Atena, como diosa reencarnada cíclicamente a lo largo de las eras, no será ajena a semejante tipo de identificación testimonial y contará junto a ella –como elementos probatorios de su legitimidad como diosa– a Niké y al Escudo con la Gorgona (*SS* 12.96-7).

[817] *Cf.* Charanis (1971: 74). Para su aplicación en la sociedad clásica, consideramos de utilidad revisar los conceptos de *metoikía* y esclavitud y sus relaciones con el cuerpo de ciudadanos (Finley, 2000: 108). El hecho de que las σκὲται permanezcan bajo la égida de los monasterios (puesto que a ellos pertenece el solo derecho de exigir el tributo estatal y nacional [*cf. CH* art. 105, inc. 5] será otro punto notorio en esta relación, ya que Rodorio y todas las aldeas circundantes pertenecen también al Santuario (*SS* 7.123; *EG* 4.8; *LC* 19.9-11).

permanente de cualquier mujer en todo el territorio –y la aceptación de un número limitadísimo de turistas femeninas– en virtud a la potestad que le otorga semejante disposición en tanto por un lado se adecúa a las normas espirituales emanadas del Patriarcado (*CH*, art. 105, inc. 4), y por el otro, al mismo tiempo, mantiene vigentes sus propias tradiciones milenarias,[818] asimismo el Santuario se verá totalmente desprovisto de cualquier atisbo de femineidad. La justificación de esta falta se aplica incluso a las Caballeros femeninas puesto que "cuando las mujeres entran al mundo de los caballeros deben usar una máscara para dejar su identidad como mujer" (*SS* 7.75) y sólo serán admitidas en tanto y en cuanto permanezcan separadas del resto de los sirvientes de Atena y, por consiguiente, no puedan entrar en combate.[819] Es decir que, si el combate debe ser entendido como un concepto amplio que abarque no solamente el quehacer agonístico político-bélico sino el religioso, la igualdad entre ambos campos será más transparente.[820] De esta manera, el hecho de que "la tradición afirme que Cristo legó la península en exclusiva a Su Madre" (Talbot, 2012: 997) cobra un nuevo relieve en tanto es Atena quien ocupa, en este contexto, el sitial reservado a la presencia divina.

Ambos elementos en consecuencia conformarán un éthos particular según el que, a pesar de que el tránsito por semejantes lugares sea virtualmente imposible, siempre estarán abiertos a la ayuda humanitaria; tanto por estar vinculados a una divinidad como por el hecho de que esa presencia trascendental se configure como una 'madre', encargada del mantenimiento de los lazos internos de su propia comunidad. En esta economía, el sinecismo ampliará las atribuciones de la religiosidad y los valores 'individuales' y familiares (Gallego, 2017: 73) a la totalidad del colectivo y, por lo tanto, elevará a normas legales elementos mayormente relacionados con la importancia del linaje y los lazos comunitarios, como será el caso de la hospitalidad. En consecuencia, un episodio clásico como el encuentro entre los homéricos Glauco y Belerofonte, que dejan su enemistad de lado gracias

[818] *Cf.* Talbot (2012: 999), cuya reglamentación y origen se definen en Talbot (1998: 113-114).
[819] En palabras de Mii del Delfín "Cuando Atena renace como diosa virgen, en un principio solo las mujeres tienen permitido acercársele y cuidarla. Así que para cumplir esta tarea, unas pocas mujeres pueden mantener su naturaleza y se equiparan a los Caballeros. Sólo mujeres puras y con grandes habilidades pueden tener el honor de ser guardaespaldas y sirvientas personales de Atena" (*SSho* 2.40-41). A pesar de su escasa proporción, esto no implica que dejen de lado "los dispositivos tecnopolíticos a través de los que se construye la normalidad de la diferencia sexual" (Preciado, 2009: 168).
[820] Del mismo modo que su 'antecedente' en la sociedad griega arcaica y clásica, de acuerdo con los postulados de Finley (2000: 116) y Stripeikis (2016: 310-11) y especialmente Magoja (2013), quien plantea la posibilidad de un pluralismo jurídico en interacción, el de la *pólis* y el del *oîkos* –además *cf.* Vásquez (2011: 311)–.

a su reconocimiento como antiguos huéspedes (*Il.* 6.119-236), se resignificará gracias al capital simbólico de cuño ético-político que, respectivamente, propalarán el cristianismo ortodoxo en la Calcídica y la mismísima Atena en el aparentemente inexpugnable Santuario. Así, ambos elementos se intersectarán de forma que todos aquellos rasgos positivos alcancen el rango de "estado institucionalizado" (Bourdieu, 2014: 214) de la cultura a la que representan puesto que conferirán propiedades completamente nuevas al capital cultural que garantizan. Los monjes de las comunidades del Monte Athos, así, podrán investirse de un valor que sobrepase su propia *oikoûmene* en tanto deciden ofrecer asilo a los refugiados de la Guerra Civil Griega, sin distinción de sexo o edad. De esa manera, la figura sagrada de la madre de Cristo pudo haber, al mismo tiempo, obrado simbólicamente –al menos en lo que a la visión de mundo de los monjes se refiere– en su curación tanto espiritual como física. El estatus legal del 'refugiado', entonces, se diluiría en el más abarcativo de 'miembro del Pueblo de Dios' y, por lo tanto, susceptible de recibir la ayuda de su sagrada Mediadora.[821] En el caso de *Saint Seiya* los elementos socio-religiosos desplegados a lo largo de su desarrollo implicarán un gradual protagonismo creciente de Atena, en tanto ella querrá llevar adelante los enfrentamientos con el resto de los dioses dejando de lado a quienes, hasta ese momento han luchado en su lugar con el afán de que acaben de curarse de sus heridas (*SS* 14.90-93 y sobre todo 19.37). De esa manera, los Caballeros de mayor rango serán quienes busquen acaparar la misión humanitaria de la diosa, junto a los tozudos protagonistas de la historia, presuntos beneficiados por la decisión divina, en tanto se lanzan a la batalla de todos modos. Así, protegidos por la sangre o el *cosmo* de Atena, ampliarán su campo de acción y actuarán en su nombre a lo largo de acciones benéficas que redundarán en la salvación de toda la humanidad, y ya no solamente en pos de mantener la integridad del Santuario, como aparenta construirse a lo largo de los episodios iniciales de la historia.

Por lo tanto, si bien proponer la lectura y conocimiento de la comunidad monástica del Athos por parte del autor del manga resulta evidentemente erróneo, creemos que el trabajo comparativo no deja de resultar fructífero en pos de comprender una posible legitimidad helénica para el desarrollo de los elementos que constituyen parte del meollo de la construcción de todos los involucrados con la diosa guerrera. Sólo de esa manera ella podría comprenderse como una divinidad y al mismo tiempo como un ente político-social de una comunidad cerrada y autónoma respecto

[821] Elemento que también figura en la leyenda fundacional de las comunidades cristianas de la península, dado que los dioses paganos cuyos altares aún se encontraban en la montaña, fueron a adorar a la madre de Dios por iniciativa del mismísimo Apolo (Gothóni, 2000: 134).

de las leyes de Grecia, a pesar de hallarse en su territorio. Este ascendiente será, entonces, la herramienta principal para pensarla, de modo similar que a los monjes del Athos, como una mediadora –en razón a esta comunalización (Brow: 1990) de sus ideales por su, cada vez más amplio, ámbito de acción– plenamente humanitaria.

1. Bibliografía

1.1 Fuentes

Allen, T. W. (ed.) (1931) Homerus *Ilias,* Vols. 2-3. Oxford. Clarendon Press.

Cámara de Consejeros del Japón (1947) *Constitución del Japón* [日本国憲法 = *CJ*]. Tokyo: Dieta Nacional del Japón. Disponible en [http://www.cu.emb-japan.go.jp/es/docs/ constitucion_japon.pdf].

車田正美 – 久織ちまき (2013) 聖闘士星矢 セインチア翔, 東京: 秋田書店

車田正美 – 手代木史織 (2007) 聖闘士星矢 *The Lost Canvas* 冥王神話, 東京: 秋田書店

車田正美 – 岡田芽武 (2003) 聖闘士星矢 *Episode G*, 東京: 秋田書店

車田正美 (1986) 聖闘士星矢, 東京: 集英社

Parlamento Heleno (2010) *Constitución de los Helenos* [Συνταγμα της Ηλλάδας = *CH*], Atenas: Departamento de Publicaciones del Parlamento Heleno. Disponible en [http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/8c3e9046-78fb-48f4-bd82-bbba28ca1ef5/ SYNTAGMA.pdf].

Vicente, M. (trad.) (2017) Kurumada, M. – Kuori, C. *Saint Seiya, Los Caballeros del Zodíaco. Saintia Sho*, Buenos Aires: Ivrea.

Vicente, M. (trad.) (2007) Kurumada, M. – Teshirogi, S. *Saint Seiya, The Lost Canvas. Hades Mythology*, Buenos Aires: Ivrea.

Vicente, M. (trad.) (2005) Kurumada, M. *Saint Seiya, Los Caballeros del Zodíaco*, Buenos Aires: Ivrea.

VICENTE, M. (trad.) (2004) Kurumada, M. – Okada, M. *Saint Seiya, Episode G*, Buenos Aires: Ivrea.

1.2 Bibliografía crítica

BLOOM, H. (1997) *The Anxiety of Influence. A Theory of Poetry*, Oxford: University Press.

BOTTON-BURLÁ, F. (1998) "La traducción", en: BASSNETT, S. *et al.*. *Orientaciones en Literatura Comparada*, Madrid: Arco/Libros: 329-346.

BOURDIEU, P. (2014) *Las estrategias de la reproducción social*, Buenos Aires: Siglo XXI.

BROW, J. (1990) "Notes on Community, Hegemony and uses of the Past", *AQ* 63.1, 1-6.

CANO MORENO, J. (2014) "Interpretando los 'palacios' minoicos: fuentes griegas, arqueología y religión", en MACÍAS, J. (ed.), *La antigüedad grecolatina en debate*. Buenos Aires: Rhesis, 234-46.

CHARANIS, P. (1971) "The Monk as an Element of Byzantine Society", *Dumbarton Oaks Papers* 25, 61-84.

CHEVREL, Y. (1994) "Los estudios de recepción", en: BRUNEL, P. y CHEVREL, Y. (dirs.), *Compedio de Literatura Comparada*. México D.F./Madrid: Siglo XXI Editores, 148-187.

ĎURIŠIN, D. (1984) *Theory of Literary Comparatistics*, Bratislava: Slovak Academy of Sciences.

ECO, U. (2013a) *Apocalípticos e integrados*, Buenos Aires: Sudamericana.

ECO, U. (2013b) *Decir casi lo mismo*, Buenos Aires: Sudamericana.

ECO, U. (2013c) *Kant y el ornitorrinco*, Buenos Aires: Sudamericana.

FINLEY, M. I. (2000) *La Grecia antigua*, Barcelona: Crítica.

FINLEY, M. I. (1987) *Grecia primitiva. La edad de bronce y la era arcaica*, Buenos Aires: EUdeBA.

FINLEY, M. I. (1978) *El mundo de Odiseo*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

FRANCO CARVALHAL, T. (2007) *Literatura Comparada*, Sâo Paulo: Ática.

GALLEGO, J. (2017) *La* pólis *griega: orígenes, estructuras, enfoques,* Buenos Aires: Editorial de la Facultad de Filosofía y Letras–UBA.

GARCÍA YEBRA, V. (2006) *Experiencias de un traductor*, Madrid: Gredos.

GENETTE, G. (1989) *Palimpsestos. La literatura en segundo grado*, Madrid: Taurus.

GOTHÓNI, R. (2000) "The Healing Quality of Pilgrimage to Mount Athos", *Archiv für Religionspsychologie* 23, 132-143.

GUILLÉN, C. (1993) *The Challenge of Comparative Literature*, Cambridge/London: Harvard University Press.

MAGOJA, E. (2013) "El universo familiar frente a la *pólis*: un fenómeno de pluralismo jurídico en la Atenas clásica (Arist. *Pol.* 1252b9-30)", en RODRÍGUEZ CIDRE, E., BUIS, E., y ATIENZA, A. (eds.), *El* oîkos *violentado. Genealogías conflictivas y perversiones del parentesco en la literatura griega antigua*, Buenos Aires: Editorial de la Facultad de Filosofía y Letras–UBA: 229-250.

PEARSON, F. S. – WALKER, S. – STERN, S. (2006) "Military intervention and prospects for democratization", *International Journal for Peace Studies* 11/2, 63-86.

PRECIADO, B. (2009) "Terror anal: Apuntes sobre los primeros días de la revolución sexual", en HOCQUENGHEM, G. *El deseo homosexual,* Barcelona: Melusina, 135-172.

ROUDOMETOF, V. (2008) "Greek Orthodoxy, Territoriality, and Globality: Religious Responses and Institutional Disputes", *Sociology of Religion* 69.1, 67-91.

STRIPEIKIS, C. (2016) "Entre la *bía* y el *nómos*: problemáticas en torno al carácter normativo de la *peithó* en *Lisístrata* de Aristófanes", en BUIS, E., RODRÍGUEZ CIDRE, E. y ATIENZA, A. (eds.), *El* nómos *transgredido. Afectaciones políticas de la normatividad en el mundo griego antiguo*, Buenos Aires, Editorial de la Facultad de Filosofía y Letras–UBA: 307-340.

TALBOT, A. M. (2012) "Searching for Women on Mt. Athos: Insights from the Archives of the Holy Mountain", *Speculum* 87/4, 995-1014.

TALBOT, A. M. (1998) "Women's Space in Byzantine Monasteries", *Dumbarton Oaks Papers* 52, 113-127.

TÖTÖSY, S. (1998) "Estudios poscoloniales: el 'Otro', el sistema, y una perspectiva personal, o esto (también) es literatura comparada", en: BASSNETT, S. *et al. Orientaciones en Literatura Comparada*, Madrid: Arco/ Libros, 199-204.

VÁZQUEZ, M. (2011) "Un manto para el pueblo. Tejido social y trama cómica en *Lisístrata* de Aristófanes", en RODRÍGUEZ CIDRE, E. y BUIS, E. (eds.), *La* pólis *sexuada. Normas, disturbios y transgresiones del género en la Grecia Antigua*, Buenos Aires: Editorial de la Facultad de Filosofía y Letras–UBA: 303-326.

VERNANT, J. P. (2004) *La traversée des frontières. 2*, *Entre mythe et politique*. Paris: Seuil.

ZHIRMUNSKI, V. (1961) *Vergleichende Epenforschung*, Berlin: Academie-Verlag.

La Legalidad de los Misiles Balísticos Intercontinentales

Tomás Mariano Guisado Litterio

1. La Era Espacial

La Revolución Industrial inauguró una época de avances tecnológicos que producirían cambios radicales en todos los campos, incluyendo la armamentística. Ya en el siglo XIX, varios estadistas comenzaron a preocuparse por el enorme potencial destructivo de las armas modernas, dando nacimiento a un derecho del desarme aun en ciernes, que se iría volviendo cada vez más acuciante a medida que la tecnología abría nuevas puertas y engendraba armas crecientemente poderosas.[822] Así, varias décadas más tarde tuvieron origen los desarrollos en el área de la no proliferación nuclear y los esfuerzos por la desmilitarización de los espacios de interés común de la humanidad hasta el momento prácticamente inaccesibles, como las regiones polares y los fondos abisales.

Las fronteras de la humanidad fueron literalmente expandidas en la segunda mitad del siglo XX, cuando el hombre comenzó a mirar hacia el espacio exterior como un nuevo terreno para el libramiento de la carrera armamentística de la Guerra Fría. La Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) comenzó sus debates acerca de la militarización del espacio ultraterrestre en el año 1957, luego del lanzamiento exitoso del satélite soviético Sputnik 1, que representó la primera incursión de la humanidad fuera del planeta Tierra. En aquellas discusiones, la URSS y sus aliados buscaban imponer un desarme general y completo del espacio ultraterrestre, mientras

[822] Casey-Maslen y Vestner (2019:1-3).

que el bloque occidental, encabezado por los EEUU, pretendía morigerar esa proposición mediante la implementación de un desarme parcial o limitado.[823]

Poco tiempo después, en el año 1959, la AGNU adoptó su primera resolución referida a la temática del espacio ultraterrestre. La Resol. 1472 (XIV) creó como órgano subsidiario a la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, encargada de evaluar programas para la promoción de la cooperación internacional en el espacio ultraterrestre y de estudiar los problemas jurídicos que puedan surgir de su exploración.[824] Pese a reconocer la importancia de la utilización pacífica del espacio ultraterrestre como un interés compartido de la humanidad, no hubo mención alguna del desarme ni especificaciones acerca de qué podría comprender tal "utilización con fines pacíficos". La misma impronta se mantuvo en resoluciones posteriores. Así, las Resol. 1721 (XVI) de 1961 y 1802 (XVII) de 1962 se limitaron a realizar referencias al uso pacífico del espacio ultraterrestre y a aclarar que allí también regía el derecho internacional, incluida la Carta de las Naciones Unidas (CNU),[825] mas no a abordar la temática del desarme.[826]

Recién en 1963, y luego de un entendimiento entre los EEUU y la URSS, la AGNU adoptó la Resol. 1884 (XVIII), por la que instó a los Estados a abstenerse de "poner en órbita alrededor de la tierra cualesquier objetos que lleven armas nucleares u otras clases de armas de destrucción en masa, de emplazar tales armas en cuerpos celestes, o de colocar en cualquier otra forma tales armas en el espacio ultraterrestre".[827] Esta resolución marcó un hito, pues implicó el abordaje formal de la cuestión del desarme en el ámbito internacional, aun cuando no pueda propiamente hablarse todavía de una regulación normativa, atento al carácter no vinculante de las recomendaciones emanadas de la Asamblea General.

En diciembre de ese mismo año, la AGNU aprobó las Resol. 1962 (XVIII) y 1963 (XVIII) en una misma sesión. La primera contenía una declaración de principios que serían fundamentales para el posterior desarrollo del derecho espacial, abarcando avances tales como la no apropiabilidad de

[823] Goh Escolar (2018).

[824] AGNU, Resol. 1472 (XIV): "Cooperación internacional para la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos", adoptada el 12 de diciembre de 1959.

[825] *Carta de las Naciones Unidas*, adoptada el 26 de junio de 1945 en San Francisco.

[826] AGNU, Resol. 1721 (XVI): "Cooperación internacional para la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos", adoptada el 20 de diciembre de 1961; y AGNU, Resol. 1802 (XVII): "Cooperación internacional para la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos", adoptada el 14 de diciembre de 1962.

[827] AGNU, Resol. 1884 (VXIII): "Cuestión del desarme general y completo", adoptada el 17 de octubre de 1963.

los cuerpos celestes, la responsabilidad del Estado por los daños causados por objetos lanzados al espacio y la cooperación para el rescate y devolución de astronautas. No obstante, no incluía ningún principio que aludiese al desarme ni a restricciones a los posibles usos militares del espacio ultraterrestre.[828] La Resol. 1963 (XVIII), por su parte, se destacaba por recomendar a los Estados la incorporación de los principios declarados en la forma de un acuerdo internacional vinculante,[829] pero tampoco abordaba la cuestión de la continuidad de la carrera armamentística fuera de la Tierra.

El acuerdo sugerido en la Resol. 1963 (XVIII) llegaría recién en 1967 con la adopción del Tratado del Espacio Ultraterrestre[830] (TEU), que receptó y clarificó los principios enumerados en la Resol. 1962 (XVIII), otorgándoles fuerza vinculante de fuente convencional. Asimismo, este convenio contiene un artículo IV destinado a regular el desarme del espacio ultraterrestre. El primer párrafo del artículo repite prácticamente palabra por palabra el acápite transcripto de la Resol. 1884 (XVIII): "Los Estados Partes en el Tratado se comprometen a no colocar en órbita alrededor de la Tierra ningún objeto portador de armas nucleares ni de ningún otro tipo de armas de destrucción en masa, a no emplazar tales armas en los cuerpos celestes y a no colocar tales armas en el espacio ultraterrestre en ninguna otra forma". Por otro lado, el segundo párrafo dispone que los cuerpos celestes se utilizarán exclusivamente para fines pacíficos y prohíbe el establecimiento en ellos de instalaciones o bases militares o la realización de ensayos o maniobras armamentísticas. Algunos años antes, en 1963, se había adoptado el Tratado de Prohibición Parcial de Ensayos Nucleares,[831] que también contenía una previsión relativa al desarme nuclear del espacio exterior: prohibía las detonaciones nucleares en el espacio ultraterrestre con fines de ensayo o con otros propósitos.

Ahora bien, los misiles balísticos intercontinentales (MBIC), susceptibles de alojar ojivas nucleares, constituyen armas que ingresan al espacio ultraterrestre temporalmente como parte de su trayectoria, previamente a reentrar al planeta para alcanzar su destino. En una primera

---

[828] Resol. 1962 (XVIII): "Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre", adoptada el 13 de diciembre de 1963.

[829] Resol. 1963 (XVIII): "Cooperación internacional para la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos", adoptada el 13 de diciembre de 1963.

[830] *Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes,* adoptado el 27 de enero de 1967 en Londres, Moscú y Washington.

[831] *Tratado de prohibición parcial de ensayos nucleares en la atmósfera, en el espacio exterior y bajo el agua*, adoptado el 5 de agosto de 1963 en Moscú.

etapa, el misil es propulsado por su sistema de combustión, alcanzando alturas que exceden la línea de Kármán –situada a 100 km de la superficie, generalmente entendida como el límite exterior de la Tierra. En una fase media, ya agotado el combustible, el misil adopta una trayectoria elíptica a medida que desacelera y, alcanzado el apogeo de su vuelo, comienza su descenso por efecto de la gravedad. En una etapa final, el misil reingresa a la tropósfera para impactar sobre la superficie terrestre.[832] Se trata de armas que no son emplazadas en un cuerpo celeste ni "colocadas" en la órbita terrestre ya que tienen una trayectoria de vuelo suborbital, y tampoco desencadenarán una detonación nuclear en el espacio ultraterrestre, debido a que su estadía fuera del planeta es meramente temporal. Por lo tanto, en principio, quedarían fuera de la prohibición establecida en el primer párrafo del Art. IV del TEU.[833] No obstante, la comunidad internacional le ha dado a los MBIC un tratamiento que merece ser explorado exhaustivamente, sobre todo teniendo en cuenta la peligrosidad de estas armas, capaces de trasladar una bomba atómica a cualquier lugar del planeta en cuestión de minutos.

Cabe aclarar que este artículo no tiene por objeto analizar la legalidad del uso de las armas nucleares en general, cuestión que recibió una respuesta −no exenta de críticas− en una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia del año 1996. En ese precedente, el tribunal, luego de analizar el plexo normativo compuesto por normas de derecho internacional humanitario, derecho internacional ambiental y aquellas relativas a la no proliferación nuclear y al uso de la fuerza, afirmó que no podía descartarse el derecho de los Estados a utilizar armas nucleares "en circunstancias extremas de legítima defensa en donde la supervivencia misma del Estado esté en juego".[834] En cambio, se buscará encontrar una solución al problema de la legalidad del uso de los MBIC, diseñados primordialmente para actuar de vectores de armas nucleares, a la luz de las normas y regímenes internacionales no vinculantes pertinentes en materia de derecho espacial, desarme y no proliferación, y teniendo en especial consideración el pasaje necesario que estos dispositivos realizan por fuera de la atmósfera terrestre, en un espacio de interés común de la humanidad.

[832] Romancov (2020).

[833] Boothby (2017:183-184).

[834] CIJ, *Legalidad de la Amenaza o Empleo de Armas Nucleares*, Opinión Consultiva de fecha 8 de julio de 1996, párr. 105.

2. El uso con fines pacíficos del espacio ultraterrestre

El principio de uso pacífico del espacio ultraterrestre no estaba definido ni en el TEU ni en las resoluciones de la AGNU que le habían servido de antecedentes. En consecuencia, surgieron dos corrientes interpretativas contradictorias acerca de qué comprendían los "usos pacíficos". En particular, el debate se centró en la cuestión de si "usos pacíficos" implicaba "usos no militares" o "usos no agresivos". La primera visión, más amplia, considera que cualquier actividad de naturaleza militar se encontraba totalmente prohibida, pues solo podía servir los intereses de un Estado o grupo de Estados, vulnerando la previsión del Art. I del TEU, según la cual el uso del espacio ultraterrestre debe darse en beneficio e interés de toda la humanidad. La lectura restrictiva del principio entiende que sólo se encuentran prohibidas las actividades militares enunciadas explícitamente en el Art. IV y aquellas que importen un acto de agresión en los términos del Art. 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas. Usos militares del espacio ultraterrestre no enumerados en el Art. IV del TEU o que no constituyan actos de agresión no se encontrarían, según este enfoque, prohibidos.[835]

Existe un problema adicional para la concepción amplia del principio de uso pacífico del espacio ultraterrestre: el TEU no prevé expresamente en ninguna cláusula dispositiva que el espacio ultraterrestre debe utilizarse exclusivamente con fines pacíficos. El segundo párrafo contiene una disposición similar pero referida específicamente a la Luna y los demás cuerpos celestes, por lo que no incluye, al menos explícitamente, al vacío del espacio exterior a los cuerpos celestes.[836] El preámbulo del TEU sí contiene un "reconocimiento" del interés general de toda la humanidad en que el espacio ultraterrestre se utilice con fines pacíficos, pero bien podría decirse que mediante este párrafo los Estados no asumieron obligación alguna, más bien se limitaron a reconocer una circunstancia *de facto* respecto de los intereses de la humanidad.

En contraste, el Tratado Antártico (TA)[837] sí contiene una disposición expresa, en el primer párrafo de su Art. I, estableciendo que la Antártida deberá ser utilizada exclusivamente con fines pacíficos, prohibiendo explícitamente "cualquier medida de naturaleza militar". Quienes abogan por una interpretación amplia del principio de usos pacíficos destacan que

[835] Goh Escolar (2018).

[836] Goh Escolar (2018).

[837] *Tratado Antártico*, adoptado el 1º de diciembre de 1959 en Washington.

el TA, adoptado en 1959 y que sirvió de modelo para el TUE, proveyó una desmilitarización completa de la zona antártica. En consecuencia, se sostiene, el mismo criterio debería aplicarse al espacio ultraterrestre por haber sido el segundo régimen inspirado por el primero.[838] No obstante, con la misma facilidad podría esgrimirse la tesis contraria: el TA y el TUE llegaron a soluciones diferentes y así quedó plasmado en los textos de ambos, y no hay porqué extender a uno las reglas del otro.

El Prof. Cheng recuerda que, en el año 1967, aún en los albores de la era espacial, imperaba un sentimiento idealista que sostenía la determinación de que el espacio ultraterrestre pudiera ser utilizado exclusivamente de modo pacífico y para beneficio de la humanidad toda. Tan fervorosa era esta expectativa de que el espacio exterior sería un ámbito de convivencia pacífica para toda la comunidad internacional que, como se había mencionado previamente, el comité creado por la AGNU para analizar los asuntos espaciales fue bautizado "Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos", y el *motto* de "usos pacíficos" fue integrado al título de las resoluciones dedicadas a la temática espacial adoptadas a lo largo de este período. El gobierno estadounidense llegó a encontrarse a la vanguardia de este movimiento, incorporando el lenguaje pacifista a su legislación interna al constituir la NASA.[839]

Sin embargo, este enfoque utopista no duró mucho, pues el potencial militar del espacio ultraterrestre se evidenció rápidamente. Así fue como los Estados Unidos adoptaron la postura de que "usos pacíficos" significa usos "no agresivos" en lugar de "no militares", lo que implica, en opinión del Prof. Cheng, un torcimiento de las palabras. Mientras que la posición oficial del gobierno postulaba que la militarización del espacio exterior era necesaria por las mismas razones que lo es la militarización del planeta Tierra (defensa ante posibles agresiones externas), los doctrinarios estadounidenses se dispusieron a poner el énfasis en las dificultades prácticas de discriminar las actividades no militares de los Estados en el espacio de aquellas que inequívocamente lo sean.[840]

Cheng, por su parte, señala que esta lectura del Art. IV (2) del TUE es errónea debido a que dejaría al artículo inmediatamente anterior con un sentido redundante y carente de todo efecto. Si por "uso pacífico" debiera entenderse "uso no agresivo", entonces importaría una mera reiteración de lo dispuesto en el Art. III, que establece que las actividades de los Estados en el espacio ultraterrestre se conducirán de conformidad con el derecho

[838] Goh Escolar (2018).
[839] Cheng (1983:98-99).
[840] Cheng (1983:99-100).

internacional, incluyendo la Carta de las Naciones Unidas. La prohibición de la agresión, que surge del Art. 2 (4) de la CNU, ya rige para todos los Estados en todos los ámbitos posibles; en vano sería aclarar en una cláusula aparte que también se encuentra vigente en la Luna y demás cuerpos celestes.[841] Por otro lado, aun cuando no hay una definición de "usos pacíficos" en el TUE, sí la hay en el TA, que identifica aquel concepto con la desmilitarización, no con la "no agresión". En esta línea, la estructura sistémica del derecho internacional aconsejaría no darle conceptos distintos al mismo término, por más que se lo use en regímenes diferentes.

En el otro extremo de la matriz ideológica, la Unión Soviética sustentaba un criterio según el cual la palabra "pacífico", utilizada en cualquier contexto en textos jurídicos internacionales, siempre hace referencia a "no militar". Para los soviéticos, tal es indubitablemente el sentido que se le había dado a la palabra no solo en el TA, sino también en el Tratado de No Proliferación Nuclear (TNPN)[842], y en la Carta de las Naciones Unidas cuando se refiere en el Art. VI al "arreglo *pacífico* de controversias". Siguiendo esta línea de razonamiento, el Art. IV sólo establecía una desmilitarización completa para la Luna y los otros cuerpos celestes (Párr. 2), y se limitaba a disponer restricciones específicas en el caso del vacío del espacio exterior (Párr. 1).[843]

Sin embargo, los *traveaux préparatoires* del TAE revelan que la inclusión de la referencia a "usos exclusivamente pacíficos" en el Art. IV (2) y su omisión en el Art. IV (1) no se trató de un descuido, sino que fue algo totalmente deliberado. Los delegados buscaron reservar para sus Estados la posibilidad de desarrollar ciertas actividades de inteligencia militar en el vacío del espacio exterior, notablemente el reconocimiento y la vigilancia.[844] De hecho, existe constancia de que los EEUU y la URSS rechazaron expresamente una propuesta de la India de extender la exclusividad de usos pacíficos a todas las áreas del espacio ultraterrestre.[845] Cabe recordar, en lo que a este punto respecta, que los *traveaux préparatoires* son un recurso relevante de interpretación en casos en que los términos de un tratado resulten ambiguos o poco claros.[846]

---

[841] Cheng (1983:104-105).

[842] *Tratado de No Proliferación de las Armas Nucleares*, adoptado el 1° de julio de 1968 en Moscú, Londres y Washington.

[843] Robson (1980:108-109).

[844] Von der Dunk (2015:338).

[845] Von der Dunk (2015:339).

[846] *Convención sobre Derecho de los Tratados*, adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969, Art. 32.

El objetivo central de la política espacial del gobierno estadounidense en los años tempranos de la exploración del espacio ultraterrestre era obtener reconocimiento internacional de la legalidad de los satélites que realizan actividades de inteligencia desde el espacio, y al mismo tiempo prohibir cualquier actividad militar que pueda amenazar esos satélites. La postura contraria de la URSS se fundamentaba en sus esfuerzos por prohibir las actividades de reconocimientos que los satélites estadounidenses estaban llevando a cabo.[847]

La posición de los Estados europeos parece haber variado a lo largo del tiempo para terminar ajustándose a la postura estadounidense.[848] En el tratado constitutivo de la Agencia Espacial Europea (AEE), del año 1975, los Estados signatarios le asignaron la misión de promover la cooperación internacional en el espacio ultraterrestre con "fines exclusivamente pacíficos".[849] Mientras que los primeros programas de la AEE se basaban en la búsqueda de la excelencia científica a través de la transparencia y la publicidad irrestricta de la información obtenida en cada misión,[850] en los últimos años comenzó a implementar proyectos en materia de defensa. Hoy la AEE, actualmente integrada por 22 Estados europeos, define expresamente aquella frase, empleada en el mencionado tratado, en el sentido que abarca cualquier actividad "no agresiva".[851] Por ende, lo mismo cabe concluir respecto de la opinión europea con relación al Art. IV del TEU.

Sin perjuicio de las posiciones mencionadas de parte de ciertos Estados, cabe aclarar que la tesis de que la expresión "usos pacíficos" tiene un sentido de "no militar" es la posición ampliamente mayoritaria en la doctrina.[852] En concreto, existe consenso entre los juristas internacionalistas de que el Art. IV (2) instituye una desmilitarización completa de la luna y todos los demás cuerpos celestes. Se encuentra prohibido, en estas áreas del espacio ultraterrestre, el establecimiento de bases o instalaciones militares, el ensayo o colocación de armas y las maniobras militares de cualquier especie. No obstante, el personal y las instalaciones militares podrán ser empleados con fines pacíficos −i.e. no militares− de la misma manera que ocurre con el TA.[853]

---

[847] Maogoto y Freeland (2007:1100-1101).
[848] Von der Dunk (2015:340).
[849] *Convención para el Establecimiento de una Agencia Espacial Europea*, adoptada el 30 de mayo de 1975 en París, Art. II.
[850] Bonnet y Manno (1994:1-2).
[851] Schrogl y Giannopapa (2016:2).
[852] Maogoto y Freeland, *opus cit.*, p. 1103-1104.
[853] Von der Dunk, *opus cit.*, p. 341.

3. Esfuerzos para la promoción del desarme en el espacio ultraterrestre

Más allá de la postura que se adopte con relación al sentido de "usos pacíficos", queda claro que el TEU sólo aplicó aquella noción a los cuerpos celestes, mientras que el vacío del espacio exterior sólo parece estar sujeto a restricciones específicas. Estas limitaciones son tres, y todas están relacionadas a las armas nucleares o a cualquier otro tipo de arma de destrucción en masa. Tales armas no pueden ser colocadas en órbitas terrestres ni en el espacio exterior "de cualquier forma", como tampoco emplazadas en cuerpos celestes (Art. 4, Párr. 1).

En el año 1979, por iniciativa de la AGNU, se creó la Conferencia de Desarme (CD) para servir de foro internacional para facilitar las negociaciones multilaterales en materia de desarme. La Conferencia creó en 1985 el Comité para la Prevención de una Carrera Armamentista en el Espacio Ultraterrestre con el objeto de evitar la expansión al espacio ultraterrestre de la carrera armamentística que se iba desarrollando en el planeta Tierra en el contexto de la Guerra Fría. Sin embargo, las negociaciones en el seno de este comité no fueron muy fructíferas debido a los desacuerdos en cuanto al alcance de los términos "*weaponization of outer space*" (usualmente traducido como "emplazamiento de armas en el espacio ultraterrestre") y "armas espaciales". En concreto, se discutía si debía incluirse únicamente a las armas destinadas a atacar objetivos situados en el espacio o también a los terrestres, y qué ocurría con las armas emplazadas en la tierra para atacar objetivos espaciales. En consecuencia, nunca se llegó a un tratado multilateral vinculante en materia de desarme en el espacio ultraterrestre.[854]

El fracaso en la búsqueda de consensos en el comité derivó en que éste se dejara de reunir en el año 1994, luego de una fuerte oposición de los Estados Unidos a tratar el tema en el ámbito multilateral, que afirmaban en cambio que sólo podrían alcanzarse medidas eficaces de desarme en el espacio ultraterrestre mediante el diálogo bilateral. No obstante, el tema siguió tratándose en el marco más general de la CD, y en el año 2008, Rusia y China presentaron un borrador de tratado para la prevención del emplazamiento de armas en el espacio ultraterrestre. El borrador definía el emplazamiento en el espacio ultraterrestre como la puesta en órbita de un objeto, o que éste siga una sección de la órbita antes de abandonarla, o que esté emplazada en cualquier ubicación del espacio exterior o en cualquier cuerpo celeste (Art. 1).

[854] Goh Escolar (2018).

Pese al apoyo que cosechó entre varios Estados, el proyecto tuvo siempre una enérgica detracción por parte de los EEUU, que calificó al borrador como un componente en la estrategia de China y Rusia para tomar la delantera en la carrera armamentística espacial.[855]

Sin haber logrado alcanzar vuelo ningún proyecto de tratado de desarme espacial, tuvo lugar el desarrollo de otros esquemas de desarme diferentes de la vía convencional. Así, en 1989 la Unión Soviética emitió una declaración unilateral mediante la cual afirmaba que no emplazaría armas en el espacio ultraterrestre mientras otros tampoco lo hicieran, e invitó a los demás Estados a unirse voluntariamente al compromiso de no ser los primeros en emplazar armas en el espacio. Varios Estados adhirieron a la iniciativa y emitieron declaraciones en términos similares, incluyendo la Argentina.[856] El abordaje mediante la acción unilateral fue complementado con la adopción de instrumentos no vinculantes, con carácter de *soft law*. De esta manera, la Unión Europea presentó en la CD un borrador de Código de Conducta para Actividades en el Espacio Ultraterrestre, que fue acogido con beneplácito por la comunidad internacional, inclusive por los EEUU.[857] El proyecto, aún abierto a negociación, sienta las bases para otorgar mayor transparencia, seguridad y sustentabilidad a las actividades de los Estados en el espacio y para mitigar el creciente problema de la proliferación de basura espacial ("*space debris*"), sin realizar avance alguno en materia de desarme.[858] De hecho, el lenguaje empleado en el Art. I.2.4 evidencia el entendimiento de que los Estados pueden conducir en el espacio "actividades militares" mientras lo hagan de manera "responsable" y que ello no sería incompatible con el "uso pacífico del espacio ultraterrestre en beneficio, y en interés, de la humanidad". De todas maneras, es propicio destacar que este código carece de todo valor jurídico y aún se trata de un mero borrador.

En una misma línea, en el año 2011, la AGNU emitió una resolución[859] por la que solicitó al Secretario General la constitución de un Grupo de Expertos Gubernamentales para estudiar medidas de transparencia y fomento de la confianza para adoptar por los Estados en las actividades relativas al espacio ultraterrestre. El estudio final adoptado por el grupo prevé recomendaciones en materia de intercambio de información técnica y sobre políticas y actividades espaciales, notificaciones y consultas acerca de

[855] NTI (2020).
[856] Goh Escolar (2018).
[857] NTI (2020).
[858] Zenko (2011).
[859] AGNU, Resol. 65/68: "Medidas de transparencia y fomento de la confianza en las actividades relativas al espacio ultraterrestre", adoptada el 13 de enero de 2011.

lanzamientos y situaciones de riesgo, y apertura a visitas de expertos de las instalaciones espaciales nacionales.[860] Sin embargo, el informe procuró aclarar que, si bien la adopción de medidas de transparencia y fomento de la confianza contribuían a la pacificación del espacio ultraterrestre, de ninguna manera sustituye la necesidad de concertación de acuerdos formales de desarme.[861]

4. Instrumentos y regímenes relativos específicamente a los MBIC

También en el ámbito del *soft law*, se ha desarrollado un régimen especialmente dedicado a prevenir la proliferación de sistemas vectores de armas de destrucción masiva no tripulados, entre los cuales se destacan los MBIC como principal amenaza. Constituido en el año 1987, el Régimen de Control de Tecnología de Misiles (RCTM) conforma una asociación informal y voluntaria de Estados que establecieron una serie de reglas no vinculantes para limitar la propagación de sistemas vectores de armas de destrucción masiva no tripulados mediante el control de la exportación de misiles y componentes que puedan ser utilizados para su desarrollo.[862]

Por supuesto, los misiles son vectores que pueden albergar carga útil nuclear o convencional, pero por obvias razones el hincapié se ha puesto en aquellas tecnologías ligadas a la primera de las clases mencionadas. Por esta razón, se ha priorizado la regulación de las exportaciones relativas a misiles de alcances estratégicamente significativos (como mínimo, 300 km) y con capacidad de transportar carga útil de al menos 500 kg (el peso estimado de una ojiva nuclear). El régimen se estructura en dos categorías: la primera está compuesta por una nómina de objetos altamente sensibles que ostentan una fuerte presunción contraria a su transferencia. La segunda categoría está integrada por artículos de menor sensibilidad, cuya transferencia debería ser evaluada caso por caso. Mediante el régimen también se establecen requisitos para el otorgamiento de licencias de exportación de sistemas de cohete y de

[860] Goh Escolar (2018).

[861] I*nforme del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre Medidas de Transparencia y Fomento de la Confianza en las Actividades Relativas al Espacio Ultraterrestre*, remitido por el Secretario General a la AGNU el 29 de julio de 2013, p. 14.

[862] Goh Escolar (2018).

vehículos aéreos no tripulados, así como material, equipamiento y tecnología relacionados.[863]

En el año 1995 se entabló otro régimen de control de exportaciones más amplio en cuanto a su ámbito de cobertura, aunque menos estricto que el RCTM: el Arreglo de Wassenar sobre Control de Exportaciones de Armas Convencionales y Productos y Tecnología de Doble Uso (AW). Se trata de un pacto por el cual los Estados se comprometen políticamente a aplicar controles sobre la exportación de ciertos bienes, así como a intercambiar información sobre la autorización o denegación de las licencias de exportación. Los misiles y sistemas vectores se encuentran incluidos en la Categoría 9 ("Aeroespacial y propulsión") de la nómina de bienes y tecnologías de doble uso, aunque la lista es muy exhaustiva e incluye una amplia cantidad de equipamientos y materiales. Si bien el AW establece guías de buenas prácticas, los Estados participantes establecen sus procedimientos de control en sus legislaciones nacionales y queda a su criterio la concesión o no de las licencias.[864] El RCTM, por ser un régimen más riguroso y especializado, era la principal apuesta contra la proliferación de los MBIC.

El RCTM, no obstante, no fue tan eficaz como se había esperado. La proliferación de los MBIC continuó su marcha a través de distintas formas: el desarrollo autóctono de estas tecnologías, la importación desde países que no habían adherido al sistema e incluso la importación desde países que integran el RCTM –debe recordarse el carácter estrictamente voluntario del acatamiento del régimen. Una gran debilidad del RCTM, además de su carencia de fuerza vinculante y de universalidad (solo 35 Estados han adherido), es su abordaje del problema de la proliferación únicamente por el lado de la oferta, dejando desatendida la demanda de los artículos controlados. Se han señalado también las grandes dificultades prácticas para implementar las reglas debido a que las mismas tecnologías que pueden ser usadas para operaciones espaciales civiles o comerciales también son susceptibles de uso militar.[865]

Ante las falencias del RCTM, la Federación Rusa presentó en 1999 una propuesta superadora que pretendía sortear las dificultades que aquel régimen enfrentaba: el Sistema de Control Global para la No Proliferación de Misiles y de Tecnología de Misiles (SCG). La idea central radicaba en alentar la renuncia voluntaria a la posesión de MBIC mediante una serie de incentivos entre los cuales se destacaban las seguridades de que estas

[863] Goldblat (2004:120-121).
[864] Goh Escolar (2018).
[865] Smith (2001).

armas no serían usadas contra los Estados que las resignaran y que éstos a su vez obtendrían asistencia técnica para sus programas espaciales con fines pacíficos. El proyecto también preveía medidas de transparencia y fomento de la confianza, tales como el intercambio de información acerca de los ensayos misilísticos y notificaciones previas a los lanzamientos.[866] Si bien la propuesta fue inicialmente bien recibida por todos los actores involucrados, no ha habido avances significativos desde el comienzo del milenio, permaneciendo aún bajo reserva el borrador propuesto.

Tampoco la Asamblea General de la ONU ha sido un terreno fértil para lograr resultados tangibles. En el año 2000, la AGNU aprobó una resolución que instruía al Secretario General para recabar la opinión de los miembros de la organización con relación al tema,[867] y obtuvo tan solo siete respuestas. La India, Irán y Paquistán fueron particularmente críticos del RCTM, describiéndolo como un sistema cartelizado que aseguraba un monopolio de tecnología misilística en manos de un grupo reducido de Estados.[868] Desde entonces, tres Grupos de Expertos Gubernamentales fueron constituidos en los años 2002, 2004 y 2008 para estudiar la temática por encargo de la Asamblea General.[869] Mientras que el grupo de 2004 no pudo llegar a un informe final por disensos internos, los grupos de 2002 y 2008 se limitaron a resaltar la necesidad de profundizar los esfuerzos internacionales para confrontar la creciente problemática de la proliferación de misiles.[870]

Sin embargo, el instrumento de *soft law* que más nos interesa para el tópico de este artículo es el Código de Conducta de La Haya contra la Proliferación de Misiles Balísticos (CCLH), adoptado en el ámbito del RCTM en el año 2002. A principios del nuevo milenio, los miembros del RCTM reconocieron que aquel régimen había tenido un moderado éxito en demorar el desarrollo de MBIC en países catalogados como potencias regionales, pero en la década del '90, ensayos nucleares con misiles realizados por Corea del Norte, India, Irán y Paquistán evidenciaron la necesidad de reforzar las iniciativas de no proliferación[871]. Así, el CCLH se planteó como un instrumento de promoción de la transparencia, con dos ejes principales:

[866] Rice (2000).

[867] AGNU, Resol. 57/57 F: "Misiles", adoptada el 10 de enero de 2000.

[868] Smith (2001).

[869] AGNU, Resol. 55/33 A: "Misiles", adoptada el 12 de enero de 2001; AGNU, Resol. 58/37: "Misiles", adoptada el 8 de diciembre de 2003; AGNU, Resol. 59/67: "Misiles", adoptada el 3 de diciembre de 2004.

[870] United Nations Office for Disarmament Affairs, "Missiles". Disponible en https://www.un.org/disarmament/wmd/missiles/.

[871] Mistry (2003:124-129).

los Estados deben anunciar anualmente sus programas de misiles balísticos y de lanzamientos espaciales, incluyendo información sobre instalaciones y número de misiles y cohetes lanzados el año precedente; y deben notificar con anterioridad cualquier lanzamiento de misiles o cohetes espaciales. Incluye también un compromiso de ejercer máxima autocontención en el desarrollo, ensayo y despliegue de misiles balísticos capaces de actuar de vectores de armas de destrucción masiva y, en lo posible, reducir las existencias de estos equipos[872]. Por supuesto, el lenguaje programático y endeble del código y su carácter no vinculante no son atributos característicos de un régimen sólido, pese a haber sumado la notable adhesión de 140 Estados.

5. Resoluciones del Consejo de Seguridad

Cuando en el año 1998, Corea del Norte lanzó por primera vez un misil balístico de alcance medio (hasta 2.500 km), causó gran revuelo en la comunidad internacional, pero no se le impusieron sanciones debido a que se trataba de una práctica usual entre otros Estados. Sin embargo, el advenimiento de la amenaza terrorista internacional en el año 2001 cambió el escenario, y los EEUU impulsaron en el seno del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) la negociación de una resolución que pusiera un freno efectivo a la proliferación de armas de destrucción masiva y sus sistemas vectores, con el fin de que no acaben en manos de terroristas. A partir de esta iniciativa, en el año 2004 el Consejo aprobó por unanimidad la Resol. 1540,[873] en la cual se reconocía expresamente que la proliferación de los sistemas vectores de armas de destrucción masiva constituye "una amenaza para la paz y la seguridad internacionales". Si bien esta resolución no contenía referencia alguna a Corea del Norte, en Occidente preocupaban los lazos del gobierno norcoreano con agrupaciones terroristas islámicas.[874]

Mediante dicha resolución, el CSNU decidió que los Estados "deben adoptar y aplicar leyes apropiadas y eficaces que prohíban a todos los agentes no estatales la fabricación, la adquisición, la posesión, el desarrollo, el transporte, la transferencia o el empleo de armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores", entre otras disposiciones tendientes a la

[872] Mistry (2003:130-131).
[873] CSNU, Resol. 1540 (2004), adoptada el 28 de abril de 2004.
[874] Lee (2007: 12-13).

consecución del objetivo planteado, como obligaciones complementarias y la creación de un comité de seguimiento del cumplimiento de la resolución. Entre estas disposiciones se destaca la obligación de los Estados de establecer controles efectivos sobre la exportación y transbordo de estos artículos, dando por terminada una era en que los controles a la exportación de misiles balísticos era un asunto de *soft law*. Cabe recordar que, según el Art. 25 de la CNU, las decisiones del CSNU son vinculantes para los miembros de la ONU.

En 2006, Corea del Norte volvió a realizar ensayos misilísticos, en esta oportunidad utilizando BMIC por primera vez (el más avanzado con alcance de hasta 15.000 km), provocando férrea oposición internacional. En consecuencia, el CSNU adoptó la Resolución 1695[875] fuera del Cap. VII de la Carta, *i.e.*, no vinculante, por la que condenó los lanzamientos y le exigió suspender toda actividad relacionada con su programa de misiles balísticos. Meses más tarde, el gobierno norcoreano realizó ensayos subterráneos de detonaciones nucleares que encendieron la alarma en el mundo. El Consejo de Seguridad, ahora sí actuando bajo el Cap. VII, emitió una nueva resolución (la Nº 1718)[876] condenando las maniobras militares norcoreanas y exigió a Corea del Norte no realizar en el futuro ensayos nucleares ni lanzamientos de misiles balísticos y que abandone los programas nucleares y misilísticos existentes. A su vez, prohibió a todos los Estados proveer a Corea del Norte de material relacionado con estas actividades. Por último, como medida sin precedentes, ordenó al gobierno norcoreano revocar su denuncia del TNPN.[877]

Los incidentes provocados por los ensayos misilísticos y nucleares de Corea del Norte no cesaron y en los años posteriores el Consejo de Seguridad continuó dictando resoluciones ampliando sus sanciones y reiterando su condena sobre el comportamiento reticente y temerario de las autoridades norcoreanas.[878] Queda claro que los ensayos misilísticos realizados desde el año 2006 derivan su carácter ilícito de la violación de la mencionada Resol. 1718, que obligaba con fuerza vinculante a Corea del Norte a discontinuar sus programas de misiles balísticos. Ahora bien, ¿había habido en 2006 alguna violación del derecho internacional cuando el primer MBIC fue lanzado? No parecería que esa convicción se desprenda del texto de la resolución. Resulta cierto que la anterior Resol. 1695 mencionaba en sus considerandos que Corea del Norte "incumplió" la Declaración de Pyongyang de 2002, por

[875] CSNU, Resol. 1695 (2006), adoptada el 15 de julio de 2006.
[876] CSNU, Resol. 1718 (2006), adoptada el 14 de octubre de 2006.
[877] Lee (2007:1-12).
[878] Davenport (2018).

la que se comprometió ante Japón a extender su moratoria de ensayos de misiles.[879] No obstante, tratándose aquel instrumento de un acuerdo político sin fuerza jurídica, aun contemplando el principio de buena fe, no puede atribuírsele mayor importancia a su "violación". El CSNU parece fundarse más bien en su determinación de que los ensayos importaban una amenaza a la paz y la seguridad internacionales antes que una transgresión a alguna norma internacional.

6. Reflexiones finales

El éxito del lanzamiento del Sputnik 1 inauguró una nueva era en la historia de la humanidad: una época en que el planeta Tierra ya no sería el límite de las actividades humanas. Esta nueva frontera de posibilidades no solo abrió sus puertas al desarrollo de nuevas tecnologías de uso civil como la telefonía celular, el GPS o la televisión satelital, sino que también implicó la apertura de un nuevo escenario para la reproducción de los conflictos terrestres. En un primer momento, los brillantes precursores del espacio ultraterrestre se apresuraron en procurar reservar este nuevo ámbito a la búsqueda del conocimiento científico, la cooperación internacional y el aprovechamiento de los recursos extraterrestres para toda la humanidad. No obstante, las rivalidades de la Tierra no tardarían en trasladarse a la termósfera y más allá. El derecho internacional, como reflejo de las convicciones jurídicas de los Estados que integran la comunidad internacional, no pudo hacer más que receptar aquellas tendencias que expresaban la tensión entre la voluntad de preservar el espacio ultraterrestre para la paz, y la tentación de incorporar esta flamante arena a la pasiva hostilidad característica de la Guerra Fría.

Parecería haber una incompatibilidad axiomática entre los primeros pasos del derecho del espacio signados por el principio del uso del espacio exterior con fines pacíficos y en interés de toda la humanidad y el ulterior desenvolvimiento de prácticas marcadas por el aprovechamiento con objetivos militares del espacio ultraterrestre. Podría incluso trazarse la analogía entre esta problemática y aquella con la que se encontró la CIJ cuando en 1996 fue convocada a pronunciarse sobre la legalidad de las armas nucleares. En aquella oportunidad, la Corte encontró tensiones insoslayables entre el derecho internacional humanitario y el Tratado de No Proliferación

[879] Lee (2007:15).

Nuclear, y optó por una respuesta ecléctica que conciliara lo mejor posible los desarrollos independientes y contradictorios de esas dos ramas del derecho internacional.[880] De igual manera, el caso de los MBIC nos enfrenta a un uso evidentemente militar del espacio exterior legitimado no obstante por una práctica virtualmente incontestada.

En este contexto, no debe perderse de vista lo siguiente: los MBIC son un mal radical en sí mismos. Y lo son por dos razones: primero, porque implican una utilización eminentemente militar del espacio ultraterrestre; y segundo, porque tienen la capacidad de actuar de vectores de armas nucleares. El TEU dejó sentada con fuerza vinculante la regla de que el espacio ultraterrestre debería ser usado para beneficio y en interés de toda la humanidad, pero este noble axioma ha sido corrompido por interpretaciones tendenciosas que han recortado su contenido y vaciado su sustancia. Lamentablemente hoy en día, pese a los esfuerzos de muchos eminentes juristas, prima la concepción de que el espacio ultraterrestre puede ser militarizado libremente, salvo por unas pocas restricciones específicas.

Una de las restricciones establecidas en el Art. IV del TEU se trata, justamente, de la prohibición de emplazar "de cualquier forma" armas nucleares en el espacio exterior. Sin embargo, se ha entendido que el tramo de trayectoria suborbital que un MBIC con una o varias ojivas nucleares realiza en su breve paso por encima de la línea de Kármán no implica un "emplazamiento" de armas nucleares en el espacio, por tratarse de un pasaje continuo y temporal.[881] Como consecuencia de esta lectura, hoy en día ocho Estados tienen existencias de MBIC: China, Corea del Norte, Estados Unidos, Francia, India, Israel, Reino Unido y Rusia. No es coincidencia que todos estos Estados poseen también arsenal nuclear.[882] De hecho, la identidad entre Estados con MBIC y Estados con armas nucleares es casi total: solo Paquistán posee armas nucleares y no tiene MBIC, aunque sí tiene misiles balísticos de alcance medio con ojivas nucleares.[883]

A fines de la década del '80, en una época que coincidía con la distensión de las hostilidades de la Guerra Fría, surgieron iniciativas para evitar la proliferación de los MBIC. Si bien estas ideas fueron atacadas por críticos que entendieron que se trataban de intentos por evitar que los Estados emergentes adquirieran el arsenal militar con el que ya contaban las principales

[880] Al respecto, ver Guisado Litterio (2017).
[881] US Department of Defense (2016: 942-943).
[882] Si bien Israel no ha confirmado oficialmente que posee arsenal nuclear, optando por una política de "opacidad" al respecto, se asume en general que sí lo tiene. Ver: NTI (2017).
[883] Davenport (2017).

potencias, se trató de todas formas de un avance. No implicó de ninguna manera una prohibición de los MBIC, pero sí se los empezó a entender como un elemento indeseable para la comunidad internacional, como una plaga cuya difusión es imperativa contener. El fin de la Guerra Fría trajo consigo la comprensión del horror que encierra la posibilidad de que cualquier Estado hiciera estallar una bomba nuclear en cualquier lugar del mundo con solo un margen de minutos entre el lanzamiento y la detonación. La Resol. 1540 tampoco impuso una veda sobre el desarrollo o empleo de los MBIC pero, al calificarlos de una amenaza a la paz y seguridad internacionales, los dejó bajo un manto de sospecha que representa un tímido avance en la dirección correcta.

De todos los tratados, instrumentos de *soft law* y resoluciones reseñados en este trabajo, pueden extraerse diversas conclusiones. Sería prematuro considerar que el derecho internacional, en su estado actual, prohíbe los MBIC. La existencia de regímenes que limitan su producción y exportación es prueba sobreabundante de que la intención de la comunidad internacional no fue prohibirlos, solo restringir su proliferación en el entendimiento de que constituyen un alarmante riesgo para la paz global. Por un momento, en los albores de la exploración espacial, pareció que la utopía de la paz podría lograrse al margen de los confines de nuestro planeta, pero aquel ilustre ideal tuvo corta vida, y no tardó en imponerse la utilización militar del espacio ultraterrestre como irrefutable prerrogativa de las potencias con suficiente capacidad tecnológica como para arrastrar su belicosidad detrás de las bambalinas del firmamento. Quizás iniciativas tales como el RCTM, el AW, el SCG, el CCLH y la Resol. 1540 sean indicadores de una convicción en ciernes de que los MBIC deberían seguir la misma suerte que males tales como las armas químicas y las biológicas y ser prohibidos por completo. El futuro develará si estas tendencias se consolidan o si, por el contrario, el flagrante peligro que los MBIC encarnan para la seguridad internacional se afianzará ante la impotencia de los esfuerzos por suprimirlo y a costa de toda la humanidad.

7. Bibliografía

Bonnet, R. M. y Manno, V. (1994). *International Cooperation in Space: The Example of the European Space Agency*. Cambridge: Harvard University Press.

Boothby, B. (2017). "Space weapons and the law" en *International Law Studies*, Vol. 93, Nº 179, 179-214.

Casey-Maslen, S. y Vestner, T. (2019). *A Guide to International Disarmament*, Nueva York: Routledge.

Cheng, B. (1983). "The legal status of outer space and relevant issues: the delimitation of outer space and definition of peaceful use" en *Journal of Space Law*, Vol. 11, Nº 89, 89-109.

Davenport, K. (2018) "UN Security Council Resolutions on North Korea" en *Arms Control Association*, disponible en https://www.armscontrol.org/factsheets/UN-Security-Council-Resolutions-on-North-Korea.

Davenport, K. (2017). "Worldwide Ballistic Missile Inventories" en *Arms Control Association*, disponible en https://www.armscontrol.org/factsheets/missiles.

Goh Escolar, G. (2018) "The international law relating to the military use of outer space" *en Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas*. Disponible en legal.un.org/avl/ls/Gohescolar_LOS_video_11.html.

Goldblat, J. (2004). "Is there a future for the International Missile Control Regime?" en *Security Dialogue*, Vol. 35, N° 1, 120-122.

Guisado Litterio, T. M. (2017). "La Opinión Consultiva de la CIJ sobre las Armas Nucleares: la inagotable controversia, dos décadas más tarde", *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, Nº 7. Disponible en https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=54b99193f0d8c320d74a3217e24a77ab.

Lee, E. (2007) "Legal Analysis of the 2006 U.N. Security Council Resolutions Against North Korea's WMD Development" en *Fordham International Law Journal*, Vol. 31, N° 1, 1-33.

Maogoto, J. N. y Freeland, S. (2007). "Space Weaponization and the United Nations Charter Regime on Force: A Thick Legal Fogor a Receding Mist?" en *The International Lawyer*, Vol. 41, Nº 1, 1091-1119.

Mistry, D. (2003). "Beyond the MTCR: Building a Comprehensive Regime to Contain Ballistic Missile Proliferation" en *International Security*, Vol. 27, N° 4, 119-149.

Rice, M. (2000). "Russia Proposes Global Regime On Missile Proliferation" en *Arms Control Today*, Vol. 30.

Robson, M. (1980). "Soviet Legal Approach to Space Law Issues at the United Nations" en *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 3, N° 99, 99-136.

Romancov, M. (2020). "Basic Roles, Missions, and Technical Characteristics/ Parameters" en *EU Non-Proliferation Consortium eLearning*. Disponible en https://nonproliferation-elearning.eu/learningunits/missiles-and-space/transcripts/LU08_VL1.pdf.

Schrogl, K. y Giannopapa, C. (2016). *ESA Space Capabilities for Space Security*, European Space Agency.

Nuclear Threat Initiative (NTI) (2017), *Israel Country Overview*. Disponible en línea en: http://www.nti.org/learn/countries/israel/b.

Nuclear Threat Initiative (NTI) (2020). *Proposed Prevention of an Arms Race (PAROS) Treaty*. Disponible en https://www.nti.org/learn/treaties-and-regimes/proposed-prevention-arms-race-space-paros-treaty/.

Smith, M. (2001). "The MTCR and the Future of Ballistic Missile Non-Proliferation" en *Disarmament Diplomacy*, N° 54. Disponible en http://www.acronym.org.uk/old/archive/54smith.htm.

United Nations Office for Disarmament Affairs. "Missiles". Disponible en https://www.un.org/disarmament/wmd/missiles/.

US Department of Defense (2016). *Law of War Manual*, Washington, 942-943.

Von der Dunk, F. (2015). *Handbook of Space Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

Zenko, M. (2011). "A Code of Conduct for Outer Space" en *Council on Foreign Relations*. Disponible en https://www.cfr.org/report/code-conduct-outer-space.

Diferentes concepciones ideológicas y tipificaciones sobre terrorismo: consecuencias al momento de materializarlo en Tratados Internacionales

María Candela Careaga

El presente ensayo busca introducir la dificultad que existe al intentar tipificar internacionalmente el crimen de "terrorismo" y que la misma sea compatible con la concepción del término a lo largo del mundo. Si bien una gran mayoría de los Estados han sido víctimas de ataques terroristas, estos son disímiles entre sí y obedecen a distintas cuestiones sea en los motivos, objetivos, perpetradores, entre otros. Por ende, la concepción que se tiene sobre qué es el terrorismo varía según la historia de cada país.

Para lograr ilustrar estas diferencias, se han seleccionado dos países como estudios de caso con el fin de reconocer e identificar cómo la percepción de lo que es el terrorismo varía según el contexto y las causas de los ataques. Para ello se ha analizado Estados Unidos y Nigeria.

La selección de estos países no ha sido aleatoria: ambos han sufrido ataques terroristas perpetrados por diferentes organizaciones y por distintos motivos. También han sancionado leyes antiterroristas que penan dichas conductas, pero los intereses detrás de las mismas son muy distintos entre sí. Esto ha logrado que la concepción de terrorismo se bifurque y se moldee acorde a las situaciones particulares de cada caso en cuestión, existiendo así tantas leyes anti terroristas como países que las han sancionado en el mundo, y cada una de ellas con una definición y un sesgo particular distinto al resto. Los actos terroristas en determinados contextos socio culturales e históricos pueden tener preponderancia y connotaciones diversas en distintas situaciones o entornos.

Aquí es donde radica la dificultad para lograr una definición que sea aceptada unánimemente por la mayoría de los países y que de esta forma exista una única definición jurídica.

Esquemáticamente, este ensayo se ha organizado en tres partes. Primero se da una breve introducción acerca de los intentos para definir jurídicamente al terrorismo dentro del marco de las Naciones Unidas. Luego, se mencionan los dos estudios de caso, en donde se analiza, desde una perspectiva jurídica y social, lo que se considera como terrorismo en base a normas y la concepción social. En tercer lugar, receptando toda la información reunida, se analiza la posibilidad (o no) de lograr la tipificación del término terrorismo en la comunidad internacional.

Para el análisis de los estudios de caso se han utilizado *papers*, noticias periodísticas, leyes y jurisprudencia acorde. A su vez, la recolección de datos sobre el número de ataques terroristas, perpetradores, víctimas y demás se han obtenido del World Terrorism Index, aplicando los criterios 1, 2 y 3,[884] excluyendo casos ambiguos e intentos fallidos. Dicho compendio se ha establecido en un espacio temporal que abarca desde el 2001 hasta el 2017. Respondiendo la primera fecha como puntapié inicial de un cambio de paradigma jurídico en cuanto a la persecución, castigo y prevención del terrorismo luego de los atentados del 9/11 en Estados Unidos. La segunda fecha ha sido elegida por una cuestión inherente a la cantidad y calidad de datos disponibles y existentes en la actualidad sobre el tema.

1. Breve referencia histórica sobre el término "terrorismo" y su uso dentro de la comunidad internacional

El término "terrorismo" proviene del francés *terrorisme*, formado por el vocablo *terreur* (miedo o terror) y el sufijo *isme* (equivalente a "ismo" en español). Surge como tal entre 1793 y 1794 en Francia durante el período de la revolución francesa denominado como *La Terreur*.[885] Sin embargo, las primeras organizaciones terroristas conocidas se remontan muchos

[884] Criterio 1: Fin político, económico, religioso o social.
Criterio 2: Evidencia de intención de coerción, intimidación más allá de las víctimas.
Criterio 3: Acción tomada fuera de contexto de actividades concernientes a un conflicto bélico y el derecho internacional humanitario.
[885] UNODC (2018).

siglos antes, específicamente al 1 a.C, con los *Sicarii*, una organización terrorista judía que tenía como objetivo echar a los Romanos de Medio Oriente. Desde ese momento hasta el presente, el término terrorismo ha mutado invariablemente. En la actualidad es utilizado para denominar actos perpetrados por organizaciones o individuos que ejercen violencia sobre la población civil con el fin de infundir terror.

A pesar de la longevidad del término, pasó mucho tiempo antes de que se comenzara a intentar tipificar internacionalmente el mismo. El primer intento para hacerlo tuvo lugar el 16 de noviembre de 1937. La Sociedad de las Naciones convocó la *"Convención para la Prevención y la Represión del Terrorismo"* ratificada por 24 Estados Parte, donde se arrimó al siguiente concepto: *"por la expresión 'actos de terrorismo' se entienden los actos criminales dirigidos contra un Estado y con la intención o calculados para crear un estado de terror en la mente de individuos en particular, o de un grupo de personas o del público en general."* (art. 1º, inc. 2º). Así, aparecen los principales elementos de la figura delictiva, que serían la existencia de *actos criminales* (luego especificados en el art. 2º), que tienen como sujeto pasivo exclusivamente al Estado, y cuyo motivo es crear un "estado de terror", de forma individual o grupal. Esta convención exigía a los Estados signatarios a promulgar leyes que penaran este tipo de actos con la extradición cada vez que uno de sus ciudadanos cometiera un acto de terrorismo en un país extranjero. La convención nunca entró en rigor, en parte porque las disputas entre los Estados miembros sobre los artículos referidos a la extradición impidieron su ratificación.Desde ese momento en adelante, muchos fueron los intentos para tipificar y penar internacionalmente el terrorismo, pero ninguno ha sido exitoso.

La Asamblea General de la ONU ha desempeñado un papel importante en lo que respecta a establecer un marco jurídico internacional contra el terrorismo y alentar a los gobiernos a que cooperen más estrechamente para encarar dicha amenaza.[886] Reflejo de ello son el *Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves* de 1963, el *Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil* de 1971, *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo* de 1999.

En materia de Derecho Internacional Humanitario, un gran avance fue la creación de la Corte Penal Internacional. Así, se logró tipificar ciertos crímenes (de guerra, de lesa humanidad y genocidio) que se encontraban pendientes desde la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, el terrorismo no quedo incluido en el Estatuto de Roma, por lo que se aprobó una resolución

[886] UNODC (2018).

que recomendaba que la Conferencia de Revisión tuviese en cuenta la inclusión de dicho crimen en la jurisdicción de la Corte. Al día de la fecha dicha inclusión sigue pendiente.

Una consecuencia directa de los ataques del 9/11 fue que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó la resolución 1373 por la cual todos los Estados Miembros deberían hacer del terrorismo un delito grave en la legislación nacional, junto con penalización de la financiación de terrorismo y otros delitos auxiliares. El Consejo también estableció "el Comité Contra el Terrorismo" (CTC) quién se encargaría de hacer un seguimiento del progreso en la implementación de la resolución por parte de los Estados Miembros.[887]

A pesar de la proactividad de las Naciones Unidas y sus Estados Partes, con la existencia de 19 convenios internacionales en el marco de la ONU que regulan, persiguen y condenen el terrorismo, aún no existe una definición jurídica al respecto. Esto provoca que se dificulte la persecución y el juzgamiento de los sospechados de terrorismo en el marco internacional.

En concordancia con esto, surge la posibilidad de inseguridad jurídica ya que cada país puede tener un criterio distinto sobre qué es y qué no es el terrorismo, y por esto perseguir como tales, actividades que no configuran el delito mencionado. O permitir ciertas acciones que en realidad si constituyen actos de terrorismo.

2. Estudios de caso

2.1 Estados Unidos

El 11 de septiembre de 2001, más de 3000 personas fallecieron como consecuencia de uno de los atentados terroristas más atroces y mortales que ha sufrido Estados Unidos. Desde su comisión hasta el 2017, el país ha sido víctima de 351 atentados terroristas.

Como consecuencia de lo antedicho, los distintos gobiernos estadounidenses han tomado una postura bastante homogénea cuando se trata de métodos de prevención y detección de posibles ataques terroristas a objetivos nacionales. Se ha logrado una postura dura contra el terrorismo en

[887] Bappah, Ejeh, & Dankofa (2019:188).

todos sus frentes, incluyendo la legislación (estatal y federal) hasta el combate armado contra organizaciones terroristas e inclusive, otros Estados (ejemplo, la invasión a Afganistán en octubre de 2001). La misma es tangible y se hace notar en la vida cotidiana estadounidense.

En el año posterior a los ataques del 9/11, más de 130 proyectos de ley fueron presentados al Congreso de Estados Unidos, aceptándose 48 leyes al respecto. El acta patriótica de Estados Unidos es uno de los cambios más sustanciales desde los ataques.

Como consecuencia de esto, en la actualidad existen varias leyes que se encargan de definir y encuadrar al terrorismo como crimen, muchas veces solapándose entre sí. PERRY ha logrado identificar hasta 22 definiciones sobre el terrorismo solo dentro de las leyes federales.[888] Entre ellas, el U.S Code of Federal Regulations recepta la siguiente:

> El uso ilegal de la fuerza y la violencia contra personas o propiedad con el fin de intimidar o coaccionar a un gobierno, la población civil o cualquier segmento del mismo, en pos de objetivos políticos o sociales (28 C.F.R. Section 0.85).[889]

Por otro lado, el US Code lo define como: *Violencia premeditada y motivada políticamente, perpetrada contra objetivos no combatientes por grupos subnacionales o agentes clandestinos"* (22 U.S.C. § 2656f (d)).[890]

Si bien las conductas mencionadas en las definiciones ya se encuentran tipificadas en normas generales (la mayoría de las veces los actos de terrorismo violan leyes criminales generales) la normativa dentro del capítulo 18 del U.S.C hace alusión a la necesidad de establecer un vínculo entre organizaciones terroristas y el autor del crimen.

Analizando ambas definiciones, se observa que hay diferencias en cuanto a lo que se considera como acción típica, incluyendo los motivos y a quién está dirigida y, en el caso de la norma del Código Federal, el fin con el que se realiza dicho acto. A pesar de las disimilitudes que hay entre ellas, no

---

[888] Maggs (2010:1).

[889] T.O: "*the unlawful use of force and violence against persons or property to intimidate or coerce a government, the civilian population, or any segment thereof, in furtherance of political or social objectives"*

[890] T.O: *"premeditated, politically motivated violence perpetrated against noncombatant targets by subnational groups or clandestine agents"*

es posible manifestar que son erróneas pero tampoco que son las correctas. Dentro de la legislación hay definiciones aún más completas (por ejemplo el artículo 18 U.S.C. § 2331 (5)) y abarcativas sobre el terrorismo, pero que, por ser tan amplias, pecan de la especificidad que se necesita al momento de juzgar un crimen de este carácter.

En síntesis, dentro de la normativa nacional estadounidense existe un sinnúmero de definiciones al respecto, con penas altas para quien cometa un acto semejante (prisión perpetua o hasta pena de muerte). Pero, ¿cuál es el problema de que existan tantas definiciones posibles para un único crimen? Muchas veces, cuando ocurre esto, al momento de la detención o juzgamiento de un sospechado de terrorismo, se podría elegir qué tipificación se cree más conveniente en dicho momento, dejando en una situación de irregularidad jurídica o de desamparo legal a quién debe defenderse ya que no sabe qué armas legales podría utilizar en un panorama tan amplio. Es decir, al existir tantas tipificaciones se puede seleccionar la que se crea más acorde, moldeando la norma a la conducta.

A su vez, existe también un dilema más cercano a lo moral en base al siguiente interrogante: como diferenciar un acto terrorista de un acto de violencia "masiva" ¿acaso la diferencia radica en el perpetrador? Esta pregunta surge luego de analizar las estadísticas de atentados terroristas y los actos de violencia sufridos en los Estados Unidos en el período analizado. Entre 2001 y 2017, hubo 103 atentados terroristas cometidos por yihadistas y hubo 82 atentados cometidos por extremistas de derecha.[891]

También cabe preguntarse ¿cuál es la motivación que permite la diferencia entre un acto terrorista con un crimen de odio? ¿Por qué se los distingue? Como diferencia sustancial, la investigación correspondiente a los crímenes terroristas está a cargo del FBI; en los casos de crímenes violentos, puede recaer la investigación en competencias locales. Sin embargo, esto no es lo que más peso tiene sobre el tema, sino que lo que lo hace es *quién* lleva a cabo el atentado.

Por lo tanto, ¿qué es la amenaza terrorista para Estados Unidos? Estrictamente desde un punto jurídico, es cualquier persona u organización que use ilegalmente la violencia, que atente contra objetivos civiles y lo haga con fines políticos. Sin embargo, como ya se ha dicho, desde la perspectiva "social" hay diferencias entre quienes cometen un mismo acto: si el perpetrador tiene lazos con la comunidad musulmana o con alguna organización afín al terrorismo (por ejemplo ISIS) la amenaza podrá ser

[891] New America (2018).

considerada como terrorismo. En cambio si la ideología del perpetrador está vinculada con la derecha, o hacia el conservadurismo, no será considerado como amenaza terrorista, más allá de que las acciones, propiamente dichas, que potencialmente podría llevar a cabo, sean iguales.

En un estudio acerca de la percepción de los ciudadanos sobre el terrorismo, se le preguntó a los encuestados si el gobierno debía aumentar la vigilancia sobre la comunidad musulmana, el 61.7% contestó que estaban de acuerdo con dicha medida. En cuanto a las preguntas sobre si se debía detener la inmigración a Estados Unidos, una gran mayoría también contestó que sí, que lo consideraban pertinente.[892]

En cuanto a la forma en que la prensa y los medios manejan este tema, un estudio llevado a cabo por el Washington Post demostró que el 78% de los artículos publicados sobre el Islam tenían una connotación negativa, en comparación con otros credos.[893] Luego del 9/11, las representaciones mediáticas de musulmanes y el Islam fueron en su mayoría negativas. Muchos diarios importantes[894] fueron desfavorables en sus representaciones hacia los musulmanes, identificándolos como "terroristas", "extremistas", "fundamentalistas", "radicales" y "fanáticos".[895]

Por último, no es menor tener en cuenta ciertos dichos efectuados por el expresidente de EE.UU, Donald Trump, acerca del Islam y su "vínculo" con el terrorismo, como cuando expreso que el Islam "odiaba a los Estados Unidos". También cabe recordar que en diciembre de 2015 Trump, quién todavía no había asumido como presidente, expresó que querría instaurar una base datos que recolectará información de todos los musulmanes que vivieran en el país, y que pretendía prohibir el ingreso de personas afines al credo musulmán al país.

En conclusión, no es casual que la percepción de los ciudadanos estadounidenses sobre el terrorismo este asociada con el Islam y no con otros grupos sociales. Las leyes restrictivas y el sesgo con el que son impuestas ayudan a perpetuar esto. En adición, el rol de los medios como comunicadores no ha hecho fácil que se desestime la asociación entre musulmanes y el terrorismo.

[892] Davis & Barbish (2019).
[893] Bleich & Maurits van der Veen, (2018).
[894] El estudio menciona al New York Times, Los Ángeles Times, y el Washington Post.
[895] Ahmed & Matthes (2017).

2.2 **Nigeria**

En el caso de Nigeria la violencia asociada a delitos y organizaciones terroristas es extremadamente tangible debido a que las condiciones políticas y económicas del país han propiciado la creación de grupos insurgentes que desean imponerse frente a la sociedad civil, con el fin de instaurar sus normas y conductas de manera violenta. El Índice de Estados Frágiles,[896] clasifica a las naciones del mundo desde las más "frágiles" (o inestables) a las menos propensas a fracasar, en función de la corrupción institucional, la criminalidad y la capacidad del gobierno para regular la economía, el desplazamiento interno de los ciudadanos, el fuerte declive económico, la emigración de intelectuales, entre otros. Nigeria, en el 2017 se encontraba en la posición 13 de 178 (siendo 178 el puesto más estable), con un puntaje de 101.6 (siendo 120 el puntaje más bajo, indicando una gran inestabilidad).[897]

Entre 2001 y 2017, Nigeria ha sido objeto de más de 3000 atentados terroristas, siendo *Boko Haram* la principal organización terrorista en el país. Este grupo terrorista ha provocado la muerte de más de 30 000 personas, y el desplazamiento de 2.5 millones de nigerianos.[898] Boko Haram tiene como objetivo establecer un Califato, donde la Sharia sea la única ley, y luchar contra los ideales que provienen de Occidente. A su vez, en Nigeria existe un alto nivel de insurgencia, cuyas formas de manifestación van desde ataques suicidas, tiroteos y bombardeos hasta secuestros y decapitaciones.[899] Además de tener como objetivos al personal policial y militar, Boko Haram ha atacado a civiles no combatientes, incluyendo a musulmanes y no musulmanes que viven en el norte de Nigeria. Si bien el Norte[900] es donde la organización más injerencia tiene, el Sur se ha constituido también dentro del radar del grupo como uno de sus objetivos, calificándolo como adversario, ya que esta área es la que permitiría la expansión de los pensamientos occidentales en el país, cosa que la organización repudia y descalifica.

---

[896] Anteriormente, este Índice era conocido como Índice de Estados Fallidos o Failed States Index, por su nombre inglés.

[897] Fund For Peace (2017).

[898] Counter Extremism Project (2019).

[899] Maiangwa, Uzodike, & Whetho (2012:41).

[900] Nigeria se encuentra dividido en seis zonas: Sur Sur, Sur Este, Suroeste, Norte Central, Noroeste y Nordeste, esta última zona ha sido donde Boko Haram se ha constituído como grupo terrorista.

En el 2012, 390 atentados terroristas fueron perpetrados en el país, con un promedio de al menos un atentado diario. Para el 2015, Boko Haram se convirtió en el grupo terrorista más mortífero en el mundo, desplazando de ese lugar a ISIS. En el mismo año, Nigeria llego al puesto Nº3 en el ranking de países con mayor impacto por terrorismo.[901]

En una encuesta llevada a cabo por Pew Research Center en 2015, se obtuvo como resultado que la sociedad nigeriana detesta a Boko Haram: el 82% tiene una visión desfavorable del grupo, y el 79% tiene una visión muy desfavorable. Este desagrado es compartido por cristianos y musulmanes por igual.

A pesar del atentado a la oficina de las Naciones Unidas en 2011, que dejo un saldo de 25 muertos, Boko Haram ha atacado de manera abrumadora objetivos locales, y no objetivos internacionales. Esto parece sugerir que el objetivo final del grupo es deslegitimar el estado secular nigeriano a través de la imposición de un estado islámico impulsado por la Sharia.[902]

En el 2011, el presidente Nigeriano, Jonathan Goodluck, aprobó el Acta para la prevención del Terrorismo, que en 2013 fue modificada por una Enmienda. Esta norma busca otorgar medidas para la prevención, prohibición y la lucha contra el terrorismo, como también el financiamiento de los grupos terroristas. Autoriza la pena de muerte por actos de terrorismo y permite al gobierno utilizar las fuerzas armadas contra los grupos o individuos que estén asociados con dichas organizaciones, siempre y cuando la Asamblea Nacional lo apruebe.[903] A su vez, proporciona jurisdicción federal para enjuiciar los actos de terrorismo llevados a cabo dentro de Nigeria, prohíbe conspiraciones para cometer actos de terrorismo en el exterior y prevé sanciones para quienes infrinjan esto. Sin embargo, la ley (ni su Enmienda) proveen una definición sobre terrorismo, pero si conceptualizan quienes son los terroristas y que son los actos terroristas.

La sanción de la ley generó preocupaciones en los círculos de derechos humanos ya que ciertos aspectos de la misma fueron vistos como una seria amenaza hacia los derechos fundamentales garantizados en el capítulo 4 de la Constitución de la República Federal de Nigeria de 1999. Como ejemplo, la ley otorgó poderes amplios a oficiales de seguridad e inteligencia, sin ningún tipo de vigilancia judicial.[904] La sección 25 (a-e) de la ley, faculta al asesor o

[901] Njoku *et al.* (2018:995).
[902] Maiangwa, Uzodike, & Whetho (2012:41).
[903] Njoku *et al.* (2018:995).
[904] Akujobi (2018:32).

inspector de seguridad nacional General de Policía para ingresar y buscar cualquier lugar, personas, o vehículo "sin orden judicial", si el oficial tiene razón para sospechar que se está cometiendo un delito. El oficial también puede buscar, detener y arrestar a cualquier persona si tiene una sospecha razonable de que la persona ha cometido o está a punto de cometer un delito bajo sospechas de terrorismo. De esta forma se avalan abusos de las fuerzas de seguridad, ya que pueden ampararse en que creían que podía estar llevándose a cabo un acto terrorista sin tener certeza acerca de ello.

En el 2015, Sheik Ibrahim El Zakzaky fue detenido por su asociación con el grupo Movimiento Islámico Nigeriano (IMN por sus siglas en inglés), un grupo religioso Shia, que, según el gobierno nigeriano, está asociada con actividades terroristas. Luego de su encarcelación, el gobierno prohibió las actividades del grupo. Miles de personas se manifestaron en contra de la medida por ser autoritaria e ir en contra de la libertad de expresión.

Nigeria ha trabajado con otros vecinos afectados por Boko Haram para formar y dirigir la Fuerza de Tarea Conjunta Multinacional (MNJTF) que facilitó la colaboración y coordinación en contra del grupo. De esta forma se lograron recuperar territorios que habían sido tomados por dicha organización.

Nigeria también celebró pactos con naciones extranjeras en la lucha contra el terrorismo. Esto significó ayudas militares del oeste (Estados Unidos, Francia, Reino Unido) y otros aliados, especialmente en lo que respecta a la capacitación del personal, suministro de municiones y el intercambio de inteligencia. [905]

Para la sociedad nigeriana, el terrorismo está asociado con el extremismo religioso, especialmente con el islámico. El terrorismo es sinónimo de un estado fallido que ha desatendido las necesidades básicas de la población, donde los gobernantes son altamente corruptos y donde la pobreza y la desigualdad son moneda corriente. Estas fallas han dado lugar a la creación y crecimiento de grupos terroristas, que desean hacerse de territorios nigerianos para poder aplicar su ley. Si bien el gobierno ha sancionado ciertas normas cuyo fin es la lucha contra el terrorismo, no ha logrado hacerlas efectivas dentro de la sociedad.

Aturdidos por el aumento exponencial de Boko Haram y la radicalización rápida, los nigerianos se ven enfrentados con problemas de seguridad física individual, incluso mientras luchan por superar dificultades

[905] Njoku, *et al.* (2018:995).

económicas inéditas y de décadas de duración debido a las políticas patológicas de regímenes sucesivos.[906] Deben enfrentarse no solo al terrorismo perpetrado por Boko Haram, sino también al miedo instaurado por las fuerzas militares y el gobierno, quienes justifican su actuar en pos de lograr la paz y la eliminación de los grupos terroristas dentro del país, y sin embargo fallan en ello y logran generar miedo en la población civil, que se siente desamparada y sin protección.

El presidente nigeriano, Muhammadu Buhari, declaró la victoria contra Boko Haram en diciembre del 2015, aunque el anuncio fue seguido por sucesivos atentados suicidas perpetrados por el grupo terrorista en el noreste del país.[907] Entre la mencionada fecha y fines del 2017, hubo 842 atentados terroristas, correspondiendo 357 atentados (confirmados) a dicha organización. A su vez, todavía siguen desaparecidas 113 de las estudiantes capturadas en 2014 en Chibok.

3. Tipificación del terrorismo: ¿idilio o posibilidad?

Los estudios de casos analizados en este trabajo fueron seleccionados para exponer no solo la dificultad de tipificar un delito como el terrorismo, sino también para explicar la percepción que ciertas sociedades poseen sobre que es el terrorismo, y como ello ha impactado a nivel jurídico y social en dichos Estados.

A nivel nacional es muy dificultoso encontrar una norma acorde a la concepción que la sociedad posee sobre dicho crimen y que permita determinado acuerdo sobre la misma. Es más, hay casos que en la legislación nacional de un único estado existen diferentes concepciones sobre el término y también puede haber hasta más de una tipificación acorde (ejemplo Estados Unidos).

A nivel internacional la cuestión se complica aún más. Las diferentes concepciones que cada país posee sobre el terrorismo pueden contradecirse, solaparse y/o antagonizarse al momento de buscar una única tipificación. Por ende, el acuerdo sobre el término en el ámbito internacional no es una tarea simple.

[906] Maiangwa, Uzodike, y Whetho (2012:41).
[907] Counter Extremism Project (2019).

Algunos escritores argumentan que los estados más poderosos, que en la mayoría de los casos dictan la agenda internacional, han encontrado un beneficio mayor al no definir terrorismo, ya que esto les proporciona más libertad para redactar sus políticas.[908]

Muchas veces, dicho concepto es utilizado para descalificar adversarios en función de cumplir objetivos políticos, en lugar de que se asocie con conductas delictivas y violentas. En otros casos, se utiliza para penalizar conductas violentas cometidas por determinados grupos sociales, y no por otros cuando también debería de incluirse (por ejemplo, yihadistas y supremacistas blancos). Es por esto que la palabra terrorismo se encuentra política y emocionalmente cargada, provocando, como consecuencia, una gran dificultad al momento de consensuar una definición precisa.

La tipificación del delito de terrorismo y su persecución, al quedar en manos de los estados nacionales, puede generar dos respuestas antagónicas. La primera es la de la prevención extremista, donde las leyes que existen para su persecución y condena son duras y donde la libertad de los ciudadanos muchas veces se ve coaccionada por ellas. Este es el caso de Estados Unidos, donde el Estado ha tomado un rol proactivo en la sanción y prevención de atentados terroristas, pero ha abusado de ello generando cierto desamparo o inseguridad en la vida cotidiana de ciertos ciudadanos.

La segunda es una respuesta totalmente contraria a lo antedicho. Si bien hay ciertos países que tienen un rol activo jurídicamente en cuanto a la lucha contra el terrorismo, en la práctica esto dista mucho de ser así.

Entonces, aquí está el quid de la cuestión: si bien es muy difícil llegar a un acuerdo internacional sobre que es el terrorismo y como juzgarlo, es importante que se llegue a una definición jurídica internacional en miras a que los países no tengan una postura intermedia al momento de ejecutar leyes contra terrorismo (es decir, ni con actitudes muy duras ni tampoco blandas), y que exista un criterio unificado al respecto.

En mi opinión, lograr una norma internacional acerca del terrorismo e incluir dicha definición dentro del estatuto de Roma, abriendo la posibilidad de juzgamiento dentro de la Corte Penal Internacional generaría mayor seguridad jurídica internacional y permitiría que se unifiquen criterios nacionales para poder luchar efectivamente contra el terrorismo.

A su vez, se podría lograr que, si se redactara dicho concepto con una perspectiva anti discriminatoria, los Estados que legislan sus normas en

[908] Ginkel (2008:467).

miras de ciertos grupos sociales dejarán de hacerlo o, al menos, amainaran dicha conducta. Esto podría ir de la mano con una norma que prohíba tomar como terrorismo la protesta social, protegiendo internacionalmente a organizaciones políticas o afines. En el caso argentino, una norma así le daría un marco de seguridad jurídica a quienes deciden manifestarse políticamente.

Por último, creo que si se lograra tipificar el terrorismo como uno de los crímenes que recepta el estatuto de Roma las víctimas de atentados terroristas podrían tener una instancia ulterior donde pudiesen ejercer su reclamo en los casos en que el país de donde son nacionales no otorgue una solución concreta. Esto también responde a un doble objetivo: que la víctima obtenga resarcimiento por el perjuicio sufrido y que el actor del ilícito acceda a un juicio también justo, en donde se respeten las debidas garantías procesales.

En el *Plan de estudios para la capacitación Jurídica contra el Terrorismo* (2018) elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) manifiesta que los signatarios de la ONU están en vías de redactar un convenio general sobre el terrorismo internacional que, en última instancia, aportará una definición internacional genérica del terrorismo. Habrá que esperar en los próximos años si, finalmente, hay acuerdo o no al respecto.

4. Bibliografía

4.1 Bibliografía citada

Ahmed, S., & Matthes, J. (2017). Media representation of Muslims and Islam from 2000 to 2015: A meta-analysis. *the International Communication Gazette, 79*(3), 219-244.

Akujobi, A. T. (2018). An Assessment of the Nigerian Terrorism Prevention Act and its Impact on National Security. *Global Journal of HUMAN-SOCIAL SCIENCE: H Interdisciplinary, 18*, 31-37.

Bappah, Ejeh, & Dankofa. (2019). Nature of Terrorism and Anti-Terrorism Laws in Nigeria. *NAUJILJ* , 186-192.

Counter Extremism Project. (2019). *Nigeria: Extremism & Counter-Extremism.*

Davis, D. W., & Barbish, V. (2019). Citizens' Perceptions of the Risks Produced by Terrorism: A Predicator of Public Policy Outcomes? *Homeland Security Today U.S* Obtenido de https://www.hstoday.us/white-papers/citizens-perceptions-of-the-risks-produced-by-terrorism-a-predicator-of-public-policy-outcomes/

Ginkel, V 'Combating Terrorism: Proposals for Improving the International Legal Framework'. in Cassese, A. (editor). Realizing Utopia: The Future of International Law. (Oxford, Oxford University Press), 2008, p. 467.

Maggs, G. E. (2010). Chapter 1. Terrorism and the Criminal Law. En G. E. Maggs, *Terrorism and the law cases and materials* . Washington: George Washington University Law School.

Maiangwa, B., Uzodike, U. O., & Whetho, A. &. (2012). Baptism by Fire: Boko Haram and the Reign of Terror in Nigeria. *Africa Today, 49*(2), 41-57.

UNODC. (2018). *Plan de Estudios para la Capacitación Jurídica contra el Terrorismo.* Viena: Naciones Unidas.

UNODC. (2018). *Plan de Estudios para la Capacitación Jurídica contra el Terrorismo.* Viena: Naciones Unidas.

New America. (2018). *What is the Threat to the United States.* Obtenido de Terrorism in America After 9/11: https://www.newamerica.org/in-depth/terrorism-in-america/what-threat-united-states-today/

4.2 Bibliografía consultada

Bassiouni, C. M. (2001). International Terrorism: Multilateral Conventions (1937–2001). *New York: Transnational Publishers.*

Convención Interamericana Contra el Terrorismo. AG/RES 1840 (XXXII-O/02) (2012) OEA

Convención para la Prevención y la Represión del Terrorismo (1937) Sociedad de las Naciones

Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999) Naciones Unidas

Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (1971) Naciones unidas

Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves (1963) Naciones Unidas

Counter Extremism Project. (2019). *Nigeria: Extremism & Counter-Extremism.*

Davis, D. W., & Barbish, V. (2019). Citizens' Perceptions of the Risks Produced by Terrorism: A Predicator of Public Policy Outcomes? *Homeland Security Today U.S*.

Fund For Peace. (2017). *2017 Fragile States Index* . Washington D.C: The Fund for Peace.

Global Freedom of Expression. (s.f.). *Constitutional review of article 421-2-5-2 of the French Criminal Code.* Columbia University .

Human Rights Watch. (2014). *Illusion of Justice Human Rights Abuses in US Terrorism Prosecutions.*

International Amnesty. (2017). *Dangerously disproportionate: the ever-expandig national security state in Europe.* London: International Amnesty LTD.

International, Amnesty. (2012). *Nigeria: Trapped in the cycle of violence* . Londres: Amnesty International LTD.

Laborías, A. R. (2013). El concepto de terrorismo en las Naciones Unidas: antecedentes y perspectiva actual. Ámbito Jurídico, 115.

Lipka, M. (2017). *Muslims and Islam: Key findings in the U.S. and around the world.* Pew Research Center.

Maiangwa, B., Uzodike, U. O., & Whetho, A. &. (2012). Baptism by Fire: Boko Haram and the Reign of Terror in Nigeria. *Africa Today, 49*(2), 41-57.

Njoku, C.G., Okeniyi, O.O., Ayara, N.N. and Akoth, C.O. (2018), "Terrorism in Africa: Mapping the Nigeria and Kenya situation", International Journal of Development and Sustainability, Vol. 7 No. 3, pp. 993-1014.

Poushter, J. (2015). *6 facts about public opinion in Nigeria before election day.* Pew Research Center.

Poushter, J., & Manevich, D. (2017). *Globally, People Point to ISIS and Climate Change as Leading Security Threats.* Pew Research Center.

Preguntas y respuestas de la Corte Internacional Penal, Publicado por el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas DPI/2016 - Octubre de 199, ver en http://www.un.org/spanish/law/cpi.htm

Resolución 2178 ONU (2014)

Resolución ONU A/RES/49/60 (1994) Medidas *para eliminar el terrorismo*

United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. (23 de Mayo de 2018). *France: UN expert says new terrorism laws may undermine fundamental rights and freedoms*. Obtenido de United Nations Human Rights Office of the High Commissioner : https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23130&LangID=E

UNODC. (2018). *Education for Justice. University Module Series. Counter-Terrorism.* Viena: United Nations.

UNODC. (2018). *Plan de Estudios para la Capacitación Jurídica contra el Terrorismo.* Viena: Naciones Unidas.

New America. (2018). *What is the Threat to the United States.* Obtenido de Terrorism in America After 9/11: https://www.newamerica.org/in-depth/terrorism-in-america/what-threat-united-states-today/

Guerra ambiental: perspectivas interdisciplinarias entre los conflictos bélicos y su impacto en el ambiente

Agustín Rodríguez

"*Sólo después que el último árbol sea cortado, sólo después que el último río haya sido envenenado, sólo después que el último pez haya sido atrapado, sólo entonces nos daremos cuenta que no nos podemos comer el dinero*" Indios Cree.

El análisis sobre cuestiones de índole ambiental durante el siglo XX ha provocado el apogeo de la temática que se ha materializado en el reconocimiento del derecho al medio ambiente como un derecho humano fundamental en diferentes tratados internacionales en la materia, y como tal, necesario para el pleno goce y disfrute de los demás derechos humanos.

A partir del reconocimiento de su existencia como fuente de respeto y garantía por parte de los Estados, es que la comunidad internacional ha tenido que *aggiornarse* para poder hacer de su cumplimiento una realidad posible. Lo cierto es que durante la segunda mitad del siglo XX las más grandes atrocidades contra la humanidad fueron el escenario del contexto mundial, los conflictos armados fueron la antesala de un escenario propenso a la vulneración de derechos humanos; los medios utilizados en diferentes conflictos sigue siendo al día de hoy una gran problema para el goce y disfrute de derechos humanos de mucha personas alrededor del mundo.

En este sentido, el presente trabajo pretende ahondar en primera instancia sobre el marco regulatorio del derecho al medio ambiente sano indiferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, en segunda instancia mencionar diversas situaciones que suceden en diferentes conflictos

armados o como consecuencia de ellos y constituir una grave vulneración de la temática examinada, para finalmente concluir en el examen de ciertos casos que dan cuenta de analizado.

1. Regulación en el derecho internacional de los derechos humanos

Finalizada la Segunda Guerra Mundial en la comunidad internacional se empezó a gestar la necesidad imperiosa del reconocimiento de ciertos atributos o facultades que pertenecen a todas las personas por el simple hecho de ser personas, ejemplo de ello son la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ambas de 1948 que pregonan de manera simultánea *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos..."*.[909]

La igualdad constituye uno de los principios marco de desarrollo jurídico en el campo de los derechos humanos; esto se vería representado en los diferentes textos jurídicos que se empezaron a producir con el fin de dar un marco de regulación y protección de los derechos humanos y que en mayor o menor medida contendrán disposiciones referidas al "*derecho al ambiente sano*". Sin embargo, el simple reconocimiento de tal derecho en un cuerpo jurídico no sería *per se* suficiente ya que *"El derecho se caracteriza, de este modo, no por sus contenidos sino por sus formas, sus procedimientos y relaciones",*[910] por lo que era necesario además la interpretación de este derecho como su ampliación mediante la labor judicial internacional para de esta manera de manera complementaria al Derecho Internacional del Medioambiente poder lograr una protección integral.

[909] Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1.; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, preámbulo.

[910] CÁRCOVA, Carlos Maria (1997) "Complejidad y derecho" Revista jurídica de Buenos Aires, Facultad de Derecho de Buenos Aires.

1.1. Sistemas regionales de protección de derechos humanos

1.1.1 Sistema Interamericano

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) firmada en 1969 y en vigor desde 1978 constituye el marco regulatorio de protección –junto otras convenciones regionales– de derechos humanos en la región interamericana, desde su momento fundacional contiene en sus artículos diferentes derechos contenidos, el derecho a la vida, la libertad personal, a la protección judicial, entre otros; pero paralelos fines del presente artículo haremos hincapié en el artículo 26 de dicho tratado que estipula:

> Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Esta disposición consagra dentro de la CADH la protección a los derechos económicos, sociales y culturales[911] que serían finalmente complementados con la entrada en vigor del Protocolo Facultativo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido también como el Protocolo San Salvador. Este último contiene expresamente:

> Artículo 11
>
> 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
>
> 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

[911] A los fines de este artículo y por el desarrollo jurídico en la materia, me parece propio hablar en adelante de *derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*.

Los instrumentos internacionales anteriormente nombrados poseen obligaciones específicas que surgen de su naturaleza que obligan a los Estados a respetar y garantizar sin discriminación, asegurando el goce de un contenido mínimo y esencial de dichos derechos a todas las personas sujetas a su jurisdicción. El mismo Estado debe adoptar las medidas necesarias para el desarrollo progresivo del máximo nivel de disfrute.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha expresado la evolución de tal derecho al determinar que "[e]stos avances en el desarrollo de los derechos humanos en el continente han sido recogidos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador",[912] por lo tanto es innegable la relación entre la protección al medio ambiente y los demás derechos humanos.[913]

En su Opinión Consultiva (en adelante OC) número 23, el Tribunal hace un exhaustivo análisis del derecho en cuestión para finalmente determinar que el derecho al medio ambiente sano constituye de manera conjunta de una faz colectiva en la cual se lo reconoce como "un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras."[914] y un faz individual ya que "vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros".[915] Entonces queda innegablemente claro que la producción de diversos daños al medio ambiente producido por los estado puedan generan graves violaciones a los derechos humanos,[916] ya que es fundamental un ambiente sano "para la existencia de la humanidad".[917]

---

[912] Corte IDH. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196. párr. 148.

[913] Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23. párr 47.

[914] Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23. párr 59.

[915] Ídem.

[916] Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400. párr 203.

[917] Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación

1.1.2 Sistema Europeo

El Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (también conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos o CEDH) de de 1950 es un tratado adoptado bajo los auspicios del Consejo de Europa y cuyo objetivo es la protección de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho que entró en vigor en 1953. Ha sido ratificado por todos los Estados miembros de esta organización regional europea, un total de 47 Estados, aceptando con ello la jurisdicción obligatoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH).

En su cuerpo normativo hace referencia a la protección de diversos derechos reconocidos y objetos de respeto y garantía por los Estados partes del Convenio. Sin embargo, llama la atención la total ausencia en su cuerpo de una mención al "derecho a un medio ambiente sano" o siquiera la mención extensión de la palabra "ambiente".

Pese a ello, dicha ausencia no limitó al TEDH de desarrollar mediante su labor jurisdiccional el reconocimiento del derecho al medio ambiente sano. Las sentencias *greening*[918] del TEDH se caracterizan por haberle dado reconocimiento y protección jurídica al medio ambiente haciéndolo extensivo a otros derechos contenidos en el Convenio[919].

El primer caso de esta índole ante el TEDH es Powell y Rayner vs. Reino Unido donde se analizó la contaminación acústica causada por un aeropuerto. De manera ulterior se puede encontrar el caso López Ostra vs. España de 1994 donde el Tribunal de Estrasburgo expresó "*que los daños graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona",*[920] como así también

---

con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23. párr 59 *in fine.*

[918] Se denomina a la técnica de cualquier sistema de protección de derechos humanos para salvaguardar el medio ambiente el cual, *a priori,* no tiene una protección específica en la materia mediante un tratado vinculante que obligue a los Estados miembros del respectivo sistema

[919] Derecho a la vida contenido en el artículo 2 del CEDH, a la privacidad contenido en el artículo 8 del CEDH, a la propiedad contenido en el artículo 1 del Protocolo adicional al CEDH y a la protección judicial efectiva contenido en el artículo 6 del CEDH

[920] TEDH. CASE OF LÓPEZ OSTRA v. SPAIN - [Spanish Translation] summary by the Spanish Cortes Generales. A303-C. párr 51.

Ana Maria Guerra y otros vs. Italia, Moreno Gómez vs. España, Giacomelli vs. Italia, Fadeïeva vs. Rusia, Öneryildiz vs. Turquía, Taskin y otros vs. Turquía, Tatar vs. Rumania, Emiroglu vs. Turquía, Curmi vs. Malta, Dubetska vs.Ucrania y Hardy y Maile vs. Reino Unido. Fruto de este desarrollo jurisprudenciales que es posible decir que: a) el Tribunal de Estrasburgo se fundamenta en el CEDH a pesar de que en él no hay disposiciones relativas al cuidado del medio ambiente; b) dicho fundamento se consolido con bases en la violación del derecho a la vida, la privacidad, la propiedad y la protección judicial efectiva; y c) los Estados deben lograr el *equilibrio justo*[921] entre sus medidas y el bienestar del medio ambiente y de las personas.

1.1.3 Sistema Africano

Como sistema de protección de derechos humanos, el sistema africano de protección de derechos humanos a partir de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante la Carta o Carta) es posible descartar como el más reciente. Dicho instrumento fue aprobado en 1981 en el marco de la XVIII Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana (OUA),[922]y que entró en vigor en octubre de 1986.

En dicho instrumento pueden destacarse las singularidades que provienen de las necesidades del continente africano, y del cual cabe destacar su reconocimiento explícito de los derechos humanos que en los otros sistemas no se encuentran explícitos en la CADH ni en el CEDH. Nos encontramos ante el único tratado internacional de derechos humanos que consagra en su cuerpo normativo: el derecho al desarrollo (art. 22), a la paz tanto en el ámbito interno como internacional (art. 23), el derecho al medio ambiente satisfactorio y global (art. 24). Sobre este último artículo, expresa la Carta: *"Todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo."*

En este último sistema de protección la presencia de dictámenes es aún menos, aunque no inexistente. En la Comunicación 155/96 la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos analizó los efectos perjudiciales que tienen las actividades de una empresa petrolera en los habitantes de una

[921] Así lo entendió en el Caso Lopez Ostra vs España.

[922] Organización que a partir de 2001 se ha transformado en la Unión Africana (UA).

comunidad, pero considerados tanto individual como grupalmente, siendo esto una vulneración sobre el derecho a la salud física en relación con el derecho a un medio ambiente adecuado.[923]

1.2 Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

Partiendo de la idea de igualdad y no discriminación, y de igual manera la obligación de respeto y garantía de protección efectiva[924] se aplican al disfrute en condiciones de igualdad de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible según el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y el medio ambiente, John H. Knox, en su informe temático sobre los Principios Marco sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente.

En el ámbito de las Naciones Unidas se desarrolló una gran labor por parte de los diferentes organismos de control para lograr el reconocimiento del *derecho humano a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.* En la presentación del Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible de 2018 ante el Consejo de Derechos Humanos se presentó un documento cona anexado con 16 principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente.

---

[923] African Commission on Human and Peoples Right. Communication 155/96 The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria.

[924] Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2, párr. 1, y 26; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2, párr. 2; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, arts. 2 y 5; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 2; la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 5. El término "discriminación" se refiere aquí a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. Véase Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989) sobre la no discriminación, párr. 7

En dicho documento se expresa además que:

> Los daños ambientales afectan al pleno disfrute de una amplia gama de derechos humanos, y las obligaciones de los Estados de respetar tales derechos, de protegerlos de injerencias y de hacerlos plenamente efectivos se aplican en el contexto ambiental al igual que en los demás.

Este plexo de principios parte de la idea de interdependencia entre los derechos humanos y la protección al medio ambiente como una obligación derivada del progresivo reconocimiento de la necesidad de un ambiente sano y limpio para poder garantizar el desarrollo de cada persona sin importar su raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, tanto en épocas de paz como en épocas de su quebrantamiento.

2. Derecho internacional del medio ambiente y derecho internacional humanitario

La protección internacional del medio ambiente está constituida como un corpus jurídico que regula el desarrollo de la actividad humana y la explotación de los recursos naturales del planeta mediante el respeto del medio humano y la preservación del equilibrio ecológico.[925] Ahora bien, ¿qué se entiende por medioambiente? La Corte Internacional de Justicia en su OC sobre la *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares* expresa que el medio ambiente no es una abstracción, sino que representa el espacio en el que viven los seres humanos y del que depende su calidad de vida y salud, incluso la de las generaciones futuras.[926]

Sobre finales de 1968 la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió convocar a una Conferencia sobre Medio Humano en 1972 que se

[925] JUSTE RUIZ, J., *Derecho Internacional del Medio Ambiente,* Mac Graw Hill, Madrid, 1999, p.40.

[926] Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares.* 08/07/1996. párr. 29.

realizaría en Estocolmo, Suecia. Allí se adoptaron dos textos de relevada importancia, por un lado, la Declaración sobre el Medio Humano (también conocida como Declaración de Estocolmo) y un Plan de Acción para el Medio Humano. Sobre la Declaración adoptada allí puede reconocerse como carta fundacional del derecho internacional ambiental, puesto que de manera explícita menciona la protección del medio ambiente como una *solemne obligación* por parte de los Estados para poder garantizar dicho derecho a las generaciones venideras.

Un próximo hito en la discusión y el desarrollo del Derecho Internacional del Medio Ambiente sería la *Cumbre de la Tierra* celebrada en Río de Janeiro en 1992, donde si bien se produjeron diversos textos legales, sólo dos de ellos tienen fuerza vinculante siendo los demás *soft law*. Cabe destacar que de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo surge una gama de diversos principios que intentan dar un avance sobre el *desarrollo sostenible*. Aquí es donde nos encontramos ante la primera mención de la guerra como enemigo del disfrute del medio ambiente sano.

El Principio 24 dice:

> La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible. En consecuencia, los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario.

De manera simultánea, ese mismo año se llevó a cabo la Segunda Conferencia para la revisión de la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (Convención ENMOD).[927] Esta Convención es un instrumento de derecho internacional del desarme relacionado específicamente con la protección del medio ambiente en caso de hostilidades, que integra junto a otras fuentes de obligaciones internacionales relativas a la protección del medio ambiente en épocas de conflicto armado.[928] El CICR presentó en 1994 un documento

[927] La Convención ENMOD fue negociada en el marco de la Conferencia del Comité de Desarme y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1976; fue abierta para su firma el 18 de mayo de 1977 en Ginebra y entró en vigor el 5 de octubre de 1978

[928] Ejemplo de ello son: Los principios generales de derecho internacional y el derecho consuetudinario internacional; (Cuarta) Convención de La Haya relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre, de 1907 (H.IV), y Reglamento anexo relativo a las leyes y usos de

sobre las Directrices sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares a la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual si bien no la ha aprobado formalmente, invitó a todos los Estados a "examinar debidamente la posibilidad de incorporarlas en sus manuales militares y otras instrucciones dirigidas a su personal militar".[929]

Veinte años más tarde, con el fin de evaluar el cumplimiento de lo dispuesto en Río de Janeiro en 1992, los Estados parte se volvieron a juntar para poder redefinir los horizontes del accionar estatal para lograr el desarrollo sostenible. Así es que en 2012 se celebra en Brasil la Conferencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, Río+20.

En tal oportunidad el representante del Comité Internacional de la Cruz Roja alertó a los estados sobre el impacto destructivo que tienen los conflictos armados en el ambiente, sobre todo la contaminación por armas y su impedimento al desarrollo sostenible. En este sentido Felipe Donoso -jefe de la delegación del CICR para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay en ese entonces- expresó que "La contaminación por armas no sólo representa una amenaza permanente a la seguridad de poblaciones enteras sino que, además, impide el acceso a tierras cultivables, al agua potable y a los alimentos. En zonas de alto riesgo, servicios básicos como la atención médica y la educación también se ven afectados",[930] también "dificulta el trabajo de asistencia a los más necesitados en tiempos de emergencia humanitaria".[931]

---

la guerra terrestre (H.IV.R);(Octava) Convención de La Haya relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto, de 1907 (H.VIII);Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra, de 1949 (GC.IV); Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 1954 (H.BC));Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), de 1977 (G.P.I); Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), de 1977 (G.P.II); Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, de 1980 (AC), con: Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (AC.P.II) Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Armas Incendiarias (AC.P.III)

[929] Asamblea General de las Naciones Unidas. AG res. 49/50, de 9 de diciembre de 1994. Las Directrices figuran en anexo al documento de las Naciones Unidas A/49/323 (1994). Véase H. P. Gasser (nota 4).

[930] Comité Internacional de la Cruz Roja. Comunicado de prensa 12/117. *Río+20: el CICR alerta sobre el impacto destructivo de la contaminación por armas.* Disponible en: https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/news-release/2012/brazil-news-2012-06-13.htm

[931] Ídem.

Durante el conflicto armado el daño al medio ambiente es evidente, pero puntualmente en la Conferencia Río+20 el delegado del CICR resaltó que la contaminación por armas "[e]s una tragedia humana, social, ambiental y económica que afecta a los países en los que las guerras terminaron hace décadas y a los que sufrieron conflictos recientes."

3. Consecuencias

Luego del último disparo, la contaminación causada por las municiones o artefactos sin estallar y abandonados sigue matando y mutilando a las personas, impidiendo el acceso a los recursos y bienes de primera necesidad. Un efecto inmediato de esta contaminación es el obstáculo del regreso de la población civil a sus hogares, además de impedir la prestación de ayuda; más a largo plazo, las complicaciones pueden surgir del impedimento de la rehabilitación y la reconstrucción de la infraestructura, como escuelas y hospitales, carreteras, etc.

Dicha contaminación causada en su mayoría por: municiones no detonadas,[932] armamento abandonado, minas (de fabricación improvisada o industrial), y la proliferación de armas pequeñas y armamento liviano.[933] Dichas circunstancias hacen que la realidad posterior al conflicto se vea atravesada por graves consecuencias humanitarias y grandes consecuencias ambientales.

La muerte y la mutilación son las consecuencias humanitarias más notorias producto de "municiones no detonadas y el armamento abandonado en las ciudades y en los campos matan y hieren a la población, provocan daños psicológicos, degradan el suelo, contaminan el agua, destruyen a las especies vivas. Las consecuencias socioeconómicas y ambientales son desastrosas"[934] imposibilitando un proceso de reconciliación -o adecuación- de la población civil con el espacio que fue escenario de las hostilidades, pero de manera previa fue su hogar. De manera complementaria es posible observar las grandes consecuencias medioambientales que imposibilitan el transcurso de la vuelta

[932] Los llamados residuos explosivos de guerra: granadas, morteros, obuses, municiones en racimo, bombas y misiles;

[933] Comité Internacional de la Cruz Roja. Folleto sobre *Contaminación por armas: Devastación del medio ambiente y sufrimiento de la población.*

[934] Ídem

a la vida preguerra, como degradación del suelo; contaminación del agua; destrucción de especies; disminución de la biodiversidad; y desequilibrio en la cadena alimenticia.[935]

Cabe hacer una notable distinción respecto de las consecuencias, mientras que para las consecuencias humanitarias el CICR ha podido localizar, destruir o neutralizar diversos artefactos antes que causan males graves a las personas. Actividades de esta índole han sido llevadas a cabo en países donde los conflictos armados terminaron hace décadas, como Laos, y en otros que sufrieron conflictos recientes, como Irak y Libia donde el CICR destruyó o neutralizó más de 6.500 artefactos sin estallar.

Sin embargo, las consecuencias ambientales poseen una complejidad particular. El mismo Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente señaló que "al menos el 40% de los conflictos internos registrados en los últimos 60 años han tenido relación con la explotación de los recursos naturales, tanto por su «gran valor», como la madera, los diamantes, el oro, los minerales o el petróleo, como por su escasez, como la tierra fértil y el agua" explicitando entonces que los conflictos armados pueden acelerar la degradación ambiental generando su vez la destrucción de ecosistemas completos.

Algunos ejemplos pueden ser: a) lo producido en Vietnam ya que durante casi una década, el ejército de Estados Unidos roció millones de litros de una gama de herbicidas y defoliantes en vastas franjas del sur de Vietnam. El más difundido de los químicos fue el *Agente Naranja* con el cual hasta el dia de hoy es posible ver los efectos perjudiciales para la vida de las personas y la perdida de una 20% de ecosistema de selva; b) el genocidio de Ruanda produjo que aquellas personas que pudieran escapar de lo que estaba sucediendo en su lugar natal -refugiados como desplazados- destruyeran 300km cuadrados de bosque; c) la situación de los desplazados de Sudan iniciada el 2003 con más de dos millones de personas ha causado la deforestación y la degradación de los suelos como el agotamiento del agua subterráneos en la zona donde se ubican los campamentos de ayuda humanitaria; y d) 150 km de costas libanesas y sirias fueron el escenario de un derrame de petróleo causado por el ejército de Israel.

[935] Ídem

4. Reflexiones finales

El derecho al medio ambiente sano es indispensablemente necesario para el goce y disfrute de los demás derechos humanos. La comunidad internacional ha avanzado en tal reconocimiento a través de diferentes Tratados Internacionales, áreas jurídicas que amantes parecían distantes, necesariamente cumplen hoy un cuerpo jurídico unificado.

Al día de hoy siguen padeciendo miles de personas alrededor del mundo las consecuencias de los conflictos que azotaron sus territorios hace años o que al día de hoy siguen vigentes. Es necesario pensar -o repensar- las consecuencias socioambientales de los conflictos armados y su recuperación, no solo mediante aspectos jurídicos sino mediante el análisis exhaustivo de las consecuencias medioambientales para su pronta recuperación.

Es de suma urgencia la aplicación de una mirada *pro ambiente* en aquellas negociaciones en las cuales el medio ambiente haya sufrido graves afectaciones al mismo para asegurar así el pleno goce y ejercicio de derechos y libertades fundamentales de las generaciones presentes y futuras.

5. Bibliografía

5.1 Normativa

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada el 27 de junio de 1981. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1986.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978.

Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, 1954.

Convención de La Haya relativa a la colocación de minas submarinas automáticas de contacto, 1907.

Convención de La Haya relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre, 1907, y Reglamento anexo.

Convención Europea de Derechos Humanos, adoptada por el Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950. Entrada en vigor: 1953.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), 21 de diciembre de 1965.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 34/180, 18 de diciembre de 1979.

Convención sobre la prohibición del uso de técnicas de modificación del medio ambiente con fines militares o con cualquier otro fin hostil, aprobada por la Asamblea General de la ONU en Resolución 31/72, 10 de diciembre de 1976. Entrada en vigor: 5 de octubre de 1978.

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 61/106, 13 de diciembre de 2006.

Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, 1980, y Protocolos anexos.

Convenio de Ginebra sobre la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, 1949.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977.

Protocolo adicional II 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, 1977.

Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de DESC), adoptado el 17 de noviembre de 1988.

5.2 Jurisprudencia

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *SERAC y CESR vs. Nigeria*, Comunicación 155/96.

Corte IDH, Caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de febrero de 2020, Serie C No. 400.

Corte IDH, Caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C No. 196.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, *Medio ambiente y derechos humanos*, 15 de noviembre de 2017, Serie A No. 23.

Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, 8 de julio de 1996.

TEDH, Caso *Ana Maria Guerra y otros vs. Italia*, Sentencia de 19 de febrero de 1998.

TEDH, Caso *Curmi vs. Malta*, Sentencia de 22 de noviembre de 2011.

TEDH, Caso *Dubetska y otros vs. Ucrania*, Sentencia de 10 de febrero de 2011.

TEDH, Caso *Emiroglu vs. Turquía*, Sentencia de 8 de marzo de 2011.

TEDH, Caso *Fadeïeva vs. Rusia*, Sentencia de 9 de junio de 2005.

TEDH, Caso *Giacomelli vs. Italia*, Sentencia de 2 de noviembre de 2006.

TEDH, Caso *Hardy y Maile vs. Reino Unido*, Sentencia de 14 de febrero de 2012.

TEDH, Caso *López Ostra vs. España*, Sentencia de 9 de diciembre de 1994.

TEDH, Caso *Moreno Gómez vs. España*, Sentencia de 16 de noviembre de 2004.

TEDH, Caso Öneryildiz vs. Turquía, Sentencia de 18 de junio de 2002.

TEDH, Caso *Powell y Rayner vs. Reino Unido*, Sentencia de 21 de febrero de 1990.

TEDH, Caso *Taskin y otros vs. Turquía*, Sentencia de 10 de noviembre de 2004.

TEDH, Caso *Tatar vs. Rumania*, Sentencia de 27 de enero de 2009.

5.3 Bibliografía crítica

CÁRCOVA, C.M. (1997) "*Complejidad y derecho*" Revista Jurídica de Buenos Aires, Facultad de Derecho de Buenos Aires.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General No. 18 sobre No discriminación, 37º período de sesiones (1989).

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, Comunicado de prensa 12/117, "Río+20: el CICR alerta sobre el impacto destructivo de la contaminación por armas". Disponible en: https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/news-release/2012/brazil-news-2012-06-13.htm.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Folleto sobre Contaminación por armas: Devastación del medio ambiente y sufrimiento de la población*.

JUSTE RUIZ, J. (1999) "*Derecho Internacional del Medio Ambiente*" Mac Graw Hill, Madrid.

La herencia de las guerras urbanas: la contaminación por remanentes explosivos de guerra

María Rosario Tejada

Las altas partes contratantes (…) solemnemente declaran (…) su determinación para abordar como un asunto de urgencia los nocivos efectos humanitarios de los remanentes explosivos de guerra, a través de una exhaustiva examinación de dichos efectos y las posibles medidas para prevenirlos y remediarlos (…)

(Segunda Conferencia Revisora CCAC, 2001-10)

Tradicionalmente los enfrentamientos armados consistieron en el desplazamiento de tropas y combates en campos de batalla; zonas específicamente delimitadas a los fines contener la actividad bélica de las contrapartes. No obstante, con el correr del tiempo, dichos límites se volvieron difusos y los enfrentamientos comenzaron a tener lugar en contextos impensados hace años como, por ejemplo, el ciberespacio. Esta circunstancia, que se encuentra fuertemente vinculada con las transformaciones sustanciales de los contextos mundiales y el surgimiento de nuevas tecnologías, armamento, sujetos y modalidades bélicas, generó modificaciones en el concepto de conflicto armado tradicional al punto de generar transformaciones en el modo de hacer la guerra.

En las últimas décadas esto se vio traducido en un incremento exponencial del número de conflictos armados contemporáneos, internacionales y no internacionales, alocado en conglomerados urbanos. Dichos espacios se han erigido como un nicho ideal para el desarrollo de enfrentamientos, por tratarse de contextos en los que confluyen numerosos factores que los vuelven altamente atractivos para el desarrollo de actividades armadas.[936]

[936] Sampaio (2016: 72).

De este modo, la parte beligerante usualmente más débil —en cuanto a recursos, armamento, composición, organización y estructura de su tropas, formación bélica y logística—ha arrastrado a las potencias militares a ciudades, pueblos y villas,[937] escenarios que aportan características geográficas e infraestructurales, así como medios no convencionales, para generar ventajas a su favor y reducir la brecha que los separa de sus oponentes en el marco de conflictos que son sumamente asimétricos.

Éste fenómeno —denominado *urban warfare*— mayormente evidenciado en conflictos armados no internacionales ("CANI"), ha generado un cambio de escenario bélico que desafía abiertamente los principios tradicionales del derecho internacional humanitario ("DIH"). De este modo, el objeto del presente trabajo es analizar los conflictos armados contemporáneos desarrollados en ciudades y los desafíos jurídicos que plantean, para el DIH, los influjos de la violencia urbana. En particular, se abordará el estudio de la contaminación por armas toda vez que este fenómeno es una de las principales consecuencias catastróficas de las guerras en las ciudades. Si bien la presencia de remanentes de guerra se registra en conflictos de cualquier tipo y que pueden tener lugar en variados contextos, éstos representan un desafío de especial relevancia en el marco de las guerras urbanas, dado que el impacto que ocasionan puede persistir por décadas y obstruir la recuperación de sociedades víctimas de conflictos armados de modo permanente.

1. De los nuevos escenarios bélicos

La modalidad adoptada por las guerras en las ciudades, tal y como se materializan hoy en día, no se registró hasta comienzos del siglo XX. Ello importó un punto de inflexión respecto de los modelos de guerra tradicionales, que consistían principalmente en dos tipos de operaciones militares: la confrontación física en el campo abierto de batalla —usualmente en las afueras de los conglomerados urbanos— y el asedio a las ciudades o fortificaciones.[938] En consecuencia, entre los siglos XVII y XIX se empleó la noción de "guerra limitada",[939] que llevaba arraigada la idea de que la confrontación se encontraba circunscripta geográficamente y que el objetivo

[937] John-Hopkins (2010: 469).
[938] Bernard (2016: 2).
[939] Kolb y Hyde (2008: 29).

era debilitar a las fuerzas enemigas, dejando fuera de combate a la mayor cantidad posible de sus soldados[940] lo que –en consecuencia- implicaba una restricción en el accionar bélico dado que no todo era posible al momento de hacer la guerra. En este contexto, raramente las calles o edificios se transformaban en escenarios de las batallas y, generalmente, no intervenían sujetos que no fuesen parte de las fuerzas armadas.

Sin embargo, el devenir bélico terminó provocando que los tejidos urbanos, por sus características, se volvieran atractivos campos de batalla,[941] y los grandes bombardeos de la Segunda Guerra Mundial —Hamburgo, Dresde y Hiroshima— expusieron la inevitable mutación del término a una concepción binaria de la guerra: limitada - total.[942] Así, de modo opuesto a la idea de "limitación", la denominación "guerra total" avaló la expansión del accionar bélico más allá de los parámetros conocidos hasta el momento, y permitió que los beligerantes se valieran de dicho concepto a los fines de justificar el carácter de objetivo militar de la totalidad del territorio.[943] En consecuencia, surgió un nuevo modo de argumentar en favor de bombardeos a centros urbanos, industriales y comerciales del enemigo que, como principal resultado, conllevó que "la distinción entre el frente y la retaguardia, entre soldado y civil se volviera borrosa."[944]

Ante este estado de cosas se observa como el "campo de batalla" —tradicional escenario bélico— en la actualidad ha sido reemplazado por áreas densamente pobladas, entendiéndose por tales a las ciudades, pueblos, villas o cualquier otra zona que contenga o dónde se registren concentraciones de civiles u objetos civiles.[945]

Hacer la guerra en las ciudades evidenció y exacerbó la potencial naturaleza asimétrica de los conflictos armados. En ellos, las partes débiles —generalmente grupos armados— no enfrentan de modo directo a las partes fuertes a través de los medios y métodos de guerra tradicionales que les son desventajosos *per se*. Por el contrario, emplean estrategias ofensivas (a través de medios pérfidos y de la destrucción masiva e indiscriminada de la infraestructura) y defensivas indirectas (presión del oponente al transformar

[940] John-Hopkins (2010: 470).

[941] Bernard (2016: 2). El autor identifica algunos antecedentes de los inicios de las guerras en las ciudades en la Guerra Civil Española y la Guerra Sino-Japonesa, así como el bombardeo a la ciudad de Guernica y el asedio a la ciudad de Leningrado.

[942] Weizman (2016: 32).

[943] Kolb y Hyde (2008: 31).

[944] Bernard (2016: 3) (la traducción es propia).

[945] Art. 51, inciso 5 a), del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949.

objetos de su población en objetivos militares), respaldándose y camuflándose entre la población civil y el tejido urbano que, por su carácter simbólico y su estructura tridimensional, provee la perfecta protección frente a los contraataques.[946] El entorno urbano aporta características edilicias ventajosas, como edificios y calles que canalizan las maniobras de ataque y contraataque, proveen refugio y escondite, así como representan fortalezas ya construidas. Para los insurgentes, que muchas veces no se sienten constreñidos por las reglas del DIH del mismo que los Estados, esto puede compensar la superioridad en número y tecnología de las fuerzas estatales, y el daño colateral generado puede contribuir a erosionar la legitimidad del Estado combatido.[947]

2. De la herencia de las guerras urbanas

Las guerras en las ciudades se caracterizan por su visibilidad y por la explicitud con la que evidencian el potencial bélico destructor. Alepo, Gaza, Saná, Kabul, Bagdad, Faluya, Grozny, son tan sólo algunas de las ciudades que pueden fácilmente identificarse como sedes de conflictos armados. Calles, edificios, puentes, parques, diques, tendidos eléctricos, redes cloacales y gasoductos, todo se volvió objetivo militar y eso conllevó innumerables consecuencias, no sólo de carácter infraestructural, sino también social; no sólo durante el desarrollo de las hostilidades, sino incluso por décadas luego de finalizadas.

Entre las secuelas identificables a simple vista se encuentra el racionamiento o falta de elementos esenciales (agua y alimentos), acceso limitado o corte de suministro de servicios como agua, electricidad y combustible, destrucción de centros de salud e imposibilidad de atención básica, así como aspectos vinculados con la seguridad, a saber, el emplazamiento de bombas o minas, dispositivos explosivos improvisados o artillería no desarmada.[948] No obstante, ello es tan solo la cara visible de la guerra en las ciudades, ya que además de la inminente destrucción física, dicha modalidad de conducción de hostilidades conlleva un sinfín de efectos a corto, mediano y largo plazo, que podrán evidenciarse de modo inmediato o incluso en cuestión de meses o años, y en numerosos contextos (educacional, económico, social, de salud, demográfico, etc.).

[946] John-Hopkins (2010: 470-471).
[947] Johnson, Wade y Shannon (2013: 105).
[948] Bernard (2016: 5).

En cuanto al daño causado a la población civil, además de las fatalidades y los heridos (amputaciones, fracturas, quemaduras, ceguera, sordera), la guerra en las ciudades conlleva otro tipo de efectos como, por ejemplo, la generación de las condiciones ideales para el surgimiento y expansión de enfermedades y epidem

ias, así como alteraciones en la salud, equilibrio mental y posibilidad reproductiva de los sujetos expuestos a los contextos bélicos, destrucción de viviendas, desplazamientos forzados, etc.[949] Todas esas secuelas dificultan la recuperación y avance de las sociedades víctimas del fuego cruzado urbano, demostrando que la resiliencia no siempre es suficiente para sobreponerse a los efectos catastróficos que la guerra deja en las ciudades y que pueden persistir por décadas, a la vez que los vestigios de la guerra pueden inutilizar extensos territorios y ciudades enteras mediante la siembra o abandono de artefactos, dispositivos o armas explosivas, que son parte de la herencia de urbanización de la guerra. De este modo, sus remanentes se constituyen como uno de los principales factores de imposibilidad de superación del conflicto armado y consecuencia directa del uso de las metrópolis como su escenario.

3. De las armas explosivas

Se conocen como armas explosivas a los artefactos que se activan con la detonación de sustancias altamente reactivas y explosivas con efectos expansivos y de fragmentación;[950] es decir armas que dañan por medio de fuerzas detonantes, dando origen a preocupantes cuestiones humanitarias por sus posibles efectos de largo alcance.[951] Asimismo, se entiende por artefactos explosivos a aquellas "municiones convencionales que contengan explosivos, con excepción de las minas, las armas trampa y otros artefactos."[952] Dentro de los distintos tipos de dispositivos explosivos se pueden encontrar: bombas y misiles de gran envergadura, morteros, granadas, proyectiles de artillería, cohetes, dispositivos explosivos improvisados o caseros[953] así como minas terrestres, minas antipersonales y anti-vehículo, entre otras.

[949] CICR (2016: 1).
[950] CICR (2016: 1).
[951] CICR (2016: 98) (la traducción es propia).
[952] Art. 2, inciso 1 del Protocolo V al Convenio sobre Ciertas Armas Convencionales de 1980, sobre restos explosivos de guerra (2003).
[953] CICR (2016: 1).

Al generarse el impacto o contacto, las sustancias químicas contenidas en los núcleos de los dispositivos reaccionan generando una explosión que puede variar en magnitud, alcance y duración según las sustancias empleadas. Cuando se trata de armas de alto alcance, éstas pueden afectar un área sumamente extensa dependiendo del radio de destrucción de la munición empleada, su rango de imprecisión y si se trata de armas de municiones múltiples liberadas en áreas amplias,[954] capaces de cubrir miles de metros y kilómetros a la redonda. El estudio de estas armas que, por esta característica distintiva reciben el nombre de "armas de zona", es de especial relevancia a los fines del presente trabajo ya que —por tratarse de armamento diseñado especialmente para su empleo en campos de batalla abiertos y extensos— su uso en áreas densamente pobladas, ciertamente generará efectos indiscriminados por la dificultad o imposibilidad de limitar el alcance de objetivos no militares.

4. De los restos explosivos de guerra

Como su nombre lo indica, los "restos explosivos de guerra" ("REG") son municiones explosivas —granadas de mortero, minas terrestres, proyectiles de artillería, misiles, bombas racimo, entre otros— abandonadas o sin estallar que han sido dejadas en un territorio, una vez finalizado un conflicto armado.[955] Entre los REG se encuentran las "municiones sin estallar" ("MUSE"), es decir, aquellas que se han "disparado, desplegado, o empleado de algún modo pero que no ha[n] estallado como se esperaba."[956]

Los REG y las MUSE son la herencia de las guerras en las ciudades, la evidencia y marca permanente de que un conflicto armado ha tenido lugar en ellas. El problema de los restos explosivos de guerra ha aumentado de forma constante y exponencial gracias al desarrollo tecnológico armamentista, la proliferación de armas y sistemas de lanzamiento sofisticados.[957] Las partes beligerantes pueden lanzar cantidades descomunales de municiones en cuestión de minutos, dejando a las comunidades de las ciudades, donde dichas municiones son esparcidas, la carga de lidiar y condena de convivir con dicho

[954] CICR (2016: 1).
[955] CICR (2004: 8).
[956] CICR (2004: 8).
[957] CICR (2004: 6).

legado letal durante años.[958]

Más allá de sus efectos cinéticos destructivos, el uso de armas explosivas en las guerras urbanas presenta consecuencias particularmente graves y devastadoras para la población civil. Y ello no se produce sólo por el efecto explosivo del arma en sí al momento de su uso, sino también cuando dicha detonación no se produce ni en el modo previsto o planificado, ni en el momento esperado. En este contexto, la acumulación de REG y las MUSE genera el fenómeno conocido como "contaminación por armas", entendiéndose por tal a la situación en que numerosos artefactos o dispositivos detonantes quedan desperdigados por los conglomerados urbanos, sin marca o identificación alguna y mayoritariamente sin explotar, inhabilitando extensas porciones de territorio hasta tanto se produzca su remoción. Ello implica una elevada amenaza para la vida de los habitantes y quienes transitan zonas aledañas —toda vez que los explosivos son inestables pudiendo detonarse con sólo tocarlos o rozarlos—, a la vez que retrasa —y hasta imposibilita-—el restablecimiento de servicios y actividades cotidianas, así como la recuperación y reconstrucción de ciudades.[959]

El nuevo rol de las ciudades como tableros militares no sólo trajo aparejado el papel de escudo humano para la población civil, sino también la configuración de efectos directos y/o indirectos a raíz del uso de armas explosivas en ellas. Los primeros, son las consecuencias iniciales, inmediatas y el impacto físico generados por una explosión, ya sea cantidad de muertos, objetivos destruidos o infraestructura derribada, entre otros.[960] Por su parte, los efectos indirectos —*reverberating effects*— son aquellos que sin derivar de modo inmediato de empleo de armas explosivas, son acumulativos y se evidencian en el tiempo.[961]

De este modo, se observa como ciertas consecuencias del uso de dispositivos explosivos sólo comienzan a manifestarse días, meses o años luego de su efectiva detonación en otros componentes de un mismo servicio cuando éstos son interdependientes, como un efecto dominó:[962] fallas, interrupciones o colapso de las redes de provisión y abastecimiento de servicios básicos esenciales y de ayuda humanitaria, propagación de enfermedades y surgimiento de epidemias, derrumbes y desplome de infraestructura, explosiones esporádicas de remanentes de guerra sin

[958] CICR (2004: 4).
[959] CICR (2004: 8-9).
[960] CICR (2016: 59).
[961] CICR (2016: 59).
[962] CICR (2016: 59,61).

explotar, contaminación de agua y cultivos, entre otros. Asimismo, pueden registrarse colapsos, interrupciones, desabastecimiento o carencia de sistemas de atención sanitaria calificados y de transporte, y graves repercusiones socio económicas (pérdida de ingresos y crisis económicas, freno al desarrollo y reconstrucción de comunidades, desplazamiento interno o emigración de la población, impedimento de uso de espacios públicos, destrucción de los sistemas educacionales).[963]

5. De los principios del derecho internacional humanitario

Las partes de un conflicto armado raramente adaptan sus medios y métodos de combate al contexto urbano[964] y, en consecuencia, utilizan armas y planean estrategias sin efectuar mayores consideraciones respecto del ámbito en el que se desplegarán, ni del impacto devastador y el efecto acumulativo que el uso de armas, como las de tipo explosivo, pueden generar en el corto y largo plazo. Así es como se sustancian ataques que no consideran que "las armas modernas tienden a destruir objetos y personas que están más allá de los límites de la definición de 'objetivos militares'."[965]

Si bien el empleo de armas explosivas en áreas densamente pobladas no está expresamente regulado (con excepción de ciertas armas[966]), por su especial potencial destructor su uso debe —necesariamente y en todo momento— respetar y atenerse a los principios del DIH que limitan la conducción de las hostilidades.

En tal estado de cosas, se vuelve imperiosa la apreciación y aplicación de principios básicos del DIH, como el principio de distinción. El artículo 48 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 ("Protocolo Adicional I") establece que las Partes del conflicto deberán distinguir en todo momento entre la población civil y los combatientes, y entre bienes civiles y objetivos militares, y dirigir sus operaciones únicamente contra dichos objetivos.[967]

[963] CICR (2004: 10).

[964] CICR (2016: 1).

[965] Kolb y Hyde (2008: 31) (la traducción es propia).

[966] Protocolo II a la Convención sobre Armas Convencionales Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, relativo a minas, armas trampa y otros artefactos (1980); Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (1997); Convención sobre Municiones en Racimo (2008).

[967] Por su parte, el art. 51, inciso 4 prohíbe ciertos ataques por indiscriminados y el inciso 5, apartado a) define que se percibe como ataque indiscriminado. Por su parte, el art. 52,

Bajo dicha inteligencia, es posible sostener que tanto las armas explosivas como sus remanentes tienen la potencialidad de generar efectos indiscriminados al emplearse como medio de combate en guerras urbanas. Por su naturaleza, la mayoría de las armas detonantes no pueden distinguir quién las activa o libera sus fuerzas expansivas a los fines de interrumpir su efecto si se trata de un civil; así como tampoco pueden prever que sus submuniciones —en el caso de tenerlas— detonen en el momento y contra el objetivo esperado, ni si en su radio explosivo se encuentran objetivos militares o civiles. Es por ello que, en principio, su uso en las áreas densamente pobladas puede calificarse como indiscriminado *per se* dado que la gran mayoría de objetos de una ciudad son objetos de carácter civil —discusión aparte es la que versa sobre la naturaleza dual de los objetos, o si éstos por su uso se han vuelto objetivos militares— y, por lo tanto, es altamente improbable que pueda contenerse el radio explosivo de modo que ningún bien civil se vea alcanzado.

Al analizar dicho principio, parte de la doctrina considera que el principio de distinción abarca también el deber de evitar o minimizar muertes, daños o destrucción que puedan ocurrir a personas protegidas como consecuencias incidentales de un ataque. En este sentido, el DIH obliga a las partes beligerantes de un conflicto armado a tomar las precauciones necesarias durante la conducción de hostilidades a los fines de evitar a la población tales daños. De este modo, tanto la parte atacante debe adoptar todas las "precauciones en el ataque"[968] necesarias para no infligir daños incidentales evitables como resultado de sus operaciones, como la parte atacada debe tomar, en la medida de lo posible, las "precauciones contra los efectos del ataque"[969] a los fines de proteger a la población civil bajo su control de las consecuencias del ataque de su contraparte.[970]

Tanto el principio de precauciones en el ataque como contra los efectos del ataque, llevan implícita la noción de viabilidad o factibilidad. Este estándar requiere que los atacantes estudien, analicen y prevean –en la medida de su capacidad y posibilidades- todas las incidencias posibles que puede acarrear una operación, teniendo en cuenta la circunstancias y efectuando consideraciones humanitarias y militares, a los fines de poder prever posibles desviaciones y contener el ataque dentro de los parámetros esperados. En este sentido, es de especial relevancia tener en cuenta el *trinity model* —conforme lo definieron los expertos— en cuanto a los tres factores que necesariamente

inciso 1 prevé la protección de los objetos civiles al disponer que ellos no deben ser objeto de ataque ni represalias.

[968] Art. 57, inciso 1 del Protocolo Adicional I.

[969] Art. 58 del Protocolo Adicional I.

[970] Melzer (2016: 18-19).

deben considerarse al emplear armas explosivas en áreas densamente pobladas: 1) el contexto que rodea el objetivo, 2) la vulnerabilidad de la población y 3) los efectos cinéticos del arma.[971] En el caso de las operaciones conducidas en el marco de guerras urbanas, la aplicación de las precauciones es sumamente relevante ya que la mayoría de las consecuencias que producen dichos ataques en el tejido urbano, pueden preverse con antelación.

Por otra parte, los beligerantes también deberán considerar el principio de proporcionalidad, que limita aquellos ataques en los que puedan preverse daños —excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista— a personas o bienes civiles.[972] De este modo, este principio entra en juego cuando no puede evitarse infligir daños incidentales a tales sujetos y/u objetos,[973] a los fines de evaluar si dicha afectación está justificada por una ventaja militar considerable.[974] Bajo dichos parámetros, al momento de planear ataques con armas explosivas, las partes beligerantes deben evaluar acabadamente si la destrucción ocasionada por dichas armas a objetos civiles y a la población es contrarrestada por una importante ventaja militar por sobre el enemigo. No obstante, es posible concluir que en la mayoría de los ejemplos actuales de modo alguno la ventaja militar ha ameritado la destrucción ocasionada por el empleo notablemente desproporcionado de tales armas en los centros urbanos.

Llegado a este punto del análisis, se debate si la obligación de previsión por parte de los beligerantes se limita exclusivamente a los efectos directos de un ataque, o si también abarca los indirectos como los generados por armas explosivas. Una significativa práctica estatal[975] ha demostrado que los Estados consideran que por su gravedad "… la interpretación de las reglas de proporcionalidad y precaución en el ataque indican que la noción de daño incidental no se encuentra limitada a los efectos directos de un ataque pero abarca ciertos efectos indirectos, que deben ser tomados en cuenta al analizar la legalidad de un ataque"[976] Asimismo, muchos Estados manifestaron su postura a favor de que los altos mandos de las fuerzas armadas debían tomar en cuenta también los efectos indirectos de un ataque, es decir también los efectos de segundo y tercer orden ocasionados este tipo de armas.[977]

[971] Tollefsen (2015: 11).
[972] Art. 51, inciso 5, apartado b) del Protocolo Adicional I.
[973] Melzer (2016: 19).
[974] Kolb y Hyde (2008: 48).
[975] Robinson y Nohle (2016: 115).
[976] Robinson y Nohle (2016: 116) (la traducción es propia).
[977] Robinson y Nohle (2016: 116).

Otro punto a analizar al efectuar exámenes de proporcionalidad es el atinente al marco temporal. Las partes del conflicto deben considerar el período de manifestación de los efectos esperables de su ataque –de corto, mediano y largo plazo- y, en este contexto, se debate si es necesario limitar el plazo de previsión exigible en atención a que algunos de los efectos pueden ser muy remotos. Es decir, se cuestiona si es posible requerir a los beligerantes que prevean efectos de largo plazo –como lo son generalmente los producidos por la utilización de armas explosivas en las guerras urbanas- que por su naturaleza remota pueden manifestarse días, meses e incluso años luego de concluidas las hostilidades. Por ejemplo, en relación con los restos de guerra, se ha sostenido que sólo los riesgos inmediatos (durante el ataque y las horas inmediatamente posteriores) debían considerarse en la ecuación de proporcionalidad, excluyendo los riesgos a largo plazo, ya que éstos dependían de muchos factores que no podían ser analizados al momento del ataque (por ejemplo, cuando los civiles podrán volver al área, los pasos que haya seguido la parte que controle el área para limpiar los restos, etc.).[978] Sin embargo, toda vez que las consecuencias de largo plazo generalmente pueden preverse con antelación al uso de dicha arma, el CICR ha afirmado que dicha circunstancia debe tenerse en cuenta al efectuar el correspondiente análisis de proporcionalidad.[979]

6. Del Protocolo V relativo a los Restos Explosivos de Guerra

Fue tal la gravedad de los accidentes y los efectos acumulativos ocasionados por la contaminación por armas —inicialmente por las minas antipersonales—, que hacia 1990 la comunidad internacional comenzó a tomar conciencia de las consecuencias humanitarias generadas por ellas. No obstante, no existía un marco regulatorio sólido que minimizara los efectos para la población civil respecto de otros de artefactos sin estallar.

En este estado de cosas, en el año 2000 y por iniciativa del Comité Internacional de la Cruz Roja ("CICR")[980] se llevó a cabo un Encuentro de Expertos a los fines de fortalecer el marco regulatorio que neutralizara la amenaza de los remanentes encontrados luego del cierre de hostilidades y, para ello, propuso a los Estados Parte de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales de 1980 ("la Convención") la negociación de un nuevo

[978] Greenwood (2002: 23) en Robinson y Nohle (2016: 118)
[979] Robinson y Nohle (2016: 122).
[980] CICR (2015: 2)

protocolo sobre REG. El asunto fue incluido en la agenda de la Segunda Conferencia Revisora de la Convención que tuvo lugar en 2000 y 2001,[981] y luego de expuestas las conclusiones a las que arribó el Grupo de Expertos en el estudio encomendado en el año 2002, se evidenció el creciente consenso respecto de la necesidad de adoptar un protocolo en la materia. Así fue como finalmente se negoció y aprobó[982] del Protocolo V a la Convención relativo a los Restos de Guerra[983] ("Protocolo V"),[984] que fue adoptado con el objeto y fin de "reducir al mínimo los riesgos y los efectos de los restos explosivos de guerra después de los conflictos"[985] mediante el establecimiento de un marco normativo que regule la neutralización y tratamiento de dichos remanentes, a través de la implementación de acciones positivas para su identificación, señalización, limpieza, registro y remoción.

El Protocolo V efectúa una diferenciación entre artefactos sin estallar, artefactos explosivos abandonados y restos de guerra. Los primeros son aquellos que "hayan sido cebados, provistos de espoleta, armados o preparados de otro modo para su empleo y utilizados en un conflicto armado. Pueden haber sido disparados, dejados caer, emplazados o proyectados, y habrían debido hacer explosión pero no lo hicieron."[986] Por otra parte, se entiende por artefactos explosivos abandonados a aquellos que "no se hayan utilizado durante un conflicto armado, que hayan sido dejados o vertidos por una parte en un conflicto armado y que ya no se hallen bajo el control de esa parte. Los artefactos explosivos abandonados pueden o no haber sido cebados, provistos de espoleta, armados o preparados de otro modo para su empleo."[987] Finalmente, el término restos explosivos de guerra abarca ambos conceptos.[988]

El Protocolo V se caracteriza por efectuar una enunciación de medidas positivas a las que se comprometen los Estados Parte a los fines de abordar la problemática, entre las que se encuentran: a) limpieza, remoción o destrucción de los REG,[989] b) registro, conservación y trasmisión de información,[990] c)

[981] Ver al respecto: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/610
[982] Ver al respecto: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/610
[983] Dicho protocolo fue aprobado el 28/11/2003 y entró en vigor el 12/11/2006.
[984] Al día de la fecha, 93 Estados han consentido obligarse por el Protocolo V. Ver al respecto: https://www.unog.ch/80256EE600585943/(httpPages)/1BC7A23614F0980FC12579A3004B5F1F?OpenDocument
[985] Art. 1, inciso 1 del Protocolo V.
[986] Art. 2 inciso 2 del Protocolo V.
[987] Art. 2 inciso 3 del Protocolo V.
[988] Art. 2 inciso 4 del Protocolo V.
[989] Art. 3 del Protocolo V.
[990] Art 4, del Protocolo V.

la adopción de otras precauciones factibles –advertencias, educación de la población sobre los riesgos, señalización, vallado y vigilancia del territorio comprometido- para la población y objetos civiles,[991] d) protección de las misiones y organizaciones humanitarias,[992] d) cooperación y asistencia –brindarlas y recibirla-[993] y e) adopción de medidas preventivas.[994]

A los fines de cumplimentar su propósito, el Protocolo V instaura un régimen de asistencia y cooperación técnica, financiera –mediante contribuciones a fondos fiduciarios de Naciones Unidas u otros pertinentes-, material y de recursos humanos a cargo de los Estados Parte, teniendo en cuenta que muchos países no tienen los medios económicos, tecnológicos y humanos para contrarrestar y paliar por sí solos la contaminación por armas. De este modo, se busca que la identificación geográfica de los REG o MUSE pueda concretarse pese a que estén ubicados en territorios remotos; que su remoción, traslado y destrucción pueda llevarse a cabo por más que un Estado no cuente con personal calificado y equipamiento necesario. Sin embargo, este proceso no es una tarea sencilla dado que cada remoción implica una serie evaluaciones de variada índole que permitan arribar a la conclusión de la factibilidad de la neutralización de REG, así como la posibilidad de su destrucción contenida. Para facilitar dicha tarea, es fundamental que las partes del conflicto registren el empleo que efectúan de armas explosivas durante el conflicto e inventaríen los REG que han abandonado una vez concluidas las hostilidades; así como que aporten información científica y tecnológica para la identificación, neutralización, desactivación o tratamiento de los REG.

A los fines de reforzar la implementación, durante la Primer Conferencia del Protocolo V, se acordó el establecimiento de un mecanismo de consulta y cooperación basado en encuentros anuales informales de expertos focalizados en discusiones técnicas sobre limpieza y remoción de REG, cooperación, asistencia y medidas preventivas genéricas, reportes nacionales, registro del uso y abandono de restos y asistencia de víctimas. Asimismo, se implementó un sistema online de solicitud de asistencia.[995] Sin embargo, la misión no finaliza allí. El elevado número de accidentes y fatalidades resultantes de dicho fenómeno, exige que se trabaje paralelamente con las comunidades y se asista en la rehabilitación y reintegración económica

[991] Art. 5 del Protocolo V.
[992] Art. 6 del Protocolo V.
[993] Art. 7 y 8 del Protocolo V.
[994] Art. 9 del Protocolo V.
[995] Ver al respecto:
https://www.unog.ch/80256EE600585943/(httpPages)/23632B7C248563A9C12574F1002A6BB8?OpenDocument

y social de las víctimas de la contaminación armamentista. Asimismo, que los Estados Parte asuman el compromiso de formar a sus fuerzas armadas en este tipo de procedimientos.

7. Reflexiones Finales

En la actualidad, el número estimado de países que padece los efectos de los REG se encuentra cercano a 84.[996] La remoción e identificación de MUSE y REG conlleva un proceso de complejidad tal que incluso hoy en día, hay países que continúan retirando remanentes explosivos de la Segunda Guerra Mundial.[997] No obstante, la adopción de la Resolución AGNU 67/74 ha demostrado la preocupación de la comunidad internacional por el tema y ha compelido a reiterar los compromisos asumidos, al destacar la relevancia de lograr la universalización de la aplicación del Protocolo V.

Luego de haber efectuado un análisis de la normativa existente en la materia, es posible concluir que las medidas positivas delineadas tienen la potencialidad de contrarrestar los efectos de los remanentes de guerra. No obstante, los inconvenientes se encuentran en la implementación y en las posibilidades reales de exigir a las partes beligerantes el cumplimiento. Por ello, no debe descartarse la posibilidad de continuar avanzando en la adopción de medidas que permitan efectivizar la aplicación del Protocolo V. Uno de los desafíos será el de reforzar la implementación de la normativa a través de la formación del personal que manipule tales armas y los civiles que puedan tener contacto con ellas, así como mejorar los procedimientos de fabricación (que reduzcan el margen de error y fallas en las detonaciones), identificación y señalización de los REG, y evaluar el avance en mecanismos de detonación controlados.

---

[996] Entre los países más gravemente afectados por la contaminación por armas se encuentran: Afganistán, Angola, Bosnia-Herzegovina, Camboya, Irak, Laos, la Federación de Rusia (Chechenia) y las zonas fronterizas de Eritrea y Etiopía. Ver al respecto: CICR (2004: 6-7).

[997] Polonia ha sido uno de los países más afectados por los REG. Al día de la fecha continúa retirando piezas explosivas, habiéndose removido alrededor de 96 millones de REG y teniendo que limpiar el 80% de su superficie. Los fallecimientos por REG ascienden a más de 4.000 personas y los heridos a más de 8.000. También se registraron REG en Bielorrusia -200.000- y Laos –entre 9 y 27 millones de piezas- y Kosovo -54.000-. Ver al respecto: CICR (2004: 6,7).

El protocolo ha sido resultado de un proceso que se propuso y comprometió a dar solución a una de las principales amenazas que acechan en la actualidad a la población civil como consecuencia del cambio de escenario bélico a las ciudades. No obstante, luego de 16 años de su adopción, aún hoy queda mucho por hacer para dar a conocer este Protocolo y garantizar que sea ratificado y aplicado lo más ampliamente posible por los Gobiernos, las fuerzas armadas[998] y los grupos armados no estatales. Si bien se proponen mecanismos y medidas novedosas y que propenden a un objetivo claro, su aplicación en la práctica hoy tiene desafíos para lograr su completa eficacia.

8. Bibliografía

8.1 Fuentes primarias

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I – 1977).

Protocolo V a la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales de 1980, relativo a Restos Explosivos de Guerra (2003).

8.2 Bibliografía crítica (secundarias)

Bernard, V. (2016) "War in Cities: The Spectre of Total War", en International Review of the Red Cross: War in Cities, Vol. 98 (1), No. 901, 1-11.

CICR (2004) "Restos Explosivos de Guerra. El legado letal de los conflictos armados modernos", Ginebra.

CICR (2015) "Explosive Weapons in Populated Areas: Humanitarian, Legal, Technical and Military Aspects", Reunión de Expertos, Chavannes-de-Bogis.

[998] CICR (2004: 4).

CICR (2016) "Explosive Weapons in Populated Areas", Fact Sheet CICR.

CICR (2016) "ICRC Q&A on the issue of explosive weapons in populated areas", en *International Review of the Red Cross: War in Cities*, Vol. 98 (1), No. 901, 97-105.

John-Hopkins, M. (2010) "Regulating the Conduct of Urban Warfare: lessons from contemporary assymmetric armed conflicts", en International Review of the Red Cross: War in Cities, Vol. 92, No. 878, 469-493.

Johnson, D., Wade, M. y Shannon, B. (2013) "Reimaging Urban Combat", en The 2008 Battle of Sadr City, RAND Corporation, 105-113.

Kolb, R. y Hyde, R. (2008) An introduction to the International Law of Armed Conflicts, Portland: Hart Publishing.

Melzer, N. (2016) *International Humanitarian Law. A comprehensive introduction*, Ginebra, CICR.

Robinson, I. y Nohle, E. (2016) "Proportionality and precautions in attack: The reverberating effects of using explosive weapons in populated areas", en International Review of the Red Cross: War in Cities, Vol. 98 (1), No. 901, 53-70.

Sampaio, A. (2016) "Before and after urban warfare: Conflict prevention and transitions in cities", en International Review of the Red Cross: War in Cities, Vol. 98 (1), No. 901, 71-95.

Tollefsen, E. (2015) "The 'Trinity Model': Factors to consider regarding the use of explosive weapons in populated areas", en CICR, "Explosive Weapons in Populated Areas: Humanitarian, Legal, Technical and Military Aspects", Reunión de Expertos, Chavannes-de-Bogis.

Weizman, E. "Interview with Eyal Weizman", en International Review of the Red Cross: War in Cities, Vol. 98 (1), No. 901, 21-35.

Zeitoun, M. y Talhami, M. (2016) "The impact of explosive weapons on urban services: Direct and reverberating effects across space and time" en International Review of the Red Cross: War in Cities, Vol. 98 (1), No. 901, 53-70.

Relaciones 'internacionales' en la Palestina helenística

De embajadores y su accionar en IV Macabeos

Roberto Jesús Sayar

IOHANAE, LAETITIAE CORDIS MEI

La expansión de la lengua y la cultura helenas al paso del aparentemente invencible ejército de Alejandro trajo innúmeras consecuencias a la inmensa variedad de pueblos que se vieron reunidos bajo su mando. Situación que se agravó tras su muerte, acicateada por las disensiones internas promovidas por sus generales quienes, en sus respectivas áreas de influencia, pretendieron hegemonizar la totalidad del mando y del territorio. En este contexto, cual si se hallaran nuevamente en las πόλεις del pasado, la diplomacia cobrará una enorme importancia en las relaciones entre los diversos estados resultantes de las contiendas intestinas. Y, puesto que la diversidad étnico-racial que conformó la individualidad de estas unidades políticas pervivió en el fuero interno de cada una de ellas, el saber retórico aplicado a las relaciones entre colectivos devendrá una técnica sumamente valorada para facilitar la comunicación entre los grupos dominantes y las diversas masas sometidas. Entre los diferentes ejemplos que se han suscitado a lo largo y a lo ancho de los imperios helenísticos, la relación de la corte lágida y luego seléucida con el pueblo de Israel ha sido estudiada como un caso singular. Particularidad que encontraría su causa en el hecho de que la presencia del invasor no solo los obligó a interactuar con él en un contexto jurídico-legal que resulte común a ambos sino que, a raíz de esta intromisión de la Ajenidad, el colectivo judaico se fracturó entre aquellos que veían con buenos ojos la invasión (y que, en efecto, la propiciaron)[999] y los que interpretaron al invasor como un castigo

[999] Aunque, de hecho, se pueda afirmar que "la revuelta de los Macabeos estalló contra el

enviado por el Altísimo para sancionar las trasgresiones del primer grupo. Por lo tanto, las exigencias del manejo adecuado del discurso deberán ser amplificadas para abarcar también a los integrantes 'sediciosos' del propio pueblo. Así, la voz de los hebreos piadosos, tomará cuerpo en la "literatura de los tiempos de persecución" (Piñero, 2007: 66). En este trabajo abordaremos –de entre ese vasto corpus– el estudio del *Libro IV de los Macabeos* dado que entendemos que en él se hallan puntualizados muchos elementos del discurso defensivo del anciano sacerdote Eleazar ausentes en el texto que se considera su fuente.[1000] Entendemos que el personaje puede ser entendido como un embajador con pleno derecho, sobre todo por el conocimiento que demuestra de la ritualidad relativa a la súplica; tanto la de su propio colectivo como de la de los invasores. Pericia que le permitirá alzarse como un sabio para ambos conjuntos, justificativo más que suficiente a la hora de demostrar su piedad y la necesidad de que el tirano sea castigado. Así, la habilidad discursiva sería otro elemento que explicitará la veracidad del evento, haciendo que el discurso se adecúe a los paradigmas históricos tanto hebraicos como helénicos.

Evidentemente, que la casta sacerdotal se haya expresado a favor de la dominación extranjera, según se colige de los testimonios provistos por *1Ma.* 1.43 y *2Ma.* 4.13,[1001] buscó facilitar la asimilación cultural del pueblo de Israel a las tendencias del helenismo, presentándolas como novedades que equipararían a los hijos de Abraham con los "culturalmente superiores" gentiles. Saulnier (1983:22), en efecto, entiende que el propósito de Antíoco era el de "forjar una divinidad sincrética en la que los judíos, los sirios y los griegos pudieran reconocer a un dios soberano" (*Cf. 1Ma.* 1.41) mediante

deseo de helenización que provenía de la aristocracia sacerdotal y no de la voluntad de los soberanos helenísticos" según Frenkel (1996: 46). Es preciso además tener en cuenta que la reforma de Jasón, sumo sacerdote que comenzó –según las fuentes bíblicas (que reseña Saulnier 1983: 17-18 y 39-40)– la reforma helenista, no atentaba contra la religión judía, al no obligar a los habitantes de Jerusalén a cambiar su fe (Tcherikover 1961, citado en Frenkel 2003: 223). Weitzman (2004: 220) destaca que, de hecho, las políticas normales de su tiempo no preveían una persecución religiosa como la desencadenada por Antíoco.

[1000] El vínculo fuente-meta entre *2Ma.* y *4Ma.* ya ha sido señalado frecuentemente por los especialistas (Frenkel 2011: 66; Piñero 2007: 70-71; Van Henten 1997: 70-73) quienes destacan la acertada búsqueda de pasajes del autor de *4Ma.* que lo ayudan a demostrar su tesis. Citaremos el texto de *4Ma.* por capítulos y versículos, sin anteponer la abreviatura que le es propia, cosa que sí haremos en caso de citar cualquier otro texto, siguiendo las abreviaturas de *LSJ*. Todas las traducciones del griego nos pertenecen, salvo indicación en contrario.

[1001] Aunque, evidentemente, *1Ma.* despersonaliza esta vinculación diciendo que "en Israel mismo muchos aceptaron este culto" (πολλοὶ ἀπὸ Ισραηλ εὐδόκησαν τῇ λατρείᾳ) mientras que *2Ma.* le pone nombre al supuesto causante del pecado del pueblo: "el paganismo se propagó por la influencia de Jasón, que tenía más de impío que de Sumo Sacerdote" (διὰ τὴν τοῦ ἀσεβοῦς καὶ οὐκ ἀρχιερέως Ἰάσωνος ὑπερβάλλουσαν ἀναγνείαν).

el cual reducir las individualidades étnicas no solo en las costumbres cívicas y sociales sino, sobre todo, en las religiosas. En este caso, según Bourdieu (2014: 135), los estratos superiores de la sociedad hebrea, encabezados por el Sumo Sacerdote, apelarían a un reenclasamiento con fines ascendientes, puesto que podrían llegar a ocupar puestos de importancia en la burocracia seléucida e, incluso, adquirir derechos de plena ciudadanía en la πόλις que se fundó en la roca de Jerusalén (*2Ma.* 4.9). La aculturación resultante[1002] conllevará cuantiosos beneficios a las arcas reales (alrededor de 360 talentos anuales, si se da crédito a la afirmación de *2Ma.* 4.8)[1003] y –en apariencia– una paz social para nada desdeñable si se considera la endeble posición en la que se hallaba el monarca en el momento que narran las fuentes (*Cf.* Grabbe, 2010: 9; Saulnier, 1983: 17). Es claro que, en esta perspectiva, ambos elementos salen beneficiados; aunque lo hagan a costa del aparentemente ínfimo grupúsculo que se mantendrá apegado a las costumbres ancestrales. Sobre todo gracias a la circulación de innumerables prejuicios (*Cf.* Allport, 1977: 22) en contra de la fe autóctona, que aseveraban que sus tradiciones estaban "cimentadas en el odio a la especie humana, por lo cual ellas debían ser destruidas" (Frenkel, 2013: 5).[1004] El abandono intempestivo de su propia comunidad por sus otrora líderes no será una acción particularmente positiva a los ojos de sus contemporáneos verán en esta impiedad (*Cf.* 5.38) una acción coherente con los rumores establecidos en la comunidad invasora. Y, por otro lado, aquellos que permanecieron dentro del colectivo de los hijos de Abraham, considerarán a estos un hato de enemigos a los que, no obstante, más temprano que tarde les llegaría la condena de los Cielos. A sabiendas de esto, escribirá el epitomista de *2Ma.* que "Dios demuestra su benevolencia cuando no deja que los pecadores sigan pecando durante largo tiempo sino que interviene pronto para castigarlos" (*2Ma.* 6.13).[1005] Es precisamente por ello que la persecución se describe con los trazos más grotescos posibles, para plasmar efectivamente la profundidad y la crueldad del 'correctivo' divino. De esta manera, la ira de Dios se presenta en forma de degüellos a mansalva (*2Ma.* 6.9); defenestramientos desde las murallas (*2Ma.* 6.10); incineraciones

[1002] Que, para el caso hebreo, se encuentra claramente explicitada en Barclay (1997: 92).

[1003] Que puede ponerse en duda cotejando esos montos con los explicitados en 4.17, posible *amplificatio* mediante. Los datos provistos por Hengel (1981: 39) acerca de la tesorería Lágida y del valor de la región sirio-palestinense en el flujo de mercaderías y dinero en la región pueden servir de un buen punto de partida para comprender la importancia económica (además de estratégica) que ostentaba Israel.

[1004] Además, en nota *ad loc*, esta estudiosa destaca algunos de los pasajes textuales en los que puede fundarse dicha opinión como D.S. 34.35 o Str. 16.2.34-46.

[1005] Basado en este versículo, e interpretándolo a la luz de libros como *Sabiduría* o *Eclesiastés*, Sayar (2015) analiza la conciencia de lo divino del autor de *4Ma.* y el rol de la presencia de Dios en la historia en tanto que es precisamente ese castigo el que motoriza la historia hacia delante.

(*2Ma.* 6.11) y tormentos varios (4.26) mediante los que se buscó que los que permanecían firmes[1006] a las normas divinas abjuraran de su fe.

No obstante, esta estrategia de coerción, que debería mover a los descarriados nuevamente al redil de los justos, no funciona en los niveles esperados, puesto que los disidentes continúan tomando parte en las celebraciones cívicas paganas (*2Ma.* 4.19 y ss.). Por lo tanto, la estrategia del Creador para establecer contacto con su instrumento, que a la vez se convertirá en su singular enemigo, consistirá en un movimiento claramente diplomático. Para comprender esta acción es necesario entender que, muy probablemente, la comunidad hebrea en la ciudad helenística en la que se supone transcurren los eventos narrados por *4Ma.* (=*2Ma.* 4.7-7-42),[1007] esté organizada como un πολίτευμα. Estructura social que implicaba la extranjería de sus miembros en una ciudad determinada "y que formaban un cuerpo cívico separado con su propia constitución y con autonomía para administrar sus asuntos internos" (Druille, 2015: 130).[1008] En razón a esta separación intrínseca es que el abandono de la comunidad por parte de sus líderes resulta incomprensible, ya que los integrantes de un πολίτευμα, en tanto metecos dentro de la organización helenística de una ciudad, "no estaban obligados a participar de la vida diaria o de las prácticas religiosas de la ciudad que los albergaba" (Druille, 2015: 130-1). Es por ello que, ante la falta de autoridad de los integrantes de la cúpula sacerdotal hacia el interior de la comunidad, la γερουσία deba hacerse cargo de las 'relaciones exteriores'. La existencia de este cuerpo legislativo-administrativo está poco atestiguada,[1009] pero el

[1006] Los asideos (del hebreo *hasidim* חסידים), es decir, "los piadosos" o "los fieles a la ley" son, según Saulnier (1983: 61) aquellos que "se reunían en congregación o cofradía seguramente contra la introducción de las costumbres griegas en Jerusalén. Lucharán algún tiempo al lado de Matatías y de Judas pero negarán su solidaridad con la política macabea después de la purificación del templo. De este movimiento saldrían más tarde los fariseos y el cisma de los esenios." *Cf.* Sacchi (2004: 258) y con Farmer (1958: 41 y 161).

[1007] Para comprender este planteo es preciso contextualizar a la comunidad hebrea dentro de la sociedad helenística como μέτοικοι. El lugar de composición del texto, según los estudios más aceptados parece ser Antioquia (Collins [2000:204]). Van Henten (1997, 82), se inclina por una ciudad de Asia Menor, probablemente en la provincia de Cilicia, alrededor del s. I d.C.. En tanto Piñero (2007, 71) duda entre Alejandría y Antioquía. DeSilva, por su parte, se inclina por una zona entre Asia Menor y Siria, tendiente a la cercanía con Antioquía (2006: xx).

[1008] Aunque la investigadora se centre en los testimonios provistos por Filón y, por ende, sus teorías sean más aplicables a la comunidad de Alejandría, creemos que –gracias a la dominación lágida de Palestina– es posible trasvasar, en lo que a Israel respecta, los elementos que resultarán distintivos de dicha comunidad (*Cf.* Saulnier, 1982: 15).

[1009] Sobre todo considerando la escasez de testimonios para el área de Asia Menor/Antioquía, lo que nuevamente nos obliga a interpolar, guardando las distancias del caso, la realidad de Alejandría provista por Druille (2016). Para conocer su funcionalidad y atribuciones en la

hecho de que el epitomista autor de *2Ma.* denuncie que Jasón "suprimió las instituciones legítimas" (*2Ma.* 4.11) otorga una interesante pauta para entender que dentro de estos organismos se hallará el consejo de Ancianos que luego devendrá característico de toda comunidad hebrea (*Cf.* Grabbe, 2010: 43). Indicio que podría verse confirmado además por la presencia central del sacerdote Eleazar (*2Ma.* 6.18 = 5.4). Personaje notorio en la propia comunidad puesto que "[provenía] de familia sacerdotal, [era] experto en el conocimiento de la Ley, avanzado en años y conocido por su filosofía" (5.4). Ser, además, el "primero de la multitud" (5.4) habilita la equiparación con un etnarca o, más precisamente, con un ἀρχιγέρων (Druille, 2016: 137), habida cuenta los años de servicio que un anciano de noventa años (*Cf. 2Ma.* 6.24) pudo haber pasado en la órbita de la γερουσία.

Esta posición destacada simplificará las relaciones entre el colectivo hebreo y la corte, puesto que el enlace deberá pasar necesariamente por su persona. El ser "uno de los principales maestros de la Ley" (*2Ma.* 6.18) facilitará que sea "conocido […] entre muchos de los que rodeaban al tirano" (5.4) y que, en calidad de representante de sus hermanos, pueda aparecer como embajador y heraldo del colectivo ante el soberano. La segunda cualidad, vendría dada porque él se sabe protegido por Dios, dado que es uno de los pocos que continúa aplicando las normas ancestrales a su vida diaria. Además, y de forma similar a los heraldos helenísticos y clásicos,[1010] Eleazar ejerce una actividad hereditaria de cierta relevancia para la conservación del todo social, puesto que evita o declara –legítimamente– las hostilidades con los estados vecinos. Al mismo tiempo, se alzaría como embajador del Altísimo debido a que –al menos en el mundo griego– los elementos pertenecientes a organizaciones religiosas se consideraban árbitros particularmente efectivos (Hall, 2007: 97) dada la neutralidad intrínseca que conllevaría esa vinculación. En este caso particular, la relación adquirirá interesantes repliegues porque es evidente que Eleazar, aunque religioso, pertenece claramente a una de las partes en conflicto[1011] y, lo que es más, a la facción que parece estar absorbiendo la peor parte de ese enfrentamiento. Debilidad que legitimaría, a ojos de la 'comunidad internacional' el comportamiento de los seléucidas con los pueblos subyugados, ya que "los derechos [internacionales] de los estados griegos se definen mediante el dominio de los débiles por los fuertes" (D. *DRL* 15.29). Por lo tanto, si bien es cierto que "los dioses establecen lo que es

época helenística *Cf.* El-Abbadi (1964).

[1010] *Cf.* Hall (2007: 95).

[1011] Que también posee un vínculo de tipo "internacional" forjado sobre los tratados de vasallaje asirios e hititas (*Cf.* Bederman, 2001: 30). sobre la Alianza y el sacrificio de Isaac como un modo particular de vasallaje, además, *Cf.* Agus (1988).

justo y legal" (Low, 2007: 100), al estar afectados por los prejuicios xenófobos a los que hemos referido *supra*, será evidente que las divinidades propias, que han permitido el sometimiento de los hebreos, serán 'mejores' que Yahvé[1012] y, por ende, compartirán el mismo estatus superior con su legalidad asociada. Esta es la razón que entendemos primordial para posicionar a Eleazar en el lugar de un embajador o árbitro, puesto que este medio de resolución de conflictos es planteado, por lo general, por la parte que carece de medios para resolver las disputas de un modo más directo (*i.e.* mediante la guerra [Low, 2007: 106]). Su ancianidad, finalmente, será el rasgo central para que sea lícitamente reconocido como tal en el ejercicio de esta tarea, puesto que, en el ordenamiento cívico-jurídico heleno, tanto los próxenos como los embajadores (y sobre todo estos últimos) poseen esta característica (Hall, 2007).[1013]

La sabiduría asociada a los múltiples años que carga el doctor de la ley, no obstante, será tremendamente minimizada por el soberano, nuevamente afectado por las preconcepciones de las que es objeto todo el pueblo hebreo en su conjunto. En efecto, antes de comenzar con la tortura, Antíoco le espetará (5.10-11, nuestro resaltado):

> αἰδοῦμαι γάρ σου τὴν ἡλικίαν καὶ τὴν πολιάν, ἣν μετὰ τοσοῦτον ἔχον χρόνον οὔ μοι δοκεῖς φιλοσοφεῖν τῇ Ιουδαίων χρώμενος θρησκείᾳ.
>
> en realidad respeto tu edad y tus canas, aunque **no me pareces filósofo**, puesto que tanto tiempo has observado la ley de los judíos

Aunque este, sumido completamente en el contexto agonal[1014] que

[1012] Aunque según Perea Morales (1993) haya varios puntos en común que acabarán por igualarlos en el plano simbólico, tal y como pretende Antíoco.

[1013] "The Greek term *presbeis* originally meant 'elders' and, in the city of Chalcis, ambassadors apparently had to be at least fifty years of age" dice el crítico (Hall, 2007: 96) y a continuación se explicita que, al menos en Atenas, son elegidos directamente por la Asamblea. Si bien en el caso hebreo es más complejo asimilar el hecho de que los ancianos de la γερουσία sean elegidos por el pueblo, no quita que de todos modos posean un cierto ascendiente positivo sobre este.

[1014] Explicitado claramente en Frenkel (2013; 2011: 73), quien en el transcurso de su artículo puntualizará los elementos agónicos de este discurso y contra-discurso para explicar de qué manera se legitima la posición de Eleazar a la luz de la preceptiva retórica helena. *Cf.*, además, Van Henten (1997: 275). Gran parte del resto de los argumentos a favor de la compartición

presupone el mundo helenístico, demuestre efectivamente la dialéctica que se espera de alguien en su posición y argumente tanto a Dios como a su interlocutor, los puntos que él –y muchos en su misma situación y con su mismo pensamiento– han mantenido firmes en su conducta a pesar del contexto claramente desfavorable. Así, no duda en aclarar que la Ley (5.23-24):

> σωφροσύνην τε γὰρ ἡμᾶς ἐκδιδάσκει ὥστε πασῶν τῶν ἡδονῶν καὶ ἐπιθυμιῶν κρατεῖν καὶ ἀνδρείαν ἐξασκεῖ ὥστε πάντα πόνον ἑκουσίως ὑπομένειν καὶ δικαιοσύνην παιδεύει ὥστε διὰ πάντων τῶν ἠθῶν ἰσονομεῖν καὶ εὐσέβειαν ἐκδιδάσκει ὥστε μόνον τὸν ὄντα θεὸν σέβειν μεγαλοπρεπῶς

> nos enseña moderación para que gobernemos todos los placeres y deseos y [nos] ejercita en la valentía para que soportemos todas las penas gustosamente, nos educa en la justicia para que en todas las disposiciones de ánimo seamos equitativos y nos instruye en la piedad para que adoremos magnificentemente al único dios que existe,

explicitando así tanto una especie de "compendio" de doctrina estoica,[1015] con el que convencería a su interlocutor de la validez lógica de su comportamiento y el de la comunidad a la que representa. Al mismo tiempo, lo que hará será persuadir al propio Dios para que este se compadezca de quienes cayeron ante la fascinación que les provocó el triunfante helenismo. El Altísimo, para la visión del anciano, es a la vez, autoridad comunitaria y juez, y por lo tanto debe decidir sobre lo que está sucediendo entre los contendientes. Antíoco parece no saberlo, pero sí Eleazar, quien, a punto de morir, conoce en realidad quiénes están jugando verdaderamente los roles en la corte y suplica por ello a Dios diciéndole (6.27-29):

> σὺ οἶσθα, θεέ, παρόν μοι σῴζεσθαι βασάνοις καυστικαῖς ἀποθνῄσκω διὰ τὸν νόμον. Ἵλεος γενοῦ τῷ ἔθνει σου ἀρκεσθεὶς τῇ ἡμετέρᾳ ὑπὲρ αὐτῶν

de convencionalismos textuales entre ambos ámbitos pueden ser consultados en el sucinto pero profundo trabajo de Wise (1998).

[1015] La adscripción de este texto a esta escuela de pensamiento es muy discutida, la mayoría indica que la filosofía que se nos presenta tiene un particular ascendiente estoico, pero no lo es del todo, sino más bien una *koiné* filosófica con tintes de estoicismo. *Cf. inter alia* Renehan (1972: 224), Saulnier (1983: 8), Collins (2000: 205) y Frenkel (2011: 86).

δίκῃ. Καθάρσιον αὐτῶν ποίησον τὸ ἐμὸν αἷμα καὶ ἀντίψυχον αὐτῶν λαβὲ τὴν ἐμὴν ψυχήν.

> Tu sabes, Dios, que, pudiendo salvarme, muero por causa de la ley con torturas cáusticas. Sé misericordioso con la nación de tu pueblo, nuestra condena acepta en lugar de la de ellos. Mi sangre haz su purificación y toma mi alma el lugar de la de ellos.

demostrando que los causantes de este estado de guerra son, por sobre el tirano y sus esbirros que –al fin y al cabo– son un instrumento para administrar la justicia divina, los que se han dejado corromper por este modo de vida desconectado totalmente de la ley de sus mayores; es decir, los judíos helenizados. Y es aquí donde evidencia la importancia de los oyentes del proceso, puesto que es por ellos por quienes el anciano muere, no solo para que Dios aparte su castigo, sino para que conozcan el modo de actuar que se ha de demostrar en esas situaciones.[1016] Por ello, el rol de delegado de su colectividad no tendrá un único destinatario sino que conformará el vértice de un triángulo retórico desde el que dirigirá su discurso, con similar potencia argumentativa, hacia ambos catetos.

De todos modos, y como es evidente por su declaración inicial, Antíoco no se conmueve por esta peroración y procede a aplicarle las más violentas torturas (*2Ma.* 6.19-30 = 6.2-30). Pero Dios podrá recordar, a partir de estas declamaciones de su siervo, la negociación que en el pasado tuvo con Abraham en razón a la salvación de Sodoma (*Ge.* 18.20-33)[1017] y, por lo tanto, actuar en consecuencia con la jurisprudencia que estableció para este tipo de

[1016] Puesto que incluso parece seguir anacrónicamente las indicaciones del concilio rabínico de Lydda que estableció lo que podríamos llamar las "pautas" para que un martirio se considere como tal, es decir, que mediante él se glorifique el nombre de Dios (en hebreo, *kiddush haShem* קִדּוּשׁ הַשֵּׁם). Dichas pautas prescribían la preferencia de la muerte en caso de que una persona estuviera a punto de incurrir en tres crímenes específicos: idolatría, asesinato o cualquier tipo de inmoralidad sexual (*Cf.* Shepkaru 1999: 19). Esto se hacía extensivo a todo el resto de normas si, en el momento de producirse la violación de un precepto, el infractor se encontrara en presencia de otros diez judíos. No obstante, en tiempos de persecución religiosa estos preceptos se dilataban hasta el punto de permitir escoger la muerte antes que la violación de un punto cualquiera de la ley (*Cf.* 5.29-30). De todos modos esto pronto se volvió foco de discusión y debate: ¿se había de morir cuando el mismo texto sagrado explicitaba que "el que cumpla mis mandamientos vivirá" (*Lev.* 18.5)? Maimónides mismo expresó que quien escogía morir en donde la ley explicitaba la obligatoriedad de la vida es culpable de un crimen (citado en Lamm–Ben Sasson 2007:141).

[1017] Negociación objeto del análisis de Sayar (2018).

situaciones. La sensatez del anciano, por la que ha ganado claramente el papel de mediador entre las dos potencias enfrentadas, es decir, el Cielo e Israel, consiste entonces no tanto en convencer de la lógica de sus planteos a su torturador –puesto que al fin y al cabo no es más que otro elemento en el plan divino– sino en presentar un caso cuya defensa aparezca, a los ojos del Cielo, sensata y piadosa a la vez. Si en la obediencia a la ley –y esto es, la vida según las normas naturales– anida la sensatez (junto con las otras virtudes),[1018] es posible llegar a colegir que todos tenemos la capacidad de balancear esas dos características de modo que los primeros se alcen por sobre los segundos. La virtud se transforma así en una τέχνη explicitada en el texto sagrado y la tradición heredada de los mayores. La misión del anciano embajador será por lo tanto establecer con Dios una suerte de pacto bilateral que determine la justicia que anida intrínsecamente en su pueblo y, por tanto, la sabiduría. Él, en tanto emblema y paradigma de todo su pueblo (Sayar: 2011) deberá poner en palabras el hecho de que, si Dios es la Ley del mundo, y el mundo una especie de 'prolongación' de la voluntad divina (desde el mismo momento de la Creación); ninguno de los seres creados se encuentra en posición de enfrentarse, y mucho menos refutar, tal orden. Prueba suficiente debería ser que las virtudes que el anciano afirma le enseñó su estudio de la Ley son las mismas que los filósofos reputados como 'verdaderos' (ἀλήθειαν 5.11) por los invasores defienden como 'cardinales'. Es decir, el orden del mundo no depende de la voluntad o de la sabiduría de una sola persona, porque los fundamentos inamovibles del *κόσμος* resultan invariables. Y eso va más allá de cualquier soberano, filósofo o civilización. Por eso, el castigo a tal transgresión será proporcional a la infracción cometida.[1019] La mediación encarada por el anciano llegaría a un fin por demás adecuado, puesto que la parte ofendida cederá y, en lugar de hacer la guerra a su propia gente, enviará un ejército poderoso a acabar con la dominación extranjera.

Por lo tanto, la constitución textual de la obra no solo justificará el castigo inicial sino, sobre todo, la circularidad inversa que se efectuará tiranizando la figura extranjera que abusó de su situación de poder para ejercer desmesuradamente la voluntad del Cielo. Engranajes que se articularán alrededor de la figura del anciano, quien, mediador entre las esferas de acción terrestres y metafísicas, legitimará sus propios esquemas ético-morales

[1018] Más si tenemos en cuenta que la explicación de las acciones humanas surge de una conjunción de elementos racionales y desiderativos, ambos otorgados al ser humano por el mismo Dios al formarlo (2.20). *Cf.* el discurso de la madre a sus hijos de *2Mac.* 7.22-3 y con el análisis de ese pasaje en Frenkel (2011: 65).

[1019] Por eso a la hora de narrar la muerte de Antíoco, los autores se centran de manera exacerbada en los castigos ultraterrenos que le aguardan, por haber maltratado al Pueblo Elegido. Para ver las interpretaciones de las variantes de ese deceso, consultar a Frenkel (2002).

como pertenecientes a la totalidad de sus conciudadanos y, en consecuencia, plenamente encomiables en el ámbito de la normativa divina. Así, la situación legal que se pone en escena no es más que un mecanismo para construir una "ficción verbal cuyos contenidos son tanto inventados como encontrados" (White 2003: 109). Más allá de la imposibilidad de plantear su adscripción a un tipo particular de maneras de 'hacer la historia' (Cf. Johnson 2004: 5), sí es posible detectar en ella el modo en el que su autor ha podido construir esa ficción de forma que sus elementos constitutivos sean reconocidos por el pueblo a quien está dirigida y por aquellos que, sin pertenecer al colectivo israelita, detecten en ella a esta figura típica del intercambio retórico-legal grecohelenístico. Estos últimos serán los particularmente interpelados por el texto. Es decir que, del mismo modo en que Eleazar se alza como representante de su etnia ante la figura del poder corporizada en Antíoco; el texto será una suerte de mojón hebreo en medio de la enorme marea de textos que la cultura invasora introdujo en los círculos letrados de Israel. De este modo, mediante su lectura se accedería a una explicitación clara y concisa (gracias a su esquema epidíctico)[1020] de la doctrina ancestral y de las consecuencias que conlleva el acatarla. La relación existente entre la función del texto y las de sus personajes dentro de él legitimaría al tratado como una obra tangencialmente histórica cuyo propósito edificante se magnificará a la luz de la posibilidad de que estos hechos efectivamente hayan acontecido. La consecuente adecuación tanto a los esquemas históricos hebreos como helenos rubricará esta asociación e incluso explicitará el por qué se lo agrupó con las tres obras homónimas del Ciclo... (Piñero, 2007: 65) aún a pesar de sus alegatos filosóficos. El enfrentamiento entre el rey y Eleazar será, para los lectores hebreos, uno de los momentos del modo narrativo denominado "pragmatismo en cuatro tiempos" (Boyer-Hayoun 2008: 10) y, para quienes entienden la historia analíticamente, el punto liminar al "final de los tiempos" que, en el caso hebreo, indica el advenimiento del Mesías. Eleazar en este caso adquirirá características de uno y de otro que, codificadas de manera diplomática, convivirán en él para demostrar la capacidad de diálogo del pueblo de Israel y, sobre todo, su capacidad de adecuación a todo contexto adverso sin ninguna necesidad de dejar su piadosa normativa ancestral de lado.

[1020] *Cf.* Frenkel (2011: 66) y Collins (2000: 203).

1. Bibliografía

1.1 Fuentes

Burcher, S. H. (1966) *Demosthenis orationes*, Oxford: University Press.

De Silva, D. A. (2006) *4 Maccabees. Introduction and Commentary of the Greek text in Codex Sinaiticus*, Leiden-Boston: Brill.

Liddell, H. G. – Scott R. – Jones, H. S. (1996) *A Greek-English Lexicon*, Oxford: University Press.

Rahlfs, A. (ed.) (1971) *Septuaginta*, *id est Vetus Testamentum graecae iuxta LXX interpretes* Vol. 1-2, Stuttgart: Württembergische Bibelanstalt.

1.2 Bibliografía crítica

Agus, A. (1988) *The Binding of Isaac & Messiah. Law, Martyrdom and Deliverance in Early Rabbinic Religiosity*, New York: SUNY Press.

Allport, G. W. (1977) *La naturaleza del prejuicio*, Buenos Aires: EUDeBA.

Barclay, J. M. G. (1997) *Jews in the Mediterranean Diaspora*, Edinburgh: T&T Clark.

Bederman, D. J. (2001) *International Law in Antiquity*, Cambridge: University Press.

Boyer, A. – Hayoun, M. R. (2008) *La historiografía judía*, México D. F.: FCE.

Collins, J. J. (2000) *Between Athens and Jerusalem. Jewish identity in the Hellenistic Diaspora*, Grand Rapids-Cambridge: J. B. Eerdman's Co.

Druille, P. (2015) "La situación cívica de los judíos en los tratados de Filón", *Synthesis* 22, 125-38.

Druille, P. (2016) "Filón y las inscripciones griegas de los siglos II-I a.C.: La existencia de la *gerousía* en Alejandría", *Circe de clásicos y modernos* 20/2, 131-45.

El-Abbadi, M. A. H. (1964) "The *gerousía* in Roman Egypt", *The Journal of Egyptian Archaeology* 50, 164-69.

Farmer, W. R. (1958) *Maccabees, Zealots and Josephus. An inquiry into Jewish Nationalism in the Greco-Roman Period*, New York: Columbia University Press.

Frenkel, D. (1996) "Ecos de la civilización griega en el mundo hebreo", *Argos* 20, 39-47.

Frenkel, D. (2002) "Las muertes de Antíoco IV", en Buzón, R. *et. al.* (eds.), *Los estudios clásicos ante el cambio de milenio. Vida, muerte, cultura*, Buenos Aires, 509-18.

Frenkel, D. (2003) "El léxico de los sacrificios en *II Macabeos*", en Cavallero, P. *et. al.*, *Koronís. Homenaje a Carlos Ronchi March*, Buenos Aires: EFFyL–UBA, 219-233.

Frenkel, D. (2011) "El martirio en la *Septuaginta: II* y *IV Macabeos*", *AFC* 24, 59-91.

Frenkel, D. (2013) "Diálogo entre el tirano y el mártir: Antíoco IV y Eleazar en *IV Macabeos*" [en línea], Jornadas Diálogos: Literatura, Estética y Teología. La libertad del espíritu V, 17-19 de septiembre 2013, UCA, Facultad de Filosofía y Letras, Buenos Aires, en: http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/dialogo-entre-tirano-martir.pdf; obtenido el 15/06/2014.

Grabbe, L. L. (2010) *An Introduction to Second Temple Judaism*, London, T&T Clark.

Hall, J. M. (2007) "International Relations": En Sabin, Ph., Van Wees, H. & Whitby, M. *The Cambridge History of Greek and Roman Warfare*, Cambridge: University Press, 85-107.

Hengel, M. (1981) *Judaism and Hellenism*, Philadelphia: Fortress Press.

Johnson, S. R. (2004) *Historical Fictions and Hellenistic Jewish Identities*, Berkeley: University of California Press.

Lamm, N. – Ben Sasson, H. H. (2007). "Kiddush haShem and Hillul haShem". En: Berembaum, M. & Skolnik, F. *Encyclopaedia Judaica*. Vol. 12. 2nd. ed. Detroit, 139-145. En: http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/judaica/ejud_0002_0012_0_11109. html; obtenido el 11/09/2012.

Low, P. (2007) *Interstate Relations in Classical Greece*, Cambridge: University Press.

Perea Morales, B. (1993) "Ciertas connotaciones entre Yavé y Zeus", *EClás* 35/103, 7-26.

Piñero, A. (2007) *Literatura judía de época helenística en lengua griega*, Madrid: Síntesis.

Renehan, R. (1972) "The greek philosophic background of Fourth Maccabees", *Rheinisches Museum für Philologie* 115/3, 223-38.

Sacchi, P. (2004) *Historia del judaísmo en la época del segundo templo*, Madrid: Trotta.

Saulnier, C. (1983) *La crisis macabea*, Estella: Verbo Divino.

Sayar, R. J. (2014) "Te voy a poner como una luz para el mundo (Is. 49.6.4). La figura de Eleazar como ejemplo y paradigma del éthnos hebreo en *IV Macabeos*", *AFC* 27.2, 99-114.

Sayar, R. J. (2015) "Porque te quiero te aporreo. Sobre cómo el amor de Dios hace avanzar el devenir de la historia en *IV Macabeos*", Ponencia leída en el marco de las *V Jornadas sobre historia de las mujeres y problemáticas de género*. FFCEH–UM. 23 y 24 de octubre de 2015.

Sayar, R. J. (2018). "He dicho: pueblo salvado. Esquemas narrativos y jurisprudencia en *IV Macabeos*", en Neyra, A. V. y Pégolo, L. (eds.), *Un milenio de contar historias II. Los conceptos de ficcionalización y narración de la Antigüedad al Medioevo*, Buenos Aires: Editorial de la Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires [En prensa].

Shepkaru, S. (1999) "From after Death to Afterlife: Martyrdom and its recompense", *AJS Review* 24/1, 1-44.

Van Henten, J. W. (1997) *The Maccabean martyrs as Saviours of the Jewish People. A study of 2* and *4 Maccabees*. *Supplements to the Journal for the Study of Judaism* 57, Leiden: Brill.

Weitzman, S. (2004) "Plotting Antiochus's persecution", *Journal of Biblical Literature* 123/2, 219-34.

White, H. (2003) *El texto histórico como artefacto literario y otros escritos*. Barcelona: Paidós.

Wise, J. (1998) "Courtroom Dramas", en su *Dionysus Writes. The Invention of Theatre in Ancient Greece*, Ithaca & London: Cornell University Press, 119-168.

Parlamentar durante las hostilidades: bandera blanca e historia argentina

Juan H. García Zeballos[1021]

La conducción de las hostilidades trae aparejada, en determinadas ocasiones y según la voluntad de las partes en conflicto, la necesidad de una interrupción de las mismas con el fin de parlamentar entre los beligerantes.

Este supuesto fáctico, que ocurre desde tiempos remotos, se encuentra reglado jurídicamente por el Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH). Sus procedimientos, modos de solicitarlo y obligaciones que de él se generan deben ser respetados y cumplidos de buena fe bajo pena de cometer un crimen de guerra, ya que valerse falsamente de un pabellón blanco en señal de parlamento para obtener una ventaja militar sobre el enemigo, quien cree que el pedido es genuino, comete un acto pérfido. Del mismo modo, quien ataca a un combatiente adversario que ha bajado las armas para intentar dialogar, comete una infracción grave al DIH pues agrede a una persona desarmada.

Ahora bien, ¿cuál sería el régimen jurídico de la tentativa de la perfidia? Asimismo, ¿qué sucedería en caso de uso indebido de la bandera de parlamento, pero sin que esto produzca la muerte o lesiones graves al oponente? y más aún ¿cuál sería la calificación legal de un supuesto similar al descripto pero donde la agresión al combatiente que accede a parlamentar se produce por error? Es decir, donde median circunstancias fácticas que llevan a presumir una situación que en realidad no es tal.

[1021] Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, (FCJyS, UNLP) Argentina. Docente de Derecho Internacional Público, (FCJyS, UNLP). Máster en Relaciones Internacionales Iberoamericanas, en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España. juanherminio76@hotmail.com

La historia argentina en el siglo XIX como en el siglo XX, presenta sucesos donde, tanto adrede como involuntariamente, el régimen jurídico del parlamento no fue respetado.

Hacia una explicación y desarrollo de las normas legales que regulan el parlamento durante las hostilidades, así como también hacia el estudio y conclusiones sobre dichos sucesos históricos, nos dirigimos en el presente trabajo.

1. Disposiciones jurídicas sobre el parlamento durante las hostilidades

La práctica sostenida y reiterada de los Estados, ha generado diversas reglas en relación al derecho de parlamento. Consuetudinariamente, se establece que los mando militares pueden, por motivos militares o humanitarios y tanto en conflictos armados internacionales (en adelante CAI),[1022] como en aquéllos que presentan un carácter no internacional (en adelante CANI),[1023] entablar negociaciones con el enemigo, tendientes a buscar heridos, enfermos o muertos, intercambiar prisioneros o evacuación de población civil, entre otros. Este contacto debe estar basado en la buena fe y cumplirse de igual manera. Puede ser llevado adelante por cualquier medio de comunicación y si se emplearan intermediarios éstos serían los parlamentarios. En tal sentido encontramos: "*Norma 66. Los mandos podrán entablar entre ellos contactos no hostiles, que deberán basarse en la buena fe, a través de cualquier medio de comunicación*".[1024]

La definición jurídica de parlamentario, es "*una persona perteneciente a una parte en conflicto que ha sido autorizada a ponerse en contacto con otra parte en*

[1022] Ver artículos 37 y 38 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 1977.
[1023] Ver artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y artículo 4 inciso 1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales, de 1977.
[1024] Todas las normas expresadas pertenecen al libro de Henckaerts, J.M.; Doswald-Beck, L. (2007) con contribuciones de Carolin Alvermann, Knut Dörmann y Baptiste Rolle *El derecho internacional humanitario consuetudinario Volumen I: Normas.* Traducido por Margarita Serrano García. Comité Internacional de la Cruz Roja. Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe. Buenos Aires. Impreso en Argentina. Primera edición.

conflicto".[1025] El parlamentario, actúa y se identifica mediante la portación de una bandera blanca. Consuetudinariamente, no hay obligación legal de recibir a los parlamentarios y sólo se permite fijar de antemano que no se los recibirá por un período determinado de tiempo.

Asimismo, es importante recordar la invulnerabilidad de los parlamentarios: "*Norma 67. Los parlamentarios son inviolable*s". No obstante dicha disposición, la parte adversa puede tomar las medidas necesarias para evitar verse perjudicada por la presencia de un parlamentario enemigo. Por ejemplo, podría detenerlo temporalmente en caso de que hubiera obtenido accidentalmente información, cuyo conocimiento es contrario a sus intereses. Así hallamos*:* "*Norma 68. Los mandos podrán tomar las precauciones necesarias para evitar que la presencia de un parlamentario sea perjudicial*".

En igual orden de ideas, los parlamentarios que aprovechen y abusen de su posición para cometer un acto contrario al DIH (por ejemplo entrar con permiso del enemigo a un territorio contralado por éste y efectuar actos de sabotaje y/o espionaje), pierden su inviolabilidad, pueden ser capturados como prisioneros de guerra, pero quedan sujetos a proceso penal según la legislación nacional, siempre amparados por las garantías del debido proceso. Así, "*Norma 69. Los parlamentarios que aprovechen su posición privilegiada para cometer un acto contrario al derecho internacional y perjudicial para el adversario pierden su inviolabilidad*".

Sin perjuicio de lo dicho, el hacer ondear una bandera blanca, además de símbolo de parlamento puede significar también mostrar la intención de rendirse, sobre todo si este acto va acompañado de dejar las armas y levantar las manos.

Quien enarbole la bandera blanca debe cesar de forma inmediata el fuego. Su adversario, a quien se le pide parlamento, no está obligado a cesar el fuego pero no puede hacerlo contra quien blande la bandera blanca y sus acompañantes, quienes deben dirigirse hacia donde se les indique. Esta disposición es válida tanto para acercarse al enemigo para entablar el diálogo, como para regresar a territorio propio desde la zona controlada por aquél.[1026]

Atacar a quien se rinde constituye un crimen de guerra. Así encontramos, "*Norma 47. Queda prohibido atacar a una persona cuando se reconozca que está fuera de combate. Está fuera de combate toda persona: […] c) que exprese*

[1025] Ídem.

[1026] Sandoz, Y.; Swinarski, C. y Zimmermann, B., bajo la dirección de Jean Pictet. *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo I)* CICR. www.cicr.org Original en francés, traducción del autor del presente trabajo.

claramente su intención de rendirse; siempre que se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse".

El hecho de respetar a los parlamentarios, de confiar en ellos y de acatar de buena fe lo que se pacta en el momento, es un requisito imprescindible, ya que de lo contrario habría un engaño ilegal y la negociación en el campo de batalla acarrearía riesgos sin tener entonces un sentido práctico.

La palabra rota, la deslealtad, la infidelidad de las promesas, los engaños deliberados entre otras, son maneras de proceder opuestas a las reglas fundamentales e imperativas de derecho internacional general *pacta sunt servanda* y *fides etiam hosti servanda,*[1027] reglas consuetudinarias cuyo cumplimiento depende de un estricto sentido de la ética.[1028]

Los orígenes de este respeto por la moral y el sentimiento del honor se remontan a la Edad Media europea, en especial a los torneos y justas de caballeros, cuyas reglas de combate por uso y costumbre, pasaron luego a ser reglas comunes para la guerra, dado que un caballero confiaba en la palabra de otro, más allá de que fueran enemigos, porque la traición pérfida era un acto que nada podía compensar.[1029]

La perfidia entonces posee tres elementos: apelar a la buena fe del adversario; la intención de engañar esa buena fe (elementos subjetivos) y engañarla en un punto preciso, allí donde exista una protección acordada a los combatientes por el DIH (elemento objetivo). Así entonces debe darse una intención dolosa para sorprender al enemigo en su buena fe.[1030] En la perfidia se invoca, con fines hostiles, una protección legal y se ataca cubierto por dicha protección con una usurpación de símbolos (en este caso la bandera de parlamento), lo que constituye una agravante para el autor de dicho acto.[1031]

Cabe consignar que el respeto por la buena fe y la inviolabilidad de quien porta la bandera blanca, se aplica desde la apertura de las negociaciones, su desarrollo y su terminación e incluso la rendición.

Desde el punto de vista convencional, el régimen jurídico de los parlamentarios se encuentra establecido en varios instrumentos de diversa índole y diferente data.

[1027] Ídem. La primera de las expresiones significa, "Los pactos deben ser respetados" y la segunda "La palabra se mantiene incluso con el enemigo". Nota del autor del presente trabajo.
[1028] Ídem.
[1029] Ídem.
[1030] Ídem.
[1031] Ídem.

En primer lugar encontramos el Proyecto de declaración concerniente a las leyes y costumbres de la guerra en Bruselas del de agosto de 1874, surgido de la conferencia de Bruselas (27 de julio de 1874) efectuada por iniciativa del zar de Rusia Alejandro II y donde se reunieron delegados de 15 países europeos.[1032]

En el mismo orden de ideas hallamos también el Manual de Oxford (Manual de leyes sobre la guerra terrestre) aprobado en Oxford, el 9 de septiembre de 1880. Este manual fue redactado por Moynier y adoptado unánimemente por el Instituto de Derecho Internacional) asociación científica compuesta por asociados de diferentes nacionalidades).[1033]

A ello, podemos agregar las Convenciones de La Haya de 1899[1034] y 1907[1035] y sus respectivos reglamentos anexos sobre leyes y usos de la guerra terrestre.

Ambos se expresan en formas similares, por ende se transcribe la parte pertinente del último de los instrumentos citados.

> Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907
>
> Artículo 23. Además de las prohibiciones establecidas por Convenciones especiales, es particularmente prohibido:
>
> **Inciso (f) Usar indebidamente el pabellón parlamentario, el pabellón** nacional o las insignias militares y el uniforme del enemigo, así como los signos distintivos de la Convención de Ginebra;[1036]
>
> CAPÍTULO III
>
> De los parlamentarios
>
> Artículo. 32. Se considera como parlamentario el individuo autorizado por uno de los beligerantes para conferenciar con el otro y que se presente con bandera blanca. Tiene derecho a la inviolabilidad, así como el corneta, clarín o tambor, el abanderado y el intérprete que lo acompañen.

[1032] En: www.cicr.org Original en francés. Traducción del autor del presente trabajo. Ver artículos 43 a 45.
[1033] Ídem. Ver artículos 8 inciso d) y 27 a 31.
[1034] Ver artículos 23 inciso f) y artículo 32 a 34.
[1035] Ver artículos 23 inciso f) y artículo 32 a 34.
[1036] La negrita pertenece al autor del presente trabajo.

Art. 33. El Jefe al cual se envía un parlamentario no está en todo caso en la obligación de recibirlo. Puede tomar todas las medidas necesarias para impedir al parlamentario que se aproveche de su misión para informarse. Tiene derecho, en caso de infracción, de retener temporalmente al parlamentario.

Art. 34. El parlamentario pierde sus derechos de inviolabilidad si se prueba de una manera positiva e irrecusable que se ha aprovechado de su posición privilegiada para provocar o cometer un delito de traición".

Ya más cercano en el tiempo, encontramos el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 1977 que al respecto dispone:

Artículo 37 - Prohibición de la perfidia

1. Queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios pérfidos. Constituirán perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados. Son ejemplos de perfidia los actos siguientes:

a) simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición;

Artículo 38 - Emblemas reconocidos

1. Queda prohibido hacer uso indebido del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos o de otros emblemas, signos o señales establecidos en los Convenios o en el presente Protocolo. Queda prohibido también abusar deliberadamente, en un conflicto armado, de otros emblemas, signos o señales protectores internacionalmente reconocidos, **incluidos la bandera de parlamento**[1037] y el emblema protector de los bienes culturales.

La falta de cumplimiento de estas disposiciones del Protocolo Adicional I de 1977, son consideradas una violación grave al DIH.[1038]

[1037] La negrita pertenece al autor del presente trabajo. Ver asimismo, el artículo 85 inciso 3 f) de dicho instrumento jurídico internacional.

[1038] Ver Protocolo I Artículo 85 párrafo 3. inciso f) El crimen de guerra se configura siempre

Por último, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) tipifica como crimen de guerra el uso indebido del pabellón parlamentario, siempre que se cause la muerte o heridas graves.[1039] En este sentido, dicha tipificación genera ciertos problemas y posee debilidades, dado que el crimen sólo se configura por el hecho de matar o herir gravemente a un adversario mediante un artilugio pérfido.[1040] Entonces, y *a contrario sensu,* podría decirse que el hecho de capturar o herir levemente a un oponente gracias a un mecanismo pérfido (abuso del pabellón blanco), no caería bajo la figura típica descripta al igual que la simple tentativa sin éxito, por ejemplo al izar falsamente una bandera blanca para desviar o retrasar un ataque enemigo sobre una posición propia y luego darse un combate donde se produjeren muertos y heridos graves. En esos casos y según la doctrina citada, habría que establecer un lazo de causalidad entre la conducta pérfida y el resultado, lo que no siempre será fácil desde el punto de vista probatorio, por cuanto se discutiría tanto en la práctica como en la doctrina si hubo perfidia o si se trató de una artimaña de guerra, sin ánimo de engañar la buena fe de la parte contraria y por ende permitida. Se trata pues de una zona gris[1041] con dificultades para su determinación precisa ya que si el izamiento falso de la bandera de parlamento es al sólo efecto de demorar una incursión enemiga y con ello ganar tiempo para destruir información clave o equipo que no debe caer en manos enemigas, el acto sería conforme a derecho.

Para establecer si ha existido o no perfidia, la misma debe analizarse según la descripción dada por los instrumentos pertinentes, en especial lo dispuesto por el estatuto de la CPI en cuanto a los requisitos del tipo: muerte o heridas graves al adversario mediante uso pérfido de la bandera de parlamento, para que el crimen de guerra pueda verse configurado.

2. Casos en la historia argentina

La historia de las guerras y conflictos armados en los cuales se ha visto involucrado nuestro país, muestra algunos ejemplos en donde ha habido inconvenientes con la bandera blanca y la petición del parlamento.

que la acción se cause intencionalmente, en violación a las disposiciones del protocolo y se cause la muerte o se afecte gravemente la integridad física o la salud.

[1039] Ver artículo 8 párrafos 1 y 2 b) vii)

[1040] Sandoz, Y.; Swinarski, C. y Zimmermann, B.*, op. cit. supra.*

[1041] Ídem.

En primer lugar, durante la Segunda Invasión Inglesa al Río de la Plata, ocurrida en 1807, podemos encontrar el caso del marino español Baltasar Unquera, quien se desempeñaba como ayudante de Santiago de Liniers, virrey del Río de la Plata en aquél entonces, y que fuera enviado como parlamentario a solicitar la rendición de las tropas inglesas replegadas en el Convento de Santo Domingo de Buenos Aires. Al acercarse al lugar, los soldados británicos no respetaron su insignia de parlamento, le dispararon y esta acción culminó con la muerte de Unquera debido a las heridas recibidas.[1042]

Vemos aquí que el hecho de atacar a un parlamentario indefenso, le costó la vida a éste y configuró una falta a las reglas consuetudinarias de la guerra, que como se dijera, ya se habían forjado desde la Edad Media en Europa.

Otro de los ejemplos que se pueden citar sobre los parlamentarios y el DIH en la historia argentina, fue durante la expedición al Paraguay en 1810[1043] (organizada por la Junta de Buenos Aires constituida el 25 de mayo de ese mismo año), en la cual el jefe de dicha expedición, Dr. Manuel Belgrano, destacó a su secretario, el capitán Ignacio Warnes como emisario-parlamentario, quien debía llevar un oficio dirigido a las autoridades civiles y eclesiásticas paraguayas por el que Belgrano solicitaba llegar a un acuerdo que evitara la confrontación armada y la sumisión del Paraguay (erigido en foco contrarrevolucionario), a la Junta de porteña. Warnes fue apresado por los españoles y llevado a Asunción,[1044] desde dónde se lo envió luego a Montevideo, ciudad en la que logró su liberación.

Si bien aquí no hubo consecuencias letales para el parlamentario, el régimen jurídico de éstos se vio no obstante quebrantado, dado que se privó arbitrariamente de su libertad al enviado de una de las partes, quien actuaba de forma no hostil.

Ya en el siglo XX, argentinos y británicos volverían a chocar en el campo de las armas por la soberanía de las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del sur, entre abril y junio de 1982, lo constituyó el conflicto armado del Atlántico Sur entre estos dos Estados.

Fue en una acción acaecida en el primero de los archipiélagos (Malvinas) donde también se produjo un hecho confuso con la bandera blanca

[1042] Información extraída de internet.

[1043] Expedición realizada entre septiembre de 1810 y marzo de 1811, cuyo objetivo era someter a dicha provincia rebelde del ex Virreinato del Río de la Plata, a la autoridad de la Primera Junta.

[1044] Información extraída de internet. Ver asimismo: Silvestre, J. y Rodríguez Rossi, V. (2010) *La masonerí*a y el bicentenario. Lajouane, Buenos Aires, pág. 38.

y que nos habilita a tratar la tercera pregunta que se hiciera al inicio de este trabajo: qué ocurre cuando no hay una intención pérfida de utilizar el emblema parlamentario, pero por circunstancias fácticas y fortuitas se produce un error durante las hostilidades, por el cual se ataca a los soldados que van tomar una posición enemiga que se ha rendido, pero esto no es sabido por el resto de los combatientes de dicho ejército quienes siguen peleando y al ver a tropas contrarias que se aproximan a una trinchera propia, sin saber que ésta ya se ha rendido, atacan al adversario a quien creen en beligerancia y le dan muerte.

Los hechos en cuestión fueron los siguientes: durante los días 27 a 29 de mayo se libró la batalla de Pradera del Ganso en el istmo de Darwin, en el cual se enfrentaron tropas argentinas y británicas por la posesión de dicho territorio. Durante los combates, hubo varias situaciones de parlamento y/o pedido de rendición, pero nos referiremos a una de ellas en particular, ocurrida el día 28 en horas de la tarde.[1045]

Ese día y a esa hora, la batalla aún no estaba terminada, pero lentamente la balanza de las hostilidades se inclinaba hacia el bando británico, fue entonces cuando en un sector de Pradera del Ganso, denominado la Escuela, se produjo el incidente al que hacemos referencia y que es así narrado por la crónica británica: "*Cuando la compañía A llegó a la escuela encontró a los argentinos muy agresivos. Hubo un intenso tiroteo durante el cual murieron unos cincuenta defensores, hasta que apareció una bandera blanca. Algunos soldados de la compañía D, que habían cruzado desde sus posiciones para apoyar el ataque, se adelantaron para recibir la rendición. Pero mientras caminaban hacia la escuela les dispararon desde una trinchera y el jefe de sección y un soldado fueron muertos. Parece improbable que este fuera un engaño deliberado; lo más seguro es que la rendición no hubiese sido comunicada a todos los soldados argentinos antes de que flameara la bandera blanca, pero ese incidente originó que se diera la orden de no atender a las banderas blancas en lo sucesivo a menos que se ordenase lo contrario*".[1046]

Si bien se trató de un episodio que causó indignación entre las filas británicas, quien ejercía ahora el mando de dichas fuerzas en Pradera del Ganso, Mayor Chris Keeble, lo minimizó, pues entendió que lo acontecido se

[1045] En otra situación de parlamento, se dio la poco clara y controvertida muerte del comandante del Segundo Batallón de Paracaidistas británico, teniente coronel Herbert Jones. Ver al respecto Informe Oficial del Ejército Argentino sobre el Conflicto Malvinas, citado en Mayorga, H. y Errecaborde, J. (1998) *No vencidos, Relato de las operaciones navales en el conflicto del Atlántico Sur*. Págs. 414-416. Editorial Planeta, Buenos Aires, Argentina. Ver asimismo, Bishop, P. y Witherow, J. (1986), *La guerra de invierno: las Malvinas. Título Original: The Winter War: The Falklands*. Traducción de Ana María C.C. de Drucker. Págs. 114-118. Editorial Claridad S.A. Buenos Aires, Argentina.

[1046] Bishop, P. y Wihterow, J., *op. cit. supra*, Ver Mayorga, H. y Errecaborde, J., *op. cit. supra*.

debió a un error producto de la confusión de la batalla.[1047]

Un análisis posterior, efectuado por los británicos de dichos sucesos, hizo que dicho Estado señalara que: "a veces no es posible aceptar la rendición de una unidad mientras se está bajo fuego procedente de otra posición. En tal caso, la parte que "acepta" la rendición no puede ir en busca de los rendidos, sino que son los combatientes que deciden rendirse quienes deben acercarse y someterse al control de las fuerzas enemigas".

Vemos aquí entonces, un supuesto donde si bien, *prima facie,* se produce una acción y un resultado tipificados como infracciones graves al DIH, posteriormente se descubre la ausencia de una intención dolosa directa, debido a un error o falso conocimiento de los hechos por parte de una de las partes en conflicto, requisito necesario para la configuración del uso pérfido de la bandera blanca.

3. Conclusiones

De todo lo hasta aquí dicho y haciendo una construcción jurídica de la normativa citada (consuetudinaria y convencional), puede decirse que durante las hostilidades, es un derecho de los beligerantes solicitar parlamento, solicitud que puede ser denegada por la parte contraria, pero nunca de antemano y por tiempo indeterminado.

Una vez acordada, los parlamentarios adquieren protección especial otorgada por el DIH y no pueden ser atacados por estar al margen de las hostilidades. Atacarlos constituye un crimen de guerra, al igual que el uso abusivo y engañoso del pabellón blanco para lograr una ventaja militar, al apelar a la buena fe del adversario, ya que se estaría frente a un caso de perfidia.

Su tentativa puede ser considerada infracción grave al DIH, en la medida en que se determine un nexo causal entre aquélla y un resultado de pérdida de vidas y/o afectación de la integridad física de los combatientes. Si las lesiones son leves, por el principio de tipicidad que opera como garantía penal y que en este caso en concreto exige la muerte o heridas graves en el enemigo, el crimen de guerra no se configuraría por falta de adecuación.

[1047] Ver Mayorga, H. y Errecaborde, J., *op. cit. supra.*

Ahora bien, de no producirse el evento dañoso se estaría en presencia, con las aclaraciones ya efectuadas, de una estratagema de guerra en principio lícita.

Sin perjuicio de lo dicho, luego de haber analizado el uso del pabellón blanco como símbolo de parlamento y/o rendición; las normas que lo regulan y ciertos casos donde se constata su utilización en la historia argentina, podemos ver que no todas las preguntas formuladas al comienzo han obtenido su respuesta, por cuanto la inexactitud del derecho lleva a que existan más de una forma de interpretar y aplicar la norma.

Entonces, y retomando la última pregunta ¿Cuál sería la calificación de un hecho como el ocurrido en Malvinas en 1982 que aunque no es lícito tampoco constituiría un crimen de guerra? ¿Homicidio culposo por imprudencia? ¿No punibilidad del hecho, por ausencia de reproche como juicio de culpabilidad?

También aquí podríamos hallar una amplia polémica doctrinaria.

4. Bibliografía

4.1 Fuentes principales

Corte Penal Internacional. *Estatuto.*

Protocolos Adicionales I y II del 8 de junio de 1977, a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

4.2 Bibliografía crítica

Bishop, P. y Witherow, J. (1986), *La guerra de invierno: las Malvinas.* Título Original: *The Winter War: The Falklands.* Traducción de Ana María C.C. de Drucker. Págs. 114-118. Editorial Claridad S.A. Buenos Aires, Argentina.

Deyra, M. (2010), *"Droit International Public",* París, Francia, Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2e édition

Deyra, M. (2009), *"Le Droit dans la guerre"* París, Francia, Gualino éditeur, Lextenso éditions

Henckaerts, J.M.; Doswald-Beck, L. (2007), con contribuciones de Carolin Alvermann, Knut Dörmann y Baptiste Rolle *El derecho internacional humanitario consuetudinario Volumen I: Normas.* Traducido por Margarita Serrano García. Comité Internacional de la Cruz Roja. Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe. Buenos Aires. Impreso en Argentina. Primera edición.

Mayorga, H. y Errecaborde, J. (1998), *No vencidos, Relato de las operaciones navales en el conflicto del Atlántico Sur.* Págs. 414-416. Editorial Planeta, Buenos Aires, Argentina, 1998.

Palombo, G. y Dick, E.R. (2013), *Guerra de la Independencia, una nueva visión.* Capítulo 15 *Entre el Derecho de Gentes y la guerra sin cuartel. Los prisioneros de guerra.* Grupo Editorial Planeta SAIC, publicado bajo el sello Emecé, CABA, Argentina. 1º Edición.

Sandoz, Y.; Swinarski, C. y Zimmermann, B. bajo la dirección de Jean Pictet. *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo I).*

Silvestre, J. y Rodríguez Rossi, V. (2010), *La masonería y el bicentenario*, Lajouane, Buenos Aires, Argentina.

¿¡Y ahora qué hice!?

Construcción discursiva de Antíoco IV Epifanes en IV Macabeos

Karina Soledad Bracamonte

Roberto Jesús Sayar

A lo largo de diversos estudios, la construcción discursiva presentada en *IV Macabeos* del martirio de Eleazar, la madre y los siete hermanos llevado a cabo bajo las órdenes del rey Antíoco IV Epífanes, se ha revelado de una riqueza profunda. Así, el texto se ha analizado desde miradas disimiles que incluyen la representación teatral,[1048] el ἀγών, la consecuente lucha entre el bien y el mal y la historiografía. Como punto en común de estos acercamientos, se ha constatado que, para concretar una construcción de la identidad judía en pos de recuperar características propias, el autor anónimo debió recurrir a esquemas narratológicos helenizantes debido a que estos se hallaban mejor posicionados socialmente (Sayar: 2019b). Por ende, en un movimiento que puede resumirse en el hecho de mostrar las diferencias que hacen mejor a un colectivo utilizando los recursos que los permitirán igualar a aquel o aquellos que sean concebidos como más prestigiosos, para alcanzar así un lugar de enunciación legítimo, se observaron, entonces, las distintas estrategias desplegadas en la construcción, sostenimiento y jerarquización de la figura de los mártires. En este trabajo, habida cuenta de todos estos antecedentes –y los análisis futuros en los que se seguirán aportando datos sobre la configuración de estas figuras– se busca desplazar un poco el foco de atención de los mártires

[1048] Utilizamos el término correspondiente a la esfera teatral (*Poet.* 1449b28) dado que entendemos que el texto contiene en sí una construcción fuertemente escenificable y, por ello, fácilmente equiparable a la representación dionisíaca. Además, en tanto que lo que se narra, en resumidas cuentas, no deja de ser un procedimiento legal –y en tanto que el edificio del teatro se mostraba proclive a ser el lugar donde las prácticas jurídicas se llevaban a cabo (Hall, 2006: 361-2)– el paralelismo con ciertos aspectos de la tragedia (Sayar, 2017a: 357) y de la comedia (Sayar: 2017b) quedan explícitamente clarificados.

y centrar el examen en la persona/personaje de Antíoco a fin de intentar observar la situación desde la mirada que parece tener él sobre la misma y su papel en los hechos relatados según la construcción discursiva que se realiza de su figura en el tratado. Entendemos que el soberano, al contrario de lo que se afirma sostenidamente a lo largo de *4Ma.,*[1049] se construye a sí mismo como una víctima de las maquinaciones de los hebreos. La puesta en problematización de este concepto desde un punto de vista normativo-legal, derivamos, nos permitirá dimensionar adecuadamente tanto la valía del texto en la biblioteca hebrea como su carácter de testimonio histórico y, a la vez, precisar cómo esa percepción de sí mismo del monarca refuerza aún más las ideas vertidas en el martirio funcionales a la ideología sostenida por el autor.

En este trabajo, entonces, nos centraremos primeramente en realizar algunas precisiones terminológicas, dada su relevancia para nuestra reflexión.

Según lo que se ha estado observando, los mártires retratados en *IV Macabeos* expresan con grandes dotes discursivas lo que se ha comparado en diversos trabajos con un alegato,[1050] especialmente a través de las palabras del sacerdote Eleazar. Sin embargo, uno de los puntos que deseamos precisar aquí es el alcance de dicho "alegato", o –mejor dicho- lo que queremos plantear como su verdadero objetivo; dado que, según la contraposición que realizaremos entre las figuras que conforman este tratado, Eleazar, según su construcción discursiva en el mismo, es plenamente consciente de que, que no se le impida hablar, no significa que tenga posibilidad de salvación. Esta imposibilidad es, justamente, lo que lo convierte en un "mártir"[1051] y, a la vez,

[1049] Todas las traducciones del griego nos pertenecen, salvo indicación en contrario. De aquí en adelante, las fuentes serán citadas de acuerdo con las abreviaturas de *LSJ* a excepción de *4Ma.* que aparecerá glosado sin su sigla previa, en números arábigos con los capítulos y versículos separados por un punto.

[1050] A este respecto, utilizaremos a lo largo del presente estudio la segunda acepción del término, de acuerdo con el DLE (*s.v.*), que reza que se trata de una "exposición razonada, generalmente extensa, en defensa de alguien o algo: 'un alegato contra el drama humano de la emigración" (*Cf.* el uso de esta acepción para un contexto como el presente en Sayar: 2021). De todos modos, resulta preciso hacer hincapié en la idea de que el anciano no defiende a "alguien" sino a "algo", en tanto y en cuanto él no puede defenderse, pero la idea es dejar posicionada (y refrendada con su martirio) no sólo la veracidad, validez de La Ley hebrea, sino la inutilidad de "defenderla" ante un "dominado por las pasiones". Es decir que, mientras Antíoco usa la fuerza pública para dirimir un asunto privado, Eleazar expone un asunto privado/del fuero privado (la observancia a la Ley) a la mirada pública.

[1051] Si bien la definición que se utilizará será la establecida en el DLE (*s.v.*) y que afirma que un mártir es un "persona que padece muerte en defensa de su religión" como norma general se aclara que Eleazar, en la presentación de sus argumentos defensivos, delata que, además, resulta una "persona que muere o sufre grandes padecimientos en defensa de sus creencias o convicciones" al tiempo que también es una "persona que se sacrifica en el cumplimiento

lo que nos permite intentar plantear cambiar el foco momentáneamente de él y reflexionar, entonces, sobre la figura que se le contrapone, Antíoco IV Epífanes.

Recordemos un poco la situación que lleva a dicho martirio: Antíoco, luchando en Egipto contra Tolomeo, escucha rumores que indican que se lo ha dado por muerto en Jerusalén (4.22[1052]). Ante tal situación, indignante para el monarca ya de por sí, su furia se ve incrementada más, al tomar conocimiento, de que tal noticia parece haber suscitado la algarabía de la población. Este hecho lo motiva a volver. Sin embargo, al plantearse discursivamente los motivos de tal retorno, el énfasis del autor parece centrarse en indicar que, contrario a lo que se presupondría dado que sobre él recaen poderes regios y tal "rumor" podría abrir paso a la posibilidad del advenimiento de un estado de anarquía, su prontitud de respuesta se debe a que el festejo de su "deceso" hiere su orgullo propio, lo lastima tanto en su honor como en su imagen, impeliéndolo, así, a "defenderse". Una vez hecho esto, y como consecuencia, el problema principal de esa defensa por mano propia que pretende llevar a cabo es la imposibilidad de individualizar a un ofensor específico. Porque, según se presenta en el tratado, nada le asegura que los rumores de su muerte hayan tenido origen en la comunidad hebrea (ora en la ortodoxa ora en la helenizada) ni que estos sean los únicos a los que la noticia los alivie hasta el punto de alegrarlos y, tampoco, que dicha información que le llega sea certera. Es decir que la defensa se basa en la creencia de la existencia de una ofensa de la que, sin embargo, el ofensor no es individualizable o, en el mejor de los casos, es inabarcable sin que la consecuencia de esto último sea exterminar a toda la población de Jerusalén.[1053] Ante tal disyuntiva, que lo único que hace es acrecentar potencialmente el daño a su persona, al plantear la posibilidad de dejar tal agravio sin castigo, la irracionalidad del rey lo lleva a atacar a los hebreos ortodoxos, en las figuras selectas de Eleazar, la madre y los siete hermanos. Busca, de esa manera, castigar a "alguien" para aleccionar, al mismo tiempo, a "nadie" y a "todos" en específico. De todas maneras, una defensa semejante implicará que, al estar gobernado por sus pasiones,[1054] su pretendida defensa resultará un ataque fatal, retóricamente,

---

de sus obligaciones".

[1052] ἐπειδὴ γὰρ πολεμῶν ἦν κατ› Αἴγυπτον Πτολεμαίῳ, ἤκουσέν τε ὅτι φήμης διαδοθείσης περὶ τοῦ τεθνάναι αὐτὸν ὡς ἔνι μάλιστα χαίροιεν οἱ Ιεροσολυμῖται, ταχέως ἐπ› αὐτοὺς ἀνέζευξεν.

[1053] Recuérdese a este respecto que Eleazar, para comenzar el castigo de aquellos a quienes consideraba culpables, había ordenado llevar a su presencia "a todos y cada uno de los hebreos" (ἕνα ἕκαστον Εβραῖον, 5.2) de la ciudad.

[1054] Entre muchas otras cosas, se afirma de él ser un individuo "abominable y terrible" (ὑπερήφανος καὶ δεινός 4.15) y que lo gobierna un "apasionamiento brutal"

desde el inicio porque echarse atrás tras dejarse "convencer" por Eleazar y "conciliar" (17.23), tendrá repercusiones en lo público (17.23[1055]), sobre todo entre sus súbditos hebreos, ya sean o no observantes[1056] puesto que se trata de un único individuo (Antíoco) peleando contra otro individuo (Eleazar) que se posiciona en el lugar de una comunidad entera que, idealmente, para sus propósitos, no presenta fisuras internas.[1057]

En ese mismo movimiento, en el que selecciona, presenta, señala, somete a "juicio" y juzga a éstos, debe construir una imagen discursiva que lo posicione como víctima directa de las maquinaciones gratuitas y malintencionadas de un colectivo que, más allá de ser en su forma ortodoxa una minoría (dado que la mayor parte de ese grupo había aceptado sin ambages la helenización)[1058] es preciso que él la señale discursivamente como tal, para poder mostrar más fehacientemente la injusticia que cometieron con él, pobre monarca y guerrero que está defendiendo a su pueblo en la dura guerra.[1059] Para ello, sin embargo, transfiere el agravio a su persona, desindividualizándolo, transponiéndolo a un supuesto agravio a las leyes helenas. ¿Cómo es esto? Aunque él retorna, según el tratado, por el "rumor" de su muerte y las supuestas reacciones al mismo, la acusación que recae en los mártires no es el haberlo insultado a él, si no

(σφόδρα περιπαθῶς 8.2).

[1055] Aunque dichas consecuencias acaban siendo positivas para los soldados (y, en última instancia, para él mismo), ya que "éstos [*i.e.* los soldados] se mostraron valerosos e intrépidos en la batalla y el asedio, de modo que despojó y venció a todos sus enemigos" (17.24).

[1056] Los asideos (del hebreo *hasidim* חסידים), es decir, "los piadosos" o "los fieles a la ley" son, según Saulnier (1983: 61) aquellos que "se reunían en congregación o cofradía seguramente contra la introducción de las costumbres griegas en Jerusalén. Lucharán algún tiempo al lado de Matatías y de Judas pero negarán su solidaridad con la política macabea después de la purificación del templo. De este movimiento saldrían más tarde los fariseos y el cisma de los esenios." *Cf.* Sacchi (2004: 258) y con Farmer (1958: 41 y 161).

[1057] Construyendo para ello un prototipo de judío de tipo "hermenéutico" (Schäfer: 1998 y Laham Cohen: 2013 quien lo retoma y profundiza) que, en el caso de las lógicas de martirio se ve esquematizado de la manera en que lo ejemplifica Sayar (2014).

[1058] Se puede afirmar de hecho que "la revuelta de los Macabeos estalló contra el deseo de helenización que provenía de la aristocracia sacerdotal y no de la voluntad de los soberanos helenísticos" según Frenkel (1996: 46). Al respecto v. Saulnier (1983: 17 y ss.) y *cf. 1Ma.* 1.11 y *2Ma.* 4.7-9. Weitzman (2004: 220) destaca que, de hecho, las políticas normales de su tiempo no preveían una persecución religiosa como la desencadenada por Antíoco.

[1059] En tanto que, como representante del helenismo, Antíoco puede comprender que está defendiendo a un pueblo "único", en tanto que "[the] highly educated Jews could use their training either to defend or to attack Judaism either to justify or to undermine its peculiar customs" (Barclay 1997: 96). Al pertenecer la élite sacerdotal al primer grupo, resulta más que lógico que el soberano se considere a sí mismo defensor de las costumbres que, a sus ojos, resultan ancestrales, junto con el código legal que a estas atañe.

el estar agraviando (incumpliendo) los decretos (δόγμα)[1060] que él representa al negarse a consumir carne de cerdo según un Ley (la mosaica) que él y su comunidad no reconocen y menosprecian al considerar vana (5.11).[1061] A raíz de lo comentado, como se ve, se "defiende" nominalmente, dado que todo el despliegue agonal es una puesta en escena, que tendrá el único fin de prevenir posibles acciones reparatorias o retaliatorias presentes y futuras. Es por ello que cada personaje cumple magistralmente su papel aún a sabiendas de que no hay manera de torcer un destino prefijado para ese momento en particular puesto que implicaría claudicar a las propias convicciones, siendo imposible –e incluso inconcebible– para ambas partes. Así, Eleazar, la madre y los siete hermanos al verse obligados a participar en tal teatralización, aceptan que las palabras que pronuncian no tienen como objetivo evitar su tortura, si no que —justamente— dado el éthos discursivo[1062] del monarca, los oídos a los que se dirigen trascienden ese momento, asentándose en él sobre cimientos consolidados. Dado que, aunque esta "defensa" que intenta realizar Antíoco de su persona, escudándose en una presunta ofensa a los valores que representa, se produce en una situación de asimetría total, favorable a él; al mismo tiempo, el presunto objetivo de aleccionar focos de rebeldía que atentan al mismo tiempo contra su figura y las leyes grecomacedónicas, se encuentra completamente desfavorecido al esgrimir un discurso que define como lógico. Punto de partida, cuanto menos, discutible, en tanto está siendo gobernado completamente por las pasiones, conforme lo ya analizado por la crítica,[1063] y que no hace otra cosa que resaltar, en el contraste con las palabras de los mártires, el hecho de que él actúa bajo un impulso pasional impropio de un ser racional que ocupa un puesto de alta jerarquía en una sociedad que valora la lógica y la ley (*cf.* Weiss Halivni, 1986; Cohen, 1999).[1064] Por lo que,

[1060] Atiéndase que en este caso se trata de un δόγμα en lugar de un νόμισμα. De acuerdo con la interpretación de Muraoka (2009: *s.n.*) se puede comprender que aquel resulta mucho más despótico que este, dado que se interpreta como aquello que uno "aprende/pone en práctica a la fuerza/autoritariamente) mientras que un νόμισμα posee aún el sustento léxico de lo "legal" aunque más no sea consuetudinariamente y no a través de mecanismos de promulgación legal formales.

[1061] φλυαρός. Para la discusión acerca de los alcances cognitivos de este término y la conformación de un tipo cognitivo acorde, *cf.* los argumentos que al respecto despliega Sayar (2018).

[1062] La noción de éthos, en este caso particular, retoma los postulados de Maingueneau (2002) en tanto que busca "causar una buena impresión, por la manera en la que uno construye su discurso, y por dar una imagen de sí capaz de convencer al auditorio por haberse ganado su confianza".

[1063] V. *inter multos alia*, Frenkel (2011).

[1064] Si bien en este último caso el autor hace referencia a la recepción cristiana de este "prejuicio positivo" (Allport, 1977: 177) por el que se piensa a los hebreos como un pueblo particularmente sujeto a la Ley, creemos válido traerlo a colación a causa de la profundización

todo su accionar, termina, contrario a lo supuestamente pretendido por el monarca, socavando aún más su figura y arrastrando en el mismo proceso (o, al menos, insertando una duda) sobre la legitimidad de una ley que se contrapone de manera tan burda a la verdadera Ley.

Además, el no poder establecer su autoridad siquiera ante quienes se consideraba "inadaptados socialmente" para ejercer el derecho de παρρησία en la Asamblea, es decir, las mujeres y los menores de edad, socavará aún más su poder en tanto que sus intervenciones orales no son sino liminales y carecen de todo efecto tanto legal como persuasivo. De esta forma, lo que puede ser percibido tradicionalmente como una típica *captatio benevolentiae* por parte de Antíoco, consciente de su sonado fracaso previo ante una figura de autoridad indiscutible como es un anciano,[1065] choca contra la imbatible defensa del primero de los hermanos, que devendrá una estrofa en boca de los demás, en tanto que los fundamentos de lo que se afirma defender no cambiarán a lo largo de la extensa sesión de tortura. Dirá entonces el rey (8.5-14):[1066]

> Muchachos, admiro con benevolencia la belleza de cada uno de ustedes y siento aprecio por un grupo tan amplio de hermanos. Por ello les aconsejo que no cometan la misma locura que el anciano recién torturado, sino que, por

---

del pensamiento hebreo a este respecto que realiza durante el análisis de la lectura que cada uno de los autores realiza de la Escritura.

[1065] Justamente este anciano, además, parece haber sido parte de la γερουσία de su ciudad en tanto que no sólo era honrado por sus conocimientos sino que ya era conocido en la corte por muchos de los que rodeaban diariamente a Antíoco (5.2). El consejo de Ancianos como entidad regulatoria de las comunidades hebreas dominadas por una potencia extranjera parece ser una institución ampliamente difundida en los grupos de la diáspora, como lo atestiguan los trabajos de Druille (2018; 2015) para el caso de Alejandría.

[1066] Ὦ νεανίαι, φιλοφρόνως ἐγὼ καθ› ἑνὸς ἑκάστου ὑμῶν θαυμάζω, τὸ κάλλος καὶ τὸ πλῆθος τοσούτων ἀδελφῶν ὑπερτιμῶν οὐ μόνον συμβουλεύω μὴ μανῆναι τὴν αὐτὴν τῷ προβασανισθέντι γέροντι μανίαν, ἀλλὰ καὶ παρακαλῶ συνείξαντάς μοι τῆς ἐμῆς ἀπολαύειν φιλίας· [6] δυναίμην δ› ἂν ὥσπερ κολάζειν τοὺς ἀπειθοῦντάς μου τοῖς ἐπιτάγμασιν, οὕτω καὶ εὐεργετεῖν τοὺς εὐπειθοῦντάς μοι. [7] πιστεύσατε οὖν καὶ ἀρχὰς ἐπὶ τῶν ἐμῶν πραγμάτων ἡγεμονικὰς λήμψεσθε ἀρνησάμενοι τὸν πάτριον ὑμῶν τῆς πολιτείας θεσμόν· [8] καὶ μεταλαβόντες Ἑλληνικοῦ βίου καὶ μεταδιαιτηθέντες ἐντρυφήσατε ταῖς νεότησιν ὑμῶν· [9] ἐπεί, ἐὰν ὀργίλως με διάθησθε διὰ τῆς ἀπειθείας, ἀναγκάσετέ με ἐπὶ δειναῖς κολάσεσιν ἕνα ἕκαστον ὑμῶν διὰ τῶν βασάνων ἀπολέσαι. [10] κατελεήσατε οὖν ἑαυτούς, οὓς καὶ ὁ πολέμιος ἔγωγε καὶ τῆς ἡλικίας καὶ τῆς εὐμορφίας οἰκτίρομαι. [11] οὐ διαλογιεῖσθε τοῦτο, ὅτι οὐδὲν ὑμῖν ἀπειθήσασιν πλὴν τοῦ μετὰ στρεβλῶν ἀποθανεῖν ἀπόκειται; […] [14] Μειράκια, φοβήθητε, καὶ ἣν σέβεσθε δίκην, ἵλεως ὑμῖν ἔσται δι’ ἀνάγκην παρανομήσασιν.

el contrario, los invito a que acepten gozar de mi amistad. **6** Tengo el poder de castigar a quienes rechazan mis órdenes como el de favorecer a los que se me muestran leales. **7** Pueden confiar en que ocuparán los primeros puestos en mi gobierno si renuncian a la ley ancestral que [conforma su] constitución. **8** Adopten el modo de vida de los helenos, cambien de costumbres y disfruten de su juventud; **9** porque en caso de que me hagan enojar con su desobediencia, me obligarán a aplicarles terribles castigos y a terminar con todos y cada uno de ustedes mediante torturas. **10** Tengan piedad de ustedes mismos. Vean que incluso yo, [que soy su] enemigo, me compadezco de su juventud y belleza. **11** No discutan sobre esto, si alguno de ustedes me desobedece, serán expuestos a morir mediante tortura. […] **14** ¡No se alarmen, jóvenes! La justicia que adoran les perdonará una transgresión cometida por necesidad.

Especificando así, en un mismo movimiento, su posición ante sus súbditos (es decir, el poder sobre la vida y la muerte), su carácter benevolente y al mismo tiempo su capacidad de empatizar con las tribulaciones ajenas, en tanto que parece preocuparse por lo que pudiera sucederles a los jóvenes en el futuro inmediato. Pero lo que se establece a lo largo de los diversos episodios de tortura y muerte es que, justamente, el gran dilema que se pone en juego no es la capacidad de Antíoco de gobernar a los suyos sino, justamente, su incapacidad de conocer, así como sucedió durante el ataque de ira que lo hizo retornar de la guerra, cuáles son los dilemas que, para los pueblos por él sojuzgados, son efectivamente la prioridad y por los cuales estarán dispuestos a perder sus bienes más valiosos. Y, por añadidura, cuánto de la historia de su propio pueblo conocen para que, en pos de lo que esta establece, puedan comprenderse como sujetos activos de la historia y, por ello, símbolos de la comunidad a la que se desea subyugar. El gran dilema que surgirá como consecuencia será, entonces, cuál de los dos logrará hacer valer su deseo de comunalización (Brow, 1990: 2) por sobre su oponente.

El soborno con la primacía en el gobierno del reino no resulta inocente, como punto cúlmine de estas propuestas, por tres razones: (a) se implica que únicamente Antíoco será quien gobierne sobre ellos [pero no la Ley de Dios]; (b) se sobreentiende que todos los hebreos son tan codiciosos como el usurpador del Sumo Sacerdocio, Jasón[1067] y (c) se apela a

[1067] El ansia de riqueza heredado por Antíoco, que aparece cuando se le achaca haber aceptado la nominación de Jasón como Sumo Sacerdote a cambio de la suma de 3660 talentos anuales, es decir, diez talentos diarios, se antecede por los acontecimientos narrados en el capítulo cuarto (4.1-7, correspondiente aproximadamente con *2Ma.* 3.1-23), los generales de Seleuco IV Filopator son los que le informan, notificados por enemigos que deseaban desacreditar

intertextualidades previas, existentes en la biblioteca judía, en donde hebreos cercanos al monarca lograron pingües beneficios para su propio pueblo y, por extensión, para el propio soberano (*v.g.* los casos de José con el Faraón [*Ge.* 41.37-41] o de Ester con el rey Asuero [*Es.* 2.17-20]). Pero las tres premisas resultan erradas puesto que, como queda claro a lo largo de las exposiciones de los jóvenes antes de ser torturados, la resistencia que se le ofrece al monarca es ético-religiosa y no, como él quiere exhibirlo en su discurso, un mero conjunto de "caprichos" que lo hacen aparecer a él como el déspota cuándo simplemente se les estaría otorgando un enorme don: ser los primeros en el reino (a costa de su integridad moral). Por otro lado, se interpreta que Antíoco es ampliamente generoso con quienes desea —casi de la misma manera en que podría hacerlo el propio Dios (*cf.* 2.23)— pero no cae en la cuenta de que estas bondades de las que se hace gestor no son más que elementos perecederos, valiosos en su posición social y ética[1068] pero vacuidades puras para el modo de pensar de los hebreos observantes. El gran problema del final, en donde algunos de los grandes hombres y mujeres del pasado han sido elevados a la categoría que el monarca pretende elevar a estos muchachos pero estos no pueden verlo se halla transido de nulidad desde el momento en que semejante posicionamiento estamental es el resultado de la puesta en práctica de la confianza en el Altísimo y en sus designios, y no, erróneamente, en intentar usurpar su lugar por medio de la fuerza y la coerción. Los jóvenes podrían ser grandes hombres de un reino extranjero, cierto es, pero lo serán siempre y cuando el monarca, a través de esa elevación, pueda notar la acción de Dios en el mundo, cosa que, en este caso, solo sucederá luego de las muertes de todos los que han sido destinados al cadalso.

Aquellos que conocen que morirán, entonces, conocen que a través suyo se está dando una lección al pueblo hebreo que ha dejado de lado las normas divinas mientras que Antíoco necesita demostrar —a través de un ejemplo paralelo— que nadie más que él debería ser destinado a regir los vaivenes de ese pueblo, en tanto que los indica como los autores del enorme

al Sumo Sacerdote de Jerusalén el enorme volumen de riquezas almacenadas en el Templo..

[1068] Cercana, *mutatis mutandis* a lo que se podría entender mundanamente por "epicureísmo" como lo analiza Sayar (2019a). Aunque la verdadera inclinación filosófica de este tratado ha estado en discusión por largo tiempo, las diversas posturas fueron parcialmente explicitadas y aclaradas por Renehan (1972: 227) como una *koiné* filosófica permeada particularmente de estoicismo, lectura que siguieron en su mayoría los demás estudiosos (*inter alia* Collins 2000: 205; Piñero 2007: 70 y Frenkel 2011: 67 y nota *ad loc.* En Sayar (2013), específicamente, se postula que efectivamente se trata de un texto estoico debido a la gran cantidad de lexemas puntuales de la escuela que utiliza. De todos modos no hay que olvidar la afirmación de Collins (2000: 205) que dice que "el autor era un retórico y no un filósofo, que uso ideas filosóficas eclécticamente para embellecer su discurso".

desacato de perpetrar una ofensa pública al festejar su presunta muerte. De esta manera, se plantea la existencia de dos formas de marcar un camino a seguir que entrarán plenamente en conflicto puesto que una hace uso y abuso de la fuerza, amparándose en habladurías y rumores y la otra no ejerce resistencia alguna, sabedora de que posee la verdad. Y esta última, la resistencia no-violenta, se acabará constituyendo como la maquinación más macabra del colectivo sojuzgado. Lo afirmamos porque es evidente que los ejemplos de valor demostrados por cada uno de los jóvenes (¡e incluso por su madre!) no dejan de subrayar la enorme cobardía de los lacayos del rey que se limitan a masacrar a personas que no pueden defenderse e incluso la del monarca, que no toma parte activa en la tortura pero que, por ello, puede estar poniendo en duda, por omisión, sus cualidades marciales. Volver de una guerra a causa de rumores no parece ser la actitud adecuada a un comandante en tiempos de guerra, máxime cuando el grupo reputado como enemigo, siendo el colectivo de menor importancia de su vasto imperio, se demuestra con clara evidencia, conformado por personas de cualidades más destacables que él mismo, o que cualquiera de sus soldados. Es cierto que el castigo se ceba sobre estos porque no es posible determinar cuántos y cuáles de los "habitantes de Jerusalén" (4.22) son los que efectivamente se han alegrado tras su muerte y la elección recae sobre los hebreos observantes porque ellos y sólo ellos continuaban resistiendo férreamente la dominación cultural que se esperaba ejercer sin mayores inconvenientes. Entonces, lo que el soberano concibe como algo positivo para sus súbditos no acaba de comprenderse como tal justamente porque es el propio rey el que no entiende, cegado por un incomprensible "complejo de víctima" por qué es que este grupúsculo, a pesar de todos los bienes que se le han otorgado a la ciudadanía en general, continúa resistiendo a pie firme los embates de su desatada violencia.

La construcción que se hace de Antíoco, en consecuencia, obedece no solo a los cánones del "gracioso" de comedia, de acuerdo a los que muchas de las maquinaciones que suceden en escena son producto de un plan para beneficiarse de algún modo del devenir de los acontecimientos sino que, en pos de continuar con este posicionamiento, se alza en torno de sí una aparente "inocencia" disfrazada de buena voluntad que no hace más que profundizar la distancia entre ambos colectivos en disputa. Desde el punto de vista del rey los hebreos no son más que viles maquinadores por la simple razón de que utilizan de una manera más eficaz el entramado legal a su disposición. Las normas mosaicas, se dice, son eternas (*Pr.* 8.22-31 *cf.* 7.19) y es esa condición perenne la que las vuelve tan venerables, al extremo de preferir dar la vida antes que transgredirlas.[1069] La normativa helenística, en

[1069] Y así, mediante esa muerte, glorificar el nombre de Dios (en hebreo, *kiddush haShem* שׁוּדִק

cambio, acaba siendo una expresión de la voluntad del soberano, que puede creerlas muy convenientes pero que, en ese enfoque, puede olvidar, como de hecho lo hace, las peculiaridades de aquellos pueblos a los que, creyendo hacerles un bien, disfrazado de progreso cultural, se les acaba haciendo un mal, disgregando sus comunidades y haciendo estallar disensiones internas que, de otro modo, hubieran pasado desapercibidas. El ataque contra el colectivo más desprotegido, puesto que no se trata sino de los marginados de entre los propios marginados será entonces el indicio que acabará de demostrar la posición altamente inconveniente en la que Antíoco se colocó a sí mismo y la manera en la que, par su desgracia, se vio obligado a concluir la faena. El discurso, en toda la economía del texto, otrora instrumento de la más recia legalidad, aparecerá entonces únicamente para sellar del todo el posicionamiento que propone el monarca, quien cree que con él legitimará su inocencia frente a los "porfiados" hebreos cuando en verdad, él será quien se destaque finalmente por su irreflexividad, su insensatez y, sobre todo, su innecesaria violencia. Gigante con pies de barro, como lo refiere la profecía de *Da.* 2.27-46, será incapaz de advertir que "su reino será en parte fuerte y en parte débil. Será unido en la persona de su rey, pero sus pueblos no se unirán, de la misma manera que el hierro no se mezcla con la loza" (*Da.* 2.42-43). Así, de forma equivalente, sus palabras, serán la espada que delimitará el alcance de la fuerza del rey y la posibilidad de que, aunque víctima en el decir, se revele como la fuerza disgregante que amalgamará, como una resistente pieza de loza, al resto de Israel —de manera fatal— en su contra.

מַשָּׂה). Existían, en efecto, pautas que prescribían la preferencia de la muerte en caso de que una persona estuviera a punto de incurrir en tres crímenes específicos: idolatría, asesinato o cualquier tipo de inmoralidad sexual (*Cf.* Shepkaru, 1999: 19). Esto se hacía extensivo a todo el resto de normas si, en el momento de producirse la violación de un precepto, el infractor se encontrara en presencia de otros diez judíos. No obstante, en tiempos de persecución religiosa estos preceptos se dilataban hasta el punto de permitir escoger la muerte antes que la violación de un punto cualquiera de la ley (*Cf.* 5.29-30). De todos modos esto pronto se volvió foco de discusión y debate: ¿se había de morir cuando el mismo texto sagrado explicitaba que "el que cumpla mis mandamientos vivirá" (*Lev.* 18.5)? Maimónides mismo expresó que quien escogía morir en donde la ley explicitaba la obligatoriedad de la vida es culpable de un crimen (citado en Lamm–Ben Sasson, 2007: 141).

1. Bibliografía

1.1 Fuentes

DeSilva, D. A. (2006). *4 Maccabees. Introduction and Commentary on the Greek Text in Codex Sinaiticus*. Leiden–Boston: Brill.

Kassel, R. (ed.) (1968). *Aristotelis de arte poetica liber*. Oxford: Clarendon Press.

Liddell, H. G. – Scott, R. – Jones, H. S. (1996). *A Greek-English lexicon [LSJ]*. Oxford: Oxford University Press.

Muraoka, T. (2009). *A Greek-English lexicon of the Septuagint*. Louvaine: Peeters.

Rahlfs, A. (ed.) (1971). *Septuaginta, id est Vetus Testamentum graecae iuxta LXX interpretes* Vol. 1-2 [1935]. Stuttgart: Württembergische Bibelanstalt.

Real Academia Española (2021). *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. Disponible en: <https://dle.rae.es>.

1.2 Bibliografía crítica

Allport, G. W. (1977). *La naturaleza del prejuicio*. Buenos Aires, Eudeba.

Barclay, J. M. G. (1997). *Jews in the Mediterranean Diaspora. From Alexander to Trajan (323 BCE – 117 CE)*. Edimburgh: T&T Clark.

Brow, J. (1990). "Notes on Community, Hegemony and uses of the Past", *AQ* 63.1, 1-6.

Cohen, J. (1999). *Living letters of the law: ideas of the Jew in medieval Christianity*. Berkeley–Los Angeles: University of California Press.

Collins, J. J. (2000). *Between Athens and Jerusalem. Jewish identity in the Hellenistic Diaspora,* Grand Rapids-Cambridge.

Druille, P. (2018). "'Nuestro Consejo de Ancianos': Filón y la institución administrativa de la comunidad judía de Alejandría en *Contra Flaco*". *Stylos* 27: 80-91.

——————— (2015). "La situación cívica de los judíos en los tratados de Filón". *Synthesis* 22: 125-38.

Farmer, W. R. (1958). *Maccabees, Zealots and Josephus. An inquiry into Jewish Nationalism in the Greco-Roman Period.* New York: Columbia University Press.

Frenkel, D. (2011a). "El martirio en la *Septuaginta: II* y *IV Macabeos*". *AFC* 24: 59-91.

——————— (1996). "Ecos de la civilización griega en el mundo hebreo". *Argos* 20: 39-47.

Hall, E. (2006). "Lawcourt Dramas: Acting and Performance in Legal Oratory", en *The Theatrical Cast of Athens: Interactions Between Ancient Greek Drama and Society*. Cambridge: CUP, 146-169.

Laham Cohen, R. J. (2013). *Judíos hermenéuticos y judíos históricos en tiempos de Gregorio Magno* [tesis]. Buenos Aires: EFFyL–UBA.

Lamm, N. – Ben Sasson, H. H. (2007). "Kiddush haShem and Hillul haShem". En: Berembaum, M. & Skolnik, F. *Encyclopaedia Judaica*. Vol. 12. 2nd. ed. Detroit, 139-145. En: http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/judaica/ejud_0002_0012_0_11109. html; obtenido el 11/09/2012.

Maingueneau, D. (2002). "Problèmes d'ethos". *Pratiques* 113/114: 55-67.

Piñero, A. (2007). *Literatura judía de época helenística en lengua griega.* Madrid: Síntesis.

Renehan, R. (1972). "The greek philosophic background of Fourth Maccabees", *RhM* 115/3: 223-38.

Sacchi, P. (2004). *Historia del judaísmo en la época del segundo templo* [1994]. Madrid: Trotta.

Saulnier, C. (1983). *La crisis macabea.* Estella: Verbo Divino.

Sayar, R. J. (2021). "El decorado se calla. Conflictos centro-periferia en la ambientación de *IV Macabeos*". *Revista Europa* 12 (enero-junio): 81-97.

——————— (2019a). "Dime qué es la φύσις y te diré quién eres. Subjetivación dual en *IV Macabeos*.". En Fernández de Agustini, M. P., Mattioli, M. L., Moretti, M. I. Y Zamperetti Martín, D. S. (eds.) *Actas del VIII Coloquio internacional : Cartografias del yo en el mundo antiguo: Estrategias de su textualizacion.* Ensenada: Centro de Estudios Helénicos–UNLP:1-12.

——————— (2019b). "Usando las armas del enemigo. Procedimientos constitutivos de *IV Macabeos*". *AFC* 32/1: 51-63.

——————— (2018) "Todo lo pretencioso se desvanece en el aire. Delimitaciones terminológicas en *IV Macabeos*" en Perduca, F. (comp.). *Actas de las IV Jornadas Internacionales sobre formación e investigación en lenguas y traducción. Lenguas en el cruce de fronteras: Políticas, prácticas y saberes.* Buenos Aires: IES-LV Juan Ramón Fernández: 288-93.

——————— (2017a). "No es imitación de hombres […] sino de la existencia" (*Poet.* 1450a16). Dispositivos teatrales en *IV Macabeos.* En Coria, M.; Martí, M. E.; Moro, S. M. (eds.) *Tránsitos, pasajes y cruces en las teatralidades del mundo* (351-361). Rosario: Stella Maris Moro – ATEACOMP.

——————— (2017b). Si no puedes vencer a tu enemigo... búrlate de él. ¿Elementos de comedia en la constitución de *IV Macabeos*?. Ponencia presentada en el marco de las *XII Jornadas sobre Comedia y Sociedad en la Antigüedad (JOCOSA).* Instituto de Filología Clásica, Facultad de Filosofía y Letras – UBA. 27 y 28 de abril de 2017.

——————— (2014). "Te voy a poner como una luz para el mundo" (*Is.* 49.6.4): la figura de Eleazar como ejemplo y paradigma del éthnos hebreo en *IV Macabeos*". *AFC* 24: 99-114.

——————— (2013b) "'La palabra verdadera se instala para siempre' (*Pro.* 12.19). identificaciones de léxico estoico en *IV Macabeos*". En: Braicovich, R. S. *et al.* (comps.) *Actas del Primer Simposio Internacional de Filosofía Helenística. Rosario 2013. En Homenaje al Dr. Armando R. Poratti.* Rosario: UNR Editora 128-35.

Schäfer, P. (1998). *Judeophobia: attitudes towards the Jews in the ancient world.* Cambridge: Harvard University Press.

Shepkaru, S. (1999). "From after Death to Afterlife: Martyrdom and its recompense", *AJS Review* 24/1: 1-44.

Weiss Halivni, D. (1986). *Midrash, Mishna, and Gemara. The Jewish predilection for Justified Law.* Cambridge: Cambridge University Press.

Weitzman, S. (2004). "Plotting Antiochus's persecution". *JBL* 123/2: 219-34.

Los Sistemas No Tripulados y el Derecho Internacional Humanitario aplicado a los Conflictos Armados Navales

¿Cómo juega la obligación de revisión de armamentos?

Efrén Ismael Sifontes Torres

El empleo de sistemas no tripulados en las fuerzas armadas es una realidad, por lo que su aplicación en situaciones de conflictos armados presenta incógnitas y contradicciones en el ámbito jurídico que en los últimos años ha llevado a doctrinarios, expertos y miembros de la sociedad civil a un debate interdisciplinario acerca de su pertinencia e incluso de su legalidad.

El presente trabajo pretende ilustrar esta problemática desde un enfoque más particularizado, específicamente en el empleo de estos sistemas en conflictos armados internacionales navales. El Derecho Internacional de los Conflictos Armados Navales (en adelante, "DICAN") constituye una rama del Derecho Internacional Humanitario (en adelante, "DIH") que presenta ciertos rasgos que ameritan su tratamiento de forma pormenorizada.

Los rasgos propios de esta rama del derecho serán estudiados en conjunción con las particularidades que ostentan los Sistemas Navales No Tripulados (en adelante, "UMS" por sus siglas en inglés). Así, se observará que ello ha producido que dentro de los ámbitos académicos e incluso entre los reglamentos militares de los Estados no exista consenso en relación con el régimen legal que se les debe aplicar.

Así, se plantea como posible opción su categorización como buques. Sin embargo, como se presentará en el trabajo, existen serias contradicciones a la hora de compatibilizar este término con el funcionamiento de ciertos UMS. Otra alternativa que se presentará es que las UMS puedan ser categorizadas como armas, lo cual abrirá la puerta a una variedad de nuevos problemas, siendo una de ellas la que forma parte del título del presente escrito.

En este sentido, a partir del 1er Protocolo de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1945 (en adelante, "1P"), se impone la obligación de revisión de armamentos, lo cual exige que

> cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante.[1070]

El 1P en la actualidad se encuentra ratificado por 174 países lo cual, si bien indica que existe en la comunidad internacional una adhesión considerable, también coexiste con el hecho de que hay una gran cantidad de países relevantes en la materia que no forman parte del tratado[1071] y, en principio las obligaciones emergentes (entre ellas la obligación del artículo 36 antes citado) no sería imponible a estos Estados por vía del 1P. Por lo que cabe cuestionar si dicha obligación existe a su vez en el ámbito del derecho internacional consuetudinario de forma tal que sea vinculante para Estados no parte del 1P.

Este trabajo se estructura entonces en dos partes. En primer lugar, se analizarán los UMS desde un enfoque técnico-jurídico, se plantearán las características de estos sistemas y cómo la doctrina a nivel internacional ha buscado resolver lo que llamo "la cuestión de la categorización". Luego, se procederá a analizar de forma general la obligación del artículo 36 del 1P, y se mencionarán las implicancias de los desarrollos que se han venido dando en el marco de los debates sobre armas autónomas en los foros internacionales, para luego proceder a aplicar estas consideraciones a las UMS analizadas en el primer apartado.

[1070] Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, relacionado a la protección de víctimas de conflictos armados internacionales. Art. 36. 8 de Junio de 1977. Ginebra

[1071] A la fecha de redacción de este trabajo Estados Unidos, Irán y Pakistán son Estados firmantes, más no parte del Protocolo. Por otro lado, India y Turquía no firmaron el Protocolo.

1. Los Sistemas Autónomos Navales. Características y Desafíos

1.1 Una (breve) introducción a los UMS

Cuando se habla de UMS, en realidad se alude a una familia que tiene entre sus miembros relaciones de género-especie. En este sentido, este género que son las UMS agrupan dos especies diferentes, dependiendo del medio en donde operan:

- Los USV ("*Unmaned Surface Vehicle*" por sus siglas en inglés): Son los UMS que operan con contacto constante con la superficie del agua.
- Los UUV ("*Unmaned Underwater Vehicle*" por sus siglas en inglés): Son UMS propulsados, cuyas operaciones se desarrollan de forma submarina.

A su vez, Berkowitz[1072] propone otros criterios a tener en cuenta como:

- La autonomía: Berkowitz señala que las UMS pueden tener completa autonomía o su operabilidad estar sujeta al control de la tripulación de una nave, barco o al sistema de un UMS superior. Así mismo, podemos identificar que en la práctica las funciones que adquieren autonomía dentro de un sistema varían y por ello podemos encontrar sistemas que son parcialmente autónomos o completamente autónomos.
- El tamaño: El rango de tamaño de las UMS es sumamente variado y van desde pequeños o portátiles, hasta aquellos diseñados para operar en la superficie, como un barco, o debajo del agua, como un proyectil o un torpedo.
- La función: Este resultará un elemento natural para poder identificar un UMS que pueda encontrarse sujeto a las reglas del DICAN. Los UMS pueden tener diferentes funciones – sea de investigación científica, salvamento, empleo en situación de conflictos y en el futuro aparente, transporte– y dependiendo de su función pueden estar equipados con armamento.

Teniendo esto en cuenta, es posible observar que las UMS son altamente diversos y diferentes entre sí. Pueden existir UUVs controlados remotamente con tamaño reducido y empleado para operaciones más inocuas como de supervisión de las aguas como el *BIOswimmer* desarrollado por la Universidad de Boston en 2014, o un USV de gran envergadura y destinado a operaciones

[1072] Berkowitz, B. (2014; S.P).

militares como él *Sea Hunter*[1073] desarrollado por el Departamento de Investigaciones Científicas Avanzadas aplicadas a la Defensa ("DARPA" en inglés) de los Estados Unidos de América.

Con estos ejemplos prácticos podemos reconocer de forma aún más palpable las distinciones en cuanto a envergadura, funciones e incluso autonomía, lo cual genera la siguiente interrogante ¿Son las UMS buques o armas? Como se verá no es una respuesta sencilla, por lo que se deberá profundizar acerca de las implicaciones que tiene atribuirles una u otra categoría.

1.2 La caracterización legal de las UMS como buques

La consideración de las UMS como buque y específicamente como buque de guerra, plantea ciertos problemas que vale la pena analizar. En este sentido, el Tratado sobre el Derecho del Mar de 1982 (en adelante, "TDM") no define lo que se considera buque o nave lo cual complejiza aún más toda tarea de caracterización que se desee llevar a cabo. Según indica Von Heinegg, un buque puede ser definido como "cualquier dispositivo que se traslade por el mar de cualquier tipo, incluyendo cualquier embarcación flotante, sea auto propulsada o dirigida por otra nave, desarrollando un viaje a través del mar".[1074] Ahora bien, lo cierto es que el TDM está destinado a regular sistemas tripulados, sean buques o naves[1075] y precisamente ello se observa al analizar su artículo 94, pues incluye la atribución de ciertas obligaciones que recaen sobre el capitán y su tripulación con respecto a la observancia del derecho del mar.

Aún más complejo resulta la tarea de caracterizarlos como buques de guerra. El Manual de San Remo,[1076] instrumento que según cierta doctrina codifica la costumbre internacional aplicable a los DICAN,[1077] establece que para que un buque sea considerado como un buque de guerra se requiere comprobar ciertos requisitos: (i) pertenecer a las Fuerzas Armadas de un

[1073] Para una aproximación de las características del Sea Hunter ver: Enlace. (Última vez consultado: 5 de febrero de 2022).

[1074] Convención para la prevención de la contaminación por petróleo en el mar Artículo 1.1. 12 de mayo de 1954. Londres.

[1075] Von Heinegg, h (2018;119); Norris, A. (2013;26)

[1076] Manual de San Remo. Sección V Definiciones. Párrafo 13 g).

[1077] Gutierrez Posse, H. (2014;165). Von Heinegg, H (2006;269).

Estado; (ii) llevar signos exteriores de su nacionalidad; (iii) que se encuentra al mando de un oficial, cuyo nombre pueda ser identificado dentro del escalafón de oficiales; (iv) cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas locales.

Esta definición - también reiterada en el TDM en su artículo 29 - presenta claramente un problema a la hora de su extrapolación a las UMS y es que estas por definición carecen de dotación a bordo. Ante este aparente camino sin salida, Norris realiza propone interpretar que "mientras haya un miembro de las fuerzas armadas ejerciendo el control de la nave, es irrelevante si este se encontraba a bordo de esta".*[1078]* Así, la dotación no necesariamente tiene que estar a bordo del sistema al momento de operar, sino que puede encontrarse de manera remota en otra plataforma.

Esta postura parece haber sido la adoptada por los Estados Unidos, quienes consideran a las UMS actualmente como embarcaciones.[1079] Sin embargo, es importante remarcar que hasta ahora se hablaba de buques o naves. El término "embarcaciones" no es empleado ni en el Manual de San Remo, ni en el TDM, por lo que parece ser usado para evitar otorgar un término legal más preciso en medio de tanta incertidumbre como bien advierte Norris.[1080] La gran crítica que se le puede atribuir a esta forma de abordar este problema es que en realidad se está evitando deliberadamente aportar a una solución que aclare las dudas existentes. Esta metodología puede conducir a que los Estados adopten sus propias concepciones sobre el estatus legal de las UMS o las consideren buques, embarcaciones o incluso buques de guerra bajo valoraciones de estrategia militar o política exterior, más que por razones legales.[1081]

Al margen de esta advertencia, es importante recordar que categorizar a las UMS como buques de guerra trae consigo que estas puedan ostentar tanto inmunidad de jurisdicción (consagrada en los artículos 95, 96, and 58.2 del TDM) como potestades para ejercer derechos beligerantes en un conflicto armado, como por ejemplo llevar ataques contra objetivos militares legítimos, conducir visitas y requisiciones en naves mercantes y establecer un bloqueo naval.[1082] Cómo funcionaría ello en la práctica presenta ciertos desafíos que ya

[1078] Norris, A. (2013;28).
[1079] Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, NWP 1-14M (2007), section 2.3.6. Citado en: Norris, A. (2013;22)
[1080] Norris, A. (2013;22).
[1081] Nasu, H y Letts D (2020;86).
[1082] Nasu, H y Letts D (2020;94).

ha sido objeto de estudio por parte de cierta doctrina.[1083]

Identificados algunos problemas que se presentan en la caracterización como buques, procedo entonces a hacer lo propio con la otra opción posible, es decir, considerarlas como armas.

1.3 La caracterización legal de las UMS como armas

El primer antecedente que se puede trazar data de las Guerras de Crimea de 1854-1856, en la cuales se emplearon armas auto propulsadas y auto dirigidas que luego se irían complejizando hasta su auge en la 2da Guerra Mundial, siendo los torpedos el arma predilecta empleada en el canal de la Mancha entre las fuerzas alemanas y británicas. Estas armas encontraron su primera regulación en el VIII Convenio de la Haya en su artículo 1ro párrafo 3ro el cual establece que se encuentra prohibido "el uso de torpedos que no devienen inofensivos cuando han fallado su objetivo".[1084]

Esta norma impone de forma tácita una obligación positiva y una obligación negativa para los Estados contratantes, pues deberán no solo asegurarse de que el torpedo a emplear tenga la tecnología que le permita devenir inofensivo en caso de que fracase su misión, sino que además prohíbe al Estado emplear torpedos que no tengan estas características incorporadas.

Esta doble obligación encuentra su fundamento en el principio de distinción entre civiles y combatientes y, por ende, la prohibición de atacar a la población civil o de lanzar ataques indiscriminados. Este principio tiene como objetivo fundamental cumplir uno de los propósitos del DIH, que es el de proteger a las personas que no toman parte directamente en las hostilidades.[1085]

Los problemas identificados a la hora de regular armas como los torpedos también se presentan a nivel de las UMS, en los términos en los cuales se está analizando, pues el sistema (ya sea el algoritmo o el operador) debe ser capaz, en caso de ser desplegada en una operación militar de distinguir

[1083] Para profundizar sobre estos desafíos ver: Nasu, H y Letts D (2020; 95 y ss.). Norris, a. (2013; 45 y ss.).

[1084] Convención (VIII) relativa al uso de Minas Submarinas Automáticas. Art. 1.3. 18 de Octubre de 1907. La Haya.

[1085] Gutiérrez Posse, H. (2014;72).

entre civiles y beligerantes. Será importante entonces analizar si el arma opera de forma autónoma, o si opera de forma remota o si algunas funciones se han delegado a la decisión de la máquina y otras al operador humano y cuáles han sido; ello para identificar si determinada UMS es violatoria del principio de distinción tal y como ha sido descrito precedentemente

Así mismo, el artículo 35.1 del 1P establece que se encuentra prohibido el empleo de métodos y medios de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios. El Comité Internacional de la Cruz Roja ha reconocido que la práctica de los Estados establece esta regla como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales.[1086]

A priori, parece que el empleo de ciertas UMS no tiene razones para causar males superfluos o sufrimientos innecesarios, puesto que los conflictos armados navales se centran en actos de violencia contra objetos y plataformas, más que individuos,[1087] por lo que consideraciones sobre daños posibles de tal magnitud solo sería posible si el UMS es desplegado en violación de las normas que regulan los objetivos militares legítimos en un conflicto armado.

Pero ¿qué se debe considerar como arma? Ningún tratado de DIH define en términos generales lo que se entiende como arma, por lo que se debe acudir a la doctrina. Así, McClelland establece que un arma es "es un medio de combate que connota una capacidad ofensiva que puede ser dirigida contra objetivos militares o combatientes enemigos".[1088] Según el autor, ello puede incluir un dispositivo, sistema, munición, implemento, sustancia, objeto o pieza de equipamiento que es usada o pretende ser usada para ser aplicada en una ofensiva de combate.

Así mismo, el Manual sobre derecho internacional aplicable a la guerra área y de misiles de 2009define al arma como un medio de guerra usada en operaciones de combate que puedas ser usada para causar tanto lesiones o muerte de personas como destrucción de objetos. [1089]

El criterio esencial entonces para definir lo que es un arma no proviene de ámbito objetivo, sino de cómo el usuario emplea ya sea el dispositivo o el sistema, siendo relevante en el plano fáctico que este sea capaz de causar un daño ya sea a personas u objetos físicos.

[1086] Comité Internacional de la Cruz Roja. Base de datos de DIH. DIH Consuetudinario. Norma 70. Ver en: Enlace

[1087] Nasu, H y Letts D (2020; 80).

[1088] McClelland, J (2003;404)

[1089] Manual de Derecho Internacional aplicable a la Guerra Aérea y de Misiles. (2009) Regla 1 (ff). Definiciones.

1.4. ¿Todos con su categorización o una categorización para todos?

Presentado en las páginas anteriores los problemas que surgen para categorizar a las UMS como buques o armas, considero que se está en condiciones de enfrentar el problema de las categorizaciones con una respuesta.

Como se ha adelantado anteriormente, no es posible establecer que todos los UMS tienen las mismas características o funciones, al contrario, depende de su tamaño, diseño, empleo, autonomía y medio en que se desarrollan. Es posible afirmar que existen diferentes UMS con infinidad de utilidades en el ámbito marítimo.

Ello lleva a concluir que es virtualmente imposible realizar una determinación en relación con las categorías antes descritas para todas las UMS. A esta conclusión parece también adherir Norris quien recomienda "decidir en base a un criterio caso por caso, sistema por sistema cómo caracterizar estos sistemas legalmente. Esta perspectiva tendría el beneficio de resolver las cuestiones de dificultosa consideración y al mismo tiempo reconoce que existe una variedad de UMS que son y continúan siendo aplicados, precluyendo una consideración global".[1090]

Así, podemos afirmar que es posible caracterizar a ciertos UMS como armas, en tanto sean empleadas como un medio de combate que ostente capacidad ofensiva, considerando irrelevante para esta categorización que dicho sistema sea autónomo, semi autónomo o controlado totalmente de forma remota. Así mismo, vale la pena distinguir entre aquellos sistemas que tienen armas incorporadas (lo cual no las hace armas *per se*, sino el dispositivo de despliegue) y aquellas que son en su naturaleza armas, por su función como tal.

Ambas serán entonces analizadas en la segunda sección, puesto que una de las consecuencias de tal categorización es la obligatoriedad (o no) de la revisión de armamentos bajo el DIH.

[1090] Norris, A (2013;62).

2. La obligación de revisión y su aplicación a los UMS

2.1 Origen y fundamentos de la obligación de revisión de armamentos

Como bien se reseñó al principio de este trabajo, el artículo 36 del 1P consagra la obligación de revisión de armamentos. A través de este trabajo, no pretendo realizar una comprobación de carácter empírico sobre el estatus consuetudinario de la obligación de revisión[1091]. Sin embargo, vale la pena señalar que este artículo fue novedoso en sus inicios, puesto que como bien señala Jevglevskaja "no hay evidencia que existiera una norma similar al artículo 36 en el derecho internacional consuetudinario antes de la Conferencia Diplomática de 1974 o que se haya cristalizado dicha norma para el fin de la Conferencia en 1977".[1092]

Esta obligación exige que los Estados adopten mecanismos o procedimientos internos a fin de garantizar que el empleo de un medio o método de guerra sea conforme con el DIH. Ahora bien, esta cláusula no precisa la manera a través de la cual los Estados están obligados a realizar tal revisión. Por ello, en el comentario al Protocolo realizado en el año 1987 se aclara que "sobre la base de este artículo las Altas Partes Contratantes están obligadas a determinar la posible naturaleza ilegal de cualquier arma nueva, ya sea en relación con las provisiones del Protocolo o a cualquier otra norma aplicable del derecho internacional. Esta determinación debe hacerse sobre la base del uso común al cual se desea aplicar el arma al momento de su desarrollo".[1093]

Es decir, que se deberá tener en cuenta el uso al que se desea aplicar el arma para poder determinar si ella resultará o no violatoria de las disposiciones del protocolo o de cualquier norma proveniente del derecho internacional (específicamente del DIH), pero ello no equivale a decir que se adopta un criterio subjetivo, así se aclara que "la determinación por un Estado de que el empleo de un arma está prohibida o permitida no es obligatoria internacionalmente, pero se espera que la obligación de realizar estas determinaciones permitirá que los nuevos medios y métodos de combate no serán adoptados sin antes haber considerado los problemas legales que estos puedan ocasionar".[1094]

[1091] Para profundizar sobre este tema ver: Jevglevskaja, N (2018).

[1092] Jevglevskaja, N (2018,21).

[1093] Comentario del Protocolo Adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 (1984), párr.1469. Ver en: Enlace Última vez consultado (10 de febrero del 2022).

[1094] Op/Cit (24), párr. 1469

Esta obligación, como bien adelanta en relator, presenta ciertos problemas a la hora de ser aplicado en la práctica. En primer lugar, debido a que a través del Protocolo no se llegó a establecer un organismo permanente que centralizara la información sobre los nuevos métodos y medios de combate a los que refiere el artículo 36. En segundo lugar, no surge de dicho artículo, como bien señalan ciertos autores,[1095] que los Estados tengan la obligación de difundir sus hallazgos al respecto.

Al margen de lo anterior, lo cierto es que la norma exige que se deberá determinar si el desplegar el arma en el contexto de un conflicto armado conducirá a una violación a las normas y usos de la guerra, en cuyo caso esta arma estará prohibida. Más específicamente se debería identificar si la aplicación del arma es violatoria de la prohibición de emplear medios o métodos de guerra que (i) causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios;[1096] (ii) que tengan efectos indiscriminados y por ende violatorios del principio de distinción; [1097] (iii) que causen daños extensos, severos y duraderos al medio ambiente;[1098] y (iv) que sea violatoria de los principios y leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública.

Ahora bien, como se señaló anteriormente uno de los elementos esenciales que distinguen a estos sistemas de armas de otros es que pueden estar dotados de distintos grados de autonomía. El problema de los sistemas de armas autónomos ha cobrado relevancia a nivel internacional, por lo que vale la pena hacer una breve observación sobre los desarrollos que se han llevado a cabo en este sentido.

2.2 Los Sistemas Autónomos y la revisión de armamentos

En el marco de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales se estableció en el año 2014 un Grupo de Expertos Gubernamentales sobre Sistemas de Armas Autónomas Letales (en adelante, "SAALs").

Dicho grupo en el año 2019 adoptó lo que se conoce como los 11 principios guía en materia de SAALs y resulta relevante para los efectos del

[1095] Op/Cit (24), párr. 1470
[1096] Protocolo Adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949. Artículo 35
[1097] Protocolo Adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949. Artículo 51
[1098] Protocolo Adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949. Artículo 35

presente trabajo el principio número 5 que resulta ser una reafirmación de una obligatoriedad de la revisión de nuevos armamentos aplicados a los sistemas autónomos al establecer que:

De conformidad con las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional, cuando se estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o un nuevo medio o método de guerra, habrá que determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el derecho internacional.

Durante los meses de agosto y septiembre del año 2021 se llevó a cabo en Ginebra reuniones del GEG en donde se desarrollaron debates sobre la base de proyectos de recomendaciones elaborado por el presidente y dentro de dichos proyectos el acápite quinto de las recomendaciones se tituló "Revisión de armas".[1099]

Es de interés el párrafo 4to de dicho acápite pues establece ciertos elementos que se recomiendan sean aplicados en la etapa de estudio, desarrollo, adquisición o adopción de estos sistemas, lo cual representa un avance con respecto al artículo 36 del 1P que no establece criterio alguno. Así expresamente considera relevantes métodos de comparación con armas existentes, métodos de definición y autorregulación para los problemas legales que se presentan a la hora de estudiar estos sistemas y recomienda que todo estudio sobre la legalidad de estos sistemas sea llevado a cabo comprendiendo de forma íntegra la capacidades y limitaciones de estos.

Escapa de los objetivos que se pretenden estudiar a profundidad las propuestas traídas por los Estados en el marco del GEG acerca de todo el documento, por lo que me limito a destacar las observaciones realizadas con relación al acápite descrito. En este sentido, algunas delegaciones se mostraron reticentes en la inclusión de un sistema universal de revisión pues para estas resultaría superfluo elaborar este mandato en el plano de las SAALs únicamente,[1100] mientras que otros Estados declararon que sería bienvenido que el GEG elaborara guías y buenas prácticas para que los Estados consideren a la hora de llevar a cabo sus evaluaciones legales.[1101]

Si bien se encuentra aún lejos las perspectivas de alcanzar un consenso, resulta interesante ver que los Estados reconocen su obligación de revisión de

[1099] Para ver el proyecto de Agosto ingresar a: Enlace. Para ver el proyecto de Septiembre ingresar a: Enlace.

[1100] Ver las declaraciones de la Federación de Rusia (Enlace)

[1101] Ver la declaración conjunta de Australia, Canadá, Japón, Reino Unido y los Estados Unidos (Enlace)

armamentos, más allá de lo establecido por el artículo 36 del 1P, teniendo en cuenta las características de los sistemas de armas autónomos y los desafíos que presentan actualmente.[1102]

2.3 Los UMS y la revisión de armamentos

Hasta ahora se habló de la obligación de armamentos de forma general, contenida en el artículo 36 del 1P y de forma particular a los sistemas autónomos de armas. Ahora bien ¿qué ocurre con los UMS que pueden ser categorizados como armas, más allá de su grado de autonomía?

Desafíos particulares presentan específicamente aquellas UMS que operan bajo la superficie. Los UUV presentan la particularidad de que sus funcionalidades en el marco de un conflicto armado pudieran asimilarse a las de un torpedo o una mina submarina. Por ende, tomando en cuenta el grado mayor de control que en principio los UUV ostentan en comparación con los otros medios antes descrito, resultará sumamente improbable que su empleo viole las normas de DIH y de derecho internacional mientras esta se encuentre bajo el control de una tripulación y una violación de aquellas normas no implicaría entonces que el UUV sea inherentemente ilegal, sino que su empleo en el contexto determinado ha sido el medio por el cual dicha norma se ha violado.

Por otro lado, es sumamente improbable que un USV sea considerado en principio un arma, debido a que sus características y funcionalidades serán más propias de un barco o buque y por ende su calificación como tal será la más acorde. Sin embargo, como ya se adelantó, no se debe realizar una evaluación global de estos sistemas y se deberá entonces revisar caso por caso el USV del que se trate para ver su calificación. Conforme a los reseñado anteriormente entonces, para que un USV pueda ser categorizado como un arma debería entonces: (i) constituir un sistema por el cual se lleva a cabo una ofensiva en contra de bienes y personas; (ii) que dicha ofensiva sea capaz de producir lesiones o daños pasajeros o permanentes a sus objetivos, (iii) que dicho sistema haya empleado con tal fin (ya sea desde su desarrollo o durante su implementación en el contexto determinado).

[1102] Vale hacer la salvedad en el hecho de que se encuentra aún lejos la posibilidad de afirmar una norma de derecho consuetudinaria aplicable a la revisión de estos sistemas, pues considero que la falta de consenso con respecto a su alcance y naturaleza impide afirmar una cristalización de una costumbre internacional.

No resulta entonces relevante el grado de autonomía que el USV tenga, puesto que es de considerarse que tanto el sistema autónomo como la tripulación pueden emplearlo de forma tal de que puedan constituir un arma, por lo que es un elemento que considero no forma parte de esta definición. En conclusión, se deben tomar diferentes variables en cuenta a la hora de ponderar la aplicación del examen de revisión de armas en los UMS.

2.4 Reflexiones finales

Para el caso de los sistemas no tripulados parece que la comunidad internacional ha tomado una postura más preventiva, puesto que actualmente si bien existen estos sistemas, aún no constituyen un elemento común de los conflictos armados.

Sin embargo, se puede observar que se presentan ciertos desafíos en relación específicamente a los UMS, pues convergen dos variables; por un lado, el problema de la calificación existentes entre armas o buques y por otro lado sus funcionalidades y el grado de autonomía que deberían ostentar. La falta de calificación debe ser resuelta caso por caso, sistema por sistema, pues permitirá sistemas normativos más comprensivos de las características esenciales que compongan al sistema determinado y además reconocer las diferentes funciones y contextos en los que pueden ser empleados.

El problema de la autonomía, como se observó está actualmente siendo tratado por los Estados de la comunidad internacional, aunque no es esperable un desarrollo pronto de diferencias fundamentales. Sin embargo, parece haber indicios que permitan concluir que aquellos sistemas categorizados como armas y que tengan cierto grado de autonomía, se debe aplicar una revisión de armas más extensa que la consagrada por el artículo 36 del 1P.

Se ha presentado entonces que los UMS que pueden ser considerados armas autónomas, entrarían bajo un régimen de revisión de armamentos diferente a aquellos UMS que operen bajo control humano durante todo su ciclo de vida que sería, para aquellos Estados que forman parte del 1P el emergente del artículo 36.

Sin embargo, como se ha podido comprobar, el estudio de esta materia se encuentra en constante evolución y por ello será fundamental los avances que se den en los años subsiguientes, en donde se espera se alcance un consenso suficiente que permita evadir las posibles controversias que fueron identificadas en este trabajo y que entrañan la raíz del "problema de la categorización".

4. Bibliografía

4.1 Bibliografía principal

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, 8 de Junio de 1977, UNTS I-17513

Convención (VIII) relativa al uso de Minas Submarinas Automáticas. 18 de Octubre de 1907. La Haya.

Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados en el Mar. 30 de junio de 1994.

Manual de Derecho Internacional aplicable a la Guerra Aérea y de Misiles. 15 de mayo de 2009.

4.2 Bibliografía crítica

Berkowitz, B. (2014) *Sea Power in the Robotic Age*. Issues in Science and Technology. Vol. XXX, No. 2. Ver en: Enlace.

Gutiérrez Posee, H (2014). *Elementos de Derecho Internacional Humanitario*. Ed. Eudeba. Buenos Aires.

Jevglevskaja, N (2018). "Weapons Review Obligation under Customary International Law*"*. en *International Law Studies* by Stockton Center for International Law. Volumen 94. pp 186 – 221.

McClelland, J (2003) The review of weapons in accordance with Article 36 of Additional Protocol I. En International Review of the Red Cross, vol. 85, no. 850. pp 397 – 415.

Nasu, H Y Letts D (2020). "The Legal Characterization of Lethal Autonomous Maritime Systems: Warship, Torpedo, or Naval Mine?" en *International Law Studies* by Stockton Center for International Law. Vol. 96. pp 79 – 97.

Norris A. (2013) *Legal Issues Relating to Unmanned Maritime Systems*. Monograph. Escuela de Guerra Naval de los Estados Unidos.

Von Heinegg, H (2018). "Unmanned Maritime Systems: Does the Increasing Use of Naval Weapon Systems Present a Challenge for IHL?" en Von Heinegg, H, et. al (ed.) *Dehumanization of Warfare. Legal Implications of New Weapon Technologies*. Springer International Publishing. pp 119 – 126.

En un mundo atravesado por conflictos armados que se multiplican y por violencias que desbordan los marcos tradicionales del orden jurídico existente, este libro invita a pensar de nuevo las normas que pretenden limitar el daño excesivo y proteger la dignidad humana. Mediante la recopilación de conferencias magistrales y ponencias presentadas en los Coloquios de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional —organizados por el Centro de Estudios en Derechos Humanos de la UNICEN entre 2018 y 2021— este texto ofrece un recorrido plural y crítico por tres ejes fundamentales: la protección de la población civil, los mecanismos de responsabilidad internacional y los desafíos contemporáneos en la conducción de hostilidades.

Lejos de presentar respuestas cerradas, estas páginas abren preguntas urgentes que se suman a aquellas debatidas en los trabajos colectivos que anteceden esta obra y que se publicaron en los tres volúmenes ya editados: ¿cómo se aplican las normas humanitarias en escenarios marcados por tecnologías disruptivas, hostilidades híbridas o desplazamientos masivos? ¿Qué significa hoy hacer justicia frente a crímenes atroces? ¿Qué lugar ocupan las víctimas en los procesos de reparación y memoria?

En los capítulos de esta obra, se testimonia un esfuerzo colectivo que, desde quienes trabajamos en la educación pública argentina, insiste en sostener el valor de pensar críticamente la guerra y el derecho. En tiempos de luces y claroscuros, se trata de una invitación a leer, debatir y seguir construyendo humanidad cuando, a nuestro alrededor, poco parece garantizarla.



ISBN 978-950-9516-79-3
9 789509 516793
EDITORIAL AZUL