

**REUNIÓN DE EXPERTOS**

# **EL USO DE LA FUERZA EN CONFLICTOS ARMADOS**

**INTERACCIÓN ENTRE LOS PARADIGMAS  
DE LA CONDUCCIÓN DE HOSTILIDADES  
Y DEL MANTENIMIENTO DEL ORDEN**



**CICR**



**CICR**

Comité Internacional de la Cruz Roja  
19, avenue de la Paix  
1202 Ginebra, Suiza  
T +41 22 734 60 01 F +41 22 733 20 57  
shop@icrc.org www.icrc.org  
© CICR, junio de 2017

**REUNIÓN DE EXPERTOS**

# **EL USO DE LA FUERZA EN LOS CONFLICTOS ARMADOS**

**INTERACCIÓN ENTRE LOS PARADIGMAS  
DE LA CONDUCCIÓN DE HOSTILIDADES  
Y DEL MANTENIMIENTO DEL ORDEN**

**Informe preparado y editado por Gloria Gaggioli  
Asesora jurídica del CICR**



# ÍNDICE

<b>PREFACIO.....</b>	<b>v</b>
<b>AGRADECIMIENTOS .....</b>	<b>ix</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS DE LOS DOS PARADIGMAS .....</b>	<b>5</b>
A. Los regímenes jurídicos internacionales aplicables al uso de la fuerza en los conflictos armados.....	5
B. Los paradigmas de la conducción de hostilidades y del mantenimiento del orden .....	8
C. Principales diferencias entre los paradigmas de la conducción de hostilidades y del mantenimiento del orden.....	9
D. Observaciones y debates de los expertos.....	11
<b>II. EL USO DE LA FUERZA EN CONFLICTOS ARMADOS: ANÁLISIS DE ESTUDIOS DE CASO .....</b>	<b>15</b>
A. Uso de la fuerza contra objetivos legítimos durante conflictos armados .....	15
B. Motines en situaciones de conflicto armado .....	27
C. Lucha contra la delincuencia .....	33
D. Intentos de evasión y motines en situaciones de detención .....	38
E. Desacato de órdenes militares: puestos de control – protección de una zona – protección de la propiedad militar .....	44
<b>III. ASPECTOS ANTERIORES Y POSTERIORES AL USO DE LA FUERZA.....</b>	<b>48</b>
A. Obligaciones de prevención .....	48
B. La obligación de investigar .....	55
<b>COMENTARIOS FINALES .....</b>	<b>64</b>
<b>APÉNDICES.....</b>	<b>67</b>
Apéndice 1: Programa .....	68
Apéndice 2: Listado de asistentes .....	70
Apéndice 3: Presentación escrita de Françoise Hampson* .....	73
Apéndice 4: Resumen de la presentación de Juan Carlos Gómez Ramírez.....	85
Apéndice 5: Resumen de la presentación de Richard Gross.....	88
Apéndice 6: Resumen de la presentación de Olga Chernishova .....	91



## PREFACIO

Tradicionalmente, se ha considerado que el uso de la fuerza por parte de los beligerantes estaba regido casi exclusivamente por la conducción de hostilidades. La fuerza se usaba contra los combatientes enemigos, que se distinguían claramente de la población civil. El uso de la fuerza para mantener o restablecer la seguridad pública, la ley y el orden se consideraba una tarea interna a cargo de la policía. En la actualidad, en muchas situaciones de conflicto armado, se espera cada vez más de las fuerzas armadas que no solo conduzcan operaciones de combate contra el adversario, sino que, además, ejecuten operaciones de mantenimiento del orden con el fin de preservar o restablecer la seguridad pública, la ley y el orden. Aunque se podrían enumerar distintas razones para explicar esa tendencia, en la presente publicación se hará mención de las dos más relevantes.

En primer lugar, entre los conflictos armados contemporáneos predominan los conflictos armados no internacionales. En situaciones de este tipo, los Estados beligerantes usan la fuerza contra miembros de un grupo armado organizado que, al mismo tiempo, son criminales para la legislación nacional. Vistos a la luz del derecho internacional humanitario (DIH), los miembros de un grupo armado organizado son un objetivo legítimo y pueden ser objeto de ataques según el paradigma de la conducción de hostilidades. Sin embargo, el paradigma del mantenimiento del orden también podría ser considerado relevante, porque, en última instancia, la fuerza se emplea contra miembros de un grupo armado organizado con el objeto de mantener o restablecer la seguridad pública, la ley y el orden. Más aún, a veces, la lucha contra grupos insurgentes tiene lugar lejos del campo de batalla, cuando los miembros de un grupo armado organizado no conducen hostilidades; en ese caso, el paradigma del mantenimiento del orden puede considerarse apropiado para reducir el número de víctimas entre la población civil del Estado beligerante.

En segundo lugar, en los conflictos armados contemporáneos, las operaciones militares se realizan cada vez más en zonas pobladas. Los adversarios se entremezclan con la población civil. Por ello, desde el punto de vista práctico, a veces, es muy difícil distinguir de la población civil a los combatientes enemigos, miembros de un grupo armado organizado o civiles que participan directamente en las hostilidades. Por ejemplo, mientras tienen lugar operaciones de combate contra un adversario, pueden presentarse situaciones de violencia o disturbios civiles (motines, por ejemplo). Además, las situaciones de conflicto armado contemporáneas son sumamente volátiles: una situación de disturbios civiles en el contexto de un conflicto armado puede transformarse rápidamente en una situación de combate. Por ello, a veces, no resulta fácil reconocer el paradigma pertinente para regir el uso de la fuerza.

El derecho internacional no siempre ofrece respuestas claras y directas a ese tipo de dilemas. Los órganos de derechos humanos tienden cada vez más a aplicar la lógica del mantenimiento del orden al uso de la fuerza en situaciones de conflicto no internacional y en algunos contextos de ocupación. Sin embargo, la práctica de los derechos humanos varía con cada caso y, a veces, es difícil extraer conclusiones válidas. Eso es así en especial porque la práctica más interesante de los derechos humanos en relación con el uso de la fuerza en conflictos armados proviene de tribunales regionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Prestigiosos académicos del ámbito jurídico tienen posturas e interpretaciones diferentes y, a veces, contrapuestas. Algunos consideran que el paradigma de la conducción de hostilidades es la *lex specialis* en materia de uso de la fuerza y, por lo tanto, desplaza al paradigma

del mantenimiento del orden en situaciones de conflicto armado. Otros, en cambio, sostienen que, en conflictos no internacionales, las reglas y los principios que se aplican en la conducción de hostilidades no son suficientemente claros ni precisos y que, por lo tanto, en ese tipo de situaciones debe prevalecer el paradigma del mantenimiento del orden. E incluso hay quienes piensan que todo depende de las circunstancias. Aducen, por ejemplo, que la localización de la situación (dentro de la zona de conflicto o fuera de esta) puede constituir un elemento para determinar qué paradigma debe aplicarse. Otros señalan como circunstancias relevantes el grado de control sobre la zona donde se usa la fuerza y la intensidad de la violencia que se ejerce en ella.

La falta de claridad respecto de qué paradigma se aplica al uso de la fuerza en distintas situaciones de conflicto armado es un escollo, dado que los Estados beligerantes deben hacer frente con frecuencia a desafíos de esa naturaleza. En algunos Estados, se ha reflexionado sobre el tema para ayudar a las fuerzas armadas a decidir cuándo se debe utilizar la fuerza conforme al paradigma de la conducción de hostilidades y cuándo se aplica el paradigma del mantenimiento del orden. Otros se resisten a reconocer la pertinencia *de iure* del mantenimiento del orden en situaciones de conflicto armado, pero, a pesar de ello, aplican con creciente frecuencia procedimientos de escalada de fuerza, por ejemplo, en situaciones como las que se plantean en los puestos de control o cuando las fuerzas armadas son o están a punto de ser atacadas por individuos no identificados. Los conflictos armados recientes proporcionan una gran cantidad de ejemplos donde la respuesta al interrogante de qué paradigma rige el uso de la fuerza no es del todo clara. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) se encuentra regularmente con esas cuestiones en su diálogo jurídico operacional con Estados beligerantes.

Es preciso encontrar soluciones que tengan sentido en la teoría y en la práctica para asegurar la aplicación adecuada del derecho internacional. La eficaz determinación del paradigma apropiado no es solo un tema teórico que interesa a juristas internacionales y expertos militares. Por el contrario, puede tener un impacto fundamental en las consecuencias humanitarias de una operación, por cuanto tiene efectos directos en términos de pérdidas de vidas humanas y heridos. Eso es así por la diferencia en los contenidos de los dos paradigmas vinculados con el uso de la fuerza. La conducción de hostilidades no prohíbe dar muerte a objetivos legítimos, siempre y cuando se cumplan, entre otros, los principios de proporcionalidad y precaución del DIH. En cambio, bajo el paradigma del mantenimiento del orden, la fuerza letal solo puede usarse como último recurso para proteger vidas cuando los otros medios de que se dispone resultan ineficaces o no garantizan el logro del resultado previsto. El paradigma de la conducción de hostilidades tolera, además, más pérdidas de vida incidentales que el del mantenimiento del orden. Asimismo, ambos son muy diferentes en términos de planificación. Por ejemplo, a diferencia del paradigma del mantenimiento del orden, el de la conducción de hostilidades no contempla el uso de armas menos que letales, si este fuera posible. El paradigma del mantenimiento del orden implica la obligación de llevar a cabo una investigación toda vez que se denuncie una violación del derecho a la vida, aspecto que el DIH no contempla.

El marco jurídico y operacional anteriormente expuesto ha llevado al CICR a la conclusión de que es necesario aclarar en qué tipo de casos el uso de la fuerza cae dentro de la esfera de la conducción de hostilidades y en cuáles pertenece al ámbito del mantenimiento del orden. Por ese motivo, como parte de sus actividades para promover y clarificar el DIH y su interacción con otros cuerpos de derecho internacional, el CICR organizó una reunión de expertos en enero de 2012 con el objetivo de analizar el tema a través de cinco estudios



de caso elaborados para ilustrar algunas de las cuestiones jurídicas y prácticas concretas que surgen en el terreno. Los estudios de caso describen situaciones que tienen lugar en el contexto de conflictos armados no internacionales, pero las lecciones adquiridas a partir de esos casos también pueden aplicarse, en general, a los conflictos armados internacionales. En la reunión, se abordó el tema adoptando una perspectiva amplia. Se trataron cuestiones que surgen no solo en el momento de la ejecución de una operación (el uso efectivo de la fuerza), sino también en las etapas anterior y posterior al uso de la fuerza, en especial, aspectos de planificación e investigación.

En este informe, se presentan los interesantes debates que tuvieron lugar durante el encuentro. No se trata, por lo tanto, de exponer las posturas jurídicas del CICR sobre esos temas.

El CICR espera que el informe sirva para aclarar algunos de los aspectos más significativos de la interacción entre el paradigma de la conducción de hostilidades y el del mantenimiento del orden, y que contribuya a dar forma al debate sobre los asuntos jurídicos y de políticas relativos al uso de la fuerza en situaciones de conflicto armado.

Dr. Knut Dörmann  
Jefe de la División Jurídica del CICR



## **AGRADECIMIENTOS**

Este informe es una publicación oficial del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

El presente documento es producto de una reunión de expertos celebrada en enero de 2012, en la que se trató el tema del uso de la fuerza en los conflictos armados y la relación entre el paradigma de la conducción de hostilidades y el del mantenimiento del orden.

La conceptualización, la redacción y la publicación del informe no habrían sido posibles sin el compromiso y el aporte de muchas personas.

En primer lugar, agradecemos a los expertos que participaron en la reunión a título personal, quienes, con su compromiso y conocimientos, echaron luz sobre los aspectos jurídicos y prácticos más complejos de la interacción entre los dos paradigmas, contribuyendo así a la mejor comprensión del tema.

Expresamos, asimismo, nuestro agradecimiento a la Dra. Gloria Gaggioli, asesora jurídica de la División Jurídica del CICR, responsable de la organización del encuentro y autora y editora del presente informe.

Por último, queremos dar las gracias a todos nuestros colegas del CICR que enriquecieron el texto de esta publicación con sus comentarios, brindaron su valioso apoyo en la organización y seguimiento de la reunión de expertos y colaboraron con la publicación del informe.

Dr. Knut Dörmann  
Jefe de la División Jurídica del CICR



# INTRODUCCIÓN

Durante un conflicto armado, el uso de la fuerza letal o potencialmente letal (de aquí en adelante, “uso de la fuerza”) por parte de las fuerzas armadas y de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley está regido por dos paradigmas distintos: el de la conducción de hostilidades, que se basa en el derecho internacional humanitario (DIH), y el del mantenimiento del orden, que tiene su fundamento principal en el derecho internacional de los derechos humanos (de aquí en adelante, “derecho de los derechos humanos”)<sup>1</sup>.

En muchos conflictos armados contemporáneos –en particular, en territorios ocupados<sup>2</sup> y en conflictos armados no internacionales–, se espera cada vez más que las fuerzas armadas no solo conduzcan operaciones de combate contra el adversario, sino que también ejecuten operaciones de mantenimiento del orden para restablecer la seguridad, la ley y el orden público. La coexistencia de los dos paradigmas es posible también en conflictos armados no internacionales donde tiene lugar una intervención extranjera con el consentimiento del Estado anfitrión. Por ejemplo, un tercer Estado interviniente puede ejecutar operaciones de mantenimiento del orden con el consentimiento del Estado territorial (o anfitrión), con el objetivo de asistir a este último en el restablecimiento de la ley y el orden; al mismo tiempo, un tercer Estado interviniente puede conducir hostilidades contra miembros de un grupo armado organizado<sup>3</sup> y civiles que participan directamente en las hostilidades.

En el derecho internacional, no queda del todo claro qué situaciones dentro del contexto de un conflicto armado están regidas por el paradigma de la conducción de hostilidades y cuáles por el paradigma del mantenimiento del orden. En la práctica, tampoco resulta sencillo trazar la línea divisoria entre ambos tipos de situaciones. Por ejemplo, en un conflicto armado no internacional, cuando un Estado usa la fuerza contra miembros de un grupo armado organizado, puede considerarse que está conduciendo hostilidades y manteniendo la ley y el orden simultáneamente, pues estos, con frecuencia, son también criminales según las leyes nacionales. Del mismo modo, pueden generarse situaciones de disturbios civiles (como los motines) mientras se llevan a cabo operaciones de combate contra un adversario. A veces, las dos situaciones de violencia se entremezclan, por ejemplo, cuando los miembros de un grupo armado organizado se ocultan entre los civiles o los manifestantes que participan en los motines. En esos casos, suele ser difícil distinguir entre miembros de un grupo armado organizado y manifestantes civiles, con lo cual no queda claro cuál es el paradigma que debería aplicarse.

---

<sup>1</sup> En este informe se presenta la manera en la que puede usarse la fuerza durante un conflicto armado. El texto no aborda la legitimidad del uso de la fuerza entre Estados, que pertenece al *ius ad bellum*, regido desde 1945 por la Carta de las Naciones Unidas.

<sup>2</sup> V. CICR, Informe de la reunión de expertos: *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, Third Meeting of Experts: The Use of Force in Occupied Territory*, redactado por T. Ferraro, Ginebra, Suiza, abril de 2012 (en adelante: CICR, *The Use of Force in Occupied Territory*).

<sup>3</sup> Para el propósito de este informe, el término “miembros de un grupo armado organizado” se refiere a miembros de grupos armados organizados no estatales que son partes en un conflicto armado no internacional y, por lo tanto, debe entenderse como “individuos cuya función continua consiste en participar directamente en las hostilidades”. V. CICR, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, redactada por N. Melzer, Ginebra, Suiza, mayo de 2009, p. 27 (en adelante: CICR, *Guía sobre la participación directa en las hostilidades*).

Determinar con certeza el paradigma apropiado en cada caso puede ser crucial para las consecuencias humanitarias de una operación, pues el contenido de los paradigmas es diferente. El paradigma de la conducción de hostilidades, por ejemplo, permite dar muerte a personas identificadas como objetivos legítimos, mientras que, según el paradigma del mantenimiento del orden, se debe “capturar en vez de matar” a los sospechosos, a menos que supongan una amenaza inminente para la vida. Asimismo, el paradigma de la conducción de hostilidades tolera más pérdidas de vida incidentales que el del mantenimiento del orden. Estas diferencias muestran que la determinación del paradigma que se aplica en cada caso tiene consecuencias directas en el modo de usar la fuerza letal contra los individuos. Por ello, es necesario identificar los tipos de casos en los cuales el uso de la fuerza se enmarca dentro del paradigma de la conducción de hostilidades o, por el contrario, en el del mantenimiento del orden, sobre todo cuando ambos se aplican en el mismo contexto.

Con el fin de echar luz sobre estos temas, el CICR convocó a una reunión de expertos que tuvo lugar el 26 y el 27 de enero de 2012 en Ginebra. Asistieron a la reunión, a título personal, 22 prestigiosos profesionales y académicos provenientes de 16 países, especializados en temas vinculados con el uso de la fuerza. Los participantes emplearon el inglés durante la reunión, en la que se aplicó la regla de Chatham House<sup>4</sup>.

El objetivo de la reunión de expertos fue definir la línea que separa el paradigma de la conducción de hostilidades del paradigma del mantenimiento del orden en situaciones de conflicto armado, con particular referencia a los conflictos armados no internacionales, en los cuales existe una considerable interacción entre los dos paradigmas. En otras situaciones, como las tensiones internas y los disturbios interiores, no existe ese dilema, puesto que la conducción de hostilidades solo se aplica a los conflictos armados. Asimismo, aunque la interacción entre los paradigmas también es importante en relación con los ataques contra los bienes, la reunión de expertos se centró exclusivamente en los ataques contra las personas<sup>5</sup>. El tema fue analizado, además, desde la perspectiva del Estado, pues el derecho de los derechos humanos (y, por consiguiente, también los requisitos para la aplicación de esa rama del derecho) es vinculante *de iure* solo para los Estados<sup>6</sup>. En la reunión, no se abordó específicamente la cuestión del uso de la fuerza por grupos armados no estatales. Nótese, asimismo, que el objeto del presente informe de resultados –y el de la reunión de expertos que le dio origen– fue solo el uso de la fuerza como tal. En

---

<sup>4</sup> En una reunión en la que se aplica la regla de Chatham House, los “participantes pueden usar libremente la información que se les proporciona, pero sin revelar la identidad ni la institución a la que pertenecen los oradores ni las de ningún otro participante”, disponible en línea en <http://www.chathamhouse.org/about-us/chathamhouserule> (consultado el 30 de septiembre de 2013).

<sup>5</sup> La interacción entre el paradigma de la conducción de hostilidades y el del mantenimiento del orden es muy diferente según se use la fuerza contra objetos o personas. Según el derecho de los derechos humanos, las situaciones relacionadas con el uso de la fuerza contra personas están regidas por el derecho a la vida, mientras que las situaciones relacionadas con el uso de la fuerza contra objetos están regidas por otros derechos, como el derecho a la propiedad o el derecho al respeto a la vida privada y familiar, al hogar, etc.

<sup>6</sup> CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, Ginebra, Suiza, octubre de 2011, pp. 14-15: “Cabe destacar [...] grandes diferencias de índole general entre el DIH y el derecho de los derechos humanos. La primera es que el derecho de los derechos humanos obliga *de iure* solo a los Estados, como demuestra el hecho de que los tratados de derechos humanos y otras fuentes de las normas de derechos humanos no crean obligaciones para los grupos armados no estatales. [...] Sin embargo, cabe señalar que la excepción a los casos antes mencionados es la situación en que un grupo, generalmente porque controla un territorio de forma estable, tenga la capacidad de actuar como una autoridad estatal y se puedan reconocer de facto sus responsabilidades en relación con los derechos humanos”.

consecuencia, los temas vinculados con el internamiento y la detención en situaciones de conflicto armado no fueron incluidos.

Los expertos recibieron un documento de referencia<sup>7</sup> redactado por el CICR, en el que se presentaba el tema de interés y se exponían los siguientes cinco estudios de caso para comentar en la reunión:

Estudio de caso 1: El uso de la fuerza contra objetivos potenciales (ejemplo del miembro de un grupo armado organizado que duerme aislado en su casa)

Estudio de caso 2: Motines (en los que se entremezclan civiles y miembros de un grupo armado organizado)

Estudio de caso 3: Lucha contra la delincuencia

Estudio de caso 4: Intentos de evasión y detenidos amotinados

Estudio de caso 5: Puestos de control

En cada caso, los expertos debían decidir si el uso de la fuerza en la situación particular descrita se enmarcaba dentro del paradigma de la conducción de hostilidades o, en cambio, dentro del paradigma del mantenimiento del orden. También se examinaron temas jurídicos pertinentes para los períodos anterior y posterior al uso de la fuerza, en especial, cuestiones relacionadas con la planificación y la investigación.

Con la presente publicación, se desea introducir el tema de interés y proporcionar la información de referencia entregada a los expertos y los estudios de caso que se trataron durante la reunión, así como ofrecer un resumen del análisis realizado y de las posturas sostenidas por los especialistas en cada uno de los tópicos tratados.

Este informe de resultados se divide en tres partes, en las que se abordan los siguientes temas:

- I) Los fundamentos jurídicos y las características distintivas de los paradigmas de la conducción de hostilidades y del mantenimiento del orden.
- II) El análisis de los estudios de caso relacionados con el uso efectivo de la fuerza.
- III) Los temas jurídicos relevantes para los períodos anterior y posterior al uso de la fuerza, en especial, cuestiones relacionadas con la planificación y la investigación.

Por último, en una breve conclusión, se incluyen algunas observaciones surgidas de los debates que tuvieron lugar durante la reunión.

El programa de la reunión y el listado de asistentes figuran en los **Apéndices 1 y 2**, respectivamente. En el **Apéndice 3**, se reproduce una presentación escrita enviada por uno de los expertos que no pudo asistir<sup>8</sup>. Los **Apéndices 4 a 6** contienen resúmenes de las presentaciones realizadas por tres expertos en la sesión introductoria con el fin de dar un panorama general y contextualizar el tema de interés<sup>9</sup>. Los aspectos clave de esas

---

<sup>7</sup> La información proporcionada en el documento de referencia está incluida en este informe.

<sup>8</sup> La presentación escrita de Françoise Hampson trata de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de uso de la fuerza.

<sup>9</sup> La primera presentación estuvo a cargo de Juan Carlos Gómez Ramírez, quien abordó el tema del uso de la fuerza en el contexto del conflicto armado de Colombia. Se refirió, en particular, al *Manual de derecho operacional de Colombia*, cuyo propósito era encarar el complejo tema de la interacción entre los

presentaciones y los debates posteriores aparecen en distintas secciones del presente informe.

---

paradigmas de la conducción de hostilidades y del mantenimiento del orden. La segunda presentación fue efectuada por Richard Gross, quien habló del uso de la fuerza en las distintas etapas del conflicto de Afganistán. Por último, Olga Chernishova presentó un panorama general de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el uso de la fuerza.



# I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS DE LOS DOS PARADIGMAS

Para introducir el tema y contextualizar los estudios de caso para su posterior análisis, en esta sección se exponen, en primer lugar, los regímenes jurídicos internacionales que se aplican al uso de la fuerza en los conflictos armados. En segundo lugar, se describen los paradigmas de la conducción de hostilidades y del mantenimiento del orden. En tercer lugar, se tratan las principales diferencias entre los dos paradigmas. Las tres secciones presentan un resumen de la información de referencia proporcionada a los expertos como punto de partida para el debate. Por último, en la cuarta sección se presentan algunas observaciones importantes formuladas por los expertos sobre los fundamentos jurídicos y las características distintivas de los dos paradigmas.

## ***A. Los regímenes jurídicos internacionales aplicables al uso de la fuerza en los conflictos armados***

En el derecho internacional, los regímenes jurídicos que se aplican al uso de la fuerza contra las personas están contenidos en el DIH y en el derecho de los derechos humanos.

En el DIH, las normas y los principios que rigen el uso de la fuerza se encuentran principalmente en el Reglamento de La Haya de 1907<sup>10</sup>, los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra<sup>11</sup> y el DIH consuetudinario<sup>12</sup>. En el derecho de los derechos humanos, el régimen jurídico que se aplica al uso de la fuerza contra las personas se fundamenta en el derecho a la vida, protegido en todos los tratados generales de derechos humanos<sup>13</sup> y también en el derecho consuetudinario<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Reglamento de La Haya de 1907, arts. 22-28, art. 43.

<sup>11</sup> Protocolo adicional I (PA I), arts. 48 y ss.; Protocolo adicional II (PA II), arts. 13 y ss.

<sup>12</sup> J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, normas 1-24, pp. 3-86 (en adelante: CICR, *Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario*). Hay muchas otras normas particulares del DIH que influyen en el tipo de fuerza que ha de usarse (por ejemplo, normas sobre armas) o con las personas protegidas en particular (por ejemplo, miembros del personal sanitario y religioso). V. Corte Internacional de Justicia (CIJ), Opinión Consultiva sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, 8 de julio de 1996, párrs. 78-79; Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), *El fiscal c. D. Tadić*, Sala de Apelaciones, Fallo del 2 de octubre de 1995, Causa IT-94-1-AR72, párrs. 100-127; TPIY, *El fiscal c. M. Martić*, Sala de Primera Instancia, Fallo del 8 de marzo de 1996, Causa IT-95-11-R61, párr. 18; TPIY, *El fiscal c. D. Kordić y M. Čerkez*, Sala de Primera Instancia, Fallo del 2 de marzo de 1999, Causa IT-95-14/2, párr. 31; TPIY, *El fiscal c. Kupreškić*, Sala de Primera Instancia, Sentencia del 14 de enero de 2000, Causa IT-95-16, párrs. 524-525; Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *J. C. Abella c. Argentina* ("La Tablada"), 18 de noviembre de 1997, párr. 177.

<sup>13</sup> V. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), art. 6; Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), art. 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), art. 4; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), art. 4.

<sup>14</sup> El art. 6 del PIDCP califica el derecho a la vida como "inherente", lo que indica su naturaleza consuetudinaria. Sobre la naturaleza consuetudinaria, o la naturaleza *jus cogens*, del derecho a la vida, v., entre otros, M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl/Estrasburgo/Arlington, N.P. Engel, 2005, p. 122; T. Desch, "The Concept and Dimensions of the Right to Life (as Defined in International Standards and in International and Comparative Jurisprudence)", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 36, n.º 1/2, 1985, p. 79; B. G. Ramcharan, "The Right to Life", *Netherlands International Law Review*, vol. 30, n.º 3, 1983, p. 299; Y. Dinstein, "The Right to Life, Physical

En lo que respecta a su ámbito de aplicación, el DIH se limita a situaciones de conflicto armado, en tanto que el derecho de los derechos humanos se aplica tanto en tiempo de paz como en situaciones de conflicto armado<sup>15</sup>.

Para que corresponda la aplicación del DIH, el uso de la fuerza debe ejecutarse en una situación de conflicto armado y debe estar vinculado con dicho conflicto. Además, como lo estableció el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) en la sentencia del caso *Tadić*, el DIH se aplica “en todo el territorio de los Estados beligerantes o, en el caso de conflictos armados internos, en todo el territorio bajo control de una de las partes, independientemente de que las hostilidades efectivas tengan lugar allí”<sup>16</sup>. Por último, las disposiciones del DIH son igualmente vinculantes para los Estados y para los grupos armados no estatales.

Con respecto al derecho de los derechos humanos, es cierto que algunos derechos pueden derogarse “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”<sup>17</sup>. Sin embargo, esa autorización no se aplica a la prohibición de la privación arbitraria de la vida, pues no es derogable y de ella derivan las restricciones al uso de la fuerza contra las personas en el derecho de los derechos humanos<sup>18</sup>. Además, cabe destacar que la aplicación extraterritorial del derecho de los derechos humanos<sup>19</sup> ha sido aceptada por los órganos de derechos humanos y la Corte Internacional de Justicia<sup>20</sup>. Sin embargo, es importante

---

Integrity, and Liberty”, en L. Henkin (ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Nueva York, Columbia University Press, 1981, pp. 114-115. V. también Comisión de Derechos Humanos (CDH), Observación general n.º 24: Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, 11 de abril de 1994, doc. de la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, párr. 8.

<sup>15</sup> Sin embargo, según una opinión minoritaria, el derecho de los derechos humanos no se aplica en los conflictos armados. V., por ejemplo, la postura de algunos Estados en ocasión de la emisión de la Opinión consultiva de la CIJ sobre la licitud del empleo de armas nucleares. V. *Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud del empleo de armas nucleares*, nota 12 *supra*, párr. 24: “Se señaló que el Pacto tenía por objeto proteger los derechos humanos en tiempo de paz, pero que las cuestiones relativas a la privación ilegal de la vida en las hostilidades se regían por el derecho aplicable en caso de conflicto armado”. V. también la postura de Israel en CIJ, *Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 9 de julio de 2004, párrs. 102-110.

<sup>16</sup> TPIY, *El fiscal c. D. Tadić*, nota 12 *supra*, párr. 70.

<sup>17</sup> PIDCP, art. 4. V. también CEDH, art. 15; CADH, art. 27. Sin embargo, no existe una disposición similar en la CADHP. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sostuvo que, por esa razón, la derogación no era posible. V. *Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (ComADHP), Comisión Nacional de derechos humanos y de las libertades c. Chad*, 11 de octubre de 1995, párr. 21.

<sup>18</sup> PIDCP, art. 4, párr. 2; CADH, art. 27, párr. 2. La única excepción es el CEDH, en el cual el derecho a la vida no admite derogación “salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra” (CEDH, art. 15, párr. 2). Hasta el momento, esa disposición no ha tenido impacto en la práctica, puesto que ningún Estado europeo ha derogado el derecho a la vida y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) nunca ha recurrido a esa excepción *motu proprio*.

<sup>19</sup> El debate acerca de la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos se centra en la interpretación de disposiciones tales como el art. 2, párr. 1, del PIDCP o el art. 1 del CEDH.

<sup>20</sup> V., entre otros documentos, *Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, nota 15 *supra*, párrs. 107-113; CDH, Observación general n.º 31/80, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 26 de mayo de 2004, doc. de la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 10; TEDH, *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, 7 de julio de 2011, párrs. 130-150. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la jurisdicción, v. Apéndice 3: Presentación escrita de Françoise Hampson; Apéndice 6: Resumen de la presentación de Olga Chernishova.

subrayar que no todos los Estados aceptan la aplicación extraterritorial del derecho de los derechos humanos<sup>21</sup>. Es más: el alcance preciso de la aplicación extraterritorial del derecho de los derechos humanos sigue siendo tema de debate en los círculos jurídicos.

Si bien el ámbito de aplicación del DIH y del derecho de los derechos humanos no es el mismo, existe cierta superposición, sobre todo en situaciones de ocupación y de conflictos armados no internacionales, donde, según la opinión de la mayoría, rige el derecho de los derechos humanos debido a que existe control suficiente del territorio. Sin embargo, el grado de acuerdo no es el mismo con respecto a las situaciones de conflicto armado extraterritorial no internacional, debido a las controversias sobre el alcance extraterritorial del derecho de los derechos humanos más allá de la ocupación o la detención<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Para leer más sobre la postura de los Estados Unidos, v. Departamento de Estado de los Estados Unidos, *Primero y Segundo Informes periódicos presentados por Estados Unidos de América ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Anexo 1, 21 de octubre de 2005, disponible en línea en <http://www.state.gov/g/drl/rls/55504.htm> (consultado el 30 de septiembre de 2013); *Respuestas de Estados Unidos a las recomendaciones seleccionadas del Comité de Derechos Humanos*, 10 de octubre de 2007, pp. 1-2, disponible en línea en <http://2001-2009.state.gov/documents/organization/100845.pdf> (consultado el 30 de septiembre de 2013). Para conocer la postura de Israel, v. CDH, *63º período de sesiones, Acta resumida de la 1675ª reunión: Consideración del informe inicial de Israel*, 21 de julio de 1998, doc. de la ONU CCPR/C/SR.1675, párrs. 21 y 27; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CDESC), *Adenda a los Segundos Informes Periódicos presentados por los Estados Partes*, Israel, 16 de octubre de 2001, doc. de la ONU E/1990/6/Add.32, párr. 5; CDH, *Adenda al Segundo Informe Periódico*, Israel, 4 de diciembre de 2001, doc. de la ONU CCPR/C/ISR/2001/2, párr. 8. Para consultar los escritos jurídicos contrarios a la aplicación extraterritorial del derecho de los derechos humanos, v., por ejemplo, M. Dennis, "Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation", *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, pp. 119-141. Nótese también que, aunque Canadá acepta la aplicación extraterritorial de los tratados de derechos humanos, solo la admite según el criterio de "control del territorio", que la jurisprudencia canadiense parece entender como situaciones de ocupación. La extraterritorialidad sobre la base de la autoridad de agentes estatales (o control de la persona) como aparece en cierta jurisprudencia relativa a los derechos humanos (v., por ejemplo, CDH, *Burgos c. Uruguay*, 29 de julio de 1981, doc. de la ONU CCPR/C/13/D/52/1979, párr. 12.3; CDH, *Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay*, 29 de julio de 1981, doc. de la ONU CCPR/C/13/D/56/1979, párr. 10.3; TEDH, *Öcalan c. Turquía*, 12 de marzo de 2003, párr. 93) ha sido expresamente rechazada por el gobierno de Canadá y también por los tribunales canadienses. V. Tribunal Federal, Ottawa, Canadá, *Amnistía Internacional Canadá y Asociación de Libertades Civiles de Columbia Británica c. Jefe de Estado Mayor de la Defensa de las Fuerzas Armadas Canadienses, Ministro de Defensa Nacional y Fiscal General de Canadá*, 25 de enero y 12 de marzo de 2008, disponible en línea en <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/2008/2008fc336.pdf> (consultado el 30 de septiembre de 2013). Esa decisión fue ratificada por el Tribunal Federal de Apelaciones y el recurso a la Suprema Corte de Justicia de Canadá no fue aceptado.

<sup>22</sup> Para obtener información sobre el alcance extraterritorial del derecho de los derechos humanos en situaciones de ocupación, v., por ejemplo, CIJ, *Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, nota 15 *supra*, párrs. 107-113; CDH, *Observaciones finales: Israel*, 18 de agosto de 1998, doc. de la ONU CCPR/C/79/Add.93, párr. 10; CDH, *Observaciones finales: Israel*, 21 de agosto de 2003, doc. de la ONU CCPR/CO/78/ISR, párr. 11; TEDH, *Loizidou c. Turquía*, 23 de marzo de 1995, párr. 62; TEDH, *Chipre c. Turquía*, 10 de mayo de 2001, párr. 30; TEDH, *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, 7 de julio de 2011, párrs. 130-150. Para leer más acerca del control sobre la persona, v., por ejemplo, TEDH, *Öcalan c. Turquía*, 12 de marzo de 2003, párr. 93; TEDH, *Issa c. Turquía*, 16 de noviembre de 2004, párrs. 69-71; TEDH, *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, 30 de junio de 2009, párr. 88; TEDH, *Al-Jedda c. Reino Unido*, 7 de julio de 2011, párrs. 74-86.

## **B. Los paradigmas de la conducción de hostilidades y del mantenimiento del orden**

Los paradigmas de la conducción de hostilidades y del mantenimiento del orden tienen su fundamento jurídico internacional en los regímenes jurídicos del DIH y del derecho de los derechos humanos.

Las normas fundamentales del DIH que se aplican a la conducción de hostilidades se formularon para reflejar la realidad de los conflictos armados. Se basan en el supuesto de que el uso de la fuerza es inherente a la guerra, por cuanto la finalidad última de las operaciones militares es vencer a las fuerzas armadas enemigas. La primera entre todas las normas fundamentales del DIH es el principio de distinción, que establece que las partes en un conflicto armado deben distinguir en todo momento entre personas civiles y bienes de carácter civil, por un lado, y combatientes y objetivos militares, por el otro, y atacar solo a estos últimos<sup>23</sup>. Una parte en un conflicto armado está autorizada a atacar (o, al menos, no tiene prohibido atacar) los objetivos militares de la otra, incluido el personal de las fuerzas armadas. Por el contrario, son ilegales los actos de violencia dirigidos contra personas o bienes civiles. De hecho, uno de los principales objetivos del DIH consiste en protegerlos de las consecuencias de las hostilidades. Por medio del principio de distinción, el DIH prohíbe, *inter alia*, los ataques indiscriminados y desproporcionados<sup>24</sup>, y obliga a las partes en el conflicto a observar un conjunto de medidas precautorias en el ataque con el objeto de evitar o reducir todo lo posible los daños incidentales a las personas civiles y a los bienes de carácter civil<sup>25</sup>. Ese conjunto de principios (distinción, proporcionalidad y precaución en el ataque) puede considerarse el elemento fundamental del paradigma de la conducción de hostilidades. Estos principios regulan los métodos y los medios de guerra.

El derecho de los derechos humanos se fundamenta en supuestos diferentes. Fue concebido para proteger a los individuos de los abusos del Estado. Sus normas sobre el uso de la fuerza en operaciones para el mantenimiento del orden proporcionan principalmente una guía acerca de cómo deben usar la fuerza los agentes estatales cuando es absolutamente necesaria para la defensa propia, para prevenir delitos, efectuar o ayudar a efectuar el arresto lícito de infractores o presuntos infractores, prevenir la evasión de infractores o presuntos infractores y controlar motines<sup>26</sup>. En suma, el derecho de los derechos humanos regula el

---

<sup>23</sup> PA I, art. 48. V. también CICR, *Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario*, nota 12 *supra*, normas 1-10.

<sup>24</sup> PA I, art. 51. V. también CICR, *Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario*, nota 12 *supra*, normas 11-14.

<sup>25</sup> PA I, art. 57. V. también CICR, *Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario*, nota 12 *supra*, normas 15-24.

<sup>26</sup> ONU, *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente y aprobados en la Res. 45/166 de la Asamblea General de la ONU, 18 de diciembre de 1990, principio 9 (en adelante: ONU, *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza*): "Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la perpetración de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga..."; ONU, *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, aprobado en la Res. 34/169, 17 de diciembre de 1979, comentario al art. 3 (de aquí en adelante: ONU, *Código de conducta*): "... los funcionarios encargados de

uso de la fuerza por las autoridades del Estado para mantener o restablecer la seguridad pública, la ley y el orden. La esencia de los principios que se aplican al uso de la fuerza en operaciones de mantenimiento del orden dentro del derecho de los derechos humanos es que la fuerza letal solo puede usarse como último recurso para proteger vidas cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto<sup>27</sup>. La jurisprudencia de los derechos humanos y las normas no vinculantes, como el *Código de Conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*<sup>28</sup> y los *Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*<sup>29</sup>, ambos de la ONU, también dejan en claro que todo uso de la fuerza está asociado a un requisito de necesidad “estricta” o “absoluta”; es decir, la fuerza debe limitarse a lo estricto o absolutamente necesario para proteger la vida. Específicamente, esto implica que, siempre que sea posible, un arresto debe efectuarse usando medios no letales. El conjunto de normas y principios mencionados anteriormente describe lo que denominaremos, para el propósito de este informe, el paradigma del mantenimiento del orden.

### **C. Principales diferencias entre los paradigmas de la conducción de hostilidades y del mantenimiento del orden<sup>30</sup>**

Los principios que rigen los paradigmas de la conducción de hostilidades y del mantenimiento del orden operan de manera distinta. A continuación, se presenta un resumen de las principales diferencias:

- 1) El principio de *necesidad* no significa lo mismo en los dos paradigmas. En el de la conducción de hostilidades, se presume la necesidad militar del uso de la fuerza contra objetivos legítimos. En otras palabras, existe la presunción de que los combatientes pueden ser atacados con medios legítimos, en tanto que los civiles gozan de protección contra ataques directos salvo si participan directamente en las hostilidades y solo mientras dure tal participación. En cambio, según el paradigma del mantenimiento del orden, por el principio de “necesidad absoluta”, el uso de la fuerza debe ser el último recurso y solo se puede recurrir a él para lograr un objetivo legítimo, como ejercer la defensa propia, efectuar un arresto lícito, impedir

---

hacer cumplir la ley pueden ser autorizados a usar la fuerza en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes...”; CEDH, art. 2, párr. 2: “La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”. Aunque los otros instrumentos del derecho de los derechos humanos no definen qué propósitos del uso de la fuerza se consideran legítimos, en la práctica se cumple con los objetivos legítimos explícitamente enunciados en los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza de la ONU, en el *Código de conducta* de la ONU y en el CEDH. V. F. Hampson, “Using International Human Rights Machinery to Enforce the International Law of Armed Conflicts”, *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, vol. 31, n.º 1, 1992, p. 131.

<sup>27</sup> ONU, Principios básicos sobre el empleo de la fuerza, nota 26 *supra*, principio 4 (sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego) y principio 9 (sobre el empleo de armas de fuego especialmente).

<sup>28</sup> ONU, *Código de conducta*, nota 26 *supra*.

<sup>29</sup> ONU, *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza*, nota 26 *supra*.

<sup>30</sup> Esta sección se basa principalmente en CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, nota 6 *supra*, pp. 18-19.

la evasión de una persona detenida de manera lícita o controlar motines. En pocas palabras, la fuerza debe ser absolutamente necesaria para mantener la ley, el orden y la seguridad pública.

- 2) El principio de *proporcionalidad*, cuya observancia es crucial en la conducción de hostilidades y en las operaciones de mantenimiento del orden, no se concibe del mismo modo en el DIH y en el derecho de los derechos humanos. El DIH prohíbe los ataques contra un objetivo legítimo “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”<sup>31</sup>. En otras palabras, para el DIH, el principio de proporcionalidad protege solo a las personas civiles y a los bienes de carácter civil que se hallan en las inmediaciones de un daño que sería excesivo en relación con la ventaja militar concreta y directa que se espera del ataque. Los objetivos legítimos de un ataque (combatientes, miembros de un grupo armado organizado o civiles que participan directamente en las hostilidades) no están cubiertos por el principio de proporcionalidad en el marco del DIH.

En contraste, cuando un agente del Estado usa la fuerza contra un individuo, para el derecho de los derechos humanos, el principio de proporcionalidad exige efectuar un balance entre los riesgos causados por el individuo y el posible daño al mismo individuo así como a los transeúntes. Por lo tanto, a diferencia del DIH, el derecho de los derechos humanos toma en consideración la vida del individuo que representa una amenaza inminente. Si el individuo no representa una amenaza inminente de muerte o daño grave, el uso de la fuerza letal (o potencialmente letal) no respetaría el principio de proporcionalidad (aun cuando se cumpliera el requisito de necesidad). Además, cuando el uso legítimo de la fuerza y las armas de fuego resulta inevitable, la prueba de proporcionalidad que exige el derecho de los derechos humanos conduce a la obligación de usar solo el mínimo de fuerza necesario (incluso mediante el uso de armas menos que letales) y recurrir a un proceso de escalada de fuerza, a menos que ello parezca imposible<sup>32</sup>. Finalmente, en el derecho de los derechos humanos, el uso de la fuerza debe evitar, dentro de lo posible, la muerte o las heridas ocasionadas a los transeúntes<sup>33</sup>, mientras que el principio de proporcionalidad del DIH prohíbe solo los daños civiles incidentales *excesivos*.

---

<sup>31</sup> PA I, art. 51, párr. 5 b).

<sup>32</sup> V. también N. Lubell, “Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict” [Problemas que plantea la aplicación de los derechos humanos en los conflictos armados], *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n.º 860, diciembre de 2005, pp. 745-746: “El principio de ‘proporcionalidad’ es fundamental tanto en el DIH como en el derecho de los derechos humanos. En ambos denota una relación de equilibrio: X en relación con Y. Sin embargo, conceptualmente, no siempre significa lo mismo y puede prestarse a confusión. Por ejemplo, en el derecho de los derechos humanos y las normas relativas al mantenimiento del orden, cuando un agente estatal emplea la fuerza contra un individuo, el principio de proporcionalidad mide esa fuerza en una evaluación que abarca los efectos en el individuo mismo, lo que implica la necesidad de emplear la menor cantidad de fuerza necesaria y restringir el empleo de fuerza letal. En cambio, en el DIH, si el individuo es, por ejemplo, un combatiente que lícitamente puede ser objeto de ataque, el principio de proporcionalidad se refiere a los efectos en las personas y los bienes que se encuentran cerca, y no en el individuo atacado, contra quien podría ser lícito emplear la fuerza letal como primer recurso”.

<sup>33</sup> Es necesario tener en cuenta que, incluso de conformidad con el derecho de los derechos humanos, la muerte y las heridas causadas a los transeúntes no necesariamente representan una violación del derecho a la vida cuando el uso de la fuerza es absolutamente necesario y estrictamente proporcionado. V., por ejemplo, TEDH, *Andronicou y Constantinou c. Chipre*, 9 de octubre de 1997, párr. 194; TEDH, *Kerimova y otros c. Rusia*, 3 de mayo de 2011, párr. 246.

- 3) Asimismo, según el paradigma de la conducción de hostilidades, el principio de *precaución* exige que los beligerantes eviten en todo momento poner en peligro a la población civil, a los civiles y los bienes de carácter civil<sup>34</sup>. Por el contrario, el paradigma del mantenimiento del orden exige que se tomen todas las precauciones para evitar, en lo posible, el uso de la fuerza en sí, y no solo la muerte o lesiones incidentales a civiles o los daños a bienes de carácter civil<sup>35</sup>. Los agentes del Estado deberán intentar por todos los medios reducir al mínimo los daños y lesiones, y respetar y proteger la vida humana<sup>36</sup>.

Dada la aplicabilidad simultánea en los conflictos armados de estos dos paradigmas del derecho internacional que regulan el uso de la fuerza y la diferencia en sus contenidos, queda por resolver la cuestión fundamental de en qué casos el uso de la fuerza se enmarca dentro del paradigma de la conducción de hostilidades y en qué casos, dentro del paradigma del mantenimiento del orden.

#### **D. Observaciones y debates de los expertos**

En general, los expertos coincidieron en que los regímenes jurídicos que rigen el uso de la fuerza en los conflictos armados se encuentran tanto en el DIH como en el derecho de los derechos humanos. También hubo acuerdo con respecto al supuesto básico de que, en situaciones de conflicto armado, pueden ser relevantes tanto el paradigma de la conducción de hostilidades como el del mantenimiento del orden. Asimismo, los expertos reconocieron las diferencias entre ambos paradigmas señaladas precedentemente. No obstante, hubo observaciones y debates sobre cada una de las secciones anteriores, que cabe reseñar en el presente informe.

En lo que respecta a los regímenes jurídicos que se aplican al uso de la fuerza, se examinó la aplicabilidad del derecho de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado y la aplicabilidad extraterritorial del derecho de los derechos humanos. Algunos expertos defendieron la opinión de que el derecho de los derechos humanos es pertinente a la relación entre un Estado y sus habitantes, y que como cuestión de derecho no se aplica en situaciones de conflicto armado. La aplicabilidad extraterritorial del derecho de los

---

<sup>34</sup> V. nota 25 *supra*.

<sup>35</sup> En el derecho de los derechos humanos, el “principio de precaución” no aparece explícitamente en las disposiciones convencionales relativas al derecho a la vida. Se ha formulado principalmente en la jurisprudencia en materia de derechos humanos. El TEDH fue el primero en elaborar el concepto, abrevando parcialmente en el DIH. V. TEDH, *McCann y otros c. Reino Unido*, 27 de septiembre de 1995, párrs. 150 y 194; TEDH, *Ergi c. Turquía*, 28 de julio de 1998, párr. 79. Sobre la influencia del DIH en el derecho de los derechos humanos respecto de la inclusión del principio de precaución, v. Aisling Reidy, “The approach of the European Commission and Court of Human Rights to international humanitarian law” [El enfoque de la Comisión y del Tribunal Europeos de Derechos Humanos sobre el derecho internacional humanitario], *International Review of the Red Cross*, Vol. 38, n.º 324, 1998, p. 526. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH) ha seguido la jurisprudencia del TEDH. V. CtIDH, *Neira Alegría y otros c. Perú*, 19 de enero de 1995, párr. 62; CtIDH, *Montero Aranguren y otros c. Venezuela*, 5 de julio de 2006, párr. 82; CtIDH, *Zambrano Vélez y otros c. Ecuador*, 4 de julio de 2007, párr. 89. Algunos órganos de derechos humanos se refieren de manera general a la obligación de “prevenir” las violaciones del derecho a la vida: CDH, Observación general n.º 6, El derecho a la vida (art. 6), 30 de abril de 1982, doc. de la ONU HRI/GEN/1/Rev.1, párr. 3; CDH, *Burrell c. Jamaica*, 18 de julio de 1996, doc. de la ONU CCPR/C/53/D/546/1993, párr. 9.5; ComADHP, *Comisión Nacional de derechos humanos y de las libertades c. Chad*, nota 17 *supra*, párr. 22.

<sup>36</sup> ONU, Principios básicos sobre el empleo de la fuerza, principio 5 a) b), nota 26 *supra*.

derechos humanos también fue cuestionada por esos expertos, que destacaron que el artículo 2, párrafo 1 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos establece que cada Estado parte “se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción” (énfasis añadido) los derechos reconocidos en el Pacto. También se planteó que el hecho de imponer la obligación de respetar los derechos humanos a Estados que se hallan en una situación de conflicto armado podría incrementar la asimetría en los conflictos armados no internacionales entre Estados y grupos armados no estatales, pues estos últimos, en principio, no están obligados a respetar el derecho de los derechos humanos. En consecuencia, no solo se establecería una asimetría en los medios y los métodos de guerra, sino también en el conjunto de normas que deben respetar los beligerantes. Así, los grupos armados organizados no estatales que deben atenerse solo al DIH gozarían de una ventaja respecto de los Estados, a quienes alcanzan tanto el DIH como el derecho de los derechos humanos.

La gran mayoría de los expertos, sin embargo, manifestó estar de acuerdo con la idea de que el derecho de los derechos humanos se aplica, en términos generales, en situaciones de conflicto armado. Se destacó que la aplicabilidad del derecho de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado y la aplicabilidad extraterritorial del derecho de los derechos humanos no deberían confundirse. En conflictos armados no internacionales que tienen lugar en el territorio de un Estado, el tema de la aplicabilidad extraterritorial del derecho de los derechos humanos es irrelevante. Es más, para el contexto de los conflictos armados que tienen lugar en dos o más Estados, la mayoría de los expertos sostuvo que la aplicabilidad extraterritorial del derecho de los derechos humanos no puede cuestionarse en situaciones en las que existe control efectivo sobre el territorio (como en el caso de la ocupación).

También cabe observar que los pocos expertos que cuestionaron la aplicabilidad del derecho de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado consideraban, sin embargo, que el derecho de los derechos humanos no podía ser totalmente irrelevante en esas situaciones. En su opinión, el derecho de los derechos humanos es relevante como cuestión de política, porque el resultado final de los conflictos armados debería ser una situación de paz en la que se respetaran los derechos humanos. Sin embargo, muchos expertos rechazaron la idea de que el derecho de los derechos humanos debía aplicarse solo como cuestión de política en situaciones de conflicto armado.

Respecto de las descripciones generales de los paradigmas de la conducción de hostilidades y del mantenimiento del orden mencionados anteriormente, la mayoría de los expertos las consideró apropiadas en general, aunque hubo debates sobre la naturaleza de ambos paradigmas. Los expertos estuvieron de acuerdo en que los paradigmas de la conducción de hostilidades y del mantenimiento del orden no constituyen regímenes o marcos jurídicos nuevos, sino una descripción de distintos cuerpos de normas que pertenecen al DIH y al derecho de los derechos humanos y que se aplican al uso de la fuerza en situaciones de conflicto armado. En ese contexto, y aunque la reunión estuvo dedicada al uso de la fuerza únicamente, algunos expertos manifestaron que la interacción entre los dos paradigmas podría trascender el uso efectivo de la fuerza y tener implicancias en el contexto de las operaciones de captura/arresto e incluso de la detención. En su opinión, este panorama más amplio debería tenerse presente al analizar la interacción entre los dos paradigmas en el contexto del uso de la fuerza.

En lo concerniente al contenido de los dos paradigmas, varios expertos observaron que afirmar que el paradigma del mantenimiento del orden solo se fundamenta en el derecho



de los derechos humanos sería una simplificación excesiva. Destacaron que el DIH también contiene otras normas específicas para el uso de la fuerza que no se limitan a las operaciones de conducción de las hostilidades, como la obligación de la Potencia ocupante de mantener el orden público y la seguridad<sup>37</sup>. Uno de los expertos también observó que el derecho de la guerra naval dispone de diversas normas y principios vinculados con el uso de la fuerza en situaciones comparables a la del mantenimiento del orden, en especial, para hacer respetar los bloqueos o para regular las actividades de los buques civiles<sup>38</sup>.

Asimismo, se mencionó que el paradigma del mantenimiento del orden se fundamenta también en la noción del contrato social, por el cual los Estados deben hacer respetar la ley y mantener el orden en sus territorios. En ese sentido, las normas para el mantenimiento del orden forman parte de la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales. Como tales, los principios básicos del mantenimiento del orden podrían considerarse como principios generales de derecho como se los entiende en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38, párrafo 1 c)<sup>39</sup>.

Cuando se trató el tema de los paradigmas de la conducción de hostilidades y del mantenimiento del orden, se hizo referencia, asimismo, a la noción de defensa propia. Algunos expertos señalaron que, según el derecho nacional de sus países, las fuerzas armadas no pueden ejecutar operaciones de mantenimiento del orden y que, como consecuencia, en situaciones de conflicto armado, solo pueden usar la fuerza en el marco del paradigma de la conducción de hostilidades o en defensa propia. Según esos expertos, la defensa propia no estaría contemplada en el paradigma del mantenimiento del orden, sino que sería un concepto separado enmarcado dentro del derecho nacional.

---

<sup>37</sup> Por ejemplo, el art. 43 del Reglamento de La Haya establece que “desde el momento en que la autoridad legítima pase de hecho a manos del ocupante, este tomará todas las medidas que estén a su alcance a fin de restablecer y conservar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos, respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país”. Así, el derecho de la ocupación obliga a la potencia ocupante a mantener la ley y el orden y la habilita a usar la fuerza para tal fin. Al respecto, v. CICR, *The Use of Force in Occupied Territory*, nota 2 *supra*, p. 119. V. también K. Watkin, “Use of Force during Occupation: Law Enforcement and Conduct of Hostilities” [El uso de la fuerza durante la ocupación: mantenimiento del orden y conducción de hostilidades], *International Review of the Red Cross*, vol. 94, n.º 885, primavera de 2012, pp. 295-296.

<sup>38</sup> El bloqueo es un método de guerra. Sin embargo, el párr. 98 del *Manual de San Remo* de 1994, que refleja el derecho consuetudinario, especifica que “[p]odrán ser capturadas las naves mercantes de las que se tengan motivos razonables para creer que violan el bloqueo. Las naves mercantes que, tras previa intimación, ofrezcan manifiestamente resistencia a su captura podrán ser atacadas”. V. también *Comisión pública para examinar el incidente marítimo del 31 de mayo de 2010*, enero de 2011, primera parte, párr. 179 (en adelante: Informe de la Comisión Turkel): “[l]as tácticas aplicadas en el contexto del cumplimiento de la ley para detener un buque pueden compararse convenientemente con el intento de capturar un buque mientras se ejecuta un bloqueo durante un conflicto armado a efectos de establecer el incremento de la fuerza que resulta adecuado. La obligación en virtud del derecho internacional humanitario de intentar capturar un buque neutral antes de atacarlo a la hora de ejecutar un bloqueo se basa en el principio de usar la fuerza solo cuando resulte necesario. Este principio también resulta aplicable en un contexto de cumplimiento de la ley, cuando la necesidad de emplear la fuerza esté justificada por el hecho de que se haya intentado sin éxito emplear medios menos contundentes o resulte imposible o inútil emplearlos en tales circunstancias”, disponible en línea en <http://www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs/3137Turkel%20Commission%20Report%20Part%201%20%28Spanish%20II%29.pdf> (consultado el 30 de septiembre de 2013). Respecto de la inmunidad de buques y aviones y las condiciones del uso de la fuerza, v. las cláusulas del *Manual de San Remo* referidas a la pérdida de la inmunidad, por ejemplo, párrs. 50, 51, 52, 57, y otros.

<sup>39</sup> Para saber más sobre este tema, v. K. Watkin, “Use of Force During Occupation: Law Enforcement and Conduct of Hostilities”, nota 37 *supra*, p. 304.

Ciertos expertos sostuvieron que su postura respecto de la defensa propia reflejaba lo que ellos aplican como cuestión de política en los conflictos armados, pero que también es plenamente compatible con las leyes nacionales para el uso de la fuerza (basadas en las normas del derecho de los derechos humanos o del mantenimiento del orden)<sup>40</sup>. Al igual que el paradigma del mantenimiento del orden, la defensa propia implicaría un procedimiento de escalada de fuerza. Otros expertos criticaron esa opinión por considerarla peligrosa, puesto que el concepto de defensa propia varía considerablemente entre los distintos Estados<sup>41</sup>. Se propuso que la aclaración de la noción de “defensa propia” podría ser útil, pero que trascendía los propósitos de la reunión de expertos.

En cuanto a los aspectos distintivos de los paradigmas de la conducción de hostilidades y del mantenimiento del orden, surgió una discusión sobre la cuestión de hasta qué punto los paradigmas son diferentes en lo que respecta a la evaluación del riesgo o el peligro que justifican el uso de la fuerza. Se observó que, de acuerdo con el paradigma del mantenimiento del orden, es preciso que exista un riesgo concreto e inminente para la vida o la integridad de las personas causado por un individuo o más para que el uso de la fuerza se considere necesario y proporcional. En cambio, dentro del paradigma de la conducción de hostilidades, la noción de riesgo tiene un alcance más amplio. El ataque a objetivos militares podría efectuarse independientemente de la existencia de una amenaza inminente para la vida o la integridad de las personas, incluso si ese ataque pudiera causar daños civiles incidentales. En otras palabras, de acuerdo con el DIH, la legitimidad de un ataque no depende de la determinación de la existencia de riesgo inminente para la vida, sino de la clasificación de una persona/objeto como objetivo militar, lo cual, a la vez, constituiría un peligro solo remoto para las operaciones militares.

Por último, algunos expertos plantearon que uno de los aspectos que diferencian al paradigma de la conducción de hostilidades del paradigma del mantenimiento del orden tiene que ver con el agente que usa la fuerza: en el primero de los paradigmas, el agente que usa la fuerza son las fuerzas armadas y en el segundo, la policía. Sin embargo, la mayoría de los expertos rechazó la relevancia del criterio de los agentes para distinguir entre conducción de hostilidades y mantenimiento del orden. Subrayaron que, aunque en el marco del derecho nacional un Estado puede decidir que las fuerzas armadas no deben ejecutar operaciones de mantenimiento del orden, en el marco del derecho internacional el agente no es un factor decisivo. Según el contexto y las circunstancias, los efectivos policiales, en la práctica, podrían participar directamente en las hostilidades. Del mismo modo, las fuerzas armadas, en la práctica, podrían conducir operaciones de mantenimiento del orden.

---

<sup>40</sup> Para consultar jurisprudencias nacionales que establecen las normas para el uso de la fuerza que pueden servir de fundamento para que los países elaboren reglas de defensa propia en situaciones de conflicto armado, v., por ejemplo, Suprema Corte de Estados Unidos, *Tennessee c. Garner*, 27 de marzo de 1985; Cámara de los Lores del Reino Unido, *R. c. Clegg*, 1995.

<sup>41</sup> Los Estados emplean distintas definiciones de la noción de defensa propia. Por ejemplo, en algunos países (como Estados Unidos de América), el uso de la fuerza en defensa propia para defender la propiedad está permitido, mientras que en otros (como Canadá o el Reino Unido) no está autorizado, salvo que la pérdida o el daño a la propiedad en cuestión constituya una amenaza inminente a la vida. V. B. Cathcart, “Application of Force and Rules of Engagement in Self-Defence Operations”, en T. D. Gill y D. Fleck (eds.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 210. En operaciones multinacionales, esas diferencias han llevado a la incorporación de ciertas “políticas nacionales particulares” (es decir, restricciones o instrucciones ampliatorias) de los Estados miembros a las reglas de enfrentamiento a fin de asegurar el cumplimiento de las leyes y las políticas nacionales. V. Cathcart, *ibid.*, p. 203.

## II. EL USO DE LA FUERZA EN CONFLICTOS ARMADOS: ANÁLISIS DE ESTUDIOS DE CASO

En la segunda parte de este documento, se aborda el tema del uso de la fuerza en cinco situaciones diferentes:

- 1) cuando se usa la fuerza contra objetivos legítimos (ejemplo del combatiente dormido aislado);
- 2) cuando hay civiles que participan en motines cerca de miembros de un grupo armado organizado o que se entremezclan con ellos;
- 3) cuando hay civiles que pertenecen a grupos criminales que no participan en el conflicto armado, pero que tienen vínculos con grupos armados organizados;
- 4) cuando hay detenidos o internados que participan en una evasión o un motín mientras se hallan en detención;
- 5) cuando hay civiles que no respetan órdenes militares.

Esas cinco situaciones se trataron durante el análisis de los estudios de caso, que se describen al inicio de cada sección. A continuación, se presenta un resumen de la información de referencia proporcionada a los expertos y una recapitulación de sus observaciones y debates.

### **A. Uso de la fuerza contra objetivos legítimos durante conflictos armados**

#### **Estudio de caso 1: Uso de la fuerza contra objetivos legítimos**

*En el contexto de un conflicto armado no internacional entre un gobierno y un grupo armado organizado no estatal, un miembro de un grupo armado organizado<sup>42</sup> perteneciente a ese grupo está durmiendo en su casa junto con su familia, en una zona del territorio controlada por el gobierno. El ejército nacional localiza al combatiente y decide lanzar una operación en su contra.*

*1. ¿La operación está regida por el paradigma de la conducción de hostilidades o por el del mantenimiento del orden? ¿Cómo incide esa determinación en la forma en que se ejecuta la operación?*

*2. ¿La determinación del paradigma que ha de aplicarse depende de si el miembro de un grupo armado organizado se encuentra en la zona de conflicto<sup>43</sup>? En otras palabras, ¿debería emplearse el paradigma del mantenimiento del orden si, por ejemplo, este se encontrase en la zona norte del Estado y las hostilidades se llevasen a cabo solo en el sur?*

*3. ¿El hecho de que la zona esté bajo control o no y el nivel de violencia en el área son factores que han de tenerse en cuenta? Dicho de otro modo, ¿debería emplearse el paradigma del mantenimiento del orden incluso contra un objetivo legítimo si el grado de control del territorio fuese alto y el nivel de violencia, bajo?*

<sup>42</sup> Nota 3 *supra*.

<sup>43</sup> A los fines de este informe, la noción de “zona de conflicto” se refiere a la zona donde se desarrollan activamente las hostilidades.

## **1. Información de referencia:**

Desde el punto de vista del DIH, el uso de la fuerza contra individuos que constituyen objetivos legítimos de ataque está regido por el paradigma de la conducción de hostilidades. En este contexto, los objetivos legítimos son: 1) miembros de las fuerzas armadas de una parte en el conflicto o civiles que participan en un levantamiento en masa en conflictos armados internacionales<sup>44</sup>; 2) miembros de las fuerzas armadas nacionales o miembros de un grupo armado organizado en un conflicto armado no internacional; y 3) civiles que participan directamente en las hostilidades en conflictos armados internacionales o no internacionales. Los combatientes y miembros de un grupo armado organizado, en principio, pueden ser atacados en cualquier momento, a menos que estén fuera de combate. Los civiles no pueden ser objeto de ataque, a menos que participen directamente en las hostilidades.

Sin embargo, en contextos de conflictos armados no internacionales o de ocupación, algunos órganos de derechos humanos han adoptado el paradigma del mantenimiento del orden, incluso cuando la fuerza se usa contra personas que, según el DIH, serían objetivos legítimos. Cabe mencionar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es una importante excepción en ese aspecto. Aunque raramente se ha ocupado de casos en los cuales la fuerza se usó contra objetivos legítimos, en las ocasiones en que lo ha hecho, por lo general, consideró el DIH como *lex specialis* o, al menos, se fundamentó en el DIH<sup>45</sup>.

Pueden mencionarse tres ejemplos en los cuales los órganos de derechos humanos emplearon el paradigma del mantenimiento del orden respecto del uso de la fuerza contra objetivos legítimos:

- 1) En el contexto del conflicto armado no internacional en Colombia, en el caso *Guerrero*, el Comité de Derechos Humanos de la ONU consideró que el uso de la fuerza por policías que estaban esperándolos en su casa en el barrio Contador de Bogotá contra presuntos guerrilleros desarmados fue desproporcionado y violatorio del derecho a la vida. El Comité de Derechos Humanos criticó, en particular, el hecho

---

<sup>44</sup> Los miembros del personal sanitario y religioso de las fuerzas armadas están protegidos contra los ataques directos salvo que cometan actos "hostiles" o "dañinos" fuera de su función de privilegio. V. I Convenio de Ginebra (CG I), arts. 24-25; II Convenio de Ginebra (CG II), art. 36; PA II, art. 9, párr. 1; CICR, *Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario*, nota 12 *supra*, normas 25 y 27. V. CICR, *Guía sobre la participación directa en las hostilidades*, nota 3 *supra*, nota al pie 8.

<sup>45</sup> Por ejemplo, en la causa *La Tablada*, sobre el uso de la fuerza por el Ejército Argentino contra personas que atacaron un regimiento militar, la Comisión simplemente dijo que según el DIH, esas personas eran objetivos legítimos porque habían participado directamente en las hostilidades. V. CIDH, *Abella c. Argentina* ("La Tablada"), 18 de noviembre de 1997. También en su informe de 1999 sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, la Comisión consideró que los miembros de grupos armados organizados no estatales que obedecen a un jefe y cuya actividad habitual principal consiste en participar directamente en las hostilidades deben considerarse sujetos a ataque directo según el DIH del mismo modo que los miembros de las fuerzas armadas regulares. En cambio, los civiles solo pueden ser atacados si participan directamente en las hostilidades. V. CIDH, *Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, cap. IV, 26 de febrero de 1999, OEA/Ser.L/V/II.102, párr. 61. La CIDH, sin embargo, tiende a adoptar una definición restrictiva de la participación directa en las hostilidades en tanto "actos de violencia que constituyen una amenaza real e inmediata para el adversario" (CIDH, *Ellacuria y otros c. Salvador*, 22 de diciembre de 1990, párr. 166). V. también CIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, 22 de octubre de 2002, OEA/Ser.L/V/II.116.

de que los guerrilleros no hubieran recibido advertencia previa por parte de la policía, que no se les diera la oportunidad de rendirse y que el uso de la fuerza no persiguiera un objetivo legítimo (defensa propia, arresto lícito, impedir la evasión de una persona legítimamente detenida). En síntesis, el Comité de Derechos Humanos aplicó el paradigma del mantenimiento del orden al uso de la fuerza contra personas sospechadas de pertenecer a un grupo armado organizado<sup>46</sup>.

- 2) En el contexto de los territorios ocupados por Israel, el Comité de Derechos Humanos consideró, en sus Observaciones finales de 2003, que se debían “adoptar todas las medidas necesarias para detener a un presunto terrorista antes de considerar la posibilidad de recurrir al uso de la fuerza letal”<sup>47</sup>. Para el mismo contexto, la Corte Suprema israelí adoptó una postura diferente, que podría denominarse enfoque del “modelo mixto”<sup>48</sup>. Aunque aplicó el paradigma de la conducción de hostilidades al referirse a los ataques contra civiles que participan directamente en las hostilidades, en última instancia, declaró –de conformidad con el paradigma del mantenimiento del orden– que “si un terrorista que participa directamente en las hostilidades puede ser arrestado, interrogado y juzgado, esos son los medios que deberían emplearse”<sup>49</sup>.
- 3) En el contexto de la violencia entre el gobierno de Turquía y el Partido de los Trabajadores de Kurdistán (PKK) a finales de la década de 1990, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos empleó sistemáticamente el paradigma del mantenimiento del orden en casos en los que se había usado la fuerza contra miembros del PKK<sup>50</sup>,

---

<sup>46</sup> CDH, *Camargo y Suárez de Guerrero c. Colombia*, 31 de marzo de 1982, doc. de la ONU CCPR/C/15/D/45/1979.

<sup>47</sup> CDH, *Observaciones finales: Israel*, 21 de agosto de 2003, doc. de la ONU CCPR/CO/78/ISR, párr. 15. V. también CDH, *Observaciones finales: Israel*, 29 de julio de 2010, doc. de la ONU CCPR/C/ISR/CO/3, párr. 10: “El Comité toma nota de la afirmación del Estado parte de que se presta la máxima consideración a los principios de necesidad y proporcionalidad al realizar operaciones militares y responder a amenazas y ataques terroristas. No obstante, el Comité reitera la preocupación que expresó anteriormente en el párrafo 15 de sus observaciones finales (CCPR/CO/78/ISR) en el sentido de que, desde 2003, las fuerzas armadas del Estado parte han tomado como objetivo y ejecutado extrajudicialmente a 184 personas en la Franja de Gaza, lo que ha causado la muerte colateral de 155 personas más, y ello pese a la decisión de 2006 del Tribunal Supremo del Estado parte, según la cual debe aplicarse un riguroso test de proporcionalidad y deben respetarse otras salvaguardias cuando se tome a personas como objetivo por su participación en actividades terroristas (art. 6)”. En otro contexto, v. también el *Informe del Sr. Philip Alston, Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias: Misión a los Estados Unidos de América*, 28 de mayo de 2009, doc. de la ONU A/HRC/11/2/Add.5, párrs. 71-73 (en adelante: *Informe sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*).

<sup>48</sup> El enfoque del “modelo mixto” consiste en tomar normas del DIH y el derecho de los derechos humanos para abordar las situaciones que enfrenta una potencia ocupante en el territorio ocupado. V. CICR, *The Use of Force in Occupied Territory*, nota 2 *supra*, p. 115. Sobre el dictamen emitido por la Corte Suprema de Israel, v. también N. Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 32 y ss.

<sup>49</sup> V. Suprema Corte de Justicia de Israel, *El Comité Público contra la tortura en Israel c. El gobierno de Israel*, 11 de diciembre de 2005, HCJ 769/02, párr. 40.

<sup>50</sup> Por ejemplo, en la causa *Gül* (TEDH, *Gül c. Turquía*, 14 de diciembre de 2000, párr. 82), el Tribunal sostuvo que el uso de la fuerza por los agentes turcos contra un miembro del Partido de los Trabajadores de Kurdistán (PKK) que se encontraba en su casa fue “totalmente desproporcionado” pues aquel no los había atacado. V. también, entre muchas otras causas, TEDH, *Oğur c. Turquía*, 20 de mayo 1999. Para leer más sobre esas causas, v. G. Gaggioli y R. Kolb, “A Right to Life in Armed Conflicts? The Contribution of the European Court of Human Rights”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 37, 2007, pp. 115-163.

incluso cuando los propios miembros del PKK habían recurrido a la fuerza armada<sup>51</sup>. Cabe destacar que Turquía no reconoce la existencia de un conflicto armado en su territorio. Eso puede haber influido el razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque este se refirió explícitamente a la existencia de “choques armados violentos” (en francés: “*violents conflits armés*”) en algunos casos similares en Turquía<sup>52</sup>.

Ese enfoque, adoptado por algunos órganos de derechos humanos –que difiere de la lógica del DIH–, ha llevado a los juristas expertos a esgrimir opiniones diversas acerca de qué paradigma debería emplearse en casos de ataques contra objetivos legítimos en conflictos armados no internacionales y situaciones de ocupación<sup>53</sup>. Eso es problemático porque, como se ha señalado anteriormente, los resultados podrían variar en función de la aplicación de un paradigma u otro.

Por ejemplo, en una situación como la descrita en el estudio de caso 1 (el ejemplo del miembro de un grupo armado organizado aislado que duerme aislado en su casa), ¿se aplicaría el paradigma de la conducción de hostilidades o el del mantenimiento del orden? Si se considera que el primer paradigma es el apropiado, el miembro de un grupo armado organizado podría ser objeto de ataque siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y precaución en el ataque, en particular. En cambio, si se adopta el paradigma del mantenimiento del orden, el gobierno debería tratar de arrestar al miembro de un grupo armado organizado –siempre que fuera posible– y agotar todos los medios razonables menos que letales y no violentos antes de recurrir a la fuerza letal.

Si bien, según el CICR entre otros, los principios de necesidad militar y de humanidad del DIH pueden llevar a la conclusión de que el miembro de un grupo armado organizado no

---

<sup>51</sup> V., por ejemplo, TEDH, *Hamiyet Kaplan y otros c. Turquía*, 13 de septiembre de 2005. En esa causa, las fuerzas de seguridad turcas dieron muerte a miembros del PKK que portaban armas en el contexto de una incursión que derivó en una confrontación armada. El Tribunal decidió que había habido una violación del derecho a la vida, porque las fuerzas de seguridad no tenían armas no letales y no habían recibido capacitación en métodos de arresto no letales. Además, el marco jurídico y administrativo de Turquía no proporciona recomendaciones suficientemente claras sobre el uso de la fuerza letal y las autoridades turcas no condujeron una investigación eficaz del incidente. En ese caso, la violación del derecho a la vida no se situó en el plano de la ejecución de la operación, sino en el de la preparación y el de la obligación de investigar. V. también TEDH, *Mansuroglu c. Turquía*, 26 de febrero 2008.

<sup>52</sup> V., por ejemplo, TEDH, *Ergi c. Turquía*, 28 de julio de 1998, párr. 85; TEDH, *Kaya c. Turquía*, 19 de febrero de 1998, párr. 91; TEDH, *Güleç c. Turquía*, 27 de julio de 1998, párr. 81; TEDH, *Ahmet Özkan y otros c. Turquía*, 6 de abril de 2004, párr. 319.

<sup>53</sup> Sobre los enfoques contrapuestos, v., por ejemplo, W. Abresch, “A Human Rights Law of Internal Armed Conflicts: The European Court of Human Rights in Chechnya”, *European Journal of International Law*, vol. 16, n.º 4, septiembre de 2005, pp. 746-748; L. Doswald-Beck, “The Right to Life in Armed Conflicts: Does International Humanitarian Law Provide All the Answers?” [El derecho a la vida en los conflictos armados: ¿brinda el derecho internacional humanitario respuesta a todas las cuestiones?], *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n.º 864, diciembre de 2006, pp. 881-904; D. Fleck, “Law Enforcement and the Conduct of Hostilities: Two Supplementing or Mutually Excluding Legal Paradigms?”, en A. Fischer-Lescano y otros, *Frieden in Freiheit. Peace in Liberty. Paix en liberté. Festschrift für Michael Bothe zum 70 Geburtstag, Baden-Baden/Zurich*, Nomos/DIKE, 2008, pp. 391-407; N. Melzer, “Conceptual Distinction and Overlaps Between Law Enforcement and the Conduct of Hostilities”, en T. D. Gill y D. Fleck, nota 41 supra, pp. 43-44; K. Watkin, “Stability Operations: a Guiding Framework for ‘Small Wars’ and other Conflicts of the 21st Century?”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 39, 2009, pp. 239-259.

debe constituir un objetivo inmediato en ciertas circunstancias<sup>54</sup>, adoptar el paradigma de la conducción de hostilidades seguiría teniendo resultados distintos de los que se obtendrían con la aplicación del paradigma del mantenimiento del orden. De acuerdo con este último paradigma, el supuesto es que los agentes del Estado deben arrestar a las personas y no matarlas a la vista (es decir, “capturar en vez de matar”). Solo si existe la probabilidad de que el arresto no pueda efectuarse y si la persona representa una amenaza inminente para la vida, se autoriza el uso de la fuerza letal como último recurso. Según el paradigma de la conducción de hostilidades, se presume lo contrario. La opinión del CICR es que se puede matar a un objetivo legítimo en cualquier momento, a menos que esté claro que puede ser capturado o que, de alguna otra manera, puede ser puesto fuera de combate sin riesgo adicional para las fuerzas que ejecutan la operación. Esto es así porque “sería contrario a las nociones básicas de humanidad matar a un adversario o no darle la oportunidad de rendirse cuando no existe necesidad manifiesta de emplear la fuerza letal”<sup>55</sup>. Esa diferencia fundamental indica que es crucial determinar cuál es el paradigma que debe aplicarse.

La pregunta general que se les hizo a los expertos fue, entonces, si pensaban que el paradigma de la conducción de hostilidades debía prevalecer cada vez que se usaba la fuerza contra un objetivo legítimo y, de ser así, cuál era la razón, o si había situaciones en las que podría adoptarse el paradigma del mantenimiento del orden y, en ese caso, cuáles eran los factores que debían tenerse en cuenta para determinar la aplicación de uno u otro.

Más específicamente, se les consultó si había que considerar los siguientes factores para determinar qué paradigma debería aplicarse:

- 1) La ubicación del objetivo potencial, es decir, si la persona está dentro de la zona de conflicto o fuera de esta

El alcance geográfico de aplicación del DIH y, más específicamente, del paradigma de la conducción de hostilidades, no está del todo claro. En el fallo del caso *Tadić*, el TPIY destacó:

---

<sup>54</sup> CICR, *Guía sobre la participación directa en las hostilidades*, nota 3 *supra*, pp. 78 y ss. En cuanto a las circunstancias en las que se aplicaría este principio, la Guía establece (pp. 80-81): “El tipo y el grado de fuerza que se pueden considerar necesarios en un ataque contra un objetivo militar particular supone una compleja evaluación basada en una amplia variedad de circunstancias operacionales y contextuales. [...] La importancia práctica de la función de restricción de esos principios aumentará proporcionalmente a la capacidad de una parte en conflicto de controlar las circunstancias y el área en que lleva a cabo sus operaciones militares, y puede incluso ser decisiva cuando las fuerzas armadas operan contra ciertas personas en situaciones comparables a las de mantenimiento del orden en tiempo de paz. En la práctica, esas consideraciones pueden llegar a ser especialmente pertinentes cuando una parte ejerce un control territorial efectivo, sobre todo en territorios ocupados y en situaciones de conflicto armado no internacionales”. En la Guía se destaca asimismo (p. 78, nota al pie 212) que esa cuestión fue tema de debate durante las reuniones de expertos en las que se abordó el tema de la participación directa en las hostilidades, pero que “[d]urante todos los debates, nadie afirmó que exista una obligación de asumir un mayor riesgo para proteger la vida de un adversario que no tiene derecho a protección contra los ataques directos”. Dicho de otro modo, la cuestión de si la captura o el uso de otros medios no letales contra un objetivo legítimo es un requisito de los principios de necesidad militar y de humanidad dependería también de la existencia de riesgos adicionales para las fuerzas que ejecutan la operación o para las personas civiles que están en la zona (v. CICR, *Guía sobre la participación directa en las hostilidades*, pp. 81 y 82).

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 82. Sobre las críticas al cap. IX de la *Guía sobre la participación directa en las hostilidades* del CICR, v. nota 66 *infra*.

Aunque en los Convenios de Ginebra no se menciona el alcance geográfico de los "conflictos armados" internacionales, se indica que al menos algunas de las cláusulas de los Convenios se aplican en todo el territorio de las partes en el conflicto y no solo en la zona donde se desarrollan las hostilidades. *Sin duda, algunas cláusulas están claramente vinculadas con las hostilidades y su alcance geográfico debería estar limitado en ese sentido* (el resaltado es nuestro). Otras cláusulas, en especial las vinculadas con la protección de prisioneros de guerra y civiles, no están limitadas en el sentido geográfico. [...] El marco geográfico y temporal de referencia para los conflictos armados internos es igualmente amplio. Esta noción se refleja en el hecho de que los beneficiarios del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra son personas que no participan activamente o han dejado de participar en las hostilidades. Esto indica que las disposiciones del artículo 3 también se aplican fuera del contexto geográfico estricto del teatro real de las operaciones de combate<sup>56</sup>.

Partiendo de la oración en cursiva de la cita anterior, podría argumentarse que el alcance geográfico de aplicación del paradigma de la conducción de hostilidades se limita a la "zona de conflicto". La noción de "zona de conflicto" no está definida ni se emplea en los tratados de DIH. Sin embargo, en la práctica, se usa con frecuencia para describir la zona en la que se llevan a cabo las hostilidades activas. Se podría aducir que, en una situación de conflicto armado no internacional, el paradigma de la conducción de hostilidades prevalecería dentro de la zona de conflicto. Fuera de esa zona, predominaría el paradigma del mantenimiento del orden sobre el de la conducción de hostilidades, o al menos no sería suplantado por este, incluso contra objetivos legítimos.

Es preciso observar, sin embargo, que, en el fallo del caso *Tadić*, el TPIY no tenía la intención de determinar de manera concluyente la cuestión del alcance geográfico de aplicación del paradigma de la conducción de hostilidades. Por el contrario, pretendía demostrar que las normas del DIH que protegen a las personas en poder del enemigo se aplican en todo el territorio de las partes beligerantes, incluso si las hostilidades no tienen lugar en esa parte del territorio. Además, la oración en cursiva de la cita anterior se refiere a conflictos armados internacionales y no a conflictos armados no internacionales.

## 2) La intensidad de la violencia y el nivel de control

En algunas ocasiones, se ha propuesto que el grado de control y el nivel de violencia pueden ser factores adecuados para determinar qué paradigma se aplica al uso de la fuerza<sup>57</sup>.

---

56 V. TPIY, *El fiscal c. D. Tadić*, nota 12 *supra*, párrs. 68-69.

57 CICR, *The Use of Force in Occupied Territory*, nota 2 *supra*, p. 129: "Otros dos expertos propusieron un método distinto para determinar el modelo que rige en situaciones de superposición. Según ellos, el grado de control de la potencia ocupante sobre las circunstancias que rodean una operación militar, junto con el control de la zona en la que tendría lugar la operación, serían criterios a tener en cuenta para determinar si han de aplicarse, como cuestión de *lex specialis*, las reglas del mantenimiento del orden o las de la conducción de hostilidades. El control de las circunstancias de la operación y de las zonas en cuestión indicaría la aplicación del modelo del mantenimiento del orden. Así, cuando a las fuerzas de ocupación que conducen una operación específica no les afecta en demasía tener que ocuparse de otros miembros del grupo armado organizado, es decir, que no requerirían medios militares adicionales para asegurar el éxito de la operación, se aplicaría el modelo del mantenimiento del orden. Por otra parte, cuando las fuerzas de ocupación creen que deberán afrontar ataques militares lanzados por combatientes de grupos armados organizados, la operación debería ejecutarse según el paradigma de la conducción de hostilidades. Este control doble (control de la operación dentro del concepto más amplio del control efectivo del territorio ocupado) fue aceptado por los otros expertos, salvo por uno que objetó su viabilidad en la práctica. Así, el grado de control dentro del concepto más amplio del control del territorio ocupado fue aceptado como criterio importante en situaciones de superposición y como opción viable para determinar el modelo que se ha de aplicar". V. también Centro Universitario



La idea de base es que el paradigma de la conducción de hostilidades predominaría en el uso de la fuerza contra objetivos legítimos, pero solo en situaciones de “hostilidades” reales. Esa noción supondría entonces una alta intensidad de violencia y la falta de control de la zona y de las circunstancias. En otras palabras, el paradigma de la conducción de hostilidades predominaría sobre el del mantenimiento del orden cuando se usa la fuerza contra objetivos legítimos y cuando el nivel de violencia es alto, pero el control de la zona y las circunstancias es bajo. En cambio, cuanto mayor es el control de la zona y las circunstancias, tanto mayor será la posibilidad de emplear el paradigma del mantenimiento del orden y, por ende, el principio de capturar en vez de matar. Del mismo modo, cuanto menor es la intensidad de la violencia en la zona, más adecuado es el paradigma del mantenimiento del orden y su prevalencia sobre el de la conducción de hostilidades.

Los factores de intensidad de la violencia y grado de control deben distinguirse del factor de la zona de conflicto mencionado anteriormente. Mientras que el último se refiere al alcance geográfico del paradigma de la conducción de hostilidades, los dos primeros se vinculan con la definición material de las hostilidades. En la práctica, estos distintos tipos de factores podrían conducir a resultados diferentes. En ciertas situaciones, por ejemplo, incluso en una zona de conflicto, el grado de control de una zona y de las circunstancias podría ser elevado y la intensidad de la violencia, baja en cierto momento. Por lo tanto, si los factores grado de control/intensidad de la violencia se adoptaran en esa situación, habría que emplear el paradigma del mantenimiento del orden (aunque la situación se dé en la zona de conflicto). Por el contrario, si se aceptara como válido el factor de la zona de conflicto, predominaría el paradigma de la conducción de hostilidades en la misma situación.

---

de Derecho Internacional Humanitario, Informe de la reunión de expertos sobre *El derecho a la vida en situaciones de conflicto armado y de ocupación*, Ginebra, Suiza, 1-2 de septiembre de 2005, p. 19, disponible en línea en [http://www.geneva-academy.ch/docs/expert-meetings/2005/3rapport\\_droit\\_vie.pdf](http://www.geneva-academy.ch/docs/expert-meetings/2005/3rapport_droit_vie.pdf) (consultado el 30 de septiembre de 2013): “Un experto describió el estado del derecho como aquel en el cual el DIH y el derecho de los derechos humanos se aplican en paralelo en situaciones de ocupación, en conflictos armados no internacionales y con respecto a asesinatos selectivos. Dada la aplicabilidad paralela del DIH y el derecho de los derechos humanos en esos contextos, según ese experto, el modelo del derecho de los derechos humanos y el mantenimiento del orden constituye el régimen jurídico por defecto. Si ese modelo se vuelve inviable en esas situaciones debido al nivel de violencia organizada y la falta de control estatal en el territorio en cuestión, se han de observar las normas del DIH relativas a la conducción de hostilidades”. CDH, *Resultados de la consulta de expertos sobre la cuestión de la protección de los derechos humanos de la población civil en los conflictos armados*, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 11º período de sesiones, 4 de junio de 2009, doc. de la ONU A/HRC/11/31, párr. 14: “... tenía que realizarse algún tipo de prueba que sirviera para evaluar cada situación a fin de determinar el marco jurídico más adecuado. Se sugirió que esa prueba se enmarcase en el contexto del control efectivo: cuanto más efectivo fuera el control sobre personas o territorios, más aplicables serían las normas de derechos humanos. A este respecto, se afirmó que el paradigma de las normas de derechos humanos se basaba en un control efectivo sobre una población, en tanto que el paradigma del derecho internacional humanitario se basaba en un fraccionamiento del poder de resultados de un conflicto armado. Como medio de introducir el principio de la *lex specialis* en el contexto de un conflicto armado, se señaló que, cuanto más estable fuera la situación, más aplicable sería el paradigma de los derechos humanos; cuanto menos estable y efectivo fuera el control, más aplicable sería el paradigma del derecho internacional humanitario como complemento de las normas de derechos humanos. Sin embargo, ese enfoque podía suscitar complejas cuestiones jurídicas”. La declaración fue realizada en el contexto de un debate acerca de la relación general entre el derecho de los derechos humanos y el DIH.

## **2. Observaciones y debates de los expertos:**

Al abordar el análisis jurídico del estudio de caso 1, hubo discrepancias entre los expertos.

Por un escaso margen, la mayoría de los expertos consideró que, para el estudio de caso 1, el uso de la fuerza contra una persona que es objetivo legítimo se rige por el paradigma de la conducción de hostilidades de acuerdo con el DIH. En concreto, eso significa que, desde el punto de vista jurídico, un miembro de un grupo armado organizado que duerme aislado en su casa podría ser atacado legítimamente si se cumplen los principios de proporcionalidad y de precaución del DIH.

El principal argumento jurídico para esa postura fue que el DIH constituye la *lex specialis* porque está especialmente formulado para ocuparse de la realidad de los conflictos armados, por lo cual prevalece sobre el régimen jurídico general del derecho de los derechos humanos. La naturaleza de *lex specialis* de las normas del DIH en lo que atañe a la conducción de hostilidades ha sido expresamente reconocida por la Corte Internacional de Justicia y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>58</sup>.

Más precisamente, algunos expertos sostuvieron que el “hecho indiscutible” para determinar que el DIH tiene carácter de *lex specialis* en el contexto del uso de la fuerza en situaciones de conflicto armado es el estatuto o la función de la persona contra la cual se usa la fuerza. Eso se debe a que los tratados del DIH y del DIH consuetudinario permiten atacar tanto a los miembros de las fuerzas armadas y los miembros de un grupo armado organizado como a los civiles que participan directamente en las hostilidades en situaciones de conflicto armado, y proporcionan reglas completas y específicas al respecto. Se consideró que la práctica de los Estados era compatible con ese análisis.

En ese sentido, un argumento fue que, desde el punto de vista lógico, sería posible considerar como objeto de ataque a miembros de las fuerzas armadas y miembros de un grupo armado organizado en todo momento, independientemente de si suponen una amenaza inminente o no en las circunstancias que predominan en ese momento, y descartar así el paradigma del mantenimiento del orden público. De lo contrario, los miembros de las fuerzas armadas y los miembros de un grupo armado organizado, en realidad, serían tratados como civiles. Desaparecería la distinción del DIH entre miembros de las fuerzas armadas y miembros de un grupo armado organizado, por un lado, y civiles a los que no se puede atacar salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure su participación, por el otro<sup>59</sup>. Otro argumento fue que sería injusto considerar que un miembro de un grupo armado organizado que duerme aislado en su casa en un conflicto armado no internacional debe ser capturado en una situación como la del estudio de caso 1, mientras que un combatiente regular en un conflicto armado internacional siempre puede ser objeto de ataque.

---

<sup>58</sup> CIJ, Opinión Consultiva sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, nota 12 *supra*, párr. 25. Sobre la jurisprudencia de la CIDH, v. nota 45 *supra*.

<sup>59</sup> Todos los expertos coincidieron en que, en una situación como la ejemplificada en el estudio de caso 1, si la persona que está durmiendo en su casa junto con su familia no es un miembro de un grupo armado organizado sino un civil que ha participado directamente en las hostilidades (en el pasado), no puede ser atacada a la vista en virtud del DIH, sino que debe ser capturada.

Entre los expertos, una minoría sostuvo la posición contraria y consideró que, en el estudio de caso 1, debería predominar el paradigma del mantenimiento del orden. Uno de los argumentos fue que el punto de partida debería ser que, en principio, son aplicables tanto el paradigma de la conducción de hostilidades de acuerdo con el DIH como el del mantenimiento del orden según el derecho de los derechos humanos. Para decidir qué paradigma se debe aplicar, debería tomarse en cuenta el principio de *lex specialis*. Este principio, sin embargo, no siempre da prevalencia a las normas del DIH. La *lex specialis* debe determinarse para cada caso en particular.

Según la opinión de esos expertos, el paradigma jurídico apropiado debe determinarse considerando las normas aplicables y los hechos particulares del caso. Para determinar la *lex specialis*, habría que identificar las normas con “mayor superficie de contacto” con esos hechos. En el estudio de caso objeto de debate, el hecho de que la persona sea un miembro de un grupo armado organizado es un elemento a favor del paradigma de la conducción de hostilidades, pero todos los demás factores favorecen el otro paradigma. El miembro de un grupo armado organizado no conduce hostilidades (está durmiendo en su casa junto con su familia) y está aislado, con lo cual la captura es factible. Además, los otros elementos fácticos mencionados en las preguntas 2 y 3 (zona de conflicto, control, intensidad de la violencia) serían elementos adicionales para determinar la *lex specialis* aplicable. Por ejemplo, el hecho de que el miembro de un grupo armado organizado esté en una zona controlada por el gobierno y la intensidad de la violencia allí sea muy baja (o inexistente) son elementos fácticos adicionales a favor del paradigma del mantenimiento del orden. Dicho de otro modo, el estatuto/la función del objetivo potencial no es necesariamente el único criterio ni el criterio decisivo para elegir el paradigma que se aplica al caso.

La situación sería diferente si el miembro de un grupo armado organizado estuviera durmiendo en un campamento de insurgentes o si estuviera participando directamente en las hostilidades. En esos casos, los elementos fácticos serían favorables al paradigma de la conducción de hostilidades. Del mismo modo, la situación sería distinta si el miembro de un grupo armado organizado fuera un combatiente en un conflicto armado internacional. En esa situación, el argumento de que el estatuto es un criterio clave tendría peso, pues el DIH define clara y específicamente quiénes son combatientes y, como tales, presumiblemente siempre pueden ser objeto de ataque en los conflictos armados internacionales. Se consideró que los conflictos armados no internacionales eran totalmente diferentes de los internacionales en cuanto a ese aspecto. En el DIH, no existe el estatuto de combatiente para los conflictos armados no internacionales y no se define quiénes son miembros de un grupo armado organizado en el contexto de los conflictos armados no internacionales. Teniendo en cuenta esa diferencia fundamental, ¿cómo podría considerarse el “estatuto” como único criterio para distinguir entre los dos paradigmas? En la práctica, además, los miembros de un grupo armado organizado normalmente no llevan uniforme, por lo cual es más difícil comprobar que una persona es, en efecto, un miembro de un grupo armado organizado. Por esas diversas razones jurídicas y prácticas, y debido a que el derecho de los derechos humanos claramente se aplica al uso de la fuerza por un Estado contra individuos que se encuentran en su territorio, es posible que la *lex specialis* no sea el paradigma de la conducción de hostilidades en todos los casos.

Desde una postura ligeramente distinta, que, sin embargo, coincide con la anterior en que existen diferencias fundamentales entre los conflictos armados internacionales y no internacionales, se sostuvo que, en los conflictos armados no internacionales, el paradigma del mantenimiento del orden constituye el “régimen jurídico por defecto”.

En otras palabras, como explicó un experto, “el paradigma del mantenimiento del orden sería la norma, mientras que el de la conducción de hostilidades sería la excepción”. Eso no significa, sin embargo, que el primer paradigma debería aplicarse como se aplica en tiempo de paz. Según el mismo experto y otros, el paradigma del mantenimiento del orden fundamentado en el derecho de los derechos humanos es flexible y puede adaptarse para su aplicación en situaciones particulares de conflicto armado. El análisis de la situación en el estudio de caso 1, teniendo en cuenta, sobre todo, el control del Estado en la zona y suponiendo un bajo nivel de violencia, indicaría que el paradigma del mantenimiento del orden continúa aplicándose y no se reemplaza por el de la conducción de hostilidades.

El principio de *lex specialis* fue criticado por otros expertos, que consideraron que no aportaba demasiado al debate, ya que no todos lo entienden de la misma manera. Se mencionó, en especial, que la Corte Internacional de Justicia lo ha ido abandonando gradualmente en el contexto del análisis de la interacción entre el DIH y el derecho de los derechos humanos. Por ejemplo, no lo menciona en el caso *Congo v. Uganda*<sup>60</sup>. De todos modos, incluso si se aceptara la pertinencia del principio de *lex specialis*, los expertos cuestionaron que el DIH constituya la *lex specialis* en conflictos armados no internacionales en lo que se refiere a objetos de ataque. La cuestión de quién puede ser objeto de ataque y cuándo según el DIH para conflictos armados no internacionales continúa siendo tema de debate, a pesar de los intentos del CICR por clarificar el tema en su *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*<sup>61</sup>. En la opinión de esos expertos, dada la falta de precisión del DIH al respecto, sus normas no pueden considerarse *lex specialis*.

De acuerdo con otra postura, dado que podría aplicarse tanto el paradigma de la conducción de hostilidades como el del mantenimiento del orden, se debería emplear el que causara la menor pérdida de vidas o, dicho de otro modo, el que fuera más favorable para el individuo. Por ser el que más protege la vida, el paradigma del mantenimiento del orden debería prevalecer sobre el de la conducción de hostilidades, que es más permisivo.

Algunos expertos fundamentaron su análisis en la jurisprudencia de derechos humanos donde se abordan situaciones similares<sup>62</sup>. Según ellos, la mayoría de los especialistas en derechos humanos llegaría a la conclusión de que el miembro de un grupo armado organizado del estudio de caso 1 debería ser arrestado en el marco del paradigma del mantenimiento del orden. Tomar a ese miembro de un grupo armado organizado como objeto de ataque y matarlo constituiría una privación arbitraria de la vida de ese individuo (y de potenciales víctimas colaterales del uso de la fuerza), pues un arresto sería factible debido a que el gobierno ejerce el control en el territorio y en la zona. En cambio, otros expertos, que estaban a favor de aplicar el paradigma de la conducción de hostilidades, sostuvieron que el derecho jurisprudencial no sería pertinente. Criticaron, en particular,

---

<sup>60</sup> CIJ, *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, 19 de diciembre de 2005, párr. 216. En esa causa, la Corte señaló que, en su anterior Opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, había concluido que “se tendrían que tomar en consideración ambas ramas del derecho internacional, es decir, el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, sin volver a describir al DIH como *lex specialis*.

<sup>61</sup> Para la referencia a dicha Guía, v. nota 3 *supra*.

<sup>62</sup> Para obtener un panorama general de la jurisprudencia del TEDH relativa al uso de la fuerza, v. Apéndice 3: Presentación escrita de Françoise Hampson; Apéndice 6: Resumen de la presentación de Olga Chernishova.

el hecho de que algunas organizaciones no gubernamentales y algunos juristas expertos tendían a extrapolar criterios de la jurisprudencia de los órganos de derechos humanos y, en particular, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vinculada con situaciones de conflictos armados no internacionales. El argumento esgrimido fue que esa jurisprudencia no era directamente relevante porque el Tribunal Europeo, por lo general, no considera la existencia de una situación de conflicto armado no internacional (debido, entre otras razones, al rechazo de los Estados a admitir la existencia de un conflicto armado en su territorio). En consecuencia, evita referirse a las normas aplicables del DIH y no ofrece indicación alguna respecto de su interacción con el derecho de los derechos humanos<sup>63</sup>.

Aunque se plantearon distintas opiniones respecto del estudio de caso 1, para la gran mayoría de los expertos, fueran éstos partidarios de la aplicación de un paradigma u otro, el factor de la zona de conflicto no debería ser considerado un criterio adicional relevante desde un punto de vista puramente jurídico. Se consideró que introducir ese criterio adicional para determinar cuál es el paradigma que debe aplicarse era peligroso e inviable. Se sostuvo que el criterio de la zona de conflicto era demasiado subjetivo y que daba lugar a discusiones, interpretaciones erróneas y desacuerdos. El criterio de la zona de conflicto introduce una serie de interrogantes: ¿quién decide cuál es el teatro de operaciones inmediato? ¿Esa decisión implicaría que un campamento de miembros de un grupo armado organizado situado fuera de la zona de conflicto no debería ser objeto de ataque? ¿No incitaría a los miembros de un grupo armado organizado a operar desde fuera de la zona de conflicto? Si un miembro de un grupo armado organizado es objeto de ataque en una parte del territorio donde no se llevan a cabo hostilidades, ¿la zona se convierte en zona de conflicto? ¿Qué ocurriría si un civil participara directamente en las hostilidades en una zona donde no hay enfrentamientos? ¿Esa zona debería considerarse zona de conflicto?

Menos comentarios se hicieron sobre los factores de control e intensidad de la violencia. No obstante, en general, esos factores fueron objeto de críticas por su gran dependencia del contexto. Se hizo hincapié, en particular, en que el factor de control es casi siempre difícil de evaluar. Por ejemplo, en el estudio de caso 1, las fuerzas armadas nacionales pueden controlar la casa en la que duerme el miembro de un grupo armado organizado, pero eso no quiere decir necesariamente que controlen el poblado donde se encuentra la casa. Una operación de captura podría entonces fracasar como consecuencia de la intervención de otros miembros de un grupo armado organizado apostados en el poblado.

Un experto adujo que factores como la zona de conflicto, el grado de control y la intensidad de la violencia incrementan la complejidad del análisis. Esos factores fueron descritos como más adecuados para la discrecionalidad judicial aplicada a posteriori por los tribunales de derechos humanos que para la decisión militar tomada en “tiempo real”. Se destacó que las reglas para distinguir los objetivos militares deben ser claras y simples, de modo que resulten realistas y justas para los combatientes que deben tomar decisiones en una fracción de segundo.

Por último, aunque el análisis jurídico realizado por los expertos fue sumamente variado, la diferencia en las consecuencias prácticas pareció reducirse cuando se tomaron en cuenta

---

<sup>63</sup> A este respecto, v. también la presentación de Françoise Hampson, en el Apéndice 3.

cuestiones políticas, además de los argumentos jurídicos. La mayoría de los expertos que estuvieron a favor de la aplicación del paradigma de la conducción de hostilidades en el estudio de caso 1 señaló que, en esa situación, un comandante militar sensato probablemente ordenaría capturar al miembro de un grupo armado organizado de acuerdo con el DIH en lugar de ordenar un ataque. La orden sería el resultado de consideraciones políticas y no jurídicas<sup>64</sup>. Teniendo en cuenta que la captura de un miembro de un grupo armado organizado tiene un valor potencial para la inteligencia militar y que en muchos conflictos armados contemporáneos es esencial “ganar mentes y corazones”, las fuerzas armadas nacionales quizá prefieran ejecutar una operación de captura de acuerdo con el DIH, si el riesgo es bajo o nulo para la misión o para las fuerzas que participan en la operación.

Según algunos expertos, aunque el paradigma de la conducción de hostilidades predominara en una situación como la del estudio de caso 1, los principios fundamentales de necesidad militar y de humanidad constituirían restricciones jurídicas que deben tenerse en cuenta. Esos principios serían igualmente aplicables a combatientes regulares en conflictos armados internacionales, a miembros de un grupo armado organizado que participan en conflictos armados no internacionales y a civiles que participan directamente en las hostilidades<sup>65</sup>. Otros expertos no estuvieron de acuerdo con ese enfoque por considerar que, si bien son principios inherentes al DIH, los principios de necesidad militar y de humanidad no son normas jurídicas adicionales que deban tenerse en cuenta en la conducción de hostilidades<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> En su presentación introductoria sobre el uso de la fuerza en la contrainsurgencia en Afganistán, Richard Gross ofrece un buen ejemplo del hecho de que los Estados beligerantes pueden decidir, por razones políticas, restringir el uso de la fuerza a niveles inferiores a lo que exige el derecho internacional. V. Apéndice 5: Resumen de la presentación de Richard Gross sobre el uso de la fuerza en las distintas fases del conflicto de Afganistán.

<sup>65</sup> V. CICR, *Guía sobre la participación directa en las hostilidades*, nota 3 *supra*, p. 82. Como se señala en dicha Guía, según el DIH, “[a]demás de las restricciones que impone el derecho internacional humanitario respecto a los métodos y medios de combate, y sin perjuicio de las demás restricciones que dimanen de otros instrumentos de derecho internacional aplicables, el tipo y el grado de fuerza que está permitido emplear contra las personas que no tienen derecho a protección contra los ataques directos no deben ser excesivos en relación con lo que efectivamente sea necesario para lograr el objetivo militar legítimo en las circunstancias del caso”.

<sup>66</sup> En este sentido, v. las críticas al cap. IX de la *Guía sobre la participación directa en las hostilidades* del CICR. V., por ejemplo, W. Hays Parks, “Part IX of the ICRC ‘Direct Participation in Hostilities’ Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n.º 3, primavera de 2010, pp. 769-830. Para una respuesta a estas y a otras críticas, v. N. Melzer, “Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC’s Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n.º 3, primavera de 2010, pp. 831-916.

## **B. Motines en situaciones de conflicto armado**

### **Estudio de caso 2: Motines en situaciones de conflicto armado**

*En el contexto de un conflicto armado no internacional, tiene lugar una manifestación contra la represión de los miembros de un grupo armado organizado por parte del gobierno. Más de cien personas se agrupan en la calle principal de la capital, donde están apostadas las tropas del gobierno. Al principio, la manifestación es pacífica. Después de algunos intentos del ejército de dispersar a la multitud (por ejemplo, mediante advertencias por altavoz), los manifestantes se vuelven más agresivos y comienzan a arrojar piedras a los soldados. Simultáneamente, algunos miembros de un grupo armado organizado se aprovechan de la situación y atacan a los soldados armados. Algunos sostienen que los miembros de un grupo armado organizado instrumentalizaron a la población, incitándola a manifestarse para ocultarse en la multitud y así atacar a los soldados.*

- 1. ¿Se debería recurrir al paradigma del mantenimiento del orden para regir el uso de la fuerza contra civiles en una manifestación y al de la conducción de hostilidades para el uso de la fuerza contra los miembros de un grupo armado organizado (“enfoque paralelo”)?*
- 2. ¿Debería considerarse que la situación en su conjunto está regida por el paradigma de la conducción de hostilidades? ¿Qué implicancias tendría eso en la práctica?*
- 3. ¿La determinación del paradigma que debe aplicarse depende de si la manifestación se realiza dentro de la zona de conflicto o fuera de esta?*
- 4. ¿Debería considerarse que la situación en su conjunto está regida por el paradigma del mantenimiento del orden, a menos que el ejército nacional pierda el control sobre la zona y se llegue a un alto nivel de violencia? ¿Cuándo se alcanzaría ese nivel? ¿Qué implicancias tendría en la práctica la decisión de aplicar ese paradigma a la situación en su conjunto?*

### **1. Información de referencia:**

En general, los motines no llegan a constituir una participación directa en las hostilidades, independientemente de cuán violentos puedan ser y de los motivos por los cuales la población civil reacciona con violencia<sup>67</sup>. Esta conclusión sigue siendo la misma aun si el disturbio civil beneficia el esfuerzo general de guerra del adversario. Como se explica en la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario* del CICR:

Durante un conflicto armado, las manifestaciones políticas y otras formas de disturbios civiles se caracterizan a menudo por altos niveles de violencia, a los que a veces se responde con la fuerza militar. De hecho, los disturbios civiles pueden tener como consecuencia la muerte, heridas y destrucción y, al final, pueden incluso beneficiar el esfuerzo general de guerra de una parte en conflicto menoscabando la autoridad y el control de otra parte sobre un territorio mediante el recurso a la presión política, la inseguridad económica, la destrucción y el desorden. Por consiguiente, es importante distinguir entre participación directa en las

---

<sup>67</sup> Sin embargo, hay excepciones. Los motines pueden transformarse en situaciones reales de hostilidades cuando los civiles que participan en ellos deciden tomar las armas contra las autoridades.

hostilidades –específicamente designada para apoyar a una parte en un conflicto armado contra otra– de las formas violentas de disturbios civiles, cuya finalidad primera es expresar la falta de satisfacción con las autoridades territoriales o detenedoras<sup>68</sup>.

En otras palabras, los motines que no están especialmente concebidos para alcanzar en forma directa el umbral de daño requerido en apoyo de una parte en el conflicto y en detrimento de la otra no se incluyen en el paradigma de la conducción de hostilidades y deben regirse por el paradigma del mantenimiento del orden.

La jurisprudencia en materia de derechos humanos avala esa conclusión. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ocupado de casos de motines en contextos que definió como conflictos armados y aplicó claramente el paradigma del mantenimiento del orden<sup>69</sup>.

Sin embargo, los miembros de un grupo armado organizado pueden aprovechar los motines para ocultarse en la multitud y atacar al enemigo. Para las autoridades estatales, puede resultar difícil, e incluso imposible, distinguir entre miembros de un grupo armado organizado y manifestantes.

## **2. Observaciones y debates de los expertos:**

La gran mayoría de los expertos estuvieron de acuerdo en que, en situaciones como la del estudio de caso 2, según el análisis jurídico clásico, los dos paradigmas se aplican en paralelo. El paradigma de la conducción de hostilidades es aplicable al uso de la fuerza contra los miembros de un grupo armado organizado, mientras que el del mantenimiento del orden rige el uso de la fuerza contra los civiles que participan en los motines. Para el objeto del presente informe, esta opción se denominará “enfoque paralelo” (pregunta 1 del estudio de caso 2).

Aunque la mayor parte de los expertos estuvieron de acuerdo en la necesidad de diferenciar entre las normas que se aplican al uso de la fuerza contra miembros de un grupo armado organizado y las que se aplican a los civiles, las fuentes jurídicas y los argumentos no fueron totalmente coincidentes. Según una de las perspectivas, el paradigma del mantenimiento del orden constituye la *lex specialis* para regular el uso de la fuerza contra civiles violentos cuyos actos no constituyen una participación directa en las hostilidades. Otra de las opiniones fue que, como en esos actos de violencia no existe nexo con las hostilidades, no se rigen por el DIH como *lex specialis* y sí, en cambio, por el paradigma del mantenimiento del orden.

El enfoque paralelo implica que los miembros de un grupo armado organizado que se encuentran en la multitud pueden constituir un objeto de ataque inmediato si se respetan las prohibiciones del DIH respecto de los ataques indiscriminados y de aquellos que violan

---

<sup>68</sup> CICR, *Guía sobre la participación directa en las hostilidades*, nota 3 *supra*, p. 63.

<sup>69</sup> V., por ejemplo, TEDH, *Güleç c. Turquía*, 27 de julio de 1998 (con referencia al conflicto armado de ese momento en el párr. 81). V. también TEDH, *Simsek y otros c. Turquía*, 26 de julio de 2005 (con respecto al mismo contexto). Es importante notar, sin embargo, que, si bien en la primera causa el Tribunal se refirió expresamente a la existencia de un conflicto armado, no analizó la aplicabilidad del DIH en esa situación ni se ocupó de la interacción entre el DIH y el derecho de los derechos humanos. Si se desea leer una crítica de la importancia de la jurisprudencia del TEDH en temas relacionados con la interacción entre el DIH y el derecho de los derechos humanos, v. Apéndice 3: Presentación escrita de Françoise Hampson.



los principios de proporcionalidad y de precaución. Por lo tanto, el daño incidental a los civiles no está prohibido siempre que no sea excesivo en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

A diferencia de lo que ocurre con los miembros de un grupo armado organizado, no puede considerarse que los civiles que protagonizan motines participan directamente en las hostilidades; en consecuencia, no pueden ser objeto de ataque en virtud del paradigma de la conducción de hostilidades<sup>70</sup>. Según el DIH, los civiles que no participan directamente en las hostilidades deben ser “respetados”. Además, el DIH establece de manera explícita que “[l]a 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”<sup>71</sup>. Por otra parte, se establece igualmente y explícitamente que “[l]a presencia de la población civil o de personas civiles o sus movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, en especial para tratar de poner a cubierto de ataques los objetivos militares, ni para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares”<sup>72</sup>. Si los manifestantes civiles cometen actos de violencia, puede usarse la fuerza según el paradigma del mantenimiento del orden. En ese caso, se debe recurrir a un procedimiento de escalada de fuerza.

La aplicación exclusiva del paradigma de la conducción de hostilidades a la situación (como se sugiere en la pregunta 2 del estudio de caso) no fue elegida como una posibilidad por ninguno de los expertos que asistieron a la reunión. No obstante, se mencionó que, de todos modos, incluso si se aplica solo el paradigma de la conducción de hostilidades, se podría llegar a una conclusión similar a la solución proporcionada por el enfoque paralelo, pues, según el DIH, solo se pueden atacar objetivos legítimos. Los manifestantes que no participan directamente en las hostilidades están protegidos contra ataques directos. Si cometen actos de violencia, se debe recurrir a un procedimiento de escalada de fuerza (es decir, dar aviso, despliegue de la fuerza, uso de fuerza no letal, uso de fuerza letal como último recurso) de conformidad con el principio de precaución del DIH<sup>73</sup>.

Aunque el análisis jurídico realizado por los expertos fue coincidente (es decir, el uso del “enfoque paralelo”) para el estudio de caso 2, el debate giró alrededor de los problemas prácticos que presenta este tipo de situación. Algunos expertos observaron que, mientras que el enfoque paralelo era interesante desde el punto de vista jurídico, su puesta en práctica venía acompañada de dificultades concretas. ¿Cómo podrían diferenciar los

---

<sup>70</sup> No obstante, un experto opinó que, en algunos casos totalmente excepcionales, los civiles que participan en motines pueden ser considerados como personas que participan directamente en las hostilidades cuando llevan a cabo actos violentos especialmente concebidos para provocar un daño directo al Estado que afronta el motín, en apoyo al enemigo de éste. Sería el caso, por ejemplo, de un motín organizado por el enemigo para destruir el equipamiento militar de las fuerzas armadas nacionales o para desviar la atención de las fuerzas armadas y conducir una operación militar en un poblado cercano. En una situación excepcional como la descrita, los participantes en los motines son civiles que participan directamente en las hostilidades y se transforman en objetivos legítimos según el paradigma de la conducción de hostilidades.

<sup>71</sup> PA I, art. 50, párr. 3. V. también TPIY, *El fiscal c. D. Kordić y M. Čerkez*, Sala de Apelaciones, Fallo del 17 de diciembre de 2004, causa IT-95-14/2-A, párr. 50; TPIY, *El fiscal c. T. Blaskić*, Sala de Apelaciones, Fallo del 29 de julio de 2004, causa IT-95-14, párr. 113.

<sup>72</sup> PA I, art. 51, párr. 7.

<sup>73</sup> Sobre el tema de si el procedimiento de escalada de fuerza puede dimanar de las reglas y principios del DIH, v. los debates en torno al estudio de caso 5.

soldados entre miembros de un grupo armado organizado (que podrían no distinguirse), personas civiles que participan directamente en las hostilidades y manifestantes que no participan directamente en las hostilidades? ¿Cómo se podría esperar que los soldados aplicaran dos paradigmas distintos en el mismo momento y en el mismo lugar? Además, en la mayoría de los conflictos armados, los beligerantes pueden no tener francotiradores capaces de alcanzar con sus disparos exclusivamente a los miembros de un grupo armado organizado ocultos en la multitud, por lo que atacarlos puede provocar pérdidas civiles incidentales excesivas, en violación del DIH.

Las situaciones de disturbios civiles en el contexto de un conflicto armado también pueden ser sumamente volátiles y convertirse en choques armados que llegan a ser hostilidades. Así, una situación como la del estudio de caso 2 podría estar regida principalmente por el paradigma de la conducción de hostilidades si los miembros de un grupo armado organizado o los civiles que participan directamente en las hostilidades superan en número a los manifestantes pacíficos y violentos (cuyos actos no constituyen una participación directa en las hostilidades). En otras palabras, la naturaleza de una situación puede cambiar y el paradigma prevaleciente puede no ser siempre el mismo.

A ese respecto, algunos expertos sugirieron que sería preferible adoptar un único enfoque para la situación en su conjunto, al menos por cuestiones prácticas. Por ejemplo, se propuso que el paradigma del mantenimiento del orden debería aplicarse a la situación en su conjunto siempre que el Estado que debe hacer frente al motín siga ejerciendo un grado de control suficiente sobre la zona y las circunstancias, y que el nivel de violencia sea bajo (como se sugiere en la pregunta 4 del estudio de caso). Sin embargo, para la mayoría de los expertos, los factores de grado de control e intensidad de la violencia mencionados en la pregunta 4 del estudio de caso 2 no fueron considerados decisivos. Ninguno de los asistentes propuso tomar en cuenta el factor de la zona de conflicto mencionado en la pregunta 3 del estudio de caso 2<sup>74</sup>. Otra solución propuesta fue aplicar el paradigma del mantenimiento del orden en situaciones donde es materialmente imposible distinguir con claridad entre las personas que pueden ser objeto de ataque legítimo según el DIH y las personas civiles violentas. Otra propuesta fue que, dado que las fuerzas armadas nacionales podrían ser renuentes a aceptar la aplicación exclusiva del enfoque del mantenimiento del orden, debería reflexionarse sobre los procedimientos adecuados, independientemente del marco jurídico o el paradigma pertinente. Se sugirió que, en esas zonas grises, el punto de partida debería ser, en la práctica, un procedimiento de escalada de fuerza aplicable a la situación en su conjunto.

Para esas zonas grises, también se examinó la función de la defensa propia. Algunos expertos señalaron que, en la práctica, las reglas de enfrentamiento (RoE, por sus siglas en inglés)<sup>75</sup> para los motines se basan normalmente en las normas de la defensa propia. En concreto,

---

<sup>74</sup> En relación con el rechazo de estos factores como criterios jurídicos, v. lo expuesto anteriormente respecto del estudio de caso 1.

<sup>75</sup> Se observó que las reglas de enfrentamiento (RoE, por sus siglas en inglés) incorporan los requisitos del derecho nacional e internacional, pero también tienen en cuenta cuestiones operacionales/tácticas y políticas. Sobre el concepto de la defensa propia en las RoE, v., por ejemplo, Instituto Internacional de Derecho Humanitario, *Manual de reglas de enfrentamiento*, San Remo, noviembre de 2009, pp. 3-4, disponible en línea en <http://www.iihl.org/sanremo-handbook-on-roe/> (consultado el 30 de septiembre de 2013); Instrucción del Jefe del Estado Mayor Conjunto, *Standing Rules of Engagement for US Forces*, 15 de enero de 2000, CJCSI 3121.01A, Enclosure A; *US Operational Law Handbook*, Departamento de Derecho Internacional y Operacional, Facultad de Derecho y Centro de Recursos Jurídicos del Auditor

esto quiere decir que la situación debe abordarse en su conjunto con un procedimiento de escalada de fuerza. En otras palabras, las fuerzas armadas deberían recibir instrucciones de emplear técnicas similares a las que se usan para mantener el orden público, pero, como cuestión de derecho, se argumentó que esas técnicas no se fundamentan en ese paradigma, sino en el concepto independiente de defensa propia. Las RoE no darían, por tanto, instrucciones distintas según el estatuto o la función de los individuos en la multitud, sino según el nivel de la amenaza en las circunstancias concretas. De este modo, aunque se pudiera identificar y atacar a un miembro de un grupo armado organizado que no está usando la fuerza letal, las fuerzas armadas recibirían instrucciones de no hacerlo dado que podrían provocar pérdidas civiles incidentales excesivas. En cambio, si el miembro de un grupo armado organizado está usando la fuerza podría ser objeto de ataque por un francotirador, por ejemplo, de conformidad con las normas de la defensa propia. La noción de defensa propia establecida en el marco de las RoE no fue interpretada como defensa propia en el ámbito nacional ni como defensa propia basada en los derechos humanos, sino como un concepto militar independiente, más permisivo<sup>76</sup>. El alcance de la noción militar de defensa propia varía, sin embargo, entre los distintos Estados (así como varía el concepto de defensa propia en el ámbito nacional<sup>77</sup>). De este modo, se generan posibles dificultades para las fuerzas multinacionales encargadas de controlar motines. Algunos expertos subrayaron, además, que las reglas de la defensa propia contenidas en las RoE empleadas en sus respectivos países se aplicaban como cuestión de política, aunque eran muy similares a la legislación nacional o se derivaban directamente de ella.

Otros expertos no estuvieron de acuerdo con la aplicación de las reglas de la defensa propia en este contexto y señalaron que la defensa propia es un concepto que debería entenderse de manera más restringida que el mantenimiento del orden. En su opinión, la policía y las fuerzas armadas pueden hacer algo más que usar la fuerza en defensa propia, pues también pueden recurrir a la fuerza para efectuar un arresto lícito o para reprimir un motín, por ejemplo, como establece el artículo 2, párrafo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En términos prácticos –aunque apoyándose en argumentos jurídicos distintos–, una amplia mayoría de los expertos estuvo de acuerdo en que las situaciones en las que están entremezclados miembros de un grupo armado organizado y civiles deberían abordarse principalmente por medio de un procedimiento de escalada de fuerza. Más aún, los miembros de un grupo armado organizado que disparan y los civiles que participan directamente en las hostilidades podrían ser objeto de ataque bajo cualquiera de los dos paradigmas en cuestión. Algunos expertos señalaron que, aun si se aplica solo el paradigma del mantenimiento del orden, se podría recurrir a la fuerza letal contra miembros de un grupo armado organizado, si representan una amenaza inminente para la vida o la integridad física y si se toman todas las precauciones pertinentes según dicho paradigma. En general, estos argumentos demostraron que, en una situación concreta como la del estudio de caso 2, la diferencia en los resultados según se aplique un paradigma u otro es menos significativa de lo que se esperaba.

---

Judicial General, Ejército de los Estados Unidos, Charlottesville, Virginia, 2012, Apéndice A, pp. 3-6, 76 y ss., y 84 y ss.

<sup>76</sup> Con respecto a las distintas nociones de defensa propia, un experto mencionó el artículo de H. F. R. Boddens-Hosang, "Force Protection, Unit Self-Defence, and Extended Self-Defence", en T. D. Gill y D. Fleck (eds.), nota 41 *supra*, p. 415.

<sup>77</sup> *Supra*, pp. 11-12.

Sin embargo, algunos expertos mencionaron que sigue siendo importante determinar el paradigma aplicable. En primer lugar, en teoría, un miembro de un grupo armado organizado que se encuentra entre la multitud y que no está disparando podría ser objeto de ataque según el enfoque paralelo, incluso si no representa una amenaza inminente (siempre que se respeten los principios de proporcionalidad y de precaución del DIH), mientras que las reglas de la defensa propia o el paradigma del mantenimiento del orden no permitirían efectuar un ataque de este tipo. En segundo lugar, la aceptación de pérdidas civiles incidentales podría ser menor si se aplica solo el paradigma del mantenimiento del orden en lugar del enfoque paralelo; por ejemplo, cuando los objetivos legítimos según el DIH son atacados según el paradigma de la conducción de hostilidades. En tercer lugar, de conformidad con el paradigma del mantenimiento del orden, existen obligaciones adicionales, como la de proteger a la población contra actos de violencia que representen una amenaza para la vida<sup>78</sup>. Esa obligación no existe en el marco de las reglas de la defensa propia. Por ello, cuando se presenta una situación de motín, siguiendo la lógica de la defensa propia, las fuerzas armadas podrían decidir retirarse de la zona aunque los manifestantes representaran una amenaza para la vida o la integridad física de las personas civiles<sup>79</sup>. Según el paradigma del mantenimiento del orden, podría considerarse que ese enfoque no respeta la obligación de proteger a la población. Por último, la determinación del paradigma aplicable podría ocasionar aún más diferencias en lo referente a la planificación, la disponibilidad de armas y la obligación de investigar<sup>80</sup>. Con respecto a la disponibilidad de armas, por ejemplo, varios expertos mencionaron que los agentes de represión de disturbios (como el gas lacrimógeno) o las balas expansivas que pueden emplearse lícitamente según el paradigma del mantenimiento del orden están prohibidos en el contexto de la conducción de hostilidades<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Las RoE pueden incluir, además, una "autoridad" para la protección de los civiles, pero esto no es una obligación.

<sup>79</sup> Un experto observó que esta clase de estrategia, en realidad, puede resultar muy eficaz y contribuir a la desescalada de la situación cuando el motín surge por el descontento con las fuerzas armadas.

<sup>80</sup> Para profundizar en estos temas, v. la parte III del presente informe.

<sup>81</sup> Sobre la prohibición de emplear agentes de represión de disturbios como método de guerra, v. nota 118 *infra*. Sobre la prohibición de las balas expansivas en situaciones de conflicto armado, v. la Declaración de La Haya de 1899 referente al empleo de balas expansivas. El uso de balas expansivas está calificado como crimen de guerra también en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 8 (2)(b) (xix)). V. también CICR, *Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario*, nota 12 *supra*, norma 77.

## C. Lucha contra la delincuencia

### **Estudio de caso 3: Lucha contra la delincuencia**

*En el contexto de un conflicto armado no internacional, un grupo armado organizado no estatal tiene vínculos cercanos con un grupo criminal (que no es parte en el conflicto armado) que se dedica al comercio ilegal (de aquí en más, "el grupo criminal"). El grupo criminal financia el esfuerzo de guerra del grupo armado organizado o facilita su acceso a las armas. El grupo armado organizado no estatal le provee a cambio protección armada y la posibilidad de operar con cierto grado de libertad en las partes del territorio que están bajo su control. A veces, los miembros armados del grupo criminal operan en zonas donde tienen lugar enfrentamientos armados entre los miembros del grupo armado organizado y las fuerzas armadas estatales. Por consiguiente, a veces, las fuerzas armadas deben luchar al mismo tiempo contra la violencia armada de los miembros del grupo armado organizado no estatal y la de los integrantes del grupo criminal.*

*1. Siempre y cuando los actos violentos cometidos por los miembros del grupo criminal no constituyan una participación directa en las hostilidades, ¿el uso de la fuerza contra miembros de ese grupo debería estar regido por el paradigma del mantenimiento del orden, mientras que para el uso de la fuerza contra los miembros de un grupo armado organizado debería aplicarse el paradigma de la conducción de hostilidades ("enfoque paralelo")? ¿La respuesta depende de la proximidad geográfica entre los miembros de un grupo armado organizado y los miembros del grupo criminal?*

*2. ¿Debería considerarse que la situación en su conjunto está regida por el paradigma de la conducción de hostilidades? ¿Qué implicancias tendría eso en la práctica?*

*3. ¿La determinación del paradigma que debe aplicarse depende de si la situación tiene lugar dentro de la zona de conflicto o fuera de esta?*

*4. ¿Debería considerarse que la situación en su conjunto está regida por el paradigma del mantenimiento del orden, a menos que las fuerzas armadas pierdan el control sobre la zona y se llegue a un alto nivel de violencia? ¿Cuándo se alcanzaría ese nivel? ¿Qué implicancias tendría en la práctica la decisión de aplicar ese paradigma a la situación en su conjunto?*

### **1. Información de referencia:**

En muchos conflictos armados, hay partes que mantienen vínculos estrechos con el crimen organizado y con grupos criminales. Como se ejemplifica en este estudio de caso, los grupos criminales pueden financiar el esfuerzo de guerra de los grupos armados mediante el comercio ilícito o facilitarles el acceso a las armas, mientras que los grupos armados pueden, a su vez, proporcionar a los integrantes de los grupos criminales protección armada, así como la posibilidad de operar más o menos libremente en las zonas del territorio que están bajo su control.

Si, según la hipótesis propuesta, el grupo criminal no es parte en el conflicto armado, ya sea porque no posee una organización mínima o porque la violencia que emplea no

alcanza un nivel mínimo de intensidad<sup>82</sup>, el paradigma del mantenimiento del orden es particularmente relevante. La situación podría no ser la misma si los miembros del grupo criminal participaran directamente en las hostilidades o si algunos de ellos fuesen, al mismo tiempo, miembros del grupo armado organizado no estatal.

Cuando las partes en un conflicto armado luchan entre sí y, simultáneamente, los integrantes armados de grupos criminales operan en la misma zona que los miembros de un grupo armado organizado (tal como se describe en el estudio de caso 3), pueden surgir cuestiones jurídicas y prácticas complejas. En esa situación, ¿cuál debería ser el análisis jurídico y cómo deberían reaccionar las fuerzas armadas del Estado?

## **2. Observaciones y debates de los expertos:**

Al igual que en el estudio de caso 2, los expertos estuvieron mayormente de acuerdo en que sería necesario adoptar un enfoque paralelo. El paradigma de la conducción de hostilidades se aplicaría al uso de la fuerza contra los miembros de un grupo armado organizado, mientras que el del mantenimiento del orden se aplicaría contra los integrantes violentos del grupo criminal (cuyos actos no constituyen una participación directa en las hostilidades en esas circunstancias).

Las razones que llevaron a algunos expertos a cuestionar la adopción del enfoque paralelo en la práctica en el estudio de caso 2 no se mencionaron al abordar el estudio de caso 3 porque, aunque los miembros violentos del grupo criminal y los miembros de un grupo armado organizado operan en la misma zona geográfica, están claramente separados y no se entremezclan como en el estudio de caso 2<sup>83</sup>. En ese sentido, se consideró que el estudio de caso 3 es más claro que el anterior, y el enfoque paralelo no generó cuestionamientos en este contexto.

No obstante, quienes no estuvieron de acuerdo con la aplicabilidad del paradigma del mantenimiento del orden por las fuerzas armadas en conflictos armados presentaron objeciones al enfoque paralelo<sup>84</sup>. Algunos expertos sostuvieron que a los miembros violentos del grupo criminal cuyos actos no constituyen una participación directa en las hostilidades solo se les deben aplicar las reglas de la defensa propia. En consecuencia, a los miembros de un grupo armado organizado se les aplicaría el paradigma de la conducción de hostilidades y solo se podría matar a los miembros violentos del grupo criminal si fuera absolutamente necesario en defensa propia.

Como en el estudio de caso 2, los expertos señalaron las dificultades prácticas para distinguir entre los miembros armados del grupo criminal y los miembros de un grupo armado organizado si estos últimos no se distinguen. Los miembros de un grupo armado organizado y los miembros del grupo criminal pueden participar en actividades que parecen similares. Por ejemplo, un observador externo puede no distinguir entre la extorsión por el grupo criminal y la recaudación de "impuestos" por el grupo armado no estatal. Incluso

---

<sup>82</sup> Con respecto a la clasificación de las situaciones de violencia provocadas por el crimen organizado formulada por el CICR, v. *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, nota 6 *supra*, pp. 11-13.

<sup>83</sup> Si los miembros de un grupo armado organizado y los miembros del grupo criminal se entremezclaran, surgirían aquí las mismas cuestiones que en el estudio de caso 2.

<sup>84</sup> V. *supra*, p. 10.

es posible que el grupo criminal y los miembros de un grupo armado organizado actúen por motivos similares. Algunos miembros de un grupo armado organizado pueden estar implicados en el conflicto armado no solo por motivos ideológicos o políticos, sino también (o principalmente) porque buscan beneficios personales. Del mismo modo, los miembros del grupo criminal pueden estar en parte de acuerdo con la causa del grupo armado. Por ello, no siempre resulta fácil distinguir entre miembros de un grupo armado organizado y miembros del grupo criminal. En caso de duda, según el DIH, el individuo debe ser considerado como civil<sup>85</sup>.

Ninguno de los expertos presentes en la reunión consideró que la situación descrita en el estudio de caso 3 deba regirse únicamente por el paradigma de la conducción de hostilidades (como se propuso en la pregunta 2 del estudio de caso 3).

No se consideró que los factores de zona de conflicto, control de la zona e intensidad de la violencia (propuestos en las preguntas 3 y 4) fuesen influyentes para determinar el paradigma aplicable. En cambio, la cuestión de si los individuos son objetivos legítimos según el DIH fue considerada decisiva para determinar el paradigma que se debe aplicar.

Aunque no era fundamental para el análisis del estudio de caso 3, algunos expertos analizaron las siguientes cuestiones: 1) cuándo los grupos criminales pueden volverse partes en un conflicto armado y 2) cuándo puede considerarse que los miembros de un grupo criminal participan directamente en las hostilidades. Se señaló que, si se acepta la hipótesis de que el grupo criminal financia y proporciona armas al grupo armado no estatal, cabe preguntarse si se trata de una organización separada o de una rama del grupo armado no estatal. Asimismo, si se supone que el grupo criminal es una organización diferente, claramente distinguible del grupo armado organizado, y suponiendo también que entre el grupo criminal y las fuerzas armadas nacionales hay actos de violencia que alcanzan el nivel mínimo de intensidad para ser calificados como conflicto armado no internacional según el DIH, entonces el grupo criminal debería ser considerado parte en el conflicto armado. Los expertos subrayaron que, si ese fuera el caso, la cuestión de si los miembros del grupo criminal en la zona desempeñan una función continua de combate constituiría un factor en la determinación del paradigma que ha de aplicarse<sup>86</sup>.

Con respecto al tema de la participación directa en las hostilidades, la mayoría de los expertos estuvieron de acuerdo en que no se puede considerar que los individuos que llevan a cabo actividades criminales cuyos beneficios podrían financiar el esfuerzo de guerra participan directamente en las hostilidades. De lo contrario, se estaría pisando un terreno resbaladizo peligroso, porque podría pensarse que prácticamente todas las personas apoyan, de una manera u otra, el esfuerzo de guerra al contribuir a la riqueza económica del Estado o de una parte en un conflicto armado. Como ejemplo, algunos expertos mencionaron que, en Afganistán, algunos comandantes militares de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF, por su sigla en inglés) de la OTAN al principio estaban a favor de considerar

---

<sup>85</sup> Respecto de esta duda, v. los debates suscitados en el análisis del estudio de caso 5.

<sup>86</sup> Sobre la definición del CICR de la noción de función continua de combate, v. CICR, *Guía sobre la participación directa en las hostilidades*, nota 3 *supra*, p. 33. Algunos expertos no aceptan la aplicación del concepto de "función continua de combate" a miembros de grupos armados organizados. V., por ejemplo, K. Watkin, "Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC 'Direct Participation in Hostilities' Interpretive Guidance", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, n.º 3, primavera de 2010, pp. 655-657 y 683-686.

a los jefes narcotraficantes como civiles que participaban directamente en las hostilidades, porque desempeñaban un papel fundamental en la financiación de los talibanes. Más aún, algunos comandantes de la ISAF consideraban los laboratorios de producción de drogas como objetivos militares, basándose en la teoría de que formaban parte de la “capacidad militar” de los talibanes. Sin embargo, muchos países que contribuían a la ISAF no coincidieron con esa interpretación, y las operaciones antinarcóticos dirigidas contra los jefes narcotraficantes y los laboratorios fueron recategorizadas como operaciones del mantenimiento del orden<sup>87</sup>. Hoy en día, las operaciones antidrogas en Afganistán se siguen efectuando según ese paradigma, principalmente por la división antidrogas de la policía nacional, y los jefes narcotraficantes no son vistos como personas civiles que participan directamente en las hostilidades<sup>88</sup>.

Para el estudio de caso 3, sin embargo, algunos expertos manifestaron cierta disconformidad con la idea de que los miembros del grupo criminal no participan directamente en las hostilidades. Este estudio de caso describe una situación en la que los miembros del grupo criminal no solo financian al grupo armado organizado no estatal y facilitan su acceso a las armas, sino que también emplean, junto con los miembros de un grupo armado organizado, violencia armada contra las fuerzas armadas nacionales. Se debe reconocer que, según las circunstancias, el uso de la fuerza por integrantes de un grupo criminal junto con los miembros de un grupo armado organizado podría indicar la existencia de un nexo beligerante<sup>89</sup>. Se señaló que, en todo caso, si los miembros del grupo criminal usaran la fuerza junto con los miembros de un grupo armado organizado, se podría recurrir a la fuerza letal contra ellos, bien según el paradigma de la conducción de hostilidades (si se considera que participan directamente en las hostilidades), bien según el paradigma del mantenimiento del orden público, siempre que sea absolutamente necesario. El resultado final, es decir, el uso de la fuerza letal, sería el mismo.

Por último, se trató el tema de qué paradigma aplicar al uso de la fuerza en una situación que no alcanza el umbral exigido para dar lugar a un conflicto armado, en la que un gobierno se enfrenta a grupos criminales poderosos que emplean la violencia armada, como los cárteles de la droga. Si la situación no alcanza el umbral de un conflicto armado, no cabe duda de que el paradigma de la conducción de hostilidades no sería aplicable, sino que solo correspondería aplicar el del mantenimiento del orden. Sin embargo, un experto advirtió que este último no sería adecuado en una situación semejante, debido a las restricciones que impone al uso de la fuerza. Se adujo que, en ese caso, debería

---

<sup>87</sup> Según un experto, aunque no sea posible considerar que los civiles participan directamente en las hostilidades solo porque apoyan el esfuerzo de guerra, los objetos que “sostienen la capacidad militar” pueden considerarse objetivos militares. No obstante, el experto aclaró que sería contraproducente calificar de objetivos militares a los laboratorios de producción de drogas en Afganistán, debido a la cantidad de muertes y las repercusiones políticas negativas que ello implicaría. En el mismo sentido, otro experto subrayó que, según el DIH, no es lo mismo tomar como objetos de ataque a objetos que a personas. Por ejemplo, una fábrica de armas puede ser un objetivo militar; sin embargo, las personas que trabajan en la fábrica son civiles y, si mueren durante el ataque a la fábrica, forman parte de las pérdidas civiles incidentales. Así, el criterio empleado para determinar si un objeto es un objetivo militar no puede extrapolarse para determinar si un civil participa directamente en las hostilidades. Por razones obvias, las normas para tomar como objetos de ataque a personas son más restrictivas que las que rigen para los objetos.

<sup>88</sup> Con respecto a esta cuestión, v. Apéndice 5: Resumen de la presentación de Richard Gross sobre el uso de la fuerza en las distintas fases del conflicto de Afganistán.

<sup>89</sup> Sobre la definición de nexo beligerante del CICR, v. CICR, *Guía sobre la participación directa en las hostilidades*, nota 3 *supra*, p. 58.



analizarse una “tercera vía” en la que, *de lege ferenda*, el paradigma de la conducción de hostilidades se consideraría aplicable aunque el grupo criminal no se caracterizara como una parte en el conflicto armado.

Muchos expertos expresaron su desacuerdo con ese argumento, que, en su opinión, es peligroso. Subrayaron que la legislación existente y los dos paradigmas son adecuados para abordar diferentes situaciones de violencia armada y que no es necesario formular nuevas normas para el uso de la fuerza ni pensar en combinar los paradigmas en cuestión como una tercera vía. Se señaló, además, que, en realidad, el paradigma del mantenimiento del orden es suficientemente flexible para aplicarlo a cualquier situación de violencia armada que no corresponda a la categoría de conflicto armado. En un conflicto armado, junto con el paradigma de la conducción de hostilidades, el paradigma del mantenimiento del orden (si corresponde su aplicación, como en situaciones de disturbios civiles) también puede tener en cuenta la situación de hostilidades continuas para evaluar la aplicación del principio de proporcionalidad de los derechos humanos, por ejemplo, o para analizar las precauciones que es necesario tomar (como el requisito de dar aviso).

## **D. Intentos de evasión y motines en situaciones de detención**

### **Estudio de caso 4: Intentos de evasión y motines en situaciones de detención**

*En el contexto de un conflicto armado no internacional, las fuerzas gubernamentales detienen a miembros de un grupo armado organizado. Algunos detenidos, descontentos con las condiciones de detención, inician un motín y arrojan toda clase de objetos contra los guardias. Un pequeño grupo de detenidos aprovecha la situación para intentar evadirse. Al mismo tiempo, ingresan miembros de un grupo armado organizado que atacan a los guardias para liberar a los detenidos.*

*1. ¿Correspondería aplicar el paradigma del mantenimiento del orden para el uso de la fuerza contra los detenidos amotinados o los que intentan evadirse y el de la conducción de hostilidades para los miembros de un grupo armado organizado que ingresan al centro de detención (“enfoque paralelo”)?*

*2. ¿Debería considerarse que la situación en su conjunto está regida por el paradigma de la conducción de hostilidades? ¿Qué implicancias tendría en la práctica la decisión de aplicar ese paradigma?*

*3. ¿La determinación del paradigma que debe aplicarse depende de si la situación tiene lugar fuera de la zona de conflicto o dentro de esta?*

*4. ¿Debería considerarse que la situación en su conjunto está regida por el paradigma del mantenimiento del orden a menos que las fuerzas armadas pierdan el control sobre el lugar de detención y la violencia alcance un nivel alto? ¿Cuándo se alcanzaría ese nivel? ¿Qué implicancias tendría en la práctica la decisión de aplicar ese paradigma a la situación en su conjunto?*

*5. ¿El hecho de que un lugar de detención está, por definición, bajo un nivel elevado de control y vigilancia cambia la manera de analizar la situación (en comparación con situaciones como las descritas en los estudios de caso anteriores)?*

### **1. Información de referencia:**

El artículo 42 del III Convenio de Ginebra regula expresamente el uso de la fuerza contra prisioneros de guerra que intentan evadirse. Según este artículo:

El uso de las armas contra los prisioneros de guerra, en particular contra quienes se evadan o intenten evadirse, solo será un recurso al que siempre precederán intimaciones adaptadas a las circunstancias.

Por lo tanto, el uso de armas contra prisioneros de guerra que intentan evadirse ha de ser el último recurso. Previamente, deben formularse intimaciones, como establece el paradigma del mantenimiento del orden. Si bien no existe una cláusula similar que se refiera a los internados civiles o a las personas privadas de libertad por motivos relacionados con un conflicto armado no internacional, es posible deducir de esta disposición que el paradigma del mantenimiento del orden se aplica a los intentos de evasión. Por lógica, esa conclusión

debería valer también para los detenidos amotinados<sup>90</sup>. Las personas privadas de libertad están fuera de combate y bajo el control directo de las autoridades detenedoras. La prevención de evasiones y la represión de motines no forman parte de las hostilidades<sup>91</sup>.

La jurisprudencia en materia de derechos humanos avala esa postura. Por ejemplo, en la causa *Neira Alegría v. Perú*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó el tema de un motín carcelario que resultó en la muerte de numerosos detenidos. El caso ocurrió en el contexto de un conflicto armado no internacional entre el gobierno peruano y el grupo armado no estatal Sendero Luminoso, al que pertenecía la mayoría de los detenidos. La Corte consideró desproporcionada la demolición de la prisión efectuada por las fuerzas de la Armada peruana. En esa causa, la Corte aplicó el derecho de los derechos humanos (la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y no hizo referencia al DIH, aunque en ese momento tenía lugar un conflicto armado no internacional y los detenidos eran miembros de un grupo armado no estatal<sup>92</sup>. Cabe mencionar que, si bien dejó en claro en su jurisprudencia que no tenía competencia para aplicar el DIH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció, sin embargo, que las disposiciones del derecho humanitario podían emplearse como instrumento de interpretación<sup>93</sup>.

La situación es más compleja, sin embargo, cuando los intentos de evasión o los motines en los lugares de detención ocurren simultáneamente con ataques enemigos realizados

---

<sup>90</sup> V. J. S. Pictet, *Commentary to the Third Geneva Convention*, CICR, Ginebra, 1960, p. 246: "En el caso de intento de evasión o cualquier otra protesta (por ejemplo, un motín o una revuelta), el uso de armas constituirá una medida extrema, que siempre ha de estar precedida por intimaciones adaptadas a las circunstancias".

<sup>91</sup> CICR, *Guía sobre la participación directa en las hostilidades*, nota 3 *supra*, p. 62. En la Guía se reconoce precisamente que "una vez que se ha capturado a personal militar (el cual queda, por consiguiente, fuera de combate), la represión de los motines y la prevención de evasiones o la ejecución lícita de la pena de muerte no están destinadas a causar directamente daño militar a la parte contendiente y, por consiguiente, carecen de nexo beligerante". V. también en CICR, *Guía sobre la participación directa en las hostilidades*, nota 3 *supra*: "La opinión que predominó durante las reuniones de expertos fue que vigilar a personal militar capturado era un caso claro de participación directa en las hostilidades. Sin embargo, en la medida de lo posible, se debería hacer una distinción entre vigilar a los militares capturados como medio para impedir su liberación por el enemigo y el ejercicio de la autoridad administrativa, judicial y disciplinaria sobre ellos cuando estén en poder de una parte en conflicto, incluso en los casos de disturbios o evasiones, los cuales no son parte de una operación militar hostil. No se debatió este matiz durante las reuniones de expertos".

<sup>92</sup> CtIDH, *Neira Alegría c. Perú*, 19 de enero de 1995, párr. 74: "El artículo 4(1) de la Convención estipula que '[n]adie puede ser privado de la vida arbitrariamente'. [...] [e]n el caso que nos ocupa, el análisis que deber hacerse tiene que ver, más bien, con el derecho del Estado a usar la fuerza, aunque ella implique la privación de la vida, en el mantenimiento del orden, lo cual no está en discusión. Hay abundantes reflexiones en la filosofía y en la historia sobre cómo la muerte de individuos en esas circunstancias no genera para el Estado ni sus oficiales responsabilidad alguna. Sin embargo, como aparece de lo expuesto con anterioridad en esta sentencia, la alta peligrosidad de los detenidos en el Pabellón Azul del Penal San Juan Bautista y el hecho de que estuvieren armados no llegan a constituir, en opinión de esta Corte, elementos suficientes para justificar el volumen de la fuerza que se usó en este y en los otros penales amotinados y que se entendió como una confrontación política entre el Gobierno y los terroristas reales o presuntos de Sendero Luminoso [...], lo que probablemente indujo a la demolición del Pabellón, con todas sus consecuencias, incluida la muerte de detenidos que eventualmente hubieran terminado rindiéndose y la clara negligencia en buscar sobrevivientes y luego en rescatar los cadáveres".

<sup>93</sup> V., por ejemplo, CtIDH, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, 25 de noviembre de 2000, párr. 208: "Si bien la Corte carece de competencia para declarar que un Estado es internacionalmente responsable por la violación de tratados internacionales que no le atribuyen dicha competencia, se puede observar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar infringen también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, el artículo 3".

con la intención de liberar a detenidos/internados (como se ilustra en el estudio de caso 4). En una situación como esa, ¿cuál debería ser el análisis jurídico y cómo deberían actuar los guardias de la prisión?

## **2. Observaciones y debates de los expertos:**

En el análisis del estudio de caso 4, los expertos alcanzaron un amplio consenso acerca de la necesidad de emplear un procedimiento de escalada de fuerza para la represión de motines e intentos de evasión de detenidos, sean éstos prisioneros de guerra, miembros de un grupo armado organizado o internados civiles. Según se observó, la práctica de los Estados es muy clara en ese sentido. En cambio, la base jurídica que avala el procedimiento de escalada de fuerza en una situación de conflicto armado no internacional no está exenta de controversias.

Algunos expertos opinaron que el paradigma que debía aplicarse al uso de la fuerza contra detenidos que se amotinan o intentan evadirse en el contexto de un conflicto armado no internacional es el del mantenimiento del orden tal como se deriva del derecho de los derechos humanos. En el DIH para conflictos armados no internacionales, no existe una disposición similar al artículo 42 del III Convenio de Ginebra. De todos modos, incluso ese artículo no es sino una referencia implícita (remisión) al paradigma del mantenimiento del orden, que constituye la *lex specialis* respecto del uso de la fuerza contra detenidos que se amotinan o intentan evadirse. Según esa postura, los miembros de un grupo armado organizado detenidos dejan de desempeñar una función continua de combate. La detención debe entenderse como una interrupción durante la cual esos individuos pasan a ser civiles, a menos que logren fugarse, se reincorporen al grupo armado organizado y vuelvan a ser miembros de este. Según otra opinión, el paradigma que debe aplicarse a los miembros de un grupo armado organizado que participan en un motín o en un intento de evasión durante un conflicto armado no internacional es el del mantenimiento del orden, pero solo hasta que logran evadirse. Después de esto, los miembros del grupo armado organizado pueden ser objeto de ataque según el paradigma de la conducción de hostilidades. No hay necesidad de que se reincorporen al grupo armado organizado de forma activa para que vuelvan a ser considerados como miembros de este tras lograr evadirse. La detención no es, en sí misma, una interrupción de la función continua de combate, pues el miembro de un grupo armado organizado no se alejó voluntariamente del grupo armado organizado no estatal.

Algunos expertos sostuvieron una opinión contraria, pues para ellos no hay necesidad de recurrir al paradigma del mantenimiento del orden según el derecho de los derechos humanos, porque la solución ya se encuentra en el DIH. Según esa opinión, la regla que establece el artículo 42 del III Convenio de Ginebra para los conflictos armados internacionales podría extrapolarse y aplicarse por analogía también a los detenidos o internados que participan en un motín o en un intento de evasión en el contexto de un conflicto armado no internacional. La fuente del procedimiento de escalada de fuerza sería, entonces, el DIH y no el paradigma del mantenimiento del orden derivado del derecho de los derechos humanos. Un argumento esgrimido a favor de esta opinión fue que se debería considerar que un miembro de un grupo armado organizado que intenta evadirse sigue siendo un miembro de este y, como tal, debería recibir un trato distinto al que recibe un civil que intenta escapar y que nunca participó en las hostilidades.

Sin embargo, la mayoría de los expertos que consideraron que el DIH ya da la solución a una situación como la del estudio de caso 4 admitieron que, en determinadas circunstancias,

podrían aplicarse las normas del mantenimiento del orden derivadas del derecho de los derechos humanos o de la legislación nacional, que pasarían a ser la fuente o la inspiración del procedimiento de escalada de fuerza. Los expertos señalaron distintas circunstancias.

- 1) Unos pocos expertos consideraron que se debe tener en cuenta quién administra el lugar de detención (militares o funcionarios encargados de hacer cumplir la ley) y el tipo de privación de libertad (internamiento en el marco del DIH o a la espera de juicio según la legislación nacional). Si los miembros de un grupo armado organizado están bajo el control de los militares como internados, según el DIH, debe aplicarse la norma específica análoga al artículo 42 del III Convenio de Ginebra. En cambio, si son transferidos a la policía o a otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y son juzgados de conformidad con la legislación nacional, entonces se debe aplicar el paradigma del mantenimiento del orden.
- 2) Otro argumento fue que, en el contexto de un conflicto armado no internacional que tiene lugar en el territorio de un Estado beligerante, por ejemplo, podría existir la obligación, de conformidad con la legislación nacional, de que las fuerzas armadas transfirieran a los detenidos a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. Cuando estos detenidos están bajo el control de esas autoridades, se debe aplicar, nuevamente, el paradigma del mantenimiento del orden en caso de un motín o intento de evasión.
- 3) Según otra postura, en un conflicto armado no internacional “clásico” en el que se enfrentan el gobierno y un grupo insurgente que opera en el territorio nacional, el paradigma que debe aplicarse es el del mantenimiento del orden, mientras que, en un conflicto armado no internacional con un elemento extraterritorial, habría que encontrar analogías con el artículo 42 del III Convenio de Ginebra<sup>94</sup>.
- 4) El último argumento expuesto fue que serían aplicables, por analogía, las normas específicas del DIH formuladas en el artículo 42 del III Convenio de Ginebra, a menos que los miembros de un grupo armado organizado capturados están en un centro de detención mixto en el que también se encuentran detenidos delincuentes comunes.

Un subtema que surgió en el contexto del estudio de caso 4 fue la cuestión de cuándo debe considerarse que una evasión debe considerarse lograda de acuerdo con el DIH. Según una de las opiniones, la evasión se considera lograda cuando el detenido se ha reincorporado al grupo armado al que pertenecía. Esa opinión podría fundamentarse, en cierta medida, en el artículo 91 del III Convenio de Ginebra sobre “evasión lograda”<sup>95</sup>. Así, por ejemplo, un prisionero de guerra que se evade y se esconde en el bosque no podría ser atacado según el paradigma de la conducción de hostilidades. Según una postura ligeramente distinta, la

---

<sup>94</sup> Un conflicto armado no internacional con un elemento extraterritorial es un conflicto en el que se enfrentan un Estado y un grupo armado no estatal que opera desde afuera del territorio de ese Estado. V. CICR, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, nota 6 *supra*, pp. 9-10.

<sup>95</sup> III Convenio de Ginebra (CG III), art. 91: “Se considerará lograda la evasión de un prisionero de guerra cuando: (1) haya podido incorporarse a las fuerzas armadas de que dependa o a las de una Potencia aliada; (2) haya salido del territorio bajo el poder de la Potencia detenedora o de una Potencia aliada de esta; (3) haya llegado a un barco con bandera de la Potencia de la que dependa o de una Potencia aliada, y que esté en las aguas territoriales de la Potencia detenedora, a condición de que tal barco no esté bajo la autoridad de esta. Los prisioneros de guerra que, tras haber logrado su evasión en el sentido del presente Artículo, vuelvan a ser capturados, no podrán ser castigados por su anterior evasión”.

evasión puede considerarse lograda, en lo que respecta a poder atacar al prisionero de guerra o al miembro de un grupo armado organizado, cuando este está a punto de reincorporarse a las fuerzas armadas enemigas. Un grupo de expertos sostuvo la postura contraria. Según ellos, si un prisionero de guerra o miembro de un grupo armado organizado sale del centro de detención, ha logrado la evasión y puede ser atacado en el marco del paradigma de la conducción de hostilidades. Se señaló que el comentario de Pictet sobre el artículo 42 del III Convenio de Ginebra es coherente con esa opinión, puesto que allí se acepta la posibilidad de que las autoridades detenedoras recurran a “líneas de seguridad” que los prisioneros de guerra tienen totalmente prohibido cruzar, bajo pena de que los guardias y centinelas abran fuego contra ellos<sup>96</sup>. Esta frase podría interpretarse como una autorización a recurrir al paradigma de la conducción de hostilidades tan pronto como un prisionero de guerra que intenta evadirse cruza la línea de seguridad<sup>97</sup>. También se mencionó que el artículo 91 del III Convenio de Ginebra no es relevante en este contexto, puesto que en él no se aborda la cuestión de quién puede ser objeto de ataque, sino el tema del castigo que se aplica por la evasión de un prisionero de guerra recapturado.

En ese sentido, el nuevo interrogante que surgió fue si las soluciones aportadas por el DIH y el paradigma del mantenimiento del orden son realmente distintas para este contexto en particular. En otras palabras, la pregunta fue si, sea cual fuere el análisis jurídico, en la práctica el resultado sería el mismo.

En ese aspecto, los expertos estuvieron generalmente de acuerdo en que, desde el punto de vista práctico, el procedimiento de escalada de fuerza requerido por el paradigma del mantenimiento del orden y el contemplado por el DIH (en especial, en el artículo 42 del III Convenio de Ginebra) es el mismo. Se mencionó, además, que, en algunos países, los soldados que administran los centros de detención reciben instrucción en los mismos procedimientos de escalada de fuerza para reprimir motines que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Asimismo, se subrayó que, incluso según el derecho de los derechos humanos, se puede emplear la fuerza letal para impedir la evasión de un detenido, siempre que sea absolutamente necesario para proteger la vida. Esa finalidad legítima está expresamente mencionada en el artículo 2, párrafo 2 b) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Unos pocos expertos estuvieron en desacuerdo con esa conclusión, que consideraron demasiado simplista. En su opinión, el paradigma del mantenimiento del orden es, en cualquier caso, más restrictivo. Según ese paradigma, debe emplearse un procedimiento de escalada de fuerza incluso cuando un detenido logra evadirse del centro de detención,

---

<sup>96</sup> J. S. Pictet, *Commentary to the Third Geneva Convention*, nota 90 *supra*, pp. 246-247.

<sup>97</sup> Existe, sin embargo, otra interpretación posible del Comentario del CICR. Se podría pensar que el Comentario indica que solo se recurrirá a la fuerza letal después de que el detenido haya cruzado la línea de seguridad. Ese uso de la fuerza letal debe hacerse por medio de un procedimiento de escalada de fuerza, como lo establece el CG III en su art. 42. Mientras el detenido se encuentre en el centro de detención, no está permitido recurrir a la fuerza letal (salvo para la defensa propia). De hecho, después de la frase citada en el texto, el Comentario continúa diciendo: “[I]ncluso cuando el ataque es justificado [por ejemplo, cuando el prisionero de guerra haya cruzado la ‘línea de seguridad’], el Convenio sigue la costumbre internacional y el derecho nacional de la mayoría de los países y da a los prisioneros de guerra al menos una oportunidad de abandonar el intento y evitar el castigo. No está permitido abrir fuego inmediatamente, incluso si se cumplen todas las condiciones materiales; el uso de armas siempre debe ser precedido por intimaciones ‘adaptadas a las circunstancias’, que pueden ser verbales, por medio de un instrumento (silbato, campana, etc.) o un disparo de advertencia. Lo importante es que las intimaciones deben ser percibidas y comprendidas claramente por las personas a las que están dirigidas”: J. S. Pictet, *Commentary to the Third Geneva Convention*, nota 90 *supra*, p. 247.

mientras que, según el DIH, los combatientes y miembros de un grupo armado organizado podrían ser objeto de ataque inmediato en ese mismo contexto<sup>98</sup>. Una opinión fue que, según el paradigma del mantenimiento del orden, la fuerza letal no puede emplearse contra un detenido que intenta evadirse si este no constituye una amenaza inminente para la vida o la integridad física.

Por último, con respecto a los miembros de un grupo armado organizado que llegan al mismo tiempo desde fuera del lugar de detención y comienzan a atacar a los guardias para tratar de liberar a los detenidos, se llegó a un consenso entre los expertos en el sentido de que se les debe aplicar el paradigma de la conducción de hostilidades. El ataque desde el exterior no parece haber sido un factor importante en el análisis precedente del uso de la fuerza contra miembros de un grupo armado organizado que participan en un motín o en un intento de evasión. Los expertos consideraron que la única consecuencia posible es que ese ataque facilite que los miembros de un grupo armado organizado logren su evasión y se reincorporen al grupo armado no estatal. En cuanto eso ocurre, vuelven a constituir objetos de ataque según el paradigma de la conducción de hostilidades. El enfoque paralelo (propuesto en la pregunta 1 del estudio de caso) seguiría siendo válido también en ese caso. Hasta los expertos que no estuvieron de acuerdo con la aplicabilidad del paradigma del mantenimiento del orden según el derecho de los derechos humanos a miembros de un grupo armado organizado que participan en un motín o en una evasión aceptaron que en este caso se debería adoptar un enfoque “de tipo paralelo”. Dicho de otro modo, se debe usar un procedimiento de escalada de fuerza contra los miembros de un grupo armado organizado que participan en un motín/evasión, mientras que los miembros de un grupo armado organizado que lanzan el ataque desde el exterior pueden ser objeto de ataque según el paradigma de la conducción de hostilidades.

Ninguno de los expertos presentes sostuvo que la situación descrita en el estudio de caso 4 debía regirse exclusivamente por el paradigma de la conducción de hostilidades (pregunta 2 del estudio de caso). La localización dentro de la zona de conflicto o fuera de esta, el nivel de control y la intensidad de la violencia (cuestiones mencionadas en las preguntas 3 y 4 del estudio de caso) no se consideraron factores decisivos. No obstante, algunos expertos hicieron referencia a los factores del control y la intensidad. En especial, se señaló que, si los detenidos que participan en el motín no se limitan a expresar su descontento con las condiciones de detención, sino que, en realidad, tienen como finalidad tomar el control del centro de detención y el nivel de violencia alcanza un nivel alto, entonces el análisis podría ser diferente y la situación en su conjunto podría pasar a estar regida por el paradigma de la conducción de hostilidades. Asimismo, uno de los expertos observó que era llamativo que la opinión mayoritaria respecto del estudio de caso 4 fuera que, en ciertas circunstancias, se aplicaría el paradigma del mantenimiento del orden al uso de la fuerza contra miembros de un grupo armado organizado que se amotinan o intentan evadirse. En el análisis de los estudios de caso previos, la mayoría de los expertos descartó la pertinencia del paradigma del mantenimiento del orden para el uso de la fuerza contra miembros de un grupo armado organizado. Cabe preguntarse si el alto grado de control y vigilancia que caracteriza a un centro de detención (como se sugiere en la pregunta 5 del estudio de caso) podría explicar el cambio de enfoque. La diferencia de enfoque también podría explicarse por el hecho de que los detenidos que se amotinan o intentan evadirse están, por definición, fuera de combate en virtud de su detención continua.

---

<sup>98</sup> V. *supra* el debate sobre el significado de “evasión lograda” en el marco del DIH.

## **E. Desacato de órdenes militares: puestos de control – protección de una zona – protección de la propiedad militar**

### **Estudio de caso 5: Desacato de órdenes militares: el ejemplo de los puestos de control**

*En el contexto de un conflicto armado no internacional, un vehículo sospechoso arriba a un puesto de control operado por las fuerzas armadas de un Estado beligerante. Si bien el puesto de control está claramente señalado, el vehículo se acerca a gran velocidad y no se detiene ante la orden de hacerlo.*

- 1. En esa situación, ¿el uso de la fuerza por los soldados que mantienen el puesto de control debería estar regido por el paradigma de la conducción de hostilidades o por el del mantenimiento del orden?*
- 2. ¿La respuesta a la pregunta 1 depende del estatuto, la función o la conducta de la persona que supuestamente representa una amenaza?*
- 3. ¿Cómo se debería actuar si existen dudas sobre el estatuto, la función o la conducta de la persona que supuestamente representa una amenaza?*
- 4. ¿La determinación del paradigma que debería aplicarse depende de si la situación ocurre dentro de la zona de conflicto o fuera de esta?*
- 5. ¿El análisis depende del grado de control ejercido en la operación de un puesto de control y del nivel de violencia en la zona?*
- 6. ¿La aplicación de un paradigma u otro (conducción de hostilidades o mantenimiento del orden) conduce a resultados distintos respecto del uso de la fuerza?*

### **1. Información de referencia:**

En situaciones de conflicto armado, se espera que las fuerzas armadas no solo se enfrenten directamente con el enemigo, sino que, además, realicen otras tareas, como operar puestos de control, limitar el acceso a zonas prohibidas o proteger la propiedad militar. Al realizar esas tareas, las fuerzas armadas pueden encontrarse en situaciones complicadas, como sucede cuando una persona no identificada se aproxima a un puesto de control en un vehículo a gran velocidad y no se detiene (como se describe en el estudio de caso 5). Como el conductor no responde a la orden militar, las autoridades pueden pensar que se trata de un miembro de un grupo armado organizado o de un civil que participa en las hostilidades. Asimismo, pueden surgir situaciones complicadas cuando un individuo no identificado intenta ingresar a una zona militar de acceso prohibido. En esos casos, el problema principal es que suele haber dudas fácticas sobre el estatuto, la función o la conducta de la persona en cuestión.

En situaciones de ese tipo, la práctica de los Estados muestra una tendencia a aplicar procedimientos o RoE propias del paradigma del mantenimiento del orden (aunque los Estados no las conciben necesariamente como una aplicación *de jure* de ese paradigma). En muchos países, por ejemplo, se contempla el empleo de técnicas de “escalada de



fuerza”, con la idea de que el uso de la fuerza debería ser el último recurso y que antes se deben agotar, siempre que sea posible, todos los medios no letales<sup>99</sup>.

En la jurisprudencia en materia de derechos humanos, no abundan los casos de uso de la fuerza en esas situaciones, pero, en los pocos casos que son directamente relevantes, se ha recurrido al paradigma del mantenimiento del orden<sup>100</sup>.

Según otro enfoque, el paradigma de la conducción de hostilidades continuaría siendo aplicable, porque si las fuerzas armadas que operan un puesto de control en una zona de operaciones militares recurren a la fuerza, en última instancia eso se debe a que piensan que el individuo es un objetivo legítimo. No obstante, en caso de duda, se debe considerar que la persona es un civil<sup>101</sup> y la obligación de tomar todas las precauciones factibles para verificar que la persona atacada no es un civil<sup>102</sup> indica que se debe adoptar un procedimiento de escalada de fuerza<sup>103</sup>.

Sea cual fuere el enfoque que se adopte, queda claro que, en última instancia, si un miembro de las fuerzas armadas o de la policía razonablemente cree que una persona constituye una amenaza inminente para la vida, puede usar la fuerza letal. El uso de la fuerza se basaría entonces en 1) el paradigma de la conducción de hostilidades (porque se cree que la persona que representa una amenaza es un objetivo legítimo), 2) el paradigma del mantenimiento del orden, o 3) el derecho a la defensa propia. Se solicitó a los expertos que analizaran si la aplicación de un paradigma u otro conduciría a resultados distintos respecto de la forma en que se usa la fuerza.

## **2. Observaciones y debates de los expertos:**

En el contexto del estudio de caso 5, se consideró que la respuesta a la pregunta 1 depende de la situación y, en particular, de si hay certeza o duda acerca del estatuto, la función o la conducta de la persona que supuestamente representa una amenaza.

Algunos expertos mencionaron que, si se tiene conocimiento de que la persona que se aproxima en un vehículo a gran velocidad es un objetivo legítimo según el DIH (es decir, un miembro de un grupo armado organizado o un civil que participa directamente en las hostilidades), esa persona puede ser objeto de ataque según el paradigma de la conducción de hostilidades. Por el contrario, si se sabe que la persona que llega en esas condiciones es un civil (que no participa directamente en las hostilidades), se aplica el paradigma del

---

<sup>99</sup> Para obtener varios ejemplos concretos del método de “escalada de fuerza”, v. *Escalation of Force: Lessons, Observations and Training Scenarios from Operation Iraqi Freedom 05-07*, Infantería de Marina, 5 de abril de 2007.

<sup>100</sup> V., por ejemplo, TEDH, *Kakoulli c. Turquía*, 22 de noviembre de 2005 (soldados turcos dispararon a un chipriota griego que presuntamente portaba un arma en la zona desmilitarizada en el norte de Chipre).

<sup>101</sup> PA I, art. 50, párr. 1. Además, en la *Guía sobre la participación directa en las hostilidades* del CICR (nota 3 *supra*, recomendación VIII, p. 74), figura la recomendación de tomar “todas las precauciones posibles para determinar si una persona es civil y, en caso afirmativo, si esa persona civil está participando activamente en las hostilidades. En caso de duda, se presumirá que la persona está protegida contra los ataques directos”.

<sup>102</sup> PA I, art. 57, párr. 2 a) i). Esta norma es considerada consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales. V. CICR, *Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario*, nota 12 *supra*, norma 16.

<sup>103</sup> V., por ejemplo, nota 99 *supra*.

mantenimiento del orden. Ningún experto cuestionó esa postura. La determinación del paradigma que ha de aplicarse, entonces, parece depender principalmente del estatuto, la función o la conducta de la persona que supuestamente representa una amenaza (como se propone en la pregunta 2 del estudio de caso 5).

Con respecto al tema de la duda (planteado en la pregunta 3 del estudio de caso 5), hubo amplio consenso en cuanto a que se debe emplear el procedimiento de escalada de fuerza contra una persona no identificada que se acerca a un puesto de control y que supuestamente representa una amenaza. Se adujo que la práctica de los Estados es muy clara en ese sentido<sup>104</sup>. Sin embargo, como se observó también para el estudio de caso 4, la base jurídica para el procedimiento de escalada de fuerza es objeto de debate.

Muchos expertos fueron de la opinión de que el procedimiento de escalada de fuerza se deriva de las normas del DIH referidas a la conducción de hostilidades. Las normas del DIH a las que se hizo referencia son, primero, aquella que establece que, en caso de duda, se presume que la persona es un civil y, segundo, el principio de precaución en el ataque, en particular la norma según la cual debería hacerse “todo lo factible” para comprobar que los objetos de ataque no son civiles. En otras palabras, la escalada de fuerza se consideró una forma posible de determinar si la persona es un objetivo legítimo o no.

Algunos expertos observaron que el procedimiento de escalada de fuerza también puede asociarse con el principio de necesidad militar. Argumentaron que, en esa situación, el principio de necesidad militar no se invoca para restringir el uso de la fuerza contra objetivos legítimos, sino para permitirla en caso de duda respecto del estatuto, la función o la conducta de la persona. Desde otra perspectiva, se sostuvo que no puede interpretarse que el principio de necesidad militar requiera un procedimiento de escalada de fuerza. Se mencionó, asimismo, el principio de proporcionalidad del DIH, pero no se avanzó en el análisis de cómo el procedimiento de escalada de fuerza podía derivar de aquel. Se subrayó también que el procedimiento de escalada de fuerza podía interpretarse a partir de la obligación de minimizar las pérdidas civiles incidentales, derivada del principio de precaución.

Algunos expertos adoptaron una postura contraria y consideraron que el procedimiento de escalada de fuerza se fundamenta en el paradigma del mantenimiento del orden. También mencionaron la regla de la duda del DIH, aunque con matices. En su opinión, mientras haya duda, la persona debe ser considerada un civil (que no participa directamente en las hostilidades) y, por lo tanto, no puede ser objeto de ataque según el paradigma de la conducción de hostilidades. Así, la fuerza solo podría emplearse según el paradigma del mantenimiento del orden, que tendría su fundamento –según la situación– en el derecho de los derechos humanos o en los principios generales del derecho. Se adujo que, según el DIH, simplemente no existen reglas que permiten el uso de la fuerza contra personas civiles (a menos que participen directamente en las hostilidades) y no hay posibilidad de derivar el procedimiento de escalada de fuerza de las reglas y principios del DIH referidos a la conducción de hostilidades. En particular, el principio de precaución en el ataque establecido por el DIH no fue considerado relevante en caso de duda, pues se toma en cuenta solo cuando se prepara o se dirige un ataque contra un adversario. En una situación como la del estudio de caso 5, el problema se plantea precisamente porque no se sabe claramente si la persona que se acerca a gran velocidad es un adversario o no.

---

<sup>104</sup> Al respecto, v. también Apéndice 5: Resumen de la presentación de Richard Gross sobre el uso de la fuerza en las distintas fases del conflicto de Afganistán.

Según otra opinión, la escalada de fuerza no está contemplada ni en el paradigma de la conducción de hostilidades ni en el del mantenimiento del orden, sino que se enmarca dentro del concepto de defensa propia o protección de la fuerza en defensa propia (denominada también “defensa propia de una unidad”), contenido en las RoE de muchos Estados.

Unos pocos expertos plantearon el tema de la función o el propósito del puesto de control. Algunos de ellos opinaron que operar un puesto de control es una función propia del mantenimiento del orden que comprende actividades de inspección y control, lo que indica que el paradigma relevante es el del mantenimiento del orden. Otros expertos señalaron, en cambio, que un puesto de control puede formar parte de una operación militar, por ejemplo, para impedir el paso del adversario y que, por lo tanto, está regido por el DIH (a menos que el puesto de control cumpla funciones policiales no vinculadas con el conflicto armado). La mayoría de los expertos, sin embargo, pareció no dar importancia a la función o el propósito del puesto de control para la determinación del paradigma aplicable.

Si bien los factores de la zona de conflicto, el control de la zona y la intensidad de la violencia (como se sugirió en las preguntas 4 y 5 del estudio de caso) no fueron considerados decisivos por la mayoría de los participantes, algunos expertos hicieron referencia a ellos en distintos sentidos. Un experto sugirió que, en el contexto particular del estudio de caso 5, el hecho de que la situación tenga lugar dentro de la zona de conflicto o fuera de esta podría ser relevante para determinar el paradigma que ha de aplicarse. Unos pocos expertos mencionaron como potencialmente relevantes para el análisis de la amenaza –y, por lo tanto, para la determinación del paradigma aplicable– otros elementos fácticos que pueden englobarse dentro del factor de la “intensidad de la violencia”, por ejemplo, la cantidad de incidentes ocurridos en los días previos o la frecuencia de ataques suicidas. En la misma línea, se señaló que la manera en la que se aplica el procedimiento de escalada de fuerza en caso de duda puede variar según el contexto. Por ejemplo, en un contexto en el cual hay un gran número de incidentes, la decisión de recurrir a la fuerza letal puede tomarse más rápidamente debido a que la probabilidad de un ataque es mayor.

Por último, los expertos debatieron si la aplicación de un paradigma u otro (conducción de hostilidades o mantenimiento del orden) conduce a resultados distintos con respecto al uso de la fuerza en caso de duda en el contexto del estudio de caso 5<sup>105</sup>. Los expertos que consideraron que es posible deducir de las normas del DIH un procedimiento de escalada de fuerza en caso de duda opinaron que el resultado en términos del uso efectivo de la fuerza sería el mismo que si se aplicara el paradigma del mantenimiento del orden. En cambio, los expertos que negaron la posibilidad de derivar el procedimiento de escalada de fuerza de las normas del DIH referidas a la conducción de hostilidades opinaron que los resultados de la aplicación de un paradigma u otro serían muy distintos. Según esos expertos, en el marco del paradigma de la conducción de hostilidades, no podría emplearse la fuerza en caso de duda. Por el contrario, según el paradigma del mantenimiento del orden, podría usarse la fuerza –en determinadas circunstancias– para proteger el puesto de control, incluso si la persona que se acerca es un civil que no participa directamente en las hostilidades.

---

<sup>105</sup> Si se sabe que la persona es un objetivo legítimo de conformidad con el DIH, el resultado sería claramente distinto. *V., mutatis mutandis*, los debates sobre el estudio de caso 1.

### III. ASPECTOS ANTERIORES Y POSTERIORES AL USO DE LA FUERZA

En la tercera parte del informe, se abordan aspectos que son relevantes antes y después del uso efectivo de la fuerza, en especial, en lo que respecta a las obligaciones de prevención y de investigación. En cada sección, se proporciona la información de referencia y las preguntas entregadas a los expertos a modo de guía, así como una recapitulación de sus observaciones y debates.

#### **A. Obligaciones de prevención**

##### **1. Información de referencia:**

La interacción entre el paradigma de la conducción de hostilidades y el del mantenimiento del orden presenta retos no solo durante la ejecución de una operación en la que se realiza un uso efectivo de la fuerza, sino también con anterioridad a este uso de fuerza. Se deben tener en cuenta una serie de cuestiones prácticas difíciles que surgen al planificar una operación, al elaborar un marco jurídico y administrativo para el uso de la fuerza en situaciones de conflicto armado y al impartir cursos de formación y proporcionar equipamiento a las fuerzas armadas.

El paradigma del mantenimiento del orden impone obligaciones a los Estados cuya finalidad es prevenir y reducir al mínimo el uso de la fuerza. Entre esas obligaciones se encuentran: 1) la obligación de elaborar un marco jurídico y administrativo adecuado que limite el uso de la fuerza tanto como sea posible<sup>106</sup>; 2) la obligación de formar a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en el uso de métodos de arresto y técnicas no letales<sup>107</sup>; y 3) la obligación de planificar la operación de modo de evitar el uso de la fuerza letal en la medida de lo posible y, en ciertas circunstancias, proporcionar equipamiento para la defensa propia y armas menos que letales para permitir un uso diferenciado de la fuerza<sup>108</sup>.

El DIH también impone obligaciones que se deben cumplir antes de recurrir al uso de la fuerza, pero estas difieren de las expuestas anteriormente. Entre ellas, se pueden citar las

---

<sup>106</sup> V. ONU, *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza*, nota 26 *supra*, principios 1 y 11. Todos los artículos que garantizan el derecho a la vida establecen que este derecho debe estar protegido por ley. V. PIDCP, art. 6, párr. 1; CEDH art. 2, párr. 1; CADH, art. 4, párr. 1; CADHP, art. 4 en conjunto con art. 1. V. también CDH, Observación general n.º 6, *El derecho a la vida* (art. 6), 30 de abril de 1982, doc. de la ONU HRI/GEN/1/Rev.1, párr. 3; TEDH, *Makaratzis c. Grecia*, 20 de diciembre de 2004, párrs. 56-72; CDH, *Pedro Pablo Camargo c. Colombia* (causa “Guerrero”), 31 de marzo de 1982, doc. de la ONU CCPR/C/15/D/45/1979, párr. 13.3; CtIDH, *Montero Aranguren y otros c. Venezuela*, 5 de julio de 2006, párr. 75; CtIDH, *Zambrano Vélez y otros c. Ecuador*, 4 de julio de 2007, párr. 86.

<sup>107</sup> V. ONU, *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza*, nota 26 *supra*, principios 18-21. Sobre la jurisprudencia, v., por ejemplo, TEDH, *Hamiyet Kaplan y otros c. Turquía*, 13 de septiembre de 2005; CDH, *Rickly Burrell c. Jamaica*, 18 de julio de 1996, doc. de la ONU CCPR/C/53/D/546/1993, párr. 9.5; CtIDH, *Montero Aranguren y otros c. Venezuela*, 5 de julio de 2006, párrs. 77-78; CtIDH, *Zambrano Vélez y otros c. Ecuador*, 4 de julio de 2007, párr. 87.

<sup>108</sup> V. ONU, *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza*, nota 26 *supra*, principios 2-3. Sobre la jurisprudencia, v., por ejemplo, TEDH, *Güleç c. Turquía*, 27 de julio de 1998; TEDH, *Hamiyet Kaplan y otros c. Turquía*, 13 de septiembre de 2005.

siguientes a modo de ejemplo: 1) el principio de precauciones en el ataque, que obliga a quienes planifican o deciden efectuar un ataque a verificar que los objetivos sean legítimos y a evitar o reducir en todo caso a un mínimo las pérdidas incidentales en la población civil y los daños a bienes de carácter civil<sup>109</sup>; 2) la prohibición de emplear medios y métodos de guerra indiscriminados o que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios, así como los tratados y normas consuetudinarias del DIH que prohíben o restringen el uso de ciertas armas específicas en cumplimiento de los principios previamente citados<sup>110</sup>. También hay obligaciones de prevención que comprenden: 1) la obligación de los jefes militares de tomar medidas encaminadas a evitar que miembros de las fuerzas armadas bajo su mando infrinjan el DIH<sup>111</sup>; y 2) la obligación de difundir el DIH, que implica la obligación de proporcionar a las fuerzas armadas cursos de formación y las RoE apropiadas para que respeten el DIH<sup>112</sup>.

Dado que tanto las fuerzas armadas como la policía pueden participar en operaciones de conducción de hostilidades y de mantenimiento del orden en situaciones de conflicto armado, surgen diversas cuestiones.

#### i) Elaboración de un marco jurídico y administrativo

Cuando se considera la importancia del marco jurídico, así como de las RoE y las órdenes militares destinadas a hacer respetar el derecho de los derechos humanos y del DIH, surge la cuestión práctica de cómo trasladar los criterios para diferenciar entre los paradigmas de la conducción de hostilidades y del mantenimiento del orden al marco jurídico nacional en general y a cada operación en particular. Por ello, se invitó a los expertos a responder el siguiente interrogante:

- ¿Cómo debe elaborarse el marco jurídico y administrativo de modo que contemple el hecho de que en situaciones de conflicto armado pueden llevarse a cabo operaciones tanto de conducción de hostilidades como de mantenimiento del orden?

#### ii) Formación de las fuerzas armadas y de las fuerzas policiales

Tradicionalmente, las fuerzas armadas reciben cursos de formación de conformidad con el DIH para la conducción de hostilidades. Las fuerzas de seguridad y la policía, en cambio,

---

<sup>109</sup> V. PA I, art. 57, párr. 2 a). V. también CICR, *Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario*, nota 12 *supra*, normas 15-18.

<sup>110</sup> Sobre la prohibición de emplear medios y métodos de guerra indiscriminados, v. PA I, art. 51, párr. 4 b) y c); *Estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario*, nota 12 *supra*, norma 71. Sobre la prohibición de causar males superfluos, v. la Declaración de San Petersburgo de 1868, párr. 5 del preámbulo; Reglamento de La Haya, art. 23 e); PA I, art. 35, párr. 2; CICR, *Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario*, nota 12 *supra*, norma 70. V. también CIJ, Opinión consultiva sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, nota 12 *supra*, párrs. 78-79; TPIY, *El fiscal c. D. Tadić*, nota 12 *supra*, párr. 119.

<sup>111</sup> V. PA I, art. 87, párr. 1. V. también CICR, *Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario*, nota 12 *supra*, norma 153.

<sup>112</sup> V. CG I, art. 47; CG II, art. 48; CG III, art. 127; IV Convenio de Ginebra (CG IV), art. 144; PA I, art. 83; PA II, art. 19. V. también CICR, *Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario*, nota 12 *supra*, normas 142 y 143.

reciben instrucción para el uso de la fuerza según el paradigma del mantenimiento del orden. Dado que es posible que, en los conflictos armados contemporáneos, las fuerzas armadas y las fuerzas policiales deban efectuar operaciones tanto de conducción de hostilidades como de mantenimiento del orden, probablemente la instrucción tradicionalmente proporcionada a las fuerzas armadas y a la policía resulte insuficiente o inadecuada.

Por ese motivo, se plantearon las siguientes preguntas a los expertos:

- ¿Cómo se debe capacitar a las fuerzas armadas y policiales para que tengan en cuenta el hecho de que, en situaciones de conflicto armado, pueden tener que efectuarse operaciones tanto de conducción de hostilidades como de mantenimiento del orden?
- ¿Las fuerzas armadas deben incorporar unidades especiales para llevar a cabo operaciones relacionadas con el mantenimiento del orden?
- ¿Qué otras recomendaciones prácticas pueden ayudar a abordar la coexistencia de la conducción de hostilidades y del mantenimiento del orden en situaciones de conflicto armado?

### *iii) Equipamiento de las fuerzas armadas*

El derecho de los derechos humanos contempla la obligación de proporcionar equipamiento para la defensa propia y armas menos que letales (balas de goma, cañones de agua, agentes de represión de disturbios) a las fuerzas armadas para permitir un procedimiento de escalada de fuerza cuando se usa la fuerza de conformidad con el paradigma del mantenimiento del orden. Dicha obligación no está contemplada en el DIH, que solo prohíbe los medios y métodos de guerra indiscriminados o que causen sufrimiento superfluo o innecesario, y determinadas armas en función de esas normas.

Por ese motivo, se plantearon las siguientes preguntas a los expertos, a quienes se solicitó que compartieran experiencias y consideraciones al respecto:

- ¿Cómo se debe equipar a las fuerzas armadas teniendo en cuenta el hecho de que pueden tener que ejecutar operaciones de mantenimiento del orden en situaciones de conflicto armado?
- ¿Cómo deben las fuerzas armadas abordar situaciones en las que civiles violentos (cuyos actos no constituyen una participación directa en las hostilidades) inesperadamente se entremezclan con miembros de un grupo armado organizado, cuando las fuerzas armadas solo están equipadas con armas de combate? ¿Basta con considerar que deben aplicar, en la medida de lo posible, un procedimiento de escalada de fuerza con los medios de que disponen en ese momento?

## **2. Observaciones y debates de los expertos:**

En general, los expertos estuvieron de acuerdo en que los pasos preventivos son fundamentales para hacer respetar los marcos jurídicos que regulan el uso de la fuerza.

1) Con respecto al *marco jurídico y administrativo*, varios expertos destacaron la importancia de las RoE. Se hizo mención del *Manual de Reglas de Enfrentamiento* de San Remo como un instrumento útil para la elaboración de RoE apropiadas por los Estados<sup>113</sup>.

Se observó que las RoE pueden servir como puente de políticas. Aun cuando el DIH sea la *lex specialis*, las RoE pueden tener en cuenta e introducir conceptos propios del derecho de los derechos humanos, si bien estos no necesariamente se aplican como cuestión de derecho<sup>114</sup>. En cambio, según otra opinión, las RoE van mucho más allá de las políticas, puesto que “interactúan” con la legislación nacional en dos sentidos. En primer lugar, equivalen a órdenes militares, por lo cual violarlas puede constituir un delito según la legislación nacional aunque su incumplimiento no implique una violación del DIH. En segundo lugar, en virtud de la legislación nacional, un acto cometido en cumplimiento de las RoE puede no ser calificado como un delito. El hecho de que las RoE requieran una acción (u omisión) podría constituir, de hecho, una justificación o una excusa.

Aunque los expertos estuvieron de acuerdo en que las RoE constituyen un instrumento útil y necesario para regular el uso de la fuerza en situaciones de conflicto armado, no opinaron a favor de una forma u otra de adecuar esas reglas para tener en cuenta el hecho que, en situaciones de conflicto armado, pueden ser relevantes tanto el paradigma de la conducción de hostilidades como el del mantenimiento del orden. Un experto observó que, en definitiva, si bien la cuestión de la interacción entre los paradigmas en cuestión es compleja, el marco jurídico debería ser simple y claro. Cuanto más simple y claro es, tanto más sencillo les resulta a las fuerzas armadas trasladarlo a la práctica.

La presentación del *Manual de derecho operacional* de Colombia realizada por el coronel Juan Carlos Gómez Ramírez y los debates posteriores proporcionaron valiosas indicaciones adicionales respecto de cómo se puede elaborar un marco jurídico y administrativo para tratar la cuestión de la interacción entre el paradigma de la conducción de hostilidades y el del mantenimiento del orden<sup>115</sup>. El coronel Ramírez explicó que el Ministerio de Defensa de Colombia preparó un manual que trata el tema del uso de la fuerza integrando el DIH y el derecho de los derechos humanos. El manual incorpora dos grupos de RoE: la “tarjeta azul” y la “tarjeta roja”. La primera se refiere a operaciones de mantenimiento del orden y la segunda, a operaciones de combate, es decir, cuando se usa la fuerza contra objetivos militares<sup>116</sup>. Esa solución se consideró adecuada porque es clara y fácil de comprender y poner en práctica para los soldados. No obstante, a veces, es criticada en el plano táctico,

---

<sup>113</sup> *Manual de reglas de enfrentamiento*, San Remo, nota 75 *supra*.

<sup>114</sup> Durante los dos días de la reunión de expertos, varios participantes destacaron la importancia de las consideraciones políticas en la redacción de las RoE. Por ejemplo, en la segunda presentación introductoria sobre Afganistán, el experto señaló que las RoE restringen el uso de la fuerza más allá de lo que exigiría el derecho internacional debido a que se toman en cuenta consideraciones políticas en un contexto de contrainsurgencia en el que el objetivo es ganar mentes y corazones. V. Apéndice 5: Resumen de la presentación de Richard Gross sobre el uso de la fuerza en las distintas fases del conflicto de Afganistán.

<sup>115</sup> V. Apéndice 4: Resumen de la presentación de Juan Carlos Gómez Ramírez sobre el *Manual de derecho operacional* de Colombia.

<sup>116</sup> Juan Carlos Gómez Ramírez explicó que la decisión de usar la tarjeta roja o la tarjeta azul la toma el comandante del batallón. En ciertas situaciones, el comandante puede decidir usar la tarjeta azul para enfrentar al enemigo si este se encuentra debilitado. Por otra parte, hay algunos lugares (en plena selva) donde es evidente que debe usarse la tarjeta roja, porque allí solo hay miembros de un grupo armado organizado y ningún civil.

porque se requiere cada vez con mayor frecuencia que las fuerzas armadas realicen operaciones según el paradigma de la tarjeta azul, pese a que consideran que esta tarea le corresponde a la policía y que no les da espacio suficiente para enfrentar al adversario. Se observó, sin embargo, que esta reacción negativa puede explicarse por el hecho de que las fuerzas armadas tradicionalmente reciben formación para operaciones de combate y no para usar la fuerza en operaciones de mantenimiento del orden. También se comentó que las fuerzas armadas normalmente no tienen equipamiento para ejecutar operaciones de mantenimiento del orden. Una limitación del sistema de “tarjeta roja/tarjeta azul” puede también surgir del supuesto que los paradigmas no se aplicarían en paralelo. Por ese motivo, el sistema no sería un instrumento adecuado para afrontar situaciones que requieran la aplicación de los dos paradigmas, como podría ser un motín en el que participan tanto civiles como objetivos legítimos, según se ejemplifica en el estudio de caso 2.

2) Respecto de la *formación* de las fuerzas armadas, varios expertos subrayaron la necesidad, en el contexto de los conflictos armados modernos, de formar a las fuerzas armadas –e incluso al personal del mantenimiento de la paz– no solo en la conducción de hostilidades, sino también en técnicas para el mantenimiento del orden. Se mencionó que, en algunos países, el hecho de que las fuerzas armadas reciban formación por parte de instructores que son policías o miembros de la policía militar –es decir, personas que conocen el uso de técnicas de mantenimiento del orden– forma parte de las buenas prácticas. Por ello, se recomienda impartir una formación que no sea exclusivamente la instrucción militar tradicional. Para que resulte eficaz, la instrucción debe centrarse en escenarios concretos. Varios expertos mencionaron que, incluso si las fuerzas armadas no tuviesen el equipamiento para ejecutar operaciones de mantenimiento del orden, una buena instrucción en procedimientos de escalada de fuerza y otras técnicas propias del mantenimiento del orden seguiría siendo valiosa.

Sin embargo, también se señaló que proporcionar una formación eficaz en técnicas de mantenimiento del orden no es tarea sencilla y no siempre se puede poner en práctica. Esa opción parece factible para soldados de carrera, pero es bastante menos realista en el caso de los conscriptos que deben empezar por aprender las cuestiones referentes a las operaciones de combate tradicionales. Del mismo modo, se argumentó que los soldados no pueden convertirse en policías. Según esa opinión, es más conveniente, cuando es posible, conducir operaciones conjuntas en las que las fuerzas armadas acuden en apoyo de la policía.

Algunos expertos mencionaron también la posibilidad de establecer unidades especiales, como la *gendarmérie*, los *carabinieri* u otras fuerzas militares encargadas de hacer cumplir la ley que estén capacitadas y entrenadas para llevar a cabo misiones vinculadas con el mantenimiento del orden. Se consideró que esto constituye una buena práctica que ha sido eficiente y útil en conflictos pasados.

También se mencionó que contar con unidades especiales o con equipos de represión de motines no siempre es suficiente. De hecho, existe el riesgo de que el equipo especial no se encuentre siempre en el lugar preciso en el momento indicado. La unidad puede estar en una zona del territorio donde se espera que haya disturbios civiles mientras se produce una protesta violenta e inesperada en otro lugar del país, adonde la unidad especial no llegaría a tiempo. Por lo tanto, es mejor ofrecer al menos un nivel básico de formación en técnicas de mantenimiento del orden a todos los soldados y equiparlos



adecuadamente para que sean capaces de responder a disturbios civiles inesperados. Además, en contextos susceptibles de sufrir disturbios civiles, las fuerzas armadas quizá prefieran recurrir a unidades especiales como los *carabinieri* o la *gendarmerie*, que están altamente capacitadas en técnicas para dispersar multitudes y técnicas de desescalada.

3) En lo referente al *equipamiento* de las fuerzas armadas, la mayoría de los expertos estuvo de acuerdo en que, cuando estas conducen operaciones de mantenimiento del orden, deben poseer equipamiento acorde, incluidas las armas “no letales” y menos que letales, cuando sea apropiado. Sin embargo, no se logró consenso respecto de si hay una obligación jurídica en ese sentido.

Según algunos expertos, dotar de equipamiento para el mantenimiento del orden a las fuerzas armadas no es obligatorio y solo forma parte de las buenas prácticas.

La mayoría de los expertos consideró, en cambio, que para los Estados beligerantes sí es una obligación. En algunas instancias, la obligación se podría derivar del DIH. Por ejemplo, el deber de hacer respetar la ley y mantener el orden conforme al derecho de la ocupación implicaría forzosamente la obligación de contar con los medios adecuados para hacerlo. La obligación también podría derivarse del derecho de los derechos humanos cuando este es aplicable. De hecho, según el derecho de los derechos humanos, existe la obligación de proporcionar equipamiento para el mantenimiento del orden, incluidas las armas menos que letales, si procede, a los agentes estatales que conducen operaciones de mantenimiento del orden, sean éstos policías o miembros de las fuerzas armadas.

Se señaló que eso no significa que las fuerzas armadas deban ejecutar operaciones de mantenimiento del orden, sino que, si se espera que lo hagan, deben contar con el equipamiento necesario. Desde otra perspectiva, la obligación impuesta por el derecho de los derechos humanos de proporcionar equipamiento para conducir operaciones de mantenimiento del orden a las fuerzas armadas tendría un mayor alcance. No solo se aplicaría cuando las fuerzas armadas están activamente planificando una operación de mantenimiento del orden, sino también cuando prevén que deberán enfrentar disturbios civiles, independientemente de su voluntad de hacerlo. De ese modo, con respecto a la última pregunta de la sección de información de referencia<sup>117</sup>, se señaló que, desde la perspectiva del derecho de los derechos humanos, el punto clave no es si el uso de la fuerza en el contexto del mantenimiento del orden estaba planificado o no, sino si el disturbio civil podía razonablemente haberse previsto, y no entre los soldados encargados de enfrentarlo, sino entre los encargados de planificar la misión. Si la respuesta es afirmativa, según el derecho de los derechos humanos, se requiere que primero se brinde una formación en procedimientos de escalada de fuerza y en otras técnicas de mantenimiento del orden y, segundo, se proporcione equipamiento para el mantenimiento del orden, en caso de ser necesario.

---

<sup>117</sup> La pregunta a la que se hace referencia es la siguiente: “¿Cómo deben las fuerzas armadas abordar situaciones en las que civiles violentos (cuyos actos no constituyen una participación directa en las hostilidades) inesperadamente se entremezclan con los miembros de un grupo armado organizado, cuando las fuerzas armadas solo están equipadas con armas de combate? ¿Basta con considerar que deben aplicar, en la medida de lo posible, un procedimiento de escalada de fuerza con los medios de que disponen en ese momento?”

Si bien, en general, se consideró que proveer equipamiento para operaciones de mantenimiento del orden a las fuerzas armadas era positivo, varios expertos mencionaron, sin embargo, que se deben tener en cuenta ciertas cuestiones. En primer lugar, el equipamiento es muy costoso y los Estados beligerantes quizá no puedan afrontar el gasto. En segundo lugar, el equipamiento para ejecutar operaciones de mantenimiento del orden suele ser pesado y voluminoso, y no puede ser transportado por patrullas que se desplazan a pie, por ejemplo. En tercer lugar, proporcionar equipamiento para el mantenimiento del orden no sirve de nada sin la formación adecuada. Cuarto, no deben subestimarse los riesgos asociados con el uso de las armas denominadas “no letales” o menos letales, puesto que, pese a su nombre, pueden llegar a ser letales. Un marco jurídico y administrativo apropiado y una formación adecuada son fundamentales para el uso eficaz y seguro de armas menos letales. El empleo de agentes de represión de disturbios en situaciones de conflicto armado también debe examinarse con cuidado, sin olvidar que el DIH prohíbe su uso como método de guerra<sup>118</sup>.

Se mencionó, asimismo, que, cuando se trata el tema de las actividades de mantenimiento del orden, es importante tener en cuenta la infraestructura general, además del equipamiento de las fuerzas armadas. Por ejemplo, la forma de establecer un puesto de control es fundamental para reducir al mínimo el potencial uso de la fuerza letal.

4) Por último, y de modo más general, se señaló que, para la mejora continua de la práctica militar, se recomienda:

- a) Adoptar buenas prácticas, en especial, cuando se redactan marcos jurídicos, de políticas o administrativos, y ponerlas en práctica. Cuando se busca aplicar las buenas prácticas, uno no debería verse demasiado restringido por las categorías de conducción de hostilidades y de mantenimiento del orden. Por ejemplo, para saber cómo administrar un puesto de control, se debe consultar a funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que están mucho más habituados a ese tipo de actividades. En otro ejemplo, para saber cómo reprimir motines en un centro de detención, tanto si se trata de una prisión militar como de una cárcel civil, se debe consultar al Servicio Penitenciario o al Departamento de Justicia.
- b) Tener en cuenta los aspectos culturales. Por ejemplo, al instalar un puesto de control, es preciso asesorarse con la población local a fin de entender las costumbres y saber qué tipo de señales/indicaciones llevarían a que la población se detenga al llegar al puesto<sup>119</sup>.
- c) Poner en práctica las lecciones aprendidas. El marco jurídico y administrativo y la formación deben adaptarse continuamente en función de las lecciones adquiridas

---

<sup>118</sup> V. Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el uso de armas químicas y sobre su destrucción, de 1993, art. I (5): “Cada Estado Parte se compromete a no emplear agentes de represión de disturbios como método de guerra”. V. también art. II (9)(d). La opinión mayoritaria de los Estados es que esta norma forma parte del derecho internacional humanitario consuetudinario. Sin embargo, una opinión que sistemáticamente se aparta de la de la mayoría es la de Estados Unidos, que sostiene que la prohibición del derecho consuetudinario de usar armas químicas no se aplica a los agentes que causan efectos temporarios. V. CICR, *Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario*, nota 12 *supra*, norma 75.

<sup>119</sup> Al respecto, v. Apéndice 5: Resumen de la presentación de Richard Gross sobre el uso de la fuerza en las distintas fases del conflicto de Afganistán.

en el terreno. Varios expertos estuvieron de acuerdo en que la forma de conducir conflictos armados en el futuro debe basarse en las lecciones aprendidas, para mejorar la práctica militar y no repetir errores del pasado.

## **B. La obligación de investigar**

### **1. Información de referencia:**

De manera implícita, el DIH contempla la obligación de investigar los crímenes de guerra<sup>120</sup>. Eso quiere decir que exige que se investiguen casos de denuncias de uso de la fuerza, por ejemplo, si se alega que: se atacó a la población civil o a personas civiles intencionalmente; se lanzó intencionalmente un ataque indiscriminado que afectó a la población civil o a bienes civiles, a sabiendas de que tal ataque causaría incidentalmente muertos o heridos en la población civil o daños a bienes de carácter civil excesivos; se atacó a una persona intencionalmente a sabiendas de que estaba fuera de combate; o se mató intencionalmente a una persona protegida<sup>121</sup>. El deber de tomar las medidas oportunas para que cesen las violaciones del DIH implica también, a veces, la obligación de investigar<sup>122</sup>. Asimismo, existen disposiciones específicas en cuanto a la obligación de investigar cuando se mata o lesiona a prisioneros de guerra e internados civiles en circunstancias especiales<sup>123</sup>.

De todos modos, está claro que, de conformidad con el DIH, no todos los casos de muerte desencadenan la obligación de investigar. Esto es así porque, según el DIH, los objetivos legítimos –combatientes, miembros de un grupo armado organizado y civiles que participan directamente en las hostilidades– pueden ser atacados lícitamente y las pérdidas civiles incidentales no son contrarias al DIH, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y de precaución. Así, el DIH tiene en cuenta el hecho de que algunas muertes son inherentes a la conducción de hostilidades en un conflicto armado. Además, la inestabilidad y la inseguridad en situaciones de conflicto armado a veces obstaculizan en gran medida la investigación de cada una de las muertes, por ejemplo, por las dificultades para recoger evidencia *in situ* o para obtener información de los testigos.

El derecho de los derechos humanos, inicialmente concebido para regir situaciones en tiempo de paz, contempla obligaciones mucho más estrictas de investigar con posterioridad al uso de la fuerza que provoca muertes o heridas graves<sup>124</sup>. Los órganos de derechos humanos normalmente consideran que se debería realizar una investigación

---

<sup>120</sup> CG I, arts. 49-50; CG II, arts. 50-51; CG III, arts. 129-130; CG IV, arts. 146-147. V. también PA I, arts. 11 y 85-86.

<sup>121</sup> V. PA I, art. 85, párrs. 3-4. V. también CG I, art. 50; CG II, art. 51; CG III, art. 130; CG IV, art. 147. V. también el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, art. 8, párr. 2 b) y e).

<sup>122</sup> CG I, art. 49, párr. 3; CG II, art. 50, párr. 3; CG III, art. 129, párr. 3; CG IV, art. 146, párr. 3.

<sup>123</sup> V. CG III, art. 121; CG IV, art. 131.

<sup>124</sup> V. ONU, *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza*, nota 26 *supra*, principio 22: “En caso de muerte y lesiones graves u otras consecuencias de importancia, se enviará rápidamente un informe detallado a las autoridades competentes para la revisión administrativa y la supervisión judicial”. V. también ONU, *Código de conducta*, nota 26 *supra*, comentario (c) al art. 3. Sobre la jurisprudencia relativa a la obligación de investigar, v. la siguiente nota.

eficaz cada vez que se mata a una persona y, cuando menos, cada vez que se denuncia que ha habido una violación del derecho a la vida<sup>125</sup>.

Asimismo, los órganos de derechos humanos, gracias a su amplia experiencia en esta esfera, han formulado un conjunto de criterios para evaluar la eficacia de una investigación. En particular, han hecho hincapié en que el organismo que lleva a cabo la investigación debe ser independiente e imparcial; que la investigación debe realizarse de manera expeditiva y con la diligencia debida; que los familiares deben tener la oportunidad de participar en el proceso de investigación; y que deben adoptarse todas las medidas posibles para recoger evidencia, entre ellas, obtener los testimonios de los testigos, realizar análisis de balística y estudios médico-forenses, etc.<sup>126</sup>. Si bien los criterios parecen muy estrictos, debe tenerse en cuenta que los órganos de derechos humanos suelen reconocer que la naturaleza y el nivel de la investigación puede variar según las circunstancias<sup>127</sup>.

La obligación de conducir una investigación eficaz de las muertes ha sido tenida en consideración por los órganos de derechos humanos no solo en tiempo de paz, sino también en situaciones de conflicto armado en las que ha habido muertes de personas civiles (incluso incidentales)<sup>128</sup> o se ha matado a presuntos miembros de grupos armados organizados<sup>129</sup>. La mayoría de los casos estuvieron vinculados a situaciones de conflicto armado no internacional. No obstante, el reciente caso *Al-Skeini* giró en torno a acontecimientos ocurridos en el contexto de un conflicto armado internacional, más precisamente, en el contexto de la ocupación de Irak por el Reino Unido. En ese contexto,

---

<sup>125</sup> V., entre muchos otros, *Informe del Sr. Philip Alston, Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, 2006, doc. de la ONU E/CN.4/2006/53, párrs. 35-36; TEDH, *McCann y otros c. Reino Unido*, 27 de septiembre de 1995, párr. 161; CtIDH, *Masacre de Mapiripán c. Colombia*, 15 de septiembre de 2005, párrs. 216-241; ComADHP, *Comisión Nacional de derechos humanos y de las libertades c. Chad*, nota 17 *supra*, párr. 22.

<sup>126</sup> Sobre los pasos a seguir para recoger evidencia, v. ONU, *Manual sobre la prevención y la investigación eficaces de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias*, ST/CSDHA/12,1991, III. *Protocolo modelo para la investigación legal de ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias* (Protocolo de Minnesota). El documento fue redactado por un grupo de expertos en el marco de las Naciones Unidas a fin de complementar los *Principios sobre la eficaz prevención e investigación de ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias*, recomendados por el Consejo Económico y Social en su resolución 1989/65, 24 de mayo de 1989.

<sup>127</sup> V. Informe sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, nota 47 *supra*, párr. 36; TEDH, *Isayeva c. Rusia*, 24 de febrero de 2005, párr. 210; TEDH, *Yasa c. Turquía*, 2 de septiembre de 1998, párr. 104; CtIDH, *Masacre Mapiripán c. Colombia*, 15 de septiembre de 2005, párr. 238.

<sup>128</sup> Los casos en los que se dio muerte a civiles intencionalmente y donde se produjo una violación de los derechos humanos por falta de investigación son numerosos. No será necesario citarlos aquí, pues, en ese sentido, hay una convergencia entre el derecho de los derechos humanos y el DIH. De hecho, el DIH también obliga a investigar los crímenes de guerra. Entre las muchas causas que tratan de la obligación de investigar las pérdidas civiles incidentales se encuentran, por ejemplo, TEDH, *Ergi c. Turquía*, 28 de julio de 1998; TEDH, *Isayeva c. Rusia*, 24 de febrero de 2005; TEDH, *Kerimova y otros c. Rusia*, 3 de mayo de 2011, párrs. 263-285.

<sup>129</sup> Entre las numerosas causas en las que hubo duda acerca de si se mató a la víctima en una situación de combate se encuentran, por ejemplo, TEDH, *Kaya c. Turquía*, 19 de febrero de 1998; CIDH, *Abella c. Argentina* (causa "La Tablada"), 18 de noviembre de 1997. Hay muchas causas en las que se mató a presuntos insurgentes/terroristas sin que se haya usado la fuerza, entre ellas, CDH, *Pedro Pablo Camargo c. Colombia* (causa "Guerrero"), 31 de marzo de 1982, doc. de la ONU CCPR/C/15/D/45/1979; TEDH, *Gül c. Turquía*, 14 de diciembre de 2000; CIDH, *Artemio Camargo y otros c. Bolivia*, 25 de junio de 1981; CtIDH, *Arturo Ribón Ávila c. Colombia*, 30 de septiembre de 1997. Para conocer las críticas de la pertinencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en temas relativos a la interacción entre el DIH y el derecho de los derechos humanos, v. Apéndice 3: Presentación escrita de Françoise Hampson.

debido a la investigación ineficaz de cinco muertes (incluidas las de cuatro personas que recibieron disparos porque se pensó equivocadamente que iban a agredir a soldados británicos), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que se había infringido el aspecto procesal del artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza el derecho a la vida<sup>130</sup>.

Otros órganos han adoptado posturas similares. La Corte Suprema de Israel también dictaminó que se debería investigar todos los casos de muerte de civiles que participan directamente en las hostilidades, pero solo cuando también hay daños incidentales a civiles que no participan directamente en las hostilidades<sup>131</sup>. El Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias de la ONU también advirtió que deben investigarse todas las denuncias de violación del derecho a la vida, incluso en conflictos armados internacionales<sup>132</sup>.

En relación con lo anterior, se plantearon las siguientes preguntas:

- ¿Cuál es el alcance de la obligación de investigar en situaciones de conflicto armado? En particular, ¿es el DIH la *lex specialis* para la obligación de investigar? ¿El derecho de los derechos humanos complementa al DIH respecto de la obligación de investigar? Por ejemplo, ¿los Estados beligerantes deben o deberían realizar una investigación cada vez que se produzca la muerte incidental de personas civiles durante un ataque?
- Si ha de realizarse una investigación en una situación de conflicto armado, ¿cómo se pone en práctica? Los criterios formulados por los órganos de derechos humanos para una investigación eficaz (independencia, imparcialidad, celeridad, etc.), ¿son pertinentes en situaciones de conflicto armado? Desde una perspectiva realista, ¿qué se puede esperar de las investigaciones realizadas por los Estados beligerantes en situaciones de conflicto armado?

## **2. Observaciones y debates de los expertos:**

En cuanto a la obligación de investigar en situaciones de conflicto armado, los expertos coincidieron en que la obligación existe tanto en el marco del derecho de los derechos humanos como en el del DIH, si bien el propósito y el alcance de la obligación (o la causa que desencadena su aplicación) son distintos para estos dos cuerpos jurídicos.

Una opinión fue que la obligación de investigar impuesta por el DIH no cumple el mismo propósito que la obligación análoga impuesta por el derecho de los derechos humanos. En virtud de este último, la obligación de investigar tiene como finalidad establecer la

---

<sup>130</sup> TEDH, *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, 7 de julio de 2011, párrs. 161-177.

<sup>131</sup> V. Suprema Corte de Justicia de Israel, *El Comité Público contra la tortura en Israel c. El gobierno de Israel*, 11 de diciembre de 2005, HCJ 769/02, párr. 40. En una causa posterior, la Corte aclaró que la obligación de investigar solo se aplica en casos en los que se causó, además, daños incidentales a civiles que no participaban directamente en las hostilidades. V. Suprema Corte de Israel, *Yoav Hass c. El defensor general militar*, 23 de diciembre de 2008, párr. 7.

<sup>132</sup> V. Informe sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, nota 47 *supra*, párr. 36: "El conflicto armado y la ocupación no eximen al Estado de su obligación de investigar y juzgar los abusos de los derechos humanos". V., asimismo Informe sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, nota 47 *supra*.

responsabilidad de los Estados, mientras que, para el DIH, dicha obligación se vincula con crímenes de guerra y, por lo tanto, se centra en la responsabilidad penal individual. Según esa opinión, esto implica que también hay diferencias en el nivel de certeza jurídica. La responsabilidad penal individual debe ser probada más allá de toda duda razonable, mientras que el nivel de certeza jurídica utilizado por los órganos de derechos humanos para determinar la responsabilidad de los Estados es menos estricto.

Los expertos debatieron ampliamente acerca de la diferencia entre el derecho de los derechos humanos y el DIH respecto de qué causas desencadenan la obligación de investigar. De hecho, como se mencionó en la sección de información de referencia<sup>133</sup>, según el DIH, la obligación de investigar se limita básicamente a contextos de muerte de prisioneros de guerra e internados civiles<sup>134</sup>, así como a crímenes de guerra. Algunos expertos señalaron que la obligación de tomar las medidas oportunas para poner fin a las violaciones de las normas del DIH también era importante. Se argumentó que ese requisito conduce a la obligación de investigar, aunque la investigación puede ser administrativa y no penal. Además, se destacó que la obligación de investigar impuesta por el DIH dimana también del deber de los jefes militares de impedir y, cuando procede, reprimir y denunciar a las autoridades competentes las violaciones del DIH, con miras a iniciar una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones<sup>135</sup>.

En cambio, como confirmaron algunos expertos, el derecho de los derechos humanos requiere que los Estados investiguen toda posible violación de los derechos humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llegado a exigir que los Estados investiguen toda muerte violenta, siempre que se establezca la jurisdicción conforme a lo previsto en el artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>136</sup>. Se señaló, sin embargo, que esto es así a menos que el Estado derogue la norma que protege el derecho a la vida, según lo estipulado en el artículo 15 del Convenio para el caso de “muertes resultantes de actos lícitos de guerra”. En consecuencia, en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tanto la muerte de miembros de un grupo armado organizado como la de

---

<sup>133</sup> *Supra*, pp. 49-51.

<sup>134</sup> Según la opinión de un experto, la obligación de investigar la muerte de prisioneros de guerra y de civiles internados impuesta por el DIH debería extenderse a todas las personas privadas de su libertad en el contexto de un conflicto armado. También debería extenderse a las personas que han muerto en poder del enemigo, incluso si no están detenidas *stricto sensu*. En la medida en que el derecho de los derechos humanos exige la investigación de todos los casos de personas privadas de libertad, debería ser considerado *lex specialis*.

<sup>135</sup> V. PA I, art. 87: “1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están bajo sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes. 2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo. 3. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que se tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones”.

<sup>136</sup> Sobre la obligación de investigar las muertes, v. también Apéndice 6: Resumen de la presentación de Olga Chernishova.

personas civiles deben ser investigadas en el contexto de conflictos armados (cuando se haya establecido la jurisdicción y no se haya derogado la norma que protege el derecho a la vida).

Claramente, eso excede los requisitos del DIH, que no obliga a investigar la muerte de objetivos legítimos ni la muerte incidental de civiles, siempre que estas no parezcan infringir el principio de proporcionalidad. Muchos expertos llegaron a la conclusión de que existe una verdadera diferencia o una contradicción entre las obligaciones del DIH y las exigencias de la mayoría de los órganos de derechos humanos, en particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El caso *Al-Skeini* mencionado anteriormente<sup>137</sup> fue citado a modo de ejemplo.

A continuación, los expertos se ocuparon de la pregunta sobre la interacción entre el DIH y el derecho de los derechos humanos en cuanto a la obligación de investigar en situaciones de conflicto armado. La mayoría opinó que el DIH tiene prioridad en lo referente a la obligación de investigar en situaciones de conflicto armado. La obligación del derecho de los derechos humanos de investigar todas las muertes fue vista como no realista e impracticable en esos casos. Se señaló también que no tiene sentido obligar a los beligerantes a investigar las muertes que, según el DIH, son perfectamente lícitas. Así, en lo que respecta a las investigaciones en situaciones de conflicto armado (al menos en el contexto del uso de la fuerza letal), el DIH es la *lex specialis* y la obligación del derecho de los derechos humanos de investigar debe interpretarse a la luz del DIH; de lo contrario, se podría concluir que lo que es lícito según el DIH constituye una violación del derecho de los derechos humanos.

En ese contexto, un experto preguntó a los presentes si había alguna objeción a la siguiente proposición: “Desde el punto de vista jurídico, un Estado no incumple la obligación de investigar que impone el derecho de los derechos humanos cuando se priva de la vida a objetivos legítimos conforme al DIH o cuando se producen pérdidas civiles incidentales que no constituyen una violación del DIH, siempre que se haya respetado el principio de proporcionalidad”. Algunos expertos respondieron que, aunque en principio la propuesta parecía razonable, en la práctica, el problema principal es que resulta difícil saber si se ha violado el DIH, por ejemplo, si se respetó el principio de proporcionalidad, antes de iniciar la investigación. En consecuencia, se vuelve a la causa que desencadena la obligación de investigar las muertes ocurridas en situaciones de conflicto armado. Más allá del aspecto práctico, no se rechazó formalmente la proposición, con la excepción de un experto que estuvo en franco desacuerdo porque, según observó, en el contexto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, un Estado debería investigar toda pérdida de la vida violenta –incluso muertes de combatientes enemigos o de pérdidas civiles incidentales aparentemente lícitas en el marco del DIH–, a menos que el Estado haya derogado la norma que protege el derecho a la vida de conformidad con el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En esa misma línea, algunos expertos consideraron que, al menos en conflictos armados no internacionales, el DIH se complementa con la evolución posterior del derecho de los derechos humanos o debe interpretarse a la luz de esta evolución. No afirmaron que la jurisprudencia de los órganos de derechos humanos en cuanto a la obligación

---

<sup>137</sup> *Supra*, p. 51.

de investigar en situaciones de conflicto armado no fuese realista. Destacaron que los órganos de derechos humanos, en efecto, tienen en cuenta el contexto para evaluar la eficacia de la investigación y hasta ahora no han arribado a conclusiones que contradigan directamente el DIH. Un experto señaló que, en el caso *Al-Skeini*, por ejemplo, el Tribunal Europeo reconoció las dificultades prácticas de efectuar investigaciones en el contexto de una ocupación militar<sup>138</sup> y, aun así, sostuvo que la muerte de civiles en ese contexto debía ser objeto de una investigación eficaz. Esa conclusión no contradice los requisitos del DIH.

Se observó, asimismo, que la obligación de investigar impuesta por el derecho de los derechos humanos es una obligación de medios y no de resultados. Una investigación puede considerarse eficaz incluso si hubo una violación del derecho de los derechos humanos y fue imposible encontrar y castigar a los responsables. Algunos expertos advirtieron que la lógica de los derechos humanos de investigar muertes violentas es comprensible porque podría resultar imposible saber si la persona muerta era un objetivo legítimo antes de investigar su muerte. Por último, se señaló que la obligación de investigar tiene una importante función preventiva y, por ese motivo, debería entenderse que trasciende los casos de presuntos crímenes de guerra. Realizar algún tipo de investigación fue considerado un requisito previo fundamental para que las lecciones aprendidas sirvan para mejorar la práctica militar y contribuyan a reducir al mínimo, por ejemplo, las pérdidas civiles incidentales. Debería interpretarse, entonces, que la prohibición de la privación arbitraria de la vida –que está protegida tanto por el derecho de los derechos humanos como por el DIH– posee un componente procesal y exige alguna forma de investigación respecto de las muertes que generan denuncias razonables de una violación.

En vista de todos los argumentos expuestos, unos pocos expertos señalaron que la respuesta a la pregunta sobre qué marco jurídico debe predominar, si el derecho de los derechos humanos o el DIH, podría depender del contexto. Por ejemplo, podría considerarse que, en conflictos armados internacionales, el DIH sería claramente la *lex specialis*; en cambio, en conflictos armados no internacionales, la respuesta sería más compleja. Se propuso, asimismo, que una hipótesis posible sería que, cuando se mata a personas civiles en un conflicto armado no internacional, hay una presunción de violación y, en consecuencia, se debería proceder a una investigación. En cambio, si la persona matada era miembro de un grupo armado organizado, la presunción sería que no hubo una violación y, por lo tanto, no habría necesidad de investigar, a menos que surgieran dudas debido a circunstancias especiales.

Se señaló también que, en conflictos armados no internacionales, es más difícil saber quién es miembro de un grupo armado organizado y quién no, porque los miembros de un grupo armado organizado no siempre exhiben signos distintivos. La lógica que se aplica en los conflictos armados internacionales, donde no es necesario investigar la

---

<sup>138</sup> V. TEDH, *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, 7 de julio de 2011, párr. 168: “El Tribunal toma como punto de partida los problemas prácticos causados a las autoridades a cargo de la investigación por el hecho de que el Reino Unido era una potencia ocupante en una región extranjera y hostil en el momento inmediatamente posterior a la invasión y la guerra. Entre dichos problemas prácticos se encontraban el colapso de la infraestructura civil, que llevó *inter alia* a la falta de patólogos locales y de instalaciones para practicar autopsias; la dimensión de los malentendidos lingüísticos y culturales entre los ocupantes y la población local; y el peligro inherente a cualquier actividad que se llevara a cabo en Irak en ese momento. Como se ha mencionado con anterioridad, el Tribunal considera que, en tales circunstancias, las obligaciones procesales que establece el artículo 2 deben aplicarse de manera realista, tomando en cuenta los problemas específicos que deben afrontar los investigadores”.



muerte de soldados que llevan uniforme en el contexto de la conducción de hostilidades porque esa muerte es, sin duda, lícita (excepto cuando es provocada por armas ilícitas o cuando los combatientes estaban fuera de combate), no podría aplicarse del mismo modo en conflictos armados no internacionales. En consecuencia, se debería iniciar una investigación para saber si la persona resultó muerta de forma lícita o no. Sin embargo, lo mismo debería ocurrir cuando esa persona era un civil que supuestamente participaba directamente en las hostilidades en el contexto de un conflicto armado, internacional o no. De acuerdo con esa perspectiva, esa fue la razón por la cual la Corte Suprema de Israel admitió que, en el caso de los asesinatos selectivos<sup>139</sup>, se debía iniciar una investigación para comprobar que el uso de la fuerza había sido lícito.

La idea de que el marco jurídico que predomina respecto de la obligación de investigar podría depender también de si la fuerza letal se usó en el contexto de la conducción de hostilidades o, por el contrario, durante una operación de mantenimiento del orden solo se mencionó, pero no dio origen a un análisis más profundo<sup>140</sup>.

Por último, los expertos debatieron acerca de cómo debía implementarse la investigación durante un conflicto armado. En ese contexto, muchos expertos opinaron que el umbral exacto para iniciar una investigación penal cuando se usó la fuerza letal no es claro en el marco del DIH ni en el del derecho de los derechos humanos. Sin duda, los dos marcos prevén que si se sospecha la existencia de un crimen de guerra, se debe iniciar una investigación penal. Sin embargo, no todas las muertes de civiles en conflictos armados generan *prima facie* una sospecha de conducta criminal. Por el contrario, incluso el hecho de matar a combatientes y miembros de un grupo armado organizado puede constituir un crimen de guerra si estos estaban fuera de combate cuando fueron atacados. Las preguntas clave son, entonces, las siguientes: ¿Cuándo hay elementos suficientes para pensar que el uso de la fuerza es materia de derecho penal? ¿Es suficiente una denuncia creíble de que se ha cometido un crimen de guerra? ¿Cuántos hechos se deben consignar en una denuncia para que sea creíble?

Varios expertos describieron el aspecto procesal del sistema judicial en sus respectivos países. Uno de ellos explicó que, en su país, primero se inicia una investigación administrativa que no equivale a una investigación penal. La primera investigación consiste en un proceso de recopilación de datos que permite reunir la información necesaria para que los responsables de tomar decisiones determinen si debe iniciarse una investigación penal. De acuerdo con ese experto, los factores de grado de control del territorio e intensidad de la violencia, que se tuvieron en cuenta en el análisis de los cinco estudios de caso anteriormente expuestos<sup>141</sup>, pueden tenerse en cuenta para decidir si cabe iniciar una investigación penal. En este contexto, esos factores podrían ser de utilidad, por cuanto no permitirían determinar de antemano el paradigma que ha de aplicarse, pero sí podrían ayudar a decidir con posterioridad si es necesaria una investigación penal.

---

<sup>139</sup> Sobre la referencia de esta causa, v. nota 49 *supra*.

<sup>140</sup> Respecto de esta cuestión, v. *La Comisión pública para examinar el incidente marítimo del 31 de mayo de 2010*, Segundo Informe de la Comisión Turkel, *Los mecanismos israelíes para examinar e investigar las demandas y denuncias sobre violaciones de las leyes de conflicto armado en virtud del derecho internacional*, febrero de 2013, p. 106.

<sup>141</sup> *Supra*, parte II.

Otro experto explicó que, en su país, el requisito para iniciar una investigación penal es la presentación de una denuncia creíble de una violación del DIH. Si esa denuncia existe, debe ser informada y se debe determinar la responsabilidad o la acción correctiva por aplicar si la infracción no constituye un crimen de guerra. De todos modos, el primer paso siempre es una investigación administrativa que estudia la credibilidad de la denuncia.

Un tercer experto comentó que, en su país, se hace una distinción entre, por un lado, las investigaciones conducidas con una finalidad penal o disciplinaria; y, por el otro, las investigaciones administrativas cuya finalidad es recopilar información sobre los hechos. El experto señaló que las investigaciones administrativas son herramientas más adecuadas para descubrir fallas en el sistema y para mejorar el cumplimiento de la ley, por someter el sistema a escrutinio. Eso es así porque, en el contexto de las investigaciones penales, si una denuncia de delito no se puede probar más allá de toda duda razonable, se otorga el derecho al silencio. Ese derecho no existe en el contexto de las investigaciones administrativas, en las que, por el contrario, existe la obligación de llegar a la verdad.

Por último, los expertos se refirieron al contenido de la obligación de investigar. Como se observó previamente<sup>142</sup>, los órganos de derechos humanos han elaborado un conjunto de criterios para determinar la eficacia de una investigación. Los criterios son: independencia, imparcialidad, celeridad y participación de los familiares. En cambio, los tratados del DIH no ofrecen soluciones claras en ese aspecto.

Algunos expertos se resistieron a usar los criterios elaborados por los órganos de derechos humanos para evaluar la eficacia de las investigaciones en el marco del DIH. Según ellos, esas normas son demasiado estrictas y no pueden aplicarse en situaciones de conflicto armado.

Se observó, por ejemplo, que los órganos interamericanos de derechos humanos, en particular la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, han determinado en varias ocasiones que los tribunales militares no actúan de manera independiente e imparcial al investigar al personal militar sospechado de haber cometido violaciones graves de los derechos humanos, como dar muerte a civiles durante operaciones militares, por cuya razón los tribunales civiles deberían investigar esas muertes incluso en situaciones de conflicto armado. Si bien esa jurisprudencia surgió en el contexto de la actuación de los tribunales militares durante las dictaduras militares en América Latina y de la impunidad que conllevaba su intervención, tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han continuado desarrollando y perfeccionando esta postura en numerosos casos recientes en los que se examinó la actuación de los tribunales militares en Colombia y en otros Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Sin embargo, fuera de ese contexto tan particular, esa jurisprudencia sería problemática, puesto que, en la mayoría de los países, cuando se presentan denuncias de muertes ilícitas en el contexto de un conflicto armado, son las fuerzas armadas las que llevarían adelante la investigación. De hecho, esa investigación es un deber de las fuerzas armadas que dimana de la obligación de los jefes militares de prevenir y reprimir las violaciones del DIH<sup>143</sup>. Se señaló que, en algunos países latinoamericanos, siguiendo la jurisprudencia de los órganos interamericanos de derechos humanos, las jurisdicciones civiles conducen investigaciones de todos los casos de muerte vinculados con un conflicto

---

<sup>142</sup> *Supra*, p. 50.

<sup>143</sup> V. nota 135 *supra*.

armado no internacional (incluso los casos de muerte de miembros de un grupo armado organizado). Esto no se aceptó como una solución, pues, en muchos casos, los jueces civiles no conocen el DIH, por lo que se tendría que realizar una tarea considerable de capacitación en la materia.

La mayoría de los expertos rechazó la idea según la cual las investigaciones militares no son, por definición, ni independientes ni imparciales. Se adujo que siempre hay maneras de asegurarse de que los órganos de investigación de las fuerzas armadas sean independientes e imparciales. Se señaló que, en algunos países, las investigaciones militares se realizan bajo supervisión civil del fiscal general y de la Corte Suprema. Algunos expertos destacaron que, según el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no existe la obligación de que la investigación se realice bajo jurisdicción civil, siempre que se cumplan los requisitos de independencia e imparcialidad. En el caso *Al-Skeini*, el Tribunal Europeo entendió que hubo una violación de la obligación de investigar, no porque la investigación fue realizada por las fuerzas armadas, sino porque la autoridad investigadora no era independiente de la cadena de mando militar desde el punto de vista operacional<sup>144</sup>. En general, hubo acuerdo en que el criterio de independencia es razonable incluso en conflictos armados. Evidentemente, la investigación debe ser realizada por personas no vinculadas con los presuntos infractores. Sin embargo, hubo opiniones divergentes respecto de si el Tribunal Europeo va demasiado lejos al requerir, por ejemplo, que los familiares de la víctima participen en el proceso<sup>145</sup>.

Por último, se señaló que –incluso si no se tiene en cuenta el derecho de los derechos humanos–, visto exclusivamente a la luz del DIH, es evidente que existe la obligación de imponer sanciones penales efectivas, lo cual presupone la realización de una investigación independiente e imparcial.

---

<sup>144</sup> V. TEDH, *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, 7 de julio de 2011, párr. 169: “Sin embargo, el hecho de que el Reino Unido estaba ocupando el territorio también implicaba que, para que las investigaciones de los actos presuntamente cometidos por los soldados británicos fueran eficaces, era de suma importancia que la autoridad a cargo de la investigación fuera independiente de la cadena de mando militar desde el punto de vista operacional y se percibiera como tal”.

<sup>145</sup> *Ibíd.*, párr. 167: “Para que una investigación de una presunta muerte ilícita por parte de agentes estatales sea eficaz, es necesario que las personas responsables de llevar adelante la investigación sean independientes de quienes están involucrados en los hechos. Eso significa no solo que no debe haber vínculos jerárquicos o institucionales, sino también que debe existir una independencia práctica [...]. El requisito de celeridad y expedición razonable está implícito en este contexto. Si bien pueden existir obstáculos o dificultades que impiden el avance de la investigación de una situación en particular, la respuesta inmediata de las autoridades en el sentido de investigar el uso de la fuerza letal se considera, en general, esencial para mantener la confianza pública en la adhesión de las autoridades al estado de derecho y para impedir cualquier connivencia o tolerancia de actos ilícitos. Por las mismas razones, debe haber un elemento suficiente de escrutinio público en la investigación o en sus resultados para asegurar la responsabilidad tanto en el aspecto práctico como en el teórico. El nivel de escrutinio público necesario varía según el caso. En todos los casos, sin embargo, los familiares de la víctima deben participar en el proceso en la medida en que sea necesario para salvaguardar sus intereses legítimos”.

## COMENTARIOS FINALES

La interacción entre el paradigma del mantenimiento del orden y el de la conducción de hostilidades en situaciones de conflicto armado presenta numerosas dificultades.

El primer problema consiste en determinar si el paradigma del mantenimiento del orden puede ser pertinente en situaciones de conflicto armado no internacional y de ocupación<sup>146</sup> en las cuales se usa la fuerza contra objetivos legítimos. En la reunión, fue evidente que el asunto sigue siendo tema de debate. Eso es especialmente cierto en lo que respecta al uso de la fuerza contra objetivos legítimos en contextos como el descrito en el ejemplo del miembro de un grupo armado organizado dormido en su casa aislado, presentado en el estudio de caso 1. Mientras que algunos expertos consideraron que el DIH es la *lex specialis* y que, en consecuencia, siempre es lícito matar a objetivos legítimos a la vista, otros opinaron que, en esas circunstancias (en especial, cuando el Estado controla la zona, la intensidad de la violencia es baja y la situación ocurre fuera de la zona de conflicto), el paradigma del mantenimiento del orden no se sustituye por el de la conducción de hostilidades ni constituye la *lex specialis*. Los expertos tampoco se pusieron de acuerdo respecto de si, en el marco del paradigma de la conducción de hostilidades, los principios de necesidad militar y de humanidad exigirían no matar a un objetivo legítimo a la vista, sino ponerlo fuera de combate por otros medios, como propone el CICR en el capítulo IX de su *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*. Sin embargo, la mayoría de los expertos coincidió en que, en la práctica, un jefe militar que actúa razonablemente no daría la orden de atacar a un miembro de un grupo armado organizado dormido en su casa aislado si las circunstancias del caso permitiesen capturarlo sin riesgo adicional para las tropas. Dado que, en la actualidad, la legislación no es del todo clara respecto de qué paradigma predomina en casos como ese, y puesto que se pueden esgrimir argumentos válidos a favor de uno u otro enfoque, es aconsejable adoptar una postura pragmática –considerando la viabilidad y la conveniencia de ejecutar una operación de captura en casos excepcionales como los descritos en el estudio de caso 1– hasta que las normas del derecho internacional se inclinen por un paradigma u otro.

En la reunión, quedó en evidencia también que, para muchos expertos, el principal (si no el único) criterio jurídico para determinar si una situación está regida por el paradigma del mantenimiento del orden o tiene lugar fuera de la zona de conflicto o en una zona bajo control de las fuerzas por el de la conducción de hostilidades es el estatuto, la función o la conducta de la persona contra la que podría usarse la fuerza. Otras consideraciones fácticas, por ejemplo, si la situación tiene lugar fuera de la zona de conflicto o en una zona bajo el control de las fuerzas armadas gubernamentales donde el nivel de violencia es bajo, no fueron vistas por la mayoría de los expertos como criterios jurídicos decisivos. No obstante, para algunos expertos, esos factores son consideraciones fácticas útiles a la hora de tomar decisiones jurídicas o políticas.

Otro de los temas que se abordaron durante la reunión fue el fenómeno de la concurrencia de disturbios civiles y de hostilidades efectivas. En ese aspecto, hubo –en el contexto de los debates acerca de los estudios de caso 2 (motines) y 3 (lucha contra la delincuencia)– un acuerdo genuino en la opinión de los expertos, para quienes el “enfoque paralelo” es

---

<sup>146</sup> V. CICR, *The Use of Force in Occupied Territory*, nota 2 *supra*.

interesante desde el punto de vista jurídico pese a las dificultades prácticas que entraña. De acuerdo con ese enfoque, el paradigma de la conducción de hostilidades solo se puede emplear cuando se usa la fuerza contra miembros de un grupo armado organizado y civiles que participan directamente en las hostilidades. Los disturbios civiles deben estar regidos por el paradigma del mantenimiento del orden, incluso en contextos de conflicto armado. Sin embargo, dadas las dificultades prácticas del enfoque paralelo, en particular, en el caso de motines –cuando resulta difícil distinguir entre objetivos legítimos y civiles que cometen actos violentos que no constituyen una participación directa en las hostilidades–, algunos expertos se manifestaron a favor de aplicar un procedimiento de escalada de fuerza a la situación en su conjunto, al menos como cuestión práctica. En ese contexto, se señaló que, con frecuencia, las RoE –que reflejan consideraciones jurídicas, políticas y operacionales– suelen recurrir a las normas referidas a la defensa propia al abordar ese tipo de situaciones, lo que avala la aplicación de un procedimiento de escalada de fuerza a la situación en su conjunto.

En muchas situaciones, por ejemplo, la de los estudios de caso 4 (motines/evasión de miembros de un grupo armado organizado) y 5 (puesto de control) y, en particular, en caso de duda respecto del estatuto, la función o la conducta de una persona que supuestamente representa una amenaza, la mayoría de los expertos estuvieron de acuerdo en que debe aplicarse un procedimiento de escalada de fuerza. Si bien no expusieron el mismo razonamiento jurídico, los expertos llegaron a la misma conclusión práctica de que era preciso aplicar un procedimiento de escalada de fuerza (aunque no se profundizó en los detalles). En ese aspecto, fue interesante observar que algunos expertos interpretaron que las normas del DIH (en particular, la norma referida a la duda sobre el estatuto, la función o la conducta del objetivo y el principio de precaución en el ataque) imponen a las partes beligerantes la obligación de usar la escalada de fuerza en ciertas situaciones. En el caso del puesto de control, se destacó nuevamente que, en la práctica y por razones jurídicas y políticas, algunas RoE se ocupan del tema mediante normas de la defensa propia que se basan en la amenaza que representa la persona y no en su estatuto.

En la reunión se observó asimismo que, para que cualquier clarificación de las normas pertinentes sea completa y cumpla con la finalidad esperada, es necesario abordar la cuestión de la interacción entre el paradigma de la conducción de hostilidades y el del mantenimiento del orden desde una perspectiva amplia, teniendo en cuenta no solo aspectos relacionados con la ejecución de una operación (uso efectivo de la fuerza), sino también cuestiones previas y posteriores al uso de la fuerza. Se consideró que la planificación de las operaciones es clave para garantizar el respeto de la ley. Se señaló también que la formación de las fuerzas armadas en procedimientos de mantenimiento del orden (o técnicas similares) y el equipamiento adecuado que permita el uso gradual de la fuerza son importantes (incluso imprescindibles) para los conflictos armados contemporáneos. Los expertos también coincidieron en que debe realizarse una investigación al menos cuando se presenta una denuncia creíble de que se han cometido crímenes de guerra y en que esta debe ser independiente e imparcial.

Por último, en la reunión quedó clara la divergencia entre la forma de percibir el tema del uso de la fuerza en conflictos armados por parte de los responsables de aplicar las normas del DIH en la práctica y el enfoque adoptado por los expertos y órganos de derechos humanos. Así pues, es necesario acercar posiciones y fomentar el diálogo entre los expertos y los profesionales de ambas esferas.



## **APÉNDICES**

Apéndice 1: Programa

Apéndice 2: Listado de asistentes

Apéndice 3: Presentación escrita de Françoise Hampson

Apéndice 4: Resumen de la presentación de Juan Carlos Gómez Ramírez

Apéndice 5: Resumen de la presentación de Richard Gross

Apéndice 6: Resumen de la presentación de Olga Chernishova

## Apéndice 1: Programa

### EL USO DE LA FUERZA EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

*Interacción entre los paradigmas de la conducción de hostilidades  
y del mantenimiento del orden*

**Jueves 26 de enero de 2012**

#### **8.30-10.15: Sesión introductoria: presentación del contexto**

8.30-8.45	Discurso de apertura	Philip Spoerri
8.45-9.15	Presentación de los expertos	V. listado de asistentes
9.15-9.30	Presentación del tema y la metodología a cargo del presidente	Knut Dörmann
9.30-9.45	Reflexiones acerca del Manual de derecho operacional de Colombia	Juan Carlos Gómez Ramírez
9.45-10.15	Preguntas y debate	

#### **10.15-10.30: Café**

10.30-10.45	El uso de la fuerza en las distintas fases del conflicto de Afganistán	Richard Gross
10.45-11.15	Preguntas y debate	
11.15-11.30	Uso de la fuerza y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: panorama general	Olga Chernishova
11.30-12.00	Preguntas y debate	

#### **12.00-13.00: Almuerzo**

#### **13.00-15.00: Debate acerca de las características distintivas de los dos paradigmas**

#### **15.00-15.15: Café**

#### **15.15-17.45: Uso de la fuerza contra objetivos legítimos en conflictos armados**

Estudio de caso 1	Uso de la fuerza contra objetivos legítimos
-------------------	---

#### **17.45-18.00: Cierre a cargo del presidente**

#### **19.30: Cena**



---

**Viernes 27 de enero de 2012**

---

**8.00-10.00: Uso de la fuerza en motines, lucha contra la delincuencia, intentos de evasión y desacato a órdenes militares en situaciones de conflicto armado**

Estudio de caso 2	Motines en situaciones de conflicto armado
Estudio de caso 3	Lucha contra la delincuencia

**10.00-10.15: Café**

**10.15-12.15: Uso de la fuerza en disturbios, lucha contra la delincuencia, intentos de evasión y desacato a órdenes militares en situaciones de conflicto armado (continuación)**

Estudio de caso 4	Intentos de evasión/motines en situaciones de detención
Estudio de caso 5	Puestos de control

**12.15-13.15: Almuerzo**

**13.15-14.00: Recapitulación de las conclusiones extraídas del análisis de los estudios de caso**

**14.00-15.45: Aspectos anteriores y posteriores al uso de la fuerza**

Se invita a los expertos a debatir sobre temas vinculados con las obligaciones de prevención (anteriores a la ejecución de una operación) y con la obligación de investigar con posterioridad al uso de la fuerza, considerando los estudios de caso presentados.

**15.45-16.00: Cierre a cargo del presidente**

(A partir de las 16.00: traslados al aeropuerto, etc.)

## Apéndice 2: Listado de asistentes

### EXPERTOS

	<b>Nombre</b>	<b>Apellido</b>	<b>Título – cargo</b>	<b>País de origen</b>
Sr.	Kirby	ABBOTT	Coronel, consejero jurídico adjunto, Cuartel General Supremo de las Potencias Aliadas en Europa, OTAN	Canadá
Sra.	Olga	CHEMNISHOVA	Doctora, jefa del Departamento Jurídico, Secretaría del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	Rusia
Sr.	Robert	CHESENEY	Profesor de Derecho, Universidad de Texas, Facultad de Derecho	Estados Unidos de América
Sr.	Robert	GOLDMAN	Profesor, titular de la cátedra Louis C. James, American University, Facultad de Derecho Washington	Estados Unidos de América
Sr.	Juan Carlos	GÓMEZ RAMÍREZ	Coronel, Fuerza Aérea Colombiana, Director del Instituto Militar Aeronáutico	Colombia
Sr.	Richard	GROSS	Coronel, asesor jurídico interino del Jefe del Estado Mayor Conjunto, Ejército de Estados Unidos	Estados Unidos de América
Sr.	Christof	HEYNS	Profesor de Derechos Humanos, Universidad de Pretoria, y Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias de la ONU	Sudáfrica
Sr.	Richard	JACKSON	Coronel, asistente especial en materia de derecho de guerra, Ejército de Estados Unidos	Estados Unidos de América
Sr.	David	KRETZMER	Profesor emérito, Universidad Hebrea de Jerusalén	Israel
Sr.	Liron	LIBMAN	Coronel, exjefe del Departamento de Derecho Internacional, sede del Defensor militar general, Fuerzas de Defensa de Israel	Israel
Sra.	Yan	LING	Profesor de Derecho Internacional, Universidad de China de Derecho y Ciencias Políticas	China
Sr.	Noam	LUBELL	Profesor de Derecho Internacional de Conflictos Armados, Universidad de Essex	Reino Unido
Sr.	Djamchid	MOMTAZ	Profesor de Derecho Público Internacional, Universidad de Teherán	Irán
Sr.	Cameron	MOORE	Comandante, letrado de la Armada Real Australiana y catedrático, Departamento de Profesiones Liberales, Facultad de Derecho, Universidad de Nueva Inglaterra	Australia
Sr.	Milad	NASRALLAH	Mayor, Fuerzas de Seguridad Interna de Líbano	Líbano
Sr.	Claudio	PIEDRA BUENA	Coronel, director del Centro Argentino de Entrenamiento para Operaciones de Paz (CAECOPAZ)	Argentina

	<b>Nombre</b>	<b>Apellido</b>	<b>Título – cargo</b>	<b>País de origen</b>
Sra.	Elizabeth	SALMÓN	Doctora, directora académica del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP)	Perú
Sr.	Marco	SASSÒLI	Profesor de Derecho Internacional, Universidad de Ginebra	Suiza
Sr.	André	VIANNA	Coronel (retirado) de la Policía Militar de San Pablo	Brasil
Sir	Michael	WOOD	Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU	Reino Unido
Sr.	Marten	ZWANENBURG	Doctor, asesor jurídico principal, Ministerio de Defensa de los Países Bajos	Países Bajos

25.01.2012

**CICR**

	<b>Nombre</b>	<b>Apellido</b>	<b>Título – cargo</b>
Sr.	Knut	DÖRMANN	Doctor, jefe de la División Jurídica, Presidente
Sra.	Cordula	DROEGE	Doctora, asesora jurídica, Unidad de Asesoramiento Jurídico por Cuestiones Temáticas, División Jurídica
Sr.	Tristan	FERRARO	Doctor, asesor jurídico, Unidad de Asesoramiento Jurídico por Cuestiones Temáticas, División Jurídica
Sra.	Gloria	GAGGIOLI	Doctora, asesora jurídica, Unidad de Asesoramiento Jurídico por Cuestiones Temáticas, División Jurídica
Sra.	Kathleen	LAWAND	Jefa de la Unidad de Armas, División Jurídica
Sra.	Jelena	PEJIĆ	Asesora jurídica principal, Unidad de Asesoramiento Jurídico por Cuestiones Temáticas, División Jurídica
Sr.	Jean-François	QUÉGUINER	Doctor, jefe de la Unidad de Asesoramiento Jurídico por Cuestiones Temáticas División Jurídica
Sr.	Yves	SANDOZ	Profesor, miembro de la Asamblea
Sr.	Philip	SPOERRI	Doctor, director de Derecho Internacional y Cooperación

25.01.2012

## **Apéndice 3: Presentación escrita de Françoise Hampson\***

### **La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el uso de la fuerza<sup>1</sup>**

#### *1. Introducción: advertencia*

Doy por hecho que, en la reunión, se examinará cuándo, durante un conflicto armado o una situación que podría calificarse como tal, el uso de la fuerza debe analizarse a través del marco del DIH y cuándo debe hacerse a través del marco del derecho de los derechos humanos. Para ello, debemos considerar los contenidos pertinentes de ambos paradigmas. Sospecho que la mayoría de las muertes ocurridas durante un conflicto armado que constituyen violaciones del derecho de los derechos humanos también son violatorias del DIH. Ciertamente, en mi experiencia en el sudeste de Turquía y también en Chechenia, este ha sido el caso. Dicho de otro modo, en la práctica, el problema es lograr que se respeten las normas, sean cuales fueren las que se invoquen. No es que los Estados violen el derecho de los derechos humanos porque aplican inadecuadamente el DIH. Dicho esto, es cierto que hay un abanico de situaciones en las que no está claro (o se argumenta que no está claro) cuál es el marco de análisis que corresponde aplicar.

Mi punto de partida es que la diferencia clave entre el análisis según el DIH y el análisis según el derecho de los derechos humanos es que el primero permite atacar a una persona legítimamente<sup>2</sup> en función de su estatuto. Eso significa que alguien puede ser objeto de ataque en virtud de su pertenencia a un grupo, ya sean las fuerzas armadas enemigas o

\* La autora fue representante legal de los demandantes en muchas causas relacionadas con muertes acaecidas en la región suroriental de Turquía, como *Ergi, Akkum, Akan y Karakoc*; muerte de personas "a manos de un desconocido", como *Tanrikulu, Akkoc, Kaya, Kilic*; muertes en situación de detención, como *Salman y Tas*; y desapariciones y muertes presuntas, como *Cakici, Ertak y Akdeniz*. Además, ha trabajado en causas relacionadas con tortura, detenciones ilegales, destrucción de viviendas y otras propiedades, y con el derecho a un recurso efectivo. Fue una de las representantes de los demandantes en la causa *Bankovic*. También representó al gobierno de la República de Chipre, interviniente en la causa *Varnava c. Turquía*.

<sup>1</sup> Esta presentación fue redactada antes de la reunión de expertos por Françoise Hampson, quien no pudo asistir al evento para efectuar una presentación introductoria sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al uso de la fuerza. Cabe señalar que este no es un trabajo académico, sino una serie de reflexiones que la autora quería compartir con los asistentes a la reunión.

<sup>2</sup> Por "atacar" se entiende abrir fuego deliberadamente contra un objetivo en lugar de acertarle meramente por azar, sea de manera previsible o no.

un grupo armado organizado en el que la persona desempeña una función continua de combate<sup>3</sup>. En términos generales, el paradigma de los derechos humanos solo permite atacar en función de la conducta del individuo atacado<sup>4</sup>.

Al analizar el derecho de los derechos humanos durante la reunión, será necesario tener en cuenta no solo los fallos vinculantes de los tribunales regionales de derechos humanos y las decisiones del Comité de Derechos Humanos de conformidad con el Primer Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), sino también las Opiniones consultivas, las Observaciones finales de los informes de los Estados y los Comentarios generales de dichos órganos, así como la labor de los Procedimientos especiales y de quienes tienen mandatos similares (por ejemplo, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa)<sup>5</sup>.

Es fundamental que, al examinar la jurisprudencia de los órganos de derechos humanos, los expertos de la reunión diferencien entre dos aspectos bien distintos.

Un órgano judicial o cuasi-judicial de derechos humanos está totalmente capacitado para pronunciar dictámenes autorizados respecto de violaciones del derecho de los derechos humanos. Al hacerlo, elabora una visión autorizada de los distintos componentes del derecho. La muerte investigada por el órgano de derechos humanos pudo haber ocurrido durante un conflicto armado. *Eso no significa que el órgano de derechos humanos vaya a tener en cuenta el DIH o se haya preguntado si el marco de análisis pertinente es el DIH o el derecho de los derechos humanos.*

No se puede dar por sentado que, simplemente por usar términos que suelen emplearse en el contexto del DIH (por ejemplo, "población civil"), un órgano de derechos humanos está tomando en cuenta ese marco jurídico<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> V. CICR, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, preparada por N. Melzer, Ginebra, Suiza, mayo de 2009 (a continuación *Guía sobre PDH* del CICR). Algunos de los que objetan la *Guía sobre PDH* del CICR mencionan la exigencia de que la persona ejerza una función continua de combate. La definición del derecho convencional (desde el momento en que la persona participa directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación) parece fundamentarse en la conducta. La *Guía sobre PDH* redefine el concepto con el fin de incluir un criterio de estatuto sin desestimar la prueba de conducta para aquellos que no pertenecen a un grupo armado organizado o que ejercen una función de combate solo ocasionalmente. Así, la *Guía sobre PDH* tiene importantes implicaciones para el tema estudiado en la reunión. V. también F. Hampson, "Direct participation in hostilities and the interoperability of the law of armed conflict and human rights law", *International Law Studies*, vol. 87, Escuela de Guerra Naval de Estados Unidos, 2011, p. 187.

<sup>4</sup> Como se observará más adelante, según tres tratados de derechos humanos, es posible tomar como objeto de ataque a personas según su estatuto en situaciones de conflicto armado sin necesidad de modificar el tratado. Eso no se aplica al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

<sup>5</sup> Uno de los problemas que se le presentan al Tribunal Europeo de Derechos Humanos es que no puede emitir Opiniones consultivas sobre temas sustantivos de derechos humanos, no recibe informes de los Estados y no formula Comentarios generales. Por ello, no tiene la oportunidad de hacerse preguntas generales (por ejemplo, acerca de la relación entre el DIH y el derecho de los derechos humanos) fuera del marco de la causa particular que trata. Sí puede formular, y de hecho lo hace, preguntas generales en el contexto de causas particulares, pero se corre el riesgo de que la especificidad de la causa distorsione la idea general; v. *infra*.

<sup>6</sup> V. TEDH, *Ergi c. Turquía*, 28 de Julio de 1998, párr. 79: "... la responsabilidad del Estado no se limita a las circunstancias donde existe evidencia significativa de que los disparos errados efectuados por agentes estatales hayan matado a un civil que no era objeto del ataque. También se extiende a situaciones en las

En la reunión *debe* tenerse en cuenta la jurisprudencia de los órganos de derechos humanos porque ese es el ámbito al que recurren con mayor frecuencia las personas que denuncian muertes ilícitas durante un conflicto armado. Sin embargo, debemos distinguir entre casos que se basan exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, en los que no se hace referencia alguna a la posible relevancia del DIH, y casos cuya resolución exige que el órgano interviniente considere la posible pertinencia del DIH o del paradigma de los derechos humanos, incluso cuando, en última instancia, ese órgano solo goza de competencia para abordar violaciones del derecho de los derechos humanos. Un ejemplo clásico de lo segundo es la causa *Abella*, presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>7</sup>. La Comisión, *motu proprio*, determinó que el DIH era pertinente en ese caso, utilizó conceptos del DIH que parecen no tener relación con el derecho de los derechos humanos (el uso de la bandera blanca, el uso de armas ilícitas) y explicó su relevancia incluso en una situación que, según se argumentó, quedaba comprendida dentro del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Antes de considerar que la decisión de un órgano de derechos humanos es relevante para las cuestiones tratadas en la reunión, es necesario que en dicha decisión quede claro:

- que el DIH era potencialmente relevante;
- que el DIH resultó no ser relevante;
- o que el DIH sí resultó ser relevante.

También se espera que el órgano fundamente sus decisiones. Si se trata de una cuestión no abordada previamente, podría ser necesario, como cuestión preliminar, abordar el tema de *si* es posible tener en cuenta el DIH, si el DIH abarca tanto el derecho convencional como las normas del DIH consuetudinario, y *cuándo* y *cómo* el órgano tendrá en cuenta el DIH.

Sobre esa base, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) solo es relevante como un análisis pormenorizado de los requisitos del derecho de los derechos humanos. Ni una sola vez se ha considerado en ella el fondo de la relación entre el DIH y el derecho de los derechos humanos, la relevancia del DIH o cómo tener en cuenta el DIH. Eso está a punto de cambiar. En la segunda causa interestatal entablada por Georgia contra Rusia, surgida del conflicto armado entre los dos Estados, Rusia alegó que el Tribunal no tiene jurisdicción en la causa porque las cuestiones en disputa están regidas por el DIH, cuya aplicabilidad anula la del derecho de los derechos humanos. En su decisión sobre la admisibilidad, el Tribunal determinó que la posible relevancia del DIH era un tema para la fase de evaluación de los méritos del caso<sup>8</sup>.

Estos breves comentarios servirán para tratar las disposiciones pertinentes del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el marco de análisis pormenorizado del derecho relevante y la jurisprudencia del Tribunal respecto de muertes ocurridas en situaciones en que el DIH era potencialmente relevante.

---

que los agentes no toman todas las precauciones posibles a la hora de elegir los medios y los métodos de una operación de seguridad montada contra un grupo de oposición con la intención de *evitar y, en todas las circunstancias, reducir al mínimo la pérdida incidental de vidas civiles*". (El resaltado es nuestro.) *V. infra*.

<sup>7</sup> CIDH, *Abella c. Argentina*, 18 de noviembre de 1997.

<sup>8</sup> TEDH, *Georgia c. Rusia II*, 13 de diciembre de 2011.

## 2. Disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos aplicables al uso de la fuerza potencialmente letal

Las disposiciones aplicables del Convenio Europeo de Derechos Humanos son distintas de los artículos equivalentes de otros tratados. El PIDCP, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíben la privación arbitraria de la vida. Esa prohibición no es derogable<sup>9</sup>. Lo que es arbitrario en tiempo de paz no necesariamente lo es en situación de conflicto armado. En consecuencia, los documentos citados no impiden que los órganos de derechos humanos recurran al DIH para determinar si una muerte es arbitraria o no durante un conflicto armado.

Con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la situación es distinta. En el artículo 2, se enumeran los únicos casos en que los agentes estatales pueden recurrir a la fuerza potencialmente letal<sup>10</sup>. Todos ellos tienen que ver con la conducta de la persona objeto del ataque y constituyen la esencia del paradigma del mantenimiento del orden. La condición necesaria para lanzar un ataque justificado es que el uso de la fuerza sea “absolutamente necesario”<sup>11</sup>.

En conflictos armados y otras situaciones de emergencia pública que amenacen la vida de la nación, un Estado puede pretender modificar el artículo 2 para incluir la frase “actos lícitos de guerra”. Hasta el momento, ningún Estado ha invocado ese recurso<sup>12</sup>.

La redacción del CEDH impide que el TEDH tenga en cuenta el DIH como una simple consecuencia de la interpretación del tratado. Como se verá más adelante, hay otro modo en que podría hacerlo.

El artículo 2, en este caso, al igual que otros tratados de derechos humanos, exige específicamente que los Estados protejan el derecho a la vida.

## 3. Marco de análisis de una muerte supuestamente ilícita de acuerdo con el CEDH

Cuando se denuncia una violación de derechos humanos en una situación en la que las violaciones del derecho de los derechos humanos son sistemáticas o generalizadas,

---

<sup>9</sup> La derogación permite que, en determinadas circunstancias, un Estado modifique el alcance de ciertas obligaciones relativas a los derechos humanos. Es una posibilidad que está a disposición de los Estados. Si no la invocan, el órgano de derechos humanos no lo hará *motu proprio*. En ese sentido, difiere del DIH, que se aplica estrictamente en circunstancias determinadas. Su aplicabilidad no depende de su invocación por el Estado.

<sup>10</sup> El art. 2 del CEDH establece que “el derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. [...] La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesaria: a. en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b. para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c. para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”. Es posible que, en la actualidad, el Tribunal establezca un umbral alto para el segundo caso (cuando la persona comete un crimen o huye tras cometerlo) para que, en efecto, esta ya no sea una justificación para recurrir a la fuerza potencialmente letal.

<sup>11</sup> El umbral aparentemente supera el “absolutamente necesario”, pero puede tratarse de una distinción sin diferencias prácticas; v. TEDH, *Stewart c. Reino Unido*, 10 de julio de 1984.

<sup>12</sup> No queda claro si se trata de una cláusula de derogación limitada o de una defensa. En el art. 15 del CEDH, relativo a la derogación, se la considera por separado.



la cuestión más importante es, con frecuencia, determinar los hechos. Si los hechos son como se presentan en la denuncia, a menudo queda claro que habrá habido una violación del derecho de los derechos humanos. Esas situaciones suelen estar caracterizadas por la impunidad, al menos a nivel nacional. En ellas, poca atención se presta al derecho interno o al internacional, ya que los órganos de seguridad del Estado no esperan ser llamados a rendir cuentas. Gran parte de la experiencia del Comité de Derechos Humanos, la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos surge de situaciones de ese tipo. La experiencia del TEDH es diferente. Comprende situaciones en las que una muerte denunciada como ilícita ocurre en un marco de respeto general de la ley y de disponibilidad general del derecho a un recurso a nivel interno. Eso implica que la ex Comisión Europea y el Tribunal han tenido que resolver casos que se aproximan mucho a la línea que separa la muerte lícita de la muerte ilícita. La jurisprudencia del TEDH contiene un análisis completo y minucioso de los conceptos relevantes.

#### a. El contexto de la muerte

El contexto en el que ocurre la muerte puede tener efectos importantes en el manejo del caso, en especial, en lo referente a la valoración de los principios de necesidad y proporcionalidad. El contexto incluye operaciones de detención planificadas<sup>13</sup>, otras operaciones planificadas<sup>14</sup> y situaciones en las que no estaba prevista la necesidad de abrir fuego. Cuanto mayor sea el grado de planificación de una operación, tanto más esperará el Tribunal que un Estado busque la forma de minimizar la necesidad de abrir fuego. Si un Estado pretende frustrar un asalto a un banco, por ejemplo, no puede limitarse a apostar francotiradores en las terrazas de los edificios cercanos pues, de ese modo, la única forma de detener a los asaltantes sería disparándoles. De acuerdo con el CEDH, los actos de quienes abren fuego podrían no ser violatorios del Convenio, mientras que la forma en que se planificó la misma operación podría constituir una violación de sus disposiciones<sup>15</sup>. No parece haber diferencias respecto de si las fuerzas de seguridad son policías, gendarmes o miembros de las fuerzas armadas. No queda claro si, para el Tribunal, las muertes ocasionadas por el uso de la fuerza aérea difieren en algún sentido de las causadas por las fuerzas terrestres<sup>16</sup>.

#### b. ¿Para recurrir al artículo 2 tiene que haber víctimas fatales?

Tiene que haber uso de la fuerza potencialmente letal, pero ese uso no necesariamente debe causar la muerte. Podría pensarse que ese es el significado de la cláusula que se aplica a los ataques que ponen en riesgo la vida de las personas. En *Ilhan v. Turquía*, la

---

<sup>13</sup> V., por ejemplo, TEDH, *Gül c. Turquía*, 14 de diciembre de 2000.

<sup>14</sup> V., por ejemplo, *Ergi*, nota 6 *supra*, causa en la que se adujo que las fuerzas de seguridad buscaban tender una emboscada al PKK para impedir su infiltración en un poblado.

<sup>15</sup> Esto se observa claramente en TEDH, *McCann y otros c. Reino Unido*, 27 de septiembre de 1995 (muertes de Gibraltar). El Tribunal determinó que el acto del Special Air Service de abrir fuego contra reconocidos terroristas que llevaban a cabo una misión en Gibraltar no violaba el Convenio, pero que la forma en que se planificó la operación, sí, pues no se siguieron los pasos apropiados para evitar el recurso a la fuerza potencialmente letal.

<sup>16</sup> Además de la notoria causa del TEDH *Isayeva y otros c. Rusia*, 24 de febrero de 2005, en otros casos también hubo ataques aéreos, incluso en circunstancias que, según el DIH, constituían un conflicto armado no internacional. Algunas causas se resolvieron mediante un acuerdo amistoso; v., por ejemplo, TEDH, *Isiyok c. Turquía*, 3 de abril de 1995.

víctima estaba rodeada, en el suelo, y los efectivos dieron vuelta los fusiles y lo golpearon en la cabeza con la culata. Le provocaron un daño cerebral permanente, con parálisis de la mitad del cuerpo. La mayoría de los miembros de la Comisión consideró que se trataba de una violación del artículo 2. El Tribunal, sin embargo, sostuvo que el artículo 2 no era aplicable y que el caso debía analizarse a la luz del artículo 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes). Según mi punto de vista, esta decisión es equivocada.

#### c. Justificación del uso de la fuerza potencialmente letal

Los motivos para usar la fuerza potencialmente letal son precisos, concretos, claros y exhaustivos<sup>17</sup>.

#### d. Umbral para el empleo legítimo de la fuerza potencialmente letal

La prueba de la necesidad absoluta se aplica a la acción de abrir fuego y no al análisis de la fuerza empleada, que se examina de acuerdo con el requisito de proporcionalidad. Sea cual fuere el significado de “absolutamente necesario”, es evidente que el umbral es alto<sup>18</sup>.

#### e. Proporcionalidad

Si bien el Convenio no hace referencia a la proporcionalidad, este requisito se ha deducido en el marco de la interpretación del tratado. Esto confiere cierta flexibilidad al Tribunal y le permite tomar en consideración *todas* las circunstancias del caso. El concepto se aplica al *modo* en que se usa la fuerza y presenta al menos tres aspectos. En primer lugar, el daño que se causa a la víctima debe ser proporcional al riesgo que ésta supone para otras personas<sup>19</sup>. En segundo lugar, se debe tratar por todos los medios de reducir al mínimo el riesgo para las otras personas que están en la zona, aunque se reconoce que eliminarlo es imposible. En lo referente al riesgo para las personas ajenas a la situación, es evidente que el uso indiscriminado de armas de fuego es ilegal<sup>20</sup>. En tercer lugar, las armas utilizadas son relevantes para el análisis de la proporcionalidad<sup>21</sup>.

Mientras que el análisis de los distintos aspectos de la protección del derecho a la vida es bastante sofisticado, su aplicación práctica puede resultar sorprendente. A veces, el Tribunal fundamenta sus decisiones en la falta de proporcionalidad cuando, en realidad, no había motivos para abrir fuego<sup>22</sup>. Tal vez, el Tribunal piense que, de esta manera, conseguirá lo mismo para el denunciante sin ser tan crítico del Estado. A veces, el desplazamiento de la verdadera violación adopta una forma más trágica o problemática. En la causa *Özkan*, una

---

<sup>17</sup> V. nota 10 *supra*.

<sup>18</sup> V. nota 11 *supra*.

<sup>19</sup> Existe una diferencia significativa respecto del significado de proporcionalidad según el derecho de los conflictos armados; v. también N. Lubell, “Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict” [Desafíos en la aplicación del derecho de los derechos humanos en los conflictos armados], *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n.º 737, diciembre de 2005.

<sup>20</sup> V. *Ergi*, nota 6 *supra* y los debates más abajo.

<sup>21</sup> En *Gül*, nota 13 *supra*, se atribuyó al Estado la responsabilidad de una muerte ocurrida como consecuencia del uso de munición real durante una manifestación ilícita. El Tribunal determinó que el Estado debía disponer de agentes de represión de disturbios, como gas lacrimógeno. V. también *Stewart*, nota 11 *supra* (uso de balas de goma).

<sup>22</sup> V., por ejemplo, TEDH, *Haran c. Turquía*, 26 de febrero de 1996; la Comisión convocó a una audiencia para investigar los hechos. La causa se resolvió por un acuerdo amistoso.

niña resultó muerta como consecuencia de las heridas que recibió en su casa durante un ataque a un poblado<sup>23</sup>. El Tribunal parece haber querido responsabilizar al Estado por la muerte, pero tal vez tuvo cierta reticencia a analizar en detalle las circunstancias del ataque. El abogado de la parte demandante sostuvo que la niña murió como consecuencia del uso indiscriminado de la fuerza. El Tribunal, en cambio, se centró en lo que pasó cuando las fuerzas de seguridad irrumpieron en el poblado. Los pobladores fueron reunidos en dos grupos. Las fuerzas de seguridad preguntaron si alguien necesitaba asistencia de salud, sin hacer una inspección individual. La madre de la niña no dijo nada, lo cual, dadas las circunstancias, no es sorprendente. Si las fuerzas de seguridad no hubieran hecho esa pregunta o si no le hubieran proporcionado la asistencia necesaria, el caso entraría en el alcance del Convenio<sup>24</sup>. Sin embargo, la pregunta sí se había formulado. El Tribunal responsabilizó al Estado de no haber determinado por iniciativa propia si la asistencia era necesaria. En lugar de encontrar al Estado culpable de una muerte causada por uso indiscriminado de la fuerza, la Corte prefirió imponerle una obligación sumamente gravosa en la esfera de la asistencia de salud.

El Tribunal analiza si ha habido una violación, pero no indaga las causas ni los modos de esa violación. Es una pena que así sea, cuando los objetivos consisten en reducir la posibilidad de que una situación se repita en el futuro. Por ejemplo, en muchos casos, sería útil conocer las reglas de enfrentamiento con las que operan las fuerzas.

#### f. Protección del derecho a la vida y medidas operacionales de protección

En términos generales, un Estado protege el derecho a la vida dictando leyes adecuadas y contando con un sistema policial y judicial que asegure su cumplimiento. Con carácter excepcional, si un individuo puede probar que corre un riesgo particular, pueden tomarse medidas operacionales de protección<sup>25</sup>.

#### g. Protección del derecho a la vida e investigación de toda muerte sospechosa

A fin de proteger el derecho a la vida, el Estado debe llevar a cabo una investigación inmediata y eficaz de *toda* muerte sospechosa<sup>26</sup>, tanto las muertes a manos de agentes del Estado como las causadas por terceros<sup>27</sup>. Para ser eficaz, la investigación debe ser independiente, lo que tiene una serie de implicancias particulares cuando el sospechoso de la muerte es un miembro de la policía o de las fuerzas armadas. Si la investigación ha de llevarse a cabo en la zona de conflicto, es importante que el Tribunal tenga en cuenta el

---

<sup>23</sup> V. TEDH, *Ozkan y otros c. Turquía*, 6 de abril de 2004.

<sup>24</sup> V., por ejemplo, *Gül*, nota 13 *supra*. El acceso a una atención médica eficaz fue un tema importante en una causa reciente del TEDH, *Finogenov y otros c. Rusia*, 20 de diciembre de 2011 (toma de un teatro en Moscú).

<sup>25</sup> V. TEDH, *Osman c. Reino Unido*, 28 de octubre de 1998. Sobre la aplicación del principio, v. TEDH, *Kaya c. Turquía*, 28 de marzo de 2000; TEDH, *Kilic c. Turquía*, 28 de marzo de 2000. Cabe mencionar que en ambas causas es posible inferir cierto grado de complicidad del Estado. Dicho de otro modo, el riesgo para la persona fue provocado por agentes estatales o personas bajo el control de estos.

<sup>26</sup> Hay un gran volumen de jurisprudencia sobre la obligación de investigar en el contexto del art. 2 del CEDH, en causas relacionadas con la situación en el sudeste de Turquía y Chechenia.

<sup>27</sup> Esto incluye las muertes a manos de miembros de un grupo armado organizado. El derecho de los derechos humanos solo rige para los Estados, pero también puede aplicarse indirectamente a los actores no estatales como consecuencia de la obligación del Estado de proteger a las personas contra violaciones de los derechos humanos a manos de esos actores.

impacto de la situación en el terreno para determinar cuáles son los requisitos que ha de cumplir la investigación<sup>28</sup>.

Cuando se denuncia que el uso de la fuerza letal ha sido motivado por la discriminación, la investigación debe encarar no solo la muerte en sí, sino también la acusación de discriminación<sup>29</sup>.

#### 4. Uso de la fuerza potencialmente letal en casos en que el DIH es, o se afirma que es, relevante

El TEDH ha intervenido en causas en las que el DIH era indiscutiblemente o discutiblemente relevante. Entre ellas, se encuentran aquellas en las que la parte denunciante trae a colación la relevancia del DIH. Estas causas se relacionan con conflictos armados internacionales. Gran parte del litigio entre Chipre y Turquía que tuvo lugar como consecuencia de la invasión turca y la ocupación del territorio chipriota fue tratada por la ex Comisión Europea de Derechos Humanos; sin embargo, también se entabló una causa interestatal y Chipre ha intervenido en causas de ciudadanos chipriotas vinculadas con el conflicto<sup>30</sup>. Uno de los casos más notorios fue la causa *Bankovic* contra todos los Estados miembro de la OTAN<sup>31</sup>. Los denunciantes hacían referencia una y otra vez al DIH en sus alegatos, en relación con los artículos 2, 10 y 13. Un caso más reciente es la segunda causa impulsada por Georgia contra Rusia, que comprende tanto un conflicto armado internacional como otro no internacional<sup>32</sup>.

Asimismo, y con mayor frecuencia, al TEDH han llegado causas surgidas de situaciones en las que muchos organismos, entre los que se cuenta el CICR, habrían sostenido la aplicabilidad del DIH, incluso aunque el Estado se negaba a reconocerla. Eso no equivale a afirmar que el Estado encaraba la situación como si se tratara de una emergencia interna. Una de esas situaciones era la de Irlanda del Norte, donde el Reino Unido rechazó la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra, pero permitió al CICR visitar a los detenidos por el conflicto, de acuerdo con el derecho de la Institución a ofrecer sus servicios de conformidad con sus Estatutos. Otro ejemplo es el de la situación en el sudeste de Turquía durante la década de 1990, en la que Turquía rechazaba la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra. En el caso de Chechenia, es necesario hacer una distinción entre la primera y la segunda guerra chechena. La Corte Constitucional rusa determinó la aplicabilidad del Protocolo adicional II al primer conflicto, pero reconoció que no se habían tomado medidas para su implementación interna<sup>33</sup>. En el ámbito internacional, Rusia ha rechazado la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra a la segunda guerra chechena. Después del

---

<sup>28</sup> V., por ejemplo, TEDH, *Al-Skeini c. Reino Unido*, 7 de julio de 2011, sobre la obligación de investigar las muertes ocurridas en Basora, Irak.

<sup>29</sup> V., por ejemplo, TEDH, *Nachova y otros c. Bulgaria*, 26 de febrero de 2004 (Primera Sección) y 6 de julio de 2005 (Gran Sala); el fallo de la Gran Sala fue más restrictivo que el de la Sala.

<sup>30</sup> En las causas relacionadas con la conducción de la invasión no se plantearon temas vinculados con usos específicos de la fuerza. Ha habido causas individuales sobre el uso de la fuerza por parte de Turquía como potencia ocupante; v. nota 36 *infra* y el texto al que remite.

<sup>31</sup> TEDH, *Bankovic y otros c. Bélgica y otros 16 miembros de la OTAN*, 12 de diciembre de 2001.

<sup>32</sup> V. nota 8 *supra*.

<sup>33</sup> Fallo de la Corte Constitucional de la Federación de Rusia, 31 de julio de 1995, sobre la constitucionalidad de los decretos presidenciales y las resoluciones del gobierno federal respecto de la situación en Chechenia, Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho del Consejo de Europa, CDL-INF (96) 1.

9/11, la postura de Rusia es que se trata de actos terroristas y criminales. Todas las causas vinculadas con la aplicación del CEDH están relacionadas con la segunda guerra chechena.

En síntesis, el TEDH ha tenido muchas oportunidades de abordar la relación entre el DIH y el derecho de los derechos humanos, o la pertinencia del DIH en sus decisiones sobre derechos humanos, pero ha optado por no hacerlo.

a. Surgen así dos interrogantes. El primero: ¿podría/debería el TEDH tener en cuenta el DIH? El segundo: ¿la omisión de hacerlo ha llevado a resultados distintos?

La opinión de la Corte Internacional de Justicia es que algunas situaciones están regidas exclusivamente por el derecho de los derechos humanos; otras, solo por el DIH; y un tercer grupo, por ambos<sup>34</sup>. El hecho de que algunas situaciones estén regidas solo por el DIH no implica que los órganos de derechos humanos no tengan jurisdicción sobre ellas, pues la Corte Internacional de Justicia también sostiene que el derecho de los derechos humanos se aplica en todas las circunstancias, con la sola excepción de los casos de derogación. En casos en los que solo se aplica el DIH, es dable suponer que los órganos de derechos humanos solo hallarían violaciones del derecho de los derechos humanos donde hay violaciones del DIH. Cuando los dos cuerpos jurídicos son aplicables a la vez, el DIH es la *lex specialis*, cualquiera sea el significado de ese término. De acuerdo con ese razonamiento, el TEDH *debería* tener en cuenta el DIH.

Como ya se ha establecido, al menos en cuanto al artículo 2, la redacción del Convenio implica que el Tribunal no puede tener en cuenta el DIH como consecuencia de la interpretación del tratado, a menos que un Estado invoque “actos lícitos de guerra”. Sin embargo, existe otro modo de hacerlo. El TEDH siempre ha adoptado el enfoque según el cual el CEDH forma parte del cuerpo del derecho internacional y es necesario recurrir a otras normas del derecho internacional para su interpretación. El ejemplo más claro es el reconocimiento de que los Estados pueden aplicar las normas de inmunidad soberana cuando de ese modo impiden que se presenten cargos por tortura en el ámbito interno<sup>35</sup>. No queda claro si el Tribunal trazaría una distinción entre normas del derecho internacional sobre el *funcionamiento* del sistema jurídico internacional (por ejemplo, fuentes, normas sobre el derecho convencional, inmunidad soberana) o si englobaría también otras normas sustantivas del derecho internacional, como el DIH. No hay indicios de que el Tribunal haga tal distinción.

Con frecuencia, el Tribunal ha invocado la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados *motu proprio*, pero eso no ha sido objeto de controversias. Al abordar la aplicabilidad de la inmunidad soberana, al menos una de las partes la trajo a colación, y estaba claro que formaba parte de la esencia del caso.

Siguiendo una lógica similar, parecería que el Tribunal *podría* tener en cuenta el DIH, y que podría hacerlo *motu proprio*.

---

<sup>34</sup> CIJ, Opinión consultiva sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares*, 8 de julio de 1996, párr. 25; CIJ, Opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 9 de julio de 2004, párr. 106; CIJ, *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, 19 de diciembre de 2005, párrs. 216-220.

<sup>35</sup> V. TEDH, *Al-Adsani c. Reino Unido*, 21 de noviembre de 2001.

b. ¿Habría habido alguna diferencia en la decisión si el TEDH hubiese tenido en cuenta el DIH en causas vinculadas con el uso de la fuerza potencialmente letal?

Las causas vinculadas con la invasión turca de Chipre no comprendían casos específicos de muerte. Se reconoce que el derecho de los derechos humanos se aplica en el territorio ocupado, al menos en las zonas en que la ocupación se ha asentado y no encuentra resistencia militar. En ese contexto, se ha aplicado el derecho de los derechos humanos a las muertes ocurridas<sup>36</sup>. Las causas tienen que ver con la responsabilidad de la potencia ocupante de mantener la ley y el orden, y no con la oposición armada organizada contra la potencia ocupante. En lo referente a la causa *Bankovic*, esta fue rechazada con otros fundamentos<sup>37</sup>. Al día de hoy, todas las causas en las que el DIH podría haber llevado a resultados diferentes están relacionadas con conflictos armados no internacionales. En todas ellas, el gobierno demandado no reconoció la aplicabilidad del DIH y no la invocó.

A los efectos del presente debate, se supondrá que, en términos generales, el DIH prohíbe matar a una persona que está en poder de la otra parte<sup>38</sup>. Quedan incluidas las personas que se encuentran en centros de detención y las personas, armadas o no, rodeadas por miembros de las fuerzas de seguridad. En otras palabras, la aplicación del DIH y la del derecho de los derechos humanos tendrían las mismas consecuencias prácticas. La mayoría de las causas del sudeste de Turquía y de Chechenia quedan comprendidas dentro de esa categoría.

Donde podría haber resultados diferentes es en las situaciones en que una persona pierde la vida durante un enfrentamiento entre las fuerzas de seguridad y grupos armados organizados. En situaciones de ese tipo, el DIH prohíbe el ataque a personas que no participan directamente en las hostilidades y exige que se tomen precauciones para proteger a la población civil. El derecho de los derechos humanos impone obligaciones similares. Eso no significa, sin embargo, que la aplicación de uno u otro lleve a las mismas conclusiones. En ese contexto, es pertinente considerar las causas *Ergi, Isayeva y otros e Isayeva*<sup>39</sup>. Las situaciones donde las diferencias son más llamativas son aquellas en las que

---

<sup>36</sup> TEDH, *Isaak c. Turquía*, 24 de junio de 2008 (muertes en la zona desmilitarizada).

<sup>37</sup> Se adujo que los demandantes no se encontraban dentro de la jurisdicción de los gobiernos demandados; dicho de otro modo, la causa se relacionaba con la aplicabilidad extraterritorial del derecho de los derechos humanos.

<sup>38</sup> Hay excepciones, como impedir una evasión y ocuparse de una persona que se encuentra bajo control estatal que no se ha rendido y opone resistencia.

<sup>39</sup> La causa *Ergi*, nota 6 *supra*, debe abordarse con cierta cautela. El análisis jurídico no coincide con lo que se conoce de los hechos. Para entender el problema, es necesario leer el Informe de la Comisión del 20 de mayo de 1997. Dada la precisa configuración de los edificios y la orientación del terreno, la bala que mató a Havva Ergi solo pudo provenir de una dirección. La Comisión le dio crédito al mapa adjunto al Informe, según el cual las fuerzas de seguridad estaban presentes en la zona en cuestión. En ningún momento el Estado sugirió que el PKK había estado presente en esa zona. La Comisión debería haber descubierto que la bala que mató a Havva Ergi fue disparada por las fuerzas de seguridad y, entonces, debería haber analizado si estas habían disparado indiscriminadamente. En cambio, la Comisión solo determinó que era probable que el disparo hubiera provenido de las fuerzas de seguridad. Además, estableció la responsabilidad turca sobre una base más amplia, pero que contradecía los hechos. Como, según el mapa, las fuerzas de seguridad estuvieron presentes en dos zonas, de hecho sí habían tomado precauciones para proteger el poblado del riesgo de fuego cruzado. Si el PKK llegaba desde el noroeste, allí había efectivos de las fuerzas de seguridad. Si se aproximaba por el noreste, había efectivos al sur, así como al este del poblado. El gobierno turco había declarado que solo tenía efectivos al noroeste del poblado. El mapa reveló esa mentira. Si la declaración hubiera sido cierta, el poblado habría estado

el DIH permite un acto prohibido por el derecho de los derechos humanos. El ejemplo más claro es el del ataque según el estatuto de la persona atacada.

Los dictámenes de la Corte Internacional de Justicia no se limitan a circunstancias en las que la aplicación del DIH afectaría el resultado. Cuando corresponde aplicar el DIH, hay que aplicarlo, incluso si produce los mismos resultados que el derecho de los derechos humanos. Las normas de este último, al menos como las aplica el TEDH, son probablemente más rigurosas que las del DIH. En la causa *Isayeva y otros*, no es para nada seguro que se llegaría a la conclusión de que el ataque contra el convoy fue violatorio de los requisitos del DIH con relación a la precaución en el ataque y la proporcionalidad, aunque no cabe duda de que esas cuestiones se plantearían. También cabe recordar que, en el caso *Isayeva*, el Tribunal consideró que el ataque había tenido lugar “en momentos en que no se estaba librando una guerra”<sup>40</sup>.

Es probable que los órganos de derechos humanos sean renuentes a reducir los niveles existentes de protección. Ese sería el resultado de aplicar normas consuetudinarias acerca de los métodos y medios de guerra en situaciones comprendidas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.

---

expuesto al riesgo de fuego cruzado. La causa *Isayeva y otros*, nota 16 *supra*, párr. 178, gira en torno de un ataque aéreo contra un convoy. “El Tribunal acepta que la situación existente en Chechenia en el momento en cuestión requería que el Estado tomara medidas excepcionales para retomar el control de la República y reprimir la insurrección armada ilícita. Presumiblemente, esas medidas podían incluir el empleo de aviones militares equipados con armas pesadas. El Tribunal está dispuesto a aceptar que si los aviones hubiesen sido atacados por grupos armados ilegales, habría existido justificación para el uso de la fuerza letal de conformidad con el artículo 2, párrafo 2”. El Tribunal tuvo grandes dificultades para establecer los hechos. En particular, no logró comprobar la declaración del gobierno respecto del ataque del convoy contra los aviones. “Sin embargo, dado el contexto del conflicto de Chechenia en ese momento, el Tribunal presumirá, en los párrafos que siguen, que las fuerzas armadas tenían motivos razonables para pensar que había un ataque o un riesgo de ataque por parte de los insurrectos y que el ataque aéreo fue una respuesta legítima a dicho ataque. Por lo tanto, suponiendo que el uso de la fuerza podría responder al propósito establecido en el párrafo 2 b) del artículo 2, el Tribunal examinará si tales actos se limitaron a los absolutamente necesarios para lograr tal propósito. Por consiguiente, el Tribunal procederá a examinar, sobre la base de la información proporcionada por las partes y en vista de los principios anteriormente enumerados (v. párrs. 168-173 *supra*), si la planificación y la conducción de la operación fueron realizados de conformidad con el artículo 2 del Convenio” (párrs. 181-182). “En conclusión, incluso suponiendo que las fuerzas armadas perseguían un fin legítimo al lanzar 12 misiles aire-tierra no guiados S-24 el 29 de octubre de 1999, el Tribunal no acepta que la operación llevada a cabo en las proximidades del poblado de Shaami-Yurt haya sido planificada y ejecutada con el debido cuidado para proteger la vida de la población civil” (párr. 199). El análisis de la causa TEDH, *Isayeva c. Rusia*, 24 de febrero de 2005, es muy similar. El Tribunal llegó a la conclusión de que la operación ejecutada contra el poblado de Katyr-Yurt no fue espontánea (es decir, fue planificada). “Los aviones, aparentemente por defecto, transportaban bombas de caída libre de alto poder explosivo FAB-250 y FAB-500, cuyo radio de daño supera los 1.000 metros. Según las declaraciones de los militares, las bombas y las otras armas pesadas no guiadas se usaron contra objetivos ubicados en el centro y en el perímetro del poblado” (párr. 190). “El Tribunal considera que el uso de ese tipo de armamento en una zona poblada, en momentos en que no se estaba librando una guerra y sin previa evacuación de la población civil, de ninguna manera alcanza el grado de precaución esperada de un órgano encargado del mantenimiento del orden en una sociedad democrática” (párr. 191). (Énfasis añadido.)

<sup>40</sup> *Ibíd.*

A modo de afirmaciones audaces, propongo lo siguiente:

- en situaciones en las que es aplicable el DIH, pero un Estado rechaza su aplicabilidad o no la invoca, un órgano de derechos humanos debería confirmar la aplicabilidad como cuestión de derecho, afirmando, sin embargo, que el Estado demandado ha preferido ser juzgado de acuerdo con criterios más estrictos, y debería proceder entonces a aplicar el derecho de los derechos humanos, con el beneficio de la derogación, si procede;
- en situaciones en las que la víctima estaba detenida o bajo el control físico de agentes del Estado al momento de la muerte, un órgano de derechos humanos debería aplicar el derecho de los derechos humanos, con posibilidad de recurrir al DIH para reforzar sus argumentos;
- en situaciones en las que se produce una muerte en el contexto de operaciones de rutina de mantenimiento del orden, incluso en medio de un conflicto armado, un órgano de derechos humanos debería aplicar el derecho de los derechos humanos, con posibilidad de tener en cuenta el contexto del conflicto al aplicar criterios de necesidad y proporcionalidad (que no es lo mismo que aplicar el DIH)<sup>41</sup>;
- cuando la muerte se produce en el contexto de una operación militar, pero la intensidad del enfrentamiento no alcanza el umbral de aplicabilidad del Protocolo adicional II, un órgano de derechos humanos debería aplicar tanto el derecho de los derechos humanos como las prohibiciones del DIH, pero no lo que está permitido en el DIH;
- solo en aquellos casos en que la muerte se produce durante una operación militar en una situación de conflicto armado sin carácter internacional que cumpla con las condiciones sustantivas para la aplicación del Protocolo adicional II, el órgano de derechos humanos debería identificar una violación del derecho de los derechos humanos cuando hay una violación del DIH;
- en el caso de muertes ocurridas durante operaciones militares (es decir, no de operaciones de mantenimiento del orden) durante un conflicto armado internacional, el órgano de derechos humanos debería identificar violaciones del derecho de los derechos humanos solo cuando haya violaciones del DIH.

Lo arriba expuesto no resuelve la cuestión de qué constituye una operación de mantenimiento del orden y qué constituye una operación militar, el tema central de la presente reunión. Solo sirve para subrayar la importancia de los interrogantes que la reunión se propone responder. La jurisprudencia del TEDH no ofrece ninguna solución en ese sentido. No se ha ocupado del tema. La causa Georgia contra Rusia es de suma importancia, pues, en ella, el Tribunal deberá abordar la relación entre el DIH y el derecho de los derechos humanos. Luego, tendrá que ocuparse de la conducta en conflictos armados internacionales y no internacionales, incluidas ciertas actividades que no están necesariamente relacionadas con las operaciones militares. Se necesita con urgencia que las organizaciones que se desempeñan con igual fluidez en el ámbito del DIH y en el del derecho de los derechos humanos elaboren buenos escritos de *amicus curiae*.

---

<sup>41</sup> V. las dos causas contra Rusia mencionadas en la nota 39 *supra*, donde se hizo especial hincapié en el contexto. El Tribunal aparentemente analizó la legalidad de los tipos de armas que se emplearon, suponiendo que se trató de una operación de mantenimiento del orden.



## **Apéndice 4: Resumen de la presentación de Juan Carlos Gómez Ramírez**

### **Reflexiones acerca del Manual de derecho operacional de Colombia (2009)**

Durante décadas, el gobierno de Colombia ha padecido la violencia perpetrada por la guerrilla y los cárteles de la droga. En 1998, se inició un proceso de paz que fue interrumpido en 2002. Ese mismo año, tras el fracaso del proceso de paz, el gobierno lanzó una ofensiva contra los grupos armados organizados no estatales que operaban en Colombia. Las fuerzas armadas incrementaron el número de soldados de 300.000 a 420.000. En 2006, se desmovilizaron más de 30.000 miembros de grupos paramilitares. Como consecuencia de esas medidas, comenzó a aumentar la seguridad. A partir de 2006, los grupos armados no estatales empezaron a debilitarse e incluso fueron derrotados en algunas regiones del territorio nacional. El entorno operacional pasó de ser una situación inequívoca de enfrentamiento (2002-2006) a una situación en la que predominaba la lucha contra la delincuencia (2006-2008). Ese cambio significó un verdadero desafío para las fuerzas armadas. Al mismo tiempo, debido a la existencia de mayor seguridad, los habitantes de Colombia tuvieron más oportunidades para ejercer sus derechos. Por ejemplo, pudieron presentar demandas judiciales sin temor a las represalias. Las instituciones públicas –y, en especial, el poder judicial– empezaron a fortalecerse. En ese contexto, en los tribunales colombianos se multiplicó la presentación de demandas vinculadas con presuntas violaciones del DIH y del derecho de los derechos humanos cometidas por miembros de las fuerzas armadas.

Para resolver la situación, el Ministerio de Defensa de Colombia adoptó un conjunto de medidas, entre ellas la formulación de la Política integral de derechos humanos y la redacción del Manual de derecho operacional, para ayudar a los jefes militares a enmarcar el uso de la fuerza y proporcionar a las tropas unas directivas adecuadas, así como para prevenir las violaciones del DIH y del derecho de los derechos humanos. El *Manual de derecho operacional*, publicado en 2009, fue redactado por académicos y expertos militares.

El manual contiene tres capítulos principales. El primero, que gira en torno a temas jurídicos, presenta la situación de Colombia y concluye que corresponde a una aplicación simultánea del DIH y del derecho de los derechos humanos. No obstante, en ese momento, por razones políticas, el gobierno no había reconocido aún la existencia de un conflicto armado no internacional en Colombia<sup>1</sup>. En consecuencia, en el manual no se hace mención del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra (del que Colombia es Estado Parte desde el 14 de agosto de 1995).

El segundo capítulo del manual de 2009 presenta reglas de enfrentamiento concretas para afrontar la situación colombiana. Tras un intenso debate y un análisis muy minucioso, los autores del manual incorporaron dos grupos de reglas de enfrentamiento, las “tarjetas azules” y las “tarjetas rojas”. Las tarjetas azules se aplican al uso de la fuerza en operaciones de mantenimiento del orden, en las que se requiere la aplicación de un procedimiento de escalada de fuerza, y las tarjetas rojas que se aplican a operaciones militares en las que la fuerza se usa contra un objetivo militar (es decir, un contexto de conducción de

---

<sup>1</sup> El gobierno de Colombia reconoció la existencia de un conflicto armado no internacional en 2010.

hostilidades). Los autores del manual elaboraron la idea de los dos grupos de tarjetas porque deseaban implementar un sistema simple y claro que todos los soldados pudieran entender y aplicar fácilmente.

En el tercer capítulo, se presentan distintos protocolos sobre temas específicos, por ejemplo, captura durante un enfrentamiento, reacción en caso de desmovilización durante un enfrentamiento, captura/“desvinculación” de miembros de un grupo armado organizado menores de edad y otros.

El manual también contiene una matriz que indica las tarjetas que corresponde emplear con cada agrupación. La decisión de operar bajo la tarjeta azul o la roja es tomada por los altos mandos, como el jefe de un batallón, tras consultar a sus asesores jurídicos y teniendo en cuenta las políticas. En ciertas regiones geográficas, como la selva, donde solo se encuentran miembros de grupos armados organizados no estatales, normalmente se ejecutan operaciones de tarjeta roja. En cambio, en zonas pobladas o en aquellas donde el adversario está debilitado, el jefe militar puede decidir efectuar una operación de tarjeta azul. En esos casos, se aplica el paradigma del mantenimiento del orden en el trato a los miembros de un grupo armado organizado. Con los miembros del grupo que no cumplen una función continua de combate (como los partidarios de las FARC o los familiares de miembros de la agrupación), también se utilizan las tarjetas azules. Para reglamentar el enfrentamiento con agrupaciones delictivas (por ejemplo, las conocidas como “BACRIM”, integradas por miembros de bandas criminales neoparamilitares a los que el gobierno colombiano considera delincuentes comunes, pero cuyo estatuto como parte potencial en el conflicto armado no internacional es controvertido), el gobierno colombiano publicó, en febrero de 2011, una directiva en la que decretaba que la policía y las fuerzas armadas debían aplicar el enfoque del mantenimiento del orden (tarjeta azul).

En cuanto a la pregunta acerca del resultado o las repercusiones del manual de 2009, la respuesta depende de la perspectiva que se adopte.

En el plano estratégico, es posible afirmar que el *Manual de derecho operacional* ha sido un éxito. Contribuyó a modificar la práctica militar y a incrementar el respeto por el derecho de los derechos humanos y el DIH. Con ello, han disminuido las denuncias de violaciones de los derechos humanos presentadas contra las fuerzas armadas a nivel nacional.

En el aspecto táctico, sin embargo, el manual ha sido objeto de críticas. Desde el fracaso del proceso de paz en 2002, el contexto operacional de Colombia ha cambiado. Mientras que, en el pasado, el enfrentamiento con los grupos organizados era intenso, en la actualidad la capacidad de combate del enemigo es mucho menor. Debido a la existencia de este nuevo contexto operacional, la mayoría de las operaciones efectuadas a partir de 2008 están regidas por la tarjeta azul, es decir, por el paradigma del mantenimiento del orden. El ejército ha manifestado cierto descontento con la nueva situación. Las fuerzas armadas no están acostumbradas a conducir operaciones de mantenimiento del orden, que, según la opinión de los militares, corresponden a la policía. Además, no comprenden bien por qué deben realizar operaciones de tarjeta azul al enfrentar a miembros de grupos armados organizados. La fuerza aérea no adopta una postura tan crítica respecto del manual, pues solo participa en operaciones de tarjeta roja, es decir, cuando la situación se rige por las normas de la conducción de hostilidades.

El Manual de 2009 –junto con el cambio de contexto operacional– no solo supuso un incremento en el número de operaciones de mantenimiento del orden, sino que también transformó todo el sistema de inteligencia, que hoy en día se utiliza para entender mejor el contexto operacional y para garantizar el respeto tanto del DIH como del derecho de los derechos humanos. Por ejemplo, antes de una operación militar en la que se usará la fuerza letal, los servicios de inteligencia evalúan la necesidad militar y la proporcionalidad de la acción planificada. Los documentos relacionados con la planificación del ataque son secretos solo hasta que se ejecuta la operación. Después, las fuerzas armadas hacen públicos algunos de esos documentos, que pueden convertirse en valiosos instrumentos para la defensa de los jefes militares cuando estos son sometidos a un proceso penal.

En su aspecto práctico, el sistema de tarjetas generó ciertas dudas respecto del equipamiento de los soldados. Las tropas colombianas normalmente solo llevan un fusil y no portan equipamiento para operaciones de mantenimiento del orden. En Colombia, todavía se discute si se debería dotar a los soldados de equipamiento de esa clase o si habría que aumentar la cantidad de efectivos policiales.

En octubre de 2011, el Ministerio de Defensa colombiano estableció una comisión para revisar la estrategia empleada contra las agrupaciones ilegales que continúan operando en el país. La comisión está integrada por tres subcomisiones: una se ocupa de cuestiones operacionales, otra es responsable de temas de inteligencia y la tercera se encarga de cuestiones jurídicas. Las dos primeras han finalizado su tarea, pero las cuestiones jurídicas aún no se han resuelto. Han surgido diferencias en cuanto a las reglas de enfrentamiento contenidas en el manual de 2009. Mientras que algunos integrantes de la comisión están a favor de conservar el sistema de tarjetas, otros proponen descartarlo y adoptar un único conjunto de normas que respeten los siguientes principios: 1) admisión del uso de la fuerza en defensa propia; 2) aplicación de un procedimiento de escalada de fuerza; y 3) admisión de uso inmediato de la fuerza letal al enfrentar objetivos militares.

En conclusión, el sistema establecido en el manual de 2009 ha servido para mejorar la situación en Colombia. Gradualmente, con el debilitamiento de los grupos armados y la reducción de la intensidad del conflicto, son menos las situaciones donde es necesario desplegar operaciones de tarjeta roja y se incrementa el número de operaciones de tarjeta azul.

## ***Apéndice 5: Resumen de la presentación de Richard Gross<sup>1</sup>***

### **El uso de la fuerza en las distintas fases del conflicto de Afganistán**

En un principio, el conflicto de Afganistán fue un conflicto armado internacional en el que se enfrentaban el gobierno talibán de Afganistán y los Estados Unidos con sus aliados. Sin embargo, al poco tiempo, cuando los talibanes fueron derrocados, se transformó en un conflicto armado no internacional. Tras la Conferencia de Bonn, celebrada en 2001, asumió el poder un gobierno interino encabezado por el actual presidente Karzai, y el Consejo de Seguridad estableció la coalición de la Fuerza Internacional de Asistencia a la Seguridad (ISAF, por su sigla en inglés) por medio de la Resolución 1386 (2001), como organización multinacional independiente cuyo objetivo era ayudar al gobierno interino de Afganistán a mantener la seguridad en Kabul y sus alrededores. El 11 de agosto de 2003, la OTAN se hizo cargo de la conducción de la ISAF y, desde entonces, la coalición actúa como órgano formal dependiente de la OTAN. En octubre de 2003, la Resolución 1510 del Consejo de Seguridad extendió el mandato de la ISAF a todo el territorio afgano.

En cuanto al uso de la fuerza, es difícil dar una respuesta directa a la pregunta de si las operaciones en Afganistán estaban, o están, enmarcadas en el paradigma del mantenimiento del orden o en el de la conducción de hostilidades. La respuesta a esta pregunta varía de un país a otro e incluso de una persona a otra.

Las normas que rigen el uso de la fuerza por parte de las fuerzas de coalición de la ISAF son complejas y de orígenes diversos. Además de las reglas de enfrentamiento (RoE) y la política de la ISAF, cada uno de los 50 países que hoy integran la coalición aplica sus propias salvedades<sup>2</sup>, basadas en su derecho interno y en sus obligaciones internacionales, como las que impone el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así pues, los países se someten a normas diferentes, en particular las que regulan la defensa propia. La diversidad de marcos jurídicos dificulta la planificación de las operaciones en la práctica cotidiana.

Dada la extraordinaria complejidad del marco jurídico, la ISAF debió establecer medidas para regular el uso de la fuerza en las operaciones de contrainsurgencia. En los inicios del conflicto de Afganistán, hacia 2001-2002, se usaba la fuerza según las normas de la conducción de hostilidades. Luego, el contexto operacional se transformó en una campaña de contrainsurgencia cuyo propósito era ofrecer estabilidad y apoyo al gobierno afgano en sus esfuerzos por establecer un entorno seguro para gobernar el país. Además, algunos países –incluidos los Estados Unidos– condujeron operaciones de “antiterrorismo” contra grupos como los talibanes o Al Qaeda, que siguen conduciendo operaciones militares en Afganistán.

En una campaña de contrainsurgencia, es fundamental ganarse el apoyo de la población, pues los miembros de un grupo armado organizado buscan que los pobladores se

---

<sup>1</sup> La presentación de Richard Gross estuvo basada en su experiencia personal en cuanto a los aspectos estratégicos y operacionales durante su misión en Afganistán, principalmente como asesor jurídico de la Fuerza Internacional de Asistencia a la Seguridad (ISAF) y de las fuerzas armadas de Estados Unidos en Afganistán en 2009 y 2010.

<sup>2</sup> Ejemplos de salvedades: algunos países no realizan operaciones durante la noche; otros no efectúan operaciones contra el narcotráfico, etc.

opongan al gobierno legítimo para, de ese modo, llegar a controlar el país. En ese contexto, se observó que, a veces, el uso de la fuerza era contraproducente si se buscaba ganar las mentes y los corazones de la población local. Por ejemplo, cuando las tropas de la ISAF eran atacadas con armas de fuego desde un edificio u otras instalaciones, a veces respondían en defensa propia solicitando la destrucción de los edificios por medio de un ataque aéreo, de conformidad de los principios de necesidad militar y de proporcionalidad. Aunque legítima, esa respuesta era contraproducente porque, con frecuencia, ponía a la población en contra de la coalición y, en consecuencia, más civiles pasaban a apoyar al enemigo. Es lo que se conoce como “matemática insurgente”: por cada dos insurgentes muertos surgen diez más, porque los familiares y la comunidad de esos dos insurgentes pueden tomar las armas contra la ISAF como reacción.

En respuesta a esa situación, en 2009, el general McChrystal ideó la directiva táctica<sup>3</sup>, que consistía en una política cuyo objetivo era que los jefes militares tuvieran en cuenta las consecuencias no inmediatas de ciertas operaciones. El resultado fue la disminución de los ataques aéreos, pues la directiva requería que, en muchos casos, los soldados se retiraran o emplearan armas pequeñas. Aunque generó controversias –pues había quienes pensaban que ataba a los soldados de pies y manos–, la medida fue eficaz, pues se redujo significativamente el número de víctimas entre la población civil.

Luego se adoptó una segunda política encaminada a reducir el uso de la fuerza en puestos de control. Con frecuencia, en contextos como los de Afganistán o Irak, los vehículos aceleran cuando se aproximan a un puesto de control. Cabe la posibilidad de preguntarse, en esos casos, si se trata de un acto hostil. Considerando que un vehículo que se acerca a gran velocidad a un puesto de control podría contener un artefacto explosivo improvisado, los soldados apostados en el puesto de control bien podrían pensar que se trata de un acto hostil y reaccionar usando la fuerza letal. Sin embargo, a veces, quien conduce el auto puede ser un civil afgano, que teme que lo arresten por tráfico de drogas u otros delitos. Para evitar víctimas civiles, la ISAF comenzó a impartir una formación especial a los soldados asignados a operar puestos de control, referida a distintos procedimientos para advertir al conductor del vehículo que debe detenerse (por medio de señales de advertencia, puntero láser, badenes para frenar la marcha de los vehículos, etc.). Además, la ISAF entabló un diálogo con civiles afganos para entender por qué los conductores locales aumentaban la velocidad cuando se acercaban a puestos de control. A pesar de todos esos intentos, la cuestión sigue siendo un problema y aún hay mucho por hacer para mejorar las medidas destinadas a resolverlo.

Una tercera situación en la que el uso de la fuerza es problemático se relaciona con el enfrentamiento entre soldados y jefes narcotraficantes. En ese tema, las RoE de la ISAF, así como las de Estados Unidos, no dejan lugar a duda: si no existe ningún otro signo que los señale como objetivos militares legítimos, los jefes narcotraficantes no pueden ser atacados en operaciones militares. En cambio, pueden efectuarse operaciones antidrogas para desmantelar un laboratorio o para ayudar a las autoridades nacionales en esa tarea, pero normalmente estas son operaciones de mantenimiento del orden. El problema, sin embargo, radica en que muchos jefes narcotraficantes mantienen vínculos estrechos con los talibanes y, a veces, hasta forman parte del movimiento talibán. En ese caso, pueden ser atacados si constituyen un objetivo militar legítimo más allá de su vinculación con el

---

3 Partes de la directiva táctica están disponibles en [http://www.nato.int/isaf/docu/official\\_texts/Tactical\\_Directive\\_090706.pdf](http://www.nato.int/isaf/docu/official_texts/Tactical_Directive_090706.pdf) (consultado el 1º de octubre de 2013).

mundo de la droga. El hecho de que sean jefes narcotraficantes puede tener influencia en la prioridad de tomarlos como objeto de ataque, pero en sí no los convierte en objeto de ataque.

Un problema de índole más general tiene que ver con la cuestión de si se puede matar a un objetivo legítimo cuando es posible capturarlo (el concepto de “capturar en vez de matar”). No hay políticas escritas de la ISAF al respecto, pero, en la práctica, los jefes militares a cargo de las operaciones prefieren capturar y no matar. Esto es así por una razón de política: la persona capturada puede ser interrogada y es probable que proporcione información útil. Incluso cuando se pueda matar a un objetivo legítimo dentro del marco del DIH, en la práctica, se prefiere su captura.

En pocas palabras, se puede decir que, en Afganistán, se ha implementado un conjunto de medidas con el propósito de reducir el uso de la fuerza letal incluso más allá de lo que establece el DIH, medida que en muchos aspectos han sido exitosas.

También es conveniente recordar que los soldados se exponen a situaciones muy difíciles y deben tomar decisiones en cuestión de segundos. En ese contexto, es fundamental que el marco legal pertinente sea lo más claro posible y fácil de entender, porque esas situaciones suelen ser de vida o muerte.

## **Apéndice 6: Resumen de la presentación de Olga Chernishova**

### **Desarrollos recientes en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de uso de la fuerza<sup>1</sup>**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos suele encontrarse en situaciones en las que se ve obligado a examinar la legitimidad del uso de la fuerza por los Estados en situaciones de violencia armada. En consecuencia, está familiarizado con el acalorado debate acerca de la interacción entre las normas aplicables del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“el Convenio”) y el derecho internacional humanitario (DIH)<sup>2</sup>.

Dos de las disposiciones del Convenio son de particular relevancia en este contexto. Se trata de los artículos 1 y 2.

El artículo 1 garantiza los derechos y libertades definidos en el Convenio a “toda persona bajo [la] jurisdicción” de las Altas Partes Contratantes. El TEDH ha determinado que la competencia jurisdiccional del Estado es primordialmente territorial (*Banković<sup>3</sup>, Al-Skeini<sup>4</sup>*). Se presume que, en condiciones normales, la jurisdicción se ejerce en todo el territorio del Estado, a menos que el Estado no pueda ejercer su autoridad en una parte de dicho territorio, como sucede en caso de una ocupación militar por las fuerzas armadas de otro Estado (*Loizidou<sup>5</sup>, Chipre v. Turquía<sup>6</sup>*) o en caso de control de una parte del territorio por un actor no estatal<sup>7</sup>. Por otro lado, los actos realizados o que producen efectos fuera del territorio de un Estado pueden estar bajo la jurisdicción de ese Estado de conformidad con el artículo 1, aunque solo en casos excepcionales. El fallo de la causa *Al-Skeini*, de julio de 2011, contiene el último resumen de la postura del Tribunal a ese respecto y enumera una serie de situaciones fácticas que se engloban dentro de una de las dos excepciones siguientes: el control de un individuo y el control efectivo de una región, como en el caso de una ocupación militar. A la luz de lo expuesto, en la causa *Al-Skeini*, el Tribunal determinó que las acciones militares del Reino Unido en Irak se encontraban dentro de la jurisdicción del Reino Unido. Los desarrollos más recientes parecen dejar en claro que el Tribunal no está dispuesto a admitir las excepciones a la aplicación extraterritorial del Convenio en un sentido demasiado estricto.

Con respecto al artículo 2 (derecho a la vida), el enfoque del Tribunal en cuanto a las denuncias que se amparan en esa disposición se desarrolló a lo largo de una serie de causas, entre las

---

<sup>1</sup> Las opiniones y los comentarios expresados aquí son los de Olga Chernishova y son exclusivamente personales. Esta presentación ha servido de base para la preparación de un artículo publicado en ruso y en inglés en *Prava Cheloveka. Praktika Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka*, n.º 1, 2013.

<sup>2</sup> Opiniones autorizadas más recientes se encuentran en J.-P. Costa y M. O’Boyle, “The European Court of Human Rights and International Humanitarian Law”, en D. Spielmann, M. Tsirlí y P. Voyatzis (eds.), *La Convention européenne des droits de l’homme, un instrument vivant/The European Convention on Human Rights, a living instrument. Mélanges en l’honneur de/Essays in honour of Christos L. Rozakis*, Bruselas, Bruylant, noviembre de 2011.

<sup>3</sup> TEDH, *Banković y otros c. Bélgica y otros*, 12 de diciembre de 2001, párr. 59.

<sup>4</sup> TEDH, *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, 7 de julio de 2011, párr. 131.

<sup>5</sup> TEDH, *Loizidou c. Turquía*, 18 de diciembre de 1996.

<sup>6</sup> TEDH, *Chipre c. Turquía*, 10 de mayo de 2001.

<sup>7</sup> TEDH, *Ilaşcu y otros c. Moldavia y Rusia*, 8 de julio de 2004, párr. 312; TEDH, *Assanidze c. Georgia*, 8 de abril de 2004, párr. 139.

que se encuentran, en primer lugar, las vinculadas con los acontecimientos del sudeste de Turquía, donde las fuerzas de seguridad protagonizaron un violento enfrentamiento con los grupos armados kurdos<sup>8</sup>. Otro conjunto importante de causas (ni tan numerosas ni tan graves como las anteriores) lo constituyen las denuncias contra el Reino Unido por el conflicto de Irlanda del Norte<sup>9</sup>, la situación del norte de Chipre<sup>10</sup>, los acontecimientos que tuvieron lugar en ex Yugoslavia<sup>11</sup>, las intervenciones militares en el extranjero (Kosovo, Irak) y, más recientemente, los hechos registrados en el Cáucaso meridional (las causas han sido admitidas, pero aún no tienen sentencia). Desde comienzos de la década de 2000-2009, el Tribunal ha debido ocuparse de denuncias de numerosas violaciones graves de derechos humanos relacionadas con los acontecimientos de la región rusa del Cáucaso del norte; el grupo más importante es el de las causas derivadas de los hechos que tuvieron lugar en la república de Chechenia.

Muchas de las situaciones mencionadas podrían considerarse conflictos armados según el DIH. Sin embargo, el Tribunal Europeo se ha resistido a calificarlas de esta manera, con el fin de evitar controversias innecesarias, en especial cuando los Estados parte no conciben la situación como un conflicto armado. En consecuencia, el Tribunal no citó las normas del DIH y recurrió a ellas solo para reforzar su interpretación de los artículos del Convenio. Cabría pensar que el Tribunal puede recurrir al DIH como *lex specialis* cuando un Estado deroga el derecho a la vida de conformidad con el artículo 15, párrafo 2 del Convenio: “para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra”. No obstante, dicha derogación nunca se ha utilizado, por lo que, en principio, el derecho a la vida sigue teniendo plena aplicación. Al respecto, la segunda causa interestatal entablada por Georgia contra Rusia, vinculada con el conflicto armado internacional en el que se enfrentaron los dos países en 2008, será, sin duda, de suma importancia. De hecho, ninguno de los dos países recurrió a la derogación del Convenio y el gobierno ruso cuestionó su aplicabilidad a los hechos, invocando el DIH como *lex specialis*. Dada la importancia fundamental de esa cuestión para determinar su competencia a la hora de examinar las violaciones denunciadas, el Tribunal Europeo la ha reservado para la fase de evaluación de méritos<sup>12</sup>.

En su análisis del artículo 2, el Tribunal suele comenzar por determinar los hechos, pues una característica común a este tipo de causas es el carácter incompleto del procedimiento judicial en el ámbito nacional. El Tribunal tiene a su disposición una variedad de instrumentos jurídicos con ese fin. Las misiones destinadas a recabar información y las audiencias siguen siendo una opción, aunque es cada vez más frecuente que el Tribunal se base en presunciones y, luego de establecer el caso *prima facie*, invierta la carga de la prueba y la haga recaer sobre el gobierno demandado. Ese enfoque, junto con “la política de prioridades” del Tribunal, que obliga a procesar denuncias de violaciones de derechos fundamentales en primer lugar, ha llevado recientemente a identificar numerosas infracciones al artículo 2<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> V., por ejemplo, TEDH, *Ergi c. Turquía*, 28 de julio de 1998.

<sup>9</sup> V., por ejemplo, TEDH, *McCann c. Reino Unido*, 27 de septiembre de 1995.

<sup>10</sup> V., por ejemplo, TEDH, *Varnava y otros c. Turquía*, 18 de septiembre de 2009; TEDH, *Chipre c. Turquía*, 10 de mayo de 2001.

<sup>11</sup> V., por ejemplo, TEDH, *Palić c. Bosnia y Herzegovina*, 15 de febrero de 2011; TEDH, *Jularić c. Croacia*, 20 de enero de 2001.

<sup>12</sup> TEDH, *Georgia c. Rusia II*, 13 de diciembre de 2011, párrs. 10 y 27.

<sup>13</sup> Solo en 2010, el Tribunal identificó 54 violaciones sustantivas del derecho a la vida, de las cuales Rusia fue responsable de 34.



Una vez determinados los hechos, el Tribunal procede a examinar la legalidad de los actos del Estado. Si bien el artículo 2 del Convenio no exige expresamente que las restricciones del derecho a la vida se establezcan por ley, el Tribunal ha interpretado que el artículo implica que el uso de la fuerza letal debe tener una justificación jurídica satisfactoria<sup>14</sup>. En consecuencia, se han detectado infracciones a esa disposición en casos en que no había fundamentos jurídicos para el uso de la fuerza letal, en especial durante operaciones policiales que podrían considerarse relativamente rutinarias. En situaciones de violencia intensa o a gran escala, el Tribunal está dispuesto a aceptar la aplicabilidad de al menos una de las excepciones al párrafo 2<sup>15</sup>.

A continuación, el Tribunal analiza si las autoridades se aseguraron de que el uso de la fuerza letal fuera nada menos que “absolutamente necesario” en las situaciones de excepciones permitidas enumeradas en el artículo 2, párrafo 2<sup>16</sup> del Convenio. En ese contexto, la planificación y el control de la operación suelen ser la parte que entraña las mayores dificultades. La causa reciente *Finogenov contra Rusia* es un buen resumen del enfoque aplicable<sup>17</sup>. La causa se centra en la toma de rehenes por rebeldes chechenos en un teatro de Moscú en octubre de 2002. Las autoridades decidieron asaltar el teatro con un tipo de gas utilizado para dejar inconscientes a las personas que estaban dentro. La operación tuvo como resultado una cantidad aproximada de 125 víctimas fatales. Asimismo, los secuestradores fueron abatidos por las fuerzas de seguridad, que entraron en el teatro después de que se hubiera utilizado el gas. El análisis del Tribunal se basó en dos argumentos jurídicos principales. En primer lugar, se hizo una clara distinción entre las “opciones operacionales” de las autoridades en situaciones de crisis, como las que provoca la violencia del terrorismo, y en operaciones posteriores de rescate. Dentro de ese marco, el Tribunal concluyó que el gas desconocido (nunca se reveló su exacta composición) había sido, cuando menos, potencialmente letal; no obstante, se negó a reconsiderar, en retrospectiva, las “opciones políticas estratégicas” de aplicarlo y el momento elegido para entrar en el teatro. En la segunda parte del análisis, en cambio, se determinó que la operación de rescate, en la que las autoridades tenían un grado de control suficiente, no había sido planificada y ejecutada de acuerdo con el requisito de “reducir al mínimo las pérdidas civiles incidentales”. El Tribunal citó *in extenso* la famosa causa *Isayeva contra Rusia*<sup>18</sup> –sobre un ataque de la aviación militar en un poblado que estaba bajo el control de un grupo de insurgentes chechenos armados en 2000–, donde reiteraba que podía responsabilizarse al Estado, de conformidad con el artículo 2, por “no haber tomado todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de una operación de seguridad dirigida contra un grupo armado organizado, a fin de evitar o reducir en todo caso a un mínimo las pérdidas civiles incidentales”<sup>19</sup>. En la causa *Finogenov*, por el contrario, el Tribunal no examinó la elección operacional de utilizar un arma potencialmente letal y dejó al Estado un margen de apreciación en ese sentido.

---

<sup>14</sup> V., por ejemplo, TEDH, *Nachova y otros c. Bulgaria*, 6 de julio de 2005, párrs. 99-102.

<sup>15</sup> TEDH, *Isayeva c. Rusia*, 24 de febrero de 2005, párr. 180; TEDH, *Giuliani y Gaggio c. Italia*, 24 de marzo de 2011, párr. 196.

<sup>16</sup> El art. 2 de la CEDH prohíbe el uso de la fuerza letal salvo cuando esta es absolutamente necesaria en tres circunstancias particulares: 1) en defensa de una persona contra una agresión legítima; 2) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; 3) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

<sup>17</sup> TEDH, *Finogenov y otros c. Rusia*, 20 de diciembre de 2011.

<sup>18</sup> V. nota 15 *supra*.

<sup>19</sup> V. también TEDH, *Ergi c. Turquía*, 28 de julio de 1998, párr. 79.

Aun cuando el Estado no sea directamente responsable de la pérdida de la vida, sigue teniendo obligaciones que cumplir. Así, a veces, el artículo 2 podría requerir acciones positivas complementarias por parte del Estado. Esa obligación surgiría cuando se determina que las autoridades estaban o debían estar al corriente de una amenaza real e inmediata para la vida de determinada persona, por parte del propio Estado o de un tercero, y no tomaron las medidas que estaban a su alcance en el marco de sus competencias, de las que podría haberse esperado razonablemente que evitaran ese riesgo<sup>20</sup>.

Por último, el Tribunal ha interpretado que la primera frase del artículo 2, “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley”, implica una obligación positiva de llevar a cabo una investigación siempre que ocurre una muerte violenta. En 2010, por ejemplo, el Tribunal identificó 64 casos de incumplimiento de la obligación de investigar de conformidad con el artículo 2 del Convenio. Se trata de una obligación separada que puede surgir cuando no existe ninguna violación sustantiva del artículo 2<sup>21</sup> o cuando se está fuera de la jurisdicción del Tribunal, por ejemplo, en términos temporales<sup>22</sup>. Es una obligación de medios y no de resultados. Sin embargo, incluso en condiciones de seguridad difíciles, la importancia que se concede al derecho a la vida y a la obligación de protegerla de conformidad con el artículo 2 exige que se respeten las garantías mínimas de rapidez, eficacia e imparcialidad<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> TEDH, *Osman c. Reino Unido*, 28 de octubre de 1998, párr. 115. V. también TEDH, *Abdurashidova c. Rusia*, 8 de abril de 2010, párr. 79.

<sup>21</sup> TEDH, *Rantsev c. Chipre y Rusia*, 7 de enero de 2010, párr. 232.

<sup>22</sup> TEDH, *Varnava y otros c. Turquía*, 18 de septiembre de 2009, párr. 185; TEDH, *Chipre c. Turquía*, 10 de mayo de 2001, párr. 130.

<sup>23</sup> TEDH, *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, 7 de julio de 2011, párr. 168.

### **MISIÓN**

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), organización imparcial, neutral e independiente, tiene la misión exclusivamente humanitaria de proteger la vida y la dignidad de las víctimas de los conflictos armados y de otras situaciones de violencia, así como de prestarles asistencia. El CICR se esfuerza asimismo en prevenir el sufrimiento mediante la promoción y el fortalecimiento del derecho y de los principios humanitarios universales. Fundado en 1863, el CICR dio origen a los Convenios de Ginebra y al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, cuyas actividades internacionales en los conflictos armados y en otras situaciones de violencia dirige y coordina.

