

El empleo de drones armados: una encrucijada normativa

Oriol CASANOVAS I LA ROSA

Catedrático emérito de Derecho Internacional Público
Universidad Pompeu Fabra
oriol.casanovas@upf.edu

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA LEGALIDAD DEL EMPLEO DE DRONES ARMADOS. 3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 4. ALEGACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE EL USO E LA FUERZA. 5. APOYO EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. 6. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA VIDA.

1. INTRODUCCIÓN

El empleo de drones armados para la realización de lo que se denominan «ataques armados selectivos»¹ plantea múltiples cuestiones tanto desde la perspectiva de las normas sobre el uso de la fuerza, del Derecho internacional humanitario o Derecho de los conflictos armados así como del Derecho internacional de los derechos humanos. Estos ataques letales contra personas realizados mediante drones armados no son más que una modalidad de la figura de los ataques letales selectivos que ha sido definida por el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas Ph. Alston como «un homicidio / o ejecución selectiva es el empleo intencionado, premeditado y deliberado de la fuerza letal por parte de los Estados o de sus agentes que actúan bajo el amparo del derecho, o por un grupo armado organizado durante un conflicto armado organizado durante un conflicto armado contra una persona específicamente identificada de antemano y que se encuentra físicamente en manos de su agresor»². En el caso de los ataques realizados mediante

¹ La expresión en español «ataques letales selectivos» ha sido considerada preferible a otras traducciones más literales de la expresión inglesa «targeting killing» por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto en el capítulo 25 «Ataques letales selectivos y ejecuciones extrajudiciales» de la obra *Derecho internacional humanitario*, José Luis Rodríguez Villasante y Prieto y Joaquín López Sánchez, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch / Cruz Roja Española, 2017, pp. 803-804.

² ALSTON, Ph., *Addendum: Study on Targeted Killings*, UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, 28 mayo de 2010, par. 1.

drones armados habría que matizar la referencia demasiado genérica de que hayan sido realizados «durante un conflicto armado» o la condición demasiado restrictiva de que las personas atacadas se encuentren «físicamente en manos de su agresor».

El Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario gozan de una relativa autonomía. El Derecho internacional de los derechos humanos contiene normas de aplicación universal, si bien su aplicación por los tribunales de los Derechos internos puede verse limitada por las normas que rigen la competencia judicial de dichos órganos. El Derecho internacional humanitario se aplica en los conflictos armados ya sean internacionales o no internacionales, quedando fuera de su ámbito de aplicación el territorio de terceros Estados que se encuentren al margen de dichos conflictos. Tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el Derecho internacional humanitario protegen la vida humana, aunque el primero admite algunas excepciones, el Derecho internacional humanitario es menos «protector» porque permite la muerte de los combatientes. Las normas de Derecho internacional de los derechos humanos tienen un carácter absoluto porque protegen intereses comunes de los Estados y de las personas; las normas de Derecho internacional humanitario se aplican entre las partes en el conflicto y expresan un equilibrio de derechos y obligaciones entre los beligerantes; su carácter absoluto está limitado por la posibilidad excepcional en determinados casos de poder recurrir a represalias precisamente para restaurar dicho equilibrio. A pesar de estas diferencias genéricas actualmente el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario no constituyen conjuntos normativos aislados sino que los principios y normas del Derecho internacional de los derechos humanos refuerzan el Derecho internacional humanitario y ayudan a clarificar determinadas situaciones durante los conflictos armados³.

2. LA LEGALIDAD DEL EMPLEO DE DRONES ARMADOS

El empleo de drones armados como medio de combate en los conflictos armados y su utilización en la represión de actos terroristas interesa tanto al Derecho internacional humanitario como al Derecho internacional de los de-

³ Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, M., «La protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto: El parámetro del Derecho Internacional Humanitario», en *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva época, n.º 4, 2006, pp. 13-35.

rechos humanos. Dado que los drones armados pueden considerarse «armas nuevas» dan lugar a la obligación, establecida en el artículo 36 del Protocolo Adicional I de 8 de junio de 1977, en virtud de la cual cuando se estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, se deberá «determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias estaría prohibido», tanto por dicho Protocolo o por cualquier norma de derecho internacional aplicable. Esta obligación no está sometida a medidas de control respecto de su cumplimiento; si dichos estudios se han realizado no se han hecho públicos. El empleo de drones armados como medio de combate en los conflictos armados internacionales o no internacionales está plenamente admitido siempre que se respeten los principios de distinción, proporcionalidad, necesidad militar y humanidad⁴. Incluso se defiende la superioridad de los drones armados respecto de otros medios de combate porque quienes los operan actúan a distancia y sin que sus vidas corran riesgo, su coste es inferior al de las aeronaves de caza convencionales e incluso permiten atacar sus objetivos con mayor precisión evitando daños colaterales a la población civil. Plantean, sin embargo, problemas desde el punto de vista del establecimiento de la responsabilidad internacional de los Estados y de los agentes que los operan.

El empleo de drones armados adquiere un carácter más polémico desde el punto de vista jurídico cuando los ataques se realizan por parte de fuerzas que no son parte en un conflicto armado, por tratarse de grupos armados no estatales, o cuando los ataques se realizan contra personas o grupos que se hallan en un tercer Estado que no participa en el conflicto. En estos casos la lucha contra el terrorismo internacional se esgrime como un argumento de legitimación. Estos ataques violan, en primer lugar, la soberanía territorial del Estado cuyo espacio aéreo invaden ya que según el artículo 8 de la Convención sobre la Aviación Civil Internacional, hecha en Chicago el 7 de diciembre de 1944 «Ninguna nave capaz de volar sin piloto volará sin él sobre el territorio de un Estado contratante, a menos que se cuente con autorización especial de tal Estado y de conformidad con los términos de dicha autorización». Pero dichos ataques realizados mediante el empleo de drones armados pueden violar también las normas internacionales sobre el uso de la fuerza, el Derecho internacional humanitario o el Derecho internacional de los derechos humanos.

⁴ Cfr. GÓMEZ ISA, F., «Los ataques armados con drones en Derecho internacional», *REDI*, vol. 67, 2015, I, pp. 61-91 y LUCAS, R., *Les drones armés au regard du droit international*, Paris, Pedone, 2016.

Este estudio se centrará en cómo el empleo de drones armados pone de manifiesto los problemas que plantea la articulación de las normas internacionales sobre el uso de la fuerza, el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos. Quedarán fuera de su objeto las cuestiones relativas a la responsabilidad internacional de los agentes que operan los drones armados y los mecanismos procesales a los que pueden recurrir sus víctimas.

3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La cuestión de las relaciones entre el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos ha sido abordada por la Corte Internacional de Justicia. En la opinión consultiva sobre la *legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* afirmó que la protección universal del derecho a la vida reconocida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos «se aplica también en tiempo de hostilidades. Ahora bien el criterio para determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la *lex specialis* aplicable, a saber, al derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades»⁵. De acuerdo con este planteamiento la *lex specialis* –el Derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados– primaría sobre la *lex generalis*– las normas universales de protección de los derechos humanos–.

Posteriormente en la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* la Corte Internacional de Justicia adopta una posición en la que el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos son susceptibles de una aplicación complementaria. Según afirma «pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional»⁶. Para responder a la cuestión concreta

⁵ *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, para. 25.

⁶ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. 2004*, para. 106.

planteada, la Corte considera que «tendrá que tomar en consideración ambas ramas del derecho internacional, es decir, el derecho de los derechos humanos y, como *lex specialis*, el derecho internacional humanitario»⁷. Podría decirse que en caso de conflicto armado, sea internacional o no internacional, el Derecho internacional humanitario se aplicaría como *lex specialis* y el Derecho internacional de los derechos humanos también se aplicaría como marco jurídico en defecto de normas específicas (*default legal framework*)⁸.

La Corte Internacional de Justicia en la sentencia sobre las *Actividades armadas en el territorio del Congo (R.D. del Congo c. Uganda)* abandona la distinción entre normas generales de protección de los derechos humanos y las normas de Derecho internacional humanitario como *lex specialis*, procede a una aplicación simultánea de ambas clases de normas y considera que «Uganda es internacionalmente responsable de las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que cometió la UPDF (Fuerza de Defensa del Pueblo de Uganda) y sus miembros en territorio congoleño, así como de los incumplimientos de las obligaciones que le incumbían como potencia ocupante en la región de Ituri en lo que respecta a las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en territorio ocupado»⁹.

4. ALEGACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE EL USO E LA FUERZA

El empleo de drones armados para la realización de ataques letales se ha defendido basándose en los supuestos admitidos por el Derecho internacional del uso de la fuerza: el consentimiento del Estado o la legítima defensa individual o colectiva. El consentimiento del Estado en el que se han producido dichos ataques no viola la soberanía aérea de dicho Estado ni se opone al principio de prohibición del uso de la fuerza recogido en el artículo 2, núm. 4 de la Carta de las Naciones Unidas. Tras los atentados que tuvieron lugar en Nueva York el 11 de septiembre de 2001 las fuerzas armadas de los Estados Unidos y

⁷ *Ibidem*.

⁸ HEYNS, Ch.; AKANDE, D.; HILL-CAWTHORNE, L. y CHENGETA, Th., «The International Law Framework Regulating the Use of Armed Drones», *I.C.L.Q.*, vol. 65, October 2016, p. 826

⁹ *Activités armées sur le territoire du Congo (Republique démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt 19 décembre 2005, *C.I.J. Recueil 2005*, para. 220.

la Fuerza Internacional de Asistencia y Seguridad (FIAS) de la OTAN realizaron ataques armados en Pakistán contra las fuerzas talibanes (TTP) y Al-Qaeda en la región próxima a la frontera con Afganistán. Dichos ataques contaban con el consentimiento del gobierno del Pakistán, al menos desde 2007 a octubre de 2013, en que –tras un cambio de mayoría parlamentaria– el gobierno pakistaní lo retiró y condenó dichos ataques. También el gobierno de Yemen dio su consentimiento en 2015 para que una coalición internacional le prestara apoyo en su lucha contra tropas rebeldes. El gobierno de Somalia, en una situación de gran inestabilidad, autorizó a Estados Unidos la realización de ataques armados mediante drones¹⁰. En estos casos las situaciones eran muy complejas y no puede afirmarse la legalidad de todos los ataques realizados. Hay que tener presente que la exigencia del consentimiento del Estado sólo se cumple si dicho consentimiento ha sido dado por las más altas autoridades del Estado y no puede deducirse implícitamente de genéricas solicitudes de ayuda.

El derecho de legítima defensa, reconocido por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, ha suministrado un argumento para afirmar la legalidad del uso de drones armados. Si los ataques proceden de grupos no estatales se invoca la evolución que se ha producido tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 y se dice que no es necesario que dichos ataques procedan de otro Estado. Si la responsabilidad internacional del Estado en la comisión de dichos ataques no pudiera atribuirsele, se plantea la cuestión de si el derecho de legítima defensa podría ser ejercido contra grupos no estatales. Después de los ataques de septiembre de 2001 se invocan las resoluciones 1368 y 1373 del Consejo de Seguridad para repeler este tipo de ataques alegando el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta. La Corte Internacional de Justicia tangencialmente se enfrentó con esta cuestión en la opinión consultiva sobre el *muro construido en territorio ocupado de Palestina* en la que, tras afirmar el derecho de legítima defensa en el caso del ataque armado de un Estado contra otro, puntualiza «Sin embargo, Israel no pretende que los ataques violentos contra él sean imputables a otro Estado»¹¹. El empleo del uso de la fuerza como legítima defensa contra grupos que realizan actos terroristas es un cuestión objeto de debate desde 2001 y requiere

¹⁰ BROOKMAN-BYRNE, M., «Drone Use *Outside Areas of Active Hostilities*: An Examination of the Legal Paradigms Governing US Covert Remote Strikes», *Netherlands International Law Review*, vol. 64, 2017, pp. 3-41.

¹¹ *Conséquences juridiques de l'édition d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2004, para. 139.

nuevos planteamientos¹². Con razón Cesáreo Gutiérrez Espada ha dicho que «no es razonable que un Estado al que actores no estatales que operan desde el territorio de otro Estado (que es *incapaz* de evitarlo o controlarlo y *sin que el Consejo de Seguridad adopte las medidas apropiadas*) atacan con las armas de manera continuada no pueda, bajo la cobertura del Derecho, amparado en la legalidad, reaccionar con las armas contra las bases e instalaciones de esos grupos armados»¹³. Se ha defendido que el uso de la fuerza en multitud de conflictos posteriores a 2001 fueron manifestaciones del derecho de legítima defensa¹⁴. Romualdo Bermejo García señala que la evolución reciente de la práctica internacional admite el derecho de legítima defensa contra un grupo armado no estatal cuando los Estados en cuyo territorio se encuentran dichos grupos no quieren o no pueden poner fin a sus ataques¹⁵. Basándose en la práctica reciente de la lucha antiterrorista contra grupos armados no estatales, y a pesar de que hay discrepancias doctrinales, se considera que «el Derecho en éste ámbito parece haber cambiado»¹⁶.

5. APOYO EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Los ataques mediante drones armados contra grupos que luchan desde el territorio de un tercer Estado se ha justificado mediante una ampliación del ámbito de aplicación del Derecho internacional humanitario. Se parte del supuesto de que se trata de conflictos armados no internacionales que han rebasado las fronteras del Estado en que se iniciaron. El artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 no define qué sea un conflicto armado sin carácter internacional, pero establece unos derechos mínimos, entre ellos el derecho a la vida a las personas que no participen directamente en las hostilidades; estos

¹² Cfr. CASANOVAS, O., «Nouvelles questions sur le principe de l'interdiction du recours à la force», *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 6, 2006, pp. 143-156.

¹³ GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Choque de civilizaciones (El autoproclamado Estado Islámico). Respuesta de la comunidad internacional. ¿Una *Alianza de Civilizaciones* contra el Estado Islámico? *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, dir. Juan Soroeta Liceras, vol XVI, 2016, p. 151.

¹⁴ TAMS, C., «The Use of Force against Terrorists», *European Journal of International Law*, vol. 20, 2009, p. 378.

¹⁵ BERMEJO GARCÍA, R., «Las denominadas nuevas tendencias en la lucha contra el terrorismo internacional: el caso del Estado Islámico», *Anuario Español de Derecho Internacional*, n.º 33, 2017, p. 67.

¹⁶ HEYNS, Ch. *et al.*, *op. cit.* en la nota 8, p. 803.

derechos mínimos se consideran de derecho internacional consuetudinario. El Protocolo Adicional II de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, exige para su aplicación que los grupos armados no estatales estén organizados, cuenten con un mando responsable y ejerzan un control sobre una parte del territorio que les permita realizar operaciones militares sostenidas y aplicar el derecho internacional humanitario (art.1, núm. 1). El Tribunal Penal Internacional rebajó dichas exigencias al entender que existía un conflicto armado sin carácter internacional cuando se produce una situación de «prolongada violencia armada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos (en el territorio) de un Estado»¹⁷.

La exigencia de un ámbito de aplicación territorial se ha intentado obviar para justificar ataques contra personas o grupos armados al amparo de diversos argumentos mediante los que se justifica la realización de dichos ataques aunque tengan lugar fuera ámbito en que tiene lugar el conflicto. El argumento que se alega con mayor frecuencia es que el conflicto armado se ha desparamado (*spillover*) más allá de las fronteras en que inicialmente se originó. En el asunto *Reyaad Khan* el gobierno del Reino Unido tuvo que hacer frente a un ataque realizado en Siria por sus tropas contra un ciudadano británico que había aparecido en un video en el que incitaba al reclutamiento en las filas de ISI/Da'esh, el denominado Estado Islámico, y era sospechoso de haber realizado ataques terroristas en el Reino Unido y en otros lugares. En un primer momento el gobierno británico, a través de una declaración del Primer Ministro, alegó que se había producido un «nuevo rumbo» en la política británica dado se trataba de un uso de la fuerza sin autorización parlamentaria previa dado que el gobierno sólo contaba con una autorización que se limitaba a la participación de las tropas británicas en la coalición que luchaba en Iraq. Posteriormente, en un informe presentado ante ambas Cámaras del Parlamento, se rechazó que existiera un nuevo rumbo, en el sentido de que se hubiera producido un empleo de la fuerza letal al margen de un conflicto armado, debido a que el ataque en cuestión debía considerarse «como una cuestión de Derecho internacional, que era parte del conflicto más amplio contra el ISIS/Da'esh que existía en Iraq y que se había desparamado (*spilling over*) a Siria»¹⁸.

¹⁷ ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Case IT-94-1-AR 72, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1 October 1995, para. 70.

¹⁸ *The Government's policy on the use of drones for targeted killing*, Second Report of Session 2015-16, House of Lords/House of Commons, Joint Committee on Human Rights, HC Paper 141, HC 574, p. 35

Otra forma de justificar los ataques mediante drones ha consistido en atribuir la condición de combatientes, que pueden ser atacados, a quienes sin formar parte de las fuerzas armadas participan directamente de un modo continuado en sus operaciones. Para ello se alega la existencia de un «combate continuo» en el que dichas personas están involucradas. Mediante esta calificación se pretende salir al peso del argucia de la denominada «puerta giratoria» en virtud de la cual unos combatientes por el mero hecho de cruzar la frontera y hallarse en un tercer Estado pueden considerarse mientras se hallen en dicho territorio y gozar de la condición de población civil y por lo tanto inmune a cualquier ataque considerarse combatientes mientras se hallan en dicho territorio y gozar de la condición de población civil. Según la Guía interpretativa del Comité por el mero Internacional de la Cruz Roja «ante el Derecho internacional humanitario el criterio decisivo para determinar la pertenencia individual a un grupo armado organizado consiste en saber si una persona asume, para el grupo, una función continua que implica su participación directa en las hostilidades»¹⁹. La clave está en los actos que cometen: la «participación directa en las hostilidades» no en el *status* de las personas. De todos modos la creación de esta noción de «función de combate continuo» aplicable a miembros de grupos armados que pueden ser atacados en cualquier momento y dondequiera que sea supone la creación *de facto* de un nuevo *status*²⁰ dada la precisión de los términos de la norma convencional que excluye de la protección a las personas civiles que participan directamente en las hostilidades «mientras dure tal participación» (art. 51 núm. 3 del Protocolo I de 1977) y no más allá de dicha participación.

Incluso si no es posible encuadrar a las personas o grupos armados no estatales en una noción ampliada de combatientes como puede ser la de combate continuo, se ha justificado que puedan ser atacados en su condición de co-beligerantes. La noción de co-beligerancia se adujo en algunos casos como argumento esgrimido por el gobierno de los Estados Unidos ante los tribunales americanos pero no llegó a ser admitido. En el asunto *Al Bahami c. Obama* un tribunal de instancia (*District Court*) juzgó a un nacional del Yemen, cocinero de una Brigada Árabe de los talibanes en Afganistán, que había sido detenido en Afganistán y que estaba prisionero en Guantánamo. El tribunal en 2011 se negó a aplicar en este caso la noción de co-beligerancia recogida en el clásico

¹⁹ MELZER, N., *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités dans le droit international humanitaire*, C.I.C.R., Genève, 2009, p. 35.

²⁰ ALSTON, Ph., *op. cit.*, para.65.

tratado de L. Oppenheim dado que «las normas de co-beligrancia relativas a la guerra y la decisión de permanecer neutral se han aplicado únicamente a Estados» y, por lo tanto, cualquier intento de aplicar dichas normas a un miembro de las fuerzas de apoyo a los talibanes «sería un locura». En el mismo sentido tanto la *Court of Appeals* como el Tribunal Supremo rechazaron que el caso fuera sometido a los tribunales americanos. Finalmente en 2014 la Junta de Revisiones Periódicas de la Administración acordó la liberación de dicho prisionero y su traslado a Oman. En el asunto *Al-Aulaqui c. Obama* los tribunales de Estados Unidos se enfrentaron en 2010 con el caso de un ciudadano americano que había sido objeto de un ataque en el Yemen. El gobierno de los Estados Unidos sostuvo que podía realizar ataques letales contra ciudadanos americanos aunque se hallaran lejos de un zona de conflicto al amparo de la *Authorization for the Use of Military Force* (AUMF), aprobada por el Congreso de los Estados Unidos el 14 de septiembre de 2001, que permite la realización de ataques letales contra «un grupo organizado que sea parte de Al-Qaeda, o bien sea una fuerza asociada o co-beligerante con Al-Qaeda, que haya realizado ataques armados contra Estados Unidos en un conflicto armado no internacional entre Estados Unidos y Al-Qaeda». En este asunto la *District Court* de Columbia no llegó a admitir la reclamación por tratarse de una «cuestión política» que *ratione materiae* se hallaba fuera de su jurisdicción²¹.

Con una perspectiva más general y política el Fiscal General Eric Holder, en un discurso pronunciado el 5 de marzo de 2012, declaró «Estamos en guerra contra un enemigo que no tiene nacionalidad, dispuesto a realizar operaciones que se van alternando de un país a otro»²². Es la doctrina de la existencia de una «guerra global» contra el terrorismo internacional. En síntesis, considera que existe una guerra no convencional asimétrica que enfrenta a un Estado con grupos armados no estatales y que carece de límites geográficos precisos. La doctrina de la guerra global contra el terrorismo replica Christof Heyns, Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, si se interpretara literalmente supondría justificar «las muertes intencionales en cualquier país del mundo, en cualquier momento, lo cual significaría que todo el mundo es un teatro de operaciones: una guerra sin fronteras. Esto socavaría la base misma de las res-

²¹ Cfr. La polémica suscitada por la cuestión de la co-beligrancia en el blog americano *Opinio Iuris* en Kevin Jon Heller en «The ACLU/CCR Replay Brief in *Au-Aulaqui* (and My Reply to Wites), 9 octubre 2010 y «Goldsmith Pesponds About Co-Belligerency», 18 octubre 2010.

²² Cfr. El texto en <http://www.justice.gov/iso/opa/ag/speeches/2012/ag-speech-1203051.html>.

tricciones al uso de la fuerza que el derecho internacional procura mantener»²³. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Hamdan c. Rumsfeld* rechazó el argumento de que existiera un guerra mundial contra Al-Qaeda y que debido a esto no entraría en el ámbito de aplicación de las Convenciones de Ginebra de 1949. En su sentencia consideró que el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra era aplicable a Ahmed Hamdan, escolta y chófer de Osama Ben Laden.²⁴ El presidente Obama, en un discurso pronunciado el 23 de mayo de 2013, en la *National Defense University* se refirió a un cambio en la estrategia de la lucha antiterrorista, anunció una moderación en el uso de la autorización del uso de la fuerza aprobada por el Congreso (AUMF) y apostilló: «Nuestro esfuerzo para desmantelar las organizaciones terroristas internacionales debe continuar. Pero esta guerra, como todas las guerras, tiene que terminar»²⁵.

6. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA VIDA

El empleo de la fuerza mediante ataques armados contra personas civiles es una violación del Derecho internacional humanitario si se produce durante un conflicto armado y es también una violación del derecho a la vida de dichas personas y de cualquier otra persona cuando tiene lugar al margen de un conflicto armado. El artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 proclama en términos generales que «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona». Según el artículo 6, número 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 éste derecho a la vida es «inherente a la persona humana» y «nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente». El Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950 reitera en el artículo 2, número 1, que «nadie podrá ser privado de su vida arbitrariamente» y precisa, en el número 2 de dicho artículo, que la muerte no será infligida con infracción de dicha prohibición, entre otros supuestos, cuando se haya causado «para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección» (apartado

²³ *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, UN Doc. A/66/330, 30 de agosto de 2011, para.80.

²⁴ Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Hamdan c. Rumsfeld*, 29 de junio de 2006, pp. 67-69.

²⁵ *Remarks by the President at the National Defense University*, Fort McNair, Washington D.C. May 23, 2013, The White House, Office of the Press Secretary.

c). El artículo 4 de la convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José) en su artículo 4, después de afirmar que «toda persona tiene derecho a que se respete su vida», repite la afirmación de que «Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente». El artículo 4 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, tras proclamar que todo ser humano tiene derecho al respeto de su vida y a la integridad de su persona, recuerda una vez más que «nadie puede ser privado de ese derecho arbitrariamente».

El derecho a la vida universalmente reconocido no sólo es un derecho de las personas sino también el respeto a la vida de las personas es una obligación que tienen los Estados, sus órganos y agentes que deben velar por su garantía y aplicación. La cuestión de saber si la muerte causada mediante un ataque letal contra una persona es una privación de dicho derecho causada «arbitrariamente» depende de las normas aplicables en el caso concreto. La garantía de la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos está en función de la competencia de los órganos y de si ésta tiene una dimensión extraterritorial. En determinadas circunstancias los Estados parte en los tratados de protección internacional de los derechos humanos están obligados a su cumplimiento incluso fuera de su territorio y así lo confirma la Corte Internacional de Justicia, los organos de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.²⁶ La aplicabilidad de dichos tratados depende generalmente de que los individuos se encuentren bajo la «jurisdicción» del Estado. Esto ocurre cuando el individuo se encuentra en el territorio de otro Estado si dicho territorio esta bajo *control* de otro Estado. También se admite la aplicación extraterritorial, aunque no exista control del territorio, si un Estado ejerce a través de sus agentes «autoridad o control» sobre la persona concreta que está fuera de su territorio. En el Derecho internacional de los derechos humanos el derecho a la vida goza de una protección reforzada porque no es susceptible de suspensión en «situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación» (art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966) o «en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación» (art. 15 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950).

Por contra la aplicación del Derecho internacional humanitario y de las normas que protegen el derecho a la vida durante los conflictos armados tiene

²⁶ Cfr. GRIESEL, G., *Application extraterritoriale du droit international des droits de l'homme*, Basel, Helbing & Lichtenhan, 2010.

limitaciones, tanto en su ámbito de aplicación espacial, ya se trate de conflictos armados internacionales como de conflictos armados no internacionales, como en función de las personas según se trate de combatientes o de población civil. Los combatientes sólo gozan de protección si están fuera de combate (art. 41 del Protocolo Adicional I de 1977). La población civil y las personas civiles no pueden ser objeto de ataque (art. 51 del Protocolo Adicional I y artículo 13 de Protocolo II). En los conflictos armados sin carácter internacional el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949 prohíbe los atentados contra la vida y la integridad corporal «de las personas que no participan directamente en las hostilidades».

Esta diferencia de grados de protección del derecho a la vida en función de la existencia de un conflicto armado es la que explica las tentativas de los gobiernos que tratan de situar, como se ha visto, los ataques letales cometidos mediante drones ya sea en el terreno de la legítima defensa o en el de la existencia de un conflicto armado que se extendería más allá de los límites más estrictos establecidos para el Derecho internacional humanitario.

En la aplicación del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos es problemático recurrir, como hizo la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre *la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, a la doctrina de la *lex specialis*. Desde el punto de vista de su universalidad las normas de Derecho internacional de los derechos humanos deberían tener la consideración de *lex generalis* y las normas de Derecho internacional humanitario deberían considerarse *lex specialis* y así gozar de una aplicación preferente, y quizás exclusiva, como sostuvo la Corte Internacional de Justicia en la mencionada opinión consultiva respecto de las normas de Derecho internacional de los derechos humanos. Pero la cuestión no es tan sencilla porque las normas de Derecho internacional humanitario también tienen la condición de Derecho internacional consuetudinario. Las normas de las Convenciones de Ginebra de 1949, e incluso las de los Protocolos Adicionales de 1977, tienen en buena parte dicha consideración, tal como se deduce del artículo 63 de la Convención I de Ginebra en virtud del cual la denuncia de dicho tratado «no tendrá efecto alguno sobre la obligación que las Partes contendientes habrán de cumplir en virtud de los principios de derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública». También la aplicación que se hizo de las normas de derecho internacional humanitario por los tribunales internacionales de Nuremberg y Tokio que, con independencia de la cláusula *si omnes* de los convenios vigentes, supuso una confirmación de su condición de normas de Derecho internacional con-

suetudinario. Dichas normas consuetudinarias incluso han sido objeto de una codificación privada²⁷.

En realidad la doctrina de la *lex specialis* no es de gran ayuda cuando se trata de dilucidar la aplicación respectiva entre las normas de Derecho internacional humanitario y las normas de Derecho internacional de los derechos humanos. Las relaciones entre *lex generalis* y *lex specialis* han sido calificadas de «relación dialéctica» y, por ejemplo, de los convenios elaborados por la Comisión de Derecho Internacional se pueden deducir dos ejes: primero, que puede existir una compatibilidad entre reglas generales y reglas especiales, salvo que sean incompatibles; la primacía de la regla especial en caso de incompatibilidad –y sólo en el caso de incompatibilidad– con la regla general²⁸. Como se ha dicho la doctrina de la *lex specialis* es «en cierto sentido un principio que depende del contexto. Es difícil de aplicar para precisar los conflictos normativos en abstracto y, por el contrario, se adecua mejor para precisar las relaciones entre dos normas en un caso concreto»²⁹.

El enfoque normativo de las relaciones entre normas reviste ciertas complejidades dado que se necesita precisar la obligatoriedad de la norma (*formal ascertainemnt of law*), que se hace a través del procedimiento de las fuentes del Derecho, y la operación de precisar el contenido o alcance concreto de una determinada norma (*formal evidence of law*) que se logra a través de la interpretación de dicha norma.³⁰ En otras palabras es preciso distinguir entre la obligatoriedad de las normas y la interpretación de las mismas.

La protección del derecho a la vida que consagran los convenios internacionales sobre derechos humanos establecen que el *standard* en virtud del cual la privación de este derecho no se puede producir «arbitrariamente» (art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 4 de la Convención americana de 1969 o art. de la Carta africana). Estas disposi-

²⁷ Cfr. HENKAERTS, J. M. y DOWLAD-BECK, L., *Customary International Humanitarian Law*, 2 vols., Cambridge, Cambridge University Press/ICRC, 2005.

²⁸ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «L'enrichissement réciproque du droit spécial et du droit plus général: la place du droit spécial dans la codification de la Commission du droit international», *La mise en œuvre de la «lex specialis» dans le droit international contemporain*, Société française pour le droit international, Journée d'études de Lille 2015, Paris, Pedone, 2017, p. 113.

²⁹ LINDROOS, A., «Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of *Lex Specialis*», *Nordic Journal of International Law*, vol. 74, 2005, p. 42.

³⁰ Cfr. D'ASPROMONT, J., *Formalism and the Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 12-18. Esta dificultad se acrecienta cuando se trata de distinguir ambos aspectos en las normas de Derecho internacional consuetudinario como ha puesto de relieve el propio J. d'Aspremont en pp. 148-194 de dicha obra.

ciones deben interpretarse a la luz de las normas de Derecho internacional humanitario según la cuales la existencia de un conflicto armado justifica los ataques que pueden sufrir los combatientes e incluso los no combatientes en concepto de «daños colaterales». El derecho internacional humanitario completa las disposiciones del Derecho internacional de protección de los derechos humanos. La cuestión más delicada es si hay casos en que las normas de derecho internacional de los derechos humanos pueden justificar por sí mismas, ya sea mediante drones u otros medios, los ataques a personas fuera del ámbito de un conflicto armado. Esta posibilidad se ha defendido al amparo del uso genérico de la fuerza como medio de aplicación del derecho (*law enforcement*)³¹, como supuesto distinto de la legítima defensa de un Estado en caso de ataque armado. El empleo de la fuerza en estos casos se ha defendido como algo excepcional «para defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o de lesiones graves «y en cualquier caso sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente necesario para proteger una vida»³². El Derecho internacional de los derechos humanos es más estricto que el Derecho internacional humanitario y únicamente admite el uso de la fuerza en último extremo respecto a la persona que constituye un peligro inminente para la vida propia o de otras personas y que dicho uso sea lo más reducido posible para conseguir el objetivo de protección de dichas vidas³³.

La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado* y en la sentencia sobre las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)* se pronunció, como ya se ha indicado, sobre una aplicación simultánea de las normas de protección de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario. Mayor interés tiene la jurisprudencia de los tribunales de protección de los derechos humanos que progresivamente han ido admitiendo la aplicación de las normas de Derecho internacional humanitario como medio de interpretación de

³¹ Pejic, Jelena, «Extraterritorial Targeting by means of armed drones: some legal implications», *International Review of the Red Cross*, 10, n.º 1017, 2015, pp. 37-38.

³² Principio 9 de los *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 celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

³³ LUBELL, N., «Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict», *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n.º 860, 2005, p. 745.

las disposiciones de los Convenios de protección de los derechos humanos que, en principio, constituyen las únicas normas cuya aplicación tienen encomendada. El asunto *Hassan c. Reino Unido*³⁴ «marca un giro» en esta dirección.³⁵ La reclamación fue presentada contra el Reino Unido por el arresto y detención de un ciudadano iraquí realizados por las fuerzas británicas en Iraq. Esta detención no se ajustaba a ninguna de las categorías enumeradas en los párrafos a) a f) del artículo 5 de la Convención europea como excepciones a la libertad de las personas. Dicha lista es limitativa y exhaustiva y no simplemente enunciativa. Por lo tanto, según la Convención europea la detención no se ajustaba a sus disposiciones. El Tribunal europeo, sin embargo, consideró que la detención era conforme al Derecho internacional humanitario, y concretamente con los poderes que las Convenciones III y IV de Ginebra de 1949 concedían al Reino Unido. Aunque se trata de un asunto en el que no se discutía el derecho a la vida, la sentencia es interesante porque supone un caso de aplicación extraterritorial de las normas de protección de los derechos humanos y de aplicación del Derecho internacional humanitario por un tribunal de protección de los derechos humanos. El Tribunal europeo en ningún momento recurre a la noción de *lex specialis* y procede a una aplicación conjunta de la Convención europea y de los Convenios de Ginebra. También merece llamar la atención sobre una consecuencia procesal de este enfoque ya que la aplicación conjunta de dichas normas abre a los individuos una vía de reclamación ante los mecanismos de garantía previstos en los tratados internacionales universales y regionales de protección de los derechos humanos para lograr que sean respetados los derechos que les reconoce el Derecho internacional humanitario³⁶.

Las normas de Derecho internacional humanitario y las de Derecho internacional de los derechos humanos tienen sus respectivos ámbitos de validez y no deben confundirse. Mucho menos debe intentarse, como se ha visto, hacer un «peinado» o aplicación extensiva de las normas que autorizan el empleo de la fuerza o del Derecho internacional humanitario en detrimento del Derecho

³⁴ *Hassan c. Reino Unido*, Gran Sala, sentencia de 16 de septiembre de 2014.

³⁵ SICILIANOS, L.-A., «L'articulation entre droit international humanitaire et droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Swiss Review of International and European Law*, vol. 27, n.º 1, 2017, p. 5.

³⁶ HILL-CAWTHORNE, L., «Just another Case of Treaty Interpretation? Reconciling Humanitarian Law and Human Rights Law in the ICJ», en M. ANDENAS y E. BJÖRGE (eds.), *A Farewell to Fragmentation and Convergence in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 286.

internacional de los derechos humanos. Ante las cuestiones que plantea el empleo de drones armados, sobre todo en el ámbito de la lucha contra el terrorismo internacional, se ha dicho que existe un «marco jurídico imperfecto»³⁷ o que se necesita que la comunidad internacional «alcance un mayor consensus en la interpretación de las limitaciones que el Derecho internacional en todos sus aspectos establece sobre el empleo de drones»³⁸. No debe pasar por alto que en algunas cuestiones hay que tener en cuenta la evolución que representa la práctica internacional reciente y en que otras precisan aclaración debe realizarse un esfuerzo interpretativo más sistémico, pero no debe considerarse que exista una laguna al respecto.

Tanto el Derecho internacional humanitario como el Derecho internacional de los derechos humanos se pueden aplicar por separado o conjuntamente según los casos porque sus ámbitos de validez no se solapan ni son contradictorios. Es evidente, por ejemplo, que las normas de Derecho internacional humanitario relativas a la ocupación no impiden la aplicación de las normas de protección de los derechos humanos a la población del territorio ocupado. En otros casos la aplicación de ambas clases de normas es más complejo. Si la protección del derecho a la vida exige que nadie sea privado de ella «arbitrariamente» tanto el Derecho internacional humanitario como las normas que rigen el empleo de la fuerza, suministran los parámetros para decidir en qué casos se ha respetado o se ha privado de este derecho a determinadas personas en asuntos concretos. En estos supuestos cabe proceder en virtud de lo que se denomina una interpretación sistémica de las normas prevista en el artículo 31. 3. c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados que permite tener en cuenta a efectos interpretativos «toda norma pertinente de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes»³⁹. Esta «pertinencia» normativa existe entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario y permite adoptar una perspectiva amplia que configura ambos conjuntos normativos no como ramas separadas del Derecho internacional público sino como aspectos de un régimen internacional general de protección de la per-

³⁷ LUCAS, R., *op. cit.* en nota 4, pp. 64-78.

³⁸ HEYNS, Ch. *et al.*, *op. cit.* en nota 4, p. 826.

³⁹ Cfr. MCLACHLAN, C., «The Principle of System Integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention», *I.C.L.Q.*, vol. 54, 2005, pp. 279-320 y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «El principio de integración sistémica y la unidad del Derecho internacional», en A.J. RODRIGO y C. GARCÍA (eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público y en la Comunidad internacional*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 356, 374.

sona humana⁴⁰. El empleo de drones armados, unas veces en el contexto de conflictos armados internacionales o sin carácter internacional, otras al margen de dichos conflictos, es una buena muestra de las cuestiones que se plantean y de las relaciones que existen entre el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos.

⁴⁰ Cfr. CASANOVAS, O., «El Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos como regímenes internacionales», *Estudios de Derecho internacional y Derecho europeo en homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 345-359, y «La confluence du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme», *Droit international et culture juridique, Mélanges offerts à Charles Leben*, Paris, Pedone, 2015, pp. 45-56.