



MINISTERIO DE DEFENSA

CUADERNOS
de
ESTRATEGIA

160

LA RESPUESTA DEL DERECHO
INTERNACIONAL A LOS
PROBLEMAS ACTUALES DE LA
SEGURIDAD GLOBAL

ieee.es
Instituto Español de Estudios Estratégicos

INSTITUTO ESPAÑOL DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS
CRUZ ROJA ESPAÑOLA-CENTRO DE ESTUDIOS DE
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO



MINISTERIO DE DEFENSA

**CUADERNOS
de
ESTRATEGIA**

160

INSTITUTO ESPAÑOL DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS

LA RESPUESTA DEL DERECHO
INTERNACIONAL A LOS
PROBLEMAS ACTUALES DE LA
SEGURIDAD GLOBAL

Enero 2013

CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>

Edita:



www.bibliotecavirtualdefensa.es

© Autor y editor, 2012

NIPO: 083-12-220-1 (edición en línea)

Fecha de edición: enero 2013



NIPO: 083-12-219-9 (edición libro-e)

ISBN: 978-84-9781-792-9 (edición libro-e)

Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad del autor de la misma.

Los derechos de explotación de esta obra están amparados por la Ley de Propiedad Intelectual. Ninguna de las partes de la misma puede ser reproducida, almacenada ni transmitida en ninguna forma ni por medio alguno, electrónico, mecánico o de grabación, incluido fotocopias, o por cualquier otra forma, sin permiso previo, expreso y por escrito de los titulares del © Copyright.



MINISTERIO
DE DEFENSA

*INSTITUTO ESPAÑOL DE
ESTUDIOS ESTRATÉGICOS*

Grupo de Trabajo número 02/2012

**LA RESPUESTA DEL DERECHO
INTERNACIONAL A LOS PROBLEMAS
ACTUALES DE LA SEGURIDAD GLOBAL**

Las ideas contenidas en este trabajo son de responsabilidad de sus autores, sin que reflejen, necesariamente, el pensamiento del IEEE, que patrocina su publicación

SUMARIO

PRESENTACIÓN

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

Capítulo I

DE LA INTERVENCIÓN POR CAUSAS HUMANITARIAS A LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER. FUNDAMENTOS, SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

Romualdo Bermejo García y Eugenia López-Jacoiste Díaz

Capítulo II

EL CRIMEN DE AGRESIÓN COMO AMENAZA A LA SEGURIDAD GLOBAL

Carmen Quesada Alcalá

Capítulo III

LA PIRATERÍA COMO CRIMEN INTERNACIONAL

Fernando Marín Castán

Capítulo IV

LA PÉRDIDA DE LA INMUNIDAD DE LAS PERSONAS CIVILES POR SU PARTICIPACION DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

Capítulo V

LA LUCHA CONTRA LA PROLIFERACIÓN INCONTROLADA DE LAS ARMAS PEQUEÑAS Y LIGERAS EN EL CONTEXTO DE LA REFORMA DEL SECTOR DE SEGURIDAD. UN ENFOQUE HUMANITARIO

José Luis Doménech Omedas

Capítulo VI

EMPRESAS DE SEGURIDAD, MERCENARIOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Mario A. Laborie Iglesias

COMPOSICIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

LA RESPUESTA DEL DERECHO
INTERNACIONAL A LOS
PROBLEMAS ACTUALES DE LA
SEGURIDAD GLOBAL

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

■ PRESENTACIÓN

Son tan evidentes como profundos los cambios que se han producido en el mundo desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, a cuyo término se estableció un marco jurídico internacional que, en buena medida, permanece inalterado y que se puede concretar en el sistema establecido por la Carta de las Naciones Unidas, basado en la coexistencia de estados soberanos e independientes no subordinados, al menos formalmente, a una autoridad política superior⁽¹⁾, por lo que puede afirmarse que la Organización de las Naciones Unidas es fundamentalmente la institucionalización de la cooperación entre las naciones.

Ahora bien, el derecho internacional no solo es un instrumento (jurídico) para ordenar las relaciones y coexistencia de estados soberanos e independientes, sino un conjunto de normas jurídicas que debe ser capaz de dar respuesta a los complejos problemas del mundo contemporáneo derivados de los profundos cambios de la sociedad internacional en el segundo decenio del siglo XXI.

No es el menor de estos cambios el fenómeno de la globalización consistente en la creciente concentración de poder económico, en cierto modo contradictoria con la gran crisis económica y financiera del mundo global. No faltan autores que, criticando el fenómeno de la mundialización, han llegado a afirmar que «la globalización no es global» (abarca únicamente al 15% de la población mundial) o que la única realidad verdaderamente globalizada es la pobreza (un auténtico *apartheid global*). Por ello pudo manifestar Kofi Annan, secretario general de las Naciones Unidas, que si se reacciona frente al proceso de globalización es por las disparidades que le acompañan (*Informe a la Cumbre del Milenio*).

Por otra parte, el *Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio* (Naciones Unidas, diciembre de 2004) dedicó su primera parte a estudiar un nuevo consenso en materia de seguridad. Se parte de la realidad de dos mundos distintos (1945 y 2005) para afirmar que el desafío central del siglo XXI es plasmar un concepto nuevo que sintetice todas las responsabilidades, compromisos, estrategias e instituciones concomitantes que se necesitan para un sistema de seguridad colectiva eficaz, eficiente y equitativo.

El principal desafío para las Naciones Unidas y sus estados miembros es asegurar que las amenazas distantes no pasen a ser inminentes y las que son inminentes no lleguen a ser destructivas. Ello exige un marco de acción

⁽¹⁾ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, «Funciones del derecho internacional contemporáneo: garantía de la independencia de los estados e instrumento para la cooperación entre los estados», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Ed. Civitas, Madrid 1991, tomo i, p. 251.

preventiva que encare todas las amenazas en distintas partes del mundo antes de que surtan efectos devastadores. Según el informe el sistema de seguridad colectiva debe fundarse en tres pilares básicos: 1.º Las amenazas actuales no respetan las fronteras nacionales. 2.º Ningún país es invulnerable, por sí solo, a las amenazas actuales. 3.º No se puede suponer que todos los estados cumplirán su deber de proteger a su población y no causarán daños a sus vecinos.

Así, se identifican seis grupos de amenazas globales:

- Las amenazas económico-sociales, como la pobreza, las enfermedades infecciosas y la degradación ambiental.
- Los conflictos entre estados.
- Los conflictos internos, como la guerra civil, el genocidio y otras atrocidades a gran escala.
- Las armas nucleares, radiológicas, químicas y biológicas.
- El terrorismo.
- La delincuencia organizada transnacional.

Sin duda, uno de los instrumentos para la lucha contra estas amenazas es la elaboración de normas internacionales para fortalecer la capacidad de los Estados, de las Naciones Unidas y de otras instituciones internacionales, con la creación incluso de nuevos mecanismos institucionales para prevenir conflictos y lograr un nivel aceptable de seguridad colectiva.

Como se ha escrito en este *Cuaderno*⁽²⁾ que tengo el honor de presentar, el presidente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en su sesión de 20 de febrero de 2007, formuló una declaración en apoyo de la reforma del sector de la seguridad en el marco del tema «Mantenimiento de la paz y seguridad internacionales». Y el propio Gobierno del Reino de España aprobó la *Estrategia española de seguridad. Una responsabilidad de todos* el 26 de junio de 2011. Sin embargo, en este último documento es bien escueta la referencia a la reforma del sector de la seguridad, que se concreta en el propósito de continuar prestando apoyo a otros estados para tal reforma, como se viene haciendo desde hace tiempo con éxito.

El estudio del importante paso de la seguridad nacional a la seguridad global y, dentro de ella, a la reforma del sistema de la seguridad (RSS) es el objeto de análisis en este *Cuaderno de Estrategia*, desde la óptica del derecho internacional. Naturalmente, el reducido espacio de un cuaderno monográfico no puede abarcar todas las respuestas a los problemas de la seguridad global, que por otra parte han sido parcialmente abordados en precedentes números

⁽²⁾ DOMENECH OMEDAS, José Luis, «La lucha contra la proliferación incontrolada de armas pequeñas y ligeras en el contexto de la reforma del sector de seguridad. Un enfoque humanitario», en este *Cuaderno de Estrategia*.

del *Cuaderno*. Se han seleccionado así, dentro de las amenazas a la seguridad colectiva, los temas de mayor actualidad siguiendo el innegable hilo conductor de su estrecha relación con la seguridad global.

En síntesis, el contenido del *Cuaderno* se concreta en el estudio desde el punto de vista del derecho internacional de cuestiones tan relacionadas con las amenazas globales como:

- La soberanía de los Estados, la prohibición del uso de la fuerza (*ius ad bellum*) y el sistema de seguridad colectiva, analizando «la intervención por causas humanitarias y la responsabilidad de proteger», así como «el crimen de agresión».
- En relación con la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, los problemas de la persecución y prevención del «crimen internacional de piratería».
- Y, finalmente, respecto al ámbito de los conflictos armados y aplicación del derecho internacional humanitario, el examen de la «participación directa en las hostilidades» por las personas civiles y su pérdida de inmunidad, el estudio de «la lucha contra la proliferación incontrolada de armas pequeñas y ligeras» y el tratamiento de las «empresas de seguridad y de los mercenarios».

Para responder a estas seis cuestiones se elaboró, en sucesivas reuniones del Grupo de Trabajo, un esquema del *Cuaderno de estrategia* a partir una meditada y debatida estructura general de la materia objeto de investigación que se concretó en la propia denominación del *Cuaderno*: *La respuesta del derecho internacional a los problemas actuales de la seguridad global*. Así, se acordó la siguiente estructura general de la obra:

1. «Presentación», por D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, coordinador del Cuaderno.
 2. «De la intervención por causas humanitarias a la responsabilidad de proteger. Fundamentos, similitudes y diferencias», por D. Romualdo Bermejo García.
 3. «El crimen de agresión como amenaza a la seguridad global», por Dña. Carmen Quesada Alcalá.
 4. «La piratería como crimen internacional», por D. Fernando Marín Castán.
 5. «La pérdida de la inmunidad de las personas civiles por su participación directa en las hostilidades», por D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto.
 6. «La lucha contra la proliferación incontrolada de las armas pequeñas y ligeras en el contexto de la reforma del sector de seguridad. Un enfoque humanitario», por D. José Luis Doménech Omedas.
 7. «Empresas de seguridad, mercenarios y derecho internacional humanitario», por D. Mario Laborie Iglesias.
-

Actuó como vocal y secretario del Cuaderno de estrategia D. Mario Laborie Iglesias, cuya notable labor de organización, ayuda y acertados criterios deben ser expresamente reconocidos.

Todas las ponencias finalizan con la exposición de unas conclusiones y la aportación de una bibliografía seleccionada sobre la materia.

El profesor doctor D. Romualdo Bermejo García, catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de León, y la doctora Dña. Eugenia López-Jacoiste Díaz, profesora de la Universidad de Navarra, en su extensa y excelente aportación («De la intervención por causas humanitarias a la responsabilidad de proteger. Fundamentos, similitudes y diferencias»), abordan una materia en cuyo estudio son reconocidos especialistas, analizando la evolución desde las llamadas intervenciones por causas humanitarias hasta el más moderno concepto de la responsabilidad de proteger (RP), para concluir que esta nueva figura no parece que haya supuesto un gran progreso en relación con la denominada intervención humanitaria, compartiendo ambas los mismos fundamentos. Incluso se lamentan los autores de que, a partir del *Informe del Grupo de Alto Nivel*, se haya producido un cierto retroceso al restringir la intervención armada a la estricta aprobación del Consejo de Seguridad. Viejo tema en el que, en opinión de los ponentes, seguimos sin que se haya encontrado una respuesta para derribar esta muralla. El callejón sin salida en que se encuentra la práctica reciente acentúa las críticas al doble rasero de la intervención humanitaria que se ha agravado en los casos de Sudán, Birmania, República Democrática del Congo y actualmente en Libia y Siria. Finalizan la ponencia razonando que, en el caso de Siria, mal camino hemos elegido si se invoca la «responsabilidad de proteger» como chivo expiatorio para que se nos perdonen los pecados cometidos.

La profesora doctora Dña. Carmen Quesada Alcalá, profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, estudia en una relevante ponencia («El crimen de agresión como amenaza a la seguridad global»), fruto de su larga experiencia como representante española en las reuniones entre sesiones sobre el crimen de agresión en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el itinerario no exento de dificultades de la tipificación del crimen de agresión, que califica como la gran amenaza para la seguridad global. Analiza con acierto la definición y condiciones de viabilidad, en particular las relaciones entre el Consejo de Seguridad y la Corte Penal Internacional necesarias para la persecución de este crimen. Dedicó la autora una parte importante de su ponencia a la exposición de los logros de la Conferencia de Kampala (2010) en materia del crimen de agresión, como la definición del crimen y del acto de agresión, el papel del Consejo de Seguridad y el sistema de enmiendas. La parte final de la ponencia contiene una sugerente propuesta para reformar el código penal español y tipificar el crimen de agresión.

El coronel auditor D. Fernando Marín Castán, jefe de la Asesoría Jurídica del jefe de Estado Mayor de la Defensa, presenta un valioso estudio sobre «La piratería como crimen internacional». Después de destacar que la piratería constituye uno de los más graves delitos contra la seguridad marítima con vinculaciones con las redes de delincuencia internacional, considera insuficiente el tratamiento de este crimen por el derecho internacional del mar. Concretamente, estima que la regulación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar resulta incompleta y asistemática a la hora de abordar las amenazas o riesgos emergentes contra la seguridad marítima. Carencias que han tenido que ser suplidas con la Convención SUA y su protocolo y, en el caso de Somalia, por numerosas resoluciones del Consejo de Seguridad, cuyo contenido jurídico se analiza en la ponencia. Traslada el autor su experiencia profesional para la exposición de la lucha contra la piratería de Somalia, que se lleva a cabo con notable éxito en la mar (con la brillante participación de España en las operaciones *Atalanta* y *EUTM-Somalia*, en el golfo de Adén y el océano Índico occidental), aunque sus causas hay que buscarlas y abordarlas en tierra con soluciones integrales. Asimismo apunta la necesidad de localizar e interceptar los flujos financieros ilícitos de la piratería y juzgar a sus responsables. Una de las mayores preocupaciones de la comunidad internacional la constituye el enjuiciamiento y encarcelamiento de los presuntos piratas, por la renuencia de los países a asumir esa carga y la falta de tribunales de justicia especializados en la zona.

El autor de esta presentación y coordinador del *Cuaderno*, ya dentro del ámbito del derecho internacional humanitario, estudia «La pérdida de la inmunidad de las personas civiles por su participación directa en las hostilidades», tema de gran actualidad porque las personas civiles desempeñan un papel cada vez más relevante, como víctimas y victimarias, en los conflictos armados actuales. Conforme a las normas humanitarias estas personas gozan, en principio, de inmunidad contra los ataques directos pero la pierden si participan directamente en la acción hostil y mientras dure tal participación. Los principales problemas jurídicos que presenta la referida pérdida de inmunidad se concretan en la definición de la noción de personas civiles, que no es idéntica en los conflictos armados internacionales e internos, la delimitación de lo que debe entenderse por hostilidades y la determinación de los elementos constitutivos del concepto de participación directa en la acción hostil, su ámbito temporal, las limitaciones al uso de la fuerza y las consecuencias de la recuperación de la inmunidad, a la luz del derecho internacional humanitario.

El coronel de Artillería D. José Luis Doménech Omedas, jefe de la Unidad de Enseñanza y Difusión del CEDIH de la Cruz Roja Española, analiza en una ponencia extraordinaria por su calidad y actualidad «La lucha contra la proliferación incontrolada de las armas pequeñas y ligeras en el contexto de la reforma del sector de seguridad. Un enfoque humanitario». El autor se plantea,

en primer lugar, los vínculos existentes entre la lucha contra la proliferación no reglamentada de armas pequeñas y ligeras APAL y la reforma del sector seguridad (RSS), al tratarse de una amenaza global y transversal que afecta a la seguridad humana, instituciones, imperio de la ley y desarrollo sostenible. El capítulo versa sobre los esfuerzos que la comunidad internacional ha emprendido para luchar contra la proliferación incontrolada, disponibilidad, comercio ilícito y acumulación excesiva de las armas pequeñas y ligeras. Resulta del mayor interés la exposición de uno de los proyectos más ambiciosos de las Naciones Unidas como es la aprobación de un tratado de comercio de armas, regulador de todas las armas convencionales. Desafortunadamente la conferencia internacional, que se celebró en julio de 2012, no llegó a buen puerto, aunque persiste la esperanza puesto que una gran mayoría de estados se ha propuesto continuar los esfuerzos emprendidos. Una de las aportaciones más relevantes de la ponencia está constituida por la exposición de los requisitos que debería reunir un futuro tratado sólido y robusto sobre el comercio de armas.

Finalmente, un destacado especialista en la materia como D. Mario Laborie Iglesias, teniente coronel de Artillería y secretario del presente *Cuaderno*, escribe un inmejorable trabajo sobre «Empresas de seguridad, mercenarios y derecho internacional humanitario». La actualidad del tema es tan evidente como el acierto con el que el ponente aborda una materia tan difícil y compleja. La primera cuestión planteada se adentra en el debate sobre si los empleados de las empresas de seguridad privadas (EMSP) deben ser considerados como mercenarios, concluyendo que las normas internacionales que prohíben el mercenariado se muestran de todo inadecuadas para regular el fenómeno de las citadas empresas. En segundo lugar, estudia cómo el derecho internacional humanitario, ya que gran parte de las actividades de las EMSP se realizan en países en guerra, contempla el fenómeno de la privatización de la guerra. Por último, se dedica una atención especial al proyecto de convención internacional que se prepara en el ámbito de las Naciones Unidas para fortalecer la legislación aplicable a las EMSP. Concluye el autor exponiendo la necesidad de nuevos instrumentos que determinen las condiciones de legitimidad para el uso de la fuerza por actores privados y que, a la vez, sirvan para garantizar el respeto de los estándares mínimos establecidos por el derecho de los conflictos armados y el de los derechos humanos.

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA INTERVENCIÓN POR CAUSAS HUMANITARIAS A LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER. FUNDAMENTOS, SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

Romualdo Bermejo García
Eugenia López-Jacoiste Díaz

RESUMEN

El concepto de intervención humanitaria ha sido siempre muy controvertido, particularmente en el ámbito doctrinal. Hasta la Segunda Guerra Mundial, algunos autores han mantenido vigorosamente que formaba parte del derecho internacional consuetudinario. Al mismo tiempo, apoyándose en la doctrina de la «guerra justa», numerosos estados no han dudado en invocarla en varias ocasiones en el siglo xix y principios del siglo xx.

Después de la Segunda Guerra Mundial, una parte de la doctrina se ha alzado en contra de la idea de que la intervención humanitaria formaba parte del derecho positivo, considerando que estaba en contradicción con la prohibición del uso de la fuerza salvo en caso de legítima defensa o previa autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Otra parte de la doctrina, sobre todo del mundo anglosajón, ha continuado defendiendo la legalidad de tales intervenciones, invocando la protección de los derechos humanos. Esta tesis, según esta doctrina, no viola el principio de no intervención tal y como está recogido en el artículo 2, párrafo 7 de la Carta de las Naciones Unidas, cuyo ámbito de aplicación no coincide con la defensa de los derechos humanos. A causa de esta tensión en el ámbito doctrinal, el concepto ha continuado siendo objeto de una polémica tanto doctrinal como diplomática. Esta polémica se ha reavivado con la intervención de los países de la OTAN en el territorio de la antigua Yugoslavia en 1999, al no contar con la previa autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El concepto de «responsabilidad de proteger» tiene evidentemente sus raíces en el concepto de intervención humanitaria, dándole sin embargo

un alcance más formal que preciso. En efecto, la responsabilidad de proteger se ha reafirmado como una obligación para la comunidad internacional para hacer frente a las múltiples violaciones graves de derechos humanos –como el genocidio, la depuración étnica, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad–. La intervención en Libia ha sido un ejemplo en el que se ha invocado esa responsabilidad de proteger, aunque mal aplicada. Sin embargo, la cuestión sigue planteando enormes problemas en caso de inercia por parte de la comunidad internacional. En esta situación, ¿se podrían admitir iniciativas unilaterales –como lo señala la comisión canadiense– o se debe adoptar una actitud pasiva? La situación que se ha vivido en Libia y después en Siria nos demuestra la dificultad que tiene la comunidad internacional a la hora de responder a esta clase de situaciones.

Palabras clave:

Intervención humanitaria, guerra justa, derechos humanos, principio de no intervención, intervención de los países de la OTAN sobre el territorio de la antigua Yugoslavia, responsabilidad de proteger, intervención en Libia, comisión canadiense, los casos de Libia y Siria.

Romualdo Bermejo García
Eugenia López-Jacoiste Díaz

ABSTRACT:

The concept of humanitarian intervention has always been controversial, especially at a doctrinal level. At the same time, many authors state that these interventions are part of international customary law, or were at least until the Second World War. Based on the concept of «just war», states have used it in many cases, particularly in the XIX century and in the first years of the XX. After the Second World War and with the adoption of the UN Charter, a doctrinal sector was strongly against it, considering that humanitarian intervention had no more space in positive international law, since the use of force was totally forbidden, except for self-defence cases or those authorized by the Security Council. Nevertheless, another doctrinal sector, based mainly in the Anglo-Saxon world, continued defending legality of those interventions, invoking the relevance of human rights in International Law. They argued that interventions aimed to defend human rights do not violate the principle of nonintervention contained in article 2.7 of the UN Charter, because the principle is not applicable to human rights.

Thus, the issue continued being controversial at a doctrinal level and also in states' practice. Intervention of NATO countries in the territory of former Yugoslavia in 1999, without an authorization by the Security Council, has put the concept into debate again.

It is clear that the concept of «responsibility to protect» finds its roots in the firstly mentioned concept of «humanitarian intervention», but incorporating a new dimension, more formal than real. It must be recalled that responsibility to protect rose mainly as a responsibility of the international community to face grave violations of human rights, such as genocide, ethnic cleansing, war crimes and crimes against humanity. Intervention in Libya constitutes an example of an intervention based on responsibility to protect, although wrongly applied. The problem comes, however, when the international community does not react. Is it possible to react unilaterally, as suggested by the Canadian commission, or nothing should be done? The Libyan and Syrian cases are there for demonstrate the challenges that responsibility to protect means to the international community.

Key words:

Humanitarian intervention, just war, human rights, principle of nonintervention, intervention of NATO countries in the territory of ex-Yugoslavia, responsibility to protect, Canadian commission, intervention in Libya, Libyan and Syrian cases, international community.

■ INTRODUCCIÓN

Desde hace poco más de una década el derecho internacional ha venido familiarizándose con el concepto de «responsabilidad de proteger» (en adelante RP), sobre todo a raíz del *Informe de la Comisión Internacional sobre intervención y soberanía de los Estados* de diciembre de 2001, conocido también como *Informe de la comisión canadiense*, debido a que dicha comisión fue creada por el Gobierno de este país. Presidida por Gareth Evans y Mohamed Sahnoun, el informe en cuestión⁽¹⁾ asumió en general las tesis que se habían defendido por un sector doctrinal importante a la hora de llevar a cabo las denominadas intervenciones humanitarias. Y es que no conviene olvidar que justo dos años antes, es decir en 1999, la OTAN llevó a cabo bombardeos masivos sobre Serbia y Kosovo para poner fin a las atrocidades cometidas en Kosovo contra la población de origen albanés, entre las cuales cabe señalar la limpieza étnica y centenares de miles de refugiados. Y llovía sobre mojado, porque en el transcurso de este conflicto no conviene olvidar la matanza de Srebrenica (uno de cuyos autores o propulsores, Mladic, está siendo ahora juzgado por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia), ni los masivos bombardeos sobre las otras zonas consideradas y declaradas como «seguras» por el propio Consejo de Seguridad⁽²⁾. También conviene tener presente que un año antes de la matanza de Srebrenica, que tuvo lugar en julio de 1995, se produjo el genocidio en Ruanda entre los meses de abril y junio de 1994 en el que perecieron unas 800.000 personas de la etnia tutsi y algunos hutus de tendencia moderada.

Como se sabe, la campaña de bombardeos masivos sobre Yugoslavia por parte de muchos estados miembros de la OTAN se llevó a cabo sin autorización del Consejo de Seguridad, ya que nunca se pudo contar con el voto ruso, y al parecer tampoco con el apoyo de China. Por lo tanto este es un ejemplo relevante de la práctica reciente, y no un sueño de algunos autores, que avala la supervivencia de esa figura polémica que es la «intervención armada por causas humanitarias», sin que sea la única⁽³⁾.

Pero el concepto o la noción de la RP⁽⁴⁾ no se quedaría en el precitado *Informe de la comisión canadiense*, ya que unos años después se recogería en el *Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio*, nombrado por el propio secretario general de la ONU, por aquel entonces Kofi

⁽¹⁾ Para el texto en español, cfr. <http://www.ca/pdf/Spanish-report.pdf>.

⁽²⁾ Para más detalles sobre estos aspectos, cfr. BERMEJO GARCÍA, R. y GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *La disolución de Yugoslavia*, Eunsa, Pamplona, 2007, 270 p.

⁽³⁾ Decimos que no es la única porque ha habido otras intervenciones unilaterales, como en Sierra Leona en 1998, que se llevaron a cabo por paracaidistas británicos antes precisamente de que se autorizara por el Consejo de Seguridad.

⁽⁴⁾ Para un estudio preciso sobre este concepto y su fundamento, véase entre nosotros LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E.: «La responsabilidad de proteger: reflexiones sobre sus fundamentos y articulación», *Anuario de Derecho Internacional*, 2006, pp. 285-315.

Annan⁽⁵⁾, y en el informe del propio secretario general de la ONU, de 29 de marzo de 2005, titulado «Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos»⁽⁶⁾. Unos meses más tarde, la RP quedaría reflejada en el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005⁽⁷⁾, en los párrafos 138-140. Desde entonces, no se puede decir que haya tenido importantes avances normativos e incluso institucionales como intentaremos demostrar. Es más, todo apunta a que tras el caso libio se vea este concepto, al menos por parte de algunos países, con tintes políticos más que jurídicos, y es lo que está ocurriendo ahora con Siria, como Rusia y China lo han puesto de manifiesto. Por lo tanto, el tema sigue tan actual y polémico como antes, aunque más conocido y abierto al debate.

■ EL DILEMA DE LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La práctica internacional, tanto en el derecho internacional clásico como en el contemporáneo, nos ofrece abundantes casos en los que la comunidad internacional no solo se ha conmovido ante ciertas atrocidades cometidas por parte de algunos estados, tanto en tiempo de paz como de guerra (conflicto armado), sino que en algunos de ellos se llegó a intervenir a pesar de que dicha comunidad internacional no contaba con un sistema institucionalizado en relación con el uso de la fuerza. Claro está, intervenciones denominadas ya en esa época de derecho internacional clásico como «humanitarias» o por «causas de humanidad»⁽⁸⁾ se llevaban a cabo por algún o algunos estados, y no planteaban en realidad serios problemas, ya que además no existía una prohibición general del uso de la fuerza. Conviene apuntar que, al margen de esta cuestión, los países que recurrían a esta figura, para impedir por la fuerza armada que se siguieran cometiendo esas atrocidades, lo hacían convencidos de que el derecho internacional les otorgaba este derecho de intervención.

En efecto, las raíces de esta figura remontan, como se sabe, al concepto de «guerra justa», sobre todo en Francisco de Vitoria y Suárez invocando la intervención a favor de los inocentes⁽⁹⁾. Estos autores partían ya de la premisa

⁽⁵⁾ Cfr. Doc. A/59/565, de 2 de diciembre de 2004.

⁽⁶⁾ A este respecto, cfr. Doc. A/59/565. sobre estos informes, cfr. BERMEJO GARCÍA, R. y LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E.: «El uso de la fuerza a la luz de los conflictos recientes: análisis de los informes del Grupo de Alto Nivel (2-XII-2004) y del secretario general (21-III-2005)», en: RAMÓN CHORNET, C. (coord.): *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, pp. 37-91.

⁽⁷⁾ Resolución 60/1 de la Asamblea General.

⁽⁸⁾ A nivel terminológico se habla de «intervención humanitaria», «intervención de humanidad», «intervención por causas de humanidad», «protección humanitaria», etc.

⁽⁹⁾ A este respecto, ver también ESCUDERO ESPINOSA, F.: *La intervención humanitaria y el derecho internacional*, tesis de doctorado. Universidad de León, 2001, pp. 72 y ss., y bibliografía allí citada. Este concepto también ha estado presente indirectamente en otras

del deber de intervenir para defender a las víctimas inocentes de sus tiranos y de las leyes inhumanas que podrían adoptar. Y es que se partía de la base de que la humanidad constituía un *totiu sorbis*, en la que existen unos vínculos universales basados en el *ius communicationis*, derecho que une a todos los hombres y que genera ese deber de intervención. Posteriormente, el concepto de «guerra justa»⁽¹⁰⁾ fue abordado y reconocido también por Francisco Suárez, aunque sería Hugo Grocio el que formularía de una manera más completa el concepto de intervención humanitaria (o de humanidad). Y es que hay que hacer notar que fue precisamente Grocio el que empieza a proclamar uno de los principios básicos del derecho internacional, el de no intervención, vinculándolo precisamente con la soberanía estatal⁽¹¹⁾. Sin embargo, como ya se ha señalado por la doctrina, Grocio, al examinar los eventuales supuestos de «guerra justa» admite expresamente que el rey (soberano) puede recurrir a la guerra no solo por las injurias cometidas contra sí o contra sus súbditos, sino también por aquellas que no les afecten a ellos especialmente, si es que violan gravemente el derecho natural o de gentes⁽¹²⁾. Estas ideas de Grocio serían después tratadas y desarrolladas por Wolfb, Vattel y Kant, aunque no de una manera idéntica.

Aunque los efectos de esta tesis sobre la figura de la intervención humanitaria no son desdeñables⁽¹³⁾, lo cierto es que hay que esperar al siglo XIX para constatar que los diversos acontecimientos que tuvieron lugar incidieron en la formación de esta figura. Y es que no hay que olvidar que fue precisamente en este siglo cuando se llevaron a cabo diversas intervenciones con el fin de poner término a determinadas situaciones inhumanas vividas por algunas poblaciones en algunos países, poblaciones que en muchos casos eran minorías, bien fueran religiosas o de otra índole⁽¹⁴⁾. Desde este prisma, conviene poner de relieve

religiones y civilizaciones. A este respecto, cfr. RECHID, A.: «L'Islam et le droit des gens», RCADI, 1937-II, p. 445. Igualmente, MAHMASSANI, S.: «The principles of international law in the light Islamic of doctrine», RCADI, 1966-I, pp. 282 y ss., en donde se compara la yihad con la guerra justa.

⁽¹⁰⁾ Hay que poner de relieve que este concepto de «guerra justa» era sobre todo moral, aunque poco a poco va a ser transpuesto al ámbito jurídico por los denominados padres del derecho internacional. Sobre el papel que desempeña la moral en el derecho internacional, cfr. KRAUS, H.: «La morale interntionale», RCADI, 1927-1, pp. 386-532.

⁽¹¹⁾ Sobre el papel desempeñado por Grocio y su influencia en el derecho internacional, cfr. VLUGT (VAN DER), W.: «L'oeuvre de Grotius et son influence sur le développement du droit international», RCADI, 1925-I, pp. 395-509. Para una perspectiva sobre la obra de Grocio más moderna, cfr. los estudios de AGO, R.; SCHIEDERMAIR, H.; RIPHAGEN, W.; TRUYOL Y SERRA, A. y FEENSTRA, R.: «Commémoration du quatrième centenaire de la naissance de Grotius», RCADI, 1983-IV, pp. 371-470.

⁽¹²⁾ Cfr. ARONEDU, F.: «La guerre internationale d'intervention pour cause d'humanité», *Revue internationale de droit pénal*, 1942-2, pp. 178 y ss.

⁽¹³⁾ Basta, por ejemplo, con ver la influencia del concepto de «guerra justa» en un amplio sector doctrinal del mundo anglosajón.

⁽¹⁴⁾ A este respecto, cfr. FONTEYNE, J. P.: «The customary international law doctrine of humanitarian intervention: its current validity under the UN Charter», *California Western International Law Journal*, 1974, pp. 205 y ss. Este autor considera, por ejemplo, que algunas

que en bastantes casos esas intervenciones a favor de esas minorías étnicas y religiosas eran connacionales, o se trataba pura y simplemente de minorías afines. Como se sabe, esta serie de intervenciones es conocida como «cuestión de Oriente»⁽¹⁵⁾ ya que se llevaron a cabo en zonas bajo influencia del antiguo Imperio otomano, siendo emprendidas por las distintas potencias europeas con base a razones humanitarias, aunque no conviene ignorar que en bastantes de esos casos las razones estrictamente humanitarias estaban supeditadas a intereses políticos de las potencias internacionales, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina.

Un caso aparte en este período, que consideramos interesante porque afecta a España, es el caso de la intervención de los Estados Unidos en Cuba y la guerra con España en 1898, cuyo resultado fue la derrota española y la independencia (vigilada por el nuevo coloso) de Cuba. En aquel entonces, el presidente estadounidense William McKinley señaló en el mensaje sobre la guerra dirigido al Congreso que la intervención se llevó a cabo «... in the cause of humanity and to put an end to barbarities, bloodshed, starvation and horrible miseries»⁽¹⁶⁾.

cruzadas podrían considerarse como intervenciones humanitarias y efectúa un análisis de las ideas de Grocio, Vattel y Kant, así como de la doctrina internacionalista del siglo xix y principios del siglo xx, como Pradier-Fodéré, Heffter, Pereira, Phillimore, Fauchille, Stowell, Mandelstan, Seferiades, Le Fur, Mosler, Roxburg, Potter, Strupp, etc. También se refiere a los casos de intervención humanitaria considerados como tales en el siglo xix, como la intervención de Francia y Gran Bretaña en Grecia en 1827-1830, la intervención francesa en Siria en 1860-1861, la intervención de las potencias europeas en Bosnia, Herzegovina y Bulgaria en 1876-1878, así como la intervención del Imperio austro-húngaro y Rusia en Macedonia en 1903-1908 y 1912-1913. Sobre estas intervenciones, cfr. ESCUDERO ESPINOSA, J. F.: La intervención humanitaria y el derecho internacional, op. cit., pp. 77-83, en donde se dan detalles interesantes. Ver también ALIBERT, Ch.: Du droit de se faire justice dans la société internationale depuis 1945, LGDJ, París, 1983, pp. 247-251; YEZI, Ch.: L'intervention humanitaire dans la pratique internationale. Tesis de doctorado (3.er ciclo), Universidad de Bordeaux I, 1972, pp. 72 y ss.

⁽¹⁵⁾ En general la doctrina que ha analizado la intervención humanitaria se refiere a esta cuestión. Ver por ejemplo, ROUGIER, A.: «La théorie de l'intervention d'humanité», RGDIP, 1910, n.º 4, p. 472 (Rougier es uno de los primeros analistas jurídicos en estudiar esta figura desde una perspectiva moderna); ALIBERT, Ch.: Du droit de se faire justice dans la société internationale de puis 1945, op. cit., pp. 247-251. Para un análisis específico sobre la «cuestión de Oriente», cfr. ANDERSON, M. S.: The eastern question: 1774-1923: a study in international relations. Houndmills; Basingstoke; Macmillan Education; 1987, 442 pp. CHOUBLIER, M.: La question d'Orient depuis le traité de Berlin, A. Rousseau, París, 1897, 538 pp.

⁽¹⁶⁾ Cfr. FITZGIBON, R.H.: Cuba and the United States, 1900-1935, New York, Russel R Rusel, p. 22. Es históricamente evidente que en los últimos años del siglo xix, España no parece que llevara en Cuba un comportamiento digno y ejemplar, como la denominada política de concentración, que se inició el 16 de febrero de 1896. Según se cuenta en The Sun (de 8 de diciembre de 1897, p. 2), las regiones productivas donde dominaban las tropas españolas fueron despobladas. A los habitantes agrícolas se les reunió en rebaños dentro de las poblaciones que contaban con guarnición o cerca. Sus tierras fueron devastadas y sus viviendas destruidas. El último Gobierno español justificó esta política alegando que era un «recurso necesario de guerra y la manera de cortar las provisiones a los insurrectos». Y más adelante afirmaba que había fracasado por completo y, como medida de guerra, no lo era de

Un punto importante que conviene poner de relieve al analizar la intervención humanitaria en esta época es que en el derecho internacional clásico no se hacía una neta distinción entre la intervención humanitaria y la protección de los nacionales en el extranjero, lo que implicaba una ampliación importante de estas intervenciones. Y es que en el derecho internacional tradicional estas intervenciones, con el fin de proteger a los nacionales en el exterior para salvaguardar la vida y sus propiedades o para protegerles de los malos tratos, fue una constante, siendo pues aceptada tanto por la doctrina como por los estados⁽¹⁷⁾. Desde esta perspectiva la doctrina de la época, aunque también la posterior hasta la década de los sesenta, no ha dudado en considerar esta figura de la protección de los nacionales en el extranjero como un derecho reconocido por el derecho internacional consuetudinario. En efecto, autores como Bowett, Cavaglieri, Dunn, Hyde, Jessup, O'Connell, Oopenheim, no han dudado en reconocer que este derecho forma parte del derecho internacional general. Contundente fue a este respecto el juez suizo Max Huber, quien no dudó en considerar en la sentencia arbitral relativa a las reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos que este derecho ha sido reivindicado por todos los estados; solo sus límites pueden ser discutidos⁽¹⁸⁾.

Pero no conviene ignorar que tanto la intervención humanitaria como la protección de los nacionales en el extranjero eran y son acciones que se llevaban a cabo para impedir que se cometieran atrocidades o graves violaciones de los derechos básicos de las personas, compartiendo ambas los mismos fundamentos humanitarios. También ambas figuras implican que tales acciones armadas se efectúan en el territorio soberano de otro país, aunque solo para llevar a cabo tales acciones y respetando la regla de la proporcionalidad.

guerra civilizada, sino «de exterminio». Además, también se insistía un poco más tarde en que el gobierno de España había estado haciendo la guerra contra los revolucionarios cubanos sin haber obtenido ningún resultado y empleando métodos de guerra contrarios al derecho de gentes, con procedimientos inhumanos y salvajes, causando la muerte por inacción de más de 200.000 civiles, en su mayoría mujeres y niños indefensos.

⁽¹⁷⁾ Para un análisis de la práctica de los estados a este respecto en el periodo anterior a 1920, y desde 1920 hasta 1945, cfr. BROWNLIE, I.: *International law and the use of force by states*, Clarendon Press, Oxford, 1963, pp. 289-296. Hay que señalar que según Milton Offut, los Estados Unidos intervinieron nada menos que en setenta ocasiones entre 1813 y 1927 en acciones de esta índole. Cfr. OFFUT, M.: *The protection of citizens abroad by the Armed Forces of the United States*, Baltimore, John Hopkins University Studies in Historical and Political Science, 1928, pp. 12 y ss. Entre ellas, hay que citar la intervención en Cuba en 1898, tristemente célebre para nuestro país. El presidente MacKinley señaló que una de las cuatro razones que llevaron a los Estados Unidos a intervenir fue la siguiente: «We owe it to our citizens in Cuba to afford them that protection and indemnity for life and property which no government there can or will afford, and to that end to terminate the conditions that deprive them of legal protection».

⁽¹⁸⁾ Max Huber se expresó en los siguientes términos: «Il est incontestable que, à un certain point, l'intérêt d'un Etat de pouvoir protéger ses ressortissants et leurs biens doit primer le respect de la souveraineté territoriale et cela même en l'absence d'obligations conentionelles. Le droit d'intervention a été revendiqué par tous les Etats, ses limites seules peuvent être discutées». Cfr. Rapport arbitral de Max Huber, 23 de octubre de 1924, RS, 1925, vol. 11, p. 641.

Por eso, la protección de los nacionales en el extranjero estaba sometida a dos condiciones básicas: a) las personas a las que se quiere proteger tienen que tener la nacionalidad del estado que interviene; b) tiene que haber un peligro inminente y real para la vida o las propiedades de esos ciudadanos. Respecto a la primera condición, hay que hacer notar que en ella se basaban los estados no solo para invocar el derecho de intervención⁽¹⁹⁾, sino también como un vínculo entre el Estado y sus ciudadanos que creaba un deber de protección por parte de este último⁽²⁰⁾. En cuanto a la segunda, es lógico que tal intervención deba tener forzosamente un carácter excepcional y limitarse a aquellos casos en los que no existan otros medios de protección adecuados para evitar los daños o las lesiones en las personas o en la propiedad de los nacionales, poco importa que los actos que causen estas lesiones provengan de las autoridades del Estado o de grupos de individuos que el Estado en cuestión es incapaz de prevenir. No hay que olvidar que en la mayoría de estos casos, los actos de violencia que motivaban la intervención militar consistían en matanzas o pillajes, así como en detenciones arbitrarias practicadas por las autoridades.

■ LA COMPLEJIDAD DE LA FIGURA DE LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA: ENSAYO DE DEFINICIÓN

26

La filosofía que subyace detrás de la intervención humanitaria es que, en muchas ocasiones, el Estado, que es el que tiene que proteger las libertades públicas de sus súbditos, se convierte en un implacable verdugo, privándoles de los mínimos derechos y libertades que corresponden a todo ser humano y ejerciendo sobre ellos los tratos más degradantes contra su vida e integridad física. En estas circunstancias de desesperación y de impotencia de un pueblo en relación con sus gobernantes, ¿qué puede hacer la sociedad internacional o los países que la componen? ¿Están obligados a tolerar impunemente los atentados contra la vida e integridad física de las personas o los tratos vejatorios en aras del respeto del principio de la soberanía o de la no intervención? ¿Podrían por el contrario los otros estados recurrir unilateralmente⁽²¹⁾ a la fuerza para poner

⁽¹⁹⁾ Aunque se refería a la protección diplomática, la Corte Permanente de Justicia Internacional ya señaló en el asunto *Mavromatis* que «... it is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf a State is in reality asserting its own rights its right to ensure, in the person of its subjects respect for the rules of international law». Cfr. CPJI, 1924, Series A, núm. 2, p. 12.

⁽²⁰⁾ Cfr. PITTARD, E.: *La protection des nationaux à l'étranger*, Paris, tesis de doctorado, 1986, pp. 163.

⁽²¹⁾ Para Behuniak, el término «unilateral» «... will be used to denote intervention by a single state (individual intervention) or by a group of states (collective intervention). Unilateral intervention is characterized by the absence of formal authorization by any international body and collective intervention by the non institutionalized nature of the group of states conducting the

fin a una situación tan degradante? Estas son las cuestiones que surgen cuando se trata de analizar estas situaciones, que como se ve no son fáciles de resolver.

Centrándonos en la definición, la intervención humanitaria podría definirse como el derecho de los estados a recurrir a la fuerza sobre el territorio de otro estado –sin el consentimiento del Gobierno de este país– con el fin de proteger a las personas que se encuentren en este último de los tratos inhumanos a los que están sometidas por ese estado, y que no se pueden evitar más que por un recurso a la fuerza. En nuestra opinión, aunque la práctica internacional se refiere casi exclusivamente a la intervención humanitaria cuando se recurre a la fuerza armada, no conviene excluir *prima facie* otras medidas coercitivas que no impliquen forzosamente el uso de la fuerza armada. Uno de los primeros analistas jurídicos de este concepto ha señalado a este respecto lo siguiente:

La théorie de l'intervention d'humanité est proprement celle qui reconnaît pour un droit l'exercice du contrôle international d'un Etat sur les actes de souveraineté intérieure d'un autre Etat contraires 'aux lois de l'humanité', et qui prétend en organiser juridiquement le fonctionnement. Suivant cette doctrine, chaque fois que les droits humains d'un peuple seraient méconnus par ses gouvernants, un ou plusieurs Etats pourraient intervenir au nom de la Société des Nations, soit pour demander l'annulation des actes de puissance publique critiquables, soit pour empêcher à l'avenir le renouvellement de tels actes, soit pour suppléer à l'inaction du gouvernement en prenant des mesures conservatoires urgentes, et en substituant momentanément leur souveraineté à celle de l'Etat contrôlé⁽²²⁾.

27

Por su parte, Stowell definió la intervención humanitaria en los siguientes términos:

[h]umanitarian intervention may be defined as the reliance upon force for the justifiable purpose of protecting the inhabitants of another state from treatment which is so arbitrary and persistently abusive as to exceed the limits of that authority within which the sovereign is presumed to act with reason and justice⁽²³⁾.

La intervención humanitaria es pues una lucha por una causa justa y parece hacer revivir el concepto de guerra justa⁽²⁴⁾. La intervención humanitaria responde pues a consideraciones de humanidad y solidaridad y constituye

intervention». Cfr. BEHUNIAK, E.: «The Law of Unilateral Humanitarian Intervention by Armed Force: a legal survey», *Military Law Review*, 1978, p. 158.

⁽²²⁾ Cfr. ROUGIER, A.: «La théorie de l'intervention d'humanité», *op. cit.*, p. 472.

⁽²³⁾ Cfr. STOWELL, E. C.: *Intervention in international law*, Washington, 1921, p. 53. A este respecto, cfr. el análisis efectuado por VERWEY, W. D.: «Humanitarian intervention», in: CASSESE, A. (ed.): *The current legal regulation of the use of force*, *op. cit.*, pp. 58-59.

⁽²⁴⁾ Cfr. TESON, F. R.: *Humanitarian intervention: an inquiry into law and morality*, New York, Dobbs Ferry Transnational Publishers Inc., 1988, introducción.

una afirmación legal de un concepto de sociedad basada en el respeto de la persona⁽²⁵⁾.

Desde un punto de vista histórico, hay que resaltar, como ya se ha apuntado, que la intervención humanitaria ha estado estrechamente vinculada a la protección de los nacionales en el extranjero, ya que ni la doctrina ni los Gobiernos establecieron una diferencia neta entre ellas⁽²⁶⁾. No obstante, si ambas son afines en cuanto a su mecanismo y en cuanto a su objetivo, que es la protección de la persona, la intervención humanitaria es una noción más amplia, ya que está dirigida a la defensa de la persona, prescindiendo del vínculo de una nacionalidad entre el estado que interviene y las personas protegidas.

Esto ha tenido como efecto que en el período que precedió la Primera Guerra Mundial hubiera gran confusión en la doctrina en cuanto a los fundamentos jurídicos y en cuanto al alcance de la figura, aunque una mayoría de autores aprobara la legalidad de este tipo de intervenciones. Estas divergencias doctrinales continuaron existiendo en el período comprendido entre las dos guerras mundiales a pesar de los progresos que se habían efectuado en torno a la prohibición de la guerra, principalmente por el Pacto Briand-Kellogg. La práctica internacional también siguió diversos derroteros y algunos autores no han dudado en afirmar que aparte algunos casos, como la intervención francesa en Siria en 1860-1861 para proteger a los cristianos que vivían en este territorio⁽²⁷⁾, los otros precedentes hay que analizarlos tomando en consideración el contexto de la época, es decir, la gran libertad de que disponían los estados de recurrir a la fuerza, particularmente antes del pacto de la Sociedad de Naciones y del Pacto Briand-Kellogg⁽²⁸⁾.

⁽²⁵⁾ *Ibid.*, p. 15. Ver también PAUER, A.: *Die humanitäre intervention. Militärische und wirtschaftliche Maßnahmen zur Gewährleistung der Menschenrechte*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1985, pp. 14-18.

⁽²⁶⁾ Hay que resaltar que algunos autores han considerado las dos nociones como partes de un mismo concepto jurídico. Ver, por ejemplo, GREEN, L. C.: «Rescue at entebbe-legal aspects», *Israel Yearbook of Human Rights*, 1967, p. 312; y LILLICH, R. B.: «Forcible self-help by states to protect human rights», *Iowa Law Review*, 1967, p. 325. A este respecto, ver los comentarios de RONZITTI, N.: *Rescuing nationals abroad through military coercion and intervention on grounds of humanity*, op. cit., pp. 89 y ss.

⁽²⁷⁾ También se ha negado que hubiera incluso en este caso auténticos motivos para una intervención «humanitaria». Cfr. POGANI, L.: «Humanitarian intervention in international law. The French intervention in Syria reexamined», *ICLQ*, 1986, pp. 182-190, principalmente pp. 189-190.

⁽²⁸⁾ Para un estudio de la doctrina y de la práctica relativa a la intervención humanitaria en este período, cfr. principalmente, PAUER, A.: *Die humanitäre intervention*, op. cit., pp. 25-78; RONZITTI, N.: *Rescuing nationals abroad through military coercion and intervention on grounds of humanity*, op. cit., pp. 89-92; YEZI, Ch.: *L'intervention humanitaire dans la pratique internationale*, op. cit., pp. 70-96. Ver también BEYERLIN, U.: «Humanitarian intervention», in: BERNHARDT, R. (ed.): *Encyclopedia of public international law*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1982, T-3, p. 212.

Hechos estos comentarios, conviene subrayar sin embargo que no resultaría exagerado afirmar que en este período la intervención humanitaria llegó a considerarse generalmente como que formaba parte del derecho internacional consuetudinario. A este respecto, hay que mencionar que en un informe de la International Law Association se declaraba lo siguiente:

The doctrine of humanitarian intervention appears to have been so clearly established under customary international law, that only its limits and not its existence is subject to debate⁽²⁹⁾.

■ EVOLUCIÓN DE LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO: AMBIGÜEDADES Y LÍMITES

No es arriesgado hoy en día sostener que el derecho internacional contemporáneo que se ha ido forjando tras la adopción de la Carta de las Naciones Unidas presenta dos características esenciales: a) centralización del uso de la fuerza en manos de la ONU, salvo alguna(s) excepción(es); y b) una protección cada vez mayor de los derechos humanos fundamentales⁽³⁰⁾. Con el tiempo, esta segunda característica ha ido evolucionando en el sentido de que la protección de los derechos humanos fundamentales ha ido escapando del ámbito de acción del principio de no intervención, recogida en el artículo 2, párrafo 7 de la Carta de las Naciones Unidas.

En efecto, una cuestión clave para conocer el alcance del artículo 2, párrafo 7 es saber la relación que existe entre esta y otras disposiciones de la Carta, sobre todo aquellas relacionadas con la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (artículos 1, párrafo 3, 55, c) y 56). La práctica de las Naciones Unidas a este respecto es bastante clara. Tanto respecto al derecho de autodeterminación de los pueblos como respecto a la protección de los derechos humanos, las Naciones Unidas han practicado una política constante y permanente, sobre todo desde 1960, según la cual estas materias no podían considerarse como que formaban parte esencialmente de la jurisdicción interna de los estados. Esto es algo unánimemente reconocido a nivel internacional,

⁽²⁹⁾ Para el texto y un análisis de esta cuestión, cfr. VERWEY, W. D.: «Humanitarian intervention», op. cit., p. 60. De esta misma opinión es DÍAZ BARRADO, C.: «La pretensión de justificar el uso de la fuerza con base en 'consideraciones humanitarias'. Análisis de la práctica internacional contemporánea», RED I, 1988, p. 104. Ver también FONTEYNE, J. P.: «The customary international law doctrine of humanitarian intervention. Its current validity under the UN Charter», op. cit., pp. 205-233, quien, después de hacer un repaso de la doctrina y de la práctica del siglo xix y principios del siglo xx, considera que la cuestión es controvertida.

⁽³⁰⁾ Como se ha señalado a este respecto: «The international law of human rights is essentially a post-war II development. In fact [...] '[o]ne of the most revolutionary innovations of the Charter and what distinguishes it most sharply from any previous international constitution [is] its attitude towards human rights'». Cfr. JHABVALA, F.: «Unilateral humanitarian intervention and international law», op. cit., p. 219.

tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, por lo que no merece mayores comentarios⁽³¹⁾.

Desde esta perspectiva, el artículo 2, párrafo 7 no parece constituir, por lo menos a priori, un elemento esencial para precisar el concepto de intervención. No obstante, es relevante a este respecto la última frase de esta disposición al señalar que «... este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el capítulo VII»⁽³²⁾. Así pues, según reza esta disposición, un estado miembro no puede invocar el principio de no intervención (o la regla de no injerencia) si la medida coercitiva ha sido adoptada sobre la base del capítulo VII⁽³³⁾. Partiendo de estas premisas, es fácil deducir nuestro razonamiento. Los internacionalistas sabemos que muchos estados y un importante sector doctrinal se han atrincherado en el principio de no intervención para justificar la pasividad, por no decir la tolerancia, de ciertos estados frente a aquellos que habían cometido graves violaciones de derechos humanos. Tal fue el caso de Singapur y de Nigeria cuando se negaron a tomar en consideración el genocidio perpetrado por los jemeres rojos en el debate que se llevó a cabo en las Naciones Unidas, ya que ello implicaría la violación del principio de no intervención⁽³⁴⁾. El principio de no intervención en los asuntos internos implica, pues, que la medida coercitiva adoptada se ejerza en una materia sobre la que el estado haya preservado su jurisdicción, interna o externa.

En estas circunstancias, desde hace algún tiempo, y a la luz del auge de los sistemas democráticos y de la protección de los derechos humanos, algunos estados no han dudado en intervenir militarmente en ciertas zonas del planeta cuando han considerado que se violaban impune y gravemente los derechos humanos. Estas acciones armadas se han llevado a cabo apoyadas en dos conceptos que ya hemos apuntado del derecho internacional: la protección de los nacionales en el extranjero y la intervención humanitaria. Aunque estos conceptos son jurídicamente distintos, los dos tienen raíces comunes: salvar vidas humanas y proteger los derechos fundamentales del ser humano⁽³⁵⁾. Frente a situaciones de desesperación y de impotencia de un pueblo en relación con sus gobernantes, ¿qué puede hacer la sociedad

⁽³¹⁾ Ciertas dudas a este respecto parece tener GUILLAUME, G.: «Article 2 paragraphe 7», en: COT, J. P. y PELLET, A.: *La Charte des Nations Unies*, París, Económica, 1985, pp. 154-158.

⁽³²⁾ Véase BINDSCHEDLER, R.: «La délimitation des compétences des Nations Unies», *RCADI*, 1963-I, pp. 391 y ss.

⁽³³⁾ La doctrina se ha interrogado sobre los límites de la acción del Consejo de Seguridad y no han faltado opiniones que han señalado que si se tomaba esta disposición al pie de la letra habría que excluir no solo las acciones tomadas en virtud del capítulo VII, sino también las recomendaciones del artículo 39 y las medidas provisionales del artículo 40. Ver GUILLAUME, G.: «Article 2 paragraphe 7», *op. cit.*, pág. 158.

⁽³⁴⁾ Esto a pesar de que Camboya había ratificado la Convención de 1948 sobre el genocidio. Véase Doc. S/PV 2110 del 13 de enero de 1979, pp. 18-20, y Doc. UNSCOR 2111 sesión, del 15 de enero de 1979, párr. 36.

⁽³⁵⁾ A este respecto, véase supra.

internacional o los estados que la componen? ¿Puede o debe un país adoptar una actitud pasiva (o mística) contemplando cómo sus ciudadanos inocentes u otros son asesinados o sometidos a malos tratos? ¿Están obligados los estados a tolerar impunemente los atentados contra la vida e integridad física de las personas o los tratos vejatorios en aras del respeto del principio de la soberanía o de la no intervención? ¿Pueden o deben, por el contrario, los estados recurrir unilateralmente a la fuerza para terminar con estas situaciones degradantes?

Frente a estas situaciones, algunos autores y varios países han considerado que una intervención militar dirigida a poner fin a todos estos tratos degradantes no viola ni el principio de no intervención ni el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, ya que no está dirigida contra la integridad territorial o la independencia política de los estados, expresiones que figuran en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, sobre los que se lleva a cabo esta clase de acciones armadas.

Esta es la opinión no solo de autores anglosajones, ya que en nuestro país Elisa Pérez Vera se sitúa en esta misma perspectiva cuando a este respecto señala:

...on admettra que la protection des droits fondamentaux de l'homme n'est certainement pas un but incompatible avec ceux des Nations Unies, mais au contraire un de ses principaux objectifs. Et... une intervention d'humanité réalisée en accord avec les conditions exigés par le droit international moderne ne sera pas non plus un acte portant atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique d'un autre Etat⁽³⁶⁾.

Otros, sin embargo, sobre todo aquellos que sostienen una interpretación amplia del artículo 2.4⁽³⁷⁾, niegan la existencia de tal figura, invocando además que a falta de una referencia explícita en la Carta y en los trabajos preparatorios, no es posible sostener que la intervención humanitaria tenga hoy día una base jurídica⁽³⁸⁾.

No obstante, para que tales intervenciones puedan estar justificadas tienen que efectuarse según unos determinados criterios materiales y formales, con el fin de evitar los eventuales abusos y hacer prevalecer los intereses humanitarios sobre los políticos. Entre los criterios establecidos por la doctrina y la práctica internacional figuran los siguientes: a) existencia de una violación grave de los derechos humanos fundamentales; b) situación de urgencia y necesidad de actuar; c) agotamiento de otros medios de protección sin que se haya conseguido salvaguardar esos derechos humanos; d) proporcionalidad entre el uso de la

⁽³⁶⁾ Cfr. PÉREZ VERA, E.: «La protection d'humanié en droit international», op. cit., p. 415.

⁽³⁷⁾ Este sector es mayoritario en Europa.

⁽³⁸⁾ Cfr. VERWEY, W. D.: «Humanitarian intervention under international law», op. cit., pp. 388-389.

fuerza y los objetivos perseguidos; e) carácter limitado de la operación en el tiempo y en el espacio, y f) informe inmediato de la intervención al Consejo de Seguridad y, si se da el caso, al organismo regional pertinente⁽³⁹⁾.

Así pues, en casos en los que se violan sistemáticamente e impunemente estos derechos, ¿la comunidad internacional tendría que permanecer impasible? ¿Quién puede intervenir? ¿Estaría la comunidad internacional legitimada para poder intervenir en los casos de violaciones masivas de los derechos humanos? Como representante por excelencia de la comunidad internacional, el autor de estas líneas ya defendió que la Organización de las Naciones Unidas sería el mecanismo ideal para llevar a cabo tales intervenciones, al menos en teoría, ya que se podría evitar el riesgo de ciertos abusos que una intervención unilateral de cualquier estado podría conllevar⁽⁴⁰⁾. Desde esta perspectiva, el Consejo de Seguridad podría considerar una violación grave de los derechos humanos como una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, como ocurrió con Rodesia en 1965, y decidir una intervención⁽⁴¹⁾. No obstante, la práctica de Naciones Unidas nos demuestra en general su falta de éxito alestablecer el sistema de seguridad colectiva previsto por ella misma, por lo que parece *prima facie* utópico esperar que se articule un mecanismo de la ONU en torno a la intervención humanitaria capaz de actuar allí donde sea necesario⁽⁴²⁾. En estas circunstancias, es normal que los estados colmen esta laguna actuando en estos casos de extrema necesidad, por lo que tales intervenciones no pueden considerarse como ilícitas⁽⁴³⁾.

En nuestra opinión, negar sin más la existencia de esta figura sería caer en la trampa que nos pondría el respeto al principio de la soberanía absoluta, lo que nos conduciría al absurdo. Tomando en consideración esta premisa no hay que ocultar también que los estados se han mostrado en general reticentes a intervenir en algunos casos a causa de la lucha sin cuartel que una cierta doctrina y algunos países han llevado contra la intervención humanitaria. En este contexto, estos países solo se han atrevido a intervenir cuando se lo reclamaba la opinión pública nacional y aunque en algunos casos haya habido otros intereses que se han mezclado con los intereses propiamente

⁽³⁹⁾ A este respecto, véase GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en el derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 118.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límites, Civitas, 1993, p. 401. La intervención en Libia ha sido sin embargo todo lo contrario.

⁽⁴¹⁾ Cfr. BOSWALD-BECK, L.: «The legality of the United States intervention in Grenada», op. cit., pp. 364-365.

⁽⁴²⁾ A este respecto, Lillich es contundente cuando afirma, «Obviously, these great expectations of the immediate post-war period have not materialized... because of the political ramifications, in both the Congo case and the Dominican Republic case, it is doubtful whether the appropriate international organization could have acted with proper speed to save lives». Cfr. LILLICH, R.B.: «Forcible self-help by states to protect human rights», op. cit., p. 335. Es lo que está ocurriendo actualmente en el caso de Siria y antes Darfur, Ruanda, etc.

⁽⁴³⁾ A este respecto, cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en derecho internacional*, op. cit., p. 118.

humanitarios, esto no es una razón suficiente para desechar sin más esta figura. Cuando una intervención denominada humanitaria no reúne estrictamente los requisitos que exige esta figura, no sería una intervención humanitaria, sino otra cosa; por ejemplo, una agresión.

Por eso, el profesor Michel Virally, sin duda uno de los juristas franceses más preclaros del siglo xx, advierte que si bien la finalidad, normalmente, tiene poca importancia sobre la calificación de un acto jurídico, la cuestión es completamente diferente si nos situamos en el ámbito de una intervención, ya que esta tiene en sí misma una finalidad que es la de modificar el curso de un asunto que interesa a uno o a varios estados. Por eso habla de «finalités interdites»⁽⁴⁴⁾ y de «finalités justificatrices», y entre estas últimas sitúa la intervención humanitaria cuando dice:

Entendons par là des finalités qui ne sont pas simplement licites c'est le cas de toutes celles qui ne sont pas interdices, mais seraient susceptibles de faire disparaître l'illicéité d'une intervention qui, en leur absence, serait contraire au droit international.

A cette catégorie appartiennent les interventions dites d'humanité, c'est-à-dire justifiées par des raisons humanitaires: empêcher un génocide ou des violations massives et flagrantes des droits de l'homme. La place prise par les droits de l'homme dans le droit international contemporain confère une force accrue à cet argument justificatif, sans cependant faire disparaître les risques qu'il comporte pour la souveraineté étrangère⁽⁴⁵⁾.

■ LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA EN LA PRÁCTICA INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEA

Tras la adopción de la Carta de las Naciones Unidas, tuvieron lugar acontecimientos que habrían justificado una intervención de índole humanitaria, pero debido a varias razones, entre ellas quizás la más importante la ineficiencia del sistema de seguridad colectiva de la Carta de las Naciones Unidas, no se llevaron a cabo. No hay que olvidar que en muchos casos de guerras descolonizadoras se cometieron sangrientas atrocidades tanto por las potencias colonizadoras como, posteriormente, por los nuevos estados

⁽⁴⁴⁾ Para el profesor Virally, estas finalidades que están prohibidas «suffisant à rendre l'intervention illicite. Elles se rapportent au cas où l'Etat intervenant a pour objectif de porter atteinte à la souveraineté d'un autre Etat, ou à ses éléments constitutifs. C'est ce qu'a voulu viser la résolution 2625, lorsqu'elle parle d'atteintes à 'la personnalité de l'Etat', ou à ses 'éléments politiques, économiques et culturels'. Ou du choix du 'système politique, économique, social et culturel' sans ingérence extérieure, ou encore de contrainte empêchant le libre exercice des droits souverains». Cfr. VIRALLY, M.: «Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public», RCADI, 1983-V, p. 113.

⁽⁴⁵⁾ Ibid.

surgidos de la descolonización, quienes, haciendo un uso abusivo de la recién recuperada soberanía y del principio de no intervención, no tuvieron reparo en llevar a cabo persecuciones de todo tipo tanto contra sus nacionales acusados de colaborar con la potencia colonizadora como sobre los extranjeros. Si a esto añadimos que en varios casos estábamos en presencia de Gobiernos corruptos y frágiles, tenemos pues el cóctel perfecto para la impunidad de esas acciones.

Desde esta perspectiva, es evidente que hubo numerosos casos que habrían justificado una intervención o reacción por parte de la comunidad internacional⁽⁴⁶⁾ y, sin embargo, no se reaccionó, guardando una vergonzosa indiferencia o un silencio atronador⁽⁴⁷⁾. Tan solo en el caso de las matanzas de los indios achés en Paraguay la Organización de Estados Americanos reaccionaría condenando los hechos, mientras que la ONU mantuvo un gran silencio⁽⁴⁸⁾. Sin embargo, las Naciones Unidas sí que se ocuparon de las matanzas de Sabra y Shatila, cerca de Beirut, cometidas por milicias cristianas, considerándolas la Resolución de la Asamblea General 37/123D como un acto de genocidio.

Pero a pesar de estos hechos, es evidente que son también numerosos los casos en los que los estados han recurrido a motivos humanitarios a la hora de llevar a cabo determinadas acciones armadas. Sin embargo, conviene apuntar que en unos casos esas razones humanitarias se han invocado al amparo de la figura de la protección de los nacionales en el extranjero, otras recurriendo simplemente a la figura de la intervención humanitaria y en varios de estos

⁽⁴⁶⁾ Entre estos casos, el prof. J. F. Escudero cita los siguientes: la represión del pueblo kurdo tras el aplastamiento de la república democrática kurda de Mahābād por parte de los Ejércitos de Irán e Irak, apoyados por Gran Bretaña, en diciembre de 1946; la masacre de cientos de balubas por el ejército en el Congo en 1960; la represión desencadenada por las guerrillas procomunistas en Birmania tras el golpe de Estado de 1962; el asesinato entre 150.000 y 400.000 disidentes de izquierdas en Indonesia a mediados de los años 60; el exterminio de hutus por parte de miembros integrantes de la etnia tutsi, minoritaria pero políticamente dominante, en Burundi en 1965 y también posteriormente, en 1972; la masacre de la minoría china en Indonesia en 1965; la muerte de cientos de miles de ibos en Biafra ejecutada por el Gobierno de Nigeria después de la insurrección para alcanzar la independencia y la posterior muerte de cerca de un millón de no beligerantes como consecuencia del hambre y las epidemias, a finales de los años 60; la represión realizada por el ejército pakistani en Pakistán Oriental en 1971; el asesinato de miles de indios achés en Paraguay entre 1970 y 1974; la aniquilación de los secesionistas negros del sur, animistas y cristianos, a lo largo de los años setenta en Sudán; el exterminio de miles de civiles, entre los que se encontraban todos los que se oponían al régimen y los integrantes de determinados grupos étnicos, durante el gobierno de Idi Amin Dada en Uganda entre 1971 y 1978; la aniquilación de más de 2.000.000 de personas por los jemererosjos de Pol Pot en Camboya entre 1975 y 1978; la persecución y asesinato de grupos religiosos en Irán durante esos mismos años; los actos de genocidio cometidos en Guinea Ecuatorial en 1978, o, por último, los actos de genocidio cometido por la mayoría cingalesa contra los tamiles en Sri Lanka entre 1986 y 1988.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. CASSESE, A.: «La communauté internationale et le genocide», en: *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*. Mélanges Michel Virally, Paris, A. Pédone, 1991, pp. 183-194, p. 188. BOKATOLA, I. O.: *L'Organisation des Nations Unies et la protection des minorités*, op. cit., Bruylant, Bruselas, 1992, pp. 137-139.

⁽⁴⁸⁾ *Ibid.*, pp. 191-192.

casos recurriendo a ambas. Además, en los casos en los que se recurrió a la figura de la protección de los nacionales en el extranjero⁽⁴⁹⁾, las intervenciones no respondieron todas a los mismos condicionantes ni se desarrollaron en las mismas circunstancias. Así, algunas intervenciones solo tuvieron lugar una vez conseguido el consentimiento del estado territorial en el que debía efectuarse la operación. Tal fue el caso de la intervención alemana sobre Mogadiscio, de las intervenciones belga y francesa en el Zaire (Shaba) en 1978, o la de Egipto en la Valetta en 1985. En otras, existieron dudas en torno a la validez del consentimiento, como en el caso de la intervención belga en el Congo en 1964 o en la de Egipto sobre el aeropuerto de Larnaca en 1978. En el caso de la operación de los Estados Unidos en Irán para liberar a los rehenes o en el raid israelí sobre Entebbe, parecía existir una cierta participación de las autoridades iraníes y ugandesas en perpetuar los hechos que justificaron la intervención. En el asunto del Mayagüez, es obvio que fueron las autoridades camboyanas las responsables del incidente.

Además, conviene resaltar que, aparte de invocar las razones humanitarias *stricto sensu*, también recurrían a otros argumentos⁽⁵⁰⁾. Precisamente, en el marco de la operación sobre el Congo de 1960, el primer ministro belga declaró que las tropas habían intervenido ante un peligro inminente y porque se encontraban en un caso de fuerza mayor. En este mismo caso, esta vez el ministro de Asuntos Exteriores hizo también alusión a la «necesidad».

⁽⁴⁹⁾ Entre ellos, los más destacados fueron los siguientes: la operación franco-británica en el canal de Suez (1956); las intervenciones de los Estados Unidos en el Líbano (1958), en la República Dominicana (1965), en el asunto Mayagüez (1975), de nuevo en Líbano (1976), en Irán (1980), en la isla de Granada (1983), en Panamá (1989) y en Liberia (1990); Bélgica ha intervenido en los sucesos del Congo en 1960, 1964 y 1978; Francia en el asunto de Loyola (1976) y en la provincia de Shaba (1978); Israel en el incidente de Entebbe (1976); Alemania en el aeropuerto de Mogadiscio (1977); Egipto en Larnaca (1978) y la Valetta (1985), y Francia y Bélgica en Ruanda en septiembre de 1990 y en el Zaire en 1991. Todos estos casos han sido ya analizados por buena parte de la doctrina que ha estudiado esta figura. Ver, por todos, RONZITTI, N.: *Rescuing nationals abroad through military coercion and intervention on grounds of humanity*, op. cit., pp. 21-41. Un caso especial que conviene poner de relieve es el de Turquía en Chipre en 1974, invocando un genocidio de la minoría turca por parte de la mayoría griega, y que ha sido considerado como uno de los casos en los que se invocan las razones humanitarias como coartada. A este respecto, cfr. BOKATOLA, I.O.: *L'Organisation des Nations Unies et la protection des minorités*, op. cit., pp. 139 y ss.

⁽⁵⁰⁾ Por ejemplo, la respuesta que dio el ministro de Asuntos Exteriores al portavoz del grupo comunista en el Parlamento belga durante la operación que llevó a cabo este país en el Congo en 1960 fue la siguiente. «... il est indigne –je ne trouve pas d'autre qualificatif, et j'espère que le mot est parlementaire– de soutenir que, même si la politique d'un gouvernement était mauvaise, un autre gouvernement aurait le droit de prendre comme otages des civils innocents et de les exécuter (...) Même si notre politique avait été celle que vous avez incriminée –etelle ne l'était pas, je le répète–vous ne trouverez dans aucune loi internationale, dans aucune loi humaine, une disposition permettant une vengeance sur une population civile, sur des femmes et des enfants. C'est précisément pour empêcher cette vengeance que nous sommes intervenus». Para este texto, cfr. GERARD, A.: «L'opération Stanleyville-Paulis devant le parlement belge et les Nations Unies», *Revue belge de droit international*, 1967, p. 247.

Por su parte, Israel, durante la operación sobre Entebbe, que conmocionó al mundo⁽⁵¹⁾, invocó, aparte de las razones humanitarias, la legítima defensa⁽⁵²⁾, argumento que fue recogido literalmente por los Estados Unidos en el Consejo de Seguridad⁽⁵³⁾.

Respecto a las intervenciones en las que se ha recurrido a la invocación de razones humanitarias, sin excluir otras⁽⁵⁴⁾, hay que recalcar que en general, o al menos en muchas de ellas, existía un estado de ánimo humanitario, ya que estaban siendo violados flagrante y sistemáticamente los derechos humanos más fundamentales sin descontar un peligro inminente para la vida de grupos más o menos numerosos de personas. Un ejemplo evidente de esto que acabamos de apuntar es la declaración que hizo el representante belga, Walter Loridan, ante las Naciones Unidas, al informar al presidente del Consejo de Seguridad del carácter humanitario de la operación sobre Stanleyville:

[...] Cette opération n'a d'autre but que de tenter de sauver les vies humaines en danger. Il ne s'agit pas d'une opération ayant un but militaire mais d'une action purement humanitaire dont l'objectif est limité au sauvetage de vies en danger et qui prendra fin aussitôt ce but accompli.

Mon Gouvernement s'est vu, dans l'exercice de sa responsabilité pour la protection de ses ressortissants à l'étranger, obligé d'entreprendre cette action en conformité avec les règles du droit des gens codifiées par les Conventions de Genève. Il s'agit d'une opération légale, morale et humanitaire qui se place dans le cadre des objectifs les plus élevés de

⁽⁵¹⁾ La capacidad militar israelí de largo alcance fue puesta a prueba en esta operación, lanzada en la noche del 3 de julio de 1976 con el fin de liberar a los rehenes secuestrados en el vuelo 139 de Air France. La operación, que fue llevada a cabo por una unidad de paracaidistas al mando de Yoni Netanyahu, que cayó herido en la operación y murió después, causó asombro en todo el mundo y serviría de ejemplo de lucha contra el terrorismo. Yoni Netanyahu era hermano del actual primer ministro israelí, Benjamín Netanyahu.

⁽⁵²⁾ Cfr. S/PV.1938, párrafos 101 y 115.

⁽⁵³⁾ Este argumento estaba expresado en los siguientes términos: «Israel's action in rescuing the hostages necessarily involved a temporary breach of the territorial integrity of Uganda. Normally such a breach would be impermissible under the Charter of the United Nations. However, there is a well established right to use limited force for the protection of one's own nationals from an imminent threat of injury or death in a situation where the state in whose territory they are located either is unwilling or unable to protect them. The right flowing from the right of self-defense is limited to such use of force as is necessary and appropriate to protect threatened nationals from injury». Cfr. S/PV. 1941, p. 31.

⁽⁵⁴⁾ Tal ha sido el caso de Egipto y Jordania con ocasión de la creación del Estado de Israel en 1948; los Estados Unidos en Líbano en 1958, en Santo Domingo en 1965, en Irán en 1980, en la isla de Granada en 1983 y en Liberia en 1990; Bélgica en el Congo en 1964; la India en Bangladesh en 1971; Turquía en Chipre en 1974; Francia en Loyola (Somalia) en 1976; la República Sudafricana en Calueque (Angola) en 1976; Israel en Entebbe en 1976; la República Federal de Alemania en Mogadiscio en 1977; Egipto en Lárnaca en 1978; Vietnam en Kampuchea en 1978; Francia y Bélgica en el Zaire en 1978; Tanzania en Uganda en 1979, y Francia en la República Centroafricana en 1979. La doctrina ha estudiado estos casos pormenorizadamente.

l'Organisation des Nations Unies, la défense et la protection des droits fondamentaux de l'homme dans le respect de la souveraineté nationale⁽⁵⁵⁾.

■ La intervención humanitaria en el vergonzante caso somalí y en el genocidio de Ruanda

Tanto la crisis humanitaria que padeció Somalia como las matanzas que se llevaron a cabo en Ruanda difícilmente pueden ser olvidadas por la comunidad internacional. Y es que ambos conflictos pusieron sobre la mesa las dificultades que tiene la sociedad internacional institucionalizada en hacer frente a estos retos.

Lo primero que conviene resaltar respecto al caso somalí es que estuvo durante años olvidado de la comunidad internacional a pesar de que resulta difícil expresar con palabras la tragedia humana que ha vivido este país. Durante mucho tiempo, Somalia se convirtió en un inmenso cementerio sin que las Naciones Unidas hicieran un gesto esperanzador para que de esa anarquía reinante surgiera un Gobierno estable con el que negociar la ayuda humanitaria. Sin embargo, no lo hubiera tenido muy difícil, por lo menos a nivel de principio, ya que en Somalia no había soberanía al no haber un Estado que mereciera tal nombre. No nos parece, pues, extraño que algunas personalidades de las propias Naciones Unidas denunciaran esta situación. Tal fue el caso del argelino Mohamed Sahnoun, enviado del secretario general de las Naciones Unidas a Somalia, quien puso el dedo en la llaga al denunciar la lentitud y el burocratismo de la Organización, lo que le costó su cargo.

Fue en estas circunstancias de caos y desorden cuando el Consejo de Seguridad, previa solicitud somalí, decidió ocuparse de la situación en este país adoptando el 23 de enero de 1992 la resolución 733, cuyo párrafo 5 decide, en conformidad con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que todos los estados apliquen inmediatamente un embargo general de armas y equipo militar a Somalia. Esta resolución solicita además que cesen las hostilidades para que pueda distribuirse la ayuda humanitaria, instando también a los estados a que cooperen en este esfuerzo. Los elementos centrales de esta resolución son pues el embargo y la asistencia humanitaria.

Como se puede ver, las Naciones Unidas no adoptaron grandes medidas de choque para terminar con la vergonzante situación somalí, a pesar de que, como declaró el cardenal Ratzinger a la televisión italiana, «en la guerra del Golfo no era predecible el mal que podría provocar, mientras que en el caso de Somalia se trata de defender el *minimum* humano, dar agua y alimento a las personas que sufren y mueren. Esto es algo calculable, aunque sea imposible un cálculo absoluto»⁽⁵⁶⁾. Esta terrible situación no fue suficiente durante todo el año 1992

⁽⁵⁵⁾ Cfr. ONU, Doc. S/6063.

⁽⁵⁶⁾ ABC de 13 de diciembre de 1992, p. 88.

(los organismos humanitarios calculan que hubo 300.000 víctimas) para que la comunidad internacional reaccionara de una forma apropiada, a pesar de que el caso somalí figurara en el orden del día del Consejo de Seguridad, que llegó a adoptar otras cuatro resoluciones más.

Tras varias resoluciones más, y constatando la falta de una acción contundente de la ONU, el presidente de los Estados Unidos, George Bush, después de haberse entrevistado con el presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, ofreció a las Naciones Unidas una fuerza de 30.000 soldados para imponer la distribución de la ayuda humanitaria e impedir por la fuerza, si era necesario, su depredación por los diferentes grupos guerrilleros. Esta proposición se encuentra precisamente en el origen de la histórica Resolución 794 del Consejo de Seguridad, adoptada por unanimidad el 3 de diciembre de 1992, y sobre cuya base se iba a lanzar después el 9 de diciembre la operación *Devolver la esperanza*⁽⁵⁷⁾.

Si calificamos la Resolución 794 de histórica es porque no tiene parangón entre las resoluciones del Consejo de Seguridad hasta entonces, al ser la primera vez que este órgano aprueba una acción de fuerza humanitaria que será llevada a cabo no bajo bandera de las Naciones Unidas, sino por una fuerza multinacional dirigida por el mando militar estadounidense. En efecto, la resolución reconoce la magnitud de la tragedia humana causada por el conflicto en Somalia, lo que exige una respuesta inmediata y de excepción, al ver que se continúa violando de forma generalizada el derecho internacional humanitario con actos y amenazas de violencia contra el personal que participa en las actividades de ayuda humanitaria y contra los no combatientes así como contra las instalaciones de servicios médicos y de socorro, obstaculizando además la entrega de alimentos y suministros médicos esenciales para la supervivencia de la población civil. La resolución constata además que esta situación es intolerable y toma nota «del ofrecimiento hecho por diversos estados miembros con objeto de establecer cuanto antes un ambiente seguro para las operaciones de socorro humanitario». Así las cosas, el párrafo 10 de la resolución, de forma contundente, afirma que «... actuando de conformidad con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, autoriza al secretario general y a los estados miembros que cooperen en la puesta en práctica del ofrecimiento mencionado en el párrafo 8 supra para que, en consulta con el secretario general, empleen todos los medios necesarios a fin de establecer cuanto antes un ambiente seguro para las operaciones de socorro humanitario en Somalia».

Desde esta perspectiva, no es de extrañar que el mundo se volcara con la Resolución 794, considerándola como la primera aplicación del derecho/deber

⁽⁵⁷⁾ Véase *International Herald Tribune* de 10 de diciembre de 1992, p. 4, y ABC del mismo día, p. 36.

de injerencia por parte de la ONU⁽⁵⁸⁾). Comentando esta resolución, Mohamed Sahnoum, antiguo representante de las Naciones Unidas en Somalia, declaró: «Même si un pays veut se suicider, il est de notre devoir de l'en empêcher». Por su parte, el propio secretario general señaló que «no había habido otra posibilidad, ya que se trata simplemente de salvar un país en perdicción: dos millones de somalíes están amenazados por el hambre que en doce meses ha causado ya 300.000 víctimas»⁽⁵⁹⁾).

Sobre la base de esta resolución se iba a lanzar, como ya hemos señalado, la operación *Devolver la esperanza* bajo comando estadounidense, y en la que participaron al lado de los casi 30.000 soldados de este país fuerzas de otros 21 países, entre las que destacan las francesas, belgas, italianas, etc. La operación, a pesar de algunas escaramuzas, tuvo el éxito esperado. Una vez que se creó el «ambiente seguro» para la distribución de la ayuda humanitaria, las fuerzas multinacionales dejaron la misión a las fuerzas de mantenimiento de la paz ONUSOM, fuerzas que sufrieron un ataque devastador el 5 de junio de 1993 por fuerzas al parecer pertenecientes al Congreso de la Unidad Somalí, en el que perecieron 23 cascos azules paquistaníes. Lo que pasó después es harina de otro costal.

Respecto al genocidio que se cometió en Ruanda entre el 7 de abril de 1994 y junio de ese mismo año, conviene apuntar que constituyó quizás la mayor matanza ocurrida en el mundo desde el holocausto judío. Y es que unas 800.000 personas fueron masacradas por las milicias extremistas hutus *interhamwe*, que significa «los que trabajan juntos», sobre todo de la minoría tutsi, aunque también la persecución se llevó a cabo contra ciertos hutus moderados.

Pero lo chocante de este drama es que la ONU no solo no se dignó movilizar las conciencias de la comunidad internacional, sino que calló y tácitamente consintió el genocidio al decidir retirar precipitadamente el contingente de cascos azules (MINUAR) que tenía en la zona, dejando así plena libertad de acción a los genocidas. En esta retirada, Bélgica, antigua potencia colonial, asumió la mayor responsabilidad al decidir la salida de su contingente, que era el más eficaz, después de que fueran asesinados diez de sus paracaidistas. De nada sirvieron las advertencias del general canadiense que mandaba la MINUAR, Romeo Dallaire, quien intentó por todos sus medios de alertar a la jerarquía de la ONU de la inminencia del genocidio, ya que la burocracia de la ONU, bien asentada en las poltronas de Ginebra y Nueva York, miraba hacia otro lado⁽⁶⁰⁾. Hubo que esperar dos meses y medio a que el Consejo de

⁽⁵⁸⁾ Le Monde de 3 de diciembre de 1992, p. 4.

⁽⁵⁹⁾ Ibid.

⁽⁶⁰⁾ Unos años después, la ONU reconocería, como lo hizo con Ruanda, su debilidad y su falta de *savoir faire* en el informe Report of the Secretary-General pursuant to General Assembly Resolution 53/35. The fall of Srebrenica. Doc. A/54/549 de 15 de noviembre de 1999.

Seguridad adoptara el 22 de junio de 1994 la Resolución 929⁽⁶¹⁾, sobre cuya base se llevaría a cabo la operación *Turquesa*⁽⁶²⁾, en la que intervinieron unos 2.500 soldados franceses con el fin de crear una zona de seguridad. La resolución fue patrocinada por Francia, siguiendo el precedente, aquí ya comentado, de la Resolución 794 sobre Somalia, y su contenido es similar también al de esta, al considerar que la magnitud de la crisis humanitaria constituía una amenaza a la paz y a la seguridad de la región. Al mismo tiempo se autorizaba una misión temporal –eso sí, bajo mandato y control nacionales– para proteger a las personas desplazadas, a los refugiados y a los civiles en peligro, pudiendo recurrir «a todos los medios necesarios».

La operación *Turquesa*, que duró hasta el 21 de agosto de 1994, sirvió de base para el tránsito de decenas de miles de refugiados que se dirigían hacia la vecina República Democrática del Congo, aunque todavía hay muchas cuestiones sin respuesta en torno al auténtico objetivo de la intervención, así como respecto al carácter humanitario⁽⁶³⁾. Así las cosas, la realidad es que no han cesado desde el principio las acusaciones de colaboracionismo entre los franceses y las milicias extremistas hutus *interahamwe*, sin que hasta el momento haya pruebas concluyentes⁽⁶⁴⁾.

Pero no solo la ONU y Francia fallaron, sino que el genocidio ruandés también llena de vergüenza al resto de grandes potencias que, aplicando la teoría de las zonas de influencia, se lavaron las manos y se vendaron los ojos ante todo lo que ocurría. Es cierto que en África, cuando se han dado situaciones de peligro o de matanzas, se ha venido considerando en la práctica una cierta responsabilidad de las antiguas potencias coloniales o de las potencias con mayor influencia en la zona a la hora de intervenir. Tal ha sido el caso, por ejemplo, de las recientes intervenciones que se han llevado a cabo en los

⁽⁶¹⁾ Conviene tener presente que esta resolución se aprobó con 10 votos a favor y cinco abstenciones (Brasil, China, Nueva Zelanda, Nigeria y Pakistán).

⁽⁶²⁾ Este tiempo fue suficiente para que los genocidas cumplieran sus promesas y pudieran llevar a cabo sus fines. Ya el 19 de mayo de 1994, por lo tanto un mes antes de que se aprobara la Resolución 929, el Sr. José Ayala Lasso, que había sido designado alto comisionado para los Derechos Humanos, publicó su informe (Doc. E/CN.4/S-3/3), en el que tras un viaje a Ruanda se recoge ya la cifra escalofriante de 200.000 civiles asesinados, pidiendo que se condenara la matanza. No obstante, tampoco fue lo contundente que se podía esperar de una persona con este cargo, ya que se limitó a decir que «han tenido lugar violaciones muy graves de derechos humanos que todavía continúan en el momento actual». El Sr. Lasso solo hizo referencia a la palabra «genocidio» para referirse a la convención que lo prohíbe como instrumento internacional de derechos humanos del que Ruanda era parte. Sobre la operación *Turquesa* y los orígenes del conflicto, cfr. ESCUDERO ESPINOSA, J. F.: *La intervención humanitaria y el derecho internacional actual*, pp. 518 y ss.

⁽⁶³⁾ Para un análisis sobre todo lo que supuso por aquel entonces la crisis ruandesa, cfr. MOUTON, J. D.: «La crise rwandaise de 1994 et les Nations Unies», AFDI, 1994, pp. 214-242.

⁽⁶⁴⁾ Ver, por ejemplo, algunos de estos testimonios en el periódico *Le Temps* de 7 de abril de 2004, en donde Richard Werly, en su artículo «France, ONU: les zones d'ombre du génocide rwandais», recoge algunos de estos testimonios, preparados por una comisión de investigación. Francia, evidentemente, no sale bien parada, pero calla a pesar de verse acusada.

últimos años en Liberia y en Sierra Leona por parte de los Estados Unidos y el Reino Unido respectivamente, mientras que Francia ha hecho lo propio en Costa de Marfil. ¿Por qué se tardó tanto en Ruanda? ¿Es que las grandes potencias no se pusieron de acuerdo, o es que Francia, potencia amiga y protectora del régimen instalado en Kigali y Ruanda, se opuso? ¿Por qué muchos países que ahora ven con asombro el genocidio ruandés reprochan a las grandes potencias su inacción, cuando en otros muchos casos se quedan sin saliva invocando la no intervención y considerando que las acciones armadas humanitarias unilaterales son un vestigio de poder del pasado que esconden solo intereses económicos o políticos? Así pues, todo ha fallado en la crisis ruandesa. Este sentimiento de culpa es el que envolvía al primer ministro belga, Verhofstadt, en el homenaje a las víctimas que se ha llevado a cabo en Kigali con ocasión del décimo aniversario del genocidio ruandés, al señalar lo siguiente: «En vez de permanecer y asumir nuestra responsabilidad, hemos preferido ignorar el horror. Hemos fallado a nuestro deber más elemental de injerencia, de humanidad»⁽⁶⁵⁾.

La ONU ya entonó el mea culpa en 1999. En efecto, la comisión independiente de investigación que se creó para investigar los hechos y establecer responsabilidades, bajo la presidencia del ex primer ministro sueco Ingvar Carlsson⁽⁶⁶⁾, llegó a las conclusiones siguientes: a) falta de voluntad de las grandes potencias de detener la máquina de muerte que los extremistas hutus habían puesto en movimiento; b) timidez pasmosa y cobardía de las autoridades

⁽⁶⁵⁾ Cfr. Le Temps de 7 de abril de 2004. El primer ministro belga ha sido el único gran dirigente occidental presente en la ceremonia. Tampoco asistió el por aquel entonces secretario general de la ONU, Kofi Annan. ¿Tendría remordimientos? Creemos que sí tal y como se expresó el 7 de abril en el mensaje que transmitió al mundo con ocasión precisamente del décimo aniversario, y en el que señala lo siguiente: «El genocidio en Ruanda no debería jamás haber ocurrido. Ni la Secretaría General de las Naciones Unidas, ni el Consejo de Seguridad ni los estados miembros, ni la prensa internacional prestaron suficiente atención a la evidente acumulación de síntomas de desastre. Ochocientos mil hombres, mujeres y niños, fueron abandonados a la más brutal de las muertes, ya que el vecino mató al vecino, y los santuarios como iglesias y hospitales fueron transformados en lugares de matanzas. La comunidad internacional fracasó en Ruanda, y eso debe dejarnos con un sentido de amargo rechazo y pena permanente... Pero estamos confiados de que, enfrentados hoy a un nuevo Ruanda, ¿podríamos responder de manera efectiva, en tiempo oportuno? No podemos por ningún medio estar seguros de que ciertamente lo haríamos... No podemos esperar hasta que lo peor haya sucedido, o esté todavía sucediendo, o firmar documentos inútiles o adoptar una cruel indiferencia». Cfr. http://www.un.org/spanish/aboutun/sg/mensajes/rwanda_sg.htm. Por aquel entonces, él era el responsable de las fuerzas de mantenimiento de la paz de la organización que hoy en día preside.

⁽⁶⁶⁾ De esta comisión formaron parte, además de Ingvar Carlsson, el Sr. Han Sung-Joo, ex ministro de Asuntos Exteriores de la República de Corea, y el teniente general Rufus M. Kupolati, de Nigeria. La comisión adoptó un informe que lleva el título siguiente: Informe de la Comisión Independiente de Investigación acerca de las medidas adoptadas por las Naciones Unidas durante el genocidio de 1994 en Ruanda, Doc. S/1999/1257, de 15 de diciembre de 1999.

de la ONU y de la UNAMIR⁽⁶⁷⁾, que no denunciaron lo que a todas luces era inaceptable para la comunidad internacional⁽⁶⁸⁾, y c) la retirada por Bélgica de su contingente de cascos azules después del asesinato de diez paracaidistas, contingente que sin lugar a dudas era el más eficaz⁽⁶⁹⁾. Este informe de la comisión despertó un gran malestar en el secretario general de la ONU, Kofi Annan⁽⁷⁰⁾, que juró mejorar la capacidad de reacción de la ONU frente a esta clase de conflictos.

Con este fin, la primera medida que adoptó fue la de encargar al exministro argelino de Asuntos Exteriores, Lakhdar Brahimi, que investigue las causas de los fracasos y deficiencias de las fuerzas de mantenimiento de la paz, algo por otro lado evidente. Es así como Brahimi se encarga de denunciar los mandatos

⁽⁶⁷⁾ En efecto, uno no llega a comprender la inacción de la UNAMIR. Tampoco lo entiende el Informe de la Comisión Independiente, como lo muestra el texto siguiente: «Cuando comenzó el genocidio, las deficiencias del mandato de la UNAMIR se pusieron abrumadoramente de manifiesto. La pregunta lógica es por qué una fuerza de 2.500 efectivos no pudo detener a la milicia y los soldados del gobierno ruandés que empezaron a instalar barricadas y asesinar políticos y tutsis en las horas inmediatamente posteriores al descenso del avión. ¿No podía la UNAMIR, con su presencia y dando muestras de determinación, haber contenido semejante ola de violencia?». Cfr. Doc. S/1999/1257, op. cit., p. 37.

⁽⁶⁸⁾ A este respecto, la Comisión no tiene pelos en la lengua, al decir lo siguiente: «La Comisión independiente ha determinado que la reacción de las Naciones Unidas antes y durante el genocidio que tuvo lugar en Ruanda en 1994 fue insatisfactoria en varios aspectos fundamentales. Los responsables de que las Naciones Unidas no hayan impedido ni detenido el genocidio en Ruanda son, en particular, el secretario general, la Secretaría, el Consejo de Seguridad, la UNAMIR y el conjunto de los miembros de las Naciones Unidas. La Organización y los estados miembros interesados deben disculparse ante el pueblo ruandés por no haber asumido la debida responsabilidad internacional...», *Ibid.*, p. 31.

⁽⁶⁹⁾ *Ibid.*, pp. 31 y ss. La retirada del contingente belga fue un auténtico mazazo, una falta absoluta de sensibilidad hacia lo que se veía que se avecinaba y un acto de cobardía por parte del Gobierno belga. Escalofriante es el texto siguiente del precitado informe, al señalar lo siguiente: «La Escuela Técnica Oficial era un lugar en que muchos civiles buscaron la protección de las tropas belgas de la UNAMIR allí destacadas... Unas 2.000 personas habían buscado refugio en la escuela, creyendo que las tropas de la UNAMIR podrían protegerlas. Fuera del local de la escuela había miembros de la interahamwe y soldados ruandeses. El 11 de abril, después de que las tropas francesas evacuaran a los expatriados, el contingente belga abandonó la escuela dejando atrás a hombres, mujeres y niños, muchos de los cuales fueron masacrados por los soldados y las milicias que esperaban», *Ibid.*, pp. 19-20.

⁽⁷⁰⁾ Como no podía ser menos. Y es que el informe es demoledor para la ONU, que tenía información privilegiada y directa de todo lo que podía ocurrir ya que el general que mandaba la UNAMIR, el canadiense Romeo Dallaire, había enviado un telegrama el 11 de enero de 1994 al asesor militar del secretario general, el general de división Maurice Baril, con toda la información que le había dado un instructor de alto nivel de la milicia interahamwe describiendo el inicio de las operaciones de genocidio. La respuesta que dio a este telegrama el por aquel entonces responsable de las operaciones de mantenimiento de la paz, Kofi Annan, fue la de que dicha información «daba lugar a inquietud pero que había ciertas incoherencias...». Además, dijo: «debemos manejar esta situación con prudencia». Otro telegrama posterior del mismo día 10 de enero terminaba con la contundente afirmación de que «la consideración suprema es la necesidad de evitar adoptar medidas que puedan llevar al uso de la fuerza y repercusiones imprevistas». Cfr. *Ibid.*, pp. 10-12. Habría que decir que con prudencia sí, pero no con desidia, y hubo más de esto último que de lo primero.

ambiguos, incoherentes y escasos de financiación dados por el Consejo de Seguridad, los medios irrealistas puestos a disposición a la luz de los objetivos, así como las atrevidas planificaciones que se llevan a cabo con contingentes en general muy mal equipados. Si a esto añadimos, señala, que en algunos contingentes casi nadie habla el idioma del país y las ya conocidas reticencias de la ONU a distinguir entre víctima y agresor, el cóctel que sale de todos estos ingredientes es tal que la eficacia de la Organización es un espejismo, lo que acarrea que en algunos casos la consideren como cómplice del crimen, que es un poco lo que ha ocurrido en Ruanda.

Las acusaciones del «Informe Brahimi» son pues muy duras, y sus recomendaciones para corregir esta clase de situaciones no se han tomado lo suficientemente en cuenta. Entre estas recomendaciones figuraban la necesidad de que los estados constituyeran fuerzas de unos 5.000 soldados disponibles en el plazo de un mes, que el Consejo de Seguridad adoptara una actitud más robusta con mandatos realistas y que la ONU se dotara de los servicios de información necesarios que detectaran situaciones conflictivas. Evidentemente, nada de esto se ha hecho, por lo que en muchas zonas del mundo desharrapado que conocemos resulta sorprendente constatar que las primeras voces de alerta proceden de los misioneros... Y es que, se quiera reconocer o no, todo esto implica un consenso entre las grandes potencias que en muy pocas ocasiones se va a dar, lo que trae consigo la paralización del Consejo de Seguridad.

Dicho esto, el drama ruandés tuvo al menos algo positivo para la ONU, al suscitar la propuesta del secretario general de la ONU de crear un relator para que alerte al Consejo de Seguridad en el caso en que se estén dando pasos para cometer un genocidio; de que tenga el éxito esperado tenemos ciertas dudas. Así las cosas, las lecciones que se pueden sacar del drama ruandés es que puede producirse un genocidio sin que el Consejo de Seguridad mueva un dedo para impedirlo. Pero siempre hay excepciones, por lo que no han faltado autores que han denunciado públicamente ante el mundo lo que ocurrió en Ruanda en 1994⁽⁷¹⁾.

■ La intervención humanitaria en Kosovo

Desde la Segunda Guerra mundial, Europa no había vivido una catástrofe igual: hubo 700.000 refugiados en una Croacia desbordada y forzada cruelmente a cerrar su frontera; otros 700.000 se hacinaban en el resto de las repúblicas, y

⁽⁷¹⁾ A este respecto, cfr. BRAECKMAN, C.: *Rwanda, histoire d'un génocide*. París, Fayard, 1994; DALLAIRE, R.: *J'ai serré la main du diable*, Ed. Libre Expression, 2004; HATZFELD, J.: *Une saison de machettes*. París, Seuil, 2003; KOFF, C.: *El lenguaje de los huesos*. Madrid, Ed. Martínez Roca, 2004, obra que relata los viajes de la autora (antropóloga) por las fosas comunes que testimonian las matanzas ocurridas en Ruanda, Bosnia-Herzegovina, Croacia y Kosovo; y SAINT-EXUPÉRY (de), P.: «L'inavouable: la France au Rwanda», París, Ed. les Arènes, 2004. Ver también «Tragédies africaines», *Revue Hérodote*, 2003, n.º 111.

hubo un millón esparcidos por algunos países europeos, de los cuales 500 se encontraban en España.

Frente a esto, conviene señalar que no parece que causara grandes traumas ni a la Unión Europea, ni a la Unión Europea occidental, ni a la Conferencia de Seguridad y Cooperación para Europa, cuyas acciones fueron dubitativas, tardías e ineficaces⁽⁷²⁾.

Las Naciones Unidas, por su parte, fueron actuando poco a poco a medida que surgían los acontecimientos, demostrando en nuestra opinión y en la del presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja de entonces una falta de reflejos exasperante. No encontramos un conflicto que haya acaparado más resoluciones del Consejo de Seguridad sin que hasta 1999 se haya podido poner fin a los crímenes que desde hacía 9 años azotaban este territorio.

No vamos a retratar aquí toda la evolución del conflicto que padecieron los pueblos que configuraban lo que se denomina la antigua Yugoslavia⁽⁷³⁾.

En efecto, como se sabe, los acuerdos de Dayton de 22 de noviembre de 1995, suscritos oficialmente en París el 14 de diciembre del mismo año⁽⁷⁴⁾, debían poner fin, en teoría, a los diversos conflictos producidos en la antigua Yugoslavia, aunque como sabemos no fue así. Y es que la comunidad internacional no se preocupó demasiado de la situación en Kosovo. *Prima facie*, se podría incluso decir que aparte de algunos países tradicionalmente interesados en los conflictos que en esa década ha habido en la antigua Yugoslavia, como Alemania⁽⁷⁵⁾, el conflicto de Kosovo no parece plantear muchos quebraderos de cabeza a la comunidad internacional hasta que se produce la explosión social que sacude a Albania en los meses de marzo y abril de 1997⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷²⁾ REMACLE, E.: «Deux entreprises pour une crise: la CSCE et la Communauté Européenne face au conflit yougoslave», *Le Trimestre du Monde*, 1992, n.º 1, pp. 219-234.

⁽⁷³⁾ A este respecto, cfr. BERMEJO GARCÍA, R. y GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *La disolución de Yugoslavia*, Eunsa, Pamplona, 2007.

⁽⁷⁴⁾ Sobre estos acuerdos, cfr. RAMÓN CHORNET, C.: «Balance provisional de la aplicación de los Acuerdos de Dayton», *Anuario de Derecho Internacional*, 1997, pp. 547-560.

⁽⁷⁵⁾ Como se sabe, Alemania ya se adelantó a los demás países de la Unión Europea a la hora de reconocer la independencia de Eslovenia y Croacia, haciendo pasar por el rodillo a los demás. Sobre esta cuestión, cfr. «Chronique des faits internationaux», *RGDIP*, 1992, p. 402 y CHARPENTIER, J.: «Les déclarations des douze sur la reconnaissance des nouveaux Etats», *Ibid.*, pp. 343-355. En el conflicto de Kosovo, ciertas voces se han levantado para denunciar el apoyo que los servicios de inteligencia alemanes han prestado al UÇK desde 1996, seleccionando y entrenando sus mandos, así como suministrándoles «armas y material de transmisión sacados de las reservas de la antigua Stasi». A este respecto, cfr. CHICLET, Ch.: «Los orígenes del 'Ejército de Liberación de Kosovo'», *Le Monde Diplomatique*, mayo de 1999 p. 15.

⁽⁷⁶⁾ Ver sin embargo el análisis que lleva a cabo sobre esta materia GHEBALI, V.-Y.: «Le Kosovo entre la guerre et la paix», *Defense Nationale*, agosto-septiembre 1999, pp. 67-70. Un dato a destacar antes de esas fechas es la toma de posición del Congreso de los Estados Unidos

En realidad, durante todo este período el tema crucial que continuaba sin ser resuelto era que mientras la población de origen albanés de Kosovo quería ejercer el derecho de autodeterminación, incluyendo la independencia, para las autoridades serbias se trataba pura y simplemente de un asunto interno considerándose con el derecho de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la integridad territorial del Estado. Las diferentes propuestas que se sucedieron para intentar que las partes llegaran a un mínimo acuerdo fracasaron⁽⁷⁷⁾, como ocurrió anteriormente en los conflictos de la antigua Yugoslavia, lo que nos demuestra que el principio de la integridad territorial del Estado no es tan inamovible como parece, sobre todo en determinadas circunstancias.

La situación en la provincia de Kosovo adoptó tal cariz que el conflicto solo podía internacionalizarse, terminando en el Grupo de Contacto (Alemania, Estados Unidos, Francia, Italia, Reino Unido y Rusia), primero, y en el Consejo de Seguridad, después. Pero la acción armada institucional de la ONU se vio paralizada de forma permanente porque Rusia y China se oponían a cualquier acción militar contra el régimen de Belgrado.

En este contexto, la retirada de los observadores de la OSCE fue el preludio de lo que se avecinaba, iniciándose la operación de la OTAN *Fuerza decidida* el 23 de febrero⁽⁷⁸⁾. Una vez más, Europa se ve impotente ante un fuego que se desarrolla en sus entrañas sin que pueda apagarlo. ¿Hace falta alguna otra lección?

■ La acción armada humanitaria de la OTAN contra Yugoslavia

El inicio de los bombardeos de la OTAN, al no contar con una autorización expresa del Consejo de Seguridad⁽⁷⁹⁾ de las Naciones Unidas, suscita una serie de cuestiones polémicas en el ámbito del derecho internacional, por mucho que algunos se aferren a lo que ellos llaman derecho internacional positivo, preconizando sin paliativos una rotunda condena de estas acciones armadas⁽⁸⁰⁾.

que en agosto de 1996 se pronunció por la autodeterminación de Kosovo, preconizando al mismo tiempo el nombramiento de un enviado especial para esa provincia.

⁽⁷⁷⁾ A este respecto, cfr. BAGGETT, T.: «Human rights abuses in Yugoslavia: to being an end to political oppression, the International Community should assist in establishing an independent Kosovo», *Georgia Journal of International Law and Comparative Law*, 1999, pp. 464-465.

⁽⁷⁸⁾ Fue el secretario general de la Alianza, el español Javier Solana, el que dio la orden de iniciar los bombardeos al comandante supremo de las fuerzas aliadas en Europa, lo que en teoría es normal pero que no deja de ser una paradoja por el inmenso currículo anti-OTAN que tiene el ahora ya exsecretario general. Son cosas, sin embargo, que ocurren con gran frecuencia en nuestro país...

⁽⁷⁹⁾ Algunos intentos se hicieron para tratar de encontrar una base implícita en las resoluciones anteriores al inicio de los bombardeos, pero pronto fue abandonada ante la oposición de algunos miembros del Consejo, como Rusia y China.

⁽⁸⁰⁾ Para el profesor Vitor-Yves Ghebali, estas condenas no están en general bien fundadas, surgiendo de sectores varios y diversos. A este respecto, el autor citado señala lo siguiente:

Que los bombardeos se han llevado a cabo sin seguir la trayectoria prevista en el capítulo VII de la Carta de la ONU es evidente. Por lo tanto, partiendo de estas premisas, la intervención sería ilegal.

Es cierto que existe un precedente en el que se recurrió a la Asamblea General en el caso en que el Consejo de Seguridad quedó bloqueado, como ocurrió en la guerra de Corea, pero también es cierto que ha constituido un hecho aislado que no se ha vuelto a repetir. En el caso que nos ocupa, ¿estaba el Consejo de Seguridad bloqueado o paralizado? Según el profesor Remiro Brotons, el Consejo no estaba paralizado puesto que se habían adoptado resoluciones en su seno y el tema kosovar figuraba en su agenda⁽⁸¹⁾. En este contexto, ¿se hubiera tenido que seguir negociando en el Consejo o recurrir a la Asamblea General si se pretende que el Consejo estaba paralizado a pesar de los crímenes que se estaban cometiendo? En otros trabajos ya nos hemos pronunciado sobre esta materia, aunque quisiéramos añadir las reflexiones siguientes.

Las razones que han sido invocadas por los Gobiernos de los estados miembros de la OTAN han sido varias y diversas, en algunos casos no muy jurídicas, pero lo suficientemente claras para justificar la intervención armada. El presidente de la República Francesa, Jacques Chirac, señalaba en un mensaje dirigido a la nación que había llegado el momento de poner fin a las matanzas que se estaban cometiendo en Kosovo, recordando al mismo tiempo los largos doce meses de negociaciones diplomáticas sin ningún éxito⁽⁸²⁾. Por su parte, el presidente del Gobierno español, José María Aznar, en su comparecencia ante el Congreso de los Diputados, manifestaba que España y sus aliados «no tenían nada contra el pueblo yugoslavo, ni contra los serbios», aunque «no debemos permanecer impasibles ante una campaña sistemática de exterminio»⁽⁸³⁾. Como el presidente francés, el presidente del Gobierno español se refería también expresamente a todas las negociaciones tendentes a solucionar el conflicto pero sin éxito. Declaraciones similares fueron hechas por el primer ministro británico, Tony Blair, por Bill Clinton y en general por la mayoría de los

«... les opposants les plus virulents forment un camp hétérogène associant étonnamment l'extrême droite à l'extrême gauche: les pro-Serbes de coeur (Grèce) ou de raison (Russie), les pavloviens de l'antiaméricanisme (soit les nostalgiques du manichéisme de la guerre froide, les haïsseurs de la mondialisation, les antieuropéens 'souverainistes'...) ainsi que certains tiers-mondistes naguère prompts à justifier les accrocs au droit international classique au profit des mouvements antioccidentaux de libération nationale». Cfr. «Le Kosovo entre la guerre et la paix», op. cit., p. 76.

⁽⁸¹⁾ Cfr., REMIRO BROTONS, A.: «¿De la asistencia a la agresión humanitaria? OTAN versus Consejo de Seguridad», Política Exterior, n.º 69, mayo/junio 1999, p. 19. En nuestra opinión, la expresión «agresión humanitaria» no nos parece muy adecuada ya que una acción armada llevada a cabo por estrictas razones humanitarias nunca será una agresión. Por otro lado, si no existen causas humanitarias, la acción armada será pura y simplemente una «agresión», pero no una agresión humanitaria. Semánticamente hablando, una agresión nunca será humanitaria.

⁽⁸²⁾ Cfr. ABC, de 30 de marzo de 1999, p. 32.

⁽⁸³⁾ ABC, de 31 de marzo de 1999, p. 18.

representantes gubernamentales de los 19 países de la OTAN, aunque Italia y Grecia titubearon⁽⁸⁴⁾.

Por otro lado, es obvio que tampoco podía faltar alguna declaración del secretario general de la Alianza Javier Solana, que hablaba *claro* cuando el 23 de marzo señalaba lo siguiente: «Permítanme que sea claro: la OTAN no está conduciendo una guerra contra Yugoslavia. No estamos en conflicto con el pueblo de Yugoslavia que durante tanto tiempo ha estado aislado en Europa a causa de su Gobierno. Nuestro objetivo es impedir más sufrimiento humano y más represión y violencia contra la población civil de Kosovo. Debemos también actuar para impedir que se extienda la inestabilidad en la región... Tenemos el deber moral de hacerlo. La responsabilidad descansa sobre nuestros hombros y la asumiremos»⁽⁸⁵⁾.

Un mes más tarde de iniciarse los bombardeos, en la reunión de los jefes de Estado y de Gobierno del Consejo del Atlántico Norte que tuvo lugar en Washington los días 23 y 24 de abril, se adopta una «Declaración sobre Kosovo» en la que figuran las razones de la intervención. En ella se deja claro que: a) la crisis de Kosovo pone en duda los valores que la OTAN defiende desde su fundación: democracia, derechos humanos y primacía del derecho; b) se insiste en que las acciones militares van dirigidas no contra el pueblo serbio, sino contra la política del régimen de Belgrado, y c) se declara expresamente que las atrocidades perpetradas contra el pueblo de Kosovo por las fuerzas militares, paramilitares y de policía de la República Federativa de Yugoslavia representan una violación flagrante del derecho internacional⁽⁸⁶⁾. La acción

⁽⁸⁴⁾ A este respecto, cfr. *Le Monde*, de 12 de mayo de 1999, en el que se analizan estos aspectos así como el alcance de la limpieza étnica y las deportaciones. Haciendo un repaso de lo que los derechos humanos representan para la comunidad internacional, el ministro de Defensa alemán, Rudolf Scharping, en un artículo titulado «Alemania y la guerra fundada» (publicado en el ABC, de 10 de mayo de 1999, p. 38) señala lo siguiente: «En el acta final de Helsinki puede leerse desde 1975 que los derechos humanos ya no son asunto interno de un solo país. Los jefes de Gobierno de los países representados en el Consejo de Seguridad de la ONU manifestaron unánimemente en 1992 que, para la implantación de los derechos humanos, podría ser necesario limitar la soberanía nacional. Finalmente, el Parlamento Europeo advirtió en 1994 que había que desarrollar el derecho internacional de gentes para, en casos extremos, permitir acciones militares destinadas a proteger los derechos humanos. Si deseamos proteger nuestros valores, debemos estar también dispuestos a defenderlos del asesinato y del homicidio para que la humanidad pueda tener un mejor futuro».

⁽⁸⁵⁾ Para este texto, cfr.: «Acción militar de la OTAN en Yugoslavia», *Meridiano Ceri*, abril 1999, n.º 26, p. 26.

⁽⁸⁶⁾ Estas razones y principios se encuentran recogidos en los apartados 1, 3 y 11 de la Declaración, que transcribimos a continuación:

«1. La crise du Kosovo remet fondamentalement en cause les valeurs que l'OTAN défend depuis sa fondation: démocratie, droits de l'homme et primauté du droit. C'est l'aboutissement d'une politique délibérée d'oppression, de nettoyage ethnique et de violence conduite par le régime de Belgrade sous la direction du président Milosevic. Nous ne laisserons pas cette campagne de terreur réussir. L'OTAN est résolue à l'emporter.

3. Nos actions militaires sont dirigées, non pas contre le peuple serbe, mais contre la politique du régime de Belgrade, qui a rejeté à plusieurs reprises tous les efforts visant à une résolution pacifique de la crise...

de la OTAN fue apoyada además por los países miembros de la UEO, cuyos ministros de Asuntos Exteriores y de Defensa, al término de la reunión celebrada en Bremen los días 10 y 11 de mayo, señalaron que la acción militar de la OTAN es a la vez necesaria y justificada⁽⁸⁷⁾. Si a esto añadimos el apoyo dado a la intervención por países como Argentina, Brasil, Gabón, Gambia y Malasia⁽⁸⁸⁾, nos encontramos con que no se trata de un puñado de países aislados, marginados o miserables los que han apoyado la acción armada, lo que evidentemente pone a la ONU en un atolladero⁽⁸⁹⁾. Ahora, aquellos que niegan la existencia de estas acciones armadas por razones humanitarias basándose en la ausencia de una práctica internacional tendrán que reconocer, ante la evidencia de los hechos, que por lo menos un caso hay, lo que no deja de socavar, por su importancia, ciertas tesis mantenidas en esta materia⁽⁹⁰⁾. Si decimos esto es porque no se pueden negar los nuevos aires que soplan sobre el derecho internacional. Está claro pues que hoy no se pueden enarbolar el estandarte de la soberanía absoluta y el principio de no intervención en su

11. Les atrocités perpétrées contre le peuple du Kosovo par les forces militaires, paramilitaires et de police de la RFY représentent une violation flagrante du droit international. Nos gouvernements coopéreront avec le Tribunal pénal international (TPI) pour l'ex-Yugoslavie, en l'aidant à enquêter sur tous les responsables, jusqu'aux plus hauts niveaux, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. L'OTAN appuiera le TPI dans ses efforts pour obtenir des informations pertinentes. Il ne peut y avoir de paix durable sans justice.»

⁽⁸⁷⁾ A este respecto, el exasesor de Asuntos de Seguridad Nacional del presidente de los Estados Unidos, Zbigniew Brzezinski, en un artículo publicado en El País con el sugestivo título «¿Será la OTAN, a sus 50 años, una víctima de la guerra de Kosovo?», decía: «Es instructivo detenernos aquí y preguntarnos: ¿quién apoya el uso de la fuerza para poner fin a la limpieza y matanzas étnicas en Kosovo y quién se opone a él? Las 19 democracias de la OTAN mantienen la misma postura (aunque un par de ellas titubeen) y las demás democracias europeas muestran en general su apoyo. Los que se oponen violentamente son el errático admirador de Hitler en Bielorrusia y el actual régimen ruso, que no logró hacer en Chechenia lo que Milósevic pretende hacer ahora en Kosovo.

Por consiguiente, hay dos visiones alternativas enfrentadas respecto al futuro de Europa: una que ve Europa como una comunidad genuinamente vinculada por un respeto compartido a los derechos humanos, y otra que cree que las élites nacionales en el poder tienen el derecho soberano a incurrir en mini-genocidios de sus minorías». Cfr., El País de 14 de abril de 1999, p. 12.

⁽⁸⁸⁾ Apoyo dado el 26 de marzo a raíz del proyecto de resolución presentado por Bielorrusia, Rusia y la India en el Consejo de Seguridad el 24 de marzo en el que se solicitaba un cese inmediato del uso de la fuerza. Tres países relevantes votaron a favor: Rusia, China y la India.

⁽⁸⁹⁾ La intervención también fue apoyada obviamente por otras personalidades, entre las cuales solo queremos destacar la del presidente de la conferencia episcopal alemana, Karl Lehmann, quien dijo que la intervención de la OTAN «no es una guerra de agresión sino que defiende los derechos humanos que no pueden pisotearse en nombre del derecho internacional. Pese al fuerte deseo de paz, no veo otra alternativa realista». Cfr. ABC de 2 de abril de 1999, p. 31.

⁽⁹⁰⁾ A este respecto, es significativa la opinión expresada por el Dr. Jaume Ferrer Lloret, quien no mucho antes de que se llevara a cabo la acción armada de la OTAN en Kosovo señalaba lo siguiente: «A pesar de que la práctica en la materia es escasa o más bien inexistente y no exenta de perfiles confusos sobre las motivaciones que han provocado las intervenciones humanitarias...». De este autor, cfr. Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos, Tecnos/Universidad de Alicante, 1998, pp. 301-302.

alcance también más absoluto cuando se violan flagrantemente los derechos humanos fundamentales⁽⁹¹⁾.

En nuestra opinión, y se diga lo que se diga, la sociedad internacional no podía tolerar lo que se estaba haciendo en Kosovo, como nunca se hubiera debido tolerar lo que ocurrió en Ruanda y en Bosnia-Herzegovina⁽⁹²⁾. Las violaciones de ciertas normas fundamentales del derecho internacional que están en la mente de todos eran obvias: depuración étnica, matanzas de personas civiles, deportaciones masivas, etc. El espectáculo era pues esperpéntico, como esperpéntico era el hecho de que en el seno del Consejo de Seguridad no se adoptara alguna decisión importante con el fin de detener esas atrocidades y venir en socorro de las víctimas. Esta vez Rusia se hizo fuerte en favor de sus hermanos serbios y las arcas financieras no consiguieron doblegar su voluntad, como ocurrió en otros casos, a pesar de lo que estaba ocurriendo. Ante esta situación alguien debía intervenir para defender ciertos derechos humanos fundamentales, considerados por otra parte como valores universales, incluso por aquellos que se han opuesto a la acción de la OTAN.

Una cuestión muy distinta, que no analizamos aquí, es ver cómo se ha llevado a cabo la guerra en Kosovo a la luz del derecho internacional humanitario. Pero esto es harina de otro costal⁽⁹³⁾. A este respecto, solo queremos decir ahora que ha sido una guerra rara, que se ha hecho desde muy arriba y de la que no se conocen héroes ni muertos, salvo de un lado. Todo estaba preparado para que la vida de un soldado de la OTAN valiera más que la de un serbio.

No queremos terminar esta cuestión sin recalcar que Yugoslavia presentó ante la Corte Internacional de Justicia varias demandas, en concreto diez, una contra los países, incluidos España, que bombardearon su territorio, invocando que se habían violado algunos principios y normas de derecho internacional, entre ellas la prohibición del uso de la fuerza, la violación de los convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional I de 1977, la violación de la *Convención sobre el genocidio*, etc. La Corte al final no se pronunció sobre

⁽⁹¹⁾ A este respecto, cfr. el interesante estudio de BODLEY, A.: «Weakening the principle of sovereignty in international law: the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia», *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, pp. 417-472. Ver también, MARTIN, P. M.: *Les échecs du droit international*, op. cit., pp. 53-55.

⁽⁹²⁾ Como ha señalado Emma Bonino, en la antigua Yugoslavia se están cometiendo matanzas desde hace diez años. «A mucha gente ya se le han olvidado las matanzas de Srebrenica, Vukovar, Sarajevo, Raçak y tantos sitios, en los que el causante ha sido siempre el mismo... Es como si hubiera una amnesia colectiva de lo que ha ocurrido en estos diez años». Cfr. ABC, de 21 de abril de 1999, p. 34.

⁽⁹³⁾ A este respecto, ver nuestro trabajo «La guerra de Kosovo y el derecho internacional humanitario», en: BLANC ALTEMIR, A. (coord.): *La protección internacional de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 169-189.

el fondo del asunto invocando que no era competente por diversas razones procesales⁽⁹⁴⁾.

■ LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER. ¿UNA NUEVA VERSIÓN DE LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA?

Ni que decir tiene que tanto la matanza de Srebrenica como el genocidio en Ruanda abrieron un gran debate y una fuerte preocupación en la comunidad internacional en torno a la cuestión de saber cómo se podría hacer frente a tales situaciones, no solo para reaccionar o no mediante el recurso a la fuerza armada sino también para ver cómo había que prevenirlas, y si esto no se había conseguido cómo reconstruir las zonas afectadas. Es evidente que estas matanzas, aunque también hubo otras graves crisis humanitarias, influirían decisivamente en la intervención humanitaria de ciertos países de la OTAN en Kosovo, abriendo así un poco más la ventana intervencionista cuando se dieran esa clase de situaciones. Es más, del informe que la Asamblea General encargó al secretario general de las Naciones Unidas en noviembre de 1998 sobre el comportamiento de dicha organización, tanto en Srebrenica como en Ruanda, informe que se hizo público en noviembre de 1999, se piden disculpas por no haber impedido esos hechos, al mismo tiempo que se exige que se extraigan las lecciones relevantes, de forma que ante un «sistemático y deliberado intento de aterrorizar, expulsar o asesinar a la población» hay que adoptar todas las medidas necesarias⁽⁹⁵⁾.

Es evidente, pues, que a final del siglo pasado el espíritu reinante general en buena parte de la comunidad internacional era que no se podían tolerar más *Srebrenicas* ni genocidios como el de Ruanda ni tampoco la grave crisis humanitaria que se fue gestando en Kosovo. Por eso, precisamente el por aquel entonces secretario general de las Naciones Unidas, Kofi Annan, solicitó tanto al Consejo de Seguridad como a la Asamblea General que se pronunciaran sobre la cuestión de la intervención humanitaria ante este tipo de situaciones⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁴⁾ Sobre estas demandas de Yugoslavia, cfr. CERVELL HORTAL, M. J.: «Las demandas de Yugoslavia ante el TIJ por el bombardeo de su territorio en la 'Guerra de Kosovo'», *Anuario de Derecho Internacional*, 2000, pp. 65-92.

⁽⁹⁵⁾ Conviene apuntar que si el genocidio de Ruanda ha sido reconocido, la matanza de Srebrenica también, aunque esta no se resalta. Al menos esto ha sido la conclusión a la que ha llegado la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 26 de febrero de 2007, en el asunto sobre la aplicación de la Convención del genocidio (ver párrafos 377-415 y 425 y ss.). En efecto, la Corte reconoce que se ha cometido ese genocidio, aunque no pudo imputarlo a Serbia por no haberse podido demostrar que en el momento de la matanza este país ejerciera un control efectivo de los grupos armados que lo llevaron a cabo. Sin embargo, sí que condenó a Serbia, en virtud del art. 1 del Convenio sobre genocidio, por incumplir la obligación de prevenirlo y reprimirlo.

⁽⁹⁶⁾ Secretary-General's Annual Report to the General Assembly, September 20, 1999. También en «Nosotros, los pueblos. La función de las Naciones Unidas en el siglo xxi». Informe del milenio del secretario general de las Naciones Unidas, 2000,

Y es que, como pensamos haber demostrado, todo falló tanto en Srebrenica como en Ruanda, por lo que ese sentimiento de culpa y de frustración, sobre todo en torno a las Naciones Unidas, se generalizó. Este sentimiento de culpa es el que envolvía al primer ministro belga, Verhofstadt, en el homenaje a las víctimas que se llevó a cabo en Kigali con ocasión del décimo aniversario del genocidio ruandés, al señalar lo siguiente: «En vez de permanecer y asumir nuestra responsabilidad, hemos preferido ignorar el horror. Hemos faltado a nuestro deber más elemental de injerencia, de humanidad»⁽⁹⁷⁾. Desde esta perspectiva, parece evidente que las lecciones que se pueden sacar del drama ruandés es que puede producirse un genocidio sin que el Consejo de Seguridad mueva un dedo para impedirlo.

■ **La responsabilidad de proteger a la luz del Informe de la Comisión Internacional sobre intervención y soberanía de los Estados**

Estas preocupaciones son las que están detrás del *Informe de la Comisión Internacional sobre intervención y soberanía de los Estados* de diciembre de 2001, comisión creada a iniciativa del ex ministro de Asuntos Exteriores de Canadá, Lloyd Axworthy, labor que fue continuada por su sucesor John Manley hasta conseguir la elaboración de este trabajo⁽⁹⁸⁾. Y es que el informe se aparta considerablemente de las tesis defendidas por un amplio espectro doctrinal, quizá debido al amplio abanico de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, sociedad civil, institutos de investigación y determinados grupos de estudio que poco a poco influyeron

<http://www.un.org/spanish/milenio/sg/report/full.htm>.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. *Le Temps* de 7 de abril de 2004. El primer ministro belga ha sido el único gran dirigente occidental presente en la ceremonia. Tampoco asistió el por aquel entonces secretario general de la ONU, Kofi Annan. ¿Tendría remordimientos? Creemos que sí tal y como se expresó el 7 de abril en el mensaje que transmitió al mundo con ocasión precisamente del décimo aniversario, y en el que señala lo siguiente: «El genocidio en Ruanda no debería jamás haber ocurrido. Ni la Secretaría General de las Naciones Unidas, ni el Consejo de Seguridad ni los estados miembros, ni la prensa internacional prestaron suficiente atención a la evidente acumulación de síntomas de desastre. Ochocientos mil hombres, mujeres y niños, fueron abandonados a la más brutal de las muertes, ya que el vecino mató al vecino, y los santuarios como iglesias y hospitales fueron transformados en lugares de matanzas. La comunidad internacional fracasó en Ruanda, y eso debe dejarnos con un sentido de amargo rechazo y pena permanente... Pero estamos confiados de que, enfrentados hoy a un nuevo Ruanda, ¿podríamos responder de manera efectiva, en tiempo oportuno? No podemos por ningún medio estar seguros de que ciertamente lo haríamos... No podemos esperar hasta que lo peor haya sucedido, o esté todavía sucediendo, o firmar documentos inútiles o adoptar una cruel indiferencia». Cfr. http://www.un.org/spanish/aboutun/sg/mensajes/rwanda_sg.htm. Por aquel entonces, él era el responsable de las fuerzas de mantenimiento de la paz de la organización que hoy en día preside.

⁽⁹⁸⁾ La Comisión se creó en septiembre de 2000 y estaba formada por dos copresidentes, Gareth Evans y Mohamed Sahnoun, y por los miembros Gisèle Côté Harper, Lee Hamilton, Michael Ignatieff, Vladimir Lukin, Klaus Naumann, Cyril Remaphosa, Fidel Ramos, Cornelio Sommaruga, Eduardo Stein y Ramesh Thakur. Para el texto del informe, cf. <http://www.iciss-ciise.gc.ca>. El texto en inglés es el que hace fe.

sobre la Comisión, al aportar sus propias ideas del mundo real y de las relaciones internacionales en particular.

El título del informe es «La responsabilidad de proteger»⁽⁹⁹⁾, título sumamente sugerente ya que se trata de conciliar la intervención con el principio de soberanía estatal, lo que trae consigo lograr una especie de cuadratura del círculo. Desde esta perspectiva, es lógico que la Comisión vaya desgranando estos conceptos en relación con la protección de los derechos humanos antes de abordar temas y situaciones que han suscitado debates polémicos y amplias divergencias como la cuestión de la prevención de conflictos ampliamente mortíferos, la responsabilidad de reaccionar ante situaciones que requieren una imperiosa necesidad de protección de determinados derechos humanos, la responsabilidad de asumir las obligaciones de reconstrucción después de una intervención, la cuestión de la autoridad de las Naciones Unidas y el papel del Consejo de Seguridad (tema sumamente importante), así como la dimensión operacional, es decir, la intervención militar propiamente dicha. Desde esta óptica, vamos pues a analizar estas cuestiones partiendo de las recomendaciones recogidas en el informe.

Desde esta perspectiva, hay que reconocer que muchos países no solo hablan de promover la prevención en todos sus ámbitos con el fin de que no se violen los derechos humanos, sino que van más lejos al propiciar la *intervención* armada cuando la situación parezca ya estar descontrolada. Esta nueva conciencia es hoy en día una realidad, y está en la mente del secretario general de las Naciones Unidas cuando en su *Informe del milenio*, presentado a la Asamblea General en el año 2000, señala lo siguiente: «... si la intervención humanitaria es, en realidad, un ataque inaceptable a la soberanía, ¿cómo deberíamos responder a situaciones como las de Ruanda y Srebrenica y a las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que transgreden todos los principios de nuestra humanidad común?»⁽¹⁰⁰⁾.

¿Qué ocurre si el Estado viola gravemente sus obligaciones? Pues bien, si la población está padeciendo graves daños por causas diversas, como una guerra civil, una insurrección, la represión brutal ejercida por el Estado o tratándose de Estados fallidos, y ese Estado no quiera o no pueda hacer frente o evitar esos sufrimientos, el derecho a intervenir o, lo que es lo mismo, la responsabilidad

⁽⁹⁹⁾ Sobre la responsabilidad de proteger, los aportes doctrinales son muy abundantes. A este respecto, ver CERVELL HORTAL, M. J.: «Responsabilidad de proteger tras la práctica de los ocho últimos años», en: RAMÓN CHORNET, Consuelo (coord.): Régimen jurídico para una acción colectiva concertada del uso de la fuerza: el establecimiento de nuevos principios, Tirant lo Blanc, Valencia, 2010, pp. 483-492, nota 3. Ver también la bibliografía citada, todos ellos foráneos, por FOCARELLI, C.: «The responsibility to protect doctrine and humanitarian intervention: too many ambiguities for a working doctrine», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 13, 2, 2008, pp. 191-213, y del mismo autor: «La dottrina della responsabilità di proteggere e l'intervento umanitario», *Revista di Diritto Internazionale*, vol. 91, 2, 2008, pp. 317-346, p. 318, nota 4.

⁽¹⁰⁰⁾ P. 2 del informe.

internacional de proteger⁽¹⁰¹⁾ tendrá prioridad sobre el principio de no intervención⁽¹⁰²⁾. Son muchos los pasajes del informe que se refieren a estos aspectos, es decir, *responsabilidad principal de proteger del propio Estado por un lado y responsabilidad subsidiaria de la comunidad internacional* que entraría en juego cuando quede claro que un determinado Estado «no quiere o no puede cumplir su responsabilidad de proteger o es el autor material de los crímenes o atrocidades, o cuando las acciones que tienen lugar en dicho Estado suponen una amenaza directa para otras personas que viven fuera de él»⁽¹⁰³⁾.

Un aspecto importante que trata la Comisión y que nos parece sumamente interesante es la cuestión de la «nueva práctica» en esta materia⁽¹⁰⁴⁾. Es sabido que un sector doctrinal importante, cuando se ha referido a la práctica, lo ha hecho en tonos despectivos desde el punto de vista jurídico, haciendo hincapié en los dos aspectos siguientes: o bien negando pura y simplemente que existiera esa práctica o bien insistiendo en que las voces discordantes eran de tal calado que impedían poder sostener que se hubieran llevado a cabo acciones de este tipo con un mínimo consenso de la comunidad internacional. La Comisión no va evidentemente por estos derroteros y reconoce que el propio Consejo de Seguridad se ha mostrado cada vez más dispuesto en los últimos años a actuar a partir de esta base, como en el caso de Somalia, aunque también recoge la intervención de la CEDEAO para intervenir en Liberia y Sierra Leona y por la OTAN para intervenir en Kosovo *sin autorización* del Consejo de Seguridad. Esta práctica, que no es exhaustiva, es lo que permite a la Comisión afirmar lo siguiente:

Pese a que aún no hay motivos suficientes para afirmar que haya surgido un nuevo principio en el derecho consuetudinario internacional, la práctica cada vez más frecuente de los estados y las organizaciones regionales, así como los precedentes sentados por el Consejo de Seguridad, sugieren que está apareciendo un principio rector que, en opinión de la Comisión, podría denominarse «la responsabilidad de proteger».

Este nuevo principio consiste en que la intervención con fines de protección humana, incluida la intervención militar en casos extremos, es admisible cuando la población civil esté sufriendo o corra un peligro inminente de

⁽¹⁰¹⁾ Queremos resaltar que la Comisión considera que las expresiones «derecho a la intervención humanitaria» o «derecho a intervenir» resultan inadecuadas, prefiriendo la expresión «responsabilidad de proteger», más cercana según ella de los que piden o necesitan apoyo que de los que consideran la posibilidad de intervenir. Cfr., pp. 17-18, puntos 2.28 y 2.29.

⁽¹⁰²⁾ Los fundamentos que establece la Comisión para esta responsabilidad de proteger son los siguientes: a) las obligaciones inherentes al concepto de soberanía; b) la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales que tiene el Consejo de Seguridad (art. 24 de la Carta de la ONU); c) el cuerpo jurídico de normas en materia de protección de derechos humanos, así como del derecho internacional humanitario, y d) la práctica reciente de los estados, las organizaciones regionales y el propio Consejo de Seguridad.

⁽¹⁰³⁾ P. 18, punto 2.31.

⁽¹⁰⁴⁾ P. 16-17, puntos 2.24-2.27.

sufrir graves daños y el Estado correspondiente no pueda o no quiera atajarlos, o sea él mismo el responsable⁽¹⁰⁵⁾.

Una vez puestos los cimientos de lo que la Comisión entiende por «responsabilidad de proteger» cuando se den graves afrentas a los derechos humanos y a lo que denomina «seguridad humana»⁽¹⁰⁶⁾, el informe se centra en tres aspectos que son el núcleo duro de la cuestión: a) la responsabilidad de prevenir; b) la responsabilidad de reaccionar, y c) la responsabilidad de reconstruir. No obstante, para este trabajo lo más interesante es resaltar lo que señala la Comisión en relación con la responsabilidad de reaccionar⁽¹⁰⁷⁾.

En efecto, para tratar el tema, la Comisión parte de una premisa básica y realista, que es la siguiente: es obvio que las medidas preventivas no siempre son suficientes para resolver determinados conflictos, por lo que puede ser preciso que otros miembros de la comunidad internacional tengan que intervenir. La cuestión es saber cómo se deben llevar a cabo esas acciones intervencionistas coercitivas, señalando la Comisión que «pueden ser de carácter político, económico o judicial y, en casos extremos –pero solo en casos extremos–, pueden incluir también la acción militar»⁽¹⁰⁸⁾. Dicho de otra forma, pueden y deben adoptarse en estos casos medidas coercitivas previas a la acción militar, que pueden ser de índole económica, política e incluso judicial, pero sin excluir aquella.

La decisión de intervenir militarmente es pues excepcional. Pero, ¿cuándo nos encontramos ante un caso extremo y cómo se puede determinar si una intervención militar es, a primera vista, justificable? Para la Comisión

... hay circunstancias excepcionales en las que el propio interés que todos los estados tienen en mantener la estabilidad del orden internacional les obliga a reaccionar cuando reina el caos dentro de un estado o cuando el conflicto civil y la represión son tan violentos que la población se ve amenazada por unas masacres, un genocidio o una depuración étnica en gran escala⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. puntos 2.24-2.25. Sobre esta última cuestión, cfr. infra.

⁽¹⁰⁶⁾ Para la Comisión «... la seguridad humana abarca la seguridad de las personas, su seguridad física, su bienestar económico y social, el respeto a su dignidad y valía como seres humanos y la protección de sus derechos humanos y libertades fundamentales». Cfr. p. 15, punto 221.

⁽¹⁰⁷⁾ Sobre la responsabilidad de prevenir, ver el interesante estudio de CERVEL HORTAL, M. J.: «De la prevención de conflictos a la responsabilidad de prevenir», por Consuelo Ramón Chornet (coord.): Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 131-156. Sobre la responsabilidad de prevenir y de reconstruir, cfr. LÓPEZ JACOISTE DÍAZ, E.: «La responsabilidad de proteger...», op. cit., pp. 292 y ss.

⁽¹⁰⁸⁾ P. 33, punto 4.1.

⁽¹⁰⁹⁾ Ver pp. 35-36, punto 4.13.

Desde esta perspectiva, la opinión general que ha sacado la Comisión de diversas consultas al respecto es que «para que un caso fuera excepcional, debía darse la circunstancia de que la violencia fuera tal que conmoviera la conciencia de la humanidad o representara un peligro claro e inminente para la comunidad internacional hasta el punto de exigir una intervención militar coercitiva»⁽¹¹⁰⁾. Además, establece el marco de intervención dentro de unas condiciones estrictas al recoger seis requisitos para la intervención militar, que son los siguientes: autoridad competente, causa justa, intención correcta, último recurso, medios proporcionales y posibilidades razonables⁽¹¹¹⁾.

De estos seis requisitos, el que ha suscitado más polémica es saber si estas acciones, para que puedan llevarse a cabo, necesitan siempre una autorización del Consejo de Seguridad o, si este se abstiene de actuar, otros podrían hacerlo. Es lo que la Comisión denomina «autoridad competente», aspecto que trata con bastante rigor y realismo en el punto 6 bajo el título «la cuestión de la autoridad»⁽¹¹²⁾. Decimos con rigor porque la Comisión, como no podía ser de otra manera, parte de la premisa del principio fundamental de no intervención, tal y como se deduce del artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas. Se recuerda además el artículo 24 de la Carta, que confiere al Consejo de Seguridad «la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales»⁽¹¹³⁾, así como los artículos 39, 41, 42 y 51 del capítulo VII. Pero también menciona el capítulo VIII, en el que se reconoce la existencia de organizaciones regionales de seguridad y su papel en materia de paz y seguridad internacionales, recordando que estos no pueden adoptar medidas coercitivas sin «autorización del Consejo de Seguridad, «reconociendo sin embargo que en algunos casos la autorización se ha concedido a posteriori, como ocurrió con la intervención del ECOMOG en Liberia en 1992 y en Sierra Leona en 1997»⁽¹¹⁴⁾, puntualización que no deja de tener su importancia. El recordatorio de estas disposiciones tiene su lógica para la Comisión, por muy conocidas que sean, ya que le permiten preparar el camino para su decisión final recurriendo ya a frases comprometidas, como que «... el Consejo de Seguridad tiene la responsabilidad ‘primordial’ pero no exclusiva en materia de paz y seguridad»⁽¹¹⁵⁾ o «... es incuestionable que las Naciones Unidas, aunque aún se discuta sobre el sentido y el alcance de algunas disposiciones de la Carta, es la

⁽¹¹⁰⁾ *Ibid.*

⁽¹¹¹⁾ Ver pp. 36-42. Sobre estos criterios, ver LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E.: «La responsabilidad de proteger...», op. cit., pp. 298 y ss. Ver más tarde los comentarios sobre esta cuestión de CERVELL HORTAL, M. J.: «Responsabilidad de proteger tras la práctica de los últimos ocho años (2001-2009)», en: Ramón Chornet, C. (coord.): Régimen jurídico para una acción colectiva concertada del uso de la fuerza: el establecimiento de nuevos principios, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 483-492.

⁽¹¹²⁾ Cfr. pp. 51-60.

⁽¹¹³⁾ En ningún lugar de esta disposición se menciona la palabra «monopolio», término utilizado por algunos autores para ampliar el papel del Consejo de Seguridad, ni la expresión «responsabilidad exclusiva».

⁽¹¹⁴⁾ Ver p. 52, punto 6.5.

⁽¹¹⁵⁾ Ver p. 52, punto 6.7.

principal institución encargada de establecer, consolidar y utilizar la autoridad de la comunidad internacional»⁽¹¹⁶⁾.

¿Y qué ocurre si no se decide a intervenir? A este respecto, la Comisión se pregunta sobre «qué es peor, si el perjuicio que el orden internacional sufre cuando se deja de lado al Consejo de Seguridad o el que se le ocasiona cuando el Consejo asiste impasible a una matanza de seres humanos»⁽¹¹⁷⁾, y lanza dos advertencias al Consejo de Seguridad. La primera es que si no cumple con su responsabilidad no cabrá esperar que los estados interesados descarten otros medios para hacer frente a la gravedad y urgencia de la situación. La segunda es que si una coalición ad hoc o un estado concreto intervienen respetando todos los criterios aquí recogidos y lo hacen con éxito y la opinión pública mundial así lo estima, ello podría menoscabar de forma grave el prestigio y la credibilidad de la ONU⁽¹¹⁸⁾, algo que, según nuestra opinión, no necesita. Y es que si la ONU no asume su responsabilidad cuando debe hacerlo, ¿para qué la queremos? Para el que suscribe este trabajo, si la ONU funciona hay que felicitarla, pero cuando no es así hay que recordárselo. Y qué duda cabe que ha fallado en muchas ocasiones, aunque algunos intenten defender contra viento y marea lo contrario.

■ **La responsabilidad de proteger a la luz de los informes del Grupo de Alto Nivel (2004) y del secretario general (2005) y en el Documento final de la Cumbre de jefes de Estado y de Gobierno (Naciones Unidas, septiembre de 2005)**

56

Es evidente que los comentarios y las reflexiones hechas en el *Informe de la comisión canadiense* fueron y son también ahora, a la luz de la práctica internacional, sumamente interesantes, ya que abordaban esta clase de situaciones con realismo y rompiendo algunos de los esquemas defendidos a ultranza por algunos que se negaban rotundamente a admitir cualquier acción armada por causas humanitarias sin autorización del Consejo de Seguridad. Sin embargo, sus efectos fueron oscurecidos por los atentados del 11-S, primero, y por la guerra de Irak de 2003, después. Hay que esperar pues unos años para que este tema se vuelva a plantear de nuevo, esta vez de forma más institucionalizada.

En efecto, la espera no fue muy larga, lo que demuestra el interés del tema ya que a finales de 2004 se iban a publicar otros informes sobre la responsabilidad de proteger. Se trata del *Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio*, de 2 de diciembre de 2004, adoptado a iniciativa del secretario general de las Naciones Unidas⁽¹¹⁹⁾, y en el que han participado 16

⁽¹¹⁶⁾ *Ibid.*, punto 6.8.

⁽¹¹⁷⁾ Ver p. 59, punto 6.37.

⁽¹¹⁸⁾ Ver p. 60.

⁽¹¹⁹⁾ Para un estudio sobre este Informe, cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «El 'uso de la fuerza' en los informes del Grupo de Alto Nivel (2004), del secretario general (2005) y, a la postre, en el Documento Final de la Cumbre de jefes de Estado y de Gobierno (Naciones Unidas,

altas personalidades (una por país⁽¹²⁰⁾, y del *Informe del secretario general*, que lleva el pomposo título de «Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, libertad y derechos humanos para todos»⁽¹²¹⁾.

El *Informe del Grupo de Alto Nivel* empieza en esta materia partiendo de una premisa fundamental al insistir en el hecho de que:

Los autores de la Carta de las Naciones Unidas reconocieron que la fuerza podía ser necesaria para «prevenir y eliminar amenazas a la paz y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz». La fuerza militar, utilizada legítima y debidamente, es un componente esencial de cualquier sistema viable de seguridad colectiva, ya sea que la definamos en el sentido estricto tradicional o en forma más alta, como preferiríamos⁽¹²²⁾.

Por lo tanto, todos aquellos que desean un sistema fuerte de seguridad colectiva no deben nunca olvidar, cosa que ocurre con mucha frecuencia, que sin Ejércitos no se puede reivindicar un sistema de seguridad colectiva, y esos Ejércitos, hoy por hoy, no son de las Naciones Unidas sino de los estados. Las utopías y las ingenuidades suelen chocar con la realidad, aunque esta siempre termina imponiéndose.

Dicho esto, no hay que olvidar que el uso de la fuerza requiere en una sociedad internacional organizada un marco común consensuado que establezca cuándo es legal y legítimo recurrir a la fuerza, ya que de este marco depende el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Este marco jurídico está recogido en el derecho internacional consuetudinario y en la Carta de las Naciones Unidas, cuyo artículo 2.4 prohíbe expresamente a los estados recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en sus relaciones internacionales, salvo en caso de legítima defensa o si el Consejo de Seguridad autoriza medidas militares en virtud de los capítulos VII y VIII de la Carta. ¿Se ha respetado en general este marco jurídico? El *Informe del Grupo de Alto Nivel* reconoce, como no podía ser menos ya que es una evidencia, que «los estados miembros infringieron

Nueva York, septiembre de 2005)», *Anuario de Derecho Internacional*, 2005, pp. 13-49. Publicado con el título: «Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos», Documento A/59/565, analiza el tema del uso de la fuerza en las páginas 60-66, párrafo 183-220.

⁽¹²⁰⁾ Las personalidades eran las siguientes: aparte del presidente, el exministro Anand Panyarachun (Tailandia); Robert Badinter (Francia); Gro Harlem Brundtland (Noruega); Mary Chinery-Hesse (Ghana); Gareth Evans (Australia); David Hannay (Reino Unido); Enrique Iglesias (Uruguay); Amr Moussa (Egipto); Satish Namblar (India); Sadako Ogata (Japón); Yevgeny M. Primakov (Federación Rusa); Qian Qichen (China); Nafis Sadik (Pakistán); Salim Ahmed Salim (República Unida de Tanzania); Brent Scowcroft (Estados Unidos de América) y Joao Baena Soares (Brasil). El profesor Stephen Stedman de la Universidad de Stanford dirigió la investigación y recopiló el informe.

⁽¹²¹⁾ Cfr. Doc.: A/59/2005, de 21 de marzo de 2005.

⁽¹²²⁾ Cfr. párr. 183.

muchas veces estas normas y emplearon la fuerza militar literalmente cientos de veces ante un Consejo de Seguridad paralizado...»⁽¹²³⁾.

Pero el Grupo de Alto Nivel se hace eco de estas preocupaciones humanitarias reconociendo que «la Carta de las Naciones Unidas no es tan clara como podría cuando se trata de salvar vidas en situaciones de atrocidad masiva en un país». Evidentemente, esta situación ha traído como colación esos debates a los que acabamos de hacer mención, debates que reconoce el propio grupo al señalar que:

...durante mucho tiempo ha habido un debate en la comunidad internacional entre quienes insisten en el «derecho de intervenir» en catástrofes causadas por el hombre y quienes aducen que el Consejo de Seguridad, por más que el capítulo VII le confiera atribuciones para «mantener o restablecer la seguridad internacional», no puede autorizar medidas coercitivas contra estados soberanos por lo que ocurra dentro de sus fronteras⁽¹²⁴⁾.

Desde esta perspectiva, es lógico y normal que el Grupo de Alto Nivel se refiera al genocidio como un crimen de derecho internacional que los estados se comprometen a prevenir y a sancionar, tal y como está recogido en la Convención sobre la prevención y castigo del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948. Es más, constituye una amenaza para la seguridad de todos y no puede ser tolerado, por lo que el principio de no intervención en los asuntos internos no puede invocarse para cometer actos genocidas u otra clase de atrocidades, como violaciones graves y a gran escala del derecho internacional humanitario o la depuración étnica. El Grupo condena así implícitamente el genocidio de Ruanda, la depuración étnica en la antigua Yugoslavia, los actos en Darfur, las atrocidades de Somalia, etc., hechos ante los cuales la comunidad internacional miró hacia otro lado con cierta displicencia.

Desde esta perspectiva, si el *Informe de la comisión canadiense* previamente analizado recogía que de la práctica creciente de los estados, organizaciones regionales e incluso los precedentes sentados por el Consejo de Seguridad sugieren que «está apareciendo un principio rector»⁽¹²⁵⁾ que es la *responsabilidad de proteger*, el Grupo de Alto Nivel sigue estos pasos al afirmar lo siguiente:

⁽¹²³⁾ Cfr. párr. 186.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. párr. 199.

⁽¹²⁵⁾ «... pese a que aún no hay motivos suficientes para afirmar que haya surgido un nuevo principio en el derecho consuetudinario internacional, la práctica cada vez más frecuente de los estados y las organizaciones regionales, así como los precedentes sentados por el Consejo de Seguridad, sugieren que está apareciendo un principio rector que, en opinión de la Comisión, podría denominarse 'la responsabilidad de proteger'. Este nuevo principio consiste en que la intervención con fines de protección humana, incluida la intervención militar en casos extremos, es admisible cuando la población civil esté sufriendo o corra un peligro inminente de sufrir graves daños y el Estado correspondiente no pueda o no quiera atajarlos, o sea él mismo el responsable». Cfr., pp. 16-17, punto 2.24.

Existe un reconocimiento cada vez mayor de que el problema no es el «derecho de intervenir» de un estado sino la «obligación de proteger» que tienen todos los estados cuando se trata de seres humanos que sufren una catástrofe que se puede evitar, ya se trate de homicidios o violaciones en masa, de la depuración étnica mediante el terror y la expulsión por la fuerza, de matarlos deliberadamente de hambre o de exponerlos a enfermedades. Está cada vez más aceptado por otra parte que si bien incumbe a los Gobiernos soberanos la responsabilidad primordial de proteger a sus propios ciudadanos de catástrofes de esa índole, cuando no pueden o no quieren hacerlo es la comunidad internacional en general la que debe asumir esa responsabilidad, que comprende un proceso que va de la prevención y la respuesta a la violencia de ser necesaria a la reconstrucción de sociedades devastadas. Lo primordial debe ser ayudar a que se ponga término a la violencia, sea por conducto de la mediación o de otro mecanismo, y proteger a la población con medidas tales como el envío de misiones humanitarias, de derechos humanos o de policía. La fuerza, si hay que usarla, debe constituir un último recurso⁽¹²⁶⁾.

En realidad estas ideas no son nada novedosas, pues ya estaban presentes entre la doctrina que ha defendido la necesidad de intervenir cuando tengan lugar estos desastres humanitarios, doctrina entre la que nos encontramos. Corresponde a los Estados en primer lugar defender y proteger a sus ciudadanos, por supuesto; y si no lo hace, debe ser la comunidad internacional la que lo haga, sin olvidar que la fuerza siempre debe ser un último recurso. Esto es algo que siempre hemos defendido, señalando que correspondería en primer lugar al Consejo de Seguridad, como órgano encargado primordialmente de mantener la paz y la seguridad internacionales, adoptar las medidas pertinentes, inclusive las coercitivas. Y esto es lo que recoge el Grupo de Alto Nivel, al señalar que:

Aprobamos la norma que se está imponiendo en el sentido de que existe una responsabilidad internacional colectiva de proteger, que el Consejo de Seguridad puede ejercer autorizando la intervención militar como último recurso en caso de genocidio y otras matanzas en gran escala, de depuración étnica o de graves infracciones del derecho internacional humanitario que un Gobierno soberano no haya podido o no haya querido prevenir⁽¹²⁷⁾.

Estas ideas son plenamente compartidas por el secretario general en su informe de 2005, quien, en el fondo, no se aparta ni un ápice de ellas⁽¹²⁸⁾, salvo en lo siguiente: en efecto, si el *Informe del Grupo de Alto Nivel* habla, como hemos apuntado, de «autorizar o aprobar» una acción coercitiva armada en el contexto de una de esas crisis humanitarias, el *Informe del secretario general* habla para

⁽¹²⁶⁾ Ver párr. 201.

⁽¹²⁷⁾ Ver párr. 203.

⁽¹²⁸⁾ Ver párr. 126 y 135.

las mismas situaciones de «autorizar o ratificar». A este respecto, el profesor Gutiérrez España se pregunta:

Autorizar o ratificar: lo de «autorizar» está claro, el Consejo da luz verde y solo después los estados miembros pueden legalmente utilizar la fuerza armada; pero ¿y lo de «ratificar»? ¿Contempla el secretario general la hipótesis (que asumiría) de que el Consejo pueda «ratificar» un uso de la fuerza armada llevada a cabo por uno o varios estados no subsumible en el artículo 51 de la Carta ni autorizado por él previamente? Nada se aclara en el informe, pero los términos utilizados nos hacen pensar en la reflexión del Comité sobre Intervención y Soberanía de los Estados antes mencionado de que puede ser mejor para el buen orden internacional que una organización regional (o, por qué no, una coalición de estados) actúe primero y pida al Consejo de Seguridad autorización después que abstenerse de hacerlo mientras este permanece impasible ante las matanzas. ¿Admite, pues, el secretario general que en casos de amenazas latentes o de violación masiva de los derechos humanos se pueda, si se hace con cierto cuidado, disparar primero y pedir autorización (“ratificación») después? De ser así, si es que lo es, dicha posibilidad sería coherente con la conclusión a la que ha llegado un sector doctrinal⁽¹²⁹⁾.

60

Aunque todas estas ideas plasmadas en ambos informes nos han gustado, falta sin embargo algo importante que no ha podido escapar a los expertos del Grupo ni al secretario general, por lo que consideramos que es algo deseado y voluntario. En efecto, ¿qué ocurre «si el Consejo de Seguridad solo interviene tarde, mal y parcialmente o, lo que es peor, y hay también ejemplos sangrantes en la mente de todos, simplemente no actúa»?⁽¹³⁰⁾ ¿Qué ocurre si un estado miembro permanente veta la acción coercitiva del Consejo?

Pues bien, ninguno de los dos informes da una respuesta clara a estas cuestiones. Es cierto que el Grupo de Alto Nivel, cuando trata del Consejo de Seguridad y de su reforma, aborda tíbiamente el derecho de veto. Sin embargo, después de considerarlo como algo «anacrónico», pide «a los miembros permanentes que, a título individual, se comprometan a abstenerse de utilizar el veto en casos de genocidio y abusos en gran escala de los derechos humanos»⁽¹³¹⁾. Y como medida paliativa frente al veto propone «que se instituya un sistema de ‘voto indicativo’ en virtud del cual los miembros del Consejo de Seguridad podrían pedir una indicación pública de las posturas respecto de una decisión que se

⁽¹²⁹⁾ GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «Del uso de la fuerza en las relaciones internacionales (práctica versus jurisprudencia)», en: BLANC ALTEMIR, A. (ed.): El proceso de reforma de las Naciones Unidas, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 242-243.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «El ‘uso de la fuerza’ en los informes del Grupo de Alto Nivel (2004), del secretario general (2005)...», op. cit., nota 56, p. 40.

⁽¹³¹⁾ Ver párr. 256.

preventivas, los mecanismos de alerta o la diplomacia preventiva no siempre logran controlar la situación. Así las cosas, ¿qué se puede hacer si a pesar de que se adoptan todas esas medidas se siguen cometiendo las atrocidades (crímenes) que se consideran que deben ser protegidos bajo la figura de la responsabilidad de proteger? Desde esta perspectiva, nos parece evidente que la intervención armada no puede ser excluida y que la comunidad internacional debería adoptar las medidas adecuadas al respecto, es decir, el Consejo de Seguridad. Sin embargo, no siempre el Consejo de Seguridad logra ponerse de acuerdo, pues hay que tener presente el lastre que lleva consigo este órgano encargado primordialmente de mantener la paz y la seguridad internacionales, que es ni más ni menos el *derecho* de veto de los miembros permanentes, de forma que puede llegar el caso de que se estén cometiendo los precitados crímenes que caen bajo el amparo de la responsabilidad de proteger y la comunidad internacional institucionalizada no reaccione. En esta clase de situaciones, el autor de este trabajo ya ha defendido en numerosas ocasiones que esta situación no debería absolutamente impedir que uno o un grupo de estados pueda ejercer acciones armadas al amparo de la responsabilidad de proteger, como también ha señalado la ya citada comisión canadiense.

En efecto, lo primero que hay que señalar, dejando al margen la intervención de la OTAN en Kosovo en 1999 que se llevó a cabo sin autorización del Consejo de Seguridad, es que la práctica de este órgano no solo no es constante ni uniforme, sino confusa y difusa. Es más, el Consejo de Seguridad alude a la responsabilidad de proteger en muy pocas resoluciones⁽¹³⁷⁾ y sus referencias se limitan a recordar los párrafos 138-139 de la Cumbre Mundial de 2005. Por lo tanto, no se puede sostener que el Consejo de Seguridad haya tenido una actitud responsable al tratar esta cuestión, y al hilo de lo que ha sucedido en Libia y Siria en 2011 y 2012, tampoco el secretario general de la ONU. Es más, se podría decir también que no todos los Estados miembros del Consejo de Seguridad acuden a este concepto con objetividad e imparcialidad, como se ha visto en el caso de Libia y Siria y antes en Sudán. Y no solo es el caso de los miembros permanentes, porque Catar y el Líbano han sido muy activos en el caso libio para invocar la protección de la población civil (por supuesto, de los rebeldes) mientras que en el caso sirio el Líbano se ha estado oponiendo hasta cuanto ha podido a cualquier acción contra Siria.

Pero estas vicisitudes ya han estado presentes antes en el caso de Darfur, donde se han llevado a cabo durante años graves atrocidades que caen bajo el ámbito de acción de la responsabilidad de proteger. Es más, los Estados Unidos presentaron un proyecto de resolución en 2004 en donde se calificaban los hechos acaecidos en Darfur como genocidio ⁽¹³⁸⁾ con el fin de que se adoptaran

⁽¹³⁷⁾ Cfr., por ejemplo, las resoluciones 1674 (2006), de 28 de abril de 2006; 1706 (2006), de 31 de agosto de 2006, y la Resolución 1894 (2009), de 11 de noviembre de 2009, aparte de la Resolución 1973 (2011) en relación con Libia, así como el caso de Siria, que examinaremos después.

⁽¹³⁸⁾ Invocaban incluso el artículo 8 del Convenio sobre genocidio.

propusiera»⁽¹³²⁾. Pero si el *Informe del Grupo de Alto Nivel* es pobre sobre este tema, en el del secretario general esta propuesta desaparece. ¿Tiene miedo el secretario general a hablar del derecho de veto?

Tampoco cambiaría nada el *Documento Final de la Cumbre de jefes de Estado y de Gobierno de las Naciones Unidas*, de septiembre de 2005⁽¹³³⁾. Y es que en la Cumbre Mundial no hubo consenso sobre nada: ni sobre el *Informe de la comisión canadiense* ni sobre el contenido del *Informe del Grupo de Alto Nivel*. Es cierto que algunos estados africanos apoyaron el contenido de estos informes considerándolos como esenciales, pero otros como los Estados Unidos limitaron esa libertad de acción, mientras Rusia y China se oponían⁽¹³⁴⁾.

■ ¿QUÉ HA OCURRIDO DESPUÉS EN LA PRÁCTICA CON LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER TRAS ESTOS INFORMES?

Adoptados los informes y documentos previamente comentados, lo primero que conviene apuntar es que tanto a nivel teórico como en la práctica internacional el concepto de responsabilidad de proteger ha continuado estando presente. Sin embargo, a pesar de que comúnmente se invoca tanto por los estados, al menos por muchos de ellos, como por las organizaciones internacionales y por las ONG, lo cierto es que su puesta en escena, y a los hechos nos remitiremos después, se revela muy problemática. Y es que de nada sirve hacer grandes elucubraciones teóricas sobre ella si luego, al final del todo, se dice que es un concepto político y no jurídico⁽¹³⁵⁾. Desde esta perspectiva ni siquiera llega a considerarlo al menos como otros que hablan de «principio emergente del derecho internacional» o de «regla emergente»⁽¹³⁶⁾.

Es evidente que el recurso a la fuerza debe ser el último bastión al que hay que acudir pero que no debe ser excluido, ya que como se sabe las *medidas*

⁽¹³²⁾ Ver párr. 257. A este respecto, cfr. BERMEJO GARCÍA, R. y LÓPEZ-JACOISTE, E.: «La reforma institucional», *Anuario de Derecho Internacional*, 2005, pp. 3-12 y 99-172.

⁽¹³³⁾ Sobre este documento, cfr. Doc. A/60/L.1, de 15 de septiembre de 2005. Ver también GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «El uso de la fuerza en los informes del Grupo de Alto Nivel (2004), del secretario general (2005) y, a la postre, en el Documento final de la cumbre de jefes de Estado y de Gobierno (Naciones Unidas, Nueva York, septiembre de 2005)», op. cit., pp. 13-49.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. BELLAMY, A. J.: «The responsibility to protect and the problem of military intervention», op. cit., p. 626.

⁽¹³⁵⁾ Esto es precisamente lo que ha afirmado Edward Luck, asesor especial sobre la responsabilidad de proteger. Y es que, según él, este concepto se limita a una especie de llamada a la buena conciencia para que la población y los estados actúen ante las crisis humanitarias. A este respecto, cfr. LUCK, E.: «A response», *Global responsibility to protect*, 2010, vol. 2, p. 183.

⁽¹³⁶⁾ A este respecto, cfr. POLI, L.: «R21 as an emerging rule of international law and the opinion necessitatis of an accountable International Community», *La comunità internazionale*, vol. lxx, 2010, p. 592.

las medidas pertinentes para prevenir o reprimir tales actos. Como se sabe, sin embargo, tal proyecto de resolución nunca vio la luz por la amenaza de China a ejercer su derecho de veto, y la evolución posterior no ha cambiado sustancialmente los problemas existentes en la zona, aparte la intervención de la Corte Penal Internacional para enjuiciar al presidente Omar Al-Bashir y a otras tres personas⁽¹³⁹⁾. Ni que decir tiene que el conflicto de Darfur, hoy en día un poco olvidado por otros conflictos que suscitan más intereses, ha constituido un caso ejemplar para demostrar al mundo que se pueden cometer graves crímenes de todo tipo sin que la comunidad internacional adopte alguna medida eficaz para impedirlo⁽¹⁴⁰⁾. Esto demuestra claramente que para las Naciones Unidas la responsabilidad de proteger no constituye un elemento esencial de sus acciones a nivel internacional, sobre todo cuando se trata de adoptar medidas armadas. Pero lo mismo se puede decir de muchos estados miembros.

Pero es que no solo ha sido Darfur en donde las Naciones Unidas, con el Consejo de Seguridad al frente, no han ofrecido la respuesta que se podía esperar, sino también en la República Democrática del Congo. Otros muchos conflictos en África han sido también ignorados, como se sabe, sin que se pueda considerar que el conflicto de Costa de Marfil haya sido tratado de forma exitosa. Y cambiando de continente, ¿qué decir de Myanmar tras los ataques sistemáticos contra sus minorías étnicas?⁽¹⁴¹⁾. A pesar de que la situación fuera

⁽¹³⁹⁾ Las otras tres personas eran el líder miliciano Ali Muhammad Ali Abd-Al Rahman; el líder rebelde Bahr-I-driss Abu Garda y el ministro de Asuntos Humanitarios de Sudán, Ahmad Muhammad Harem. Para los cargos que pesan sobre ellos en la Corte Penal Internacional, cfr. *Warrant of arrest for Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman («Ali Kushayb»)*, ICC-02/05-01/07-3 (27 de abril de 2007), disponible en <http://www2.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc279860.PDF>; *Summons to appear for Bahr-I-driss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09, en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc68342.pdf> (última visita: 29 de sept. de 2010); *Warrant of arrest for Ahmad Muhammad Harun («Ahmad Harun»)*, ICC-02/05-01/07-2-Corr., en <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc279814.pdf> (última visita: 29 de sept. de 2010); *Trial Chamber's Decision on the prosecution's application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahamad Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09, en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf> (última visita: 29 de sept. de 2010). Para un estudio exhaustivo sobre Darfur y la responsabilidad de proteger, cfr. CHARITY, M. H.: «Criminalized state: the International Criminal Court, the responsibility to protect, and Darfur, Republic of Sudan», *Ohio Northern University Law Review* (Ohio NUL Rev.), 2011, n.º 37, pp. 67-110.

⁽¹⁴⁰⁾ A este respecto, ver para más detalles CERVELL HORTAL, M. J.: *Naciones Unidas, derecho internacional y Darfur*, Comares, Granada, 2010, pp. 132 y ss.; de la misma autora, «Paz y seguridad: ¿palabras huecas para África?», en: LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E. (coord.): *Seguridad, defensa y desarrollo en el contexto internacional actual*, Eunsa, Pamplona, 2010, pp. 82-110.

⁽¹⁴¹⁾ Sobre esta cuestión, cfr. ESTEVE MOLTÓ, J. E.: «La inacción del Consejo de Seguridad ante la amenaza a la paz y seguridad internacionales: el caso de Birmania», *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2010, pp. 111-141. En torno a esta situación, el Prof. Esteve Moltó señala lo siguiente: «El llamamiento del secretario general de las Naciones Unidas y las condenas por violaciones de derechos humanos como consecuencia del desastre humanitario no doblegaron la voluntad del Gobierno birmano. Es más, junto al bloqueo de la asistencia humanitaria, se acreditaron con posterioridad casos de robos de parte de esa ayuda por miembros de la Junta Militar. Ante la magnitud de este desastre, la presión de las Naciones Unidas careció de eficacia e inmediatez, a pesar de que todos estos hechos ya se podían

tan grave en Birmania, el Consejo de Seguridad no logró adoptar ninguna resolución al respecto, ni siquiera para declarar que esa situación constituía una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales, cosa que ha hecho en otras muchas situaciones similares. Es más, han sido varios los informes relativos a la situación de derechos humanos en este país que han venido denunciando la inacción del Consejo de Seguridad a pesar de la grave situación⁽¹⁴²⁾.

- *La responsabilidad de proteger y el conflicto libio*

No cabe duda, sin embargo, que en materia de responsabilidad de proteger, el reciente caso libio puede ser un antes y un después para esta figura, ya que como se sabe la Resolución 1973, de 17 de marzo de 2011, se refiere a la responsabilidad de proteger en su preámbulo, aunque no en el dispositivo. Esto no es óbice para tener que reconocer que el sello de la intervención ha sido reconocido como que se actuaba invocando esta figura, y a ella se han referido en numerosas ocasiones los líderes de los países intervinientes, así como algunos representantes de las Naciones Unidas⁽¹⁴³⁾.

En nuestra opinión, y a la luz de cómo se desarrollaron las actividades militares y los acontecimientos, lo primero que hay que subrayar es que tal y como se adoptó la Resolución 1973, y sobre todo tal y como se ha aplicado, ya se puede decir que responsabilidad de proteger sí, pero no así. Y es que no es ni lógico ni normal que una intervención con estos objetivos se enquistase sobre el terreno, pues su eficacia va a depender de la rapidez con que se lleven a cabo las operaciones⁽¹⁴⁴⁾. Así las cosas no es extraño que las víctimas de todo tipo se hayan incrementado a pasos agigantados tras la intervención, desencadenándose una guerra sin control y cruel. Claro, si los intervinientes

calificar de crímenes contra la humanidad, tal y como se recoge en el artículo 7 (1) (k) del Estatuto de Roma. Así pues, en el caso de Birmania, las reiteradas resoluciones del Consejo de Derechos Humanos, del Consejo Económico y Social y de los llamamientos del secretario general de las Naciones Unidas que han expresado su preocupación por dicha situación han tenido una muy limitada repercusión en la realidad del país». Cfr. pp. 132-133.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. DLA PIPER, R. y GRAY, C.: *Threat to peace: a call for the UN Security Council to act in Burma*, 20 de septiembre de 2005; e *International Human Rights Clinic.*, Harvard Law School: *Crimes in Burma*, Cambridge, mayo de 2009.

⁽¹⁴³⁾ Sobre la intervención en Libia, el Anuario Español de Derecho Internacional de 2011 ha publicado una sección especial con artículos de Bermejo, Gutiérrez Espada, Cervell Hortal, López-Jacoiste, Oliva Martínez y Echeverría Jesús, con unas conclusiones finales de Bermejo y Gutiérrez Espada. Sobre esta intervención, ver además ARTEAGA, F.: «La OTAN en Libia», ARI, 110/2011, de 21 de julio de 2011, y MANGAS MARTÍN, A.: «La autorización del uso de la fuerza en Libia», ARI, 57/2011, de 21 de marzo de 2011. Estos dos trabajos se han publicado antes de que se terminara la intervención. Ver también el trabajo de DOMESTICIA-MET, M. J.: «Protecting in Libya on behalf of the International Community», *Goettingen Journal of International Law*, 2011, n.º 3, pp. 861-989, quien se muestra bastante de acuerdo sobre cómo se ha llevado a cabo la intervención.

⁽¹⁴⁴⁾ La Resolución 1973 prohíbe la ocupación terrestre, aunque desde el 4 de junio de 2011 los países intervinientes empezaron a usar helicópteros para atacar objetivos como vehículos militares, equipamiento militar y fuerzas terrestres, lo que plantea también cuestiones de legalidad en torno a su uso. Cfr. Agence France Press, de 4 de junio de 2011.

toman partido, aunque sea de una forma discreta o medio secreta, por una de las partes, el principio de responsabilidad de proteger pierde su esencia por mucho que se le disfraza de retórica aludiendo a la protección de la población civil. Esto ha ocurrido con el rearme a los rebeldes, con bombardeos en apoyo de las fuerzas rebeldes y con las voces, casi de todos los intervinientes, diciendo que Gadafi debe abandonar el poder como condición *sine qua non* para cualquier acuerdo, cuando el propio secretario general había señalado que la Resolución 1973 no tenía por objetivo expreso el cambio de régimen. Así las cosas, no es extraño que incluso en los Estados Unidos haya habido un importante sector que no solo ha dudado de la legitimidad de la intervención, como en algunos países europeos de la OTAN, sino también de su legalidad. Y es que hemos asistido a una intervención hipócrita elevada al cubo. Por eso precisamente no se puede justificar la intervención y aprobarla solo porque el Consejo de Seguridad haya decidido en una calenturienta sesión intervenir en Libia para hacer una cosa cuando a todas luces se ha hecho otra.

Pero al margen de esta cuestión, pronto se vio que las fuerzas de la coalición utilizaron el mandato de la ONU para apartarse de los fines y objetivos previstos en dicha resolución al tomar abiertamente partido por el bando rebelde. Y es que, como se ha apuntado, en vez de contentarse con proteger la población civil de la ciudad de Bengasi, la intervención pronto se dirigió hacia el derrocamiento de un Gobierno⁽¹⁴⁵⁾ al apoyar abiertamente a las fuerzas rebeldes, aprovisionándoles además de armas y asesores militares⁽¹⁴⁶⁾.

Ante estos hechos hoy conocidos, algunos no han dudado en afirmar que la «responsabilidad de proteger ha muerto en Libia», como Cornelio Sommaruga, presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja entre 1987 y 1999, quien piensa que los países de la coalición que han intervenido en Libia, al poner a la operación un objetivo político, el derrocamiento del coronel Muammar Al-Gadafi, han comprometido para siempre la credibilidad de este concepto humanitario⁽¹⁴⁷⁾. Y es que todo apunta a que cuando se adoptó la resolución 1973 (2011) ya se estaba pensando en el derrocamiento del régimen gadafista, utilizando como coartada aquel concepto. Esto que acabamos de apuntar se vislumbra ya en los discursos del primer ministro británico, David Cameron, en la Cámara de los Comunes del 18 de marzo de 2011, en donde insistía en el hecho de que la intervención en Libia no estaba justificada solo por el imperativo moral de poner fin a una crisis humanitaria, sino también por causas de interés nacional como el riesgo de tener en las fronteras de Europa un estado

⁽¹⁴⁵⁾ La fecha crítica a partir de la cual se da ya abiertamente este cambio rotundo de rumbo se podría situar en la Conferencia de Londres de 29 de marzo de 2011, a la que asiste como invitado el Consejo Nacional de Transición, aunque a título de observador (vid. Pascal Boniface). <http://pascalbonifaceaffairesstrategiques.blogs.nouvelos.com/archive/2011/03/30/res>.

⁽¹⁴⁶⁾ A este respecto, cfr. Le Monde, sección «cultures et idées», p. 5, de 27 de septiembre de 2011, artículo cuyo título es «Réguler pingérence».

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. [françois-d-alançon.blogs.la.croix.com/...responsabilite de protéger...libye/.../12/](http://françois-d-alançon.blogs.la.croix.com/...responsabilite%20de%20protéger...libye/.../12/).

paria, fuente de inestabilidad, la presión migratoria de millares de libios que huían del país y la amenaza terrorista, recordando así el caso Lockerbie⁽¹⁴⁸⁾.

Conviene apuntar que no todos se han mostrado tan negativos en torno a este conflicto. Por ejemplo, la profesora Marie-José Domestici-Met considera al respect que

... at first glance, the outcome seems positive. Tribal membership has not –at least for the time being– fuelled the ‘long, long war’ Gaddafi promised on 20 March. The endangered Benghazi is safe and victorious. Moreover, the success lies in the very composition of the Security Council when it adopted the resolution (1). But equally interesting is the outcome of the ‘timely response’, which has –up to now– proven to be more political than humanitarian in nature (2)»⁽¹⁴⁹⁾. Sin embargo, esta misma autora, que parece seguir en gran medida las ideas que sobre el conflicto ha defendido a ultranza el filósofo e ideólogo francés Bernard-Henry Lévy, se muestra más reticente a la hora de hablar de los efectos que en el futuro tendrá esta intervención, y se pregunta: «In any case, this remains the first UN-mandated military reaction to protect a population threatened by its government. Will this example guide the next case? Or does its analysis presage difficulties with finding an exact repeat?»⁽¹⁵⁰⁾.

66

Estas preguntas se las hace después de reconocer que los objetivos de los países intervinientes cambiaron rápidamente de los estrictamente humanitarios al derrocamiento de Gadafi⁽¹⁵¹⁾.

Por lo demás, tal y como se ha desarrollado la guerra en Libia, lo primero que conviene apuntar es que no solo no ha sido clara, sino que ha sido una «guerra sucia». Y es que no solo las fuerzas del régimen cometieron abusos, torturas o crímenes, sino también los rebeldes como lo han puesto de manifiesto varias organizaciones humanitarias. Y es que las detenciones arbitrarias y la tortura de miembros de las fuerzas gadafistas y de sus seguidores, especialmente de los soldados de color, han estado al orden del día.

Por otro lado, como se sabe, el 20 de octubre de 2011 el coronel Gadafi murió, como siempre había dicho, en su país. Las fuerzas de la coalición bombardearon

⁽¹⁴⁸⁾ Para más detalles, cfr. VILMER, J. B.: «Intervention en Libye: ni droit d'ingérence, ni désintéressement», en [http://cienciayartes.wordpress.com/2011/03/28/intervention-en-libye-ni-droit-d%E2%25... \(05/10/2011\)](http://cienciayartes.wordpress.com/2011/03/28/intervention-en-libye-ni-droit-d%E2%25...).

⁽¹⁴⁹⁾ De esta autora, cfr. «Protecting in Libya on behalf of the International Community», op. cit., p. 874.

⁽¹⁵⁰⁾ *Ibid*, p. 876.

⁽¹⁵¹⁾ Esta autora se refiere exactamente a lo que nosotros ya hemos apuntado, citando en su nota 56 la referencia siguiente: N. Sarkozy, B. Obama & D. Cameron, «Sarkozy, Obama, Cameron: 'Kadhafi doit partir'» (14 de abril de 2011) disponible en <http://www.lefigaro.fr/international/2011/04/14/01003-20110414ARTFIG00772-sarkozy-obama-cameron-kadhafi-doit-partir-php> (última visita: 31 de diciembre de 2011).

el convoy en el que Gadafi huía de su ciudad natal, Sirte, dejándolo herido, siendo detenido y ejecutado sumariamente unas dos horas después con un tiro en la sien... ¿por los rebeldes? Un crimen de guerra que ¿la Corte Penal Internacional investigará...? Las imágenes de su linchamiento dieron la vuelta al mundo. La OTAN ha intervenido, por lo tanto, en Libia hasta en la muerte física misma del Coronel, mientras la ONU estaba en el limbo... y parece que la Corte Penal Internacional también. Ante un crimen de guerra de este tipo, que ha dado la vuelta al mundo casi en directo, ¿se puede guardar tanto silencio?

- *La responsabilidad de proteger y la crisis siria*

Evidentemente, la llamada «primavera árabe» iba a tener su repercusión en Siria, y como en otros países árabes el elemento islamista iba a estar desde el principio muy presente⁽¹⁵²⁾. En efecto, como se sabe, al mismo tiempo que se desató el conflicto armado interno en Libia, en Siria se fue gestando un frente de oposición al régimen de Bashar Al-Assad que desde el principio fue reprimido con dureza. Conviene apuntar, sin embargo, que los opositores al régimen sirio distaban mucho de ser unos meros reivindicadores de libertades, a pesar de que como es sabido Siria haya sido gobernada con mano de hierro durante décadas. Es cierto que el conflicto árabe-israelí había encubierto en parte esta realidad, pero no es menos cierto que, como en Libia, la dureza y la falta de libertades del régimen no habían supuesto graves problemas de conciencia en las potencias occidentales, e incluso cuando en muchos foros se decía que Israel era la única auténtica democracia del Oriente Medio uno encontraba en general enfrente a estos que ahora parece que apoyan a los grupos opositores o rebeldes.

Dicho esto, la crisis siria ha ido siguiendo el mismo patrón que hemos visto en Libia, aunque en este caso tanto el Gobierno sirio como Rusia y China, países que le apoyan, ya estaban advertidos. Ha habido sin embargo una diferencia que no conviene ignorar y es que los opositores nunca han dispuesto, hasta el momento, de una zona completamente liberada, algo que ocurrió rápidamente en Libia.

Así las cosas, si nos centramos ahora en los efectos de la mala aplicación del concepto de responsabilidad de proteger en Libia, conviene subrayar que estos no se han hecho esperar. Y es que incluso antes de la muerte de Gadafi Rusia y China ya vetaron el proyecto de resolución de condena al régimen sirio presentado por los países europeos y los Estados Unidos en el consejo de Seguridad el 5 de octubre de 2011⁽¹⁵³⁾. Y ello pese a que el proyecto de

⁽¹⁵²⁾ Sobre estos precedentes históricos, cfr. RUIZ MIGUEL, C.: «Rebelión en Siria: ¿en la encrucijada o hacia el precipicio?», *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2011, pp. 243 y ss.

⁽¹⁵³⁾ Sobre estos aspectos, cfr. BLANC ALTEMIR, A.: «La comunidad internacional ante la llamada Primavera Árabe», en GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M. J.: *Nosotros y el islam*, Ed. Diego Marín, Murcia, 2012, pp. 80 y ss.

resolución había incluido una serie de precauciones para impedir que pudiera interpretarse como un primer paso para una futura intervención militar. Así pues, las esperanzas que tenían tanto Estados Unidos como Francia y el Reino Unido de que Rusia optase por la abstención como hicieron Brasil, India, Líbano y Sudáfrica se desvanecieron. ¿Han sacado pues sus conclusiones Rusia y China de la lección libia? La respuesta a esta pregunta parece ser positiva, al margen de las diferencias estratégicas y políticas que existen entre un caso y otro.

En efecto, como se sabe, el conflicto en Siria ha ido de mal en peor⁽¹⁵⁴⁾ y hay abundantes datos, tanto respecto a las fuerzas gubernamentales como de los opositores o rebeldes, de graves violaciones de los derechos humanos. Desde esta perspectiva, conviene apuntar que ya el 3 de agosto de 2011, el presidente del Consejo de Seguridad adoptó una declaración⁽¹⁵⁵⁾ en la que se insta a las autoridades sirias a respetar completamente los derechos humanos y a cumplir con las obligaciones que impone el derecho internacional, al mismo tiempo que reafirma la soberanía, la independencia y la integridad territorial de Siria, así como que la actual crisis en Siria solo puede resolverse a través de un proceso político que incluya las principales y legítimas aspiraciones de la población. Pide, además, como no podría ser de otra manera, que se alivie la situación humanitaria en las zonas más críticas dejando de recurrir al uso de la fuerza contra las ciudades de dichas zonas y que se permita el acceso de las agencias y trabajadores humanitarios. Sin embargo, sorprende, como señala la profesora Domestici-Met, que no se aluda expresamente a la «responsabilidad de proteger»⁽¹⁵⁶⁾ y a nosotros también nos sorprende que la representante libanesa, Carolina Ziade, se alejara de las ideas expuestas por el presidente del Consejo de Seguridad, señalando que dicha declaración no ayudaba a resolver la actual situación en Siria⁽¹⁵⁷⁾. Así las cosas, no

⁽¹⁵⁴⁾ Sobre el conflicto en Siria, cfr. RUIZ MIGUEL, C.: «Rebelión en Siria: ¿en la encrucijada o hacia el precipicio?», op. cit., pp. 243-268. Respecto a la posición de la UE y del Gobierno español en este conflicto, el autor señala lo siguiente: «La posición de la UE, a mi juicio, es una posición irreflexiva. En primer lugar, llama la atención, a mi juicio, que se hayan adoptado una serie de sanciones, graves, contra el Gobierno sirio sin que previamente se haya enviado una misión de investigación sobre los hechos para determinar todas las responsabilidades existentes en relación con el uso injustificado de la violencia. Además, en segundo lugar, y relacionado con lo anterior, es notorio que las decisiones de la UE no se dirigen contra los sujetos o Gobiernos que facilitan armas a los rebeldes o contra los rebeldes que usan la violencia. Ello transmite un mensaje, a mi juicio, muy peligroso que no es otro que el de avalar el uso de la violencia por los rebeldes islamistas. Por lo demás, la posición de la UE, y la del Gobierno español, no incide, en ningún momento, en la necesidad de respetar los derechos de las minorías en el país, algo que contrasta con la política de España y de Francia en la zona en el pasado».

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. Doc. S/PRST/2011/1C.

⁽¹⁵⁶⁾ De esta autora, cfr.: «Protecting in Libya on behalf of the International Community», op. cit., pp. 879-880.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. Doc. SC/10352, de 3 de agosto de 2011, en donde se afirma: «Following the reading of that statement, Carolina Ziade of Lebanon disassociated her country from it, saying the text did not help to address the current situation in Syria. She stressed the interconnec-

se entiende que el Líbano jugara un papel activo en el caso libio y ahora quiera esconderse en el caso sirio, a no ser que esté practicando ante la comunidad internacional esa actitud tantas veces mencionada y condenada del doble rasero, aunque en este caso agravada dada la contemporaneidad de ambos conflictos. Dos semanas más tarde de la declaración del presidente del Consejo de Seguridad, concretamente el 18 de agosto de 2011, la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navy Pillay, mencionó la responsabilidad de proteger en relación con el caso sirio, recordando que si un Estado no protege a su población de los crímenes internacionales que se están cometiendo, la comunidad internacional «has the responsibility to step in by taking protective action in a collective, timely and decisive manner»⁽¹⁵⁸⁾. Desde entonces, la citada alta comisionada se ha referido al caso sirio recordando, directa o indirectamente, la responsabilidad de proteger en numerosas ocasiones.

Dicho esto, lo que conviene poner de relieve también es que la Liga Árabe, que mantuvo un calmoso silencio mientras se ocupaba de Libia, al hilo de los acontecimientos y presionada por los países occidentales empezó a adoptar varias iniciativas para encontrar una salida política a la crisis, aunque sin definir y precisar unos resultados concretos. Su tardío activismo en esta crisis se debe a varios factores, todos ellos importantes e interrelacionados, aunque el más esencial, el de los derechos humanos, sea quizás el que menos le interese, como apunta al respecto Salam Kawakibi en los siguientes términos:

Su sorprendente activismo se debe probablemente a una combinación de factores: el tema de que el eco de los acontecimientos alcance a los regímenes de los países miembros; el afán por vigilar los acontecimientos para evitar el indeseable descontrol; la reacción personalizada frente al comportamiento oficial sirio, juzgado de irrespetuoso ante los influyentes líderes de la región, y el subsiguiente deseo de ajustar cuentas; la desestabilización regional; el temor a las agitaciones sociales y, por fin, el anhelo disimulado por encontrar una salida que permita al régimen acometer reformas parciales manteniendo el poder o una parte importante del mismo.

¿Y los derechos humanos? ¿Y las vidas inocentes? Es poco probable que dichas cuestiones hayan sido evocadas con seriedad por este organismo⁽¹⁵⁹⁾.

tedness of the two countries and said that the Lebanese people stood in support of the sovereignty and territorial integrity of Syria and the unity and safety of its people. She expressed regret over the loss of life and gave condolences to victims, and she hoped that reforms announced by the Syrian authorities would lead to progress and prosperity».

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the situation of human rights in the Syrian Arab Republic, iv. «Recommendations», párrafo 92.

⁽¹⁵⁹⁾ De este autor, cfr. «Siria: una crisis sin fin ni respuesta internacional», Política Exterior, mayo/junio 2012, p. 78.

Pero al margen de estas consideraciones que acabamos de apuntar, lo cierto es que a partir de noviembre de 2011⁽¹⁶⁰⁾, y después de una mediación para aplicar un plan de paz que Siria no implementaría, la Liga Árabe suspende a Siria de la organización el 12 de noviembre de 2011, como hizo exactamente con Libia el 3 de marzo, mientras que el 27 de noviembre adoptaba sanciones⁽¹⁶¹⁾ amenazando al mismo tiempo con llevar el asunto sirio a las Naciones Unidas.

Desde entonces, la crisis siria ha seguido su camino sin que nada ni nadie haya podido poner coto al agravamiento de la situación. Y es que la creación del Consejo Nacional Sirio, puesto en marcha en octubre de 2011 aunque su creación fue anunciada en Estambul el 23 de agosto de 2011, no ha facilitado las cosas, negándose sistemáticamente cualquier propuesta de creación de un Gobierno de unidad o de un Gobierno transitorio con los dirigentes del régimen sirio ya que piden que su presidente Al-Assad deje el poder, idea a la que se han sumado, de forma sistemática, también dirigentes occidentales liderados por Hillary Clinton, entre ellos nuestro ministro de Asuntos Exteriores García Margallo⁽¹⁶²⁾. Por otro lado, el plan de Kofi Annan, enviado especial a la zona, también ha fracasado, y no ha dudado en culpar a la comunidad internacional de la actual situación en Siria⁽¹⁶³⁾.

Pero si todo esto ha fallado por el momento, tampoco han tenido éxito las distintas iniciativas y propuestas que se han llevado a cabo en el seno del Consejo de Seguridad, bien sea para incrementar las sanciones contra el régimen sirio bien para amenazar con medidas coercitivas de carácter militar. A este respecto, todas las propuestas y proyectos de resolución que se han barajado han encontrado en Rusia y China una oposición contundente, señalando que no van a tolerar en Siria lo que se hizo en Libia. Para estos dos países, la crisis siria solo puede resolverse sin ninguna injerencia exterior y mediante el diálogo político⁽¹⁶⁴⁾. En este callejón sin salida está por el momento

⁽¹⁶⁰⁾ Gadafi muere el 20 de octubre.

⁽¹⁶¹⁾ A este respecto, cfr. Arab League Res. 7442, de 27 de noviembre, en <http://www.openbriefing.org/regionaldesks/middleeast/resolution7442/>.

⁽¹⁶²⁾ La salida del poder del presidente sirio ha sido recordada el 6 de julio de 2012 en París durante la tercera reunión de los Países Amigos de Siria, que son cerca de un centenar. En esta ocasión, el presidente francés ha dicho que «la caída de Al-Assad es ineluctable», y que «debe marcharse porque eso es lo que quiere su pueblo». Por su parte, Hillary Clinton ha dicho de China y Rusia que «están bloqueando los progresos. Esto ya no es tolerable». Y es que estos dos países piden que se forme un Gobierno de transición que incluya a dirigentes del actual régimen y de la oposición. Cfr. http://internacional.elpais.com/internacional/2012/07/06/actualidad/1241564162_664..._06/07/2012.

⁽¹⁶³⁾ Cfr. <http://www.larazon.es/noticia/581-annan-responsabiliza-a-la-comunidad-internacional...> (30/06/2012).

⁽¹⁶⁴⁾ Este es un aspecto que subraya también el enviado especial Kofi Annan cuando dice: «Este es un problema sirio, con orígenes sirios y la principal responsabilidad para resolverlo recae en los sirios. Pero la comunidad internacional, particularmente las potencias en esta sala, tiene un papel de apoyo esencial. Unidos podéis ayudar a crear las condiciones que permitirían a los sirios crear su propia solución política. Pero si estáis divididos, las posibilidades de este resultado disminuyen». *Ibid.*

la situación, acusándose Rusia y los Estados Unidos de apoyar al Gobierno sirio y a los opositores, respectivamente, algo que cada vez es más obvio. Y es que cada vez hay más datos de que los opositores no solo luchan contra el régimen de Bashar Al-Assad para obtener las libertades que todos conocemos, sino que tienen también otros intereses que distan mucho de ser democráticos. Si a esto añadimos los riesgos que generaría para toda la zona una intervención a la libia en Siria, con Irán y Turquía expectantes y vigilantes, es fácil comprender que el caso sirio es y será distinto al libio. Esto no quiere decir que no se pueda lograr un acuerdo en un momento dado que permita una salida airosa al régimen, pero pretender una intervención militar como en Libia no está por el momento en la agenda ni rusa ni china. Tendrían que cambiar todavía mucho las cosas para que la situación variara.

Esta es la situación actualmente sobre el terreno, sin que se pueda predecir en absoluto qué es lo que pueda ocurrir en la zona. Tras su nombramiento como nuevo enviado especial, el Sr. Lakhdar Brahimi, un experto muy rodado en estas cuestiones como todo el mundo sabe, ya declaró que su misión era imposible pero que haría todo lo que estuviera en sus manos para llegar a una solución negociada. Este pesimismo mostrado por el argelino Brahimi es sumamente realista y muestra las dificultades reinantes sobre el terreno a la hora de encontrar una eventual solución. Tampoco conviene olvidar a este respecto las últimas declaraciones hechas por el emir de Catar, Cheikh Hamad ben Khalifa al-Thani, y recogidas rápidamente por el diario ginebrino *Tribune de Genève* en su redacción digital el día 23 de octubre de 2012, según las cuales no ha dudado en solicitar en la Asamblea General de las Naciones Unidas una intervención militar en Siria por parte de los países árabes con el fin de poner fin a lo que el propio secretario general de las Naciones Unidas ha calificado de «desastre regional con implicaciones mundiales». Como se sabe, el emir de Catar apoya a los grupos rebeldes al régimen sirio, y ha recordado el precedente de la intervención que se llevó a cabo en Líbano en 1976 precisamente por la Liga Árabe para poder poner fin a la guerra libanesa. En esta ocasión unos 30.000 soldados, mayoritariamente sirios, se desplegaron en Líbano en octubre del 1976 para evitar la continua sangría que estaba causando la guerra civil libanesa.

No queremos terminar estos comentarios sin señalar el comportamiento ejemplar israelí durante toda la crisis siria, manteniéndose el país hebreo en una auténtica neutralidad a pesar de que tiene mucho que decir tanto desde el punto de vista militar como político. Y es que se diga lo que se diga, Siria sería un pequeño desayuno militar para las fuerzas del Tsahal, aunque Israel, como es obvio, no se fía tampoco de los opositores, por mucho que algunos piensen que Israel se frotaría las manos si desaparece el régimen sirio. Las cosas en la zona no son tan fáciles como algunos las pintan, y mucho menos si para esa zona se utilizan los parámetros occidentales de forma ingenua. Y es que, como ha ocurrido en Libia, la democracia no siempre se puede imponer a golpe de

cañonazos en estos países, salvo que se adopten unas medidas que los mismos países que las propugnan no están dispuestos a adoptar, como en el caso libio. Si a esto añadimos que muchas potencias occidentales se acuerdan de los derechos humanos cuando están en juego sus intereses o creen que lo están, tenemos todos los ingredientes para que la «responsabilidad de proteger», tal y como se está aplicando, se convierta en una especie de arma arrojadiza en la que el remedio es peor que la enfermedad.

■ CONCLUSIÓN

No parece que la nueva figura de la «responsabilidad de proteger» haya supuesto un gran progreso en relación con la denominada «intervención humanitaria», compartiendo ambas los mismos fundamentos. Es más, se podría decir incluso que ha supuesto un cierto retroceso, sobre todo a partir del *Informe del Grupo de Alto Nivel*, al restringir el recurso a dicha figura en caso de reacción armada a la estricta aprobación del Consejo de Seguridad. Se han recortado, pues, los supuestos excepcionales a los que hacía alusión el *Informe de la comisión canadiense*, que abría la espita, llegado el caso, a una intervención unilateral siempre y cuando se reunieran los elementos objetivos de la intervención armada y el Consejo de Seguridad no lograra aprobar una resolución al respecto. Como se sabe este es un viejo tema que se ha tratado en varias ocasiones y desde diferentes perspectivas, pero en el que seguimos sin que se haya encontrado una respuesta para derribar esa muralla.

Así las cosas, es fácil comprender el callejón sin salida en el que nos encontramos, pues si miramos la práctica reciente, salvo en el caso de Libia, en el que se ha intervenido en torno a esta figura a pesar de que no esté recogida expresamente en el dispositivo de la Resolución 1973 del Consejo de Seguridad –aunque sí en el preámbulo–, en todos los otros conflictos, y son bastantes, no se ha podido intervenir. Y es que aquellas críticas que se hacían a la intervención humanitaria en las que se recalca una y otra vez el doble rasero se han agravado considerablemente después de 2005, como se puede demostrar con Sudán, Birmania, República Democrática del Congo y actualmente Libia y Siria.

El caso sirio es revelador, pues ha habido muchas más víctimas que en Libia desarrollándose el conflicto casi en paralelo, y todavía la comunidad internacional sigue sin dar una respuesta seria a la grave crisis humanitaria que padece... Y es que si se invoca la «responsabilidad de proteger» como una especie de chivo expiatorio para que se nos perdonen los pecados cometidos, mal camino hemos elegido.

En esta situación, cabe preguntarse ahora si se pueden examinar nuevas propuestas que eviten acciones como la de Libia, y ver qué se puede hacer

en casos como el de Siria. Lo primero que habría que recalcar es que tanto la «intervención humanitaria» como la «responsabilidad de proteger» no tienen como misión derrocar un régimen para poner otro peor. Por otro lado, tanto una como otra solo pueden llevarse a cabo en el marco de los fines y métodos previstos para estas intervenciones. Sin embargo, uno de los aspectos que continúa dando quebraderos de cabeza es el denominado doble rasero, al intervenir en un caso determinado como el de Libia y no en otro similar como el de Siria. Y es que si se parte de la premisa de que tiene que ser el Consejo de Seguridad el que como representante de esa comunidad internacional tiene que autorizar forzosamente la operación, los inconvenientes son enormes a causa de una muy posible paralización por el derecho de veto, que es lo que ha sucedido en Siria. Este es el meollo de la cuestión, y por eso nos hemos pronunciado a favor de los principios asumidos por la comisión canadiense en caso de que el Consejo de Seguridad se paralice. En nuestra opinión, el hecho de que el *Informe del Grupo de Alto Nivel* de diciembre de 2004 y posteriormente el *Informe del secretario general* de marzo de 2005 no hayan seguido hasta el final los pasos dados por la comisión canadiense ha dejado el concepto de «responsabilidad de proteger» muy anquilosado.

■ BIBLIOGRAFÍA

ALIBERT, Ch.: *Du droit de se faire justice dans la société internationale de puis 1945*, LGDJ, París, 1983.

ARONEAU, F.: «La guerre internationale d'intervention pour cause d'humanité», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1942-2, pp. 178 y ss.

ARTEAGA, F.: «La OTAN en Libia», *ARI*, 110/2011.

BARCIA TRELLES, C.: «Francisco de Vitoria et l'école moderne du droit international», *RCADI*, 1927-II, pp. 109-342.

BAZYLER, M. J.: «Reexamining the doctrine of humanitarian intervention in light of the atrocities in Kampuchea and Ethiopia», *Stanford Journal of International Law*, 1987, pp. 547-619.

BEHUNIAK, E.: «The law of unilateral humanitarian intervention by armed force: a legal survey», *Military Law Review*, 1978, p. 158.

BERMEJO GARCÍA, R.: *El marco jurídico internacional en materia de uso de la fuerza: ambigüedades y límite*, Civitas, 1993.

“El genocidio de Ruanda diez años después: una vergüenza para la comunidad internacional a la luz del principio de la responsabilidad de proteger», en *El derecho internacional: normas, hechos y valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, Universidad Complutense, 2005, pp. 265-286.

BERMEJO GARCÍA, R. y GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *La disolución de Yugoslavia*, Eunsa, Pamplona, 2007.

BERMEJO GARCÍA, R. y LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E.: «El uso de la fuerza a la luz de los conflictos recientes: análisis de los informes *del Grupo de Alto Nivel (2-XII-2004)* y *del secretario general (21-III-2005)*», en Ramón Chornet, C. (coord.): *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2006.

BEYERLIN, U.: «Humanitarian intervention», in Bernhardt, R. (ed.): *Encyclopedia of public international law*, Amsterdam, North-Holand Publishing Company, 1982, T-3.

CERVELL HORTAL, M. J.: *Naciones Unidas, derecho internacional y Darfur*, Comares, Granada, 2010.

DOCUMENTO A/59/565: *Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio.*

DOMESTICI-MET, M. J.: «Protecting in Libya on behalf of the International Community», *Goettingen Journal of International Law*, 2011, n.º 3, pp. 861-989.

ESCUADERO ESPINOSA, F.: *La intervención humanitaria y el derecho internacional*, tesis de doctorado, Universidad de León, 2001.

ESTEVE MOLTÓ, J. E.: «La inacción del Consejo de Seguridad ante la amenaza a la paz y seguridad internacionales: el caso de Birmania», *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2010.

FAIRLEY, S. H.: «State actors, humanitarian intervention and international law, reopening Pandora's box», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1980, pp. 29-63.

FOCARELLI, C.: «The responsibility to protect doctrine and humanitarian intervention: too many ambiguities for a working doctrine», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 13, 2, 2008, pp. 191-213.

FONTEYNE, J. P.: «The customary international law doctrine of humanitarian intervention: its current validity under the UN Charter», *California Western International Law Journal*, 1974, pp. 205 y ss.

FRANZKE, H. G.: «Die militärische Abwehr von Angriffen auf Staatsangehörigeim Ausland-ins besonde reihre Zu lass keit nach der Satzung der Vereinten Nationen», *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliche Recht*, 1996, pp. 128-175.

GREEN, L.C.: «Rescue at Entebbe. Legal aspects», *Israel Yearbook of Human Rights*, 1967.

HUTCHINSON, M. R.: «Restoring hope: UN Security Council resolutions for Somalia and an expanded doctrine of humanitarian intervention», *Harvard Int'l L. J.* 34, 1993, pp. 624-640.

JHABVALA, F.: «Unilateral humanitarian intervention and international law», *Indian Journal of International Law*, 1981, pp. 208-230.

LILLICH, R. B.: «Forcible self-help by states to protect human rights», *Iowa Law Review*, 1967, p. 325.

- LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E.: «La responsabilidad de proteger: reflexiones sobre sus fundamentos y articulación», *Anuario de Derecho Internacional*, 2008, pp. 285-315.
- MOUTON, J. D.: «La crise rwandaise de 1994 et les Nations Unies», *AFDI*, 1994, pp. 214-242.
- NAFZIGER, J. A.: «Self-determination and humanitarian intervention in a community of power», *Denver Journal of International Law and Policy*, 1991, pp. 9-40.
- PAUER, A.: *Die humanitäre intervention. Militärische und wirtschaftliche Zwangs mass nahmen zur Gewährleistung der Menschenrechte*, Basel, Helbin&Lichtenhahn, 1985.
- PITTARD, E.: *La protection des nationaux à l'étranger*, París, tesis de doctorado, 1986.
- RAMÓN CHORNET, C.: *¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria en derecho internacional*. Ed. Trotta, 1995.
- REISMAN, M.: «Humanitarian intervention to protect the ibos», en: LILLICH, R. B. (ed.): *Humanitarian intervention and the United Nations*, pp. 167-195.
- RONZITTI, N.: *Rescuing nationals abroad through military coercion and intervention on grounds of humanity*, Dordrecht, Nijhoff, 1985.
- ROUGIER, A.: «La théorie de l'intervention d'humanité», *RGDIP*, 1910, n.º 4.
- RUIZ MIGUEL, C.: «Rebelión en Siria: ¿en la encrucijada o hacia el precipicio?», *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2011, pp. 243-268.
- SCHUTTER DE B.: «Humanitarian intervention, a United Nations task», *California Western International Law Journal*, 1972, pp. 27-31.
- SCOTT, B. J.: *The Spanish origin of international law*. Part I: «Francisco de Vitoria and his Law of Nations», Londres, 1934.
- TESON, F. R.: *Humanitarian intervention: an inquiry into law and morality*, New York, Dobbs Ferry Transnational Publishers Inc., 1988.
- WISEBERG, L. S.: «Humanitarian intervention, lessons from the Nigerian Civil War», *Revue des droits de l'homme*, 1974, pp. 61-98.
- YEZI, Ch.: *L'intervention humanitaire dans la pratique internationale*. Tesis de doctorado (3.º ciclo), Universidad de Bordeaux I, 1972.
-

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CRIMEN DE AGRESIÓN COMO AMENAZA A LA SEGURIDAD GLOBAL

Carmen Quesada Alcalá ⁽¹⁾

RESUMEN

La agresión de un estado contra otro ocupa un papel principal en el análisis de la seguridad nacional y, yendo más allá, en el de la seguridad global. En este sentido, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se ha ocupado de criminalizar la agresión a efectos de la responsabilidad penal internacional del individuo. La primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma tuvo lugar en Kampala (Uganda) en 2010, y la definición y condiciones de procedibilidad del crimen de agresión constituyeron una de las principales cuestiones de la agenda, y la más problemática. El problema principal radicaba en las relaciones entre el Consejo de Seguridad y la CPI en relación con la determinación de la existencia de la agresión. Otra de las cuestiones que se plantea es la referente a la complementariedad de la Corte con los tribunales nacionales, lo que hará necesario la reforma de los códigos penales internos para incorporar el crimen de agresión. La inclusión de este crimen en nuestro código penal también se revela como un elemento necesario.

Palabras clave:

Seguridad global, Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, Conferencia de Revisión, crimen de agresión, Consejo de Seguridad, responsabilidad penal internacional del individuo.

⁽¹⁾ La autora ha formado parte de la delegación de España en las reuniones intersesionesales del Grupo de Trabajo sobre la definición del crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional durante los años 2004, 2005 y 2006. Asimismo ha formado parte de la delegación de España en el cuarto período de sesiones, en el quinto período de sesiones, en la continuación del quinto período de sesiones y en el sexto período de sesiones de la Asamblea de Estados Partes de la Corte Penal Internacional. Las opiniones recogidas en este trabajo son exclusivamente personales.

ABSTRACT

The aggression by one state against another state plays a central role in the analysis of national security, and in the global security. In this sense, the Rome Statute of the International Criminal Court criminalizes aggression for the purposes of international criminal responsibility of the individual. At the first Review Conference of the Rome Statute held in Kampala (Uganda) in 2010, the definition and conditions to proceed of the crime of aggression constituted one of the main issues on the agenda, and the most problematic issue. The major problems with respect to this crime are the relations between the Security Council and the ICC for the determination of the existence of aggression. Another issue that arises is the Court's complementarity with national courts, which will require the reform of domestic criminal codes to include the crime of aggression. The inclusion of this crime in our penal code also arises as a necessary element.

Key words:

Global Security, International Criminal Court, Rome Statute, Review Conference, crime of aggression, Security Council, international criminal responsibility of individuals.

■ INTRODUCCIÓN

Siguiendo a Orozco⁽¹⁾, el término de «seguridad nacional» contiene una referencia directa a la integridad del Estado, y es invocado para referirse a la protección del Estado frente a la agresión exterior y frente a movimientos internos que lo puedan poner en peligro. En este sentido, la agresión de un Estado contra otro Estado ocupa un papel principal en el análisis de la seguridad nacional y, yendo más allá, en el de la seguridad global.

Sin embargo, llama la atención, tal y como señala Remiro Brotons⁽²⁾, que en el *Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio*⁽³⁾ de 2004 no se menciona ni una sola vez la palabra «agresión», a pesar de la extensión del informe. En la misma línea, tan solo se menciona en una ocasión el término de «agresión» en el *Informe del secretario general* de un año después titulado «Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos»⁽⁴⁾.

Las escasas menciones en el ámbito de las Naciones Unidas a la agresión y las reticencias del Consejo de Seguridad para calificar la existencia de una agresión no nos impiden afirmar la importancia de la cuestión en el ámbito de la seguridad. De hecho, la agresión no solo permite desencadenar una acción de la organización mencionada a través del propio Consejo de Seguridad, con el fin de restablecer la paz y seguridad internacionales, sino que genera una doble responsabilidad internacional, la del Estado y la del individuo.

Es en este último aspecto en el que nos vamos a centrar, el referente a la responsabilidad penal internacional del individuo y el camino hacia la definición y tipificación del crimen de agresión, ligado a la Corte Penal Internacional (CPI). La ubicación del crimen de agresión entre uno de los crímenes de la competencia de la Corte trajo consigo la necesidad de configurar los perfiles jurídicos de esta figura a efectos de determinar ante este tribunal la responsabilidad penal internacional del individuo que hubiera cometido dicho crimen. Sin embargo, las aportaciones de la Corte a la definición del crimen de agresión y de la responsabilidad individual derivada de su comisión van más allá del marco estricto de actuación de dicho tribunal internacional y podemos

(1) OROZCO, Gabriel: «El concepto de la seguridad en la teoría de las relaciones internacionales», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n.º 72, 2006, pp. 161-180, en particular pp 3 y ss.

(2) REMIRO BROTONS, Antonio: «Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo», *Documento de Trabajo*, n.º 10, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, Junio, 2005, pp. 1-2.

(3) *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*, UN Doc. A/59/565, 2 de diciembre de 2004.

(4) ANNAN, Kofi: *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*, UN Doc. A/59/2005, 31 de marzo de 2005, párr.19.

afirmar hoy ya que el crimen de agresión ha ido paulatinamente encontrando su sitio en el derecho internacional penal⁽⁵⁾.

En este trabajo comenzaremos examinando cuál ha sido el itinerario de la tipificación internacional del crimen de agresión y de la determinación de las condiciones de procedibilidad, poniendo de manifiesto que se ha tratado de un camino no exento de dificultades. La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional celebrada en Kampala en el 2010 será objeto de atención prioritaria, puesto que ha constituido un hito en la conformación del tipo penal del crimen de agresión y de las condiciones para que la Corte pueda conocer del mismo. Pero dicha conferencia no es sino el resultado de un largo recorrido, que también será examinado, amén de la propia dinámica de la Conferencia, lo que explicaría el resultado de la misma.

El resultado de la Conferencia de Kampala será analizado comenzando por la propia definición de la agresión y los elementos de los crímenes, continuando por la responsabilidad penal del individuo, dados los perfiles en ocasiones ambiguos de este crimen de líderes, y finalizando por el examen del papel del Consejo de Seguridad y las condiciones de procedibilidad que permitan que la Corte conozca de un asunto referente a un crimen de agresión.

Igualmente, veremos cómo en la Conferencia se pusieron las bases para que la CPI enjuicie a un responsable de agresión, pero siempre supeditando la entrada en vigor de la definición del crimen de agresión y de las condiciones mencionadas a un sistema de enmiendas del Estatuto de Roma que nos permitirá situarnos en el marco de las perspectivas de futuro. Pero no podíamos trabajar sobre la agresión sin finalizar haciendo una referencia expresa a la tipificación interna del crimen de agresión, habida cuenta de que el principio de complementariedad inspira las relaciones de la Corte con los tribunales nacionales. En este sentido, nos aventuraremos a extraer una serie de conclusiones en torno a una cuestión interna que se deriva del proceso anteriormente mencionado y que se sitúa en íntima conexión con la seguridad: la reforma del código penal español para incluir el crimen de agresión.

■ EL ITINERARIO DE LA TIPIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL CRIMEN DE AGRESIÓN: UN CAMINO NO EXENTO DE DIFICULTADES

■ El camino hacia la Conferencia de Revisión de Kampala: el «proceso de Princeton»

El punto de partida para la Conferencia de Revisión se sitúa en la propia Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Roma (1998), en la que se

⁽⁵⁾ Sobre la evolución del crimen de agresión en el marco del derecho internacional general y del derecho internacional penal, ver: OROZCO TORRES, Luis Ernesto: «La criminalización de las guerras de agresión», *Revista Española de Relaciones Internacionales*, n.º 3, 2011, pp. 223-249.

adopta el Estatuto de la Corte Penal Internacional⁽⁶⁾ (en adelante ER). Dicho estatuto se adopta de forma prácticamente «milagrosa» gracias a la adopción por consenso de un paquete de disposiciones, una de las cuales hacía referencia a que el crimen de agresión era objeto de competencia de la Corte pero la misma no podría ejercer su jurisdicción sobre este crimen hasta que fuera definido en una Conferencia de Revisión del Estatuto en 2009⁽⁷⁾. De esta manera, se salva el desacuerdo entre aquellos que apostaban por la restricción de la definición del crimen de agresión y su sumisión a la jurisdicción de la Corte previo control del Consejo de Seguridad y los que partían de una definición amplia de dicho crimen⁽⁸⁾ sin interferencias de órganos políticos⁽⁹⁾.

La Resolución F contenida en el Acta Final de la Conferencia de Roma incluyó en el mandato de la Comisión Preparatoria la elaboración de propuestas referentes a la definición del crimen de agresión, la elaboración de los «elementos del crimen» y las condiciones de ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre el mismo (llamadas también «condiciones de procedibilidad»), con el fin de someterlas a la Conferencia de Revisión a celebrarse a los siete años de entrada en vigor del Estatuto. Para el cumplimiento de este mandato, la Comisión Preparatoria estableció, en su primer período de sesiones, un grupo de trabajo sobre el crimen de agresión.

Se optó pues de cara a la celebración de dicha Conferencia de Revisión, que finalmente se celebró en Kampala en junio de 2010, por la constitución de un grupo de trabajo que permitiera la elaboración de una serie de documentos que sirvieran de base para dicha conferencia, al tiempo que se permitía «trabajar» el consenso de modo progresivo. El Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión inició su tarea en 2003 y la finalizó en la continuación del séptimo período de sesiones de la AEP, que tuvo lugar del 19 al 23 de enero de 2009⁽¹⁰⁾, aproximadamente unos 12 meses antes de la celebración de la Conferencia.

⁽⁶⁾ NU Doc. A/CONF.183/9, 17 de Julio de 1998, y corregido por los procesos verbales de 10 de noviembre de 1998, 12 de Julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 16 de enero de 2001 y 17 de enero de 2001 (entró en vigor el 1 de julio de 2002).

⁽⁷⁾ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: «Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad y crimen de agresión: un equilibrio difícil e inestable», en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (ed.): *El derecho internacional en los albores del siglo xxi, homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Trotta, 2002, pp. 243-264.

⁽⁸⁾ REMIRO BROTONS, Antonio: «El crimen de agresión en el Estatuto de la CPI revisado: nascetur ridiculus mus», en CARDONA LLORENS, Jorge, PUEYO LOSA, Jorge, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis y SOBRINO HEREDIA, José Manuel (eds.), y AZNAR GÓMEZ, Mariano (coord.): *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, tomo i, 2012, pp. 1115-1129, en particular p. 1115.

⁽⁹⁾ Muy interesante es en este sentido las críticas a la independencia de la Corte Penal Internacional, puesta en peligro por el resultado de Kampala en: VON BRAUN, Leoniey y MICUS, Annelen: «Judicial independence at risk. Critical issues regarding the crime of aggression raised by selected human rights organizations», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, marzo de 2012, pp. 111-132.

⁽¹⁰⁾ Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, anexo i, ICC-ASP/7/SWGC/2, 20 de febrero de 2009.

El resultado de la Conferencia de Revisión no es posible contemplarlo sino a la luz del trabajo previo desarrollado en Princeton y de los métodos de trabajo de dicho grupo, el llamado «proceso de Princeton»⁽¹¹⁾. De hecho, a lo largo de los distintos períodos de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes, el Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión se había venido encargando de recopilar distintas propuestas en torno a la definición del crimen de agresión y a sus condiciones de procedibilidad, a fin de remitir sus conclusiones a la mencionada Conferencia de Revisión⁽¹²⁾.

Para el cumplimiento de sus funciones, dicho grupo de trabajo funcionó desde septiembre de 2003 no solo en el formato de reuniones oficiales, sino también en el de reuniones oficiosas entre períodos de sesiones celebradas en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, en la Universidad de Princeton⁽¹³⁾. Estas reuniones oficiosas, junto con la celebración de una

⁽¹¹⁾ Sobre este proceso, ver BARRIGA, Stefan, DANSPECKGRUBER, Wolfgang y WE-NAWESER, Christian (eds.): *The Princeton process on the crime of aggression*, Lynne Rienner Publishers, 2009. Vertambién BARRIGA, Stefan: «Against the odds: the results of the Special Working Group on the Crime of Aggression», en BELLELLI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing, Farnham, Burlington, 2010, pp. 621-640.

⁽¹²⁾ Para un examen exhaustivo de la tarea desarrollada por el Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, ver: <http://www.icc-cpi.int/asp/aspaggression.html>.

⁽¹³⁾ Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosas entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey (Estados Unidos de América) del 21 al 23 de junio de 2004, ICC/ASP/3/SWGCA/INF.1; Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosas entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey (Estados Unidos de América) del 13 al 15 de junio de 2005, ICC-ASP/4/32, anexo ii; Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosas entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey (Estados Unidos de América) del 8 al 11 de junio de 2006, ICC-ASP/5/SWGCA/INF.1; Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosas entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey (Estados Unidos de América) del 11 al 14 de junio de 2007, ICC-ASP/6/SWGCA/INF.1; Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosas entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey (Estados Unidos de América) del 2 al 6 de junio de 2008, ICC-ASP/6/20, add.1, anexo ii; Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosas entre períodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, acogida por el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, en el Club Princeton, Nueva York (Estados Unidos de América) del 8 al 10 de junio de 2009, ICC-ASP/8/INF.2.

serie de conferencias académicas⁽¹⁴⁾, permitió avanzar más rápidamente sin el obstáculo de las posiciones políticas de los estados, aunque al final dichas posturas se habrían de ver enfrentadas en la Conferencia de Kampala.

Los problemas subyacentes a la disparidad de posiciones hacían referencia no solo a la definición del tipo penal, sino también a su integración en el sistema de normas competenciales del Estatuto de Roma. Pero, sin duda, la mayor dificultad estribaba en lograr la compatibilidad del ER con la Carta de las Naciones Unidas⁽¹⁵⁾, habida cuenta de la responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad respecto del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales⁽¹⁶⁾.

Un proyecto de enmiendas al Estatuto de Roma contenido en el informe final del Grupo de Trabajo llegó a Kampala⁽¹⁷⁾. Conforme a dicho proyecto, las enmiendas se concretaban en la introducción de tres disposiciones en el Estatuto, el art. 8 bis, el 25.3 bis y el 15 bis (finalmente, hubo un art. 15 bis y 15 ter), y las correspondientes enmiendas a las disposiciones del ER relacionadas, así como a los *Elementos de los crímenes*.

Sin embargo, tal y como veremos a continuación, las principales dificultades se plantearon en cuanto a las llamadas «condiciones de procedibilidad», que Escobar Hernández⁽¹⁸⁾ define como «las condiciones previas que deben cumplirse para que la CPI pueda ejercer su jurisdicción sobre el crimen de agresión». En definitiva, los problemas se plantean en referencia a la relación entre la Corte y el Consejo de Seguridad por tratarse de un crimen que conecta

⁽¹⁴⁾ En particular, destacamos: Torino Conference on International Criminal Justice, celebrada en mayo de 2007 en Turín; Symposium on the Crime of Aggression, celebrado en septiembre de 2008, en la Case Western Reserve University School of Law, en Cleveland (Ohio). El resultado de ambos eventos académicos se puede seguir en BELLELLI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing, Farnham, Burlington, 2010; y en *Case Western Reserve Journal of International Law*, n.º 41, 2009, pp. 267-467.

⁽¹⁵⁾ VAL, Fernando: «Criminalizar la agresión: una cita en Kampala», en AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, Fernando y PEÑARANDA ALGAR, Julio (comps.): *Actas de las I Jornadas de Estudios de Seguridad de la Comunidad de Estudios de Seguridad General Gutiérrez Mellado*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, UNED, 2009, pp. 519-539.

⁽¹⁶⁾ No podemos olvidar una serie de disposiciones relevantes de la Carta de las Naciones Unidas, en particular con los artículos 1.1, 10, 11, 12, 14, 24, 39 y 103, así como el art. 5.2 del Estatuto de Roma. En este sentido, constatamos que el Consejo de Seguridad tiene la responsabilidad «primordial» (que no exclusiva) en relación con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, al tiempo que a él le corresponde la determinación de la existencia de un acto de agresión, de conformidad con el capítulo vii de la Carta.

⁽¹⁷⁾ ICC-ASP/7/SWGCA/2, 20 de febrero de 2009, Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, anexo i.

⁽¹⁸⁾ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: «Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad y crimen de agresión: un equilibrio difícil e inestable», en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (ed.): *El derecho internacional en los albores del siglo xxi, homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Trotta, 2002, p. 248.

con cuestiones íntimas relacionadas con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

■ Breve aproximación a la dinámica de la Conferencia de Revisión

Finalmente, y de acuerdo con la decisión adoptada por la Asamblea en su octavo período de sesiones⁽¹⁹⁾, la Conferencia de Revisión se celebró en Kampala (Uganda) del 31 de mayo al 11 de junio de 2010. Mientras la primera semana de trabajo fue dedicada al debate general, el trabajo de la segunda semana se centró en el crimen de agresión⁽²⁰⁾. Vamos a desmenuzar brevemente cuáles fueron las principales posturas que se pusieron de manifiesto en dicha conferencia, puesto que solo tras el análisis de los mismos podremos comprender el resultado de Kampala.

La discusión sobre el crimen de agresión en Kampala fue objeto de muchos años de trabajo preparatorio, pero la cuestión que flotaba en el aire era si se trataba del momento político adecuado para conseguir el consenso. A este respecto, ciertos estados poseían posiciones encontradas. Para algunos miembros permanentes del Consejo de Seguridad, como los Estados Unidos, era conveniente postergar la discusión sobre el crimen de agresión; para otros, era el tiempo de adoptar una decisión. Sin embargo, algunos miembros permanentes del Consejo, en este caso también miembros de la UE como Francia y Reino Unido, consideraron, conforme avanzaba la Conferencia, que habían de ceder en su apuesta por la determinación previa por parte del Consejo de Seguridad de la existencia de un acto de agresión⁽²¹⁾.

En cuanto a los métodos de trabajo⁽²²⁾, el presidente presentó un documento de sala que tenía por objeto facilitar el trabajo pendiente en lo relativo al crimen

⁽¹⁹⁾ Documentos oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, octavo período de sesiones, La Haya, 18 a 26 de noviembre de 2009 (ICC-ASP/8/20), vol. i, parte ii, ICC-ASP/8/Res.6, párr. 2.

⁽²⁰⁾ MARSCHNER, Laura y OLMA, Isabelle: «The First Review Conference of the International Criminal Court», *Zeitschrift für Internationale Strafrechts dogmatic*, www.zis-online.com. Ver también RUYSS, T.: «Defining the crime of aggression: the Kampala consensus», Working Paper, n.º 57, January 2011, pp. 1-35.

⁽²¹⁾ Sin embargo, ambos países pusieron de manifiesto, con sus respectivas declaraciones, que no habían querido romper el consenso pero que conservaban su opinión sobre el papel prioritario que había de conservar el Consejo de Seguridad en la determinación de un acto de agresión. Ver: Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010, Documentos Oficiales (Docs. RC/11). Declaraciones formuladas por los estados partes en explicación de su posición antes de la aprobación de la Resolución RC/Res.6 sobre el crimen de agresión. Declaración de Francia, p. 137, y declaración de Reino Unido, p. 139.

⁽²²⁾ Sobre los métodos de trabajo y la dinámica de la Conferencia de Revisión, ver VAN SCHAACK, Beth: «Negotiating at the interface of power&law: the crime of aggression», <http://intlwgrrls.blogspot.com/search/label/Crime%20of%20aggression%20series>. Ver también: KREB, Claus y VON HOLTZENDORFF, Leonie: «The Kampala compromise on the crime of aggression», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 8, 2010, pp. 1179-1217.

de agresión. El documento contenía una propuesta de proyecto de resultados para la Conferencia de Revisión sobre el crimen de agresión que incluía los siguientes elementos: a) el proyecto de resolución de habilitación sobre el crimen de agresión, con la incorporación de un breve preámbulo y párrafos dispositivos adicionales; b) proyectos de enmiendas al Estatuto de Roma en lo tocante al crimen de agresión; c) proyectos de enmiendas a los *Elementos de los crímenes*, y d) proyectos de entendimientos respecto de la interpretación de las enmiendas. Todos estos textos se habían considerado anteriormente en el contexto del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión y de la Asamblea de los Estados Partes.

Desde el principio, resultó obvio que la adopción de una definición conforme a la resolución 3314 no iba a suponer mayores problemas, mientras que la cuestión más delicada iba a ser la relativa al posible ejercicio de la competencia por la propia CPI, con o sin previa autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares⁽²³⁾, en defecto de una decisión previa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

El núcleo de las discusiones se centraba, pues, en el papel del Consejo de Seguridad, órgano político con responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, en relación con la determinación de un crimen, a efectos de su posterior justiciabilidad ante un órgano judicial independiente e imparcial. La cuestión delicada era si se podía enjuiciar un crimen de agresión por la CPI en defecto de un pronunciamiento del Consejo, habida cuenta del respeto a su papel otorgado por la propia Carta de las Naciones Unidas, tratado que prevalece sobre cualquier otro (artículo 103 de la Carta).

De este modo, en el curso de las negociaciones se introdujeron nuevas propuestas⁽²⁴⁾, todas ellas con el propósito de «diluir» los problemas suscitados

⁽²³⁾ Sobre los documentos manejados en la Conferencia de Revisión, ver: RC/Res.6, Le crime d'agression, adoptée à la treizième séance plénière, le 11 juin 2010, par consensus; Rapport du groupe de travail sur le crime d'agression, Doc. RC/11, anexo iii; Projet de résolution: le crime d'agression, Doc. RC/DC/2; Projet de résolution: le crime d'agression (Revision), Doc. RC/DC/; Projet de résolution présenté par le président de la Conférence de Révision: Le crime d'agression, Doc. RC/10; anexo iii; Eléments d'interprétation concernant les amendements au Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale relatifs au crime d'agression (Doc. RC/10/Add.1); Rapport du groupe de travail sur le crime d'agression, Doc. RC/5; Document de séance relatif au crime d'agression, anexo iii; Eléments d'interprétation concernant les amendements relatifs au crime d'agression au Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, Doc. RC/7; Document de séance relatif au crime d'agression, anexo iii; Ententes concernat les amendements au Statut de Rome de la Cour Pénale International portant sur le crime d'agression, Doc. RC/8; Document de séance relatif au crime d'agression, Doc. RC/WGCA/1; Document de séance relatif au crime d'agression, Doc. RC/WGCA/1/Rev.1; Document de séance relative au crime d'agression, Doc. RC/WGCA/1/Rev.2; Document officiel du président: autres element d'une solution concernant le crime d'agression, Doc. RC/WGCA/2; Projet de rapport du groupe de travail sur le crime d'agression, Doc. RC/WGCA/.

⁽²⁴⁾ Para realizar un seguimiento diario de la Conferencia de Revisión, ver SCHABAS, William: «The ICC Review Conference: Kampala 2010,» 2010, <http://iccreviewconference.blogspot>.

por la relación Consejo de Seguridad-Corte Penal Internacional en relación con el crimen de agresión. Son destacables dos de ellas. La primera (formulada el 6 de junio de 2010) provenía de Argentina, Brasil y Suiza (la llamada «propuesta ABS»⁽²⁵⁾). Esta proposición establecía las modalidades para la entrada en vigor de la enmienda: un año después de la ratificación por un número específico de estados partes, la Corte tendría inmediata jurisdicción sobre los crímenes derivados de la remisión por parte del Consejo de Seguridad; una vez se obtuviera la ratificación de los 7/8 de los estados partes, también sería posible el ejercicio de dicha jurisdicción en relación con remisiones de situaciones realizadas por los estados e investigaciones *motu proprio*.

La propuesta ABS tenía como ventaja desplazar el objeto de atención de la autorización del Consejo de Seguridad a otras cuestiones relativas a la adopción y entrada en vigor de las enmiendas, aunque el nudo gordiano seguía estribando en el órgano político de la ONU y su papel respecto de este crimen de líderes. En cambio, dicha proposición trajo consigo un efecto beneficioso, puesto que se tomó en cuenta en el posterior borrador la distinción entre las dos situaciones referentes a la remisión por parte del Consejo de Seguridad y del Estado.

El día 8 de junio, Canadá reaccionó presentando una propuesta llamada «menu approach»⁽²⁶⁾, que precisaba del consentimiento del estado víctima y del estado agresor como condiciones de procedibilidad. Se hacía respetar, así, el consentimiento estatal, siempre que no se hubiera producido la determinación previa del acto de agresión por el Consejo de Seguridad. Esta propuesta no hacía sino adoptar el modelo del art. 121.5 ER⁽²⁷⁾ con un «entendimiento negativo» (cuestión que será examinada posteriormente) en el seno de un mecanismo de *opting in* para los supuestos en que el Consejo de Seguridad no hubiera concluido previamente la existencia de un acto de agresión. Esta opción era, obviamente, la más respetuosa con el régimen jurisdiccional basado en el consentimiento de los estados.

Finalmente, la tarde del 9 de junio, las negociaciones dieron lugar a una declaración conjunta, denominada «ABCS Non-Paper»⁽²⁸⁾. Este «Non-Paper»

com/ (visitado el 27 de junio de 2010).

⁽²⁵⁾ Texto oficioso presentado por las delegaciones de la Argentina, Brasil y Suiza el 6 de junio de 2010 (Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010, Documentos Oficiales (Docs. RC/11). Apéndice v, pp. 75-76).

⁽²⁶⁾ Texto oficioso presentado por la delegación de Canadá el 8 de junio de 2010 (Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010, Documentos Oficiales [Docs. RC/11]. Apéndice v, p. 77).

⁽²⁷⁾ «Las enmiendas a los artículos 5, 6, 7 y 8 del presente Estatuto entrarán en vigor únicamente respecto de los estados partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación. La Corte no ejercerá su competencia respecto de un crimen comprendido en la enmienda cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un estado parte que no haya aceptado la enmienda».

⁽²⁸⁾ Declaration (Draft of 9 June 2010, 16:00 h). Ver KREB, Claus y VON HOLTZENDORFF, Leonie: «The Kampala compromise on the crime of aggression», *Journal of International Cri-*

partía de la idea de que el crimen de agresión estaba sujeto a la aplicación del art. 12 ER, con dos precisiones importantes: la primera, que todo estado parte tendría el derecho de *opt out*; la segunda, que la Corte no debía poder ejercer su jurisdicción sobre crímenes cometidos por nacionales o en el territorio de estados no partes. Sería una fórmula de compromiso que, partiendo del art. 12 del ER, proyecta los nexos jurisdiccionales de esta disposición sobre el art. 121.4 ER⁽²⁹⁾. Al mismo tiempo, se completaba con una cláusula de activación para el ejercicio de la jurisdicción por la Corte referente a los cinco años que habrían de pasar después de la entrada en vigor de este artículo para cualquier estado parte.

El presidente de la Asamblea de Estados Partes elaboró un borrador que contenía elementos de las variadas propuestas planteadas⁽³⁰⁾. En general, las posturas eran las siguientes⁽³¹⁾: por un lado, los estados africanos apostaban por una persecución del crimen de agresión alejada del Consejo de Seguridad y de los riesgos de politización. Esta postura era seguida por los estados latinoamericanos. Por su parte, los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Estados Unidos, Francia, Reino Unido, China, y la Federación Rusa), temerosos de perder el veto en este supuesto, se mostraban, de forma más o menos explícita, contrarios a una incorporación absoluta y sin condiciones del crimen de agresión al ER, puesto que esto repercutía en el papel otorgado por el instrumento constitutivo de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad.

Por su parte, los norteamericanos hicieron hincapié en la necesidad de realizar una interpretación correcta y ajustada al tenor de la ley, de modo que se adoptaron una serie de «entendimientos»⁽³²⁾ sobre las características, sentido y alcance tanto del crimen de agresión como de sus condiciones de procedibilidad⁽³³⁾. Sin embargo, tal y como demuestra su declaración, se mostraron satisfechos con el principio de que cualquier decisión relativa a la posibilidad de establecer condiciones de ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión se tomara después del 1 de enero de 2017⁽³⁴⁾. En definitiva, se postergaba en

minal Justice, n.º 8, 2010, pp. 1203-1204.

⁽²⁹⁾ «Salvo lo dispuesto en el párrafo 5, toda enmienda entrará en vigor respecto de los estados partes un año después de que los siete octavos de estos hayan depositado en poder del secretario general de las Naciones Unidas sus instrumentos de ratificación o de adhesión».

⁽³⁰⁾ Ver: «Proyecto de resolución: el crimen de agresión» (Doc. RC/WGCA/1/Rev.2).

⁽³¹⁾ FERNÁNDEZ- TRESGUERRES, José Antonio: «La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo-11 de junio de 2010», Documentos de Opinión del IJEE n.º 10/2010, septiembre 2010.

⁽³²⁾ Sobre el estatus de los entendimientos, ver HELLER, Kevin John: «The uncertain legal status of the aggression understandings», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, 2012, pp. 229-248.

⁽³³⁾ Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo iii, «Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión».

⁽³⁴⁾ Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010, Documentos Oficiales (Docs. RC/11). Declaraciones

el tiempo la decisión definitiva en relación con la agresión, lo que avalaba la postura inicial de este país.

Tras una serie de reuniones informales entre las distintas delegaciones y los presidentes del Grupo de Trabajo y de la Asamblea, príncipe Zeid y Christian Wenaweser, se consiguieron dos «Non-paper» para los días 10 y 11 de junio. La cuestión principal era si en ausencia de la previa determinación del acto de agresión por el Consejo de Seguridad el fiscal podría continuar con su investigación y si los estados de Francia y Reino Unido cederían al respecto.

Finalmente, los dos miembros permanentes del Consejo de Seguridad pero también miembros de la Unión Europea cedieron y el compromiso pasó por el establecimiento de dos regímenes diferentes, dependiendo de si se había activado la jurisdicción de la Corte por parte del estado o del Consejo de Seguridad (art. 15 bis y art. 15 ter), así como por la adopción de un mecanismo que permitiría la adopción y entrada en vigor de las enmiendas en un momento ulterior y con una gran sujeción al consentimiento estatal.

Cuando el presidente pidió la palabra en relación con el consenso, tan solo Japón intervino, en la línea de la declaración anexionada a los documentos de la Conferencia⁽³⁵⁾ al señalar que si bien tenía serias dudas sobre las amenazas de las enmiendas a la integridad del Estatuto no rompería el consenso. Si dichas enmiendas constituyen una verdadera amenaza al Estatuto de Roma y su integridad será una cuestión a analizar a continuación, con el fin de evaluar no solo el resultado de Kampala sino las perspectivas de futuro en referencia al enjuiciamiento concreto y real por parte de la CPI de una persona acusada por un crimen de agresión.

■ EL RESULTADO DE KAMPALA Y LAS PERSPECTIVAS DE FUTURO

■ La definición del crimen de agresión y el acto de agresión

Finalmente, en Kampala se configura un tipo penal que se incluye en el art. 8 bis del ER⁽³⁶⁾. En cuanto a la definición del «crimen de agresión», se vincula, en el párrafo 2.º de esta disposición, a la comisión de un «acto de agresión». La definición conseguida para la agresión posee, así, tres aspectos dignos de ser destacados: la conducta del estado (el acto de agresión), la conducta individual (el crimen *stricto sensu*) y las condiciones de procedibilidad (relación

formuladas por los estados partes en explicación de su posición antes de la aprobación de la Resolución RC/Res.6 sobre el crimen de agresión. Declaración de Japón, pp. 141-142.

⁽³⁵⁾ Ibidem, p. 140.

⁽³⁶⁾ Ver artículo 8 bis, párr. 2.º, relativo al crimen de agresión (Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo i).

entre la Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad a efectos de la determinación del acto de agresión y del crimen de agresión).

Comenzando por la vinculación del «crimen de agresión» a la comisión de un «acto de agresión» (art. 8 bis, párr. 2.º), hemos de señalar que la definición del acto responde a la establecida en la Resolución 3314 (XXIX). Con todo, la identificación con la Resolución 3314 no es absoluta como veremos a continuación porque, de seguirse una línea restrictiva de interpretación, permitiría, tal y como señala Rodríguez Villasante⁽³⁷⁾, la impunidad de formas modernas de agresión como la guerra cibernética, las demostraciones navales, la delegación de vuelos militares o el empleo de aviones de combate no tripulados con fines de información, entre otras.

La modulación de la referencia a dicha resolución viene de la mano del listado de actos que aparecen a continuación y que reproduce el art. 3 de esta misma resolución⁽³⁸⁾. La ventaja con esta fórmula, por un lado, es que se define el acto de agresión de acuerdo con un parámetro interpretativo garantista, y por otro, que se evita la aplicación del art. 4 de la mencionada resolución que permite la discrecionalidad del Consejo de Seguridad en determinar la existencia de otros actos de agresión diferentes a los listados en el art. 3. Una referencia a la Resolución 3314 en su totalidad hubiera garantizado el papel predominante del Consejo de Seguridad en la determinación y calificación de un acto de agresión, lo que hubiera satisfecho las pretensiones de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

Volviendo al listado de actos aludido, hemos de destacar que la Conferencia de Revisión tenía ante sí el reto de resolver si este listado era exhaustivo o meramente ejemplificativo, cuestión nada baladí si tenemos en cuenta que podía suponer una limitación importante al ejercicio de la competencia por parte de la Corte.

Se optó finalmente por la siguiente redacción en la segunda parte del párrafo 2.º del art. 8 bis: «[...] De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión». De esta

⁽³⁷⁾ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: «Nota sobre la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala (Uganda), 2010», en http://www.cruzroja.es/dih/pdfs/temas/3_4/3_4.pdf, consultado por última vez el 5 de octubre de 2012.

⁽³⁸⁾ En efecto, la definición del acto de agresión viene contenida en el art. 8 bis, en su párrafo 2.º, y responde plenamente a la contenida en la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974: «El uso de la fuerza armada por un estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro estado, o de cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas». A continuación, en la segunda parte de este art. 8 bis párr. 2.º se reproduce, en un listado de actos constitutivos de agresión, el art. 3 de la Resolución 3314 (XXIX).

manera, se evitan ciertas limitaciones indeseables ya que el concepto de guerra de agresión resulta más restrictivo. Lo mismo puede decirse respecto de la necesidad de un objetivo o resultado, como realizar una ocupación militar o anexionar el territorio de otro estado, ya que el crimen de agresión es per se grave, sin necesidad de una ocupación militar o la anexión de otro estado o una parte del mismo como objetivo o resultado.

En esta misma línea de evitar límites incongruentes, como ya hemos visto, se establece un listado que no es exhaustivo y que elige una definición bastante amplia y que opera a modo de cláusula general en la primera parte de este párrafo 2.º. A continuación, dicha definición se completa con una serie de ejemplos no taxativos⁽³⁹⁾ en su segunda parte, de modo que el ámbito de decisión de la Corte Penal Internacional se amplifica. Sin embargo, como señala KREB⁽⁴⁰⁾, este margen de decisión de la Corte no sería discrecional sino que vendría inspirado por el marco normativo en materia de derechos humanos del Estatuto de Roma, en particular, los artículos 21.3 y 67.1 (i) del Estatuto de Roma.

En cambio, una barrera viene impuesta por la introducción de un umbral respecto del acto de agresión. Este acto, para constituir un crimen de agresión, ha de ser un acto que «por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas»⁽⁴¹⁾. Esta calificación del acto posee no solo un papel limitador, sino también clarificador de la competencia de la Corte⁽⁴²⁾ y, a juicio de KREB, permitió en Kampala el consenso de los estados en torno a la inclusión de la referencia a la Resolución 3314⁽⁴³⁾.

⁽³⁹⁾ En este sentido, ver CLARK, Roger: «Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court considered at the First Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010», *Göttingen Journal of International Law*, n.º 2, 2010, pp. 689-711, en particular p. 696.

⁽⁴⁰⁾ KREB, Claus y VON HOLTZENDORFF, Leonie: «The Kampala compromise on the crime of aggression», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 8, 2010, pp. 1179-1217, en particular pp. 1190-1191.

⁽⁴¹⁾ ICC-ASP/7/SWGCA/2, 20 de febrero de 2009, Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, anexo i, p. 12, párr. 2.º

⁽⁴²⁾ En este sentido, solo destacar que dicho umbral fue fruto del consenso en el «proceso de Princeton», planteando mayores problemas en el seno de la Asamblea de Estados Partes. Ver «Discussion Paper 3», presentado en Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosa entre periodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey (Estados Unidos de América) del 13 al 15 de junio de 2005, ICC-ASP/4/32, anexo ii. Particularmente interesante es la discusión suscitada en: Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Continuación del sexto periodo de sesiones, Nueva York, 2 a 6 de junio de 2008, Documentos Oficiales ICC-ASP/6/20/Add.1, párrs. 23-29.

⁽⁴³⁾ KREB, Claus y VON HOLTZENDORFF, Leonie: «The Kampala compromise...», cit., p. 1193.

La adopción de una definición en Kampala se pudo lograr gracias a la aprobación de una serie de «entendimientos»⁽⁴⁴⁾ basados en una propuesta introducida por la delegación estadounidense el 7 de junio de 2010⁽⁴⁵⁾ y que ponían el énfasis en que la agresión es la «forma más grave y peligrosa del uso ilegal de la fuerza». En consecuencia, basándose en este documento, la determinación sobre si un acto de agresión había sido cometido requería el examen de todas las circunstancias relativas al caso, incluyendo la gravedad. Del mismo modo, al determinar si un acto de agresión constituía o no una «violación manifiesta» de la Carta de las Naciones Unidas, se debían examinar los tres elementos referentes a las características, gravedad y escala.

Coincidimos con Remiro Brotons⁽⁴⁶⁾ cuando afirma que la idea del umbral resulta redundante en la medida en que la «importancia y gravedad de la agresión» está implícita en el propio artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas cuando establece una gradación según la cual el Consejo de Seguridad determinará la existencia de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión. E, igualmente, hemos de tener en cuenta que la propia Corte solo tiene competencia sobre los crímenes más graves. En todo caso, hay un elemento del umbral que resultaría aceptable: el relativo a la violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, ya que de esta manera se excluirían los usos de la fuerza permitidos por este instrumento internacional. Algunos autores van más allá y apuntan a que la intervención humanitaria estaría implícitamente excluida de la definición de la agresión porque no está técnicamente en contra de la Carta de las Naciones Unidas⁽⁴⁷⁾, lo que resulta discutible.

Así, por un lado, podemos considerar que solo «los actos más graves del más grave de los crímenes más graves deben someterse a la jurisdicción de la Corte»⁽⁴⁸⁾. Pero, por otro, la lectura positiva es que los usos prohibidos por el derecho internacional, solo cuando alcanzan el umbral pertinente serán competencia de la Corte Penal Internacional⁽⁴⁹⁾, lo que parece adecuado con el carácter complementario de este órgano judicial.

⁽⁴⁴⁾ Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo iii, «Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión».

⁽⁴⁵⁾ Untitled paper as presented to the WGCA by William K. Lietzau, Deputy Assistant Secretary of Defense (Detainee Policy), citado en: KREB, Claus y VON HOLTZENDORFF, Leonie: «The Kampala compromise...», cit., p. 1205.

⁽⁴⁶⁾ REMIRO BROTONS, Antonio: «El crimen de agresión en el Estatuto de la CPI revisado: nacer...», cit., pp. 1117-1118.

⁽⁴⁷⁾ Sobre la intervención humanitaria en relación con el crimen de agresión, ver CREEGAN, Eric: «Justified uses of force and the crime of aggression», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, 2012, pp. 69-72.

⁽⁴⁸⁾ *Ibid.* n. (43), p. 1118.

⁽⁴⁹⁾ Sobre las distintas formas de uso de la fuerza en relación con el crimen de agresión, ver CREEGAN, Eric: «Justified uses of force and the crime of aggression», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, 2012, pp. 59-82.

En cualquier caso, en Kampala se han sentado las bases para una interpretación restrictiva de este crimen por parte de la Corte Penal Internacional a la hora de ejercer su jurisdicción. Con todo, los «entendimientos» podrían facilitar el trabajo judicial de esta institución, amén de haber servido como elemento facilitador del consenso en la Conferencia de Revisión.

■ La responsabilidad penal del individuo: los perfiles de este crimen de líderes

En relación con la conducta individual, el primer aspecto destacable es la aquiescencia en torno al carácter de «crimen de líderes» que podrán cometer los jefes militares y políticos, aunque se admite la participación en el mismo en las distintas formas de responsabilidad del crimen de agresión. Tal y como señala Remiro Brotons, se trata de «el crimen de la crême de la crême, incluidos, junto a las autoridades oficiales o institucionales, los representantes de los poderes fácticos»⁽⁵⁰⁾.

En consonancia con esta caracterización del sujeto activo cualificado del crimen, el art. 8 bis, en su párrafo primero, establece que «a los efectos del presente Estatuto, una persona comete un ‘crimen de agresión’ cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas».

El consenso en torno al carácter de crimen de líderes de la agresión y a las distintas formas de participación en el mismo se había forjado durante todo el «proceso de Princeton». Pero la realidad es que dicho acuerdo encuentra su acomodo sin problemas en Kampala⁽⁵¹⁾, con una formulación que recuerda a Nuremberg⁽⁵²⁾ y en clara referencia al carácter consuetudinario de esta configuración del crimen⁽⁵³⁾.

Esto implicó, igualmente, la inclusión de un párr. 3.º bis en el art. 25 del Estatuto, conforme al cual «por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo solo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción»⁽⁵⁴⁾. Era una modificación necesaria con el fin de preservar la coherencia del Estatuto.

⁽⁵⁰⁾ REMIRO BROTONS, Antonio: «El crimen de agresión en el Estatuto...», cit., p. 1118.

⁽⁵¹⁾ Ver artículo 8 bis, párr.1.º, relativo al crimen de agresión (Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo i).

⁽⁵²⁾ HELLER, Kevin: «Retreat from Nuremberg: the leadership requirement in the crime of aggression», *European Journal of International Law*, n.º 18, 2007, pp. 477-497.

⁽⁵³⁾ Muy interesante es la reflexión sobre la agresión y el derecho consuetudinario que realiza MILANOVIK, Marco en: «Aggression and legality: custom in Kampala», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, March 2012, pp. 165-189.

⁽⁵⁴⁾ Documento de sala sobre el crimen de agresión (Doc. RC/WGCA/1/Rev.2), «Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión», anexo 1.

Finalmente, se introdujeron unas enmiendas a los elementos de los crímenes de cara a asegurar la cohesión del instrumento constitutivo de la Corte con sus instrumentos complementarios⁽⁵⁵⁾. En dichas enmiendas se parte de que el crimen de agresión implica la existencia de un acto de agresión ya cometido. Es necesario tener en cuenta que, en el «proceso de Princeton», la mayor parte de las delegaciones habían mantenido que no era posible la tentativa, de modo que, en ausencia de un acto completo, no existiría dicho crimen. Si no existe un acto completo del estado de agresión, no se puede dar el crimen de agresión cometido por un individuo, lo que parece una cuestión fuera de toda duda.

En cambio, sí se incluyen como formas de participación la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión. Como señala Rodríguez-Villasante⁽⁵⁶⁾, en Kampala se logró una tipificación «bastante aceptable de este delito internacional», que comprendería: la definición de un sujeto activo cualificado (delito de líderes políticos o militares), la acción típica (planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión) y el umbral de gravedad, ya examinado con anterioridad.

En referencia a este último elemento, solo queremos destacar que la caracterización de ese umbral de gravedad se halla igualmente presente en las enmiendas a los *Elementos de los crímenes*⁽⁵⁷⁾, puesto que se determina que el autor debe haber tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que determinaban la incompatibilidad de dicho uso de la fuerza armada con la Carta de las Naciones Unidas, y debe haber tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que constituían dicha violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

■ El papel del Consejo de Seguridad y las condiciones de procedibilidad

- *Los presupuestos de Princeton: la coherencia con la Carta de las Naciones Unidas*

En cuanto a las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre el crimen de agresión y el papel del Consejo de Seguridad, hemos de señalar que estas condiciones habían de ser coherentes con las disposiciones relevantes de la Carta de las Naciones Unidas, en particular con los artículos 1.1, 10, 11, 12, 14, 24, 39 y 103 de dicho instrumento⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁵⁾ Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo ii. «Enmiendas a los elementos de los crímenes», p. 23.

⁽⁵⁶⁾ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: «Nota sobre la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala (Uganda), 2010», en http://www.cruzroja.es/dih/pdfs/temas/3_4/3_4.pdf, consultado por última vez el 5 de octubre de 2012.

⁽⁵⁷⁾ Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo ii. «Enmiendas a los elementos de los crímenes», p. 23.

⁽⁵⁸⁾ Ver las siguientes posiciones doctrinales seleccionadas: ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: «Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad y crimen de agresión: un equilibrio difícil e inestable», en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (ed.): *El derecho inter-*

En este sentido, vamos a plantear los términos generales del debate mantenido en Princeton y en las distintas sesiones de la Asamblea de los Estados Partes. Por un lado, no podíamos olvidar que el Consejo de Seguridad tiene la responsabilidad «primordial» (que no exclusiva) en relación con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, al tiempo que a él le corresponde la determinación de la existencia de un acto de agresión, de conformidad con el capítulo VII de la Carta.

Pero por otro lado, y conforme a otras disposiciones de este instrumento (arts.10, 11.1 y 11.2), también la Asamblea General tiene ciertas competencias en materia de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Por consiguiente, si el Consejo de Seguridad no ejerce esa responsabilidad primaria, podría ser la Asamblea la que cumpla con dicha tarea.

Finalmente, aún quedaría la posibilidad del recurso al Tribunal Internacional de Justicia (TIJ), al que pueden acudir tanto la Asamblea General o el Consejo de Seguridad para que ejerza su función consultiva en relación con el crimen de agresión como un estado parte para que ejerza su función contenciosa en relación con el mismo. Estos dos órganos, la Asamblea General y el TIJ, en todo caso, intervendrían solo cuando el Consejo de Seguridad no lo hiciera, por lo que se respetaría convenientemente la Carta de las Naciones Unidas al tiempo que se impediría la inacción de la CPI por una parálisis existente en el seno del Consejo de Seguridad.

En las diferentes reuniones *intersesiones* de Princeton⁽⁵⁹⁾, las posiciones eran dos: aquellos que abogaban por un papel exclusivo del Consejo de Seguridad en la determinación del crimen de agresión y los que apostaban por un papel no exclusivo de dicho órgano. Los que optaban por la exclusividad del Consejo

nacional en los albores del siglo XXI, homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa, Trotta, 2002, pp. 243-264; POLITI, Mauro y NESI, Giuseppe: *The International Criminal Court and the crime of aggression*, Ashgate, 2004; REMIRO BROTONS, Antonio: «Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo», Documento de Trabajo, n.º 10, Junio 2005, pp. 18; STEIN, Mark: «The Security Council, the International Criminal Court and the crime of aggression: how exclusive is the Security Council's power to determine aggression?», *Indiana International and Comparative Law Review*, n.º 16, 2005, pp. 1-36; BLOKKER, Niels: «The crime of aggression and the United Nations Security Council», *Leiden Journal of International Law*, n.º 20, 2007, pp. 867-894; SCHAEFFER, Robert: «The audacity of compromise. The UN Security Council and the pre-conditions to the exercise of jurisdiction by the ICC with regard to the crime of aggression», *International Criminal Law Review*, n.º 9, 2009, pp. 411-433; CLARK, Roger: «Negotiating provisions defining the crime of aggression, its elements and the conditions for ICC exercise of jurisdiction over it», *European Journal of International Law*, n.º 20, 2009, pp. 1103-1115.

⁽⁵⁹⁾ Aunque este debate se mantiene durante todo el «proceso de Princeton», ver, en particular: Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosa entre periodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey (Estados Unidos de América) del 13 al 15 de junio de 2005, ICC-ASP/4/32, anexo ii.

de Seguridad se amparaban en el art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas, y recordaban que solo dicho órgano tiene el poder de adoptar resoluciones vinculantes, aludiendo, además, a la incoherencia con la Carta que podría suponer el recurso a la Corte Penal Internacional.

Los que optaban por la intervención de otros órganos diferentes al Consejo se basaban en el carácter político de este órgano y en la necesidad de que dicha determinación fuera realizada por un órgano judicial, ya que, de lo contrario, se influiría negativamente en el desarrollo de una definición autónoma del crimen de agresión. Además, se aludió a que el art. 5.2 del Estatuto no hacía ninguna referencia al art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas. Y se añadía que el art. 39 había sido pensado para la adopción de una acción en relación con el mantenimiento de la paz y seguridad y no para autorizar una acción judicial.

Otro de los argumentos hacía referencia a la posibilidad de acudir a otros órganos diferentes al Consejo de Seguridad tales como la Asamblea General o el Tribunal Internacional de Justicia, como ya había ocurrido en el pasado. En esta misma línea se mostraron ciertos ejemplos de los poderes de la Asamblea General; por ejemplo, la misma adopción de la Resolución 3314 a pesar de la existencia del art. 39 de la Carta y la Resolución «Unión propaz»⁽⁶⁰⁾.

- *El crimen de agresión: opciones planteadas y el consenso de Kampala*

En consecuencia, la cuestión relativa a las condiciones de procedibilidad se revelaba como compleja, y dicha complejidad se puso de manifiesto en toda su plenitud en Kampala. En dicha conferencia esta cuestión fue la última respecto de la cual hubo consenso. Para lograr el mismo, fue preciso introducir dos disposiciones, el art. 15 bis y el art. 15 ter, que son el resultado final de un acuerdo logrado en el «proceso de Princeton» ya examinado en torno a dos cuestiones básicas.

La primera es la relativa a la consideración del crimen de agresión como una categoría absolutamente autónoma, de modo que la jurisdicción de la CPI se ejerce sobre un crimen preexistente: el crimen de agresión. En consecuencia, se realiza una diferenciación entre la definición del crimen y las condiciones bajo las cuales la Corte ejercerá su jurisdicción sobre el mismo. La segunda es la referente a que todos los mecanismos de activación establecidos en el art. 13 ER se aplican igualmente a la agresión, por lo que nos encontramos tras Kampala con un art. 15 bis (cuando se produce la remisión por un estado *motu proprio*) y un art. 15 ter (cuando se produce la remisión por el Consejo de Seguridad).

Pero el ligamen de la agresión con el Consejo de Seguridad tenía otras implicaciones que también fueron objeto de examen y discusión en Kampala.

⁽⁶⁰⁾ A/RES/3777 (V), de 3 de noviembre de 1950.

La más delicada era la relativa a si la Corte podría ejercer su jurisdicción sobre el crimen de agresión incluso en los casos en que el estado agresor no hubiera dado su consentimiento en relación con las nuevas disposiciones relativas al crimen de agresión. La cuestión se planteaba en relación con el juego entre el art. 12 ER y el art. 121 del mismo instrumento, como examinaremos en un epígrafe posterior.

En todo caso, el alegado crimen de agresión ha de derivar de un acto de agresión cometido por un estado parte que no hubiera formulado la declaración de no aceptación de la jurisdicción de la Corte sobre dicho crimen. Esto trae como consecuencia que, respecto de un estado no parte, la Corte no ejercerá su competencia en cuanto al crimen de agresión. Este párrafo 4.º llevó a Japón a formular una declaración unilateral manifestando las dudas que le planteaba el sistema de enmiendas al Estatuto, rompiendo la integridad del mismo. De este modo, este país ponía el ejemplo de los problemas que poseería un estado parte, rodeado de estados no partes, de convencer a su Parlamento de una enmienda que consagrara la inmunidad global y automática de los nacionales de estados no partes, en clara vulneración del art. 12 del Estatuto⁽⁶¹⁾.

En consecuencia, en la línea apuntada por Reisinger, podemos afirmar que con las enmiendas referentes a la agresión se instituye una *lex specialis* en relación con el art. 12.3 ER, de tal manera que se previene que estados no partes reciban beneficios injustos derivados del nuevo régimen del crimen de agresión⁽⁶²⁾. La apuesta por una declaración de *opting out*, como veremos en el siguiente epígrafe, contribuyó a modular los temores manifestados en relación con el respeto al consentimiento del estado.

En definitiva, el proyecto de artículo 15 bis acabó por introducirse en Kampala, aunque con muchas cautelas respecto del papel del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales conforme a la Carta de la ONU⁽⁶³⁾, y así lo demuestran los párrafos 1.º a 8.º de la mencionada disposición.

El presupuesto básico es que, conforme al párrafo 1.º del art. 15 bis, la CPI ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de acuerdo con el art. 13 ER. Y, según el párrafo 6.º, el fiscal, al llegar a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre el crimen de agresión, verificará si el CS ha determinado la existencia de un acto de

⁽⁶¹⁾ Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010, Documentos Oficiales (Docs. RC/11). Declaraciones formuladas por los estados partes en explicación de su posición antes de la aprobación de la Resolución RC/Res.6 sobre el crimen de agresión. Declaración de Japón, p. 140.

⁽⁶²⁾ REISINGER CORACINI, Astrid: «The International Criminal Court's exercise of jurisdiction over the crime of aggression: at last... in reach... over some», *Gottingen Journal of International Law*, n.º 2, 2010, pp. 745-789, en particular pp. 780-781.

⁽⁶³⁾ VAL, Fernando: «Criminalizar...», *op.cit.*, p. 531.

agresión. Asimismo este párrafo 6.º establece la comunicación entre el fiscal de la Corte y el secretario general de la ONU, de modo que el primero habrá de presentar al segundo una notificación sobre la situación de la Corte junto con la documentación y antecedentes pertinentes. De esta manera, y cuando se haya producido la determinación previa por el Consejo de Seguridad, es obvio que el fiscal puede iniciar una investigación (párr. 7.º).

- *El estado como mecanismo de activación de la jurisdicción de la CPI en referencia a la agresión*

Cuando el estado activa la jurisdicción de la CPI *motu proprio* en relación con el crimen de agresión y no se da dicha determinación previa por parte del Consejo de Seguridad, se plantean las verdaderas complicaciones, de modo que el párr. 8.º del art. 15 bis es el que nos proporcionaba más opciones e interrogantes de cara a la Conferencia de Revisión. En efecto, el proyecto de art. 8 bis, en su párrafo 4.º (actual párrafo 8.º), contaba con dos alternativas básicas con varias opciones cada una.

La alternativa 1 partía de que el fiscal no podría iniciar la investigación respecto de un crimen de agresión cuando no se emita tal determinación por el Consejo de Seguridad. En el marco de esta alternativa 1, existía la opción 1 que implica dejar el párrafo anterior tal cual, basándose en un respeto absoluto al papel determinado por el Consejo en la Carta de la ONU. Pero también existía una opción 2, según la cual se exceptuaba del punto de partida de la alternativa 1, el caso en el que el CS solicitara, mediante una resolución en el marco del capítulo VII, al fiscal de la Corte que iniciara una investigación sobre el crimen de agresión. Esta última opción flexibilizaba la determinación previa por el Consejo de Seguridad respecto de la existencia de un acto de agresión, de modo que bastaría con que el Consejo hubiera dado «luz verde» a la Corte para que se ocupara del caso declarando que no se daba ninguna objeción para ello.

La alternativa 2 tenía un punto de partida diferente y planteaba distintas opciones cuando el Consejo de Seguridad no emitiera su determinación en el plazo de seis meses desde la fecha de la notificación, pero el punto de partida es que el fiscal podría iniciar los procedimientos de investigación. Dentro de esta alternativa las opciones eran cuatro: la opción 1 es que el fiscal puede iniciar la investigación sin más; la opción 2 requería un pronunciamiento previo de la Sala de Cuestiones Preliminares, que habría de autorizar; la opción 3 precisaba de una determinación previa por la Asamblea General, y la opción 4 necesitaba la determinación por parte del Tribunal Internacional de Justicia.

Era obvio que la opción 1 era preferible en el plano ideal, aunque consideramos que no era factible en la práctica y en esos momentos (gracias al peso político

de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad). La opción 2 parecía un poco confusa, pudiendo referirse a un estadio previo y relativo a los mecanismos de activación de la Corte, de modo que no soluciona el problema de base. La opción 3 poseía una base jurídica indudable, si reconocemos el papel primordial pero no exclusivo del Consejo de Seguridad en relación con la agresión⁽⁶⁴⁾.

Finalmente, la opción 4 planteaba serios interrogantes por la posible interferencia del Tribunal Internacional de Justicia en la labor de la Corte Penal Internacional, con la consiguiente confusión de jerarquía entre ambas instituciones y la falta de respeto a los derechos del acusado. Sin embargo, la referencia a la Asamblea General o el Tribunal Internacional de Justicia se empañaba si tomábamos en consideración el párr. 5.º del art. 15 bis, conforme al cual «la determinación de que hubo acto de agresión hecha por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del propio Estatuto».

Pero la realidad es que, hasta llegar a Kampala, todas estas opciones permanecían abiertas y propiciaron un arduo debate en la Conferencia de Revisión por todas las implicaciones políticas y jurídicas que conllevan. El resultado final, que opta por la alternativa 2, opción 2, no es sino el fruto del juego de implicaciones logrado entre el procedimiento de adopción y entrada en vigor de las enmiendas relativas a la agresión, el consentimiento estatal del art. 12 y la posibilidad de declarar que no se acepta la competencia de la Corte en materia de agresión.

Así, nos encontramos con un párrafo 8.º del art. 15 bis bastante progresista si no fuera por la inclusión de una serie de umbrales (ya mencionados) en los anteriores párrafos 2.º a 5.º de este mismo artículo, y por la misma referencia a una disposición previa del ER (el art. 16): «Cuando no se realice dicha determinación en el plazo de seis meses desde la fecha de notificación, el fiscal podrá iniciar los procedimientos de investigación respecto de un crimen de agresión, siempre y cuando la Sección de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento contenido en el artículo 15, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión, y el Consejo de Seguridad no haya decidido lo contrario de conformidad con el artículo 16».

Se opta por el filtro judicial interno de la Sala de Cuestiones Preliminares ya que, como se había puesto de manifiesto con anterioridad, esto permitía que la Corte pudiera actuar de forma independiente, evitando así la politización,

⁽⁶⁴⁾ Recordemos que, conforme a ciertas disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas (arts.10, 11.1 y 11.2), también la Asamblea General tiene ciertas competencias en materia de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Así, contamos con la misma adopción de la Resolución 3314 (xxix) a pesar de la existencia del art. 39 de la Carta, y la Resolución «Unión propaz» (/RES/3777 (V), de 3 de noviembre de 1950.

con el fin de erradicar la impunidad⁽⁶⁵⁾. De este modo, se respetaba la función principal del Consejo de Seguridad en cuanto a la determinación de un acto de agresión al tiempo que se mantenía su separación respecto de la Corte.

Sin embargo, en los párrafos 2.º y 3.º del art. 15 bis y en «Entendimiento 3»⁽⁶⁶⁾ se ponen las bases para completar esta aproximación y permitir el consenso frente a la no mención al Consejo de Seguridad, de modo que se aplaza la competencia *ratione temporis* de la Corte a un momento posterior. Así, se establece que, en el supuesto de remisión de una situación a la Corte por cauces diferentes al Consejo de Seguridad, la Corte solo podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos después de la adopción de la decisión del 1 de enero de 2017 y un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta estados partes.

- *El Consejo de Seguridad como mecanismo de activación: acto de agresión y crimen de agresión*

Hemos dejado para el final el art. 15 ter, que hace referencia al supuesto de remisión por parte del Consejo de Seguridad. En este supuesto, es obvio, de acuerdo con el «Entendimiento 2»⁽⁶⁷⁾, que la Corte podrá ejercer su jurisdicción con independencia de si el estado concernido ha aceptado la jurisdicción de la Corte a este respecto, refiriéndose tanto a estados partes como no partes. Esta interpretación estaría de acuerdo con el papel otorgado por el Estatuto al Consejo de Seguridad. Al tiempo, el art. 13.b del Estatuto, al establecer que el Consejo podrá remitir una situación ante la Corte, supone el reconocimiento de los poderes del Consejo conforme al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

En consecuencia, el art. 15 ter no requiere una previa determinación del acto de agresión por parte del Consejo de Seguridad. El Consejo de Seguridad podría realizar dicha determinación, poder reconocido por el párrafo 4.º de este art. 15 ter, pero no es un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la jurisdicción por parte de la Corte sobre el crimen de agresión. De hecho, podríamos interpretar que la ausencia de una mención a la previa determinación de la existencia de un acto de agresión por el Consejo de Seguridad abre la puerta a la opción de que baste con que el Consejo dé «luz verde» a la actuación de la Corte.

⁽⁶⁵⁾ Informe del Grupo de Trabajo sobre el Crimen de Agresión, Doc. RC/11, párr.19.

⁽⁶⁶⁾ Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo iii, «Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión». Competencia *ratione temporis*, p. 24.

⁽⁶⁷⁾ Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo iii, «Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión»: «Remisiones por el Consejo de Seguridad: 2. Se entiende que la Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión sobre la base de una emisión por el Consejo de Seguridad, de conformidad con el apartado b) del artículo 13 del Estatuto, independientemente de que el estado de que se trate haya aceptado la competencia de la Corte a este respecto.»

En todo caso, conviene realizar dos recordatorios: primero, que el Consejo de Seguridad es uno de los mecanismos de activación de la Corte, aunque está en manos del fiscal el determinar la dirección de una investigación en relación con los crímenes y las personas involucradas, y segundo, que, tal y como reza el párrafo 4.º del art. 15 ter, «la determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto.»

Finalmente, y conforme a los párrafos 2.º y 3.º del art. 15 ter y al «Entendimiento 1»⁽⁶⁸⁾, la competencia de la Corte sobre la agresión en los casos de remisión por el Consejo de Seguridad se postergará a un momento ulterior a la toma de decisión del 1 de enero de 2017, o al año posterior a la ratificación o aceptación de las enmiendas por 30 estados partes si esta fecha fuera posterior. Este juego de mayorías y fechas aplicable en todos los supuestos de activación de la jurisdicción de la Corte no hace sino recordarnos que, en última instancia, los estados vuelven a tener el control para determinar cuándo la Corte Penal Internacional va a poder ejercer su jurisdicción sobre los crímenes de agresión, lo que supone todo un retroceso como veremos en el siguiente epígrafe en relación con el sistema de enmiendas.

En todo caso, conviene referirse por último a la mención del párrafo 8.º del art. 15 bis al art. 16 ER, que establece aún más obstáculos al ejercicio de la jurisdicción por parte de la Corte sobre el crimen de agresión, en clara referencia a la interacción con la actividad del Consejo de Seguridad. La referencia a este artículo, aunque produciendo efectos similares, neutralizó la propuesta relativa a la llamada «luz roja»⁽⁶⁹⁾, que hubiera permitido al Consejo

⁽⁶⁸⁾ Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010. anexo i, «Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional». Art. 15 ter: «2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta estados partes. 3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1.º de enero de 2017 por la misma mayoría de estados partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto». Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo iii, «Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión»: «1. Se entiende que la Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión sobre la base de una remisión por el Consejo de Seguridad, de conformidad con el apartado b) del artículo 13 del Estatuto únicamente respecto de crímenes de agresión que se hayan cometido después de que una decisión se haya adoptado de conformidad con el párrafo 3 del artículo 15 ter, y un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta estados partes, si esta última fecha fuera posterior.»

⁽⁶⁹⁾ Para el debate anterior, ver: Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, séptimo período de sesiones, La Haya, 14 a 22 de noviembre de 2008 (publicación de la Corte Penal Internacional, ICC-ASP/7/20), vol. i, anexo iii, párrafos 21-23; Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, continuación del sexto período de sesiones, Nueva York, 2 a 6 de junio de 2008 (publicación de la Corte Penal Internacional, ICC-ASP/6/20/Add.1), anexo ii, párrafo 47.

de Seguridad decidir la suspensión de una investigación en curso sobre un crimen de agresión mediante una resolución conforme al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

En nuestra opinión, esta opción hubiera sido altamente peligrosa ya que, más allá del respeto a las disposiciones de la Carta de la ONU, hubiera conferido al Consejo de Seguridad potestades para interferir en la independencia de un órgano judicial. En cambio, la mención al art. 16 ER, partiendo de esa misma premisa, resulta más respetuosa con el propio Estatuto y posee una serie de condiciones para su puesta en marcha que resultan más limitativas⁽⁷⁰⁾. Con todo, esta decisión del Consejo necesita también del consentimiento de todos los miembros permanentes, por lo que el poder de veto tiene una función positiva para la jurisdicción de la Corte⁽⁷¹⁾ y, además, se reserva a las situaciones en las cuales el funcionamiento prematuro de la justicia penal internacional puede perjudicar al Consejo de Seguridad en su función de restablecimiento o mantenimiento de la paz⁽⁷²⁾.

■ El sistema de enmiendas y el futuro «incierto» del crimen de agresión

• *Las enmiendas en el «proceso de Princeton»*

En la reunión *intersesional* de Princeton de 2004 se llegó a la conclusión de que, dependiendo de si se enmendaba una u otra disposición del Estatuto y se utilizaba el procedimiento del art. 121.4 o 121.5 del Estatuto de Roma, el resultado podría ser la concesión a los estados de la posibilidad de optar, excluyendo así la jurisdicción de la Corte sobre el crimen de agresión.

⁽⁷⁰⁾ En el Estatuto de Roma se sometió la potestad de suspensión a dos condiciones: la obtención de una resolución formal del Consejo de Seguridad, de acuerdo con el capítulo VII de la Carta, y la limitación del término final de dicha suspensión a un plazo de doce meses, aunque dicho plazo puede ser renovado. Con esta primera condición se aseguraba que la suspensión de una investigación o enjuiciamiento fuera adoptada sobre la base de una resolución vinculante del Consejo de Seguridad. Y, dado que las resoluciones del capítulo VII se enmarcan en una amenaza o quebrantamiento de la paz o acto de agresión, la emisión de dicha resolución haría constatar al Consejo de un modo implícito que un proceso ante la CPI podrá repercutir negativamente en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Por otra parte, la renovación del período por el cual el Consejo de Seguridad puede decidir la suspensión estará sujeta a una nueva resolución de dicho órgano, sin que esté permitida la renovación tácita o automática (ver BERGSMO, Morten y PEJIC, Jelena: «Article 16. Deferral of investigation or prosecution», en TRIFFTERER, Otto [ed.]: Comment on the Rome Statute of the International Criminal Court, observers' notes, article by article, Ed. Nomos. Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 381-382).

⁽⁷¹⁾ LATTANZI, Flavia: «The Rome Statute and state sovereignty. ICC competence, jurisdictional links, trigger mechanism», en LATTANZI, Flavia SCHABAS, William (eds.): Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court, vol. I, Ed. IlSirente, Ripa Fagnano Algo, 1999, p. 65. Ver también: LEE, Roy (ed.): The International Criminal Court. The making of the Rome Statute. Issues. Negotiations. Results, Kluwer, La Haya/Londres/Boston, 1999, pp. 144-145.

⁽⁷²⁾ LAUCCI, Cyril: «Compétence et complémentarité dans le statut de la future Cour Pénale Internationale», L'Observateur des Nations Unies, n.º 7, 1999, p. 146.

En primer lugar, se puso de manifiesto que las disposiciones referentes al crimen de agresión no eran muy claras puesto que se habían incorporado al texto en una fase tardía en la Conferencia Diplomática de 1998 y no eran el resultado de negociaciones específicas. También se resaltó el hecho de que el tenor literal del artículo 121 había sido introducido sin haber contemplado la cuestión de la agresión y, en consecuencia, no respondía a los problemas que traía consigo dicho delito⁽⁷³⁾.

En cuanto al procedimiento de enmienda del crimen de agresión, dos opiniones básicas se habían mantenido al respecto hasta llegar a la Conferencia de Revisión. La primera opinión es la que apoyaba la aplicación del art. 121.4 del Estatuto, puesto que solo así se mantenía un régimen jurídico unificado respecto de los crímenes de la competencia de la Corte ya que dicha disposición requiere, para que la enmienda sobre la agresión entre en vigor, de la aprobación de los 7/8 de los estados partes que hubieran ratificado o aceptado una enmienda del Estatuto.

La segunda aproximación, que fue la adoptada hasta llegar a Kampala, estribaba en apostar por la aplicación del art. 121.5 del Estatuto, de modo que los estados pudieran optar por excluir el crimen de agresión, estableciéndose dos regímenes diferentes para distintos grupos de estados.

Los argumentos eran variados. Los que defendían el art. 121.5 lo hacían amparados en la especialidad de este procedimiento y en el respeto a la soberanía de los estados, puesto que este artículo estipula un procedimiento de *opt in*, así como en la rapidez (ya que no habría que esperar a la aceptación de los 7/8). Los que apostaban por el art. 121.4 lo hacían amparados en la introducción de la agresión a través de un art. 8 bis, lo que salvaba el tenor literal del 121.5 y permitía acudir al art. 121.4, así como el hecho de que el crimen de agresión era un crimen ya reconocido como objeto de la competencia de la CPI por lo que no era necesaria una aceptación expresa posterior al estilo del art. 121.5, garantizándose así la universalidad e integridad del Estatuto⁽⁷⁴⁾.

- *El «opting out» y el respeto a la soberanía estatal*

En Kampala, la idea de una declaración *opting out* nació con el fin de cubrir el vacío y lograr el consenso entre quienes optaban por la aplicación del

⁽⁷³⁾ Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosa entre periodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey (Estados Unidos de América) del 21 al 23 de junio de 2004, ICC/ASP/3/SWGCA/INF.1.

⁽⁷⁴⁾ A este respecto, ver VAN SCHAACK, Beth: «Negotiating at the interface of power&law: the crime of aggression», <http://intlawgrls.blogspot.com/search/label/Crime%20of%20aggression%20series>, consultado por última vez el 20 de enero de 2012. Ver también ZIMMERMAN, Andreas: «Amending the amendment provisions of the Rome Statute: the Kampala compromise on the crime of aggression and the Law of Treaties», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, marzo de 2012, pp. 209-228.

art. 12.2 en su integridad, sin modificación, y quienes preferían un régimen fundamentado única y exclusivamente en el consentimiento estatal. Con el fin de no precisar de la ratificación del presunto estado parte agresor pero para garantizar que el estado pueda hacer uso del *opting out*, se logró un compromiso entre ambas opciones, lo que permitió eliminar el obstáculo de la determinación previa de la agresión por parte del Consejo de Seguridad al tiempo que se permitía el acercamiento al «entendimiento positivo» del art. 121.5 ER.

Sin embargo, es de destacar que dicha declaración no reestablece los limitados efectos de la última parte del art. 121.5 ER. De este modo, un crimen de agresión derivado de un acto de agresión cometido por un estado parte contra otro estado parte que hubiera formulado la declaración estaría cubierto por el ejercicio de la jurisdicción por parte de la Corte, aunque sería exceptuado del mismo en virtud de la aplicación del art. 121.5 ER.

Pero la Conferencia de Revisión no solo se enfrentó al problema de determinar si se había de optar por la aplicación del párrafo 4.º o 5.º de ese mismo artículo 121, sino también al de precisar el alcance de la segunda parte del párrafo 5.º de esa disposición, que puede poseer un «entendimiento positivo» o un «entendimiento negativo»⁽⁷⁵⁾. Conforme al primero, la Corte podría ejercer su competencia respecto de un crimen de agresión cometido contra un estado parte que hubiere aceptado la enmienda. De acuerdo con el «entendimiento negativo», la CPI no podría ejercer su competencia respecto de un crimen de agresión cometido por un estado parte que no ha aceptado la enmienda. La primera opción presupondría tan solo el consentimiento del presunto estado víctima, mientras que la última opción podría bloquear a la Corte ya que haría preciso el consentimiento del presunto estado agresor.

Se optó por el párrafo 5.º de ese art. 121⁽⁷⁶⁾ para el procedimiento de entrada en vigor de las enmiendas al ER relativas al crimen de agresión. Sin embargo, el paquete final de compromiso no incluía ninguna disposición sobre la

⁽⁷⁵⁾ Sobre dichos «entendimientos», ver: Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosa entre periodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, en el Club Princeton, Nueva York, 8 al 10 de junio de 2009, Doc. ICC-ASP/8/INF.2, 10 de julio de 2009, anexo iii.

⁽⁷⁶⁾ Conforme a la Resolución RC/Res.6, relativa al crimen de agresión, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010: «[...] 1. Decide aprobar, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante el «Estatuto»), las enmiendas del Estatuto que figuran en el anexo I de la presente resolución, que estarán sujetas a ratificación o aceptación y entrarán en vigor de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 121 del Estatuto; y señala que cualquier estado parte podrá depositar una declaración como establece el artículo 15 bis antes de la ratificación o aceptación».

interpretación preferida de dicha disposición, de modo que dicha cuestión quedaría en manos de los jueces de la Corte.

En todo caso, existen autores, como Reisinger⁽⁷⁷⁾, que se plantean si en la Conferencia de Revisión se ha llevado a cabo una enmienda implícita del art. 121.5 ER. De hecho, las nuevas disposiciones no establecen un régimen jurisdiccional específico respecto de estados no partes, sino que dejan el art. 12 intacto. Del mismo modo, y si nos situamos en una perspectiva estricta, la fórmula que permite exceptuar de la jurisdicción de la Corte los crímenes de agresión cometidos por nacionales o en el territorio de un estado no parte, de acuerdo con el art. 15 bis.5, no constituye una enmienda a dicho art. 121.5. Solo si se entendiera que se ha producido un cambio del régimen jurisdiccional del Estatuto establecido en la parte II del Estatuto para los crímenes cubiertos por la enmienda, dicho cambio implicaría una enmienda implícita al art. 121.5 ER⁽⁷⁸⁾.

Finalmente, nos gustaría destacar que sería deseable que las mayorías exigidas para lograr la adopción y entrada en vigor de las enmiendas relativas al crimen de agresión se consiguieran con vistas a fortalecer el papel de la CPI en el panorama internacional.

En este sentido, habría que recordar a los estados partes que deberían reforzar sus compromisos adquiridos en relación con esta jurisdicción internacional sin precedentes. Hasta el momento, Liechtenstein ha depositado el primer instrumento de ratificación de las enmiendas relativas al crimen de agresión el 8 de mayo de 2012. Y, en segundo lugar, Samoa hizo lo propio el 25 de septiembre de este mismo año. Es obvio, por tanto, que aún se requiere una concienciación intensa por parte de los estados hasta llegar al año 2017 así como una preparación atenta por parte de la Corte para afrontar el nuevo reto.

■ EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD Y EL CRIMEN DE AGRESIÓN: HACIA UNA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

■ La aplicación de la complementariedad al crimen de agresión

El Estatuto de Roma establece el principio de complementariedad, de modo que en su preámbulo nos recuerda el deber de los estados de enjuiciar

⁽⁷⁷⁾ REISINGER CORACINI, Astrid: «The International Criminal Court's exercise of ...», cit., pp. 780-781.

⁽⁷⁸⁾ REISINGER CORACINI, Astrid: «What exactly was agreed in Kampala on the crime of aggression», *European Journal of International Law: «Talk»*. <http://www.ejiltalk.org/more-thoughts-on-what-exactly-was-agreed-in-kampala-on-the-crime-of-aggression/#more-2336>, consultado por última vez el 21 de enero de 2012.

penalmente a los responsables de crímenes internacionales (párrafo sexto)⁽⁷⁹⁾. Este recordatorio implica que no se libera a los estados de su responsabilidad primordial de represión de crímenes internacionales cometidos por los individuos solo por la mera institución de la CPI. Pero el preámbulo especifica aún más claramente el carácter complementario de la CPI respecto de las jurisdicciones nacionales al establecer expresamente que «(...) la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales» (párrafo 10.º). Se sientan así las bases de una cualidad esencial del sistema jurisdiccional de la CPI: el principio de complementariedad en sus relaciones con las jurisdicciones nacionales.

El principio de complementariedad en su aplicación al crimen de agresión plantea serios problemas debido a la íntima relación que existe entre la responsabilidad del estado y la del individuo⁽⁸⁰⁾. Ya la Comisión de Derecho Internacional puso de manifiesto que la capacidad de los tribunales nacionales para juzgar por agresión a sus nacionales no supone necesariamente la determinación previa de la comisión de la agresión por otro estado, y no debería afectar a las relaciones con terceros estados⁽⁸¹⁾.

Sin embargo, en el ejercicio de la jurisdicción de la Corte sobre el crimen de agresión, el principio de complementariedad tiene implicaciones de gran interés. El artículo 17 del Estatuto establece los supuestos básicos de inadmisibilidad de un asunto por la Corte. El núcleo de la inadmisibilidad radica en determinar si existe un estado con jurisdicción sobre el crimen en cuestión y con disposición y capacidad para investigar y enjuiciar dicho crimen. Esta determinación corresponde a la Corte, que, en caso de estimar que no concurre causa alguna de admisibilidad, habrá de declinar su jurisdicción sobre el caso y cederla a las jurisdicciones nacionales de acuerdo con su principal función de complementar la investigación y el enjuiciamiento nacionales. Estos presupuestos básicos se proyectan claramente en el caso del crimen de agresión, de manera que un estado no estará en posición de perseguir un crimen de agresión si su legislación interna no tipifica dicho crimen y prevé una pena adecuada. Y esto ocurriría

⁽⁷⁹⁾ Ver párrafo 6.º del preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (N. U. PCNICC/1999/INF/3). Este párrafo deriva de una propuesta proveniente de la República Dominicana (N. U. Doc. A/CONF.183/C.1/L.52). Ver también LATTANZI, Flavia: «Compétence de la Cour Pénale Internationale et consentement des états», *RGDIP*, n.º 2, 1999, p. 426; SUR, Serge: «Vers une Cour Pénale Internationale: la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 103, n.º 1, 1999, p. 42.

⁽⁸⁰⁾ Sobre la aplicación del principio de complementariedad a la agresión, ver WRANGE, Pal: «The crime of aggression and complementarity», en BELLELLI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing, Farnham, Burlington, 2010, pp. 591-607.

⁽⁸¹⁾ «Proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad», *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. ii, segunda parte, pp. 30-33.

–incluso– si el derecho internacional consuetudinario formase parte del sistema jurídico nacional⁽⁸²⁾.

De hecho, la decisión final adoptada en Kampala parece estar inspirada en el miedo; en el miedo a no lograr el consenso, en el miedo a que los estados vean peligrar un régimen jurisdiccional inspirado en su consentimiento. El temor se trasluce, por ejemplo, en el «Entendimiento 5»⁽⁸³⁾ al referirse a que las enmiendas adoptadas en la Conferencia de Revisión no se interpretarán en el sentido de crear un derecho u obligación por parte de los tribunales nacionales para que ejerzan su jurisdicción sobre actos de agresión cometidos por otros estados. Sin embargo, este «Entendimiento» nos parece superfluo, puesto que no nos queda la menor duda de que el principio de complementariedad y sus efectos se aplican plenamente a todos los crímenes del ER, incluida la agresión.

En todo caso, una puerta a la esperanza se abre cuando en el «Entendimiento 4»⁽⁸⁴⁾ se establece que las enmiendas al ER en relación con el crimen de agresión no podrán limitar o menoscabar las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional. En este sentido, podríamos vaticinar, tras Kampala, un interés creciente en la comunidad internacional en relación con este crimen que podría permitir avances en el ámbito jurídico internacional e –incluso– interno.

■ LA INCORPORACIÓN DEL CRIMEN DE AGRESIÓN A LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS: EL CASO DE ESPAÑA

En consecuencia, vamos a centrarnos en el examen de la incorporación del crimen de agresión en los ordenamientos internos, con el fin de aventurarnos a realizar una propuesta sobre una posible reforma del código penal español en la que se incorporara dicho crimen a nuestra legislación. De este modo, y en un estudio realizado por Reisinger Coracini⁽⁸⁵⁾, de cerca de 90 códigos penales, solo 25 países habían recogido este crimen en sus ordenamientos internos, la mayor parte de Europa del Este y de Asia Central. Los términos en los cuales este delito ha sido recogido varían de un código penal a otro, recogándose así títulos como «guerra de agresión», «guerra agresiva», «agresión» o «crímenes contra la paz», así como distintas formas de participación, tales como la

⁽⁸²⁾ REISINGER CORACINI, Astrid: «National legislation on individual responsibility for conduct amounting to aggression», en BELLELI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing Limited, England, 2010, pp. 547-589, en particular p. 549.

⁽⁸³⁾ Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo iii: «Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión». Entendimiento 5.

⁽⁸⁴⁾ Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo iii: «Entendimientos sobre las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión». Entendimiento 4.

⁽⁸⁵⁾ *Ibidem*.

incitación a la guerra de agresión o a la guerra, o la planificación, preparación, iniciación y desencadenamiento de la guerra de agresión.

Sin embargo, constatamos que la mayor parte de los códigos penales nacionales no contienen el crimen de agresión conforme al derecho internacional. De hecho, en Suecia se realizó una propuesta legislativa en este sentido⁽⁸⁶⁾ que fue rechazada por la falta de consenso en torno a una definición de la agresión en el ámbito internacional, y en Finlandia se estimó que se trataba de un asunto entre estados por lo que tampoco merecía su consignación en el ámbito interno⁽⁸⁷⁾.

En todo caso, el primer aspecto relativo a la tipificación interna que se plantea es el relativo al carácter de crimen de líderes que reviste la agresión. Sobre dicha característica existe bastante consenso en el ámbito internacional⁽⁸⁸⁾ y, sin embargo, ninguna de las disposiciones examinadas determina de modo concreto cuál es el grupo de perpetradores digno de ser considerado como tal. Tan solo existe una referencia implícita en los códigos penales de Montenegro⁽⁸⁹⁾ y Serbia⁽⁹⁰⁾ y más explícita en el de Croacia⁽⁹¹⁾. En todo caso, recordemos que estas disposiciones habrían de ser interpretadas de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario en vigor, y este apuesta claramente por la consideración de este crimen como crimen de líderes.

Convendría, por tanto, que en una tipificación interna en el derecho español se recogiera el crimen de agresión especificando su caracterización como crimen

⁽⁸⁶⁾ ESER, Albin, SIEBER, Ulrich y KREICKER, Helmut (eds.): *Nationalestrafverfolgungsvölkerrechtlicherverbrechen - National prosecutions of international crimes*, vol. 2: WEIGEND, Eway y CORNILS, Karin (Suecia), 2003.

⁽⁸⁷⁾ ESER, Albin, SIEBER, Ulrich y KREICKER, Helmut (eds.): *Nationalestrafverfolgungsvölkerrechtlicherverbrechen - National prosecutions of international crimes*, vol. 2: FRÄNDE, Dan (Finlandia), 2003.

⁽⁸⁸⁾ De hecho, en el proceso de Princeton se planteó –incluso– la discusión de si el elemento de crimen de líderes formaba parte integral de la definición del crimen o si se trataba simplemente de un elemento jurisdiccional que limitaba el ejercicio de la jurisdicción de la Corte. Triunfó la primera posición. Ver Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosa entre periodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey (Estados Unidos de América) del 11 al 14 de junio de 2007 (ICC-ASP/6/SWGCA/INF.1), párr. 9. Ver también las consideraciones sobre el elemento de crimen de líderes y su carácter consuetudinario formuladas por REISINGER CORACINI, Astrid, en: «National legislation on individual responsibility for conduct amounting to aggression», en BELLELI, Roberto (Ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing Limited, England, 2010, en particular en las pp. 555-557.

⁽⁸⁹⁾ Art. 442, Montenegrin criminal code, *Official Gazette of the Republic of Montenegro*, n.º 70/2003, y corrección de 2004.

⁽⁹⁰⁾ Art. 386, Serbian criminal code.

⁽⁹¹⁾ Art. 157 (3), Croatian criminal code. Este código penal, yendo más allá, también castiga al que cumpla las órdenes de cometer un crimen de agresión, de acuerdo con el principio general del derecho internacional penal que establece que el cumplimiento de órdenes no exime de responsabilidad.

de líderes, en consonancia con el derecho internacional consuetudinario y con el hecho de que solo una persona en una determinada posición es capaz de llevar a cabo el *actus reus*.

En lo referente a la conducta individual, los códigos penales examinados por Reisinger Coracini definen el crimen de agresión como la participación de un perpetrador individual en un acto de agresión cometido por un estado. Esta referencia a la conducta individual constitutiva del crimen en relación con el acto de Estado es plenamente conforme con el derecho internacional consuetudinario ya desde el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio⁽⁹²⁾. En el «proceso de Princeton» se puso de manifiesto esta relación entre el acto de Estado y el crimen del individuo, y se optó por una fórmula que claramente apostaba por un listado de formas de participación⁽⁹³⁾, retenida en las enmiendas de Kampala, al incluir la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión⁽⁹⁴⁾.

En cuanto a los códigos penales, la mayoría de ellos recogen la planificación, preparación, iniciación y realización, pero algunos de ellos son selectivos con las formas de participación, tales como el búlgaro (que descarta la iniciación aunque podría estar comprendida en la realización)⁽⁹⁵⁾ y el estonio (que solo menciona el liderazgo o la participación en la preparación)⁽⁹⁶⁾. Algunos códigos

⁽⁹²⁾ El artículo 6, párrafo a) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg define los crímenes contra la paz como la «planificación, preparación, inicio o el sostenimiento de una guerra de agresión, o una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos o garantía, o participación en un plan o conspiración común para el cumplimiento de cualquiera de los anteriores». El último párrafo de este artículo establece que «los líderes, organizaciones, instigadores y cómplices que participen en la formulación o ejecución de un plan o conspiración común para cualquiera de los anteriores crímenes son responsables por todos los actos efectuados por cualquier persona en ejecución de dicho plan». El artículo 5 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente contiene una definición similar. La Ley n.º 10 del Consejo Aliado de Control de 20 de diciembre de 1945, aunque contiene elementos diferentes, sigue la misma línea. Sobre esta evolución y el carácter consuetudinario de la conducta individual en relación con el crimen de agresión, ver HERNÁNDEZ CAMPOS, Augusto: «Definición del crimen de agresión: evolución del concepto de crimen contra la paz hasta el Tribunal Internacional de Nuremberg», *Revista de Derecho y Ciencia Política*, vol. 66, n.º 1 y 2, Lima, 2009, pp. 111-135; SELLARS, Kristen: «Delegitimizing aggression. First steps and false starts after the First World War», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, marzo de 2012, pp. 7-40; WEIGEND, Thomas: «In general a principle of justice. The debate on the 'crime against peace' in the wake of the Nuremberg Judgment», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, marzo de 2012, pp. 41-58.

⁽⁹³⁾ Ver la discusión mantenida en Princeton, en particular en: Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, reunión oficiosa entre periodos de sesiones del Grupo de Trabajo Especial sobre el Crimen de Agresión, celebrada en el Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, Woodrow Wilson School, Universidad de Princeton, Nueva Jersey (Estados Unidos de América) del 8 al 11 de junio de 2006, ICC-ASP/5/SWGCA/INF.1

⁽⁹⁴⁾ Resolución RC/Res.6, aprobada por consenso en la 13.ª sesión plenaria el 11 de junio de 2010, anexo i, «Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», artículo 8 bis, «Crimen de agresión».

⁽⁹⁵⁾ Art. 409, Bulgarian criminal code.

⁽⁹⁶⁾ Art.91, Estonian criminal code.

penales innovan y van más allá de las formas de participación de Núremberg, hablando de ordenar la realización de una guerra de agresión o de la incitación a una guerra de agresión o el llamamiento público a dicha guerra⁽⁹⁷⁾. De hecho, la propaganda de la guerra es castigada también en cierto número de códigos penales⁽⁹⁸⁾, en consonancia con el art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁽⁹⁹⁾ y a pesar de que varios Estados han formulado declaraciones a dicha disposición en relación con la libertad de expresión⁽¹⁰⁰⁾.

En cuanto a España, sería deseable que el crimen de agresión, al ser codificado, contemplara todas las formas de participación antes apuntadas: planificación, preparación, iniciación y realización, incluyendo –igualmente– la propaganda de la guerra. En este último aspecto, convendría no obstante introducir alguna salvaguarda en conexión con la libertad de expresión para evitar jurisprudencia contradictoria en este sentido.

Estando especificada la conducta individual y sus formas, el siguiente aspecto importante es el referente al acto de agresión por parte del Estado y su configuración, que figura como prerequisite para la calificación de la acción del individuo. La mayor parte de los códigos penales examinados no se refieren a dicho acto del Estado quizás porque se presupone que dicho acto habrá de estar en consonancia con el derecho internacional en vigor, en particular con la Resolución 3314 de la Asamblea General de la ONU ya mencionada. Sin embargo, dejar en manos de los tribunales nacionales la interpretación del derecho internacional y de la mencionada resolución puede comportar peligros de falta de coherencia y uniformidad de la jurisprudencia.

En todo caso, y tal y como ya hemos apuntado, la solución lograda en Kampala en torno al acto de agresión puede servir de guía para su aplicación por los tribunales nacionales, puesto que, recordemos, recoge la Resolución 3314 (XXIX) amén de un listado de actos que reproduce el artículo 3 de dicha resolución. Sin embargo, el hecho de que dicho listado no sea exhaustivo sigue dejando una puerta abierta a un amplio margen de libertad de interpretación por los tribunales nacionales. En el ámbito interno, algunos códigos penales, como el croata, han optado también por una combinación de una definición genérica con un listado de actos, incluyendo asimismo una cláusula cajón de sastre en la que potencialmente pueden incluirse otros actos⁽¹⁰¹⁾. Yendo más allá, el código penal estonio supera lo establecido en el derecho consuetudinario y

⁽⁹⁷⁾ Ver, por ejemplo, el art. 165 del *Bosnian criminal code*; art. 442 del *Montenegrin criminal code* o art. 408 del *Bulgarian criminal code*.

⁽⁹⁸⁾ Así, por ejemplo, en el art. 407 del *Bulgarian criminal code*; art.92 del *Estonian criminal code*; art. 436 del *Ukrainian criminal code*, y art. 298 del *Mongolian criminal code*.

⁽⁹⁹⁾ Ver KEARNEY, Michael: *The prohibition of propaganda for war in international law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

⁽¹⁰⁰⁾ Algunos tales como Australia, Bélgica, Dinamarca, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Islandia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Reino Unido, Suiza y Tailandia.

⁽¹⁰¹⁾ Art. 157 (1) y (2), *Croatian criminal code*.

llega a criminalizar la participación en una guerra que vulnere los acuerdos internacionales o las garantías de seguridad proporcionadas por el Estado⁽¹⁰²⁾. La cuestión de la seguridad aparece aquí en íntima relación con la agresión.

En cuanto a España, sería más conveniente ceñirnos al derecho consuetudinario de manera que nuestro código penal siguiera la línea apuntada en Kampala de una definición genérica del acto de agresión en combinación con un listado de actos ejemplificativo con independencia de que el tema de la seguridad se encuentre subyacente, ya que la referencia expresa a las garantías en torno a la seguridad, al estilo del código estonio, no haría sino propiciar que se abrieran más fisuras desde el punto de vista de la interpretación.

Finalmente, conviene tener en cuenta que los distintos ordenamientos internos no solo habrán de contemplar las disposiciones concretas en torno al crimen de agresión, sino también los nexos jurisdiccionales que permitan el enjuiciamiento por los tribunales nacionales de este crimen de índole internacional. En este sentido, solo unos pocos estados en sus legislaciones internas van más allá de los principios de jurisdicción tradicionales y no requieren nexos con el crimen. Así, nos encontramos con los códigos penales de Bulgaria, Croacia y Moldavia, que apuestan por el principio de jurisdicción universal en relación con el crimen de agresión⁽¹⁰³⁾. Podemos asegurar que España no seguirá la estela de estos países, dadas las restricciones que la jurisdicción universal ha experimentado en nuestro país en los años siguientes, por lo que será necesario consignar algún nexo jurisdiccional con el crimen de agresión.

■ CONCLUSIONES

Aparentemente, la Conferencia de Revisión de Kampala fue exitosa. Se consiguió el consenso en torno a la definición del crimen de agresión y en cuanto a las condiciones de procedibilidad, el nudo gordiano. El tenor de las enmiendas adoptadas halla, así, un delicado equilibrio entre el papel de la Corte Penal Internacional en relación con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, en referencia a la agresión, y el rol del Consejo de Seguridad al respecto, más «antiguo» y otorgado por la sacrosanta Carta de las Naciones Unidas.

El gran logro lo encontramos en la atribución al fiscal de la CPI de la capacidad de seguir adelante con un procedimiento de investigación referente a un crimen de agresión en ausencia de una determinación previa por el Consejo de Seguridad. Esta facultad del fiscal hubiera resultado asombrosa a la luz de

⁽¹⁰²⁾ Art. 1, Estonian criminal code.

⁽¹⁰³⁾ REISINGER CORACINI, Astrid: «National legislation on individual responsibility for conduct amounting to aggression», en BELLELI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing Limited, England, 2010, pp. 564-565.

las discusiones anteriores mantenidas en Princeton y en las Asambleas de los Estados Partes si no fuera porque viene acompañada de una serie de cautelas.

Las salvaguardas hacen referencia a la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares y a un juego de consentimientos estatales que impide se vean afectados estados no partes en el Estatuto. En definitiva, se obtiene una victoria a la independencia de la Corte Penal Internacional respecto del Consejo de Seguridad, pero una victoria relativa puesto que viene acompañada de una serie de condicionamientos que la empañan claramente.

De este modo, los principales obstáculos para que la Corte conozca de un asunto relativo a un crimen de agresión los hallamos, sobre todo, en los párrafos 2.º y 3.º del art. 15 bis y 15 ter y en los plazos establecidos para la adopción y entrada en vigor de las enmiendas. En particular, al hecho de limitar la competencia de la CPI a los crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta estados partes y a la condición de que se adopte una decisión después del 1.º de enero de 2017 por la misma mayoría de estados partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto. A fecha de octubre de 2012, solo Liechtenstein y Samoa han depositado sus instrumentos de ratificación de las enmiendas de Kampala respecto de la agresión, lo que hace suponer que será largo el camino hacia la posibilidad real y efectiva de que la CPI ejerza su jurisdicción sobre una persona que ha cometido un crimen de este tipo.

De este modo, la respuesta a la pregunta de si la Conferencia de Revisión constituye un hito histórico, de modo que los individuos puedan responder por la comisión del «crimen de los crímenes» ante un tribunal penal internacional permanente, es una cuestión que aún no ha sido definitivamente resuelta. Siendo realistas, se ha postergado, cuando menos, hasta el 1 de enero de 2017. Y en todo caso, de ser resuelta, no podríamos sino afirmar que el consentimiento del estado va a seguir jugando un papel fundamental respecto de este crimen de líderes: el crimen de agresión.

Con todo, las aportaciones de Kampala no se cifran solo en la configuración del crimen de agresión a efectos del ejercicio de la jurisdicción por la CPI sobre dicho crimen, sino que podemos valorar otras contribuciones. En este sentido, las principales contribuciones se han manifestado a nivel internacional pero también han encontrado su reflejo en los ordenamientos internos. De hecho, son varios los códigos penales que ya recogen el crimen de agresión en su seno.

Si analizamos dichos códigos penales y siguiendo a Reisinger Coracini⁽¹⁰⁴⁾, podemos afirmar que las legislaciones nacionales que recogen en sus ordenamientos internos el crimen de agresión parten, con carácter general, del derecho internacional consuetudinario en relación con dicho crimen y del

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibidem*, pp. 576-578.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuanto a la propaganda de la guerra. Igualmente, son legislaciones conservadoras en cuanto a los nexos jurisdiccionales exigibles para la persecución de este crimen.

En esta misma línea, sería deseable que España, en su adecuación del código penal español al Estatuto de Roma y su revisión de Kampala, no se alejara excesivamente del derecho internacional consuetudinario y convencional consolidado. Este paso del crimen de agresión del plano internacional al nacional español no hará sino propiciar un avance en la defensa por parte de nuestro Estado de la seguridad nacional e internacional.

■ BIBLIOGRAFÍA

- AZIZ SHUKRI, Muhammad: «Individual responsibility for the crime of aggression», en BELLELLI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing, Farnham, Burlington, 2010, pp. 519-545.
- BARRIGA, Stefan, DANSPECKGRUBER, Wolfgang y WENAWESER, Christian (eds.): *The Princeton process on the crime of aggression*, Lynne Rienner Publishers, 2009.
- BARRIGA, Stefan: «Against the odds: the results of the Special Working Group on the Crime of Aggression», en BELLELLI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing, Farnham, Burlington, 2010, pp. 621-640.
- BELLELLI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing, Farnham, Burlington, 2010.
- BLOKKER, Niels: «The crime of aggression and the United Nations Security Council», *Leiden Journal of International Law*, n.º 20, 2007, pp. 867-894.
- «Negotiating provisions defining the crime of aggression, its elements and the conditions for ICC exercise of jurisdiction over it», *European Journal of International Law*, n.º 20, 2009, pp. 1103-1115.
- CLARK, Roger: «Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court considered at the First Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010», *Göttingen Journal of International Law*, n.º 2, 2010, pp. 689-711.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: «Corte Penal Internacional, Consejo de Seguridad y crimen de agresión: un equilibrio difícil e inestable», en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando (ed.): *El derecho internacional en los albores del siglo XXI*, homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa, Trotta, 2002, pp. 243-264.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, José Antonio: «La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala 31 mayo-11 junio 2010», *Documentos de Opinión del IEEEE*, n.º 10/2010, septiembre de 2010.
- HELLER, Kevin: «Retreat from Nuremberg: the leadership requirement in the crime of aggression», *European Journal of International Law*, n.º 18, 2007, pp. 477-497.
-

HERNÁNDEZ CAMPOS, Augusto: «Definición del crimen de agresión: evolución del concepto de crimen contra la paz hasta el Tribunal Internacional de Núremberg», *Revista de Derecho y Ciencia Política*, vol. 66, n.º 1 y 2, Lima, 2009, pp. 111-135.

JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE, N.º 10, marzo de 2012.

KREB, Claus y VON HOLTZENDORFF, Leonie: «The Kampala compromise on the crime of aggression», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 8, 2010, pp. 1179-1217.

KREB, Claus: «The crime of aggression before the first review of the ICC Statute», en BELLELLI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing, Farnham, Burlington, 2010, pp. 579-607.

MARSCHNER, Laura y OLMA, Isabelle: «The First Review Conference of the International Criminal Court», *Zeitschrift für Internationale Strafrechts dogmatik*, www.zis-online.com.

OROZCO TORRES, Luis Ernesto: «La criminalización de las guerras de agresión», *Revista Española de Relaciones Internacionales* n.º 3, 2011, pp. 223-249.

POLITI, Mauro y NESI, Giuseppe: *The International Criminal Court and the crime of aggression*, Ashgate, 2004.

REISINGER CORACINI, Astrid: «The International Criminal Court's exercise of jurisdiction over the crime of aggression: at last... in reach... over some», *Gottingen Journal of International Law*, n.º 2, 2010, pp. 745-789.

— «What exactly was agreed in Kampala on the crime of aggression», *European Journal of International Law: «Talk»*. <http://www.ejiltalk.org/more-thoughts-on-what-exactly-was-agreed-in-kampala-on-the-crime-of-aggression/#more-2336>.

— «National legislation on individual responsibility for conduct amounting to aggression», en BELLELLI, Roberto (Ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing Limited, England, 2010, pp. 547-589.

REMIRO BROTONS, Antonio, «Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo», *Documento de Trabajo*, n.º 10, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo exterior, Junio, 2005.

REMIRO BROTONS, Antonio: «El crimen de agresión en el Estatuto de la CPI revisado: *nascetur ridiculus mus*», en CARDONA LLORENS, Jorge, PUEYO LOSA, Jorge, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis y SOBRINO HEREDIA, José Manuel (eds.), AZNAR GÓMEZ, Mariano (coord.): *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, tomo I, 2012, pp. 1115-1129.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: «Nota sobre la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala (Uganda), 2010, en http://www.cruzroja.es/dih/pdfs/temas/3_4/3_4.pdf.

RUYS, T.: «Defining the crime of aggression: the Kampala consensus», *Working Paper*, n.º 57, January 2011, pp. 1-35.

SCHABAS, William: «The ICC Review Conference: Kampala 2010,» 2010, <http://iccreviewconference.blogspot.com/>.

SCHAEFFER, Robert: «The audacity of compromise. The UN Security Council and the pre-conditions to the exercise of jurisdiction by the ICC with regard to the crime of aggression», *International Criminal Law Review*, n.º 9, 2009, pp. 411-433.

SCHEFFER, David: «A pragmatic approach to the crime of aggression», en BELLELLI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing, Farnham, Burlington, 2010, pp. 609-619.

STEIN, Mark: «The Security Council, the International Criminal Court and the crime of aggression: how exclusive is the Security Council's power to determine aggression?», *Indiana International and Comparative Law Review*, n.º 16, 2005, pp. 1-36.

VAL, Fernando: «Criminalizar la agresión: una cita en Kampala», en AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, Fernando y PEÑARANDA ALGAR, Julio (comps.): *Actas de las I Jornadas de Estudios de Seguridad de la Comunidad de Estudios de Seguridad General Gutiérrez Mellado*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, UNED, 2009, pp. 519-539.

VAN SCHAACK, Beth: «Negotiating at the interface of power&law: the crime of aggression», <http://intlawgrrrls.blogspot.com/search/label/Crime%20of%20aggression%20series>.

VON BRAUN, Leonie y MICUS, Annelen: «Judicial independence at risk. Critical issues regarding the crime of aggression raised by selected human rights organizations», *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, marzo de 2012, pp. 111-132.

WRANGE, Pal: «The crime of aggression and complementarity», en BELLELLI, Roberto (ed.): *International criminal justice. Law and practice from the Rome Statute to its review*, Ashgate Publishing, Farnham, Burlington, 2010, pp. 591-607.

CAPÍTULO TERCERO

LA PIRATERÍA COMO CRIMEN INTERNACIONAL

Fernando Marín Castán

RESUMEN

La piratería constituye uno de los más graves delitos contra la seguridad marítima, presentando una gran fuerza expansiva y vinculaciones con las redes de delincuencia internacional.

El tratamiento jurídico general de la piratería en el derecho internacional del mar ha resultado insuficiente para afrontar determinadas modalidades nuevas de piratería. El rápido desarrollo y la gran extensión que ha alcanzado la piratería con origen en las costas de Somalia, además de impedir la recepción por la población necesitada de la ayuda del Programa Mundial de Alimentos y perturbar el proceso de estabilización de Somalia, representa una amenaza real y efectiva contra una de las principales rutas comerciales marítimas mundiales, todo lo que ha llevado al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas a considerar formalmente la piratería como una amenaza para la paz y la seguridad internacionales en la región que exige la adopción de medidas en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

Analizaremos en el presente capítulo dichas cuestiones, las causas que originan esta modalidad de piratería, las respuestas de la comunidad internacional para afrontarla, los resultados obtenidos hasta el momento y la contribución de España en la lucha contra este crimen internacional.

Palabras clave:

Derecho del mar, seguridad marítima, piratería, Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Somalia, Atalanta, enjuiciamiento.

ABSTRACT

Piracy is one of the most serious crimes against maritime security; it shows a great expansive power and links with other international criminality networks.

Nevertheless, the legal framework given by the International Maritime Law has been traditionally unsatisfactory to face some new forms of the crime of piracy. The fast development and the spreading that the crime of piracy out of the coast of Somalia has reached not only have hampered the delivery of the aid of the World Food Program and have disrupted the process of stabilization of Somalia, but also mean serious threats to one of the main international shipping routes. Due to all these factors, the Security Council of the United Nations has considered piracy as a threat to international peace and security, what requires taking the necessary measures according to the chapter VII of the Charter of the UN.

The purpose of the present paper is to analyze all these matters as well as the origins of this form of piracy, the answers proposed by the International Community to face it, the results obtained so far and the contribution of Spain to the fight against this international crime.

Key words:

Law of the Sea, maritime security, piracy, United Nations Security Council, Somalia, Atalanta, prosecution.

■ PRESENTACIÓN

La piratería ocupa un lugar tristemente destacado entre las amenazas contra la seguridad marítima –entendida esta como la premisa o *conditio sine qua non* para que puedan desarrollarse sobre la mar las actividades lícitas conforme al derecho internacional marítimo⁽¹⁾– junto con otros delitos, en ocasiones conexos, como son el terrorismo o los tráfico ilícitos de personas, estupefacientes y armas.

El delito de piratería constituye el más antiguo y genuino delito contra la navegación marítima del que se tiene referencia⁽²⁾, por lo que no resulta extraño que pronto adquiriera una dimensión internacional y haya sido en relación con dicho delito donde la comunidad internacional ha realizado el mayor avance, al menos en el plano teórico, en orden a posibilitar su persecución universal. Tanto el Convenio de Ginebra de 1958 sobre el alta mar como el vigente de Jamaica de 1982 sobre el derecho del mar (CNUDM) contemplan la piratería como delito contra la comunidad internacional de persecución universal, imponiendo a los estados la obligación de cooperar *en toda la medida de lo posible* en su represión⁽³⁾.

Pese a ello, la piratería ha permanecido a lo largo de toda la historia, unas veces en estado más o menos de latencia y otras manifestándose con toda crueldad bien mediante episodios aislados⁽⁴⁾ o bien de forma organizada y recurrente.

La importancia de no bajar la guardia contra la piratería radica, al igual que ocurre con otras amenazas contra la seguridad marítima, en su carácter

⁽¹⁾ Sobre el concepto de seguridad marítima, puede consultarse la obra colectiva *Impacto de los riesgos emergentes en la seguridad marítima*, coordinada por el almirante general ZARAGOZA SOTO, Sebastián: Cuadernos de Estrategia, n.º 140, del Instituto Español de Estudios Estratégicos, Madrid, abril de 2009. Tuve el honor de participar en dicha obra con el trabajo «Marco jurídico de la seguridad marítima».

⁽²⁾ El historiador griego Plutarco, al narrar en su obra *Vidas paralelas* el episodio del secuestro sufrido durante su juventud por Julio César a manos de unos piratas junto a la isla de Farmacusa, relata que «ya entonces infestaban el mar con grandes escuadras e inmenso número de buques». Por su parte, Cicerón, haciendo referencia a la trascendencia para toda la comunidad del delito de piratería, señala que «pirata non est ex perduellium numero definitus, sed communis hostis omnium», Cic. Off. 3, 29, 107.

⁽³⁾ Así lo recoge tanto el artículo 14 del Convenio de Ginebra, de 29 de abril de 1958, sobre «Alta mar» como el artículo 100 de la Convención de Naciones Unidas sobre el «Derecho del mar», Jamaica de 1982, ambos ratificados por España.

⁽⁴⁾ Los distintos tipos de piratería son estudiados en la obra de ELLEMAN, Bruce A., FORBES, Andrew y ROSENBERG, David: *Piracy and maritime crime. Historical and modern case studies*, ed. Naval War College Press, enero de 2010.

Entre los casos aislados pero de excepcional relevancia, cabe recordar el asesinato a manos de piratas en la desembocadura de río Amazonas, el 5 de diciembre de 2001, del gran navegante y naturalista Sir Peter Blake, ganador por dos veces de la Copa de América para su país, Nueva Zelanda. Cuando fue asesinado, Sir Peter Blake se encontraba realizando una expedición para el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Algunos dólares sueltos y un motor auxiliar de su embarcación a vela fueron todo el botín.

expansivo. O dicho de otra forma, la piratería resurge cuando, existiendo un buen caldo de cultivo –como pueden ser la carencia de medios de vida dignos, las grandes desigualdades sociales y las situaciones de desgobierno o con gobiernos corruptos o débiles–, no se adoptan las medidas necesarias ni para remediar sus causas ni para detectarla y reprimirla, trasladándose de unos lugares a otros en función de la mayor o menor vigilancia del correspondiente espacio marítimo.

Es por ello por lo que para abordar con éxito la lucha contra la piratería no basta con la utilización de los medios disuasorios y represivos, sino que resultará en cada caso necesario analizar las causas que la originan y darles respuestas integrales y satisfactorias en orden a su eliminación o mitigación.

Tras una breve y obligada referencia al tratamiento general de la piratería en el derecho internacional, centraremos el presente trabajo en la piratería que tiene su origen en las costas de Somalia. Su intensidad y rápida expansión hacia el golfo de Adén y gran parte del océano Índico la convierten en un grave riesgo para la seguridad marítima, pues además de dificultar la llegada de la ayuda humanitaria a la necesitada población y perturbar el proceso de paz y estabilidad de Somalia está interfiriendo una de las principales rutas del comercio marítimo mundial. Además, como ha puesto de relieve Yury Fedotov, director ejecutivo de la Oficina contra la Droga y el Delito (UNODC), existen indicios de la conexión de la piratería en aquella parte del planeta tanto con las milicias terroristas de Al-Shabaab como con el tráfico ilícito de armas, personas, drogas y alcohol⁽⁵⁾. Nos referiremos a las causas que originan esta modalidad de piratería y a las respuestas de la comunidad internacional para afrontarla, pasando a continuación a evaluar de forma particularizada las respuestas de España a los mandatos de Naciones Unidas en relación con tan grave delito.

Desde la publicación del *Cuaderno de Estrategia* n.º 140, que contribuyó a consolidar doctrinalmente la noción de seguridad marítima frente a los graves actos ilícitos que utilizan la mar como escenario y medio de propagación de la acción criminal contra la humanidad (publicación que coincidió con los inicios de la operación *Atalanta*), se han producido numerosos ataques piratas e importantes avances en la prevención y represión de la piratería, con más éxitos hasta la fecha en la mar que en tierra. También desde entonces ha visto la luz una fecunda y rigurosa doctrina científica⁽⁶⁾ sobre la materia, cuyos mejores frutos intentaremos incorporar a nuestros planteamientos.

En buena medida, el presente trabajo puede tomarse como una concreción, continuación y actualización del que tuve el privilegio de elaborar para aquel *Cuaderno de Estrategia*.

⁽⁵⁾ Nos referimos a las palabras pronunciadas por el director ejecutivo de la UNODC, Yuri Fedotov, ante el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas el pasado 22 de febrero de 2012, un resumen de las cuales puede ser consultado en el Centro de Noticias de la ONU, <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=22778>.

⁽⁶⁾ Por razones de espacio no podemos hacer una enumeración exhaustiva de todos los trabajos publicados, pero recogeremos en la bibliografía una selección de los libros y artículos más recientes sobre la materia.

■ EL TRATAMIENTO GENERAL DE LA PIRATERÍA EN EL DERECHO INTERNACIONAL MARÍTIMO

Aunque inevitablemente incurriremos en alguna repetición, hemos de comenzar este trabajo, por cortesía con el lector, recordando los instrumentos internacionales vigentes que constituyen el marco jurídico aplicable con carácter general y estable a la lucha contra la piratería.

Nos referiremos en primer lugar a la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), donde la piratería en su concepción tradicional encuentra su regulación, pero también dedicaremos un segundo apartado a la Convención para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Navegación Marítima y su Protocolo (Convención y Protocolo SUA) por estar tipificadas en ellos muchas de las conductas características del delito de piratería entre otras varias, aunque no las califiquen con tal nombre. Podríamos decir que la Convención y el Protocolo SUA vinieron a cubrir ciertas lagunas, limitaciones e imperfecciones de la CNUDM en su regulación de los actos graves de violencia en la mar.

■ La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

La CNUDM comienza, como ya hemos visto, el tratamiento de la piratería en su artículo 100, estableciendo el deber de cooperación de todos los estados en su erradicación bajo la siguiente fórmula:

Todos los estados cooperarán en toda la medida de lo posible en la represión de la piratería en la alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún estado.

La definición de los tipos básicos se contiene en el artículo 101 CNUDM⁽⁷⁾:

Constituye piratería cualquiera de los actos siguientes:

- a) *Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos:*
 - i) *Contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos;*
 - ii) *Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado;*

⁽⁷⁾ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, en su trabajo «Aspectos jurídico-penales del crimen internacional de piratería», publicado en la obra colectiva *La persecución de los actos de piratería en las costas somalíes*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pp. 116 a 122, realiza un interesante análisis de los tipos definidos en los artículos 101 y 102 de la CNUDM.

- b) *Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata;*
- c) *Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o el apartado b) o facilitarlos intencionalmente. El artículo 102 de la misma convención considera también piratería los actos definidos en el artículo anterior perpetrados por un buque de guerra, un buque de Estado o una aeronave de Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o de la aeronave; el artículo 103 define el buque o la aeronave piratas como los destinados por las personas bajo cuyo mando efectivo se encuentran a cometer cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 101, considerando también piratas los buques o aeronaves que hayan servido para cometer dichos actos mientras se encuentren bajo el mando de las personas culpables de esos actos, y el artículo 104 determina que un buque o una aeronave podrá conservar su nacionalidad no obstante haberse convertido en buque o aeronave pirata, rigiéndose la conservación o la pérdida de la nacionalidad por el derecho interno del estado que la haya concedido.*

Como excepción al principio general de que los buques en alta mar solo están sujetos a la jurisdicción del estado de su pabellón, el artículo 105 de la citada convención permite que todo estado pueda apresarse, en alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún estado, un buque o aeronave pirata o un buque o aeronave capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo, mediando en su caso el previo derecho de visita para comprobar la naturaleza de sus actividades. Los tribunales del país que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse a los responsables y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.

El artículo 107 de la Convención autoriza a realizar los apresamientos por causa de la piratería solo a los buques de guerra o las aeronaves militares u otros buques o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un Gobierno y estén autorizados a tal fin, mientras que el artículo 106 determina la responsabilidad del estado que realice el apresamiento frente al estado de la nacionalidad del buque o de la aeronave de todo perjuicio o daño causado por la captura cuando un buque o una aeronave sean apresados por sospechas de piratería sin motivos suficientes.

Entre los problemas que a nuestro juicio presenta la expresada configuración de la piratería, podemos señalar los siguientes:

- *La insuficiencia de la determinación del elemento circunstancial del lugar en la definición y el ejercicio de la jurisdicción respecto del delito de piratería*

El artículo 101 de la Convención de 1982 limita el delito de piratería al ataque producido en alta mar o en lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, mientras que el artículo 100 también limita a estos espacios el deber de cooperación de los estados en la represión de la piratería. A primera vista parece que está excluyendo, por tanto, la posibilidad de comisión de este delito y su persecución universal, no solo en aguas interiores y territoriales de otro estado (lo que parecería lógico al estar dichas aguas sujetas a las leyes y jurisdicción del estado ribereño) sino también en zona económica exclusiva, dado que el artículo 86 de la Convención determina que «las disposiciones de esta parte (la parte VII sobre el «Alta mar», en la que se enmarcan los artículos relativos a la piratería) se aplican a todas las partes del mar no incluidas en la zona económica exclusiva, en el mar territorial o en las aguas interiores de un estado, ni en las aguas *archipelágicas* de un estado *archipelágico*» .

Pese a que tal interpretación parece derivarse del tenor literal de los preceptos citados, creemos posible mantener otra interpretación más acorde con la verdadera intención perseguida por la Convención, en favor de la libertad de navegación, la paz y la seguridad marítima. Y ello porque si tenemos en cuenta que la soberanía de los estados ribereños sobre sus respectivas zonas económicas exclusivas no es absoluta sino que está limitada a los fines de exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales y otros de contenido económico, limitando igualmente su jurisdicción a los actos relacionados con ellos (artículo 56 CNUDM), nos encontraríamos en caso de seguirse la interpretación literal antes referida con un importante vacío, pues ningún país, ni siquiera el ribereño, podría reprimir la piratería en la zona económica exclusiva, interpretación que por absurda debe ser rechazada.

Aun siendo conscientes de la existencia de opiniones en contra, nos parece más acorde con el espíritu del Convenio la interpretación de que extiende la definición de piratería y la posibilidad de reprimirla por cualquier estado en todas las zonas económicas exclusivas. Tal conclusión resultaría avalada, además, por una interpretación sistemática del precepto que tuviera en cuenta tanto la libertad de navegación reconocida por el número 1 del artículo 58 de la Convención a todos los estados sobre la zona económica exclusiva como que el número 2 del mismo precepto declara expresamente de aplicación a las zonas económicas exclusivas los artículos 88 a 115 (entre los que se encuentra la regulación de la piratería) y otras normas pertinentes de derecho internacional, en la medida en que no sean incompatibles con la parte V, relativa a la zona económica exclusiva. Entendemos obviamente que con relación a la piratería tal incompatibilidad no existe, pues una cosa son los derechos del estado ribereño a la exploración y explotación de los recursos naturales y la protección del medio marino en su zona económica

exclusiva y otra bien distinta los atentados que contra la legítima libertad de navegación de todos los estados se cometan en dicha zona.

Otra cuestión, en cierta medida relacionada con la anterior, es la del alcance que se debe dar a la expresión «en lugar no sometido a la jurisdicción de ningún estado», utilizada tanto en el artículo 100 como en el 101 de la convención, pues cabría plantearse si se refiere a un lugar que formalmente o de derecho no está sometido a la jurisdicción de país alguno o si también incluye aquellos lugares que, aunque formalmente sí lo están, de hecho la jurisdicción no es ejercida por falta de medios, por la situación de desgobierno o por cualquier otra causa. La primera interpretación parecería más acorde con la asimilación con la alta mar que se deriva de los artículos citados y de la propia expresión utilizada de «sometidos», mientras que la segunda cabría deducirla de la circunstancia de que en todos los espacios marinos regulados por la convención se establece formalmente la jurisdicción, por lo que al referirse a lugar no sometido a jurisdicción de estado alguno como espacio distinto de la alta mar solo podría aludir a situaciones de hecho. Ello ampararía la posibilidad de intervención de cualquier país contra la piratería en aguas de países, por ejemplo, sin Gobierno efectivo –a las que se refieren Fernández Fadón y Fernández Roderá con la expresión de «mares fallidos»⁽⁸⁾– en los que la normativa internacional ha de adecuarse a las circunstancias.

- *La dificultad de interpretación de la expresión «propósito personal» como elemento subjetivo o intencional del tipo*

La expresión *propósito personal* utilizada por el artículo 101.a) de la CNUDM añade un elemento de difícil prueba a la hora de su enjuiciamiento, no resultando tampoco sencilla la determinación de su significado⁽⁹⁾.

Tal y como está redactado el tipo, podrían surgir dudas sobre si cabría calificar de piratería los actos de violencia, detención o depredación cuando los mismos estuvieran inspirados en motivos ideológicos, sean políticos, sociales o religiosos. Sin duda, es previsible que cualquier inculpado por acciones de piratería invoque motivos para sus acciones distintos del mero lucro o goce personal⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ FERNÁNDEZ FADÓN, Fernando: «África occidental, el fenómeno de los mares fallidos y los riesgos para el entorno marítimo español», *Revista General de Marina*, n.º 251, agosto-septiembre de 2006, pp. 254 y 255, y «Piratería en Somalia: 'mares fallidos' y consideraciones de la historia marítima», Documento de Trabajo, n.º 10/2009, Real Instituto Elcano. FERNÁNDEZ RODERA, José Alberto, en editorial de la *Revista Jurídica Militar* (revista electrónica de derecho militar para profesionales), n.º 42, de 2 de junio de 2008.

⁽⁹⁾ Por ejemplo, DE AZCÁRRAGA BUSTAMANTE, José Luis, en su *Derecho del mar*, volumen i, ed. Universidad de Alcalá de Henares, 1983, p. 170, considera que propósito personal es «una fórmula mucho más amplia –y acaso más imprecisa o vaga– de aquella finalidad clásica del *animus furandi*, de la intención de robo, que no es forzosamente necesaria para tipificar la piratería. El fin personal (...) parece excluir los objetivos políticos».

⁽¹⁰⁾ El profesor José Manuel Sobrino Heredia señalaba en una entrevista para *La Voz de Galicia* publicada el 16 de enero de 2012: «En el ámbito de la violencia en el mar es muy difícil poner fronteras entre el propósito de lucro de la piratería y el terrorismo. Desde el derecho internacio-

Por nuestra parte estimamos que también podría sostenerse una interpretación según la cual con la expresión «propósito personal» precisamente se ha querido no limitar el ánimo de la piratería al ánimo de lucro, sino incluir también dentro de su ámbito, probablemente por la gravedad de las acciones tipificadas, otros ánimos también personales que pueden mover a sus autores como puedan ser los políticos, sociales o religiosos.

Bien es verdad que tal interpretación podría ser criticada por la excesiva asimilación que lleva aparejada la piratería con el terrorismo, pero la realidad es que la línea divisoria que separa ambos delitos es cada vez más fina⁽¹¹⁾, habiendo podido llegar el momento de resultar conveniente el darles un tratamiento conjunto, dando predominio al bien jurídico primariamente protegido, la seguridad marítima, frente al propósito último del autor, camino en cierta medida emprendido como veremos más adelante por la Convención para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Navegación Marítima (conocida también como Convenio o Convención SUA), firmada en Roma el 10 de marzo de 1988, las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre la piratería en Somalia y la reciente tipificación del delito de piratería en el código penal español.

- *La posible insuficiencia de las acciones típicas que conforman la piratería*

En algunos documentos de las organizaciones internacionales se viene hablando, junto a la piratería, de robo a mano armada o actos de bandidaje como conceptos distintos de aquella. La diferencia esencial entre ambas figuras no parece ser otra que la de los distintos espacios marítimos en los que se cometen los actos de depredación: en alta mar, zona económica exclusiva o aguas no sometidas a la jurisdicción de estado alguno se trataría de piratería mientras que en aguas interiores, aguas archipelágicas o mar territorial, la denominación sería robo a mano armada. Tal distinción, a nuestro juicio artificial, es consecuencia forzada de la propia definición de piratería contenida en la CNUDM que, como hemos visto, la limita a la *alta mar* o *lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado*⁽¹²⁾.

nal se persigue el delito si se trata de lucro, pero si los propósitos son públicos, de ámbito político, ideológico, religioso, ya entran en otro capítulo, de ahí que se haya hablado de que sería necesario buscar procedimientos jurídicos de prevención que den una definición más amplia de piratería y permitan perseguir la piratería que se ejerce con fines políticos».

⁽¹¹⁾ Esta afirmación, que se contenía ya en nuestro trabajo publicado en abril de 2009 Marco jurídico de la seguridad marítima, ob. cit., p. 194, ha cobrado también fuerza en la doctrina y la sostienen, entre otros, el director ejecutivo de la UNODC en su informe de 22 de marzo de 2012 al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, citado en la nota 5 de este trabajo, el profesor Sobrino Heredia, citado en la nota anterior, o CASTELLÓN MORENO, Joaquín, en su trabajo La delgada línea entre el terrorismo y la piratería en el océano Índico, publicado por el IEEE como Documento de Análisis n.º 13/2010, de noviembre de 2010.

⁽¹²⁾ En efecto, algunos documentos de la ONU se ocupan de recordar que la definición de «piratería» es la recogida en el art. 101 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, mientras que la definición del «robo a mano armada contra barcos» se contiene en el apar-

Aun cuando creemos preferible tender a un concepto más amplio de piratería – no condicionado por el espacio marítimo en el que se comete–, en el momento actual la especificación en los instrumentos internacionales junto a la piratería del robo a mano armada tiene la virtud de dar cobertura para el ejercicio de la jurisdicción universal a aquellos estados que, aun no teniendo tipificado en sus legislaciones penales el delito de piratería –como ocurría hasta hace dos años en España–, sí tienen tipificadas conductas concretas como el robo, las amenazas o las detenciones ilegales que pueden considerarse comprendidas en la tipificación de la piratería según el mencionado convenio.

Cuestión distinta es la que se refiere a la conveniencia de incluir, dentro del concepto de piratería a efectos internacionales, los actos referidos en el artículo 101 de la Convención de Jamaica cuando son realizados no por los pasajeros o tripulantes de otro buque como prevé el Convenio sino por los del mismo buque en el que estaban embarcados. Si bien es cierto que el apoderamiento del buque por la tripulación o los pasajeros de ese mismo buque podría integrar, en un principio, otras figuras distintas como pudieran ser la rebelión, la sedición o un acto de terrorismo, también es cierto que sería deseable que los actos de violencia, depredación o detenciones ilegales que pudieran acompañar o seguir al apoderamiento fueran susceptibles de calificarse como piratería. Sin embargo, para ello entendemos que sería necesaria una modificación del Convenio, pues con la redacción actual solo cabría considerar como piratería

tado 2.2 del Código de prácticas para la investigación de los delitos de piratería y robo a mano armada contra barcos, aprobado por la IMO, en su versión de 2 de diciembre de 2009 y conforme al cual: «Armed robbery against ships means any of the following acts: 1. Any illegal act of violence or detention or any act of depredation, or threat there of, other than an act of piracy, committed for private ends and directed against a ship or against persons or property on board such as a ship, within a State's internal waters, archipelagic waters and territorial sea; 2. Any act of inciting or of intentionally facilitating an act described above.»

También la doctrina se ha planteado las diferencias entre una y otra figura y así, BARRADA FERREIRÓS, Alfonso, en El talón de Aquiles de Atalanta: el enjuiciamiento y encarcelamiento de los piratas, publicado por el IEEE como Documento Marco n.º 01/2011, señala que «... la diferencia esencial entre ambos viene dada, simplemente, por los espacios marítimos donde tienen lugar los hechos: en alta mar o en zona económica exclusiva, la piratería, y en aguas interiores, aguas archipelágicas o mar territorial, el robo a mano armada».

No obstante lo anterior, en el presente trabajo opto por considerar equivalentes ambas figuras delictivas pues puede ocurrir que en determinadas legislaciones aparezca tipificado solo el robo a mano armada en la mar y no el delito de piratería, o al revés, como ocurre actualmente en nuestro código penal donde el robo a mano armada en la mar encontraría encaje en el nuevo delito de piratería aun cuando se cometiera en el mar territorial o en aguas marítimas interiores. Adviértase que las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre Somalia utilizan conjuntamente ambas expresiones, tanto se refieran a la alta mar como al mar territorial o aguas interiores. Pienso que la razón es principalmente práctica, con el fin de abarcar en todo lo posible los actos de violencia en la mar, con independencia del espacio marítimo en el que se cometan y de la tipificación que reciban en las normativas internas de los estados.

Por todo ello, en este trabajo utilizo el término «piratería» para referirme indistintamente a ambas figuras.

los actos ilícitos que cometiera el buque –o aeronave– objeto de apoderamiento respecto de otros buques o aeronaves.

- *Sobre la conveniencia de que el deber de cooperación entre los estados para la represión de la piratería se extendiera a todos los espacios y no solo a la alta mar*

A nuestro juicio, la capacidad de movilidad que están demostrando los piratas para trasladarse con rapidez de unos a otros espacios marítimos –o a sus bases de tierra– aprovechando la natural permeabilidad de dichos espacios pone en cuestión, si se pretende combatir eficazmente la piratería, la restricción contenida en el artículo 100 de la Convención de 1982, consistente en limitar el deber de cooperación de todos los estados en la represión de la piratería a la alta mar o a cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún estado.

Consideramos que este deber de cooperación debería extenderse a todos los lugares, sean espacios marítimos o terrestres, y en esa dirección apuntan, como luego veremos, las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Cuestión distinta sería la de condicionar la capacidad de intervención directa de terceros estados en territorio, aguas interiores o mar territorial de otro país a la previa petición o consentimiento de este.

En definitiva, podemos concluir este apartado con la reflexión de que la definición de piratería de la CNUDM es ilógicamente restrictiva. No comprende todos los actos graves de violencia, detención o depredación en la mar, aun cuando el daño causado a las víctimas sea de igual naturaleza y de igual o incluso superior intensidad, y ello en atención a criterios tan aleatorios y, desde mi punto de vista, endeble como el espacio marítimo en el que se produzca o la intencionalidad última que persiga el autor del daño⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ Son ya varios los autores, en España y fuera de España, que por unas u otras razones consideran insuficiente o inadecuada la definición de piratería contenida en la CNUDM. Las críticas que ahora formulo ya fueron anticipadas en mi trabajo citado Marco jurídico de la seguridad marítima, publicado en abril de 2009, p. 190 a 202. En el mismo sentido, SOBRINO HEREDIA, José Manuel, en su trabajo «La piratería marítima: un crimen internacional y un galimatías nacional», publicado en junio de 2009 en la Revista Electrónica de Estudios Internacionales, afirma: «... por lo que se refiere al delito internacional de piratería nos encontramos con que la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y, en particular, su art. 101, proporciona una noción muy restringida de piratería, tanto por el lugar de la comisión del delito como por las características de los navios involucrados como, en fin, por las razones que motivan el acto». También en España, RODRÍGUEZ-VILLASANTE, José Luis, en sus trabajos «Problemas jurídico-penales e internacionales del crimen de piratería (una laguna imperdonable de nuestro código penal y, ¿por qué no?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional)», publicado en mayo de 2010 en la Revista Española de Derecho Militar, n.º 93, in memoriam de Agustín Corrales Elizondo, p. 212, y Aspectos jurídico-penales..., ob. cit. publicada en 2011, p. 132, califica de «inadecuada y anticuada» la definición del artículo 101 CNUDM. JORGE URBINA, Julio, en «El régimen jurídico internacional de la piratería y los problemas que plantea su persecución en las costas de Somalia y el golfo de Adén», publicado también en la obra colectiva La persecución de los actos de piratería

■ **La Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima**

Conocida también como Convención SUA, fue firmada en Roma el 10 de marzo de 1988, junto con un protocolo aplicable a las plataformas artificiales en la mar⁽¹⁴⁾, a los pocos años del secuestro del buque de pasaje italiano Achille Lauro por cuatro hombres que aseguraban actuar en nombre del Frente para la Liberación de Palestina (FLP)⁽¹⁵⁾, episodio que conmocionó al mundo y puso de manifiesto la insuficiencia de la CNUDM para darle respuesta.

La Convención y su Protocolo fueron enmendados en el año 2005 por sendos protocolos⁽¹⁶⁾ que incluían nuevos tipos delictivos, reforma promovida por EE. UU. a raíz del atentado del 11 de septiembre contra las Torres Gemelas de Nueva York. El preámbulo de la Convención SUA comienza con una referencia a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad

en las costas somalíes, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011, p. 65, estima que el tratamiento fragmentario que se hace de la persecución de esta actividad delictiva en función del espacio donde se cometa «resulta hoy en día cada vez más inadecuado», propugnando «una revisión de la definición de piratería para suprimir el requisito espacial que obliga a que estos delitos se cometan más allá del mar territorial».

Fuera de España, podemos mencionar a ELLEMAN, Bruce A., FORBES, Andrew y ROSENBERG, David: Piracy and maritime crime..., ob.cit., pp. 224 y 225, publicada en enero de 2010, los cuales, tras poner de manifiesto las muy diversas modalidades del delito de piratería a lo largo de la historia, ironizan sobre las consecuencias legales que para las víctimas tiene el lugar donde se desarrolla la acción:

The location of a criminal attack determines whether it is an act of piracy or simply a maritime crime, within the jurisdiction of a particular country. This legalistic distinction, of course, is meaningless to the victim. Traditionally, piracy included almost any theft on the water, even along a country's coastline or on its rivers, which explains why many medieval cities were located far inland. From the eighteenth century onward, however, «maritime crime» was considered to take place in territorial waters out to three nautical miles, with piracy occurring beyond three nautical miles on what was by then called the «high seas», territorial waters progressively extended outward to the current twelve nautical miles...

⁽¹⁴⁾ Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, firmados en Roma el 10 de marzo de 1988. Instrumento de ratificación por España de 15 de junio de 1989 (publicado en el BOE n.º 99, de 24 de abril de 1992).

⁽¹⁵⁾ Los secuestradores, cuyo líder era Abu Abbas, se hicieron con el control del buque y exigieron la liberación de cincuenta palestinos detenidos en Israel. Para demostrar que sus amenazas iban en serio, el ciudadano israelí Leon Klinghoffer, anciano de 79 años de edad y en silla de ruedas, fue asesinado y arrojado con ella después por la borda.

⁽¹⁶⁾ Protocolos de 2005 firmados en Londres el 14 de octubre de 2005 relativos al Convenio y Protocolo de 1988 citados. Instrumentos de ratificación por España de 31 de marzo de 2008 (publicados en los BOE n.º 225 de 16 de septiembre de 2010 y n.º 226 de 17 de septiembre de 2010). Una versión consolidada de los textos del Convenio y el Protocolo de 1988 con las enmiendas introducidas por los protocolos de 2005 se publicó en los BOE n.º 170, de 14 de julio de 2010, y n.º 171, de 15 de julio de 2010.

internacionales, mostrando su preocupación por «la escalada mundial de los actos de terrorismo en todas sus formas, que ponen en peligro vidas humanas inocentes o causan su pérdida, comprometen las libertades fundamentales y atentan gravemente contra la dignidad del ser humano» para, a continuación, considerar que los «actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima comprometen la seguridad de las personas y de los bienes, afectan gravemente la explotación de los servicios marítimos y socavan la confianza de los pueblos del mundo en la seguridad de la navegación marítima», así como que «la realización de tales actos preocupa gravemente a toda la comunidad internacional».

Los delitos contemplados por la Convención SUA aparecen tipificados originariamente en su artículo 3.1 de la siguiente forma:

Comete delito toda persona que ilícita e intencionadamente:

- a) se apodere de un buque o ejerza el control del mismo mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación; o*
- b) realice algún acto de violencia contra una persona que se halle a bordo de un buque, si dicho acto puede poner en peligro la navegación segura de ese buque; o*
- c) destruya un buque o cause daños a un buque o a su carga que puedan poner en peligro la navegación segura de ese buque; o*
- d) coloque o haga colocar en un buque, por cualquier medio, un artefacto o una sustancia que puedan destruir el buque, o causar daños al buque o a su carga que ponga o puedan poner en peligro la navegación segura del buque; o*
- e) destruya o cause daños importantes en las instalaciones y servicios de navegación marítima o entorpezca gravemente su funcionamiento, si cualquiera de tales actos puede poner en peligro la navegación segura de un buque; o*
- f) difunda información a sabiendas de que es falsa, poniendo así en peligro la navegación segura de un buque; o*
- g) lesione o mate a cualquier persona, en relación con la comisión o la tentativa de comisión de cualquiera de los delitos enunciados en los apartados a) a f).*

El apartado 2 del artículo 3 de la Convención considera también delito la tentativa y la inducción a cometer cualquiera de los anteriores delitos, así como la amenaza de cometer «con ánimo de obligar a una persona física o jurídica a ejecutar un acto o a abstenerse de ejecutarlo, cualquiera de los delitos enunciados en los apartados b), c) y e) del párrafo 1, si la amenaza puede poner en peligro la navegación segura del buque de que se trate».

La universalización de la jurisdicción para perseguir los mencionados delitos se materializa en el artículo 6 de la Convención mediante el establecimiento de distintos criterios para conferir jurisdicción a los estados parte, además del tradicional que la atribuye al estado del pabellón.

En concreto, disponen los apartados 1 y 2 del referido artículo 6 lo siguiente:

1. Cada estado parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 3 cuando el delito sea cometido:

- a) contra un buque o a bordo de un buque que en el momento en que se cometa el delito enarbole el pabellón de ese estado; o*
- b) en el territorio de ese estado, incluido su mar territorial; o*
- c) por un nacional de dicho estado.*

2. Un estado parte podrá también establecer su jurisdicción respecto de cualquier de tales delitos cuando:

- a) sea cometido por una persona apátrida cuya residencia habitual se halle en ese estado; o*
- b) un nacional de ese estado resulte aprehendido, amenazado, lesionado o muerto durante la comisión del delito; o*
- c) sea cometido en un intento de obligar a ese estado a hacer o no hacer alguna cosa.*

En el Convenio SUA se prevén también numerosas reglas tendentes a favorecer la colaboración y auxilio de los estados partes en orden a la prevención, persecución y represión de estos delitos con el fin de evitarlos y, si pese a todo se producen, que no queden impunes.

Entre dichas reglas destacamos por su curiosidad la contenida en el artículo 8.1, conforme a la cual:

El capitán de un buque de un estado parte (el estado del pabellón) podrá entregar a las autoridades de cualquier otro estado parte (el estado receptor) a cualquier persona respecto de la que tenga razones fundadas para creer que ha cometido alguno de los delitos enunciados en el artículo 3.

Por su parte, el Protocolo SUA se refiere a las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, que son definidas en su artículo 1.3 como «isla artificial, instalación o estructura sujeta de manera permanente al fondo marino

con fines de exploración o explotación de los recursos u otros fines de índole económica».

Los delitos contra las plataformas fijas son definidos en el artículo 2 del Protocolo de forma análoga a como lo hace la Convención, mientras que el artículo 3 del Protocolo establece reglas también análogas a las de la Convención respecto del ejercicio de la jurisdicción de los estados partes. Además, el artículo 1 del Protocolo establece que se aplicarán *mutatis mutandi* a los delitos enunciados en su artículo 2 cuando tales delitos se cometan a bordo de plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, o en contra de estas, los artículos 5 y 7 así como del 10 al 16 del Convenio SUA .

La tipificación de los delitos en la Convención SUA y su Protocolo es, por tanto, muy amplia y muchas de las conductas que contemplan podrían ser también constitutivas del delito de piratería. Normalmente los autores se esfuerzan en argumentar⁽¹⁷⁾ que la diferencia radica en el «propósito personal» propio de la piratería, al que se refiere el artículo 101 del Convenio de Jamaica de 1982, frente al propósito terrorista propio de los delitos tipificados en la Convención y el Protocolo SUA. Sin embargo, cuando la Convención y el Protocolo SUA definen los delitos contra la seguridad marítima, ni los califican de terrorismo ni exigen, a mi juicio con acierto, un dolo específico en su comisión sino el dolo genérico de que se realicen «intencionadamente», por lo que si bien teóricamente sí podrían existir problemas para calificar como actos de piratería aquellas conductas tipificadas en el artículo 101 de la Convención de 1982 cuando se realizaran por motivos políticos o religiosos, no existirían problemas para calificar como delitos contra la seguridad de la navegación marítima las conductas definidas en el artículo 3.1 de la Convención SUA, aun cuando se realizaran con «propósitos personales».

Desde el punto de vista práctico, de protección de la víctima y ante la dificultad de indagar y llegar a la certeza de los propósitos últimos perseguidos por los delincuentes al cometer actos de piratería o de terrorismo, resulta más acertada, a nuestro juicio, la referencia al dolo genérico que realizan la Convención y el Protocolo SUA, por lo que propugnamos que en el futuro se produzca una aproximación y unificación en la descripción del elemento subjetivo en ambos tipos de delitos, otorgándoseles también un tratamiento similar⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ Por ejemplo, FERNÁNDEZ RODERA, José Alberto, en: «Terrorism at sea. Internacional law response», publicado en la obra colectiva *International legal dimension of terrorism*, dirigida por Pablo Antonio Fernández Sánchez, ed. Nijhoff Leiden-Boston, 2009, p. 110, afirma: «In particular, it is clear that piracy must be differentiated from terrorism because it is committed 'for private ends!...». En el mismo sentido se pronuncia DOMÍGUEZ-MATÉS, Rosario, en su trabajo «From the Achille Lauro to the present day: an assessment of the international response to preventing and suppressing terrorism at sea», publicado en la misma obra colectiva, p. 232, citando a Ronzitti.

⁽¹⁸⁾ En buena medida es la solución que ha adoptado nuestro legislador al reintroducir el delito de piratería en el artículo 616 ter del código penal español mediante la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de julio. A nuestro juicio, la nueva tipificación del de-

Por lo que se refiere a las enmiendas de 2005 al Convenio y al Protocolo SUA, tienen por objeto, básicamente, por una parte ampliar los tipos delictivos y, por otra, establecer normas que permitan y regulen la inspección en alta mar de un buque extranjero por oficiales de un estado distinto al del pabellón.

Respecto de la ampliación de los tipos delictivos, las enmiendas incluyen como delito el transporte ilícito de material de doble uso, con la siguiente redacción:

Comete delito toda persona que ilícita e intencionadamente (...) transporte a bordo de un buque (...) cualquier equipo, materiales o software o tecnología conexas que contribuya de forma importante al proyecto, fabricación o envío de un arma NBQ con la intención de que se use para ese fin.

También se tipifican como delitos (artículos 3 bis, 3 ter y 3 quarter) la utilización del buque como arma y el transporte en él de NBQ, explosivos y materiales relacionados y el transporte de personas implicadas en cualquiera de las categorías de delitos citadas, así como la tentativa y la coparticipación en la comisión de las conductas delictivas descritas. Como con acierto advierte Alfonso Barrada⁽¹⁹⁾, respecto de algunas –no todas– de estas nuevas conductas tipificadas como delito por los protocolos de 2005, sí se exige una determinada

lito de piratería responde con bastante fidelidad a la evolución que estamos exponiendo del derecho internacional y a las recomendaciones a los estados contenidas en las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre la piratería en Somalia, aun cuando somos conscientes de la existencia de voces críticas frente a ella. En concreto, el coordinador de este Cuaderno de Estrategia, el general consejero togado RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., en su trabajo Problemas jurídico-penales e internacionales del crimen de piratería..., ob. cit., pp. 187 a 222, se formula la pregunta de si la nueva tipificación en el derecho penal español no desnaturaliza el crimen internacional de piratería al no respetar la definición del artículo 101 de la CNUDM de 1982, aunque admite que hay que ser consciente de lo inadecuada y anticuada que resulta la definición convencional y consuetudinaria de la piratería. Por su parte, FERNÁNDEZ RODERA, J. A., en Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del código penal (conclusiones del Seminario Interuniversitario sobre la Reforma del Código Penal, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid), ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pp. 435 a 438, manifiesta que el texto «difiere radicalmente del Convenio de Jamaica de 1982 y además daría lugar a considerar piratería lo que pudieran ser simples robos o daños en espacios de soberanía (mar territorial y aguas interiores)». Propone que se incluya como elemento subjetivo del tipo «el ánimo de lucro propio o ajeno u otro propósito personal», así como que se limiten los espacios marítimos en los que se puede cometer el delito de piratería a los siguientes: «alta mar, espacio no sometido a la jurisdicción de ningún estado, zona económica exclusiva, zona contigua u otro espacio marítimo respecto del que así se determine en convenio, acuerdo o instrumento jurídico internacional». Estas propuestas fueron incorporadas en una enmienda presentada por el Grupo Popular durante la tramitación en el Senado del proyecto de ley, que no resultó finalmente aprobada.

⁽¹⁹⁾ BARRADA FERREIRÓS, Alfonso: Sentencia de la Audiencia Nacional sobre el caso Alakrana, Documento Marco 09/2012 del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), junio de 2012, p. 13, <http://www.ieee.es/>. Alfonso Barrada es magistrado excedente y miembro del cuerpo jurídico, actualmente destinado en la Asesoría Jurídica del Cuartel General de la Armada. Fue el asesor jurídico del Cuartel General de la Fuerza de Atalanta en la segunda rotación.

intención en sus autores: así, los hechos descritos en los cuatro apartados del art. 3 bis.1.a serán constitutivos de delito «cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un Gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo».

Por lo que se refiere al procedimiento de visita e inspección y las cuestiones de jurisdicción relacionadas, se pueden resumir de la siguiente forma: cuando fuera del mar territorial de cualquier estado los agentes de un estado parte tengan sospechas de que un buque de otro estado o persona a bordo del mismo ha participado, participa o va a participar en la comisión de cualquiera de los delitos tipificados, podrá: a) solicitar la confirmación de la nacionalidad al estado del pabellón; b) si confirma la nacionalidad, puede pedir autorización al estado del pabellón para adoptar las medidas apropiadas con respecto al buque, entre las que se encuentran la interceptación, visita y registro del buque, su carga y las personas a bordo, así como interrogar a estas con el fin de determinar si han cometido o van a cometer alguno de los delitos tipificados.

El estado del pabellón puede: autorizar la visita e inspección solicitada así como, en su caso, la adopción de las medidas adecuadas respecto de la retención del buque, su carga o las personas a bordo; hacer que sus propios agentes realicen la visita y el registro; realizar la visita y el registro de forma conjunta con el estado solicitante, o negar la autorización de visita y registro. Con el importante matiz de que la falta de contestación del estado requerido durante cuatro horas puede ser interpretada por el estado requirente como una tácita autorización.

Durante las negociaciones, las representaciones de algunos países sugirieron que este procedimiento de visita y registro resultaba incompatible con los principios de libertad de navegación y jurisdicción del estado del pabellón, expresando sus temores de que se produjeran abusos durante su aplicación práctica.

En cualquier caso, los estados tienen el deber recíproco de informarse sin dilación. No pueden adoptarse medidas adicionales sin la autorización expresa del estado del pabellón, excepto cuando sea necesario para mitigar riesgos inminentes para la vida de las personas o las medidas se deriven de acuerdos bilaterales o multilaterales que las permitan, conservando el estado del pabellón la jurisdicción sobre el buque, la carga y las personas a bordo, si bien podrá dar su consentimiento para que la ejerza otro país.

Entre las cautelas o salvaguardas durante la ejecución de las medidas, se recogen las siguientes: no poner en riesgo la seguridad de la vida humana en la mar; velar porque las personas a bordo sean tratadas de modo que se preserve la dignidad humana conforme con la legislación internacional

sobre derechos humanos; realizar las visitas y registros de acuerdo con el derecho internacional aplicable; tener en cuenta la seguridad del buque y su carga; procurar que las medidas que se adopten sobre el buque y su carga sean ecológicamente razonables; asegurarse de que el capitán del buque sea notificado de la intención de realizar la visita, así como que tenga oportunidad de contactar con el propietario del buque y el estado del pabellón a la mayor brevedad y hacer lo posible por evitarla demora o inmovilización indebida del buque.

También se prevén indemnizaciones por parte del estado interviniente a favor de los perjudicados en los casos en los que resulten infundados los motivos para la adopción de las medidas realizadas durante la operación cuando dichas medidas sean ilícitas o cuando excedan de las razonablemente necesarias.

Entre los aspectos más discutidos de las enmiendas de 2005 a la Convención y el Protocolo SUA, se encuentran: la introducción de tipos poco definidos en su aspecto subjetivo por cuanto no se especifica la exigencia de la intención terrorista en el transporte del material de doble uso, así como la extensión de las obligaciones del Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares (TNP) de 1968 al ámbito de aplicación del Convenio SUA. Estados como India, Pakistán, Israel o Irán mostraron su oposición a que la OMI utilizara, en la Convención SUA, conceptos respecto de los que solo la Agencia Internacional de Energía resulta competente, estimando que mediante este Convenio y en contra del derecho internacional se estaban criminalizando las aplicaciones pacíficas de la energía nuclear, y alegando también un trato discriminatorio de los países nucleares miembros del TNP respecto de los que no lo son.

■ LAS NUEVAS RESPUESTAS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL A LA PIRATERÍA: UN PROBLEMA COMPLEJO QUE REQUIERE SOLUCIONES INTEGRALES

Frente a la piratería organizada y expansiva a la que nos referíamos en la presentación del trabajo, las respuestas del derecho internacional público codificado, basadas principalmente en su tipificación como un delito contra la propiedad en la mar respecto del que se admitía el ejercicio de la jurisdicción universal, resultan notoriamente insuficientes.

Esta nueva modalidad de piratería responde a causas y objetivos múltiples y complejos, con un peculiar *modus operandi* que pone en serio riesgo la seguridad marítima, por lo que también diversas y no siempre fáciles tendrán que ser las respuestas de la comunidad internacional, debiendo orientarse a conseguir una solución integral y duradera.

El mayor o menor éxito de la lucha contra la piratería dependerá en buena medida del acierto tanto en el análisis de sus causas como de los instrumentos y medidas utilizados para su neutralización o mitigación.

Expresamos a continuación con un sencillo esquema los diferentes tipos de respuesta que, con mayor o menos intensidad, está dando la comunidad internacional para abordar el problema de la piratería en el golfo de Adén y el Índico occidental.

■ **El caso de Somalia como paradigma: la situación política y las causas de la piratería**

Como es sabido, Somalia padece desde el año 1991 varias guerras civiles que han desestructurado y fragmentado al Estado, careciendo de un Gobierno central y de instituciones capaces de regirlo. Dejó de existir un ordenamiento jurídico que reuniera las características que lo hicieran merecedor de tal nombre y un sistema judicial capaz de aplicarlo, rigiendo la anarquía y la ley del más fuerte impuesta por los señores de la guerra y los clanes, y donde aparecen en escena, además, grupos islamistas radicales organizados como Al-Shabaab que incitan a la insurgencia. Nos encontramos pues, desde hace mucho tiempo, con lo que ha dado en llamarse un Estado fallido –más bien, diría yo, con la carencia de un Estado propiamente dicho– con unas costas sin ningún tipo de control institucional en las que los piratas encuentran asiento, refugio y suministro.

Igualmente importante para comprender el fenómeno es la carencia de recursos económicos de Somalia, con un ínfimo producto interior bruto incapaz de

RESPUESTAS FRENTE A LA PIRATERÍA

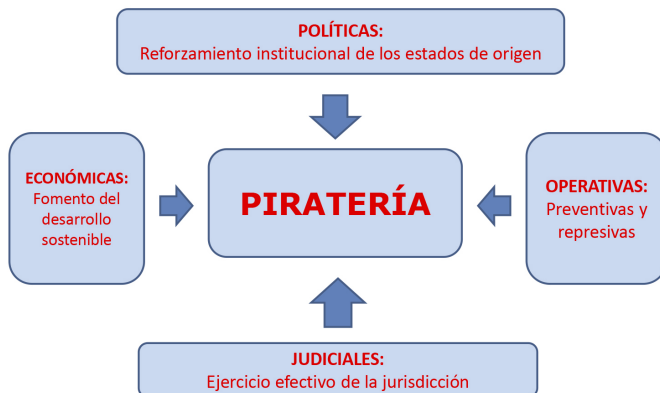


GRAFICO-1

asegurar el sustento de la población, así como trabajo estable y unas condiciones de vida dignas. Frente a esta situación generalizada de pobreza y miseria, la piratería surge como un lucrativo negocio, a la vez que un modelo social y un ventajoso medio de vida para amplios sectores de la sociedad que no tienen otro medio. Ello explica su fuerte expansión y que nos lleguen rumores de la existencia de listas de espera de muchos jóvenes somalíes para ser admitidos como piratas.

Sin embargo, el argumento reiterado por los portavoces de los piratas en sus mensajes públicos apunta al expolio de uno de sus recursos naturales más importantes por parte de las flotas de los países desarrollados: la pesca, en especial del atún.

El análisis pormenorizado de esta invocada causa exigiría por sí solo una profunda reflexión que excede los límites que nos hemos marcado en este trabajo. Baste decir aquí que tiene sus luces y sus sombras y que si bien es cierto que asistimos a una sobreexplotación de los recursos pesqueros en todo el mundo, y también en Somalia, con unos buques en número y capacidad extractiva que superan las posibilidades naturales de reproducción de las especies marinas, lo cierto es que los primeros ataques conocidos de la piratería en Somalia no se produjeron contra buques pesqueros sino contra los buques del Programa Mundial de Alimentos de Naciones Unidas que precisamente transportaban ayuda humanitaria a la población necesitada de Somalia⁽²⁰⁾.

En definitiva, aunque es cierto que asistimos a una pesca masiva por potentes y numerosas flotas pesqueras en el océano Índico occidental y que resultaría recomendable evitar su posible influencia negativa en las capturas de los pescadores con artes artesanales de Somalia, creemos que ella no constituye la causa real del auge de la piratería en Somalia, debiendo esta encontrarse más bien en la quiebra del Estado y en la miseria que sufre su población.

■ Las respuestas de la comunidad internacional para la estabilización de Somalia

Fracasada la misión de 1993 de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz, el plan de Naciones Unidas para hacer frente a la descomposición y al caos político, social y económico en el que se halla sumida Somalia desde hace ya demasiados años se ha ido perfilando a través de una serie de resoluciones del Consejo de Seguridad⁽²¹⁾ que –bajo la consideración de que la situación

⁽²⁰⁾ Nos relata Alfonso Barrada Ferreirós en su sugerente y bien documentado trabajo *El Talón de Aquiles de la Operación Atalanta...*, ob.cit., p. 4, cómo «el incremento que experimentó la piratería en aguas frente a la costa de Somalia durante 2005 y el secuestro ese mismo año de dos buques fletados por el Programa Mundial de Alimentos (PMA) para transportar ayuda humanitaria a la población de Somalia hicieron saltar las alarmas en las Naciones Unidas».

⁽²¹⁾ Las primeras resoluciones del Consejo de Seguridad son la 733 (1992), de 23 de enero, 746 (2012), de 17 de marzo, y 751 (1992), de 24 de abril, en las que se expresa la preo-
cupación por la situación en Somalia.

imperante en Somalia constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales en la región que exige la adopción de medidas en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas– han pivotado, progresivamente, sobre los siguientes ejes:

- Respeto por la soberanía, la integridad territorial, la independencia política y la unidad de Somalia, de Djibouti y de Eritrea.
- La prestación de ayuda humanitaria a la población afectada de toda Somalia por Naciones Unidas, sus organismos especializados y las organizaciones humanitarias internacionales, con adopción de las medidas necesarias que garanticen la seguridad del personal que la preste.
- La aplicación de un embargo general y completo de todos los suministros de armas y equipo militar a Somalia controlado por un Grupo de Expertos, un Grupo de Supervisión y un Comité encargados de velar por su cumplimiento. Posteriormente⁽²²⁾, se ha prohibido también la exportación de carbón vegetal de Somalia independientemente de que ese carbón vegetal sea o no originario de Somalia, ampliando a su control el mandato del Comité y del Grupo de Supervisión.
- El despliegue en Somalia de una misión de la Unión Africana (AMISON, compuesta fundamentalmente de contingentes ugandeses) cuyo mandato y efectivos se han ido ampliando en el tiempo y a cuyas fuerzas se encomienda llenar el vacío de seguridad y crear las condiciones para la retirada total de otras fuerzas extranjeras de Somalia.
- El permanente llamamiento a todas las partes en conflicto para el cese de las hostilidades con exigencia de un alto el fuego inmediato como condiciones necesarias para promover un proceso de reconciliación y normalización política.
- La firma entre las principales facciones beligerantes, en junio de 2008, del Acuerdo de Paz de Djibouti.
- El inicio de un proceso político de transición plenamente inclusivo (jefes de clanes, dirigentes políticos, autoridades religiosas, comunidad empresarial y representantes de la sociedad civil como grupos de mujeres) bajo las directrices de la Carta Federal de Transición (CFT), la constitución de unas instituciones federales de transición reconocidas internacionalmente – básicamente, el Parlamento Federal de Transición (PFT), un presidente, el Gobierno Federal de Transición (GFT) y un sistema judicial– y un Consejo de Reconciliación Nacional (CRN), así como la elaboración de una hoja de ruta hasta llegar a unas elecciones democráticas en los planos local, regional

pación por la grave situación imperante en el país, se hace un llamamiento a la prestación de ayuda humanitaria, se impone el embargo de armas y se encomienda al secretario general de la ONU, en cooperación con el de la Organización de la Unidad Africana y con el de la Liga de Estados Árabes, la puesta en contacto con todas las partes en conflicto para que se comprometan a poner fin a las hostilidades y se proteja a la población civil.

⁽²²⁾ Así se establece en la Resolución del Consejo de Seguridad 2036 (2012), de 22 de febrero.

- y nacional, todo ello con la tutela y el apoyo de la Oficina Política de las Naciones Unidas para Somalia (UNPOS).
- El respeto al derecho humanitario en los conflictos armados, en especial en lo que se refiere a la protección de los civiles, las mujeres y los niños.
 - La consideración de que los grupos armados somalíes de la oposición y los combatientes extranjeros, en particular Al-Shabaab, constituyen una amenaza terrorista para Somalia y la comunidad internacional.
 - La necesidad de formar⁽²³⁾ y desarrollar unas fuerzas propias de seguridad de Somalia.
 - La lucha contra la corrupción.

El largo proceso hacia la reconciliación, la estabilidad y la paz en Somalia ha estado y sigue estando sujeto a muchas dificultades pues continúa sufriendo un estado de guerra constante debido principalmente a los ataques de la guerrilla islamista Al-Shabaab, cuyos vínculos con Al-Qaeda son cada vez más estrechos. Sigue siendo considerado el Estado más fallido y corrupto del planeta⁽²⁴⁾, en una situación de emergencia humanitaria que afecta a la mayoría de la población recién superada una nueva hambruna, y la violación de los derechos humanos continúa imperando⁽²⁵⁾.

Pese a ello, bajo el fuerte impulso de Naciones Unidas se abre en estos momentos una puerta a la esperanza respecto de la situación política de Somalia al haber culminado el período de transición con la aprobación por la Asamblea Nacional Constituyente –formada por líderes somalíes– de una nueva Constitución el pasado 1 de agosto de 2012 que ha de ser todavía sometida a referéndum, la

⁽²³⁾ Al adiestramiento de dicha fuerza contribuye la Misión de Formación para Somalia de la Unión Europea (EUTM), en la que participa España.

⁽²⁴⁾ Según el «Índice de Estados fallidos 2012», que publica la revista *Foreign Policy* desde hace siete años sobre la base de un informe elaborado por el Fondo para la Paz, para cuya elaboración se utilizan datos económicos, políticos y sociales. Aparece Somalia en primer lugar, al igual que en los años 2008, 2009, 2010 y 2011, seguida en 2012 de Congo (D. R.), Sudán y Chad http://www.foreignpolicy.com/failed_states_index_2012_interactive.

Por lo que se refiere al índice de corrupción, utilizamos el estudio que publica la ONG *Transparency International*, <http://www.transparency.org/research/bps2011>.

⁽²⁵⁾ El secretario general de Naciones Unidas, en su informe S/2012/283 de 1 de mayo de 2012 al Consejo de Seguridad, manifestaba: Sigo profundamente preocupado por las graves violaciones del derecho internacional humanitario y las normas internacionales de derechos humanos, especialmente contra las mujeres y los niños. Insto a todas las partes a que se aseguren de que la protección de la población civil se integre en todas las operaciones militares. Considero alentador que el Gobierno Federal de Transición persista en su compromiso de impedir que sus Fuerzas Armadas recluten y empleen niños y le solicito que concluya la elaboración del plan de acción y lo empiece a aplicar antes de que finalice el período de transición.

La situación humanitaria en Somalia exige atención y apoyo constantes. Los pronósticos de escasez de lluvias ponen de relieve que los progresos logrados son frágiles y reversibles. Insto a todas las partes a que garanticen el acceso incondicional de los trabajadores humanitarios para que puedan ayudar a las personas vulnerables. También aliento a todos los donantes a que apoyen con urgencia el procedimiento de llamamientos unificados, que actualmente solo está financiado en un 21 %.

formación del nuevo Parlamento y la designación por este, el 10 de septiembre de 2012, del nuevo presidente de Somalia, Hassan Sheij Mohamud⁽²⁶⁾.

En el ámbito de la seguridad se han producido también importantes avances, pues aunque se siguen cometiendo numerosos atentados en la capital, Mogadiscio⁽²⁷⁾, el control sobre la ciudad es cada vez mayor, habiendo logrado las fuerzas de AMISON desplegarse más allá⁽²⁸⁾, recuperar zonas del centro y del sur de Somalia y tomar, en coordinación con otras fuerzas progubernamentales, la ciudad de Kismayo, hasta hace poco bastión de los radicales islámicos de Al-Shabaab. Asimismo, las fuerzas somalíes, con el apoyo de AMISON y de la misión de formación de la Unión Europea, van adquiriendo cuerpo y ganando eficacia.

■ Las respuestas específicas de la comunidad internacional para combatir la piratería en Somalia y el Índico occidental

El extraordinario auge de la piratería procedente de las costas de Somalia y su rápida expansión por el océano Índico —que por una parte impedía la recepción por la población necesitada de la ayuda del Programa Mundial de Alimentos y por otra representaba una amenaza real y efectiva contra una de las principales rutas comerciales marítimas—, frente a los que resultaban insuficientes los instrumentos internacionales de carácter común para reprimirla así como las acciones políticas referidas en el apartado anterior auspiciadas por Naciones Unidas para lograr la paz y la estabilidad en Somalia, motivaron una serie de resoluciones y acciones específicas contra la piratería adoptadas bajo la invocación del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

⁽²⁶⁾ En sus primeras declaraciones con motivo de su toma de posesión el pasado 16 de septiembre de 2012, el nuevo presidente de Somalia ha manifestado: «Queremos Somalia libre de piratería, de terrorismo y de buscadores de asilo en el extranjero. Queremos crear una comunidad unida para que los somalíes y los países vecinos puedan vivir en paz», <http://www.europapress.es/internacional/noticia-nuevo-presidente-somalia-hassan-sheij-mohamud-jura-cargo-20120916170344.html>.

⁽²⁷⁾ Los más graves y recientes al tiempo de escribir estas líneas: el sufrido por el nuevo presidente electo de Somalia el 12 de septiembre de 2012 a los dos días de su elección y antes de su toma de posesión, del que afortunadamente ha salido indemne, si bien murieron al menos cinco personas, entre ellos tres soldados de AMISON, y el provocado por terroristas suicidas el día 20 de septiembre en un restaurante céntrico de Mogadiscio en el que murieron al menos catorce personas. Ambos atentados se los han atribuido las milicias de Al-Shabaab.

⁽²⁸⁾ En su interesante informe al Consejo de Seguridad de 1 de mayo de 2012, el secretario general de Naciones Unidas acoge con satisfacción estos avances pero advierte con las siguientes palabras de la necesidad de no bajar la guardia:

Si bien las fuerzas somalíes y la AMISON han seguido ganando terreno, los ataques asimétricos de los insurgentes plantean una amenaza seria. En ese sentido, aliento a los estados miembros que cuenten con la capacidad necesaria a que ayuden a la AMISON y a las fuerzas somalíes a consolidar su capacidad para prevenir los ataques asimétricos y aumentar la seguridad de la población civil. Acojo con satisfacción los pasos que ha dado recientemente la Unión Africana para establecer una fuerza de guardia, de conformidad con lo dispuesto en la resolución 2010 (2011), que es fundamental para facilitar la circulación segura del personal civil de la comunidad internacional en Mogadiscio.

Con ello, la piratería y el robo a mano armada en la mar pasaban a ser considerados un quebrantamiento de la paz que legitimaba al Consejo de Seguridad para adoptar las medidas necesarias para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, pudiendo instar a los miembros de las Naciones Unidas para que apliquen dichas medidas.

- *Las resoluciones de 2008 del Consejo de Seguridad sobre la piratería en Somalia*

Si bien ya en algunas de las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre la situación política general en Somalia se empieza, desde el año 2006, a mostrar preocupación *por los crecientes incidentes de piratería y robo a mano armada contra buques que navegan en aguas costeras de Somalia, y por su repercusión en la seguridad de Somalia*⁽²⁹⁾, es a partir del año 2008 cuando a la piratería y al robo a mano armada en la mar se les reconoce verdadera relevancia en dichas resoluciones como amenazas o agresiones contra la paz y la seguridad internacionales, adoptándose en ellas un variado elenco de medidas para prevenirlas y combatirlos, algunas de ellas exorbitantes respecto del régimen jurídico internacional común.

De las diez resoluciones emitidas en el año 2008 por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre la situación en Somalia⁽³⁰⁾, cuatro están dedicadas específicamente a la piratería y otras tres se refieren incidentalmente a ella⁽³¹⁾.

Empezando por las segundas, la Resolución 1801 (2008), de 20 de febrero –dedicada principalmente al despliegue de la AMISON y a la necesidad de promover un proceso político continuo e inclusivo que mejore la situación de seguridad con vistas a establecer una paz general y duradera en Somalia–, reitera la preocupación del Consejo de Seguridad por el recrudecimiento de la piratería frente a la costa de Somalia y alienta «a los estados miembros cuyos buques y aeronaves militares operan en aguas internacionales y en el espacio aéreo adyacente a la costa de Somalia a que estén alerta contra cualquier incidente de piratería en la zona y adopten las medidas adecuadas para proteger a los buques mercantes, en particular a los que transportan ayuda humanitaria, contra esos actos, en consonancia con las normas de derecho internacional pertinentes». En la Resolución 1814, el Consejo de Seguridad «reitera su apoyo a la contribución que han hecho algunos estados para proteger los convoyes marítimos del Programa Mundial de Alimentos y exhorta a los estados y a las organizaciones regionales a que, en estrecha coordinación entre ellas y avisando previamente al secretario general, y a petición del Gobierno Federal de Transición, tomen medidas a fin de proteger la navegación para el transporte

⁽²⁹⁾ Resolución 1676 (2006), de 10 de mayo de 2006.

⁽³⁰⁾ Son las resoluciones 1801, 1811, 1814, 1816, 1831, 1838, 1844, 1846, 1851 y 1853, todas del año 2008.

⁽³¹⁾ Están dedicadas específicamente a la piratería las resoluciones 1816, 1838, 1846 y 1851, mientras que se refieren a ella incidentalmente las resoluciones 1801, 1814, 1844.

y el suministro de asistencia humanitaria a Somalia y para las actividades autorizadas por las Naciones Unidas». Por su parte, la Resolución 1844 (2008), de 20 de noviembre, relativa a medidas contra las personas que violen el embargo de armas o participen en actos que amenacen la paz, la seguridad o la estabilidad de Somalia, advierte del «papel que puede desempeñar la piratería en la financiación de violaciones del embargo de armas cometidas por grupos armados».

Por lo que se refiere a las cuatro resoluciones del año 2008 específicas sobre piratería, intentaremos sistematizarlas de la siguiente forma:

- *Motivación*

Responden a las siguientes preocupaciones de la comunidad internacional: a) la amenaza que los actos de piratería y robo a mano armada contra buques suponen para el suministro rápido, seguro y efectivo de ayuda humanitaria a Somalia (con referencia especial a los ataques contra los buques operados por el Programa Mundial de Alimentos), para la seguridad de las rutas comerciales marítimas y para la navegación internacional; b) la percepción de que los incidentes de piratería y robo a mano armada contra buques en las aguas territoriales de Somalia y en alta mar frente a la costa de Somalia agravan la situación de Somalia, que sigue constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacionales en la región; c) la situación crítica reinante en Somalia y la falta de capacidad del Gobierno Federal de Transición (GFT) para interceptar a los piratas o patrullar y asegurar las rutas marítimas internacionales frente a la costa de Somalia o las aguas territoriales de Somalia, y d) el rápido aumento del radio de acción de los piratas (expansión de la piratería) y el incremento de la violencia en sus actuaciones.

- *Marco jurídico*

Parten de considerar a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, como el marco jurídico aplicable a la lucha contra la piratería y el robo a mano armada, así como a otras actividades realizadas en los océanos, recordando sus principios rectores relativos: la cooperación en toda la medida de lo posible en la represión de la piratería en alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de un Estado; las visitas, las inspecciones y las incautaciones de buques que participen o sean sospechosos de participar en actos de piratería, y la aprehensión con miras a su enjuiciamiento de las personas que participen en esos actos.

Consideramos importante destacar aquí que a partir de la Resolución 1846 (2008), de 2 de diciembre, el Consejo de Seguridad vincula también la piratería con el Convenio de 1988 *para la represión de actos ilícitos contra*

la seguridad de la navegación marítima (Convenio SUA al que nos hemos referido anteriormente), el cual dispone que las partes podrán tipificar delitos en el ámbito penal, establecer su jurisdicción y aceptar la entrega de personas responsables o sospechosas de haberse apoderado o haber ejercido control de un buque por la fuerza o mediante amenaza del uso de la fuerza o cualquier otra forma de intimidación, por lo que el Consejo *insta a los estados partes en el Convenio SUA a* «cumplir plenamente las obligaciones derivadas de este, y a cooperar con el secretario general y con la OMI a fin de crear la capacidad jurídica necesaria para el eficaz enjuiciamiento de las personas sospechosas de actos de piratería o robo a mano armada frente a las costas de Somalia».

- *Medidas adoptadas*

Las medidas se han ido ampliando e implementando a la luz de la evolución de los acontecimientos, en especial en relación con la extensión del radio de acción de los piratas, la entidad de sus ataques y el aumento de la violencia.

Tras unos primeros llamamientos genéricos a los estados cuyos buques de guerra y aeronaves militares operaban en las aguas internacionales próximas a Somalia para que estuvieran alerta contra cualquier incidente de piratería en la zona y adoptaran las medidas adecuadas para proteger a los buques mercantes, en particular a los que transportan ayuda humanitaria, llamamiento que con posterioridad se amplió a todos los estados y organizaciones regionales o internacionales interesados en la seguridad de las actividades marítimas para que participen activamente en la lucha contra la piratería en alta mar frente a la costa de Somalia, en particular desplegando buques de guerra y aeronaves militares, el Consejo de Seguridad decidió, en su Resolución 1816 (2008), facultar a los estados que cooperasen con el GFT en la lucha contra la piratería y el robo a mano armada en el mar frente a la costa de Somalia para: a) entrar en las aguas territoriales de Somalia con el fin de reprimir actos de piratería y robo a mano armada en el mar, en forma compatible con las acciones de esa índole permitidas en alta mar respecto de la piratería con arreglo a las disposiciones pertinentes del derecho internacional, y b) usar en las aguas territoriales de Somalia, en forma compatible con las acciones permitidas en alta mar respecto de la piratería con arreglo a las disposiciones pertinentes del derecho internacional, todos los medios necesarios para reprimir los actos de piratería y robo a mano armada.

Incluso permite que algunos de esos medios se utilicen con carácter preventivo al referirse expresamente⁽³²⁾ a «la incautación y el decomiso de embarcaciones, buques, armas y otro equipo conexo utilizados, o que haya motivos razonables para sospechar que han de ser utilizados, para cometer actos de piratería y robo a mano armada frente a las costas de Somalia».

⁽³²⁾ Por ejemplo, la Resolución 1846 (2008), de 2 de diciembre, en su apartado 9.

Las citadas autorizaciones se concedieron inicialmente por un período de seis meses, pero se han ido prorrogando en virtud de sucesivas resoluciones hasta nuestros días.

Un paso más, en cuanto al ámbito espacial de la intervención, lo dio la Resolución 1851 (2008) la cual, sobre la base de una petición del presidente de Somalia a la comunidad internacional para que prestara asistencia al Gobierno Federal de Transición a fin de adoptar todas las medidas necesarias para interceptar a quienes utilizaban el territorio y el espacio aéreo de Somalia con el propósito de planificar, facilitar o cometer actos de piratería y de robo a mano armada en el mar, decidió facultar a los estados y las organizaciones regionales que cooperan en la lucha contra la piratería y el robo a mano armada en el mar frente a las costas de Somalia para adoptar todas las medidas necesarias que sean apropiadas *en Somalia* con el propósito de reprimir los actos de piratería y robo a mano armada en el mar, lo que se ha interpretado como una autorización para actuar en el propio territorio y espacio aéreo de Somalia, siempre que cuente con el consentimiento del Gobierno de Somalia. De hecho, al amparo de esta resolución se están desarrollando las operaciones de inutilización en tierra de las embarcaciones, combustible y material utilizados por los piratas.

Otro tipo de medidas adoptadas por las comentadas resoluciones son las que se encaminan a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de los responsables de las acciones piratas, así como al fortalecimiento de la capacidad judicial tanto de Somalia como de los países de la región para juzgar a los presuntos piratas y, en su caso, hacerles cumplir la pena. Aquí puede incardinarse la invocación de distintos puntos de conexión que pueden servir para establecer la jurisdicción competente para el enjuiciamiento y el cumplimiento de las penas por los delitos de piratería, así como el llamamiento a los estados para que cooperen en su determinación, en la investigación y en el enjuiciamiento de los responsables⁽³³⁾.

⁽³³⁾ En concreto, la Resolución 1816 (2008) lo expresa de la siguiente forma: Exhorta a todos los estados, y en particular a los estados del pabellón, del puerto y ribereños, a los estados de nacionalidad de las víctimas y los autores de actos de piratería y robo a mano armada, y a otros estados que tengan la jurisdicción pertinente en virtud del derecho internacional y la legislación nacional, a que cooperen para determinar la jurisdicción, y en la investigación y el enjuiciamiento de las personas responsables de actos de piratería y robo a mano armada frente a la costa de Somalia, en forma compatible con el derecho internacional aplicable, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y a que brinden asistencia mediante, entre otras cosas, la prestación de asistencia logística y para la entrega de las personas que estén bajo su jurisdicción y control, como las víctimas y los testigos y las personas detenidas como resultado de las operaciones ejecutadas con arreglo a la presente resolución. Por su parte, la Resolución 1851 (2008) insta a los estados «a poner a sus ciudadanos y buques a disposición de las investigaciones forenses, según corresponda, en el primer puerto en que atraquen tras haber sido objeto de un acto de piratería o robo a mano armada en el mar o de un intento de cometerlo, o tras haber sido puestos en libertad».

Promueven también el establecimiento de un centro en la región para coordinar la información relativa a la piratería frente a las costas de Somalia y el aumento, con la asistencia de la UNODC, de la capacidad de los países de la región para luchar contra la piratería, incluida la capacidad judicial.

Otras medidas complementarias de las anteriores han sido las de promover entre los estados y los actores del transporte marítimo, bajo el liderazgo de la OMI, la formulación de mejores prácticas de evitación, evasión y defensa, así como la emisión de advertencias o avisos sobre las medidas que se deben adoptar al ser atacado o al navegar frente a las costas de Somalia.

- *Límites*

Las propias resoluciones comentadas imponen una serie de límites en el ejercicio de las medidas que autorizan o promueven, entre los que podemos señalar los siguientes:

- El respeto a la soberanía, la integridad territorial, la independencia política y la unidad de Somalia, así como de sus derechos respecto de los recursos naturales extraterritoriales, incluidas las pesquerías, de conformidad con el derecho internacional.
- La compatibilidad de las medidas que se adopten en la represión de los actos de piratería (incluida la determinación de la jurisdicción, el enjuiciamiento y el cumplimiento de las penas) con el marco jurídico internacional antes expresado, así como con el derecho internacional humanitario y las normas internacionales de derechos humanos aplicables.
- La prevención de que las autorizaciones conferidas por las resoluciones comentadas solo son aplicables a la situación en Somalia, haciendo constar que cuentan con el consentimiento del Gobierno Federal de Transición, sin que puedan considerarse precedente del derecho consuetudinario internacional ni afectar a los derechos, obligaciones o responsabilidades que incumban a los estados miembros respecto de cualquier otra situación.

- *Las resoluciones posteriores a 2008 del Consejo de Seguridad sobre la piratería en Somalia*

Durante los años que siguieron al 2008 hasta el momento actual se han venido sucediendo nuevas resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas específicas sobre la piratería en Somalia⁽³⁴⁾ que, básicamente, prorrogan los mandatos de las resoluciones de 2008 y en algunos aspectos también las

⁽³⁴⁾ Resoluciones 1897 (2009), 1918 (2010), 1950 (2010), 2015 (2011) y 2020 (2011). Especial mención merece la 1976 (2011), en la que se da un tratamiento integral al problema de la piratería en el contexto de la situación política general de Somalia. De forma más incidental, se refieren también a ella la 2036 (2012) y la 2067 (2012).

desarrollan. Inciden especialmente en la custodia y el enjuiciamiento de las personas sospechosas de cometer actos de piratería y exploran nuevas vías, tanto para conseguir el objetivo del enjuiciamiento y encarcelamiento de los responsables como para impedir la financiación ilícita de los actos de piratería y el blanqueo de las ganancias procedentes de dichos actos, a la vez que promueven la investigación en cooperación con la Interpol y la Europol de las redes delictivas internacionales implicadas en la piratería⁽³⁵⁾.

Especial alusión debemos hacer aquí a la Resolución 1976 (2011), de 11 de abril de 2011, porque viene a ser un compendio de todas las anteriores, refleja y se enfrenta a algunas de las causas profundas de la piratería y opta, en relación con el objetivo –todavía no bien resuelto– del enjuiciamiento y encarcelamiento de los piratas, por algunas de las soluciones propuestas en los informes del secretario general de Naciones Unidas S/2010/394, de 26 de julio de 2010⁽³⁶⁾, y de su asesor especial Jack Lang, de 24 de enero de 2011⁽³⁷⁾, sin olvidar que la solución última al problema de la piratería en Somalia pasa por la reorganización del Estado, la estabilidad institucional y la implantación de

⁽³⁵⁾ No profundizamos más en las resoluciones emitidas hasta principios del año 2011 con el fin de evitar repeticiones, pues un estudio más completo de ellas puede consultarse en los trabajos de BARRADA FERREIRÓS, Alfonso: El Talón de Aquiles de Atalanta..., Documento Marco 01/2011, obra ya citada, pp .4 a 8 y 20 a 26, y MARÍN CASTÁN, Fernando: El tratamiento jurídico de la piratería en el ordenamiento jurídico español, Documento Marco 02/2011, pp. 3 a 5, ambos publicados en el mes de marzo de 2011 por el Instituto Español de Estudios Estratégicos en su página web http://www.ieee.es/publicaciones/docs_analisis/.

⁽³⁶⁾ De forma muy resumida, las siete opciones contenidas en el referido informe del secretario general de Naciones Unidas son:

Opción 1: Aumentar la asistencia que prestan las Naciones Unidas con el fin de fomentar la capacidad de los estados de la región para enjuiciar y encarcelar a las personas responsables de los citados delitos.

Opción 2: Establecer un tribunal somalí con sede en el territorio de un tercer estado de la región, ya sea con o sin participación de las Naciones Unidas.

Opción 3: Establecer una sala especial en la jurisdicción nacional de un estado o varios estados de la región, sin participación de las Naciones Unidas.

Opción 4: Establecer una sala especial en la jurisdicción nacional de un estado o varios estados de la región, con participación de las Naciones Unidas.

Opción 5: Establecer un tribunal regional sobre la base de un acuerdo multilateral entre estados de la región, con participación de las Naciones Unidas.

Opción 6: Establecer un tribunal internacional sobre la base de un acuerdo entre un estado de la región y las Naciones Unidas.

Opción 7: Establecer un tribunal internacional mediante una resolución del Consejo de Seguridad aprobada en virtud del capítulo vii de la Carta de las Naciones Unidas.

⁽³⁷⁾ Dicho informe, tras subrayar toda la amplitud del fenómeno, su extrema gravedad y la urgencia de actuar, propone: una estrategia global que incluya el desarrollo socioeconómico de las dos regiones del norte de Somalia; una somalización del esfuerzo contra la piratería; el refuerzo de la capacidad del Estado para perseguir los flujos financieros de la piratería; completar la legislación somalí sobre piratería, y un sistema jurisdiccional que incluya una corte judicial extraterritorial de Somalia basada en Arusha y dos jurisdicciones especializadas en Puntlandia y Somalilandia, así como construir tres prisiones en Somalilandia y en Putlandia. El coste del plan judicial y penitenciario propuesto lo cuantifica en veinticinco millones de dólares en un plazo tres años, frente a los siete mil millones anuales que cuesta la piratería.

un modelo económico sostenible en el que sus recursos naturales, en especial los pesqueros, aprovechen a su población. Es decir, apuesta por una solución integral.

Tras un completo preámbulo en el que pasa revista a los avances y las carencias de la situación en Somalia en su relación con la piratería, la resolución comentada aprueba 28 puntos, entre los que destaco los siguientes: insta a los estados, a la UNODC, al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), a la Oficina Política de las Naciones Unidas para Somalia (UNPOS) y a las organizaciones regionales que ayuden al GFT a establecer un sistema de gobernanza, Estado de derecho y control policial en las zonas sin ley donde tienen lugar actividades terrestres relacionadas con la piratería y pide también al GFT y a las autoridades regionales de Somalia que intensifiquen sus propios esfuerzos en tal sentido; igualmente, solicita a los estados y las organizaciones regionales que apoyen el crecimiento económico sostenible de Somalia, invitándoles a que continúen ayudando a Somalia en sus esfuerzos por desarrollar las pesquerías nacionales y las actividades portuarias en consonancia con el Plan de Acción Regional, y en este sentido pone de relieve la importancia de delimitar lo antes posible los espacios marítimos de Somalia; solicita al secretario general que informe en un plazo de seis meses sobre la protección de los recursos naturales y las aguas de Somalia y sobre las presuntas actividades ilícitas de pesca y vertido, incluso de sustancias tóxicas; alienta a los estados a fortalecer el servicio de guardacostas de Somalia y a proporcionar todo el apoyo técnico y financiero necesario para aplicar el Código de Conducta de Djibouti y el Plan de Acción Regional para la Seguridad Marítima en África Oriental y Meridional y el océano Índico; insta a todos los estados, incluidos los de la región, a que tipifiquen como delito la piratería en su derecho interno, poniendo de relieve la importancia de tipificar como delito la incitación, la facilitación, la conspiración y el intento de cometer actos de piratería; reconoce que la piratería es un delito sujeto a jurisdicción universal y a este respecto exhorta de nuevo a todos los países a que consideren favorablemente la posibilidad de enjuiciar a los presuntos piratas capturados frente a las costas de Somalia y encarcelar a los convictos, respetando las normas internacionales de derechos humanos aplicables; subraya la necesidad de investigar y enjuiciar a quienes de forma ilícita financien, planifiquen u organicen ataques de piratas frente a las costas de Somalia o se benefician ilegalmente de ellos; invita a los estados a que, a título individual o en cooperación con UNODC e Interpol, ayuden a Somalia y a otros países de la región a fortalecer su capacidad policial de lucha contra la piratería; subraya la importancia de continuar mejorando la recogida, conservación y transmisión a las autoridades competentes de las pruebas de los actos de piratería; celebra la disposición de las administraciones nacional y regionales de Somalia a cooperar entre sí y con los estados que han enjuiciado a presuntos piratas con

miras a que los piratas convictos puedan ser repatriados a Somalia; insta a consolidar la asistencia internacional destinada a aumentar la capacidad de las cárceles de Somalia, incluso mediante la construcción a corto plazo de prisiones adicionales en Puntlandia y Somalilandia, y pide a la UNODC que siga impartiendo formación al personal penitenciario; solicita al GFT que, con la asistencia de la UNODC, elabore y apruebe un conjunto completo de leyes contra la piratería y, a este respecto, acoge con beneplácito los avances positivos logrados en Puntlandia y los progresos que se están realizando en Somalilandia; apoya los esfuerzos que están realizando los estados de la región para establecer tribunales o salas contra la piratería en la región, y, por último, decide considerar urgentemente el establecimiento de tribunales especializados somalíes para juzgar a los presuntos piratas tanto en Somalia como en la región, incluido un tribunal extraterritorial somalí especializado en piratería, solicitando la oportuna asistencia y apoyo de la comunidad internacional a dichas opciones.

Las dos últimas resoluciones específicas sobre la piratería en Somalia son la 2015 (2011), de 24 de octubre, y la 2020 (2011), de 22 de noviembre, ambas muy parecidas entre sí y continuadoras de las anteriores resoluciones. Encomian la labor realizada por la operación *Atalanta* de la Unión Europea, por las operaciones *Allied Protector* y *Ocean Shield* de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, por la Fuerza Combinada de Operaciones 151 de las Fuerzas Marítimas Combinadas y por otros estados que actúan a título individual cooperando con el GFT, al tiempo que siguen insistiendo en la necesidad de contar con una respuesta amplia de la comunidad internacional para reprimir los actos de piratería y combatir sus causas subyacentes. Inciden especialmente en el problema del enjuiciamiento y rendición de cuentas de los responsables de piratería. Señalan como objetivo final el de aumentar la responsabilidad somalí y su participación activa en las medidas para enjuiciar a los presuntos piratas, de forma que la erradicación de la piratería debe ser una función primordial del Gobierno Federal de Somalia y de las autoridades regionales somalíes, para lo que deben dotarse de un conjunto completo de leyes contra la piratería así como de un sistema judicial y penitenciario, contando para ello con la asistencia de la UNODC y del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). No obstante lo anterior, y siendo consciente el Consejo de Seguridad de que tal objetivo no se va a poder alcanzar a corto plazo, las resoluciones comentadas exhortan nuevamente a todos los estados a que tipifiquen como delito la piratería en su legislación interna y consideren favorablemente la posibilidad de enjuiciar a los presuntos piratas capturados frente a las costas de Somalia y a quienes en tierra faciliten y financien sus actos, encarcelando a los convictos al tiempo que profundizan en la posibilidad del establecimiento de tribunales especializados contra la piratería en Somalia y otros estados de la región. El aumento de la capacidad de enjuiciamiento deberá ir acompañado necesariamente de un aumento conexo de la capacidad penitenciaria.

Otros aspectos de interés que merecen ser destacados de la Resolución 2020 (2011) son los siguientes: pone de manifiesto la conexión de la piratería con las redes internacionales de delincuencia; expresa su preocupación por la presunta participación de niños en los actos de piratería; acoge con beneplácito la labor que están llevando a cabo el PMA, la operación Atalanta de la Unión Europea y los países del pabellón respecto de la inclusión de destacamentos de protección de buques en los navíos del PMA, así como la función que desempeña la OMI en lo relativo a la contratación privada de personal armado de seguridad a bordo de los buques en las zonas de alto riesgo; destaca la importancia de que Somalia declare una zona económica exclusiva, e insta a los países a que investiguen las denuncias de actividades ilícitas de pesca y vertido.

La última resolución del Consejo de Seguridad sobre la situación en Somalia al tiempo de redactar estas líneas es la 2067 (2012), de 18 de septiembre. Es de carácter general, no específica sobre piratería, cuya importancia radica en que es la primera emitida tras la aprobación de la Constitución provisional, el establecimiento del nuevo Parlamento Federal y la elección por este del nuevo presidente, hechos con los que la propia resolución da por completada la transición en Somalia, afirmando que constituye un hito importante en la senda de Somalia hacia una gobernanza más estable y con mayor rendición de cuentas. Este legítimo optimismo de la Resolución no le lleva a bajar la guardia y a continuación se refiere a todas las tareas que tendrá que afrontar el nuevo Gobierno de Somalia en su largo camino hacia la paz y la estabilidad en materias tan importantes y difíciles como la protección de los derechos humanos y la asistencia humanitaria a la población, la lucha contra la corrupción y la malversación de fondos, la culminación del proceso político y el control efectivo del territorio, etc., al tiempo que destaca los grandes sacrificios realizados por las fuerzas de la AMISON y advierte de las amenazas que representan para Somalia y la comunidad internacional tanto el terrorismo como la piratería. Respecto de las líneas de acción para luchar contra la piratería, recoge las mismas que las resoluciones anteriores, con la observación de que las nuevas autoridades somalíes asumen la función que ejercía el Gobierno Federal de Transición.

- *Especial referencia a la operación «Atalanta» de la Unión Europea*

Al amparo de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas expuestas en los puntos anteriores, tanto los estados como diversas organizaciones internacionales y regionales han puesto en marcha numerosas iniciativas⁽³⁸⁾ tendentes a la consecución de los objetivos marcados por aquellas.

⁽³⁸⁾ Son iniciativas de muy distinta naturaleza: unas tienen por objeto fomentar la cooperación, como el Grupo de Contacto (formado por unos cincuenta estados y organizaciones para el intercambio de información y gestiones diplomáticas) o el Código de Conducta de Djibouti (en el que se recogen compromisos para la tipificación y el enjuiciamiento de la piratería entre los 21 estados de la región del Índico occidental y golfo de Adén); otras, lideradas por la OMI, recopilan información, formulan y codifican recomendaciones prácticas para mejorar la

Entre dichas iniciativas, destacamos, tanto por su notable y eficaz contribución a la lucha contra la piratería en el Índico occidental y el golfo de Adén como por la importante participación en ella de España, la operación *Atalanta* de la Unión Europea.

Su regulación básica en el derecho comunitario de la Unión Europea se contiene en la Acción Común 2008/851/PESC del Consejo, de 10 de noviembre de 2008 (DOUE de 12/11/08), *relativa a la operación militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia*, denominada *Atalanta*. Aunque lógicamente el marco jurídico general en el que se afirma deberá moverse la citada operación es el de los artículos 100 y siguientes de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, a los que ya nos hemos referido, la Acción Común representa un notable avance, pues en apoyo y con el apoyo de las resoluciones de 2008 ya comentadas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, determina en la redacción actual de su artículo 2 como contenido del mandato a *Atalanta* lo siguiente:

- a) *Brindará protección a los buques fletados por el Programa Mundial de Alimentos, incluso mediante la presencia a bordo de los buques de que se trate de elementos armados de Atalanta, incluso cuando naveguen por las aguas territoriales y las aguas interiores de Somalia;*
- b) *protegerá a los buques mercantes que naveguen en las zonas en que esté desplegada, apreciando las necesidades en cada caso;*
- c) *vigilará las zonas frente a las costas de Somalia, incluidas sus aguas territoriales y sus aguas interiores, que presenten riesgos para las actividades marítimas, en particular el tráfico marítimo;*
- d) *tomará las medidas necesarias, incluido el uso de la fuerza, para disuadir, prevenir e intervenir para poner fin a los actos de piratería o a robos a mano armada que puedan haberse cometido en las zonas en que esté presente;*
- e) *con vistas a un eventual ejercicio de procedimientos judiciales por los estados competentes en las condiciones previstas en el artículo 12, podrá capturar, retener y entregar a las personas sospechosas de tener la intención de cometer, en el sentido de los artículos 101 y 103 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de estar cometiendo o de haber cometido actos de piratería o robos a mano*

seguridad del tráfico marítimo en la zona; otras, encabezadas por la UNODC y el PNUD, se encaminan a la asistencia y creación de capacidades jurisdiccionales en los estados de la región o a la suscripción de acuerdos entre organizaciones y estados para facilitar la entrega, el enjuiciamiento y el encarcelamiento de los responsables de piratería, y otras tienen la finalidad operativa de generar fuerzas para lograr la seguridad y el control del territorio –cuyo peso recae actualmente en la AMISON– o lograr la formación y el adiestramiento de una fuerza de seguridad somalí –a la que contribuye, con participación de España, la operación EUTM de la Unión Europea– o, finalmente, la lucha directa contra la piratería en la mar y en la costa en la que se enmarca la operación *Atalanta* que desarrollaremos en este apartado del trabajo.

- armada en las zonas en que esté presente y podrá embargar los buques de los piratas o de los ladrones a mano armada o los buques capturados después de un acto de piratería o de robo a mano armada y que estén en manos de los piratas o de los ladrones a mano armada, así como los bienes que se encuentren a bordo;*
- f) *establecerá un enlace con las organizaciones, entidades y estados que actúan en la región para luchar contra los actos de piratería y los robos a mano armada frente a las costas de Somalia, en particular con la fuerza marítima «Combined Task Force 151», que actúa en el marco de la operación «Libertad duradera»;*
- g) *cuando se hayan registrado suficientes avances en tierra en el ámbito del aumento de la capacidad marítima, incluidas las medidas de seguridad para el intercambio de información, asistirá a las autoridades somalíes facilitando los datos disponibles sobre las actividades pesqueras recopilados durante la operación;*
- h) *recogerá, de conformidad con la legislación aplicable, datos de las personas a que se refiere la letra e) relativos a características que puedan servir para identificarlas, tales como las impresiones dactilares...⁽³⁹⁾*

Especial referencia merece el artículo 12 de la Acción Común, relativo a la «entrega de las personas capturadas y retenidas para el ejercicio de las competencias jurisdiccionales».

Como primera regla establece que las personas detenidas sospechosas de cometer actos de piratería o robo a mano armada en aguas territoriales de Somalia o en alta mar, así como los bienes que hayan servido para cometer dichos actos, serán entregados para la instrucción de los correspondientes procedimientos judiciales y su enjuiciamiento a las autoridades competentes del estado del pabellón del buque que haya realizado la captura, sea este un estado miembro de la Unión Europea o un tercer estado que previo acuerdo con la Unión Europea participe en la operación.

Para el caso de que el país del buque que realiza el apresamiento no pudiera o no quisiera ejercer su jurisdicción, se establece como segunda regla que los presuntos delincuentes y los bienes incautados podrán ser entregados a otro estado miembro o a un tercer estado (se supone que participante en la operación) que sí deseen ejercerla. Se establece como requisito para que la entrega se pueda realizar a un tercer estado la necesidad de que se hayan acordado con ese país las condiciones de la entrega de manera conforme con el

⁽³⁹⁾ El último apartado del artículo 2, el i), no lo transcribimos por referirse únicamente a la comunicación a Interpol de determinados datos personales relativos a los sospechosos de piratería y del equipo utilizado por estos. Los apartados h) e i) fueron introducidos por la Decisión 2010/766/PESC del Consejo, de 7 de diciembre de 2010, que también dio nueva redacción al apartado e), a los que haremos referencia más adelante. La redacción actual de los apartados a), c) y f) fue dada por la Decisión 2012/174/PESC del Consejo, de 23 de marzo de 2012.

derecho internacional, en especial sobre derechos humanos, para garantizar, en particular, que nadie sea sometido a la pena de muerte, a tortura ni a cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante.

La citada acción común ha sido modificada hasta la fecha en cuatro ocasiones:

La primera tuvo lugar en virtud de la Decisión 2009/907/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2009, y su finalidad principal fue extender el mandato de la operación *Atalanta*, por un lado permitiendo que la fuerza naval de la Unión Europea contribuya también a la supervisión de las actividades pesqueras frente a las costas de Somalia, y por otro, ampliando la operación hasta el 12 de diciembre de 2010.

La segunda se llevó a cabo por la Decisión 2010/437/PESC del Consejo, de 30 de julio de 2010, y su novedad más significativa fue que suprimió el límite espacial de las 500 millas marinas frente a las costas de Somalia y de los países vecinos que figuraba en la redacción originaria como zona operacional de las fuerzas navales desplegadas en el océano Índico al constatar que los piratas habían ampliado sus actividades a zonas marítimas situadas más allá de esas 500 millas. Además, adecua las citas del articulado del Tratado de la Unión Europea a la última versión consolidada de este e incorpora, junto al Consejo, al alto representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (AR) en el más alto nivel de responsabilidad del control político y la dirección estratégica de la operación militar de la UE.

La tercera modificación de la Acción Común fue llevada a cabo por la Decisión 2010/766/PESC del Consejo, de 7 de diciembre de 2010.

Como novedades más relevantes a los efectos del presente estudio, destacamos las siguientes:

- *Ampliación de la persecución a los actos preparatorios y formas imperfectas de ejecución*

Si en su redacción originaria el mandato a la operación *Atalanta* para capturar, retener y entregar a los presuntos piratas (artículo 2.e de la Acción Común) con vistas a su ulterior enjuiciamiento se limitaba a *las personas que hayan cometido o sean sospechosas de haber cometido actos de piratería o robos a mano armada*, en su nueva redacción incluye también a *las personas sospechosas de tener la intención de cometer y de estar cometiendo dichos delitos*. Es decir, mientras que en su redacción originaria el artículo 2.e de la Acción Común parecía exigir que el delito de piratería se hubiera consumado para poder capturar y entregar a la justicia a los presuntos delincuentes, tras su modificación permitiría también la detención y entrega de quien tan solo sea

sospechoso de realizar actos preparatorios del delito de piratería, y también de quien lo haya intentado sin éxito. En definitiva, amplía el referido mandato a la proposición, la conspiración y la provocación (actos preparatorios), así como a la tentativa y el delito frustrado (formas imperfectas de ejecución) de piratería o de robo a mano armada.

En el mismo sentido se modifica el artículo 12.1, en el que se contienen los principios para el ejercicio de las competencias jurisdiccionales sobre las personas capturadas y retenidas por su vinculación con la piratería.

- *Introducción de reglas para la identificación y el seguimiento de los presuntos piratas*

Se incluyen dos nuevos apartados en el artículo 2 de la Acción Común:

El *h*) contiene el mandato, dirigido a la fuerza actuante en la detención, de recoger datos de las personas implicadas en el delito de piratería –en alguna de las formas señaladas en el artículo 2.e– *relativos a características que puedan servir para identificarlas, tales como las impresiones dactilares.*

El *i*) da participación a la Interpol para la investigación y el seguimiento tanto de la piratería como de su posible vinculación con otros delitos internacionales (tráfico de armas, terrorismo...): *Posibilita y regula el intercambio de información clasificada en el teatro de las operaciones. Prorroga la operación «Atalanta» hasta el 12 de diciembre de 2012.*

La cuarta y, hasta el momento de entrega de este trabajo, última modificación se ha llevado a cabo por la Decisión 2012/174/PESC del Consejo, de 23 de marzo de 2012. Entre las novedades que introduce cabe destacar las siguientes:

- Amplía la zona de operaciones de Atalanta para incluir las aguas interiores somalíes y el territorio costero: en consecuencia, da nueva redacción al artículo 1, a los apartados a), c) y f) del artículo 2 y al artículo 12.
- Introduce un nuevo apartado (al que se le asigna ahora el número 2) en el artículo 12 que contempla un nuevo supuesto y una nueva regla para el ejercicio de la jurisdicción. El supuesto se refiere a cuando las personas sospechosas de cometer, estar cometiendo o haber cometido actos de piratería sean capturadas por las fuerzas de Atalanta en aguas territoriales, aguas interiores o aguas archipelágicas de un estado de la región, con la conformidad del mismo, distinto de Somalia. La regla para este supuesto es que las personas sospechosas capturadas y los bienes que hayan servido para cometer tales actos podrán ser entregados a las autoridades competentes del estado ribereño o, con el consentimiento de dicho estado, a las autoridades competentes de otro.

- También en este caso, para que pueda realizarse la entrega a otro estado, será de aplicación el requisito previsto en el apartado 3 (antiguo 2) del artículo 12, consistente en que se hayan acordado con ese estado las condiciones de la entrega de manera conforme con el derecho internacional, en especial sobre derechos humanos, para garantizar, en particular, que nadie sea sometido a la pena de muerte, a tortura ni a cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante⁽⁴⁰⁾.
- Se prorroga la operación *Atalanta* hasta el 12 de diciembre de 2014, para lo que se modifica el apartado 3 del artículo 16.

■ Los resultados de la lucha de la comunidad internacional contra la piratería en el Índico occidental y el golfo de Adén

Los esfuerzos relatados en los anteriores apartados no han caído en saco roto y, pese a las enormes dificultades de la lucha contra la piratería en esta amplísima y sensible zona del planeta, con una superficie superior a los siete millones de km² y por la que transitan más de 23.000 buques al año, poco a poco van produciendo sus frutos, claramente visibles en lo que a la disminución de la actividad pirata se refiere, gracias principalmente a la eficacia de la lucha en la mar protagonizada por los buques de guerra y aeronaves militares de las operaciones *Atalanta* de

⁽⁴⁰⁾ La nueva redacción completa del citado artículo 12 es la siguiente:

Entrega de las personas capturadas y retenidas para el ejercicio de las competencias jurisdiccionales:

1. En virtud de la aceptación por parte de Somalia del ejercicio de su jurisdicción por estados miembros o terceros estados, por una parte, y en el artículo 105 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, por otra, las personas sospechosas de tener intención de cometer, en el sentido de los artículos 101 y 103 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de estar cometiendo o de haber cometido actos de piratería o robos a mano armada en aguas territoriales o aguas interiores de Somalia o en alta mar, que sean capturadas y retenidas para el ejercicio de procedimientos judiciales, así como los bienes que hayan servido para cometer esos actos, serán entregados:

- a las autoridades competentes del estado miembro o del tercer estado que participe en la operación cuyo pabellón enarbole el buque que haya realizado la captura, o

- si dicho estado no puede o no desea ejercer su jurisdicción, a un estado miembro o a un tercer estado que desee ejercerla sobre las personas o bienes mencionados.

2. Las personas sospechosas de tener intención, en el sentido de los artículos 101 y 103 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de cometer, de estar cometiendo o de haber cometido actos de piratería o robos a mano armada, que sean capturadas y retenidas, para el ejercicio de procedimientos judiciales, por *Atalanta* en aguas territoriales, aguas interiores o aguas archipelágicas de otro estado de la región de conformidad con dicho estado, así como los bienes que hayan servido para cometer tales actos, podrán ser entregados a las autoridades competentes del estado en cuestión o, con el consentimiento de dicho estado, a las autoridades competentes de otro.

3. Ninguna de las personas a que se refieren los apartados 1 y 2 podrá ser entregada a un tercer estado si las condiciones de dicha entrega no han sido acordadas con ese tercer estado de manera conforme al derecho internacional aplicable, especialmente las normas internacionales sobre derechos humanos, para garantizar en particular que nadie sea sometido a la pena de muerte, a tortura ni a ningún otro trato cruel, inhumano o degradante.

la Unión Europea y *Allied Protector* y *Ocean Shield* de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, de la Fuerza Combinada de Operaciones 151 de las Fuerzas Marítimas Combinadas (Task Force 151) y de otros estados que actúan a título individual, sin olvidar los buenos resultados que ha dado el embarque de personal de seguridad privada a bordo de buques mercantes y de pesca a la hora de frustrar los ataques de los que han sido objeto⁽⁴¹⁾.

Limitándonos a los datos de los últimos tres años, mientras que en año 2010 fueron secuestrados cuarenta y cinco buques, en lo que va del año 2012 únicamente han sido secuestrados siete.

Incluimos a continuación dos cuadros presentados en la reunión del Grupo de Contacto (Grupo 2) celebrada en Copenhague los pasados días 17 y 18 de septiembre⁽⁴²⁾ relativos a la actividad pirata en el mar de Arabia y en la cuenca de Somalia (Índico occidental) en los últimos tres años, con especificación del número de barcos capturados y atacados por piratas, así como el número de aproximaciones y de intentos frustrados, de los que puede deducirse la notable y progresiva disminución de la actividad pirata.

Por lo que se refiere al enjuiciamiento y condena de los responsables de piratería, los datos no son tan optimistas y es mucho más lenta la evolución del índice de sospechosos de piratería que son sometidos a la acción de la justicia. Aunque poco a poco va aumentando, actualmente apenas llega al 20 % el número de los presuntos piratas capturados por las fuerzas navales que son finalmente enjuiciados.

Reproducimos a continuación un cuadro con datos de la UNODC en el que se especifica, a fecha 18 de septiembre de 2012, el número de presuntos piratas capturados en el golfo de Adén y el Índico occidental que han sido o están siendo enjuiciados por los distintos países que cooperan en la lucha contra la piratería procedente de Somalia:

⁽⁴¹⁾ Según especifica la nota informativa del EMAD, de fecha 18 de septiembre de 2012, el descenso en la actividad pirata se achaca, principalmente, a los siguientes factores:

- La presión de la presencia naval en la zona, materializada por las agrupaciones navales y destacamentos de aviones de patrulla marítima de la Unión Europea, de la OTAN y de una coalición de países liderados por Estados Unidos, además de algunas pequeñas agrupaciones de buques de otras naciones.

- La adopción de medidas defensivas por parte de la industria comercial marítima, entre las que se encuentra evitar las zonas más peligrosas, aumentar la velocidad de tránsito o medidas de defensa física en los buques para impedir el acceso de los piratas.

La principal de las medidas anteriores: el embarque a bordo de muchos de los buques (se habla de aproximadamente la mitad de los que transitan o faenan por la zona) de equipos de seguridad privada armados con armamento portátil.

Hasta el momento, se han producido hostigamientos a multitud de buques, pero los que tienen a bordo equipos de seguridad han repelido con éxito los ataques y ni uno solo de ellos ha sido secuestrado hasta la fecha.

⁽⁴²⁾ La presentación, titulada *Ensuring prosecution*, corrió a cargo, conjuntamente, de Jennifer Wright y Adele Frith, asesoras legales de EUNAVFOR y OTAN, respectivamente.

Global Piracy Prosecutions

(updated by UNODC on 18 September 2012)

Country	Number Held	Notes	
Belgium	2	1 convicted	
Comoros	6		
France	15	4 convicted; 3 acquitted	
Germany	10		
India	119		
Italy	20		
Japan	4		
Kenya	164	74 convicted (10 have completed sentence) and 17 acquitted	
Madagascar	12		
Malaysia	7		
Maldives	41	Awaiting deportation in absence of law under which to prosecute	
Netherlands	29	10 convicted	
Oman	32	25 convicted	
Seychelles	124	83 convicted and 1 juvenile acquitted; 17 transferred to Somaliland to serve their sentences; 2 juveniles repatriated to Puntland	
Somalia	Puntland	290	Approximately 240 convicted
	Somaliland	94	94 convicted (76 subsequently released without serving their sentences); 17 transferred from the Seychelles to serve their sentences
	South Central	18	Status of trial unclear
Republic of Korea	5	5 convicted	
Spain	8	2 convicted	
Tanzania	12		
United Arab Emirates	10		
United States	28	17 convicted	
Yemen	129	123 convicted; 6 acquitted	
TOTAL STATES: 21	1179		



Somali Piracy Activity Arabian Sea

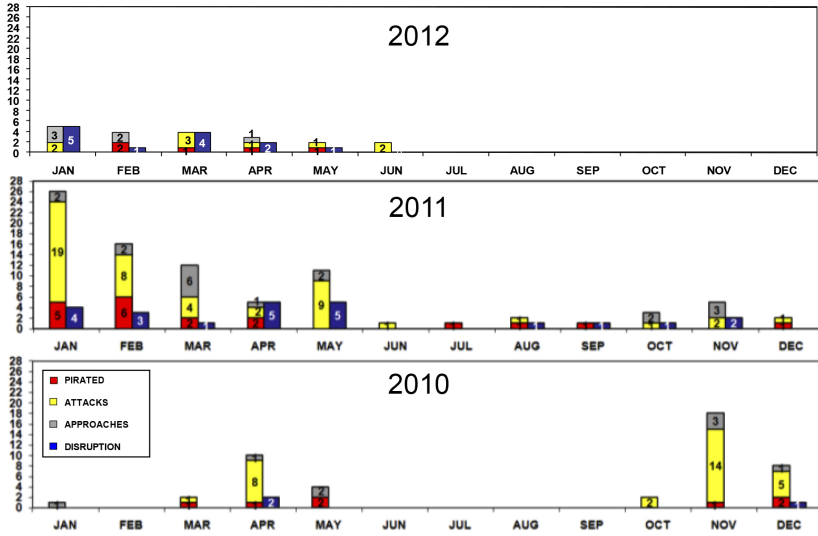
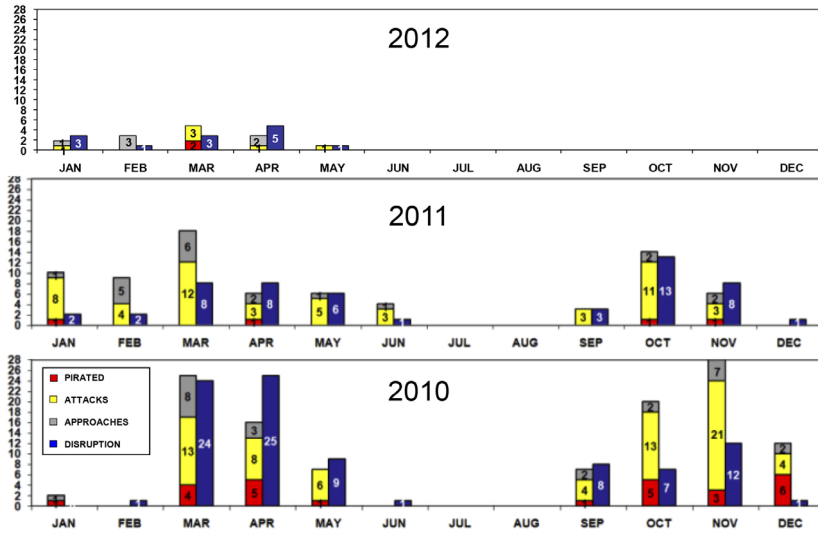


GRAFICO-2

156



Somali Piracy Activity Somali Basin (including wider Indian Ocean)



■ Las respuestas de España a los mandatos de la Organización de Naciones Unidas

Sin falsos triunfalismos, creemos que España, mediante su relevante papel en la operación *Atalanta* de la Unión Europea, puede rendir cuentas con pleno éxito ante la comunidad internacional por su participación en la prevención, enjuiciamiento y represión de la piratería en aguas frente a Somalia y también en paliar los efectos de la grave crisis humanitaria que sufre la zona.

Por referirnos solo a los dos últimos años, en el período comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de agosto de 2012, los buques y aeronaves españoles que participan en *Atalanta* han investigado 88 contactos, han abordado 33 buques para visita y registro, han desarticulado cinco grupos de acción pirata (PAG, abreviatura de *pirate action groups*) y han liberado cinco *dhow*s pirateados. En dicho período, han capturado a sesenta presuntos piratas, veinticuatro de los cuales han sido puestos a disposición de los órganos judiciales de España (6), de Seychelles (11) y de Francia (7), y los restantes han sido liberados en diversos puntos de la costa somalí.

Las intervenciones han sido eficaces y brillantes, destacando por su dificultad y perfección la referente a la liberación, el 10 de septiembre de 2011, de la rehén francesa Evelyne Colombo⁽⁴³⁾, en la que resultaron detenidos siete presuntos piratas, o la rápida reacción frente el ataque al buque *Patiño* por una embarcación pirata en la madrugada del 12 de enero de 2012, con el resultado de seis presuntos piratas detenidos.

Igualmente, deben mencionarse las liberaciones por la fragata *Reina Sofía* y por el patrullero *Infanta Elena*, respectivamente, de un *dhow* yemení el día 14 de abril de 2012 con dieciséis presuntos piratas a bordo más cuatro rehenes y del pesquero de pabellón de Sri Lanka *Nimesha Duwa*, el día 18 de abril de 2012, a bordo del cual se encontraban siete sospechosos de piratería que tenían secuestrados, desde hacía seis meses, a seis tripulantes originarios del pesquero.

⁽⁴³⁾ La operación, aunque sin excesiva publicidad en España, ha sido elogiada dentro y fuera de nuestras fronteras, motivando el reconocimiento a los que participaron en ella y una felicitación expresa del presidente de la República de Francia al presidente del Gobierno de España. Se han escrito diversos artículos más o menos especializados sobre ella, entre los que podemos destacar: MORALES TRUEBA, Adolfo. «Operaciones especiales en el ámbito marítimo: “la guerra naval especial”», IEEE, 2012 (http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2012/DIEEEO08-012_OES-GNE_AMorales.pdf); PÉREZ-REVERTE, Arturo: España discutida y discutible (<http://www.perezreverte.com/articulo/patentes-corso/647/espaa-discutida-y-discutible/>), o los relatos publicados en el diario *El País* por GONZÁLEZ, Miguel. Si disparas te puedes equivocar, pero si no disparas te equivocas seguro: (http://politica.elpais.com/politica/2011/10/01/actualidad/1317497347_641516.html), y JUNQUERA, Natalia: España entrega a Francia a siete piratas (http://politica.elpais.com/politica/2011/09/12/actualidad/1315858640_358757.html), o en *El Mundo* por BENITO, Roberto. «Así rescató el buque *Galicia* a la rehén francesa en aguas de Somalia».

También en tierra España ha cumplido sus deberes frente a la comunidad internacional. Muestra de ello son: la reintroducción del delito de piratería en nuestro código penal por la Ley Orgánica 5/2010; su consideración como delito de persecución universal por la Ley Orgánica del Poder Judicial; la ratificación de los protocolos de 2005 relativos al Convenio y el Protocolo SUA, y el haber sido uno de los pocos países occidentales que han asumido hasta la fecha el enjuiciamiento de piratas somalíes⁽⁴⁴⁾, resultando ejemplarizante el juicio del caso Alakrana, ya concluido. Desde la detención de los dos presuntos piratas en aguas frente a la costa de Somalia y su traslado a España hasta la sentencia del Tribunal Supremo resolutoria de los recursos de casación interpuestos contra la sentencia de la Audiencia Nacional, fueron muchas y en parte novedosas las dificultades que surgieron en los aspectos operativos, logísticos o probatorios en las fases de instrucción y de vista oral, pero todas, con un franco espíritu cooperativo y buen hacer de los órganos militares y judiciales implicados, se solventaron de forma exitosa⁽⁴⁵⁾.

Es verdad que todavía nos quedan algunas asignaturas pendientes para la plena adecuación de nuestro derecho penal y procesal a los compromisos internacionales contraídos por España, aunque no empañan los recientes avances conseguidos. Por haber sido tratadas con mayor profundidad en otros trabajos⁽⁴⁶⁾, tan solo apuntamos aquí como reformas pendientes las que se refieren a: la tipificación de la conspiración y proposición del delito de piratería, así como de la facilitación y participación voluntaria en la utilización de un buque o aeronave pirata; la completa tipificación de los delitos contra la seguridad marítima definidos en el Convenio y Protocolo SUA tras las

⁽⁴⁴⁾ Cuando ya estábamos dando los últimos toques a este trabajo, antes de su entrega definitiva, se ha producido, en la mañana del día 11 de octubre de 2012, la captura por efectivos del buque de guerra holandés HNMLS Rotterdam de los presuntos piratas que atacaron el día anterior al pesquero de bandera española Izurdia. Por auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 3 de Madrid (cuyo titular es en la actualidad el Ilmo.Sr. magistrado D. Javier Gómez Bermúdez), de fecha 12 de octubre de 2012, tras un completo razonamiento jurídico se declara la jurisdicción española y la competencia de la Audiencia Nacional para el conocimiento de los hechos objeto de denuncia, al tiempo que se acuerda la prisión provisional comunicada y sin fianza de seis de los siete presuntos piratas detenidos. Ya ha sido efectuada su entrega al buque de guerra español Castilla, iniciándose el tránsito a territorio español. Tanto el contenido del auto como las operaciones aeronavales llevadas a cabo para posibilitar el enjuiciamiento de los presuntos piratas ponen de manifiesto la extraordinaria cooperación y precisa coordinación entre las fuerzas aeronavales y los órganos judiciales, fiscales y policiales de Holanda y España respecto de una operación que ha tenido su origen a miles de millas de distancia de su respectivo territorio.

Ello supone que hay que sumar otros seis presuntos piratas al cuadro antes expuesto, siendo ya catorce el número de detenidos cuyo enjuiciamiento ha asumido España.

⁽⁴⁵⁾ Un completo y sagaz estudio de los hechos, el proceso y las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo recaídas en el caso Alakrana se contiene en el trabajo de BARRADA FERREIRÓS, Alfonso: Sentencia de la Audiencia Nacional sobre el caso Alakrana, publicado como Documento Marco 9/2012 por el IEEE.

⁽⁴⁶⁾ En especial, los trabajos ya citados de BARRADA FERREIRÓS, Alfonso: Sentencia de la Audiencia Nacional sobre el caso Alakrana y MARÍN CASTÁN, Fernando: El tratamiento jurídico de la piratería marítima en el ordenamiento jurídico español, a los que nos remitimos.

enmiendas de 2005, y el encauzamiento y la agilización de las decisiones sobre el ejercicio de la jurisdicción cuando pueden resultar distintos estados competentes, con especial atención a la regularización de la situación de los detenidos en la mar hasta que se produzca su entrega.

Al margen de los episodios de piratería, justifica también, plenamente, nuestra presencia en aquellas conflictivas aguas la cooperación en el ámbito de la acción humanitaria, a la que reiteradamente se refieren, como hemos visto, las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre la situación en Somalia. A esta otra, y no menos importante, dimensión del mandato de Naciones Unidas contribuye España tanto con la permanente protección de los buques del Programa Mundial de Alimentos como con las numerosas asistencias humanitarias protagonizadas por nuestros buques de guerra y aeronaves militares, siendo la más reciente, al tiempo de escribir estas líneas, el rescate por el buque de acción marítima (BAM) Relámpago, el pasado día 8 de septiembre, de una embarcación con 68 personas a bordo que se encontraba a la deriva en aguas del golfo de Adén.

Finalmente, España participa también en la misión de la Unión Europea de entrenamiento a la fuerza de seguridad somalí, *EUTM-Somalia*, que da instrucción a unos dos mil efectivos dentro de los programas de adiestramiento de la misión de la Unión Africana en Somalia. Esta misión complementa en tierra los esfuerzos de *Atalanta* en la mar, ayudando al Gobierno Federal de Somalia a contar con una estructura de seguridad que le permita extender el control sobre el territorio.

■ CONCLUSIONES

- La piratería constituye uno de los más graves delitos contra la seguridad marítima, mostrando una gran fuerza expansiva y vinculaciones con las redes de delincuencia internacional.
- Si bien a la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar hay que reconocerle el mérito de constituir un marco normativo universal sobre los espacios marítimos, sin embargo, como reconocen algunos documentos de la propia ONU, resulta incompleto, insuficiente y asistemático a la hora de abordar y tratar las amenazas o riesgos emergentes contra la paz y la seguridad marítima, entre ellos la piratería, probablemente porque en las fechas en las que se redactó y aprobó muchos de dichos riesgos no habían adquirido la dimensión actual.
- Las importantes carencias de la Convención de 1982 en relación con los asaltos y secuestros de buques y plataformas en la mar, igual que con la toma de rehenes, han tenido que ser suplidas con la Convención SUA y su Protocolo, así como, en el caso de Somalia, por sucesivas resoluciones

del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que han promovido nuevas acciones, muchas de contenido jurídico. No obstante, se han visto condicionadas por los límites generales derivados de aquella convención, lo que aconsejaría su urgente revisión.

- La lucha contra la piratería de Somalia se lleva cabo en la mar por los buques y aeronaves de guerra con notable éxito, pero las causas hay que buscarlas y abordarlas en tierra, con soluciones integrales en vista a reconstruir el Estado, reforzar sus instituciones y dotarle de un ordenamiento jurídico y un sistema económico sostenible que proporcione sustento y medios de vida dignos a su población. Además, hay que localizar e interceptar los flujos financieros ilícitos de la piratería y juzgar a sus responsables.
- A corto plazo, una de las mayores preocupaciones de la comunidad internacional la constituye el enjuiciamiento y encarcelamiento de los presuntos piratas pues, pese a ser la piratería un genuino delito de persecución universal con múltiples puntos de conexión, ningún estado quiere asumir esa carga individualmente salvo simbólicas excepciones, lo que está produciendo el indeseado efecto de que la mayoría de los piratas detenidos por los buques de guerra tengan que ser puestos nuevamente en libertad una vez desarmados y decomisados los instrumentos para cometer los delitos.
- España, con su relevante participación en las operaciones *Atalanta* y *EUTM-Somalia*, está cumpliendo con brillantez sus obligaciones con la comunidad internacional en la lucha contra la piratería en el golfo de Adén y el océano Índico occidental. También con la reintroducción de la piratería en el código penal, la ratificación de los Protocolos SUA-2005 y la asunción del enjuiciamiento de un número ya apreciable de presuntos piratas, aun cuando quedan algunas tareas pendientes para la completa adaptación de nuestra normativa interna a los compromisos internacionales asumidos. Principalmente: la tipificación de la conspiración y proposición del delito de piratería, así como de la facilitación y participación voluntaria en la utilización de un buque o aeronave pirata y la completa tipificación de los delitos contra la seguridad marítima definidos en el Convenio y Protocolo SUA tras las enmiendas de 2005.
- Aunque el objetivo final es el de aumentar la responsabilidad somalí y su participación activa en las medidas para enjuiciar a los presuntos piratas, no parece que a corto plazo sea viable la constitución de tribunales de justicia especializados de Somalia, ni siquiera de carácter extraterritorial, por lo que la opción que parece cobrar más fuerza hasta la consecución de dicho objetivo es encomendar el enjuiciamiento de los piratas a cortes especiales constituidas en uno o varios estados de la región. En cuanto al encarcelamiento, los piratas condenados serían transferidos a Somalia, Somalilandia y Putlandia con garantía de respeto a los derechos humanos y previa la construcción de los necesarios centros penitenciarios, para lo que está colaborando intensamente la UNODC.

■ BIBLIOGRAFÍA

AZCÁRRAGA BUSTAMANTE, José Luis de: *Derecho del mar*, Universidad de Alcalá de Henares, tomo I, 1983.

— *El talón de Aquiles de Atalanta: el enjuiciamiento y encarcelamiento de los piratas*, Documento Marco 02/2011, IEEEE, marzo de 2011. <http://www.ieee.es/>.

BARRADA FERREIRÓS, Alfonso: *Las sentencias de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo sobre el caso Alakrana*, Documento Marco 09/2012, IEEEE, junio de 2011. <http://www.ieee.es/>.

COMIS DÍEZ, Esther: «De la piratería marítima», publicado en *Estudios de derecho militar 2009*, Centro de Investigación y Doctrina Legal de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, ed. Ministerio de Defensa, Madrid, julio de 2010.

CASTELLÓN MORENO, Joaquín: *La delgada línea entre el terrorismo y la piratería en el océano Índico*, Documento de Análisis n.º 13/2010, IEEEE, noviembre de 2010, <http://www.ieee.es/>.

DÍAZ-BEDIA ASTOR, Luis: *La seguridad marítima: Nuevos mecanismos ante los nuevos retos*, tesis doctoral publicada en 2011 por el Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado. Dirigida por el profesor Fernando Américo Cuervo-Arango.

DÍAZ DEL RÍO JÁUDENES, Eugenio: «La piratería en el cuerno de África», *Revista General de Marina*, n.º 256 (marzo 2009), p. 217-228.

DOMÍGUEZ-MATÉS, Rosario: «From the Achille Lauro to the present day: an assessment of the international response for preventing and suppressing terrorism at sea», publicado en la obra colectiva *International legal dimension of terrorism*, dirigida por Pablo Antonio Fernández Sánchez, ed. Nijhoff, Leiden-Boston, 2009.

ELLEMAN, Bruce A., FORBES, Andrew y ROSENBERG, David: *Piracy and maritime crime. Historical and modern case studies*, ed. Naval War College Press, enero de 2010.

FERNÁNDEZ FADÓN, Fernando: *Piratería en Somalia: «mares fallidos» y consideraciones de la historia marítima*, Documento de Trabajo n.º 10/2009, Real Instituto Elcano, http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/dt10-2009.

FERNÁNDEZ FADÓN, Fernando: *La proyección marítima de las amenazas asimétricas: piratería, terrorismo y tráfico ilícitos*, actas de las I Jornadas de Estudios de Seguridad de la Comunidad de Estudios de Seguridad General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2009.

— «África occidental, el fenómeno de los mares fallidos y los riesgos para el entorno marítimo español», *Revista General de Marina* n.º 251, agosto-septiembre de 2006, pp. 254 y 255.

FERNÁNDEZ RODERA, José Alberto: «Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del código penal», en *Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del código penal*, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

— «Terrorism at sea. International law response», publicado en la obra colectiva *International legal dimension of terrorism*, dirigida por Pablo Antonio Fernández Sánchez, ed. Nijhoff, Leiden-Boston, 2009.

FRUTOS RUIZ, Ignacio: *Tres años de lucha contra la piratería en el Índico, resultados y perspectivas de futuro*, Documento de Opinión 21/2012, IEEE, marzo de 2012, <http://www.ieee.es/>.

GARAT CARAMÉ, Juan: «La operación Atalanta para la lucha contra la piratería en aguas del Índico», ponencia pronunciada en las Jornadas de la Academia Galega de Seguridade, publicada en la obra colectiva *La persecución de los actos de piratería en las costas somalíes*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 25 a 32.

JORGE URBINA, Julio: «El régimen jurídico internacional de la piratería y los problemas que plantea su persecución en las costas de Somalia y el golfo de Adén», publicado en la obra colectiva *La persecución de los actos de piratería en las costas somalíes*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 113 a 144.

KLEIN, Natalie: *Maritime security and de law of the sea*, Oxford University Press, abril de 2011.

LÓPEZ CALDERÓN, Teodoro: *Las operaciones de la UE (Atalanta)*, ponencia en el Curso de Verano 2011 sobre la Seguridad Marítima y la Piratería, organizado en Cuenca por la Universidad de Castilla-La Mancha bajo la dirección de José Luis Rodríguez-Villasante y Francisco Javier de León Villalba.

MARÍN CASTÁN, Fernando: *El tratamiento jurídico de la piratería marítima en el ordenamiento jurídico español*, Documento Marco 02/2011, IEEEE, marzo de 2011, <http://www.iecee.es/>.

— «Marco jurídico de la seguridad marítima», publicado en la obra colectiva *Impacto de los riesgos emergentes en la seguridad marítima*, coordinada por el almirante general Sebastián Zaragoza Soto, *Cuadernos de Estrategia*, n.º 140 del Instituto Español de Estudios Estratégicos, Madrid, 2009.

— *Las respuestas legales de la comunidad internacional para la prevención y represión de la piratería*, ponencia en el Curso de Verano 2011 sobre la Seguridad Marítima y la Piratería, organizado en Cuenca por la Universidad de Castilla-La Mancha bajo la dirección de José Luis Rodríguez-Villasante y Francisco Javier de León Villalba.

— *Problemas que presenta el delito de piratería y vías de solución*, actas del Panel II de Justicia Penal Internacional, celebrado en mayo de 2010 en el Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado.

MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham: «Cuestiones jurídicas sobre la piratería en la mar», *Revista General de Marina*, n.º 256 (marzo 2009), pp. 229-250.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: «Problemas jurídico-penales e internacionales del crimen de piratería: una laguna imperdonable de nuestro código penal y, ¿por qué no?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional», publicado en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 93, enero-junio de 2009 (y en versión digital en la página web del Real Instituto Elcano).

— *La piratería en el derecho internacional: el crimen internacional de piratería*, ponencia en el Curso de Verano 2011 sobre la Seguridad Marítima y la Piratería, organizado en Cuenca por la Universidad de Castilla-La Mancha, bajo su dirección y la del profesor Francisco Javier de León Villalba.

— «Aspectos jurídico-penales del crimen internacional de piratería», publicado en la obra colectiva *La persecución de los actos de piratería en las costas somalíes*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 113 a 144.

RUIZ DÍEZ DEL CORRAL, Joaquín: *Marco jurídico de la participación de la Armada en la lucha contra los tráfico ilegales*, Documento Marco 10/2012, IEEEE, julio de 2012, <http://www.iecee.es/>.

SÁNCHEZ TABANERA, María Antonia: *La persecución y enjuiciamiento de los delitos contra la seguridad marítima*, trabajo académico de investigación

para la obtención del diploma de especialización en Derecho Marítimo del cuerpo jurídico, EMEJ 2010.

SOBRINO HEREDIA, José Manuel: «Piratería y terrorismo en el mar», ponencia presentada en el coloquio *Protección marítima y violencia en el mar*, Asociación Internacional del Derecho del Mar, La Coruña, del 14 al 16 de mayo de 2009.

— «La piratería marítima: un crimen internacional y un galimatías nacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 17, junio de 2009, <http://www.reei.org/index.php/revista/num17/agora/pirateria-maritima-crimen-internacional-galimatias-nacional>.

— *Piratería, terrorismo y seguridad en la navegación*, ponencia en el Curso de Verano 2011 sobre la Seguridad Marítima y la Piratería, organizado en Cuenca por la Universidad de Castilla-La Mancha bajo la dirección de José Luis Rodríguez-Villasante y Francisco Javier de León Villalba.

CAPÍTULO CUARTO

LA PÉRDIDA DE LA INMUNIDAD DE LAS PERSONAS CIVILES POR SU PARTICIPACION DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

RESUMEN

Las personas civiles desempeñan un papel cada vez más relevante, como víctimas y victimarias, en los conflictos armados. Gozan de inmunidad contra los ataques directos pero la pierden si participan directamente en las hostilidades y mientras dure su participación. Para interpretar esta excepción es preciso definir la noción de personas civiles en los conflictos armados internacionales y no internacionales, delimitar qué se debe entender por hostilidades y determinar los elementos constitutivos del concepto de participación directa en la acción hostil, su ámbito temporal, las limitaciones al uso de la fuerza y las consecuencias de la recuperación de la inmunidad establecidas por el derecho internacional humanitario.

Palabras clave:

Derecho internacional humanitario, conflictos armados, personas civiles, inmunidad, grupos armados organizados, función de combate continua, hostilidades, participación directa, Comité Internacional de la Cruz Roja, principios de distinción, precaución y proporcionalidad, puerta giratoria y uso de la fuerza.

ABSTRACT

Civilians play an increasingly important role in armed conflicts, both as victims and perpetrators. Civilians are protected against attack but lose the immunities for such time as they take a direct part in hostilities. Concerning the interpretation to the notion of direct participation in hostilities is fundamental the concept of civilian in international or non-international armed conflicts, the notion of hostilities and the legal criteria for determining the constitutive elements of direct participation in hostilities, temporal scope of the loss of protection, restraints on the use of force in direct attack and consequences of regaining civilian protection, under international humanitarian law.

Key words:

International humanitarian law, armed conflict, civilian, immunity, organized armed groups, continuous combat function, hostilities, direct participation, International Committee of the Red Cross, principles of distinction, precaution and proportionality, revolving door and use of force.

■ PÓRTICO

Las personas civiles desarrollan un rol en los conflictos armados actuales que se incrementa cada vez más en importancia y aumenta su complejidad⁽¹⁾. Ahora bien, su participación tiene dos aspectos que parecen contradictorios: son víctimas pero también victimarios y, paradójicamente, esta incidencia se produce tanto en los enfrentamientos con armas convencionales y escaso uso de la tecnología armamentística (típica de los conflictos armados asimétricos, en países desestructurados o Estados fallidos) como en aquellos donde se utiliza alta tecnología. Podríamos resumir las causas de este fenómeno bélico destacando las siguientes:

- 1.^a Disminución de las guerras entre estados y aumento de la frecuencia de los conflictos armados internos o no internacionales, que alcanzan más del 90 % de los actuales.
- 2.^a Confusión en la práctica entre combatientes y personas civiles.
- 3.^a Desconocimiento o no aceptación del principio del monopolio estatal del uso legítimo de la fuerza, dogma incontrovertido en los países occidentales pero no compartido en numerosos países donde se considera legítima la resistencia armada de entidades no estatales frente a un Estado que se considera opresor.
- 4.^a Aumento exponencial de las víctimas civiles por la utilización de armas o métodos de combate de alta tecnología que no respetan los principios de distinción, precaución y proporcionalidad.
- 5.^a Violación de las normas más elementales del derecho internacional humanitario (DIH) en los combates que se desarrollan en los conflictos armados asimétricos, en países desestructurados donde realmente no existe un Estado capaz de respetarlas.
- 6.^a La privatización de la guerra, con la intervención masiva de empresas privadas militares y de seguridad.

En una primera aproximación, necesariamente esquemática, podríamos afirmar que el derecho internacional humanitario (DIH) establece un delicado equilibrio en los conflictos armados entre la necesidad militar y los imperativos de humanidad. Uno de los principios generales que lo garantiza es el de distinción, que obliga a diferenciar entre las personas que gozan de inmunidad respecto de los ataques directos y aquellas que constituyen objetivos militares. Gozan de inmunidad las personas civiles (que no participan directamente en las hostilidades) y el personal sanitario y religioso, así como los combatientes fuera de combate (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y personas en poder de la parte adversa). Naturalmente, las personas civiles pierden su inmunidad si participan directamente en la acción hostil y mientras

⁽¹⁾ WENGER, Andreas y MASON, Simon J. A.: «Participación directa de civiles en conflictos armados: tendencias e implicaciones», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 872, diciembre de 2008, pp. 339 y ss.

dura su participación. No gozan de inmunidad contra los ataques directos los miembros de las fuerzas armadas combatientes y, en el caso de un conflicto armado interno (o no internacional), los pertenecientes a los grupos armados opositores o no gubernamentales en función continua de combate.

■ PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN CIVIL EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

■ Introducción

Los nuevos tipos de conflictos armados han significado un aumento creciente de las víctimas de la guerra pertenecientes a la población civil⁽²⁾. En una estadística repetida se indica que en la Primera Guerra Mundial el 14% de las víctimas fueron civiles, el porcentaje ascendió al 67 % en la Segunda Guerra Mundial y en las guerras actuales puede afirmarse que son personas civiles el 90% de las víctimas. Naturalmente, la existencia de refugiados y desplazados internos contribuye a que este preocupante porcentaje no disminuya en la actualidad⁽³⁾.

El 12 de agosto de 1949 se aprobó el IV Convenio de Ginebra, que es el más extenso de todos y ha sido ratificado por la totalidad de la comunidad internacional (194 estados)⁽⁴⁾. No obstante, la insuficiencia de sus normas ante el incremento de las víctimas civiles en las guerras de la posguerra hizo necesaria la aprobación en 1977 de dos protocolos adicionales relativos el primero a los conflictos internacionales y el segundo a los conflictos internos o no internacionales⁽⁵⁾. El principal objetivo de estos dos protocolos adicionales, en opinión del recordado Javier Sánchez del Río Sierra⁽⁶⁾, fue justamente profundizar en la protección de las personas civiles.

⁽²⁾ ALONSO PÉREZ, Francisco: «La protección de la población civil», en Derecho internacional humanitario, Tirant lo Blanch, 2.ª edición, Valencia, 2007, pp. 555 y ss.

⁽³⁾ RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: «Aplicación del derecho internacional humanitario en el conflicto de Bosnia-Herzegovina», en Revista Española de Derecho Militar, enero-junio de 1995, pp. 307-344.

⁽⁴⁾ PICTET, Jean (Dir.): Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949, volumen iv, «La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre: commentaire», CICR, Ginebra, 1956, 729 pp.

⁽⁵⁾ AA. VV.: Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), tomos I y II, Comité Internacional de la Cruz Roja y Plaza y Janés Editores, Colombia, Santa Fé de Bogotá, 2001. Hay también versión española del Comentario del Protocolo II y del artículo 3 de los convenios de Ginebra. Ver también BOTHE, Michael, PARTSCH, Karl Josef y SOLF, A. Waldemar: New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 protocols additional to the Geneva Conventions of 1949, 1982, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1982, 746 págs.

⁽⁶⁾ SÁNCHEZ DEL RÍO SIERRA, Javier: «La protección de la población civil», Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, 1989.

■ El concepto de personas civiles

El artículo 4 del IV Convenio de Ginebra nos proporciona un concepto de personas civiles protegidas a efectos del referido convenio. Son personas civiles las que se encuentran en poder de la parte adversa en el conflicto armado o de una potencia ocupante de la que no sean nacionales. Si toman parte directa en las hostilidades pierden su inmunidad contra los ataques directos, pero siguen siendo personas civiles si reúnen los requisitos de nacionalidad. El DIH, para la protección general de las personas civiles, las distingue de los combatientes. Son personas civiles, en una definición negativa, las que no son combatientes. La distinción es así entre combatientes y personas civiles, ya que hay miembros de las Fuerzas Armadas que no son combatientes (como los miembros de los servicios sanitarios o religiosos) o se encuentran fuera de combate.

Los combatientes legítimos tienen el derecho a combatir y realizar actos de hostilidad contra la parte adversa y gozan del estatuto de prisioneros de guerra si caen en poder del enemigo. Son combatientes legítimos los miembros de las Fuerzas Armadas (excepto el personal sanitario y religioso), los miembros de las Fuerzas Armadas de una parte no reconocida por la otra parte, los miembros de otras milicias y cuerpos sujetos a disciplina militar e incorporados a las Fuerzas Armadas, los miembros de los movimientos de resistencia o guerrilleros que reúnan determinadas condiciones (actuar en territorio ocupado y llevar las armas abiertamente durante la acción y durante el movimiento hacia el lugar desde el que o hacia el que va a ser lanzado el ataque) y la población de un territorio que se levanta en armas esporádicamente contra un ejército invasor.

Ahora bien, la paradoja de los conflictos armados actuales es que, por una parte, las personas civiles combaten ocultando su condición de combatientes y, por la otra, las personas civiles que se abstienen de todo acto hostil son objeto de ataques directos por las partes en el conflicto, que no respetan su inmunidad contra los ataques.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), después de una larga preparación a través de una comisión de expertos (en cinco reuniones celebradas de 2003 a 2008) a la que nos referiremos más adelante, ha elaborado y aprobado (Asamblea del CICR de 26 de febrero de 2009) una *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*⁽⁷⁾. Hay que destacar que esta guía refleja únicamente el punto de vista del CICR, por lo que no es en absoluto un texto

⁽⁷⁾ CICR. MELZER, Nils: «Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law». Fue publicada en la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 90, núm. 872, diciembre de 2008, pp. 991-1047.

normativo ni convencional, aunque trata de reflejar el DIH y no cambia su contenido.

Por lo que se refiere al concepto de personas civiles, las define esta guía interpretativa en sus dos primeras recomendaciones. En la primera, relativa a los conflictos armados internacionales, establece que, a los efectos del principio de distinción, todas las personas que no son miembros de las Fuerzas Armadas de una parte en el conflicto ni integrantes de una leva en masa son personas civiles. Se trata pues de una definición negativa de acuerdo con el Protocolo I de 1977, adicional a los convenios de Ginebra, basado en la recíproca exclusión de los conceptos de «personas civiles» respecto de los miembros de las Fuerzas Armadas combatientes y leva en masa. Naturalmente, deben reunir los requisitos de legitimidad e identificación. Es decir, los grupos armados organizados deben pertenecer a una parte en el conflicto (un Estado responsable o un movimiento de liberación nacional en el caso de los conflictos armados internacionales por extensión a que hace referencia el artículo 1.4 del citado Protocolo I de 1977), incluyendo expresamente las milicias irregulares, cuerpos de voluntarios y movimientos de resistencia además de los miembros combatientes de las Fuerzas Armadas.

170

Así, los grupos organizados de violencia armada (delincuencia común, terroristas o piratas) sin relación con ninguna parte en el conflicto armado no son miembros de las Fuerzas Armadas ni combatientes.

La consecuencia es que las personas civiles en los conflictos armados internacionales gozan de la protección contra los ataques directos salvo y por el tiempo en que tomen parte directa en las hostilidades.

En la segunda recomendación, la *Guía* determina el concepto de personas civiles en los conflictos armados no internacionales, concretando que son todas las que no son miembros de las Fuerzas Armadas del Estado o de grupos armados organizados por una parte en el conflicto. Estos últimos constituyen las fuerzas armadas de la parte no estatal en el conflicto y comprenden únicamente a los individuos cuya función continua consiste en tomar parte directa en las hostilidades (función de combate continua).

En el informe del CICR⁽⁸⁾ *El derecho internacional humanitario y los desafíos en los conflictos armados contemporáneos* presentado a la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, diciembre de 2011), se reitera el concepto de personas civiles a efectos del principio de distinción.

⁽⁸⁾ Documentación de la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, ver la página web del CICR: www.cicr.org.

■ Los sistemas de prevención

- *Sistemas preventivos de carácter táctico*

Se parte del conocido «principio de distinción»⁽⁹⁾ que obliga a diferenciar entre la población civil y los combatientes, así como entre los bienes de carácter civil y los objetivos militares (art. 48 del Protocolo I adicional de 1977).

Objetivos militares⁽¹⁰⁾ son las Fuerzas Armadas de la parte adversa pero solo los combatientes, pues no son objetivos militares los miembros de los servicios sanitarios y religiosos. Por lo que se refiere a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción, total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

Así pues, no son objetivos militares las personas civiles que se abstengan de hostilizar y los bienes civiles⁽¹¹⁾.

El mismo Protocolo I adicional determina las «reglas de oro de la protección humanitaria» al establecer las precauciones exigibles en un ataque⁽¹²⁾.

En consecuencia, según el DIH, hay obligación de señalar los lugares protegidos con signos visibles, se debe evacuar a la población civil si así lo exige su seguridad o imperiosas necesidades militares (aunque se prohíbe la deportación), no se puede retener a la población civil en regiones singularmente expuestas, se debe alejar a la población de los objetivos militares y no situarlos en zonas densamente pobladas y se prohíbe utilizar a las personas civiles como escudos humanos para poner a cubierto objetivos militares⁽¹³⁾.

Otro principio humanitario de singular importancia es el principio de proporcionalidad⁽¹⁴⁾. Según esta norma, todas las operaciones militares deberán

⁽⁹⁾ JORGE URBINA, Julio: *Protección de las víctimas de los conflictos armados*, Naciones Unidas y derecho internacional humanitario. Desarrollo y aplicación del principio de distinción entre objetivos militares y bienes de carácter civil. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 37 y ss.

⁽¹⁰⁾ AA.VV.: *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 Adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo ii, ob. cit., pp. 879-893.

⁽¹¹⁾ BOTHE, Michael, PARTSCH, Karl Josef y SOLF, A. Waldemar: *New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 protocols additional to the Geneva Conventions of 1949*, ob. cit., pp. 296-318.

⁽¹²⁾ JORGE URBINA, Julio: *Protección de las víctimas de los conflictos armados*, Naciones Unidas y derecho internacional humanitario. Desarrollo y aplicación del principio de distinción entre objetivos militares y bienes de carácter civil. Ob. cit., pp. 175 y ss.

⁽¹³⁾ ALONSO PÉREZ, Francisco: «La protección de la población civil», en *Derecho internacional humanitario*, ob. cit., p. 565.

⁽¹⁴⁾ AA.VV.: *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 Adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos*

realizarse con el cuidado de preservar a la población civil y los bienes civiles, hay que verificar antes del ataque que los objetivos militares propuestos son tales, elegir los medios y métodos que menos daño causen a la población civil y suspender o anular el ataque cuando se prevea que causará en la población o bienes civiles daños excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares con ventaja militar equivalente, se optará por el que presente menos peligro para la población y bienes civiles.

- *Prohibición de los actos terroristas*

Hay que puntualizar que la prohibición que formulan de forma absoluta e incondicional las normas del derecho internacional humanitario se refiere a los *actos de terrorismo*⁽¹⁵⁾ en caso de conflicto armado internacional o interno (es decir, sin carácter internacional). Ante todo, hay que constatar que una apreciable dificultad consiste en la ausencia de una definición⁽¹⁶⁾ de los actos de terrorismo aceptada universalmente.

Examinando los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de sus dos Protocolos (I y II) adicionales de 1977, se deduce inequívocamente que los actos terroristas (es decir, el empleo de la violencia indiscriminada para aterrorizar a la población civil) están prohibidos en toda circunstancia, terminantemente y sin excepción. Como escribió H. P. Gasser, las autoridades de las partes contendientes y todos los estados partes en los instrumentos de derecho humanitario (194 en la actualidad) tienen la obligación de proceder contra todo supuesto infractor de la prohibición del terrorismo⁽¹⁷⁾.

De esta forma, en los conflictos armados internacionales⁽¹⁸⁾ y dentro de las normas humanitarias que limitan los medios y métodos de la acción hostil,

armados internacionales (Protocolo I), tomo ii, ob. cit., pp. 945-963. Ver también FENRICK, William John: «The rule of proportionality and Protocol I in conventional warfare» (La norma de la proporcionalidad y el Protocolo I en la guerra convencional), *Military law review*, vol. 98, 1982, pp. 91-127, y SOLF, Waldemar A.: «Protection of civilians against the effects of hostilities under customary international law and under Protocol I» (Protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades, según el derecho internacional consuetudinario y según el Protocolo I), *The American University Journal of International Law and Policy*, vol. i, 1986, pp. 107-135.

⁽¹⁵⁾ GASSER, Hans-Peter: «Prohibición de los actos de terrorismo en el derecho internacional humanitario», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, julio-agosto de 1986, n.º 76, pp. 208-221. Del mismo autor, «Actos de terror, 'terrorismo' y derecho internacional humanitario», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 847, septiembre de 2002.

⁽¹⁶⁾ RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: «Terrorismo y derecho internacional humanitario», en *Derecho internacional humanitario*, ob. cit., pp. 221 y ss.

⁽¹⁷⁾ GASSER, Hans-Peter: «Actos de terror, 'terrorismo' y derecho internacional humanitario», art. cit., *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 847, septiembre de 2002.

⁽¹⁸⁾ PÉREZ GONALEZ, Manuel: «Terrorismo y conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el derecho internacional humanitario», en *Lucha contra el terrorismo y derecho internacional* (coord.: J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto), Cuadernos de Estrategia, Instituto

el artículo 51.2 del citado Protocolo I de 1977 prohíbe los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. Y el artículo 54 del mismo Protocolo proscribía los ataques contra las obras o instalaciones (presas, diques y centrales nucleares) que contengan fuerzas peligrosas.

La proscripción de los actos terroristas se establece igualmente de manera absoluta en los conflictos armados sin carácter internacional⁽¹⁹⁾. La prohibición expresa de terrorismo en este ámbito se formula en los artículos 4.2 d) y 13 (por lo que se refiere a la población civil) del Protocolo II adicional de 1977 («quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil»).

■ LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

■ Consideraciones generales

El principio de inmunidad de la población civil contra los ataques directos en los conflictos armados contiene una excepción que constituye el mayor problema jurídico⁽²⁰⁾ que se presenta en los conflictos actuales. Se trata de la determinación de lo que debe entenderse por «participación directa» (Protocolos I y II de 1977, adicionales a los convenios de Ginebra) o por «participación activa» (artículo 3 común a los convenios de Ginebra). Como advierte la doctrina⁽²¹⁾, no se cuestiona esta calificación en la conducta consistente en participar en la acción militar (haciendo fuego con armas) saboteando instalaciones militares, municionando a los combatientes o proporcionándoles información. Pero caso distinto es la contribución general al esfuerzo bélico aportando víveres a los que combaten o trabajando en una fábrica de armamento, porque hay que tener en cuenta que todas las personas civiles de un territorio en conflicto armado contribuyen en mayor o menor grado al esfuerzo que supone la guerra.

Debemos precisar que la contribución indirecta o no activa a la acción hostil puede suponer la detención (e incluso la imposición de una pena) de las personas civiles pero no las convierte (en cuanto tales) en objeto de un ataque, que solo

Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, marzo de 2006, pp. 81 y ss. Del mismo autor, *Lucha contra el terrorismo, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, Tirant Monografías 797, Valencia, 2012.

⁽¹⁹⁾ GASSER, Hans-Peter: *Actos de terror, 'terrorismo' y derecho internacional humanitario*, art. cit., p. 560.

⁽²⁰⁾ BOTHE, Michaël, PARTSCH, Karl Josef y SOLF, Waldemar. A.: *New rules for victims of armed conflicts. Commentary on the two protocols additional to the Geneva Conventions of 1949*, ob.cit., pp. 301 y 302.

⁽²¹⁾ RUYTS, Tom: «License to kill? State-sponsored assassination under international law», en *Revista de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra*, n.º 44, 2005, vol. 1-2, pp. 28 y 29.

se justifica cuando es directa su participación. J. F. Quéguiner⁽²²⁾ presenta el concepto de participación «directa o activa» (términos similares, según el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, caso J. P. Akayesu) en las hostilidades de las personas civiles resaltando sus consecuencias, como la pérdida de la inmunidad en el ataque o el régimen legal de los enemigos capturados. Los términos «directa» o «activa» han presentado algunas dificultades en la versión inglesa del citado artículo 3 común a los convenios de Ginebra («active part») frente a los protocolos adicionales («direct participation»), pero no en la versión española que utiliza únicamente el término «directa» en tales normas convencionales.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en los comentarios a los protocolos adicionales, ha considerado similares ambos términos; sin embargo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional vio algunas diferencias en el caso del crimen de guerra de participación de los niños en las hostilidades (art. 8) y utilizó la expresión *participación activa en las hostilidades* en lugar de emplear la locución *participación directa*.

Diversos autores que participaron en el seminario de expertos sobre «Participación directa en las hostilidades»⁽²³⁾ pretendieron distinguir entre dos grupos de personas civiles: los que contribuyen al apoyo de las operaciones militares y los civiles «puros» (como los niños), a los que hay que proteger en todas las circunstancias. Sin embargo, parte de los expertos rechazaron esta distinción puesto que no se puede tratar a unos civiles como «más civiles que a otros» y, en todo caso, esta diferenciación podría socavar la protección general de la población civil como tal.

Lo cierto es que no existe en los textos convencionales de DIH una definición explícita de la «participación directa en las hostilidades» pues, como se ha señalado⁽²⁴⁾, ni las actas de la Conferencia Diplomática de 1949 ni las de la Conferencia Diplomática 1974-1977 nos proporcionan una definición precisa de qué debe entenderse por una «participación directa» en la acción hostil.

Bothe, Partsch y Solf⁽²⁵⁾ han puesto de manifiesto la variedad de expresiones empleadas por el Protocolo I de 1977 relativas a las circunstancias en las que se pierde la protección por parte de las personas civiles:

⁽²²⁾ QUÉGUINER, Jean François: «Direct participation in hostilities under international humanitarian law», Briefing Paper, november 2003, Research initiative reaffirmation and development of IHL, Program on Humanitary Policy and Conflict Reseach at Harvard University.

⁽²³⁾ QUÉGUINER, Jean-François «Participación directa en las hostilidades con arreglo al derecho internacional humanitario», anexo i al documento El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2003.

⁽²⁴⁾ QUÉGUINER, Jean François: «Direct participation...», ob. cit., p. 1.

⁽²⁵⁾ BOTHE, Michaël, PARTSCH, Karl Josef y SOLF, Waldemar. A.: New rules for victims..., ob. cit., p. 302.

- Tomar parte directa en las hostilidades. Art. 51 (3).
- Abstenerse de todo acto de hostilidad. Art. 8 a) y b).
- Abstenerse de todo acto hostil. Art. 41 (2).
- Encontrarse realizando un acto hostil. Art. 42 (2).
- Realizar actos perjudiciales para el enemigo. Arts. 13 (1) y (2) y art. 65 (1).

Ahora bien, certeramente apuntan estos autores que, como la interpretación de estos términos afecta a materias *de vida o muerte*, debe rechazarse que su carácter ambiguo pueda dejarse a la práctica de los estados en los conflictos futuros.

Volviendo a los textos convencionales, el Protocolo I de 1977 utiliza como conceptos distintos las expresiones *participación directa en las hostilidades* y *actos perjudiciales para el enemigo*, por lo que cabe distinguirlas en cada contexto en el que son utilizadas en la norma convencional. Así, en los comentarios del CICR a los mencionados protocolos de 1977 y en relación con los combatientes fuera de combate, se afirma que en el contexto del artículo 41 el término *acto hostil* incluye todo acto en el que una persona revele su participación en un combate o apoye directamente una acción de combate⁽²⁶⁾.

Para resolver este problema, de tanta repercusión práctica en el desarrollo de las hostilidades, en el citado seminario de expertos⁽²⁷⁾ se destacó la utilidad de una definición y la exigencia de una mayor clarificación ante la inexistencia de una interpretación unánime y se propuso la elaboración de una lista no exhaustiva de actos de participación directa para llegar a una definición general.

Así, Tony Rogers, en un taller presentado a la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja (Ginebra, 2007), defendió la elaboración de diversos «escenarios» calificados del número 1 al 20 según su mayor claridad (capturar a miembros de las Fuerzas Armadas o armas del enemigo, colocar minas o realizar sabotajes o, por el contrario, trabajar en instalaciones industriales de apoyo a las Fuerzas Armadas) o su carácter dudoso (conducir un camión que transporta municiones a un almacén enemigo).

El CICR⁽²⁸⁾, en un informe elaborado para la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, noviembre de 2007), explica que el concepto de participación directa en las hostilidades necesita responder a tres preguntas:

- ¿A quién se considera civil a los fines de conducción de hostilidades?
- ¿Qué conducta equivale a participación directa en las hostilidades?

⁽²⁶⁾ [Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux conventions de Genève du 12 août 1949, CICR, Genève, 1986, Comentario al art. 41 \(2\), párrafo 2.3.2.](#)

⁽²⁷⁾ Informe «Participación directa en las hostilidades...», ob. cit.

⁽²⁸⁾ Informe del CICR El derecho internacional humanitario y los desafíos en los conflictos armados contemporáneos, Ginebra, octubre de 2007, pp. 20 y 21.

- ¿Cuáles son las condiciones precisas bajo las cuales las personas civiles que participan directamente en las hostilidades pierden su protección contra el ataque directo?

Y este mismo contenido se reitera en el informe ya citado presentado a la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en Ginebra en diciembre de 2011 (pp. 47 a 51). Debemos advertir que en este segundo informe el CICR ha tenido en cuenta la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, que había sido aprobada con anterioridad (29 de febrero de 2009) por la propia Asamblea General del CICR. La *Guía* había recibido algunas críticas gubernamentales, doctrinales y de algunas ONGs a las que hace mención el informe que, sin embargo, es considerado por el CICR como un conjunto jurídico y operacional bastante equilibrado.

Precedente de los dos informes citados (2007 y 2011) fue el estudio que en el año 2003 inició el CICR y el Asser Institute sobre el concepto de *participación directa en las hostilidades*, con varias reuniones de expertos donde se prepara un documento con la presentación de una interpretación coherente de las normas del derecho internacional humanitario (DIH) sobre la materia.

176

Revistió singular importancia durante estos años la polémica sentencia del Tribunal Supremo de Israel de 13 de diciembre de 2006, en la que se estableció un principio básico: «Las personas civiles que toman parte directa en las hostilidades no están protegidas durante el tiempo en que participan en la acción hostil». En efecto, afirmó este tribunal que la protección de la vida y de la integridad corporal es un derecho básico que reconoce el DIH a las personas civiles que no pueden ser atacadas (artículo 51 del Protocolo I de 1977 y DIH consuetudinario) de forma directa o con ataques indiscriminados, constituyendo un crimen de guerra (artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional) el ataque intencionado a las personas civiles.

En sus razonamientos legales, la citada sentencia se pregunta por la fuente jurídica de este principio básico, ya que Israel no es parte en el citado Protocolo I de 1977. Y el Tribunal Supremo de Israel acepta que tal principio forma parte de la costumbre internacional y además se deduce del artículo 3 común a los convenios de Ginebra (de los que Israel es parte). Se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en la práctica de los estados y en diversos manuales militares.

Ahora bien, ¿cuál es la esencia de este principio? Una persona que no es combatiente debe abstenerse de participar directamente en la acción hostil y si lo hace viola una norma, pero no pierde su estatuto de persona civil. Naturalmente, está sujeto a los riesgos de un ataque como persona que combate

pero no goza de los derechos que otorga el estatuto de combatiente (condición de prisionero de guerra) ni de la inmunidad de la población civil. Es un civil que desempeña la función de combatiente y por ello no puede conservar la protección que se garantiza a los civiles que no combaten.

Por otra parte, el Manual de la Cruz Roja establece que a los civiles no se les permite tomar parte directa en las hostilidades y, a la vez, permanecer inmunes a los ataques. En cuanto a los llamados «combatientes ilegales», en tanto se mantenga su estatuto de personas civiles (al no formar parte de las Fuerzas Armadas del enemigo) y tomen parte en el combate, cesa la protección como tales civiles y quedan sujetos al riesgo de ataques directos como combatientes.

Sin embargo, aunque las personas civiles que toman parte directa en la acción hostil no tienen la inmunidad propia de los civiles, no dejan de ser civiles aunque sus actos desmientan su condición de personas civiles.

Como hemos indicado antes, en la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, noviembre de 2007), a iniciativa del CICR, se celebró un taller sobre la «Participación directa de las personas civiles en las hostilidades», con intervenciones de Nils Melzer, Tony Rogers y Marco Sassoli, que ofrecieron diversos enfoques sobre la materia, en particular sobre el concepto de hostilidades, la participación en la acción hostil, la participación directa o indirecta y la definición de actos hostiles, el tiempo de la participación (despliegue y repliegue hacia y desde el lugar donde se ejecuta el ataque directo), la naturaleza de los grupos armados no estatales que participan directamente en la acción hostil (movimientos de resistencia y de liberación nacional), la participación (directa o indirecta) de los dirigentes políticos o religiosos, de los periodistas y de quienes financian la guerra y la problemática del empleo (voluntario o forzoso) como «escudos humanos» de personas civiles durante el desarrollo de un conflicto armado de carácter internacional o no internacional.

■ El concepto de acción hostil u hostilidades

Advierte la doctrina y J. F. Quéguiner⁽²⁹⁾ que, aunque los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales hacen un uso extenso de la palabra «hostilidades», no definen específicamente este término que en ocasiones se usa como sinónimo de «conflicto armado». Sin embargo, en sentido estricto, designa las acciones ofensivas y defensivas y las operaciones militares llevadas a cabo por los beligerantes durante un conflicto armado⁽³⁰⁾. El informe del III Comité de la Conferencia Diplomática (1974-1977) que aprobó los Protocolos adicionales

⁽²⁹⁾ QUÉGUINER, Jean-François: «Direct participation...», cit., p. 1.

⁽³⁰⁾ Pietro Verri define las hostilidades como «un acto de violencia por un beligerante contra un enemigo en orden a poner fin a su resistencia e imponerle obediencia» (Dictionary of the international law of armed conflict, CICR, Ginebra, 1992, p. 57).

de 1977, como afirma la doctrina⁽³¹⁾, reconoció que no se había definido el término «hostilidades» pero numerosas delegaciones habían expresado el punto de vista de que tal concepto comprendía la preparación para el combate y el repliegue desde el lugar del combate.

Para algunos autores como Nils Melzer⁽³²⁾ el concepto de hostilidades precisa de la concurrencia de tres elementos: 1.º Umbral del daño causado, es decir, debe afectar a las operaciones militares y tener capacidad para infligir la muerte, lesiones y daños a las personas y bienes; 2.º Causa directa. Relación de causa a efecto entre la acción u operación militar coordinada y sus consecuencias lesivas, y 3.º Nexo con los beligerantes. Debe tratarse de una persona específicamente designada para apoyar a una parte en el conflicto y para dañar a la parte adversa. El principio y fin de un acto hostil comprende su preparación (medidas necesarias, como cargar un arma), el despliegue al lugar de ejecución y el retorno o repliegue desde el lugar de ejecución.

En sentido amplio, se pueden deducir tres características del concepto de hostilidades⁽³³⁾: primero, el acto u operación debe estar ligado intrínsecamente a un conflicto armado, pues en ausencia de este un ataque contra las Fuerzas Armadas del Estado constituye un delito sancionado en el derecho interno; segundo, los actos deben ser realizados por beligerantes (combatientes) aunque se trate de personas civiles, pero no incluye la actividad de grupos criminales sin conexión con el conflicto armado, y tercero, requiere actos de violencia o uso de la fuerza cuya naturaleza e intención sea dañar o lesionar al personal o material de las Fuerzas Armadas. Un concepto similar es aceptado también por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (DDHH) y por el DIH consuetudinario⁽³⁴⁾.

Al definir el término «hostilidades» hay que tener en cuenta que «tomar parte» en las hostilidades no se condiciona a que la persona civil haya hecho uso de sus armas ni a que las porte (abiertamente o de forma oculta), puesto que la palabra «hostilidades» comprende no solo el tiempo en que una persona civil hace uso del arma, obtiene información o prepara la acción hostil, sino que también abarca las situaciones en que desarrolla actos hostiles sin usar las armas y se amplía a las hostilidades dirigidas no solo contra las Fuerzas Armadas sino contra la población civil. Debemos ahora recordar que las personas civiles no pierden su inmunidad por «tomar parte en las hostilidades» sino por «tomar parte directa».

⁽³¹⁾ BOTHE, Michaël, PARTSCH, Karl Josef y SOLF, Waldemar A.: *New rules for victims...*, ob cit., p. 302.

⁽³²⁾ MELZER, Nils: Taller «Participación directa de las personas civiles en las hostilidades», en XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2007.

⁽³³⁾ QUÉGUINER, Jean-François: «Direct participation...», cit., p. 2.

⁽³⁴⁾ HENKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise: *Customary international humanitarian law*, vol. i, Rules, ICRC, Cambridge University Press, 2005, p. 22.

Es necesario hacer una distinción, dentro del clásico derecho que regula el desarrollo de los conflictos armados, entre las hostilidades y las relaciones no hostiles entre beligerantes, como las treguas, suspensiones de armas, armisticios locales o acuerdos para el canje de prisioneros y zonas neutralizadas o desmilitarizadas, entre otras.

■ **Delimitación de la noción de participación directa de las personas civiles en la acción hostil**

- *Antecedentes. Las diversas posturas doctrinales*

Desde el punto de vista doctrinal, los autores de los comentarios del CICR al Protocolo I de 1977 sostienen que la participación directa en las hostilidades supone una relación causal entre la actividad⁽³⁵⁾ dirigida contra el enemigo en el tiempo y lugar donde esta acción se realice y el daño causado. En otras palabras, como expresa Quéguiner⁽³⁶⁾, la conducta de la persona civil debe constituir una amenaza militar directa e inmediata contra el enemigo. Este criterio, no obstante, ha sido modificado por parte de la doctrina y la práctica de los países para ampliar el concepto, incluyendo actividades de protección personal, infraestructuras o material, aunque no supongan una acción violenta. Para Bhote, Partschy y Solf⁽³⁷⁾ este es el caso de las personas civiles que forman parte de un equipo de armas o proporcionan información sobre los objetivos de los sistemas de armas destinados para su utilización inmediata contra el enemigo, tales como los localizadores de la artillería o miembros de equipos de observadores sobre el terreno. La preparación para el combate debe incluir el apoyo logístico directo a las unidades comprometidas directamente en el combate, como la entrega de municiones a la posición desde donde se hace fuego.

Para otros autores, como M. E. Guillory⁽³⁸⁾, los civiles participan directamente cuando están integrados en una operación de combate (es decir, cualquier actividad militar que se proponga quebrantar las operaciones del enemigo o destruir sus fuerzas o instalaciones), considerando que la integración se define como una (ininterrumpida) parte indispensable de una actividad tal que la acción no pueda cumplir su función sin la presencia de estas personas.

Volviendo a la postura de los antes citados autores de los comentarios del CICR⁽³⁹⁾, no existen dudas de que constituye participación directa en la acción hostil el hecho de llevar a cabo un ataque (definido en el artículo 49 del

⁽³⁵⁾ *Commentaire...*, ob. cit., p. 516.

⁽³⁶⁾ QUÉGUINER, Jean-François: «Direct participation...», cit., p. 3143.

⁽³⁷⁾ BOTHE, Michaël, PARTSCH, Karl Josef y SOLF, Waldemar A.: *New rules for victims...*, ob. cit., p. 303.

⁽³⁸⁾ GUILLORY, M. E.: «Civilianizing the force: is the united status crossing the rubicon?», en *Air Force Law Review*, p. 117.

⁽³⁹⁾ *Commentaire...*, ob. cit., p. 603.

Protocolo I de 1977). Es decir, una acción de combate o el uso de la fuerza armada para realizar una operación militar. Pero no solo comprende actos de lucha física, sino también el hecho de dar órdenes para atacar o colocar aparatos explosivos.

La práctica estatal y la doctrina, por lo que se refiere al carácter directo de la intervención, la extiende a la preparación del ataque o al retorno desde el lugar atacado. Debe ser citada la Orden Ejecutiva de los Estados Unidos de América n.º 123333 sobre la prohibición del asesinato, que expone un criterio mucho más amplio que el sostenido por el comentario del CICR, puesto que las personas civiles que trabajan en industrias militares (científicos civiles que ocupan posiciones clave en los programas de armamento que se estiman vitales para la seguridad nacional) pueden ser considerados como directamente participantes en las hostilidades.

Bothe, Partsch y Solf⁽⁴⁰⁾ y la doctrina mayoritaria no comparten esta postura y sostienen acertadamente que las personas civiles que solo proporcionan ayuda indirecta a las Fuerzas Armadas, como los trabajadores en las fábricas de defensa o los encargados de la distribución o almacenamiento de repuestos militares en áreas de retaguardia, no pueden ser objeto de ataques individuales deliberados. Aunque, naturalmente, estas personas asumen el riesgo de daños incidentales como consecuencia de los ataques contra sus lugares de trabajo o transporte.

Desde un punto de vista más general, que contempla un panorama completo del desarrollo de los conflictos armados, Marco Sassol⁽⁴¹⁾ plantea un enfoque previo basado en las cualidades personales de los miembros que participan directamente en las hostilidades, apuntando que las Fuerzas Armadas regulares están en desventaja frente a los grupos armados enemigos irregulares pues estos solo pueden ser atacados mientras participan directamente en la acción hostil. Para este autor hay que establecer diferencias entre los conflictos armados internacionales y los no internacionales. En los primeros es fundamental el concepto de combatiente y la identificación. En los conflictos armados internos, según el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, se otorga protección únicamente: a) a los grupos armados que sean parte en el conflicto (partes identificables) con función de combate, y b) a los miembros combatientes que hayan depuesto las armas.

Debemos dar cuenta ahora de algunos actos específicos que pueden ser incluidos en la noción de participación directa en la acción hostil, según el informe «Participación directa en las hostilidades»⁽⁴²⁾. Así, existe un acuerdo

⁽⁴⁰⁾ BOTHE, Michaël, PARTSCH, Karl Josef y SOLF, Waldemar: *New rules for victims...*, ob. cit., p. 303.

⁽⁴¹⁾ SASSOLÍ, Marco: Taller «Participación directa...», XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, doc. cit.

⁽⁴²⁾ Informe «Participación directa...», cit., p. 33.

general sobre algunas actividades como participar en un ataque, tratar de capturar a miembros de las Fuerzas Armadas enemigas, sus armas, equipos o posiciones, colocar minas o sabotear las líneas de comunicación militar. Por el contrario, no sería participación directa la actividad de las personas civiles que trabajen en una fábrica de armas.

Como hemos visto antes, Tony Rogers⁽⁴³⁾ nos informa sobre la elaboración de diversos escenarios para clarificar la participación directa en las hostilidades que comprenden desde los supuestos más evidentes hasta los que la excluyen. No faltan los casos dudosos como el del conductor civil de un camión que transporta municiones, supuesto al que nos referimos seguidamente.

Se trata de un caso práctico que ha motivado el interés de la doctrina, que en numerosas ocasiones se planteó la clásica cuestión: ¿es lícito atacar directamente al conductor civil de un camión que porta municiones en una zona de combate? ¿Esta persona ha perdido su inmunidad? No existe consenso en las respuestas de los expertos, aunque se considera⁽⁴⁴⁾ en todo caso que el camión es (en sí mismo) un objetivo militar que puede ser atacado para detener el municionamiento respetando el principio de proporcionalidad. Por nuestra parte entendemos que no se puede estimar participación directa, sino indirecta, en el caso de que el transporte se realice desde una fábrica a un almacén. Pero constituye participación directa si se trata de una actividad de municionamiento, mediante el transporte de proyectiles al lugar donde van a ser utilizados en el combate.

Hay consenso en la doctrina para negar que el hecho de portar armas signifique, de forma automática, una forma de participación directa, pues el personal sanitario está autorizado para ello por los convenios de Ginebra.

El conflicto armado de los Balcanes (Kosovo) ha planteado situaciones problemáticas como el bombardeo de estaciones de radio y televisión, en ocasiones consideradas objetivos militares como parte de las redes de transmisión del enemigo⁽⁴⁵⁾. Pero se rechaza generalmente que los periodistas participen directamente en la acción hostil al realizar funciones de propaganda y mantenimiento de la moral de los combatientes, pues se trata de acciones de participación indirecta.

⁽⁴³⁾ ROGERS, Tony: Taller «Participación directa...», XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, doc. cit.

⁽⁴⁴⁾ RUYSS, Tom: «License...», art.cit., p. 29.

⁽⁴⁵⁾ RONZITTI, Natalino: «¿Es aceptable el non liquet del Informe Final del Comité instituido para examinar la campaña de la OTAN en contra de la República Federativa de Yugoslavia?», en Revista Internacional de la Cruz Roja, n.º 156, diciembre de 2000, p. 300. Ver también ROWE, Peter: «Kosovo 1999: The air campaign. Have the provisions on Additional Protocol I withstood the test?», en Revista Internacional de la Cruz Roja, n.º 837, marzo 2000, pp. 147-164.

No existe consenso en la doctrina ni en la práctica estatal sobre el estatuto de las autoridades políticas civiles que, en ocasiones, contribuyen (directa o indirectamente) en la conducción de las hostilidades. Para M. Sassolí⁽⁴⁶⁾, es decisivo saber si estas autoridades están involucradas en la toma de decisiones de la acción hostil. Para otros autores⁽⁴⁷⁾, se debe interpretar estrictamente la noción de participación directa y siempre se debe distinguir entre el ala política y la militar.

Durante el desarrollo del conflicto colombiano se produjo cierta polémica en el caso de la muerte del dirigente de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) Raúl Reyes y otros guerrilleros que le acompañaban como consecuencia de un ataque letal realizado por el Ejército de Colombia contra un campamento situado en territorio del vecino Ecuador. Con independencia de la posible violación del derecho internacional que supuso una intervención armada en el territorio de otro estado, se planteó la legalidad del ataque letal contra un importante dirigente que se ocupaba de las relaciones internacionales de las FARC y que, en ese momento, se encontraba en un campamento de guerrilleros armados y uniformados, de forma que el hecho de estar integrado en los órganos de decisión de las FARC como uno de sus máximos dirigentes le constituye en partícipe directo de las actividades bélicas y no puede ser considerado, en el marco de un conflicto armado no internacional, como persona civil protegida al participar directamente en las hostilidades.

182

Para las diversas posturas doctrinales también es problemático el estatuto de las personas civiles que voluntariamente se prestan a actuar como «escudos humanos»⁽⁴⁸⁾ para poner a cubierto de los ataques determinados objetivos militares. Estima T. Rogers⁽⁴⁹⁾, en opinión que compartimos, que si actúan voluntariamente se puede considerar que participan directamente en la acción hostil al impedir una operación militar. Por el contrario, no es participación directa si son obligados a poner a cubierto un objetivo militar o son tomados como rehenes.

Finalmente, no está exenta de problemas interpretativos la participación de líderes religiosos que exalten la moral de combate, prediquen el mantenimiento de las hostilidades o inciten a la resistencia con argumentos religiosos o desde lugares de culto⁽⁵⁰⁾. Naturalmente, constituye un supuesto de participación directa si están involucrados en las decisiones u organización de la acción

⁽⁴⁶⁾ SASSOLÍ, Marco: Taller «Participación directa...», doc. cit.

⁽⁴⁷⁾ ROGERS, Tony: Taller «Participación directa...», doc. cit.

⁽⁴⁸⁾ QUÉGUINER, Jean-François: «Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 864, diciembre de 2006, pp. 20 y ss. Ver también ROGERS, A. P. V.: «Una guerra sin víctimas», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 153, marzo de 2000, pp. 85 y ss., y GARCÍA RICO, Elena del Mar: «La doctrina de las zero casualty wars ante el derecho internacional humanitario», en *Los conflictos armados en la era de la globalización*, ed. Partenón, Madrid, 2007, pp. 127 y ss.

⁽⁴⁹⁾ ROGERS, Tony: Taller «Participación directa...», doc. cit.

⁽⁵⁰⁾ SASSOLÍ, Marco: Taller «Participación directa...», doc. cit.

hostil, pero solo se puede calificar de indirecta la participación si se limita a un apoyo confesional prestado a una de las partes en el conflicto armado, suministrando argumentos teológicos para la lucha armada.

- *El punto de vista del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario*

La Norma 6 del DIH consuetudinario⁽⁵¹⁾ dispone: «Las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación». La regla es de aplicación tanto en los conflictos armados internacionales como en los internos. El carácter consuetudinario de esta norma se funda en el artículo 51 (3) del Protocolo I de 1977, apoyado en declaraciones formuladas durante la propia Conferencia Internacional y en el momento de ratificación (Reino Unido), en numerosos manuales militares incluso de países que no son parte en el citado protocolo y en la posición del CICR compartida por diversos estados.

En cuanto al DIH aplicable a los conflictos armados internos, hay que añadir que el artículo 13 (3) del Protocolo II de 1977 declara la inmunidad de la población civil salvo y por el tiempo en que tomen parte directa en las hostilidades. Regla incorporada también a diversos manuales militares aplicables en los conflictos armados no internacionales y adoptada por la Comisión Interamericana de DDHH en el caso de La Tablada (Argentina). Esta misma comisión ha definido la «participación directa en las hostilidades» como actos que, por su naturaleza o finalidad, están dirigidos a causar daños personales o materiales al enemigo⁽⁵²⁾.

Si nos centramos en el concepto mismo de participación directa en la acción hostil, en distintos manuales militares se califica así la conducta de una persona civil que usa las armas u otros medios para cometer actos de violencia contra los efectivos humanos o materiales de la fuerzas enemigas, señalando como ejemplos servir como escoltas, agentes de información o vigilancia permanente de fuerzas militares (Estados Unidos de América, Ecuador y Filipinas).

Además, el citado informe de la Comisión Interamericana de DDHH sobre Colombia nos proporciona un criterio para distinguir entre participación directa o indirecta en la acción hostil. Constituye participación indirecta expresar simpatía por una de las partes o, más claramente, dejar de actuar para prevenir una incursión por una de las partes, sin actos de violencia que pongan en riesgo inmediato de daño real a la parte adversa.

Por otra parte, en el *Informe sobre la práctica de Ruanda* de la Comisión de DDHH de la ONU se excluye el apoyo logístico del concepto de participación directa. Y, además, pierden su estatuto de civiles las personas desarmadas

⁽⁵¹⁾ HENKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise: «Customary...», ob. cit., pp. 20 y ss.

⁽⁵²⁾ Comisión Interamericana de DDHH, tercer Informe sobre DDHH en Colombia.

que siguen a las Fuerzas Armadas durante un conflicto armado internacional para proporcionarles comida, transporte de municiones o llevarles mensajes. Por el contrario, en el contexto de un conflicto armado no internacional, los civiles desarmados que colaboran con una de las partes en el conflicto siempre permanecen como personas civiles. Se justifica esta diferencia porque en los conflictos armados no internacionales los civiles son forzados a colaborar con la parte en cuyo poder se encuentran.

Como resumen debemos concluir que el uso de las armas u otros medios para cometer actos de violencia contra los efectivos humanos o materiales de las fuerzas enemigas supone una definición clara y uniforme de la participación directa en la acción hostil, pero este concepto no ha sido desarrollado por la práctica estatal⁽⁵³⁾.

El manual militar de España⁽⁵⁴⁾ establece que las personas civiles que trabajan dentro de los objetivos militares (fabricas de municiones, por ejemplo) no participan directamente en las hostilidades, aunque deben asumir los riesgos derivados de un ataque a un objetivo militar. Por otra parte, no tiene fundamento en la práctica de los estados la teoría de que tales personas deben ser consideradas como cuasi-combatientes.

- *Los nuevos métodos de conducción de las hostilidades*

En la reunión de expertos sobre la «Participación directa en las hostilidades»⁽⁵⁵⁾ se estudió esta noción en relación con los desafíos de los conflictos armados actuales, pues es evidente la influencia de la doctrina estratégica, táctica y práctica militar contemporánea en la protección de la población civil. En efecto, la progresiva desaparición del concepto de «campo de batalla» y los nuevos métodos de conducción de las hostilidades hacen inoperantes las definiciones basadas en la proximidad geográfica o física a la zona de combate (zonas neutralizadas o desmilitarizadas). Y la confianza en medios de tecnología avanzada (precisión en los bombardeos) carece de sentido ante la realidad de la guerra asimétrica.

Los expertos destacaron la concurrencia de dos factores o características en numerosos conflictos armados actuales: la gran dependencia de las armas actuales de la tecnología y la disminución de los presupuestos militares, que lleva a buscar la eficacia con un coste menor que solo pueden ofrecer las empresas privadas. Se trata de la «externalización de la guerra» puesto que se confían auténticas actividades militares a empresas, de forma que los contratos de compraventa de sistemas de armas incluyen su mantenimiento

⁽⁵³⁾ HENKAERTS, Jean-Marie y DOYSWALD-BEECK, Louise: *Customary...*, ob. cit., p. 23.

⁽⁵⁴⁾ Orientaciones ORT-004. El derecho de los conflictos armados, Ejército de Tierra español, 2.ª edición, vigor: 2-11-2007, tomos i, ii y iii.

⁽⁵⁵⁾ Informe «Participación directa...», cit., pp. 34 y ss.

por el personal de la empresa suministradora, incluso durante el conflicto armado⁽⁵⁶⁾.

- *Análisis de la «Guía para interpretar de la noción de participación directa en las hostilidades» del CICR*

Procede ahora profundizar en el análisis de la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario* del CICR, a la que hemos hecho antes numerosas referencias⁽⁵⁷⁾.

a. *La participación directa como acto específico*

En primer lugar, en su recomendación cuarta, considera que el concepto de participación directa en las hostilidades se refiere a acciones específicas, es decir, excluye una actividad permanente de los sujetos activos. Estos son, no lo olvidemos, personas civiles y, por tanto, es necesario diferenciarlos de los que no tienen esta condición, como hemos visto al definir la propia *Guía* a las personas civiles (recomendación primera y segunda). La participación directa diferencia ese acto específico hostil de las personas civiles (que no pierden tal carácter) de la actuación de quienes toman parte directa en la acción hostil incorporados o integrados en las Fuerzas Armadas (conflictos armados internacionales) o de los miembros de grupos armados organizados (no estatales) de una parte en un conflicto armado no internacional que realizan una función continua de combate.

Se trata pues, en todo caso, de acciones específicas llevadas a cabo por individuos civiles como parte de la conducción de las hostilidades entre las partes en un conflicto armado.

b. *Elementos constitutivos de la participación directa*

En la recomendación quinta de la *Guía*, y a fin de calificar un acto hostil específico como participación directa en las hostilidades, se exige la concurrencia de tres requisitos acumulativos: 1.º El umbral del daño; 2.º La causación directa, y 3.º El nexo de beligerancia.

c. *El umbral del daño*

El *umbral del daño* significa que el acto debe ser idóneo para afectar negativamente a las operaciones militares o a la capacidad militar de una de las partes en un conflicto armado. O, de forma alternativa, capaz de infligir

⁽⁵⁶⁾ Ver el número monográfico de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, septiembre de 2006, «Entreprises militaires privées». En particular los artículos de Enmanuela-Chiara Gillard y Michael Cottier.

⁽⁵⁷⁾ CICR. MELZER, Nils: *Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*, ob. cit.

la muerte, lesiones o destrucción de personas o bienes protegidos contra los ataques directos por gozar de inmunidad. Como ejemplos se citan los sabotajes, las limitaciones para el despliegue enemigo, su logística o comunicaciones, la captura o la custodia de personal capturado a la parte adversa, la obstaculización del uso militar de bienes, equipo o territorio, la limpieza de minas, los ataques a las redes informáticas militares, la información sobre la vulnerabilidad de objetivos militares que pueden ser atacados y los ataques de francotiradores contra personas civiles. Por el contrario, no se pueden calificar como actos hostiles que reúnan este requisito (umbral del daño) la construcción de vallas o alambradas, la interrupción del suministro de electricidad, aprovisionamiento, agua o alimentos, la apropiación de vehículos y combustible o la manipulación de sistemas informáticos.

Existen una serie de actos específicos que, sin duda, constituyen supuestos de participación directa en las hostilidades. Tales actos son el ataque haciendo uso de las armas, la captura de las fuerzas enemigas, sus armas y equipo, el sabotaje, la colocación de minas y la colaboración activa con los servicios de inteligencia de la parte adversa. Por el contrario, no implican participación directa sino indirecta la actividad de las personas civiles que trabajan en una fábrica de armas o material militar, sin perjuicio de que tales instalaciones militares puedan calificarse como objetivo militar.

En cuanto a las personas civiles que financian a las partes en un conflicto armado, por importante que sea su aportación esta no puede considerarse una participación directa sino indirecta y, por tanto, no pierden su inmunidad frente a los ataques directos.

Además, en relación con el requisito del umbral del daño, la necesidad de la causación directa se satisface si de alguno de los actos específicos en cuestión (o de una concreta y coordinada operación militar de la que tal acto constituye parte integrante) debe esperarse que directamente cause un daño que se extienda al referido umbral. Sin embargo, continúa la guía interpretativa, aunque los actos reúnan los requisitos de la causación directa y alcancen el citado umbral del daño, solo equivalen a la participación directa en la acción hostil si satisfacen adicionalmente el requisito del nexo de beligerancia.

d. *La causación directa*

El segundo requisito es la *causación directa* y consiste en la exigencia de que debe existir una relación directa de causalidad entre el acto y el daño que sea asimismo idónea para producirlo como consecuencia del referido acto o de una operación militar coordinada de la que tal acto constituya parte integrante. Ahora bien, debemos distinguir cuidadosamente la concurrencia

de este requisito con la participación en actividades de sostenimiento de la guerra (actividades políticas, mediáticas y económicas, propaganda política, transacciones financieras y producción de bienes agrícolas o industriales no militares) o aportación al esfuerzo general bélico (transporte de armas y municiones, producción de equipo militar y construcción y reparación de carreteras, puentes, puertos, aeropuertos, líneas de ferrocarril y otras infraestructuras fuera del contexto de operaciones militares concretas). La diferencia es que en las acciones de conducción de las hostilidades se diseña la actividad para causar un daño a la parte adversa.

Por otra parte, la distinción entre la participación directa y la indirecta en las hostilidades debe interpretarse como la correspondiente entre la causación directa o indirecta del daño. Por ejemplo, la imposición de sanciones económicas a una de las partes en el conflicto, la provisión de alimentos, la investigación científica o el suministro al adversario (electricidad, gasolina o materiales de la construcción) pueden tener gran importancia pero constituyen una participación indirecta. Asimismo se considera como vínculo causal indirecto el reclutamiento y entrenamiento del personal combatiente, salvo cuando las personas son reclutadas y entrenadas para acción predeterminadamente hostil.

Supuestos más dudosos, donde hay que pronunciarse sobre la interrupción de la cadena causal, son el montaje y almacenamiento de IED (artefactos explosivos improvisados) en un taller o almacén o la compra de sus componentes para la fabricación, que no causan directamente el daño pero pueden ser conectados con el resultado dañoso a través de una cadena causal de acontecimientos.

Cuestión de gran interés es la concurrencia del requisito de causación directa del daño en operaciones colectivas, dada la naturaleza compleja y colectiva de las operaciones militares contemporáneas. Por ejemplo, los ataques llevados a cabo por vehículos aéreos no tripulados pueden comprometer simultáneamente a un número significativo de personas civiles, como especialistas informáticos que operan con el vehículo a través de control remoto, iluminan los objetivos, recopilan datos, controlan el disparo de misiles o transmiten órdenes como operadores de radio. Así, el requisito de causación directa puede ser cumplido cuando el acto constituye parte integrante de una operación táctica concreta y coordinada que cause directamente el daño.

En cuanto a la distinción entre proximidad causal, temporal y geográfica, hay que decir que el requisito de causación directa se refiere a un grado de proximidad causal (daño que puede ser esperado razonablemente como resultado directo de un acto concreto u operación o daño apropiado), que no debe ser confundido con meros elementos indicativos de la proximidad

temporal o geográfica (preparación de comida en el mismo sitio y tiempo que el combate). Por el contrario, existe proximidad causal cuando se utilizan sistemas de armas retardados, como minas, armas trampa o artefactos de tiempo controlado.

e. *Noción de ataque contra las redes informáticas*

El concepto de *computer network attack* (CNA) puede definirse como toda operación con la finalidad de perturbar, denegar, destruir o deteriorar la información contenida en ordenadores o redes informáticas. No plantea objeciones la conclusión de que un CNA equivale a un ataque armado a tales redes informáticas y, por tanto, está sujeto a las normas del DIH como parte de las operaciones de un conflicto clásico o como una guerra cibernética que produce los daños o destrucción propios de un ataque.

Puede decirse que hemos asistido a la primera ciberguerra en el conflicto armado que ha tenido lugar en el conflicto entre Georgia y la Federación Rusa, derivado de la intervención armada en Osetia del Sur y Abjasia, al producirse la manipulación y el bloqueo durante días de algunas páginas del Gobierno georgiano y los ataques virtuales a su red informática dejándola incapaz para atender a sus comunicaciones reales. Aunque los efectos fueron limitados por la escasa dependencia de Georgia respecto de Internet, cuya capacidad de comunicación *on line* es escasa y no incide en servicios básicos, no han faltado opiniones que han aventurado que la guerra cibernética (barata y fácil de ejecutar) marcará el futuro de los conflictos armados como acompañamiento imprescindible de los ataques con fuego real. En efecto, los *ciberataques* se pueden convertir en una inevitable rutina militar durante los conflictos armados por su sencillez y efectividad, bajo coste y ausencia de bajas, aunque es ingenuo pensar que la guerra virtual pueda sustituir a la real pues los ataques a los ordenadores o a las redes informáticas son simplemente una parte de las operaciones militares que seguirán desarrollándose con los cada vez más poderosos medios letales disponibles para vencer a la parte adversa.

Desde el punto de vista del DIH, el problema es que la mayor parte de los operadores informáticos son personas civiles, lo que hace cuestionable su estatuto civil puesto que el intento de neutralizar una red informática enemiga mediante un CNA podría considerarse como participación directa en la acción hostil⁽⁵⁸⁾.

La ciberguerra ha sido objeto de atención especial en el informe del CICR («El Derecho Internacional Humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos», Ginebra, 2011) preparado para la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja⁽⁵⁹⁾. En primer lugar, se

⁽⁵⁸⁾ Informe «Participación directa...», cit., p. 36.

⁽⁵⁹⁾ Ver página web del CICR: www.cruzroja.org, páginas 41 y ss. del informe «El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos», Gine-

plantean problemas en relación con el tradicional teatro de la guerra, que ahora es un espacio virtual que ofrece la interconectividad sin fronteras e implica que pueden causarse daños en otros sistemas ajenos al conflicto armado; en segundo lugar, la determinación del momento en que comienza un conflicto armado puede verse afectada por el carácter anónimo y no identificado de un ataque cibernético, y en tercer lugar, las operaciones cibernéticas, aunque pueden dirigirse contra un objetivo militar, pueden producir efectos en bienes civiles protegidos y violar los principios de distinción y proporcionalidad, produciendo interferencias con los sistemas de tráfico aéreo (accidente de una aeronave civil), sistemas de oleoductos, centrales nucleares o infraestructuras sanitarias.

f. *Nexo de beligerancia*

El acto hostil, para satisfacer el tercer requisito constitutivo de la participación directa, debe ser programado específicamente para producir directamente el umbral de daño requerido, bien en apoyo de una parte en el conflicto o bien en detrimento de la otra parte. En la guía interpretativa del CICR se restringe el concepto de participación directa en las hostilidades a su relación estrecha (*nexo de beligerancia*) con la acción hostil conducida entre las partes en un conflicto armado, de forma que constituye una parte integral de tales hostilidades. A tales efectos, se debe distinguir entre *intención subjetiva* (el estado mental de la persona de que se trate) e *intención hostil* (propósito objetivo del acto que se expresa en su programación). Y ello tiene como consecuencia que las personas civiles forzadas a participar directamente en la acción hostil, como los niños menores de 15 años (niños soldados que carecen de capacidad para dar su consentimiento), pierden su protección contra los ataques directos. Este escenario puede incluso concurrir cuando las personas civiles ignoran el rol que juegan en la conducción de las hostilidades (un conductor de un camión que no conoce la carga militar que transporta) o cuando están totalmente privados de libertad física de acción (las personas civiles colocadas obligatoriamente como escudos humanos para poner a cubierto un objetivo militar). Naturalmente, la condición civil de estas personas debe ser tenida en cuenta para respetar el principio de proporcionalidad.

Ahora bien, las operaciones militares de una parte en el conflicto pueden ser bloqueadas directa y negativamente cuando vías de comunicación de gran importancia estratégica son bloqueadas por el éxodo masivo de personas civiles que huyen de la guerra. Sin embargo, la conducta de estas personas no está programada para apoyar a una parte en el conflicto y, por tanto, no existe el nexo de beligerancia. Sí concurriría en el caso de que los civiles bloqueen las carreteras para facilitar la retirada del ejército propio. En concreto, falta el nexo de beligerancia en los supuestos siguientes:

- 1.º La causación de un daño, en el ejercicio del derecho de legítima defensa individual de una persona civil contra ataques ilegales, pillaje, violación o asesinato por militares saqueadores.
 - 2.º El ejercicio del poder o la autoridad sobre personas o en el territorio para reprimir motines, protestas civiles, saqueos, destrucciones o mantenimiento del orden público, porque aunque puedan constituir en ocasiones incluso crímenes de guerra no forman parte de la conducción de las hostilidades.
 - 3.º El ejercicio de acciones violentas de resistencia civil durante un conflicto armado cuyo principal propósito sea expresar la insatisfacción con las autoridades territoriales o detenedoras.
 - 4.º La violencia de las personas civiles contra otras personas civiles, que se aprovechan del colapso del orden público para cometer delitos violentos (disputas políticas, odios étnicos, delincuencia común organizada o piratería) sin nexo con el conflicto armado.
- En conclusión, aplicados conjuntamente los tres requisitos (umbral del daño, causación directa y nexo de beligerancia), se puede lograr una adecuada distinción entre las actividades equivalentes a la participación directa en las hostilidades y las acciones que, pese a tener lugar en un conflicto armado, no forman parte de la conducción de las hostilidades.
- g. El estatuto de los trabajadores civiles de las empresas que participan en un conflicto armado

Los empleados civiles de empresas⁽⁶⁰⁾ que suministran sistemas de armas y colaboran en su mantenimiento a menudo ocupan posiciones vitales para el combate, sirviendo como ejemplo el personal civil experto en informática del que en ocasiones depende la verificación de la naturaleza militar de un objetivo potencial.

En los conflictos armados actuales se observa, como característica progresiva y relevante, la llamada *privatización de la guerra*⁽⁶¹⁾. Según datos del *Informe de la Oficina Presupuestaria del Congreso de los Estados Unidos* (año 2008), uno de cada cinco dólares, es decir, el 20% de los gastos de la guerra de Irak correspondieron al pago de empresas privadas que prestan servicios para el Ejército norteamericano (seguridad, construcción, ingeniería o suministros de comida o energía). Se calcula en 100.000 millones de dólares este enorme gasto en la externalización de las Fuerzas Armadas. Y en el aspecto del personal, hay que destacar que el número de personas civiles (contratados por empresas privadas) que trabajan en Irak para Estados Unidos (190.000) es superior al total de efectivos militares del Ejército estadounidense allí destacados. Solo en empresas de seguridad se calcula la presencia de 25.000 trabajadores civiles.

⁽⁶⁰⁾ BOTHE, Michaël, PARTSCH, Karl Josef y SOLF, Waldemar: *New rules for victims...*, ob. cit., p. 304.

⁽⁶¹⁾ MÜNKLER, Herfried: «Las guerras del siglo xx», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 849, marzo de 2003, pp. 13 a 18.

Existe una grave laguna en la regulación convencional de las empresas privadas militares y de seguridad a pesar del avance que supuso el *Documento de Montreux*, suscrito por numerosos países y que establece unas detalladas reglas de conducta y buenas prácticas para la actuación de las aludidas empresas en los conflictos armados. El grupo de trabajo constituido en el seno del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas llegó a elaborar un ambicioso borrador de convenio internacional⁽⁶²⁾ que, sin embargo, no prosperó. Sobre este tipo de empresas hay que citar la numerosa bibliografía española, entre la que destaca la excelente tesis doctoral de Mario Laborie Iglesias, pendiente de publicación⁽⁶³⁾.

Ahora bien, volviendo a la materia que nos ocupa, algunos de los expertos en la mencionada reunión sobre «Participación directa en las hostilidades» estimaron que era necesario clasificar en subcategorías a las personas civiles en relación con su consideración como objetivos militares. Se apuntó el criterio orgánico (formar parte de una estructura militar), que fue rechazado al conducir a la noción de *cuasi-combatientes*. Tampoco el criterio funcional triunfó al ser poco práctico. Otra postura consistió en la oposición a la clasificación por categorías intermedias, por estimar que afecta al principio de distinción y entrañar el peligro de aplicar los mismos criterios a un contratista de armas que al clásico conductor de un camión con municiones. Se concluyó que no era necesario crear nuevas categorías jurídicas aunque hubo de reconocerse que la noción de «fuerzas armadas» del Protocolo I de 1977 no resolvía todos los problemas y solo es de aplicación en los conflictos armados internacionales⁽⁶⁴⁾.

Varios expertos del Comité Internacional de la Cruz Roja⁽⁶⁵⁾, en criterio que compartimos, ante la laguna convencional estimaron que una posible solución sería calificar a los trabajadores civiles de estas empresas colaboradoras como «personas civiles que siguen a las fuerzas armadas sin formar parte de ellas» del artículo 4 (a) parágrafo 4 del III Convenio de Ginebra de 1949.

⁽⁶²⁾ GOMEZ DEL PRADO, José Luis y TORROJA MATEU, Helena: *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*, ed. Tribuna Internacional, 2011.

⁽⁶³⁾ LABORIE IGLESIAS, Mario A.: *La privatización de la seguridad. Las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual*, tesis doctoral, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2011, pendiente de publicación. JORGE URBINA, Julio: «El papel de las compañías militares y de seguridad privadas en los conflictos armados recientes: una aproximación al estatuto jurídico de su personal», en *Seguridad y defensa hoy*, Plaza y Valdés, Villaviciosa de Odón, 2008, pp. 141-175. Del mismo autor, «Nuevos retos para la aplicación del derecho internacional humanitario frente a la 'privatización' de la violencia en los conflictos armados», en *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González, Tirant lo Blanch, Valencia*, 2012, pp. 709-732. TORROJA MATEU, Helena y GÜELL PERIS, Sonia: *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y derecho ante el fenómeno de las «empresas militares y de seguridad privadas»*, Bosch Editor, Barcelona, 2009.

⁽⁶⁴⁾ Informe «Participación directa...», cit., p. 36.

⁽⁶⁵⁾ GILLARD, Enmanuela-Chiara: «Quand l'entreprise s'enva-t-en guerre: les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 863, septiembre 2006, pp. 179 y ss.

Se puede afirmar con certeza que es rechazable la inclusión de estos trabajadores en el concepto de «mercenarios», establecido con requisitos muy rigurosos en el artículo 47 del Protocolo I de 1977, pues carecen de la primera condición de la norma, es decir, ser especialmente reclutados a fin de combatir en un conflicto armado⁽⁶⁶⁾.

El mencionado *Documento de Montreux*, al determinar los servicios que se pueden contratar con las empresas privadas militares y de seguridad, establece que los estados deben tener en cuenta el riesgo de que la prestación de un servicio pueda implicar la participación directa en las hostilidades de su personal, que perdería la inmunidad contra los ataques directos.

La doctrina se formula, en relación con las citadas empresas, las siguientes cinco preguntas: 1.^a ¿Cuáles son las funciones militares que el Estado no puede delegar en las empresas? 2.^a ¿Quién es el país responsable? ¿El que concede la licencia a las empresas, el que las contrata o el que controla el territorio donde despliegan su actividad? 3.^a ¿Responde el mando militar de los crímenes cometidos por los empleados civiles? 4.^a ¿Cuáles son los deberes de las empresas en cuanto a la formación de sus trabajadores en el respeto de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario? 5.^a ¿Es necesaria la creación de un órgano internacional de control?

En la guía interpretativa del CICR, la tercera de sus recomendaciones («Contratistas privados y empleados civiles») establece que los contratistas privados y empleados civiles de una parte en un conflicto armado que tengan la condición de personas civiles (aquí se remite a las recomendaciones primera y segunda) gozan de protección contra los ataques directos salvo por el tiempo en que tomen parte en las hostilidades. En efecto, la gran mayoría de los empleados civiles que actúan en los conflictos armados no han sido incorporados a las Fuerzas Armadas, asumen funciones que no pueden ser calificadas como participación directa en la acción hostil y no desarrollan función continua de combate. Hay que destacar que el hecho de acompañar a las Fuerzas Armadas, aunque les suponga el reconocimiento del estatuto de prisioneros de guerra (III Convenio de Ginebra), no les priva de su condición de personas civiles. Conclusión diferente ha de alcanzarse si estos empleados son incorporados a las Fuerzas Armadas (formalmente o de facto) para realizar una función permanente de combate.

En definitiva, la noción de participación directa en las hostilidades de estos empleados depende de los mismos criterios aplicables a las restantes personas civiles.

⁽⁶⁶⁾ GILLARD, Enmanuela-Chiara: «Quand l'entreprise...», art. cit., pp. 211 y ss.

Ahora bien, la tercera recomendación de la guía del CICR aclara que sus actividades o ubicación pueden, sin embargo, exponerles a un riesgo incrementado de muerte o lesiones incidentales aun cuando no tomen parte directa en la acción hostil.

- *Inicio y fin de la participación directa*

Se trata de una cuestión cuya importancia se deriva de que las personas civiles pierden su inmunidad frente a los ataques directos únicamente durante el tiempo en que participan directamente en las hostilidades. Es decir, el principio y el fin del acto específico de hostilidad deben ser regulados con precisión. En la interpretación más compartida, la iniciación comprende las llamadas medidas preparatorias, es decir, «las operaciones militares preparatorias de un ataque». Es necesario que tengan carácter militar y estén estrechamente vinculadas a la ejecución de un acto hostil, pero no es absolutamente precisa la proximidad temporal con la ejecución del acto específico de ejecución. Como ejemplo, el municionamiento de una aeronave militar o un carro de combate para atacar un objetivo seleccionado constituye una medida preparatoria y, por tanto, de participación directa en las hostilidades, aunque el acto hostil se demore hasta el día siguiente. E igualmente el equipamiento, instrucción y transporte de personal con el fin de realizar un acto hostil específico.

Constituyen, por el contrario, supuestos de participación indirecta el transporte de proyectiles o armamento desde una fábrica a un almacén para un futuro uso, así como los actos de preparación bélica general (adquisición, producción y ocultación de armas, reclutamiento general y entrenamiento y apoyo financiero).

Normalmente, para la realización de un acto hostil específico se requiere previamente un despliegue geográfico hasta el lugar de ejecución. Este despliegue para integrar la participación directa en las hostilidades precisa del desplazamiento físico con el propósito de llevar a cabo una operación hostil específica.

Por las mismas razones, el retorno desde el lugar donde se ha lanzado un ataque o un acto hostil específico supone una parte integral de la operación que le precede (la retirada, en términos militares) que solo finaliza cuando el individuo se ha separado físicamente del lugar de ejecución, ha depuesto las armas, las ha ocultado o ha vuelto a asumir sus actividades habituales netamente diferenciadas de su participación en las hostilidades.

El criterio decisivo es, en consecuencia, que el despliegue y el retorno sean realizados como parte integral de un acto hostil específico equivalente a la participación directa en las hostilidades.

Ahora bien, pueden existir actos de ejecución que no requieran ningún desplazamiento geográfico (ni despliegue ni retorno), como los ataques a las redes informáticas o el empleo de armas de control remoto. En estos supuestos se restringe la duración de la participación directa en las hostilidades a la ejecución inmediata del acto, incluyendo naturalmente las medidas preparatorias.

La recomendación sexta («Inicio y fin de la participación directa en las hostilidades») de la guía interpretativa del CICR establece que las medidas preparatorias de la ejecución de un acto específico de participación directa en las hostilidades, tales como el despliegue hasta o el retorno desde el lugar de ejecución, constituyen parte integrante de dicho acto.

- *Ámbito temporal y pérdida de la inmunidad*

- a. Las aportaciones doctrinales

Algunos autores como Nils Melzer⁽⁶⁷⁾ estudian la pérdida de la protección por parte de las personas civiles que participan directamente en las hostilidades y su recuperación. En cuanto a su ámbito temporal, hay que distinguir entre los miembros de las Fuerzas Armadas o actores civiles organizados y los espontáneos, pues estos últimos solo pierden la protección durante el tiempo de su participación directa. Se debe observar el principio de precaución y verificar si la persona es un civil o un combatiente y si está o no participando directamente en la acción hostil. En caso de duda existe una presunción a favor de las personas civiles protegidas. Se permiten los ataques letales contra una persona civil (durante su participación directa en las hostilidades) si existe una necesidad razonable de uso de la fuerza.

Sin embargo, esto no supone la consagración de una *licencia para matar*. El tipo de fuerza que se puede utilizar dependerá de las circunstancias (principio de proporcionalidad) respetando el equilibrio entre la necesidad militar y los criterios de humanidad. En cuanto a la recuperación de la protección por las personas civiles, dependerá de su cese en la participación directa en la acción hostil. Si recuperan la inmunidad no se les puede atacar pero pueden ser detenidos y, en su caso, perseguidos penalmente por una infracción del DIH: realizar actos de hostilidad sin tener el estatuto de combatientes.

Las normas del DIH revisten adecuada claridad (artículo 51 (3) del Protocolo I de 1977) y se les reconoce un indudable carácter consuetudinario⁽⁶⁸⁾, pese a lo cual ha habido diferentes posturas doctrinales sobre el tiempo de duración de la participación directa en las hostilidades.

⁽⁶⁷⁾ MELZER, Nils: Taller «Participación directa...», doc. cit.

⁽⁶⁸⁾ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise: El derecho internacional humanitario consuetudinario, CICR, volumen i. Normas, pp. 22-27.

De acuerdo con la postura de T. Ruys⁽⁶⁹⁾, los civiles que toman parte directa en la acción hostil pueden recobrar su inmunidad frente a los ataques cuando cesan en sus actividades ilegales, aunque pueden ser perseguidos por sus actos anteriores. Es decir, las personas civiles solo pueden ser atacadas cuando participan en operaciones militares. Pero si, una vez finalizada esta participación, se encuentran en su domicilio, han vuelto a su vida privada o a comprar en el mercado, no deben ser objeto de ataque directo aunque pueden ser detenidos y sometidos a juicio.

b. La teoría de la *revolving door*.

Algunos autores critican, por el contrario, esta postura advirtiendo que puede llevar al abuso del estatuto de personas civiles y reclamar esta condición tan pronto como dejan de usar las armas. Es la llamada teoría de la *revolving door* o «puerta giratoria», que pone de manifiesto el peligro de que las personas civiles recobren la inmunidad durante el lapso de tiempo entre dos actos de hostilidad; aunque hay que precisar que algunos comparten la interpretación ya comentada de que también están sujetos a los ataques durante la preparación de la acción hostil y en el camino de regreso desde el lugar donde han participado en las hostilidades.

Por ejemplo, Watkin⁽⁷⁰⁾ sostiene que si los miembros de un grupo armado participan directamente en las hostilidades, puede ser razón suficiente para que pierdan su inmunidad. Y Dinstein⁽⁷¹⁾ parece ir más lejos al estimar que los beligerantes no privilegiados pueden ser atacados en todo tiempo. Con razón esta última argumentación es rebatida por la mejor doctrina⁽⁷²⁾, que la considera incompatible con el tenor literal del citado artículo 51 (3) del Protocolo I de 1977.

Desde el punto de vista del estudio sobre el DIH consuetudinario⁽⁷³⁾, se razona que en los conflictos armados no internacionales la norma parecería crear una ambivalencia entre los grupos armados de oposición y las Fuerzas Armadas gubernamentales, implicando que un ataque a los grupos opositores solo sería lícito si participan directamente en las hostilidades y *mientras dure tal participación*, mientras que sería lícito atacar en todo momento a las Fuerzas Armadas gubernamentales. El rechazo a tal ambivalencia se fundamenta en la consideración de que los miembros de los grupos armados de oposición toman continuamente parte directa en las hostilidades por su militancia, o que no son civiles.

⁽⁶⁹⁾ RUYS, Tom: «License...», art. cit., p. 29.

⁽⁷⁰⁾ WATKIN, K.: «Combatants, unprivileged belligerents and conflicts in the 21th Century», IHLRI, Background Paper, <http://www.ihlresearch.org>, p. 12.

⁽⁷¹⁾ DINSTEIN, Yoram: «The conduct of hostilities under the Law of International Armed Conflict», Cambridge: CUP, 2004, p. 29.

⁽⁷²⁾ RUYS, Tom: «License...», art. cit., p. 29.

⁽⁷³⁾ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise: *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, ob. cit., p. 24.

- c. El debate en la reunión de expertos convocada por el CICR y el Asser Institute sobre «Participación directa en las hostilidades»

En el curso de los estudios y debates de la citada reunión de los expertos se plantearon las consecuencias jurídicas de la pérdida de inmunidad contra los ataques y se cuestionó si sería lícito el ataque contra miembros individuales de las Fuerzas Armadas, combatientes sin inmunidad, durante permisos, vacaciones o misiones no relacionadas con los conflictos armados⁽⁷⁴⁾. Concluyeron que podrían ser atacados ya que pueden lícitamente tomar las armas en cualquier momento.

Por el contrario, la cuestión se presenta más compleja cuando se trata de personas civiles que tomen parte directa en las hostilidades porque solo pierden su inmunidad «mientras dure tal participación directa» según el mencionado artículo 51 (3) del Protocolo I y artículo 13.3 del Protocolo II, ambos de 1977.

El tiempo o duración de la participación directa fue objeto de un debate centrado en la interpretación de la llamada «puerta giratoria» (*revolving door*), según la cual las personas civiles pueden recobrar su inmunidad contra el ataque tan pronto como hayan depuesto las armas. Una primera postura sostuvo la idea de ampliar la noción de «combatientes» para incluir a las personas civiles que toman parte en la acción hostil, de forma que tales combatientes «lícitos o ilícitos» pudieran ser objeto de ataque en todo momento. Pero otros participantes objetaron, con sobrada razón, que esta interpretación podría socavar el principio de distinción y tampoco podría fundarse siempre en el principio de necesidad militar si estas personas civiles pudieran ser detenidas al deponer sus armas.

En relación con este tema, también se estudiaron las consecuencias de la afiliación de personas que no son miembros de las Fuerzas Armadas a grupos armados que usan la fuerza de modo habitual. Se llegó a la conclusión de que no se pierde la inmunidad derivada de su condición civil por la mera afiliación a un grupo armado, según los convenios de Ginebra, sus protocolos adicionales y la historia de estas normas convencionales, en el caso de los conflictos armados internacionales.

Suscitaron mayores problemas las conclusiones en el caso de los conflictos armados no internacionales o internos, donde no se definen los «combatientes» ni las «fuerzas armadas». Se estimó que la afiliación a una organización militar podría conllevar la pérdida de inmunidad contra los ataques siempre que la organización funcione como una unidad militar. En todo caso, se diferenció esta situación de conflictos armados internos respecto de la de violencia interna (disturbios internos y tensiones interiores), donde rigen las normas de derecho interno y de los derechos humanos⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷⁴⁾ Informe «Participación directa...», cit., p. 37.

⁽⁷⁵⁾ Ver para esta materia la importante aportación de COSTAS TRASCASAS, Milena: *Violencia interna y protección de la persona. Una laguna jurídica del derecho internacional*, Tirant

Los expertos consideraron necesario distinguir este marco normativo de la situación de ocupación bélica cuando el nivel de la acción hostil podría determinar la aplicación de las normas sobre conducción de las hostilidades, puesto que, conforme a los principios del IV Convenio de Ginebra, la potencia ocupante tiene obligación de garantizar la seguridad mediante medidas de persecución de los delitos consistentes en la detención, el internamiento y el enjuiciamiento de los presuntos autores de los crímenes cometidos⁽⁷⁶⁾.

d. La postura de la guía interpretativa del CICR

La recomendación séptima («Ámbito temporal de la pérdida de la protección») de la citada guía interpretativa dispone que las personas civiles pierden la protección contra los ataques directos en el tiempo de duración de cada acto específico que equivalga a la participación directa en las hostilidades, mientras que los miembros de los grupos armados organizados pertenecientes a una parte no estatal en el conflicto armado cesan de ser personas civiles y pierden la protección contra los ataques directos durante el tiempo en que asuman su función de combate continua.

Esto significa que las personas civiles pierden y recuperan la protección contra los ataques directos en paralelo con los intervalos de su participación directa y temporal en las hostilidades, por lo que la teoría de la puerta giratoria no es una disfunción del DIH sino una consecuencia lógica de las normas humanitarias convencionales. En contraste con los miembros de los grupos armados en función continua de combate, recuperan la inmunidad las personas civiles cuando ya no representan una amenaza militar para la parte adversa. Incluso cuando estas personas civiles hayan tomado parte directa y repetidamente en las hostilidades, el DIH no permite la presunción de su futura conducta. De forma que el mecanismo de la puerta giratoria, necesario para proteger a la población civil de ataques erróneos o arbitrarios, debe ser aceptable para las fuerzas operativas en el desarrollo de un conflicto armado.

Ahora bien, los miembros de los grupos armados organizados pertenecientes a una parte no estatal en el conflicto, como hemos concluido antes, no son personas civiles porque cesan en tal condición cuando realizan una función continua de combate. No se pueden, en consecuencia, beneficiar de la recuperación de la inmunidad (protección contra los ataques directos) por la sencilla razón de que no son personas civiles. Si el DIH les concediera la recuperación de la inmunidad y pudieran ser objeto de ataques directos «solo y por el tiempo de su participación directa en las hostilidades», se les otorgaría una significativa ventaja sobre las Fuerzas Armadas estatales. Se primaría la estrategia de los grupos armados organizados no estatales consistente en ser *granjeros de día y combatientes de noche*.

Lo Blanch y Cruz Roja Española, Valencia, 2007, pp. 34 y ss.

⁽⁷⁶⁾ Informe «Participación directa...», cit., p. 38.

Mayores dificultades se presentan para determinar cuándo estas personas se desenganchan de un grupo armado organizado y recuperan su condición de personas civiles protegidas. No es necesario que declaren formal y abiertamente esta circunstancia, pues su decisión puede también expresarse a través de una conducta concluyente. Son ejemplos el permanente distanciamiento físico del grupo, la reincorporación a una profesión civil desempeñada de forma abierta o la reasunción (también permanente) de una función (política, administrativa o incluso humanitaria) claramente alejada de la función continua de combate. No se puede establecer, como es lógico, el lapso de tiempo necesario para adquirir la condición de persona civil protegida, pero debe de garantizarse que no se trata de un mero descanso en la acción hostil.

■ Restricciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario

- *El principio de precaución*

Conforme a las normas convencionales y consuetudinarias de DIH, resulta imprescindible una información bien contrastada mediante una meticulosa verificación para incluir a determinadas personas civiles en una categoría que supone importantes consecuencias, ya que los civiles «indefensos» no deben ser atacados. La información debe comprender tanto la identidad como las actividades de quienes son sospechosos de tomar parte directa en las hostilidades. Y ello porque permitir disparar contra personas civiles enemigas por simples sospechas vulnera los principios básicos del DIH. Ciertamente, la carga de la prueba es gravosa en los casos de un ataque armado, pero es indispensable en los supuestos de duda realizar la verificación necesaria. Pero el DIH solo obliga a adoptar las precauciones *factibles*, es decir, aquellas que son practicables teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en un momento dado, incluyendo las consideraciones tanto militares como humanitarias.

Incluso una vez iniciado, el ataque debe cancelarse o suspenderse si se advierte que no se trata de un objetivo militar o que la persona atacada goza de protección como civil.

En este mismo sentido, debemos concluir que, en caso de duda, ha de efectuarse una cuidadosa evaluación de cada situación para determinar si hay suficientes indicaciones para lanzar un ataque, pues no se puede atacar automáticamente a todo sospechoso.

El Tribunal Supremo de Israel, en la sentencia de 13 de diciembre de 2006, estableció que no se puede atacar automáticamente en caso de duda y que debe realizarse una cuidadosa valoración sobre las condiciones y limitaciones que pueden concurrir en la situación, en particular sobre la existencia de suficientes indicios que justifiquen el ataque.

La recomendación octava (Precauciones y presunciones en situaciones de duda») de la guía interpretativa del CICR establece que deben ser adoptadas todas las precauciones factibles para determinar si una persona es civil y, de ser así, si participa directamente en las hostilidades (principio de precaución); añadiendo que, en caso de duda, la persona debe presumirse protegida contra los ataques directos. En efecto, en las operaciones llamadas de contrainsurgencia las Fuerzas Armadas se encuentran constantemente con individuos que adoptan una actitud hostil mayor o menor. Y es difícil distinguir entre: 1.º Los miembros de grupos armados organizados no estatales (que actúan en la clandestinidad). 2.º Las personas civiles que han participado directamente en las hostilidades con un acción hostil específica pero que han recuperado la inmunidad perdida durante tal participación. 3.º Las personas civiles que proporcionan apoyo indirecto a la parte adversa pero no participan directamente en las hostilidades.

Esta determinación deberá tomarse sopesando la información («inteligencia») disponible, la urgencia para adoptar una decisión y los daños que pudieran producirse tanto a los miembros de las Fuerzas Armadas propias como a las personas protegidas.

Naturalmente, esta presunción de protección de las personas civiles contra los ataques directos no excluye la utilización de la fuerza armada contra los civiles cuya conducta ponga en peligro el orden o la seguridad pública aunque no participen directamente en las hostilidades.

- *El principio de proporcionalidad*

Uno de los más importantes logros del actual DIH es la proclamación del principio de proporcionalidad que tiene carácter consuetudinario⁽⁷⁷⁾ y base convencional en el Protocolo I de 1977. Para Krüger-Sprengel⁽⁷⁸⁾, la función actual de la regla de la proporcionalidad se puede resumir así: 1.º Es un principio general de interpretación normativa. 2.º Es un criterio independiente que permite determinar si son lícitos los daños colaterales causados a personas y bienes protegidos. 3.º Constituye una parte integrante de las normas de protección establecidas por el derecho internacional. En suma, aunque los actos de guerra satisfagan el criterio de la necesidad militar, pueden ser considerados ilícitos en virtud de la regla de la proporcionalidad si los daños secundarios(incidentales) que causen son excesivos.

⁽⁷⁷⁾ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise: Derecho internacional..., ob. cit., pp. 53-57.

⁽⁷⁸⁾ KRÜGER-SPRENGEL, Friedhelm: «Le concept de proportionnalité dans le droit de la guerre», informe presentado en el VIII Congreso de la Société Internationale de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre, en Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre, vol. xix, 1980, 1-2, pp. 194-196.

El Grupo de Expertos⁽⁷⁹⁾, tantas veces mencionado, consideró que los ataques estatales pueden ser legales aun en el contexto de una ocupación en la que no se han reanudado las hostilidades; es decir, cuando es aplicable el modelo de «hacer cumplir la ley». Si bien hubo acuerdo en que, en la mayor parte de las situaciones, los ataques no serían lícitos pues en las ocupaciones «tranquilas» el estado ocupante ejerce un control suficiente para proceder a la detención del personal de que se trate. Y así, en tales casos, la fuerza letal solo puede usarse si existe un riesgo inminente de muerte o lesiones para el funcionario que ejecuta el arresto o para una tercera persona o cuando es la única vía para impedir la fuga de personas peligrosas.

Los expertos recordaron oportunamente el contenido del principio 9 de los «Principios básicos para el uso de la fuerza y armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley», que establece como condición para el uso de la fuerza letal «prevenir la perpetración de un crimen grave que suponga grave riesgo para la vida».

La reunión de expertos consideró que puede no ser ilegal un ataque mortal en la siguiente situación excepcional: 1.º Que tenga lugar en un área donde el Estado no ejerza un control efectivo, por lo que la detención no sería razonable. 2.º Que las autoridades estatales hayan pedido la transferencia del individuo a cualquier autoridad que posea el control del área. 3.º Que el individuo haya realizado graves actos hostiles con riesgo de pérdida de vidas y, según una información fiable, se conozca que continúa en la comisión de tales actos contra la vida de las personas que el Estado tiene la obligación de proteger. 4.º Que sean insuficientes otras medidas para evitar el riesgo. Se puede interpretar que estas conclusiones son también aplicables a los conflictos armados no internacionales cuando existan miembros no combatientes de grupos armados rebeldes no comprometidos en actos violentos.

Finalmente, debemos tener en cuenta que el principio de proporcionalidad está recogido en el Protocolo I de 1977 cuando prohíbe los ataques indiscriminados en el artículo 51 (4), que los define como aquellos en los que sea de prever que causarán incidentalmente muertes y heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja concreta y directa prevista⁽⁸⁰⁾. También se refiere al principio de proporcionalidad el artículo 57 del mismo protocolo. Así, cuando en una operación militar dirigida directamente contra combatientes y objetivos militares o contra personas civiles que toman parte directa en la acción hostil se lesiona o daña también a personas civiles que no participan en las

⁽⁷⁹⁾ DOSWALD-BECK, Louise: «The right of life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?», en *International Review of the Red Cross*, vol. 88, núm. 864, diciembre de 2006, p. 896.

⁽⁸⁰⁾ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise: *Derecho internacional...*, ob. cit., pp. 53 y ss.

hostilidades, la regla es que el daño incidental causado a estas últimas debe ser proporcionado en relación con la ventaja perseguida por ese ataque⁽⁸¹⁾.

- *Limitaciones del uso de la fuerza en el ataque directo*

Es indudable que la pérdida de la inmunidad de las personas civiles contra los ataques directos por su participación directa en las hostilidades o el desempeño de una función de combate continua no las coloca fuera de la ley ni de la protección general del DIH. Los civiles pierden ciertamente su estatuto de inmunidad pero los ataques directos están sometidos a las normas que regulan la conducción de las hostilidades contra objetivos militares legítimos. Hay que recordar el principio fundamental, convencional y consuetudinario que preside esta materia: *El derecho de los beligerantes a adoptar medios para dañar al enemigo no es ilimitado*⁽⁸²⁾.

Así, deben respetarse en los ataques directos los tres grandes principios que regulan la conducción de las hostilidades: el principio de distinción, el principio de precaución y el principio de proporcionalidad. Y además existen limitaciones y prohibiciones de determinadas armas (medios) y métodos de guerra. Por ejemplo, no pueden utilizarse las armas químicas o biológicas, el veneno, las minas antipersonas o las municiones racimo. En general, las armas de tal naturaleza que puedan causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios, sean indiscriminadas o causen daños graves, extensos y duraderos al medio ambiente natural. La perfidia está absolutamente prohibida.

En definitiva, la pérdida de inmunidad de las personas civiles no implica que exista el derecho a matarlas sin tener en cuenta otras normas humanitarias. Y tampoco, en sentido contrario, existe el deber de capturarlas en todas las circunstancias.

Pero además hay que lograr el equilibrio entre el principio de la necesidad militar y el principio humanitario. El principio de necesidad militar hoy solo permite utilizar un grado de fuerza que no exceda de la necesaria para alcanzar un objetivo militar legítimo, como vencer a la parte adversa o someterla total o parcialmente, en el plazo más breve posible y con el mínimo sacrificio de vidas humanas y empleo de recursos. El principio de humanidad prohíbe infligir sufrimientos, lesiones o destrucciones innecesarios para lograr un propósito militar legítimo. Las circunstancias del conflicto aconsejarán al mando el uso del tipo y grado de fuerza necesarios, excluyendo las arbitrariedades y abusos derivados de la adopción de estándares inflexibles o poco realistas.

⁽⁸¹⁾ Vid. opinión consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares, en particular la opinión de la juez Higgins, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 139, enero-febrero de 1997.

⁽⁸²⁾ Artículo 22 del Reglamento de las Leyes y Costumbres de la Guerra (La Haya, 1907) y artículo 35.1 del Protocolo I de 1977, adicional a los convenios de Ginebra.

La recomendación novena («Limitaciones del uso de la fuerza en el ataque directo») establece que, además de las limitaciones impuestas por el derecho internacional humanitario para los medios y métodos específicos de hacer la guerra, y sin perjuicio de otras restricciones que puedan surgir de acuerdo con otras ramas aplicables del derecho internacional (como por ejemplo el derecho internacional de los derechos humanos), el tipo y grado de la fuerza permisible contra las personas que no gozan de protección contra los ataques directos no debe exceder de la realmente necesaria para alcanzar un propósito militar legítimo en las circunstancias concurrentes.

■ CONSECUENCIAS DE LA RECUPERACIÓN DE LA PROTECCIÓN PARA LAS PERSONAS CIVILES

Las normas de DIH en el ámbito de los conflictos armados internacionales otorgan a los combatientes legítimos el derecho a realizar actos de hostilidad contra la parte adversa (privilegio del combatiente), respetando siempre las reglas establecidas por el DIH. Por tanto, no pueden ser juzgados por los tribunales penales estatales por el mismo hecho de realizar los indicados actos hostiles. Pero, aunque las normas humanitarias no conceden idéntico derecho a las personas civiles que participan directamente en las hostilidades, no podemos deducir que su actividad esté prohibida por el derecho internacional⁽⁸³⁾.

Sin embargo, al carecer estas personas civiles del privilegio de la inmunidad, pueden ser sometidas a juicio y castigadas con una pena según el derecho penal interno de los estados. En efecto, los códigos penales y códigos penales militares tipifican delitos aplicables a estas personas (traición, sabotaje, terrorismo, rebelión o destrucciones) y los castigan con severas sanciones. En este sentido, es frecuente la incriminación de los actos de perfidia cometidos por las personas civiles que realicen un ataque sin distinguirse de la población, simulando la condición de persona protegida o sin portar abiertamente las armas.

La recomendación décima («Consecuencias de la recuperación de la protección por las personas civiles») de la guía interpretativa del CICR afirma que el DIH ni prohíbe ni privilegia la participación directa de las personas civiles en las hostilidades.

Ahora bien, cuando las personas civiles cesan de participar directamente en las hostilidades o cuando los miembros de los grupos armados organizados pertenecientes a una parte no estatal en un conflicto armado cesan de asumir su función de combate continua, recuperan la plena protección como personas civiles contra los ataques directos pero no quedan exentos de ser enjuiciados

⁽⁸³⁾ Esta conducta no está tipificada como crimen de guerra en los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia, Ruanda o Sierra Leona, ni en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

por las violaciones que pudieran haber cometido contra el derecho interno o internacional al no gozar del privilegio de combatientes.

■ CONCLUSIONES

PRIMERA. Las personas civiles desarrollan un rol en los conflictos armados actuales que se incrementa cada vez más en importancia y aumenta su complejidad. Los nuevos tipos de conflictos armados han significado un aumento creciente de las víctimas de la guerra pertenecientes a la población civil.

SEGUNDA. En los conflictos armados internacionales, todas las personas que no son miembros de las Fuerzas Armadas de una parte en el conflicto ni integrantes de una leva en masa son personas civiles. En los conflictos armados no internacionales, son personas civiles todas las que no son miembros de las Fuerzas Armadas del Estado o de grupos armados organizados de la parte no estatal en el conflicto. En este caso comprenden únicamente a los individuos cuya función continua consiste en tomar parte directa en las hostilidades.

TERCERA. El «principio de distinción» obliga a diferenciar entre la población civil y los combatientes, así como entre los bienes de carácter civil y los objetivos militares. Así pues, no son objetivos militares las personas civiles que se abstengan de hostilizar y los bienes civiles.

CUARTA. El principio de inmunidad de la población civil contra los ataques directos en los conflictos armados contiene una excepción que constituye el mayor problema jurídico que se presenta en los conflictos actuales; se trata de la determinación de lo que debe entenderse por «participación directa en las hostilidades».

QUINTA. El concepto de hostilidades se caracteriza porque la operación debe estar ligada intrínsecamente a un conflicto armado, los actos deben ser realizados por beligerantes (combatientes) y requiere un uso de la fuerza cuya intención sea dañar o lesionar al personal o material de las Fuerzas Armadas.

SEXTA. El concepto de participación directa en las hostilidades se refiere a acciones específicas. Diferencia ese acto específico hostil de las personas civiles de la actuación de quienes toman parte directa en la acción hostil integrados en las Fuerzas Armadas o de los miembros de grupos armados organizados (no estatales) que realizan una función continua de combate.

SÉPTIMA. A fin de calificar un acto hostil específico como participación directa en las hostilidades, se exige la concurrencia de tres requisitos acumulativos: 1.º El umbral del daño, 2.º La causación directa y 3.º El nexo de beligerancia.

OCTAVA. Las personas civiles pierden la protección contra los ataques directos en el tiempo de duración de cada acto específico que equivalga a la participación directa en las hostilidades. Así, pierden y recuperan la protección contra los ataques directos en paralelo con los intervalos de su participación directa y temporal en las hostilidades. Ahora bien, la teoría de la *revolving door* o «puerta giratoria» evita el peligro de que las personas civiles recobren abusivamente la inmunidad durante el lapso de tiempo de descanso entre dos actos de hostilidad.

NOVENA. Deben ser adoptadas todas las precauciones factibles para determinar si una persona es civil y, de ser así, si participa directamente en las hostilidades (principio de precaución). En caso de duda, la persona debe presumirse protegida contra los ataques directos. Cuando en una operación militar dirigida directamente contra combatientes y objetivos militares o contra personas civiles que toman parte directa en la acción hostil se lesiona o daña también a personas civiles que no participan en las hostilidades, la regla es que el daño incidental causado a estas últimas debe ser proporcionado en relación con la ventaja perseguida por ese ataque.

DÉCIMA. El DIH ni prohíbe ni privilegia la participación directa de las personas civiles en las hostilidades. Ahora bien, cuando las personas civiles cesan de participar directamente en las hostilidades, recuperan la plena protección como personas civiles contra los ataques directos pero no quedan exentos de ser enjuiciados por las violaciones que pudieran haber cometido contra el derecho interno o internacional, al no gozar del privilegio de combatientes.

■ BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV.: *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomos I y II, Comité Internacional de la Cruz Roja y Plaza y Janés Editores, Colombia, Santa Fé de Bogotá, 2001.
- AA. VV.: Número monográfico de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, septiembre de 2006, «Entreprises militaires privées». En particular, los artículos de Enmanuela-Chiara Gillard y Michael Cottier.
- ALONSO PÉREZ, Francisco: «La protección de la población civil», en *Derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, 2.ª edición, Valencia, 2007, pp. 555 y ss.
- BOTHE, Michael, PARTSCH, Karl Josef y SOLF, A. Waldermar: *New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 protocols additional to the Geneva Conventions of 1949*, 1982, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1982, 746 pp.
- COSTAS TRASCASAS, Milena: *Violencia interna y protección de la persona. una laguna jurídica del derecho internacional*, Tirant Lo Blanch y Cruz Roja Española, Valencia, 2007.
- CICR. MELZER, Nils: *Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*. Fue publicada en la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 90, núm. 872, diciembre de 2008, pp. 991-1047.
- DINSTEIN, Yoram: *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, Cambridge, CUP, 2004.
- DOSWALD-BECK, Louise: «The right of life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?», en *International Review of the Red Cross*, vol. 88, num. 864, diciembre de 2006.
- FENRICK, William John: «The rule of proportionality and Protocol I in conventional warfare» («La norma de la proporcionalidad y el Protocolo I en la guerra convencional»), *Military Law Review*, vol. 98, 1982, pp. 91-127.
- GARCÍA RICO, Elena del Mar: «La doctrina de las *zero casualty wars* ante el derecho internacional humanitario», en *Los conflictos armados en la era de la globalización*, ed. Partenón, Madrid, 2007, pp. 127 y ss.

GASSER, Hans-Peter: «Prohibición de los actos de terrorismo en el derecho internacional humanitario», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, julio-agosto de 1986, n.º 76, págs. 208-221. Del mismo autor, «Actos de terror, ‘terrorismo’ y derecho internacional humanitario», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 847, septiembre de 2002.

GILLARD, Enmanuela-Chiara: «Quand l’entreprise s’enva-t-en guerre: les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 863, septiembre de 2006, pp. 179 y ss.

GÓMEZ DEL PRADO, José Luis y TORROJA MATEU, Helena: *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*, ed. Tribuna Internacional, 2011.

HENKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise: «*Customary international humanitarian law*», vol. I y II, ICRC, Cambridge University Press, 2005.

JORGE URBINA, Julio: *Protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones Unidas y derecho internacional humanitario. Desarrollo y aplicación del principio de distinción entre objetivos militares y bienes de carácter civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 37 y ss.

— Julio: «El papel de las compañías militares y de seguridad privadas en los conflictos armados recientes: una aproximación al estatuto jurídico de su personal», en *Seguridad y defensa hoy*, Plaza y Valdés, Villaviciosa de Odón, 2008, pp. 141-175. Del mismo autor, «Nuevos retos para la aplicación del derecho internacional humanitario frente a la ‘privatización’ de la violencia en los conflictos armados», en *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 709-732.

KRÜGER-SPRENGEL, Friedhelm: «Le concept de proportionnalité dans le droit de la guerre», informe presentado en el VIII Congreso de la Société Internationale de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre, en *Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre*, vol. XIX, 1980, 1-2.—LABORIE IGLESIAS, Mario A.: «La privatización de la seguridad. Las empresas militares y de seguridad privadas en el entorno estratégico actual», tesis doctoral, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, julio de 2011.

MELZER, Nils: Taller «Participación directa de las personas civiles en las hostilidades», en XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2007.

- MÜNKLER, Herfried: «Las guerras del siglo xx», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 849, marzo de 2003.—PÉREZ GONZALEZ, Manuel: «Terrorismo y conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el derecho internacional humanitario», en *Lucha contra el terrorismo y derecho internacional, Cuadernos de Estrategia*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, marzo de 2006, pp. 81 y ss. Del mismo autor, *Lucha contra el terrorismo, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, Tirant Monografías 797, Valencia, 2012.
- PICTET, Jean (Dir.): *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, volumen IV: «La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre: commentaire», CICR, Ginebra, 1956, 729 pp.
- QUÉGUINER, Jean-François: «Direct participation in hostilities under international humanitarian law», Briefing Paper, noviembre de 2003, *Research Initiative reaffirmation and development of IHL*, Program on Humanitary Policy and Conflict Research at Harvard University.
- RUYS, Tom: «License to kill? State-sponsored assassination under international law», en *Revista de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra*, n.º 44, 2005, vol. 1-2.
- TORROJA MATEU, Helena y GÜELL PERIS, Sonia: *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y derecho ante el fenómeno de las «empresas militares y de seguridad privadas»*, Bosch Editor, Barcelona, 2009.
- VERRI, P.: *Dictionary of the international law of armed conflict*, CICR, Ginebra, 1992.
- WATKIN, K.: «Combatants, unprivileged belligerents and conflicts in the 21st Century», IHLRI, Background Paper, <http://www.ihlresearch.org>.—WENGER, Andreas y MASON, Simon J. A.: «Participación directa de civiles en conflictos armados: tendencias e implicaciones», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 872, diciembre de 2008, pp. 339 y ss.

CAPÍTULO QUINTO

LA LUCHA CONTRA LA PROLIFERACIÓN INCONTROLADA DE LAS ARMAS PEQUEÑAS Y LIGERAS EN EL CONTEXTO DE LA REFORMA DEL SECTOR DE SEGURIDAD. UN ENFOQUE HUMANITARIO

José Luis Doménech Omedas

RESUMEN

El presente capítulo versa sobre los esfuerzos que la comunidad internacional ha emprendido para luchar contra la proliferación incontrolada de las armas pequeñas y ligeras (APL). Cómo la disponibilidad, el comercio ilícito y la acumulación excesiva de APL, que han constituido el arma principal si no la única de los últimos conflictos y han sido llamadas por el secretario general de las Naciones Unidas «armas de destrucción en masa», se han convertido en una amenaza emergente de carácter global.

Esta amenaza tiene la característica de ser transversal puesto que sus efectos se extienden y operan sobre una gran diversidad de sectores, entre ellos el sector de la seguridad. Tanto el conjunto de elementos y procesos que configuran esta lucha como la reforma del sector de seguridad tienen muchas cosas en común. Ambos sistemas operan sobre la seguridad humana y se retroalimentan mutuamente, de modo que una planificación eficaz de las APL debe tener en cuenta la planificación de la RSS y viceversa.

Palabras clave:

Armas pequeñas y ligeras, disponibilidad, proliferación incontrolada, comercio ilícito, control, marcaje y rastreo, derecho internacional humanitario.

ABSTRACT

This chapter deals with the efforts undertaken by the international community to combat the uncontrolled proliferation of small and light weapons (SLW). As availability, the illicit trade and excessive accumulation of SLW, which have been the main weapon but the only one of the recent conflicts, and they have been called by the Secretary-General of the United Nations «weapons of mass destruction», they have become an emerging global threat.

This threat has the characteristic of being cross since its effects extend and operate over a wide range of sectors, including the security sector. Both the set of elements and processes that make up this fight and the reform of the security sector have many things in common. Both systems operate on human security and they feedback each other, so that an effective planning of the APL should take into account the planning of the RSS and vice versa.

Key words:

Small arms and light weapons, availability, uncontrolled proliferation, illicit trade, control, marking and tracing weapons, international humanitarian law.

■ INTRODUCCIÓN

La lucha contra la proliferación incontrolada de armas pequeñas y ligeras (APL) y la reforma del sector de la seguridad (RSS) tienen muchos puntos en común y participan de similares problemas, no siendo el menor de ellos el hecho de que todavía no se ha llegado a una definición universalmente aceptada de lo que se entiende por armas pequeñas y ligeras; y lo mismo sucede con la reforma del sector seguridad, ni siquiera sobre cuáles son las amenazas que se ciernen sobre el sector de la seguridad a las que es preciso enfrentar para reformarlo. Esa circunstancia, en los aspectos jurídicos y de coordinación, resulta un mal dato de partida. La falta de terminologías comúnmente aceptadas y una inconcreción de la amenaza repercuten en el desarrollo y en el cumplimiento de las normas, porque los países tienden a la pasividad y a soslayar frecuentemente sus obligaciones, expresadas en lenguaje ambiguo, escudados en interpretaciones interesadas.

Sin embargo, el balance final es positivo. Si bien es cierto que existen obstáculos en el camino, no es cuestión de soslayarlos o menospreciarlos. La comunidad internacional está reaccionando de forma muy positiva a los retos y desafíos que le plantean los actuales modelos de conflicto armado, con la proliferación de grupos armados, las violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario (DIH), la privatización de la lucha armada y la privatización de la seguridad, la cultura de violencia, que es también previa y posterior a los conflictos y causante de la cronificación de la violencia armada, la violencia criminal y la violencia interpersonal y machista, la inseguridad, la fragilidad de ciertos estados, la pobreza, los desequilibrios, el déficit democrático, el crimen organizado transnacional y muchas otras realidades que nos toca vivir y enfrentar. En todas estas realidades aparece como factor coadyuvante la acumulación desmesurada y descontrolada de armas pequeñas y ligeras, por lo que vencer en la lucha contra su proliferación desde todos los campos es una tarea ilusionante, para construir un mundo mejor y así lograr que la cultura de violencia se transforme en una cultura de paz.

■ VÍNCULOS EXISTENTES ENTRE LA LUCHA CONTRA LA PROLIFERACIÓN INCONTROLADA DE ARMAS PEQUEÑAS Y LIGERAS (APAL) Y LA REFORMA DEL SECTOR SEGURIDAD (RSS)

No existe todavía una doctrina asentada sobre los vínculos directos entre la reforma del sistema de seguridad y el control de armas pequeñas y ligeras, porque ambos sistemas son relativamente recientes y tienen que abrirse camino; sin embargo, esos vínculos existen como cuestión de hecho, por lo que están siendo desarrollados y la experiencia operacional está siendo adquirida. Es

cierto que ningún análisis sistemático se ha realizado para establecer y aclarar dichos vínculos o sus implicaciones, tanto por los encargados de elaborar políticas de control de APL o sus homólogos de la RSS. Sin embargo, cada vez surgen más pruebas de que un sistema de seguridad débil o poco desarrollado crea una demanda creciente de APAL⁽¹⁾.

En la 5632.ª sesión del Consejo de Seguridad, celebrada el 20 de febrero de 2007, en relación con el examen por el Consejo del tema titulado «Mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales: papel del Consejo de Seguridad en el apoyo a la reforma del sector de la seguridad», el presidente del Consejo de Seguridad formuló la siguiente declaración en nombre del Consejo:

El Consejo reconoce la interrelación que existe entre la reforma del sector de la seguridad y otros factores importantes de la estabilización y la reconstrucción, como la justicia de transición, el desarme, la desmovilización, la repatriación, la reintegración y la rehabilitación de los excombatientes, el control de las armas pequeñas y las armas ligeras, así como las cuestiones relativas a la igualdad entre los géneros, los niños y los conflictos armados y los derechos humanos⁽²⁾.

En la misma dirección se encuentra entre otros el manual del CAD/OCDE sobre «La reforma del sistema de seguridad: Apoyo a la seguridad y a la justicia», que en su sección 6: «Desarrollo de una perspectiva integrada para la reforma del sistema de seguridad en situaciones posconflicto», aparece como uno de los elementos de la reforma del sector seguridad el control de armas pequeñas⁽³⁾.

Puede establecerse con alguna claridad que la lucha contra la proliferación de APL va mucho más allá de lo que se entiende por control de armas, y ese control de las armas pequeñas y armas ligeras busca mucho más que la reducción de la violencia armada, aunque es una de sus finalidades. El control de armas y la reducción de la violencia armada forman parte de los elementos o factores comunes del sistema antiproliferación APL y del sistema de la reforma del sector seguridad (RSS) y estos sistemas interactúan sobre la base de estrategias y políticas integrales⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Manual parlamentario de armas pequeñas y ligeras y reforma del sistema de seguridad 2010, p. 4. Accesible en: http://parliamentaryforum.org/sites/default/files/1%20-%20Manual_parlamentario_sobre_y_reforma_del_sistema_de_seguridad.pdf.

⁽²⁾ Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad S/PRST/2007/3 de 20 de febrero de 2007. Accesible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/245/40/PDF/N0724540.pdf?OpenElement>.

⁽³⁾ Manual del CAD/OCDE sobre «La reforma del sistema de seguridad: apoyo a la seguridad y a la justicia». Edición 2007, p. 106. Ver también el manual de la OSCE de «Mejores prácticas en materia de armas pequeñas y armas ligeras», 2003, p. 149, la guía práctica UNDP «Legislación sobre armas pequeñas y ligeras. 2008, pp. 142 y 193, y el Manual parlamentario de armas pequeñas y ligeras y reforma del sistema de seguridad 2010.

⁽⁴⁾ Es recomendable la lectura del tema 7 del manual Las piezas perdidas del puzzle. Una guía para reducir la violencia armada a través de la acción parlamentaria. Unión Interparlamentaria

■ Las actividades de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) en el marco de la RSS

Con similares razones puede inferirse la deseable interrelación de las actividades de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) con el marco de la RSS, porque el DDR puede constituir un apoyo importante en la RSS. No obstante, la RSS va más allá del DDR porque, como dice Collantes Celador, debe considerarse como concepto primario⁽⁵⁾ o explicado en los términos empleados anteriormente porque la RSS es un sistema, mientras que el DDR es un elemento o factor subordinado.

Como apunta Rosa de León-Escribano, en el momento de la desmovilización muchas veces se pone más atención al desarme de los ejércitos combatientes o de las guerrillas que a la población que colaboró con alguno de ellos, lo que provoca que grupos de civiles organizados y preparados para el combate se quedan con el adiestramiento y con las armas, pero sin estar subordinados a ningún mando ni control⁽⁶⁾. En ese momento, el criterio para el uso del arma se convierte en una decisión individual, y pasa a ser un problema tanto del proceso APL como de RSS. Más adelante, al hablar del impacto humanitario de la proliferación de armas pequeñas y ligeras volveré sobre este problema. Por ilustrar con un ejemplo, en Guatemala, los integrantes de las patrullas de autodefensa civil, organizadas por el Ejército, llegaron a ser en el momento álgido del conflicto más de 800.000 hombres, en una población de ocho millones de habitantes⁽⁷⁾.

■ La «Estrategia española de seguridad. Una responsabilidad de todos»

Al ser el proceso APL y la RSS conceptos relativamente recientes, ya que ambos se enmarcan en la consecución de la seguridad humana, que también es un término novedoso, puede considerarse dentro de la lógica de las cosas que todavía no se hayan asentado y los pasos normativos y operativos sean vacilantes. En ese sentido, desafortunadamente, en la «Estrategia española de seguridad. Una responsabilidad de todos», aprobada por el Gobierno de España el pasado 26 de junio de 2011⁽⁸⁾, que debería constituir un referente decisivo para los fines, objetivos, medios, planes y procedimientos que

y Centro para el Diálogo Humanitario, Ginebra, 2007, pp 134-147. 144 accesible en <http://www.ipu.org/PDF/publications/missing-s.pdf>.

⁽⁵⁾ COLLANTES CELADOR, Gemma: La seguridad humana La UE y su política hacia la reforma del sector de seguridad ¿Un nuevo ejemplo de división «conceptual-contextual»? VI Seminario Internacional sobre Seguridad y Defensa en el Mediterráneo, CIDOB, 2008, p 161.

⁽⁶⁾ Sobre las características del desarme a la población civil resultan muy interesantes las recomendaciones contenidas en el manual de la OSCE de «Mejores prácticas en materia de armas pequeñas y armas ligeras», 2003, p. 149.

⁽⁷⁾ ROSA DE LEÓN-ESCRIBANO, Carmen: «Armas pequeñas y desarrollo en sociedades posconflicto». IEPADES, 2006, p. 11, accesible en http://www.revistafuturos.info/download/down_19/armasydesa-e.pdf.

⁽⁸⁾ Estrategia española de seguridad: una responsabilidad de todos. Gobierno de España, Madrid, 2011, p. 18.

presidirán la política de defensa y de seguridad de España durante los próximos años y debería guiar los esfuerzos de España desde la triple perspectiva de la anticipación y prevención de conflictos, su gestión y resolución y la posterior consolidación de la paz, resulta que no contiene absolutamente nada sobre las armas ligeras o pequeñas, que son en palabras del secretario general de las Naciones Unidas «armas de destrucción en masa». No las considera, por tanto, una amenaza, como sí ocurre con las armas de destrucción masiva, y eso que se proponía realizar un análisis integrado de las amenazas y riesgos.

Ha sido una oportunidad perdida, y posiblemente un error, no considerar que en la lucha contra la proliferación de armas pequeñas y ligeras son mutuas las vulnerabilidades entre los Estados débiles y fuertes. La globalización hace que el enorme abanico de medios de guerra como las armas cibernéticas, ecológicas, geofísicas, radiológicas, biotecnológicas, las armas no letales, las armas de destrucción masiva (nucleares, biológicas y químicas) y las armas de destrucción en masa (minas, restos explosivos y armas pequeñas y ligeras), junto a otras amenazas como el terrorismo, la delincuencia transnacional, las catástrofes humanitarias, las violaciones generalizadas y sistemáticas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, el déficit democrático, la pobreza, la guerra por los recursos, las pandemias, el cambio climático, los desastres naturales, etc., terminen siendo compartidas por todos los países, por muy alejada que pueda parecer el área geográfica donde se desarrollen⁽⁹⁾.

En cuanto a la RSS, la única referencia se encuentra en un escueto párrafo:

Continuaremos prestando asistencia técnica a otros estados para la reforma del sector de la seguridad, como se viene haciendo ya desde hace tiempo con éxito⁽¹⁰⁾.

La renuencia española a asumir y desarrollar desde un enfoque integral la RSS es causa de la incertidumbre conceptual, así es calificada por Barrios⁽¹¹⁾, por parte de la Unión Europea que no acaba de coordinar desarrollo, democracia y seguridad. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) insta cada vez más a incluir la RSS en políticas de desarrollo económico y así se ha hecho desde la Comisión, pero no desde una perspectiva unificada de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD). Precisamente ha sido un

⁽⁹⁾ DOMÉNECH OMEDAS, José Luis: «Las misiones de paz internacionales ante las nuevas amenazas globales», en la obra colectiva *Los conflictos armados en la era de la globalización*. Ediciones Parthenon, Sevilla, 2007, p 18.

⁽¹⁰⁾ *Ib.*, p 22.

⁽¹¹⁾ BARRIOS, Cristina: «La contribución española a la reforma del sector de seguridad». FRIDE n.º 55, mayo de 2011, p 2, accesible en http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CCMQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fride.org%2Fdownload%2FFPB_55_Contribucion_esp_RSS_Esp.pdf&ei=iuxFUMT4MJOY1AWd9IDoCQ&usq=AFQjCNHo3DJAFEGpthwqKAu0YsLyaGuQpA.

tema de armas pequeñas y ligeras el que ha escenificado un desencuentro entre el Consejo y la Comisión que les ha llevado a solucionar sus problemas de competencia en los tribunales. Los documentos del Consejo y de la Comisión sobre RSS representan un importante paso adelante, a pesar de que la UE no los haya unificado bajo un concepto de RSS más amplio e integrado, como se pretendía inicialmente. Es preciso afirmar con Churruga que en vez de reconocer el solapamiento entre las distintas responsabilidades y la necesaria vinculación entre la seguridad y el desarrollo y trabajar conjuntamente con el mismo objetivo dentro de sus respectivas competencias, las tensiones entre las dos instituciones han prevalecido, hasta ahora, sobre el objetivo que tiene la Unión Europea de ser más coherente y más capaz en el ámbito internacional⁽¹²⁾.

■ DELIMITACIONES CONCEPTUALES

■ Disponibilidad, proliferación, control de armas

La *disponibilidad* se refiere a la facilidad con que una gran cantidad de personas implicadas en los conflictos pueden obtener armas altamente mortíferas que van de los fusiles de asalto a los misiles portátiles, pasando por las armas láser, lanzagranadas, minas antipersonal, etc. La *proliferación* es consecuencia de la disponibilidad y se traduce en la acumulación excesiva e incontrolada de armas pequeñas y ligeras que existe actualmente en el mundo. Junto a la proliferación de armas coexiste la proliferación de grupos implicados en situaciones muy diversas de violencia armada, que se producen tanto en el ámbito espacio-temporal de los conflictos armados como en tiempos de paz, o con mayor rigor en periodos preconflicto, conflicto y posconflicto. Es necesario tener en cuenta que la proliferación de armas pequeñas y ligeras incorpora en su definición la *difusión* de esas armas. Según Klare:

...la proliferación indica un aumento de la cantidad de armas que poseen determinados Gobiernos, o de la cantidad de países que poseen un determinado sistema de armamento, mientras que la difusión apunta a la diseminación de armas en la sociedad, incluyendo no solo a los Gobiernos y las entidades estatales, sino también a los ejércitos y las milicias fuera del control de un Estado, los grupos insurgentes, las organizaciones de delincuentes y otros agentes no estatales⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ CHURRUGA MUGURUZA, Cristina: «El apoyo de la Unión Europea a la reforma del sector de la seguridad: el valor añadido de la UE como actor de seguridad global». Cuadernos de Estrategia, n.º 138, IEEA. «La reforma del sector de seguridad: el nexo entre la seguridad, el desarrollo y el buen gobierno», p. 94.

⁽¹³⁾ KLARE, Michael: «Light weapons diffusion and global violence in the post-cold war era», en Jasjit Singh ed., *Light weapons and international security*, Indian Pugwash Society and British American Security Information Council, Nueva Delhi, 1995, p. 3.

De conformidad con esta observación, la lucha contra la proliferación de las armas portátiles y ligeras no solo se circunscribe a la cantidad y la acumulación, sino también a la forma en que esas armas están distribuidas y pueden ser adquiridas por sectores cada vez más amplios de la sociedad.

■ Las armas pequeñas y ligeras. ¿De qué estamos hablando?

No existe una definición universalmente reconocida de lo que son las armas pequeñas y ligeras. El Grupo de Expertos Gubernamentales de las Naciones Unidas que exploró el tema de las armas pequeñas y ligeras en 1997 propuso una definición que incluía puñales, cuchillos y machetes, aunque la mayoría de los instrumentos regionales e internacionales posteriores han limitado las definiciones utilizadas para centrarse exclusivamente en las armas de fuego⁽¹⁴⁾. A partir del instrumento internacional de localización para permitir a los estados identificar y localizar, de forma oportuna y fidedigna, armas pequeñas y armas ligeras ilícitas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 8 de diciembre de 2005, contamos con una definición auténtica:

A los efectos del presente instrumento, por «armas pequeñas y ligeras» se entenderá toda arma portátil y letal que lance, esté concebida para lanzar o pueda transformarse fácilmente para lanzar un balín, una bala o un proyectil por la acción de un explosivo, excluidas las armas pequeñas y ligeras antiguas o sus réplicas. Las armas pequeñas y ligeras son baratas y fáciles de manejar, transportar y esconder. Sus características favorecen la espectacular acumulación que se ha producido en las últimas décadas.

■ Los conceptos de amenaza y riesgo, retos y desafíos

La ya citada estrategia de seguridad española define las amenazas y los riesgos:

A los fines de esta estrategia una amenaza es toda circunstancia o agente que ponga en peligro la seguridad o estabilidad de España. El riesgo es la contingencia o probabilidad de que una amenaza se materialice produciendo un daño. El conocimiento de los intereses vitales y estratégicos de España y el análisis de las amenazas y riesgos que les afectan, junto con las capacidades de respuesta existentes, constituyen los cimientos sobre los que se formulan las directrices y líneas estratégicas necesarias para fortalecer nuestra seguridad y bienestar⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ Véase Naciones Unidas: «Report of the Panel of Governmental Experts on Small Arms», Asamblea General de las Naciones Unidas, A/52/298, 27 de agosto de 1997, disponible en: <http://www.un.org/Depts/ddar/Firstcom/SGreport52/a52298.html>.

⁽¹⁵⁾ Estrategia española de seguridad. Una responsabilidad de todos. Gobierno de España. Madrid 2011. Op. Cit. P 41.

La amenaza supone la existencia de un peligro real basado en la capacidad e intención del sujeto o en la fuerza desencadenante de la circunstancia para producir un efecto lesivo, mientras que el riesgo está asociado a la probabilidad de que se materialice la amenaza ocasionando daños.

Las amenazas y riesgos, percibidos o previstos, analizados y evaluados desde una actitud de hacerles frente, identifican los retos y desafíos a superar, las capacidades a adquirir, las necesidades de ayuda, cooperación, colaboración y coordinación, generan líneas de acción, planes y programas, y provocan de este modo el efecto positivo de traducir los retos y desafíos en oportunidades.

■ IMPACTO DE LAS ARMAS PEQUEÑAS Y LIGERAS EN LA SEGURIDAD. LOS DERECHOS HUMANOS, EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Como paso previo a configurar la proliferación como una amenaza, se hace preciso analizar el impacto de las armas pequeñas, y una primera dificultad consiste en conocer con exactitud el número de armas que circulan por el mundo, sus existencias y las transferencias lícitas e ilícitas que se realizan anualmente. La opacidad es una de las características típicas de todo cuanto rodea a estas armas. Según el *Small Arms Survey*, «se sabe más sobre el número de ojivas nucleares, las existencias de armas químicas y las transferencias de armas convencionales grandes que sobre las armas pequeñas»⁽¹⁶⁾.

Es unánime en la doctrina la convicción de los efectos negativos que las armas pequeñas ilícitas tienen en la seguridad, los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el desarrollo social y económico⁽¹⁷⁾. Tanto las situaciones de conflicto armado como de violencia armada tienen como instrumento imprescindible las armas pequeñas y ligeras. Estas armas se usan ampliamente en los conflictos entre estados y son las armas preferidas en conflictos internos por el terrorismo, la delincuencia organizada y la lucha

⁽¹⁶⁾ Esta organización ha merecido los elogios del secretario general de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon. Como en ediciones anteriores, la edición de 2012 del *Small Arms Survey*, «Blancos en Movimiento», suministra un trabajo de investigación y análisis original que puede revelarse útil en materia de creación de políticas, así como de desarrollo de objetivos cuantificables para el control de las armas pequeñas. Recomendando el *Small Arms Survey 2012* como literatura fidedigna para los estados miembros y todos los actores comprometidos con la reducción del impacto devastador de las armas pequeñas sobre individuos, comunidades, países y regiones.

⁽¹⁷⁾ «Como instrumentos de la violencia, hay indicios claros de que las armas pequeñas contribuyen a la destrucción humana y social, a la vez que ponen en peligro los derechos humanos y el Estado de derecho y socavan la estabilidad política y el desarrollo económico». Red de Acción Internacional sobre Armas Ligeras. IANSA, Documento de constitución, mayo 1999, «Marco político», pp. 3.

entre bandas⁽¹⁸⁾. En su informe de 2008 sobre las armas pequeñas, el secretario general de las Naciones Unidas ofreció un panorama general sobre lo que denomina «cuestión de las armas pequeñas», especialmente en zonas de conflicto, que me ha sido muy útil, aunque existen numerosas y acreditadas fuentes para extraer datos sobre su impacto en la seguridad, el Estado de derecho, la salud, la vida y la integridad de las personas civiles, sobre las víctimas especialmente vulnerables, las mujeres, los niños y los jóvenes, la sociedad civil y el desarrollo sostenible⁽¹⁹⁾.

La proliferación y el comercio ilícito de armas pequeñas y ligeras y sus municiones extienden a todas partes sus efectos destructivos. Obtienen su fruto criminal una amplia variedad de delincuentes: bandas violentas que imponen su ley urbana y atemorizan a sus vecinos, grupos rebeldes o sediciosos que hacen objeto de sus ataques indiscriminados a la población civil y a los contingentes de mantenimiento de la paz, narcotraficantes que matan indiscriminadamente a los agentes del orden o a cualquier otra persona que interfiera en su negocio ilegal, piratas del siglo XXI que con su armamento ligero perturban la seguridad de rutas marítimas de importancia estratégica, señores de la guerra y sus secuaces que secuestran convoyes de ayuda humanitaria, cuando no es secuestrado su propio personal voluntario y hacen pagar a las ONG siniestros «derechos de peaje y rescate». Las armas pequeñas y ligeras no controladas constituyen un problema persistente en todos los continentes como voy a tener la oportunidad de sistematizar.

■ Impacto en la seguridad y el Estado de derecho

Las armas ligeras están ligadas a todos los problemas de seguridad de los países. En el ámbito de la seguridad interior las utilizan las pandillas juveniles, la delincuencia común y el crimen organizado, incluso el crecimiento acelerado de las empresas privadas de seguridad, que es un fenómeno global, arroja dudas sobre si su regulación es apropiada en cuanto a la cantidad, tipo y uso del armamento que emplean, y en ciertos territorios se ha convertido también paradójicamente en un factor de inseguridad. Laborie hace un acertado y prolijo análisis sobre los distintos aspectos que plantean estas empresas⁽²⁰⁾, y a su trabajo me remito, pero hay que señalar que las EMSP tienen otro tipo de clientes compuesto por actores civiles que desarrollan tareas de muy

⁽¹⁸⁾ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Securing development: UNDP's support for addressing small arms issues*, julio de 2005.

⁽¹⁹⁾ Naciones Unidas, *Informe del secretario general sobre armas pequeñas S/2011/255*, 5 de abril de 2011, accesible en: <http://www.poa-iss.org/poa/S-2011-255-smallarms-sp.pdf>.

⁽²⁰⁾ LABORIE IGLESIAS, Mario: «La controvertida contribución de las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) a la resolución de conflictos». *Cuadernos de Estrategia*, n.º 147, agosto de 2010, pp. 77-138. Del mismo autor, «La privatización de la guerra. El auge de las compañías militares privadas». *Boletín de Información*, n.º 137, CESEDEN, 2008, pp. 83-121.

diversa índole, incluidas las humanitarias, en zonas de alto riesgo y las EMSP les proporcionan la seguridad necesaria para que puedan continuar con sus actividades. Las interferencias con la acción militar son evidentes a mi juicio.

Dejando este punto a posteriores análisis en otro momento, prosigo con el impacto en la seguridad exterior. En el ámbito externo, las armas pequeñas y ligeras son el fiel compañero de la delincuencia transnacional, del terrorismo, del tráfico ilícito de drogas, del contrabando y de las grandes mafias que controlan el flujo ilegal de personas. El acceso, compra y mercadeo de todo tipo de armamento ligero se beneficia y a su vez es causante de la permeabilidad de fronteras terrestres, marítimas, fluviales y aéreas, y emplea toda clase de medios de transporte, desde los más sofisticados a la carga a lomo de porteadores y semovientes.

La seguridad y el Estado de derecho se tambalean cuando se dejan de utilizar los mecanismos legales y pacíficos de solución de conflictos y se sustituyen por un constante recurso a la violencia armada que, al fin y a la postre, resulta ser en ocasiones el único medio eficaz de resolver reclamaciones y conflictos individuales o colectivos en regiones inestables en las que el comercio de armas pequeñas actúa como una fuerza desestabilizadora y acumulativa que traslada el foco del conflicto de una región a otra. A nivel continental este problema genera un foco de inestabilidad latente que puede derivar en conflictos internos o fronterizos.

La proliferación y el tráfico ilícito de armas es uno de los factores de inseguridad más insidiosos y perniciosos. En primer lugar, porque muchos Gobiernos no lo perciben como un tema prioritario de seguridad, no practican una política más cooperativa entre los estados hasta que ya es muy tarde para tomar medidas preventivas y eficaces. En segundo lugar, porque atenta contra la estabilidad de los Gobiernos, sea porque alimentan la persistencia de los grupos irregulares que no les es posible erradicar sea porque el deterioro de la seguridad ciudadana que acarrea, entre otras cosas, la desconfianza en la Policía convierten la inseguridad ciudadana en un factor de descontento social permanente. En los escenarios posconflicto, la proliferación de las armas pequeñas es lo que más acusadamente incide en la reestructuración de la institucionalidad democrática y en los cambios en el desarrollo de su economía, convirtiéndose en una amenaza potencial para la gobernabilidad y la consolidación de la paz y la democracia.

Los modelos de conflictos armados actuales se caracterizan por la privatización de la seguridad. Las armas pequeñas y ligeras no solo influyen en la inseguridad sino que la inseguridad induce al incremento de armas pequeñas y ligeras en la población civil, abocada a poseer armas por una mera cuestión de supervivencia.

- *La piratería somalí y la seguridad privada*

Otra de las formas de privatizar la seguridad haciendo peligrar el monopolio del Estado en el uso de los medios de guerra es la autorización conferida a las empresas militares y de seguridad privada para disponer de ellos, lo que conlleva repercusiones humanitarias a las que luego me referiré. He mencionado antes a los piratas del siglo XXI, que ponen en jaque los sistemas de seguridad más avanzados y su cronificación humilla a las grandes potencias, que se ven incapaces de lograr unas políticas integradas. Debido a la falta de reglamentos armonizados aplicables a las compañías privadas de seguridad marítima, existe un auténtico desbarajuste normativo en el que cada estado va por libre. Las reglas en materia de armas y uso de la fuerza varían considerablemente, porque la fuerza de los hechos llevaba con urgencia a la necesidad de dotar de seguridad interior a los pesqueros, pero las diferentes soluciones que improvisadamente se adoptaban por los países repercutían negativamente en la percepción de la opinión pública. Mientras, España autorizaba la presencia de agentes de seguridad privados en sus buques pesqueros, dotados con armas y munición, hasta entonces privativas de las Fuerzas Armadas, previa modificación de la legislación vigente⁽²¹⁾.

■ Impacto en los jóvenes, los niños y las mujeres

La cultura de violencia se ceba en la juventud que encuentra en las armas pequeñas y ligeras su expresión más terrible. Las armas pequeñas son usadas en la gran mayoría de los casos por y contra varones jóvenes, ya sea en tiempos de paz o de conflicto armado. Los hombres jóvenes son quienes más frecuentemente participan en los ataques armados y son también sus víctimas directas más probables. La participación en un grupo armado, sea cual sea su motivación política o criminal, brinda a los hombres jóvenes un medio de vida y de subsistencia y una aparente autosuficiencia, al margen de lo que la sociedad les ofrece en el sector privado o en el público. El fenómeno tiene sus raíces en la desigualdad sociocultural y estructural entre las distintas capas sociales y se agudiza en las sociedades que tienen un alto porcentaje de personas jóvenes y con una alta tasa de desempleo juvenil.

Una educación deficiente potencia la cultura de violencia. La falta de principios y de valores éticos y morales priva, a una parte de la juventud, de un sentido de la vida que le conduzca a gastar sus energías juveniles en acciones solidarias y

⁽²¹⁾ Real Decreto 1628/2009, de 30 de octubre, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, y del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, para permitir que la prestación de seguridad a bordo de los buques de bandera española que se encuentren fuera de nuestras aguas territoriales y en «situaciones de especial riesgo para personas y bienes, pueda ser prestada por el personal de las empresas de seguridad mediante la utilización del armamento adecuado para cumplir eficazmente con los cometidos de protección y de prevención».

humanitarias propias de una cultura de paz. Por el contrario, alimentan el odio a la sociedad y rumian sus deseos de venganza. A veces actúan en solitario, fuertemente dotados de toda clase de armas portátiles, impulsados por ideas violentas compartidas y comunicadas en redes sociales. Acuden a mi mente trágicos acontecimientos en los que jóvenes asesinos han masacrado a jóvenes inocentes al abrigo de una legislación nacional poco exigente en materia de posesión de armas, mientras se discutían en foros internacionales propuestas de regulación de control de armas ligeras y pequeñas.

Los niños y las niñas de menor edad también son víctimas directas e indirectas de la violencia armada, con especial crudeza en los conflictos armados. Las Naciones Unidas les han dedicado en los últimos tiempos una atención preferente, plasmada en resoluciones del Consejo de Seguridad e informes periódicos del secretario general. Los niños en particular resultan afectados de una forma atroz en toda clase de violencia, como víctimas especialmente vulnerables y también por su vinculación con fuerzas armadas y grupos armados. Pinheiro, en su *Informe mundial sobre la violencia contra los niños*⁽²²⁾, indicó que la violencia en la comunidad podía adquirir proporciones alarmantes cuando había una gran disponibilidad de armas. Las mujeres y las niñas a menudo son gravemente afectadas por la violencia de las armas pequeñas como víctimas de la violencia sexual, la intimidación y la coerción armadas, o por su situación de total desamparo en hogares desintegrados, con sus familiares varones muertos o desaparecidos.

La violencia machista, especialmente en el ámbito doméstico, tiene una clara conexión con la disponibilidad de armas. Pueden citarse unos ejemplos ilustrativos obtenidos de IANSA: en Colombia, que ocupa el segundo lugar en el mundo de personas desplazadas después de Sudán, 21.000 mujeres fueron víctimas de violencia sexual mediante la coacción de un arma, y 2 de cada 10 mujeres desplazadas identificaron la violencia sexual mediante la coacción de un arma como la causa directa del desplazamiento. En Sierra Leona, en la guerra civil, 64.000 mujeres fueron objeto de violencia sexual mediante arma. Testimonios de víctimas explicaban que ponían los violadores las armas en sus gargantas y estómagos para asegurarse de que seguían sus órdenes⁽²³⁾. Frente a este panorama, las armas pequeñas representan un riesgo permanente para la vida, la libertad sexual, la igualdad y el desarrollo de las mujeres. Incluso cuando han cesado las hostilidades, como en el caso de Colombia, el número de muertes de mujeres está superando a las víctimas durante el conflicto, lo que prueba que las causas persisten después de los conflictos.

⁽²²⁾ PINHEIRO, Paulo Sergio: *Informe mundial sobre la violencia contra los niños*. Ginebra. Estudio de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, 2006, accesible en <http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/productos/pdf/informeMundialSobreViolencia.pdf>.

⁽²³⁾ IANSA: *Including gender in the Arms Trade Treaty, 2011*, accesible en http://www.iansa-women.org/sites/default/files/ATT_Prepcom_3_iansa_wn_pp_130711.pdf.

■ Impacto en la salud y la vida

Resulta obvio el impacto en la salud y en la integridad física de los afectados por la violencia armada, que es causada por la proliferación y el comercio ilícito de armas pequeñas y ligeras, por lo que no me extenderé mucho sobre el particular. Los capítulos que ha elaborado *Small arms survey* en su citado informe de 2012 sobre homicidios perpetrados con armas de fuego en América Latina y el Caribe, la violencia relacionada con las drogas en ciertos países latinoamericanos y la violencia no letal en el mundo entero muestran que la seguridad es un blanco en movimiento, utilizando la expresión afortunada de *Small Arms Survey*, ya que la violencia armada, letal o no letal, continúa socavando la seguridad y el bienestar de personas y sociedades en todo el mundo. La gran mayoría de las muertes causadas directamente por un conflicto se deben al uso de armas pequeñas, y, como se ha dicho, respecto a las mujeres la tasa de homicidios relacionados con armas de fuego en las sociedades que salen de un conflicto a menudo es superior al número de muertos en el campo de batalla.

Como señala la Organización Mundial de la Salud en su *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, de 2002, estas armas también pueden vincularse con el número cada vez mayor de casos de muerte violenta de empleados y personal de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas y también de agentes de las organizaciones humanitarias y las organizaciones no gubernamentales que trabajan en zonas de conflicto⁽²⁴⁾.

Es importante el concepto de violencia armada no letal, que expresa la violencia que sufren los que han sobrevivido a las agresiones con armas de fuego y han quedado con secuelas que les obligan a recibir un tratamiento prolongado. En el mundo, más de dos millones de personas viven con lesiones provocadas por armas de fuego en entornos exentos de conflictos desde hace 10 años. Estas lesiones generan importantes costes directos e indirectos, tales como los relacionados con los tratamientos, la recuperación y la falta de productividad.

■ Impacto en el desarrollo

Un alto nivel de violencia armada es un obstáculo grave para el desarrollo económico. El comercio ilícito de armas es un gran negocio para unos pocos, pero un desastre económico para los que sufren sus consecuencias. Se han hecho estudios serios por parte de diversos organismos entre los que cabe citar el informe *Asegurar el desarrollo: apoyo para hacer frente a las armas pequeñas* del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD y el *Informe sobre el desarrollo mundial* del Banco Mundial, ambos del año 2005.

⁽²⁴⁾ Accesible en: http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/summary_es.pdf.

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Mundial han tasado el coste que las muertes y heridas por arma de fuego tienen para una sociedad: el estudio del BID estima que los costes del delito por violencia armada están en el orden del 14,2 por ciento del PIB de la región latinoamericana. Otros costes sociales añadirían un 4,9 por ciento adicional del PIB regional, e incluirían los costes de pérdida de vidas y salud, policía y gastos del sistema de justicia penal y el coste de la seguridad privada⁽²⁵⁾.

En cuanto al Banco Mundial, afirma que nada perjudica tanto el clima de inversión como la inseguridad creada por el conflicto armado. La violencia armada puede agravar la pobreza, inhibir el acceso a los servicios sociales y desviar energía y recursos de los esfuerzos encaminados a aumentar el desarrollo humano. Los países afectados por la violencia armada en situaciones de delincuencia o conflicto hacen pocos progresos en su desarrollo, larvados como están por la hidra parasitaria de las armas pequeñas y ligeras.

Puede concluirse de acuerdo con lo expuesto hasta ahora que la proliferación y descontrol de armas pequeñas y ligeras perturban gravemente el funcionamiento y los objetivos de una sociedad, poniéndole al borde de la emergencia permanente ya sea en seguridad, salud, educación o desarrollo, al desviar los recursos que serían necesarios en esas áreas.

■ Impacto en la sociedad civil

Tengo que insistir en la cultura de violencia que se crea en la sociedad que sufre o sale de una guerra. Esta sociedad ha adquirido la práctica de resolver sus problemas por la vía violenta en todos los ámbitos, familiar, local, comunitario y nacional. Nos encontramos con una sociedad armada y acostumbrada a creer que salvaguarda su seguridad por medio de las armas. Esa creencia persiste en el tiempo, incluso durante siglos, hasta el punto de que ha podido observarse en ciertos procesos de afirmación nacional; la posesión privada de estas armas es incorporada a lo más elevado de su estructura jurídico-constitucional, como es el caso de Estados Unidos, y esa es a mi juicio una de las principales causas de la existencia en esa gran nación de un potentísimo *lobby* o grupo de presión que torpedea cualquier intento de la administración norteamericana de sumarse, con valentía, a los esfuerzos internacionales por poner coto al comercio ilícito de armas pequeñas y ligeras y sus municiones.

Además de altas tasas de homicidios, otros efectos de la proliferación de armas pequeñas en manos de particulares son la violencia social, la delincuencia común y organizada y la proliferación de empresas privadas de seguridad frente a la dificultad de desarrollar plenamente las nuevas instituciones policiales en

⁽²⁵⁾ ROSA DE LEÓN-ESCRIBANO, Carmen: «Armas pequeñas y desarrollo en sociedades posconflicto». IEPADES, op. cit., p. 29.

formación. En la mayor parte de los países, las empresas privadas triplican en número de efectivos a las fuerzas policiales⁽²⁶⁾.

Como dice el secretario general en su aludido informe:

Con frecuencia, la violencia armada se concentra en ciertas zonas o en ciertos grupos sociales. Mientras que algunas partes de un país o una ciudad pueden funcionar con normalidad, otras pueden padecer niveles elevados y crónicos de violencia armada. Las regiones periféricas, marginales y abandonadas, como las zonas fronterizas y los barrios urbanos marginales, suelen ser vulnerables al crecimiento de estructuras de poder extraoficiales y depredadoras que recurren a medios violentos para alcanzar sus fines.

El rescoldo de la violencia armada en procesos de consolidación de la paz puede dar al traste con planes tan importantes como el desarme voluntario de la población o el retorno sostenible de las personas desplazadas por el conflicto, que resultan esenciales en una etapa de reconstrucción, paz, seguridad y cohesión social.

■ Impacto humanitario de las armas pequeñas y ligeras

En realidad, a lo largo de las páginas que anteceden ya se ha podido intuir, aunque no lo haya dicho explícitamente, que:

Las armas pequeñas facilitan un amplio espectro de violaciones del derecho internacional humanitario y los derechos humanos, incluidas matanzas y mutilaciones, la violación y otras formas de violencia sexual, la desaparición forzada, la tortura y el reclutamiento forzado de niños por grupos o fuerzas armadas. Se cometen con ellas más violaciones de derecho internacional humanitario y derechos humanos que con cualquier otro tipo de arma.

Lo llamativo es que el texto citado en cursiva pertenece al primero de los informes del secretario general de Naciones Unidas, el de 2008, al que yo he añadido el término «derecho internacional humanitario», que cuidadosamente se evita no solo en este párrafo sino en todo el extenso y prolijo documento. No puedo hallar la razón de esta reluctancia que quiebra la línea de reconocimiento y respeto por el derecho internacional humanitario que Naciones Unidas ha mantenido y sigue manteniendo en los últimos tiempos. Afortunadamente, en el informe de 2011 recupera el «lenguaje correcto».

⁽²⁶⁾ ROSA DE LEÓN-ESCRIBANO, Carmen: «Armas pequeñas y desarrollo en sociedades post conflicto». IEPADES, op. cit., p. 36.

A pesar de lo que diga ese informe, es tal el impacto humanitario que produce la acumulación excesiva de armas pequeñas y ligeras y su comercio ilícito, que ya en la década de los años 90⁽²⁷⁾, plenamente conscientes de que había que hacer frente a esta amenaza humanitaria, se inició en Ginebra el proceso para regular estas armas y establecer criterios restrictivos dimanantes del derecho humanitario. Habida cuenta de ese propósito, en 1995 la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja solicitó al CICR que examinara «cómo la disponibilidad de armas contribuye a la proliferación y a la agravación de las violaciones del derecho internacional humanitario en los conflictos armados, así como a la degradación de la situación de la población civil»⁽²⁸⁾. En su informe concluido en 1999, dos años antes de la Conferencia de Nueva York sobre el comercio ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos los aspectos, el Comité Internacional de la Cruz Roja concluyó que:

Las enfermedades, el hambre y los abusos aumentan cuando las organizaciones humanitarias son objeto de ataques y se ven obligadas a suspender las operaciones o retirarse del país; los sufrimientos de los civiles continúan, a menudo durante años después de terminado el conflicto, debido a que la amplia disponibilidad de armas genera una cultura de violencia, socava el Estado de derecho y pone en peligro los esfuerzos de reconciliación entre los exbeligerantes. Armas que antes eran asequibles a las Fuerzas Armadas organizadas obran ahora en poder de una gran diversidad de personas implicadas en situaciones de conflicto o posconflicto, algunas de las cuales tienen gran capacidad destructiva y de muerte. La proliferación de armas puede ser un importante factor que facilita esas violaciones y agrava la crítica situación de la población civil durante y después de un conflicto armado. Las víctimas civiles superan en número a los combatientes en muchos conflictos internos, y han ido en aumento a lo largo de este siglo paralelamente al desarrollo de nuevas tecnologías militares que han aumentado la capacidad destructiva de las armas portátiles y ligeras. El CICR se mostraba también preocupado por el hecho de que la proliferación de armas, en particular de las armas portátiles, estaba socavando los esfuerzos que se realizaban para enseñar y difundir el respeto de las normas del derecho internacional humanitario. Precisamente la difusión del DIH es uno de los pilares fundamentales del sistema de protección de las víctimas afectadas por causa de los conflictos armados. En mi experiencia docente de muchos años en temas humanitarios, compartiendo experiencias con alumnos de África y América, me percaté de que la causa de muchas violaciones humanitarias residía en el desconocimiento del derecho internacional humanitario por parte de los infractores.

⁽²⁷⁾ Naciones Unidas también inició, en esa década de los 90, el proceso que debe conducir a la regulación de estas armas, y del que hablaré más adelante.

⁽²⁸⁾ La disponibilidad de armas y la situación de la población civil en los conflictos armados. Informe del Comité Internacional de la Cruz Roja, 1999, versión en inglés en http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0734_arms_availability.pdf.

El orden y la disciplina y la presencia de un mando responsable de la conducta de sus subordinados favorecen la aplicación del DIH. Ante la proliferación de armas en poder de nuevos combatientes, a menudo indisciplinados, a menudo jóvenes y niños soldados que han perdido toda clase de inhibiciones, frecuentemente oscurecidas sus mentes por el efecto de las drogas, los esfuerzos para garantizar el respeto de la normativa básica de la guerra han resultado baldíos. El resultado es una terrible violencia ciega y una sucesión de imágenes horribles que pueden llegar a insensibilizar al público y a los responsables de tomar decisiones con respecto a las actuales violaciones del derecho internacional humanitario. Sin una enérgica acción para limitar la disponibilidad de armas y de municiones de tipo militar, sin controles, sin autoridades responsables, los encargados de la formación humanitaria dirigida a los que toman parte en las hostilidades difícilmente pueden acceder e instruir a todos los que hacen la guerra.

La disponibilidad de armas ha destruido muchas sociedades y ocasionado sufrimientos incalculables a los seres humanos. Siguen planteando un gravísimo problema de carácter humanitario, sobre todo en los casos de conflictos internos en que unas milicias insurgentes luchan contra las tropas del Gobierno. En esos conflictos, una gran proporción de las víctimas son civiles a quienes se toma por blanco a propósito, como dice *Small arms survey* que, como he señalado anteriormente, ha hecho de la frase el lema del informe de 2012, «la misma seguridad es un blanco en movimiento», lo que constituye un atentado patente contra el derecho internacional humanitario. Las consecuencias de ello han sido millones de muertos y heridos, la mayoría víctimas especialmente vulnerables como ancianos, enfermos, mujeres y niños, millones de refugiados y desplazados, movimientos forzados de poblaciones enteras, familias dispersas, personas desaparecidas, sufrimiento e inseguridad en todo el mundo. Centenares de miles de niños han sido víctimas de las armas pequeñas y las armas ligeras. A muchos de ellos se los ha explotado reclutándolos como combatientes y obligándolos a participar en los enfrentamientos.

■ LA PROLIFERACIÓN DE ARMAS PEQUEÑAS ES UNA AMENAZA GLOBAL, EMERGENTE Y TRANSVERSAL

Después de analizar los impactos negativos y los tejidos infectados, se puede afirmar sin margen para la duda que la proliferación de armas pequeñas es una amenaza muy grave e insidiosa. La proliferación incontrolada de las armas pequeñas y ligeras, consecuencia esencialmente de su tráfico ilícito, se ha convertido en una amenaza global de carácter emergente en cuanto que está afectando a toda la humanidad, se extiende por toda la tierra y tiene una enorme capacidad de hacer daño a la paz y la seguridad, al bienestar social de los pueblos y al Estado de derecho. Es una amenaza transversal que contamina todos los ejes en los que opera la RSS: la seguridad humana, las instituciones, el imperio de la ley y el desarrollo sostenible.

Así lo está reconociendo Naciones Unidas, si bien inicialmente de forma parcial o fragmentada, reacia a considerar el aspecto humanitario, ha acabado por liderar la lucha contra la proliferación incluyendo todos los aspectos, también los criterios procedentes del derecho internacional humanitario. Después de celebrar en 2010 un debate abierto sobre la consolidación de la paz después de los conflictos, el Consejo de Seguridad observó que el tráfico ilícito de armas podía constituir una amenaza transnacional:

El Consejo de Seguridad observa que el tráfico de drogas, la delincuencia organizada, el terrorismo, el tráfico ilícito de armas y la trata de personas podrían constituir amenazas transnacionales con repercusiones en el proceso de consolidación de la paz de los países que salen de un conflicto, y subraya la importancia de intensificar la cooperación internacional y regional sobre la base de una responsabilidad común y compartida para hacerles frente con eficacia⁽²⁹⁾.

Hacerle frente a esta amenaza requiere esfuerzos coordinados por parte de las autoridades, las instituciones y la sociedad civil en todos los ámbitos y en todos los niveles de ordenación socioeconómica, política y territorial. Es importante que las corrientes ilícitas de armas se califiquen como una amenaza inmediata al mantenimiento de la paz y la consolidación de la paz, pero no es suficiente. Se hace preciso no detenerse solamente en la regulación del comercio de armas, sino avanzar en la identificación de las causas que influyen en la demanda de las armas y planificar desde un enfoque integral y coordinado las soluciones. No obstante, el proceso que se ha iniciado para acabar con esta lacra que nos amenaza debe comenzar ineludiblemente por dotar a la comunidad internacional de una cobertura jurídica apropiada. Dada la grave amenaza que representan la difusión no reglamentada de armas y su uso descontrolado para la aplicación del derecho internacional humanitario, la paz y la seguridad internacionales, así como para el tejido social, los estados deben estudiar como medida urgente la promulgación de normas basadas en el derecho humanitario, en el derecho de los derechos humanos y en otros criterios que regulan las transferencias de armas y municiones.

■ LA REGULACIÓN DE LAS ARMAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Un itinerario lógico llevaría a considerar cuáles son los retos y desafíos que transformados en objetivos harían frente a la amenaza, pero antes creo necesario detenerme en la exposición de los principios fundamentales que proceden del derecho internacional humanitario y deben aplicarse a todas las armas, pasadas, presentes y futuras, y, por lo tanto, también a las armas

⁽²⁹⁾ Declaración del presidente del Consejo de Seguridad, 16 de abril de 2010, S/PRST/2010/7, accesible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/prst/2010/7>.

pequeñas y ligeras. Asimismo parece conveniente situar a las armas pequeñas y ligeras en el contexto de la regulación de las armas en el derecho internacional humanitario⁽³⁰⁾.

■ Clasificaciones de las armas

Hay muchas clasificaciones de las armas. La clasificación más común agrupa a las armas en armas convencionales y armas de destrucción masiva, pero existen otras clasificaciones que atienden a sus características como las armas no letales, las armas cibernéticas y las radiológicas. Otro tipo de armas son las armas trampa y los artefactos explosivos improvisados (AEI), que son generalmente fabricados de manera artesanal. Vale la pena mencionar ejemplos de AEI frecuentes, como las «cartas bomba», los «juguetes bomba» y algunas armas trampa de carácter explosivo. Si consideramos que un arma es un medio para ejercer la violencia física, el concepto de arma se amplía considerablemente si se tiene en cuenta que en los últimos conflictos se han cometido violaciones gravísimas del DIH con machetes en Ruanda y Sierra Leona; hachas, escopetas de caza manipuladas y motosierras en Colombia, y hasta se han utilizado como arma de limpieza étnica las bombonas de butano, como ocurrió en Bosnia cuando las empleaban para destruir sistemáticamente las casas que pertenecían a las pobres gentes que habían tenido que huir de su tierra para poder sobrevivir.

■ Relevancia de las distintas clasificaciones a la luz del DIH

Estas clasificaciones tienen interés en tanto en cuanto influyen en su regulación jurídica. Sin embargo, las clasificaciones para el DIH carecen de relevancia, porque sus principios genéricos, como hemos señalado, son aplicables a toda clase de armas pasadas, presentes y futuras. Los principios de limitación de medios y de métodos, de distinción entre combatientes y civiles, de proporcionalidad o inaceptabilidad en los daños, etc., son válidos para cualquier tipo de arma⁽³¹⁾. No solamente el arma en sí misma está limitada por el DIH sino también están regulados el uso que se le da y los efectos que produce. En ocasiones, es el arma un medio necesario para cometer una violación del DIH

⁽³⁰⁾ DOMENECH OMEDAS, J. L.: «Limitaciones al empleo de medios y métodos de combate: armas convencionales excesivamente dañinas o de efectos indiscriminados. Residuos explosivos de guerra y proliferación de armas ligeras», en *Derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª edición, 2007, pp. 311 y ss.

⁽³¹⁾ El principio de limitación de medios y métodos aparece en el tiempo como una reacción normativa contra las armas que causan daños excesivos, superfluos o sufrimientos innecesarios, en la que la preocupación humanitaria se dirige a la protección de los combatientes: «Los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios para dañar al enemigo», dice el artículo 22 del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de La Haya, de 1899. Posteriormente, la necesidad de proteger a la población civil hará que se concrete y desarrolle en la primera sección del título iii del Protocolo I de 1977 «Métodos y medios de guerra» el principio de distinción, que provocará la prohibición de las armas que no distinguen entre combatientes y población civil, es decir, las armas indiscriminadas.

como la violencia sexual, la limpieza étnica, los ataques a la población civil y a los bienes civiles, etc. El arma puede limitarse o prohibirse también por sus efectos, porque son indiscriminados al no distinguir entre combatientes y civiles, porque no se pueden controlar, porque causan daños excesivos o desproporcionados, etc.

■ **La regulación de las armas en el *ius ad bellum* y en el *ius in bello*.
Distintos procesos, distintos enfoques**

Las armas están reguladas por el *ius ad bellum*, es decir, por el derecho que atiende a las causas de los conflictos, a su prevención o a su impedimento, bien prohibiendo o bien dificultando el recurso a la guerra. Aquí el arma está contemplada como un medio capaz de alterar el equilibrio estratégico o como un factor de amenaza a la paz y a la seguridad internacional. El arma se limita, prohíbe o destruye atendiendo a su potencial desequilibrante o a su proliferación descontrolada. En la mayoría de las veces el éxito del proceso negociador depende de la constatación de que la ventaja militar que les pueda producir la posesión de una determinada arma en sus arsenales se ve confrontada con los problemas derivados de su proliferación y consecuente pérdida de control. Las armas objeto del desarme son limitadas o prohibidas introduciendo normas sobre producción, comercio, transferencia de tecnología, almacenamiento, despliegue, destrucción, etc. La delimitación teórica entre desarme y DIH no se sustenta con rigidez en la práctica, de modo que nos encontramos, frecuentemente, con foros, procesos, tratados y convenciones que contienen elementos de uno y otro. Es por esta razón que la mayor parte de los actuales tratados y convenciones en materia de armas son textos híbridos en cuanto a que contienen regulación procedente del derecho del desarme y del DIH. No obstante, es conveniente no perder de vista sus distintos enfoques y objetivos si se quiere preservar la naturaleza, la eficacia y el ámbito de aplicación del DIH.

Es importante que los textos internacionales, que regulan las armas desde el *ius ad bellum*, recojan y tengan en cuenta el derecho humanitario aplicable en las situaciones de conflicto armado y la necesidad de prevenir las violaciones de este derecho ya en tiempos de paz. A estos efectos habría que recordar que el artículo 1 común a los convenios de Ginebra de 1949, que obliga a los estados a respetar y hacer respetar el DIH en cualquier circunstancia, también les obliga a introducir en las normas sobre control de armas elementos procedentes del derecho humanitario.

El artículo 51.4 del Protocolo I prohíbe los ataques indiscriminados, incluidos «los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto» y «los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar».

Del mismo modo que el principio de distinción nos conduce al concepto de arma indiscriminada, esta nos lleva al concepto de arma que causa daños inaceptables en la población civil, pero con un matiz diferencial muy importante: el arma se prohíbe únicamente por su resultado dañoso, por sus efectos inaceptables. Ya no se busca la prohibición general de un arma como categoría con independencia de sus efectos.

■ Armas prohibidas de forma absoluta y armas condicionadas

El principio de limitación respecto a las armas se concreta, en primer lugar, en establecer unas prohibiciones que por su carácter genérico conciernen a cualquier tipo de arma; en segundo lugar, se identifican las armas que se consideran ilícitas de un modo absoluto y en toda circunstancia, y en tercer lugar, se prohíben o restringen determinadas armas en razón de que no satisfagan una serie de requisitos y condiciones⁽³²⁾. Otras clasificaciones introducen el factor de diferencia según sean armas convencionales o no convencionales debido al hecho de que algunos estados interpretan que los principios limitadores de armas contenidos en el Protocolo I son únicamente aplicables a las armas convencionales⁽³³⁾. En realidad, la distinción en la práctica no es entre armas convencionales o no convencionales, sino entre armas nucleares y todas las demás y entre armas con potencial desequilibrante desde el punto de vista estratégico y el resto.

El sistema se cierra con una previsión normativa limitadora respecto a las nuevas armas que vayan apareciendo y que alcanza a los procesos de investigación y desarrollo de las armas futuras⁽³⁴⁾. Respecto a las armas que no tienen (todavía) una reglamentación específica cabe, citarse al arma nuclear, las municiones de pequeño calibre, las armas radiológicas o bombas sucias (compuestas de explosivo convencional y desecho radiactivo) y las municiones con uranio empobrecido.

■ ¿Qué sucede con las armas que no están específicamente prohibidas?

La pregunta que cabe hacerse es si todas las armas que no están prohibidas o restringidas por una convención o un tratado internacional pueden usarse libremente en los conflictos armados. La respuesta vendría dada, en principio,

⁽³²⁾ Según el siguiente esquema:

- Prohibiciones genéricas (afectan a cualquier arma).

1. Las que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios.

2. Las que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente.

3. Las que tengan efectos indiscriminados.

- Prohibiciones o restricciones específicas (afectan a un determinado tipo de arma).

4. Prohibiciones condicionadas por falta de control, por su aspecto inofensivo o por su utilización pífida.

5. Prohibiciones absolutas (incondicionalmente y en toda circunstancia).

⁽³³⁾ Los protocolos fueron firmados el 10 de junio de 1977 y ratificados por España por Instrumento de 11 de abril de 1989 (BOE núm. 177), al que acompañaba una declaración interpretativa según la cual se expresaba que: «... entiende que este Protocolo, en su ámbito específico, se aplica exclusivamente a las armas convencionales y sin perjuicio de las normas de derecho internacional aplicables a otro tipo de armas».

⁽³⁴⁾ Se pueden considerar también nuevas a las armas existentes que hayan sido modificadas y cualquier arma que un estado tiene la intención de adquirir.

por la «cláusula de Martens»⁽³⁵⁾, que aparece por primera vez en el preámbulo del II Convenio de La Haya de 1899, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, y posteriormente, dada su importancia, se reproduce en otras convenciones y protocolos:

Mientras que se forma un código más completo de las leyes de la guerra, las altas partes contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del derecho de gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.

A pesar de que esta cláusula no ha recibido una interpretación unánime por parte de los estados y la doctrina no es pacífica sobre la cuestión, creo que el valor inmenso que tiene la cláusula es la de introducir en el derecho internacional humanitario una dinámica de interpelación continua, consistente en ponderar, en cada momento y ante cada situación de riesgo humanitario, si la protección que brindan las normas convencionales humanitarias es suficiente y responde a los principios de humanidad y a los dictados de la conciencia pública. Eso es lo que mueve al derecho humanitario, es lo que le hace vivo y anticipatorio, eso es lo que le permite trascender de un frío positivismo y comprender que nada escrito y acordado se puede convertir en un obstáculo para proteger a las víctimas de los conflictos. La pujanza de la sociedad civil y su sensibilidad ante las violaciones humanitarias ya estaba prevista y encauzada por la genialidad de Martens en 1899. De hecho, ha sido el motor que ha logrado los mayores hitos humanitarios con la prohibición total de las minas antipersonal en 1997 y las municiones en racimo en 2008. La evaluación del sistema de protección por parte de todos supone la búsqueda de nuevas normas, pero no poner en entredicho las existentes lanzándose al vacío de la inseguridad jurídica. La solución no sería, a mi juicio, tirar por la calle de en medio y menospreciar todo el andamiaje jurídico que ha ido evolucionando durante siglos, sino, por el contrario, sobre la base del respeto a las normas crear la tensión humanitaria por mejorarlas.

Las armas pequeñas y ligeras no se pueden prohibir por su naturaleza porque son armas de doble uso. Las utilizan las Fuerzas Armadas, la Policía, las empresas de seguridad privada y los civiles con licencia de armas. Pero sí que se puede y se debe evitar que produzcan un impacto humanitario, además de otros impactos de carácter social, criminal, medioambiental, de desarrollo, de derechos humanos, etc., mediante la regulación de estas armas en cuanto al control de tenencia, uso, almacenaje y comercio.

⁽³⁵⁾ TICEHURST, Rupert. «La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados», *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Ginebra, 1997, accesible en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlcy.htm>.

■ ¿CUÁLES SON LOS RETOS Y DESAFÍOS DE ÍNDOLE JURÍDICA QUE PLANTEA LA LUCHA CONTRA LA PROLIFERACIÓN?

Más que tratar de precisar y enumerar los retos y desafíos concretos, me propongo formular las medidas a tomar por la comunidad internacional para transformar los retos y desafíos en oportunidades para vencer a la amenaza. El tema es multidisciplinar y se corre el riesgo de perderse en el bosque, por lo que debo ceñirme a la expresión jurídica de estas oportunidades, que voy a enumerar y explicar brevemente, sin ánimo exhaustivo ni intento de pasar revista a lo que España ha introducido ya en su legislación. Tampoco voy a detenerme en la legislación europea, como no sea de pasada. En ese sentido lo que intento es señalar los objetivos a conseguir en los dos procesos internacionales que se han iniciado, uno desde el compromiso político, el otro desde la vinculación jurídica. Me refiero al Programa de Acción (PoA) de la Conferencia de Naciones Unidas de 2001 y al proyectado Tratado de Comercio de Armas.

■ Regular jurídicamente las transferencias internacionales de armas pequeñas

En su informe de 2012, *Small Arms Survey* estima que el valor anual de las transferencias internacionales lícitas de armas pequeñas y ligeras, piezas de repuesto, accesorios y municiones alcanza al menos 8.500 millones de dólares. En cuanto al valor anual de las transferencias internacionales lícitas de piezas de repuesto para armas pequeñas y ligeras, ha sido estimado en 1.428 millones de dólares, de los cuales 146 millones no aparecen en fuentes disponibles al público⁽³⁶⁾. No obstante, los ingresos totales por transacciones son solo una parte de la historia; los países a menudo venden armas viejas y excedentes de armas a un precio muy inferior a su valor real o simplemente las regalan.

El comercio de armas pequeñas no está bien regulado y puede considerarse el menos transparente de todos los sistemas de armas. Con facilidad el comercio lícito puede convertirse en ilícito, simplemente cambiando el destinatario final por robo, sustracción, corrupción de funcionarios o alterando los requisitos y condiciones establecidos en las regulaciones sobre comercio de armas. El tráfico ilícito y el mercado ilícito de armas de fuego se convierten en un negocio muy lucrativo, por lo que a menudo se encuentra en manos del crimen organizado y la delincuencia transnacional. El concepto de transferencia es uno de los escollos más importantes con los que se encuentra la regulación de

⁽³⁶⁾ Véase informe *Small Arms Survey 2012: Resumen del capítulo 8*, accesible en <http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/A-Yearbook/2012/sp/Small-Arms-Survey-2012-Chapter-8-summary-SPA.pdf>.

comercio de armas. Debería cubrir todos los movimientos de las armas en un sentido muy amplio, y a ello me dedicaré más adelante.

Ningún Gobierno debería autorizar transferencias de armas cuando exista peligro evidente de que ese material pueda ser utilizado por el posible receptor para cometer abusos graves contra los derechos humanos, genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad. Además, los Gobiernos deberían garantizar que la circulación y el uso de armas estuvieran estrictamente limitados en virtud de las normas de derechos humanos de la ONU y del derecho internacional humanitario⁽³⁷⁾.

■ Regular jurídicamente las actividades de intermediación y el corretaje

Tradicionalmente, el comercio de armas, que solía basarse principalmente en transacciones de Gobierno a Gobierno, ha pasado a depender en todas partes de la intervención de intermediarios privados que operan en un entorno multinacional. Se hace acuciante el control de los llamados «brokers», regulando sus actividades, coordinando internacionalmente los criterios para autorizar las exportaciones, expidiendo certificados de usuario final y estableciendo un registro de corretaje e intermediación.

El texto, del que hablaré en detalle más adelante, presentado por el presidente de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Tratado de Comercio de Armas, celebrado en Nueva York del 2 al 27 julio de 2012 y que finalmente no llegó a buen puerto, dice lo siguiente:

Cada estado parte adoptará las medidas adecuadas, dentro de su legislación nacional, para regular que la intermediación, que se realiza bajo su jurisdicción para las armas convencionales, tiene lugar en el ámbito del presente Tratado. Dichos controles podrán exigir que los corredores se registren y obtengan la autorización por escrito antes de participar en las operaciones de intermediación⁽³⁸⁾.

Otra complicación es la fluidez y facilidad con la que se puede cambiar el usuario final de forma que el comercio lícito de armas puede convertirse en ilícito y de paso, si es el caso, burlar un embargo de Naciones Unidas. El comercio ilícito de armas pequeñas es un gran negocio para los traficantes, que no pagan impuestos ni derechos de aduana, y el margen de beneficios es inmenso. El peligro se agrava por el hecho de que, ante la magnitud de la oferta, ya que el negocio está en la ingente cantidad de armas vendidas, se abaratan cada vez más las armas pequeñas; dándose la circunstancia de que

⁽³⁷⁾ El CICR formuló en su informe del año 1999, ya citado, unas propuestas de restricciones basadas en el respeto del derecho internacional humanitario.

⁽³⁸⁾ Véase el artículo 8 del texto de la Presidencia de la Conferencia Internacional sobre el Tratado de Comercio de Armas, accesible en <http://www.juspax-es.org/uploads/documentos/ee011d4437305b9395c24fcc5fc81eee.pdf>.

en algunas zonas del mundo, un fusil de asalto AK-47 puede comprarse por un saco de maíz, es decir, por 20 ó 30 euros. También hay una relación innegable entre las armas pequeñas y el tráfico de estupefacientes, lo que entraña una amenaza añadida para la seguridad. Esta actividad la sustentan las organizaciones delictivas que trafican con ambos productos, ya que las armas se intercambian por estupefacientes, o viceversa. No solamente el trueque se realiza con la droga; existen actualmente muchas otras posibilidades, que van desde el tráfico de diamantes y otras piedras preciosas hasta otros recursos estratégicos, naturales y medioambientales.

■ Regular jurídicamente el comercio de municiones

Muchos estados son reacios a incluir las municiones en las regulaciones sobre el comercio de armas. Las armas pequeñas tienen por lo general una vida útil de muchos años, aserto fácilmente confirmado en nuestro país, que todavía cuenta con existencias de armas pequeñas en perfecto uso procedentes de la guerra civil de 1936. Esa circunstancia hace que el suministro de armas se rija por distintos condicionantes que el suministro de municiones, que está condicionado por la necesaria reposición de la munición consumida, por lo que la capacidad de un arma depende de un suministro continuo de municiones hasta el punto de que, en algunos casos, la falta de municiones les ha supuesto a los combatientes el no poder seguir combatiendo y les ha forzado a intentar resolver sus controversias por medios pacíficos.

Según el Informe sobre armas pequeñas del secretario general de las Naciones Unidas, de abril de 2011, la popularidad de ciertos tipos de armas entre los grupos armados está en correlación con la disponibilidad de sus municiones. Prevenir el reabastecimiento de municiones en situaciones de alto riesgo para la población civil debe ser una prioridad. A pesar de la renuencia de algunos estados a aceptar la regulación de las municiones, el análisis de los datos ha mostrado que una vasta mayoría de los países que actualmente regulan internamente el comercio de armas también lo hacen respecto a la transferencia de municiones, por lo que regular la transferencia de municiones no es una utopía, sino que es factible y totalmente deseable.

Otro problema que es preciso atajar es el goteo constante de munición que se sustrae de los almacenes y arsenales propiedad de la Administración pública, Fuerzas Armadas y Policía esencialmente. Urge por tanto una regulación integral de los almacenes que contemple ubicación, diseño, procesos de inventario de existencias y gestión, seguridad contra incendios y explosiones accidentales, seguridad y control de las instalaciones, formación, supervisión, etc. Más adelante me referiré específicamente a la seguridad y gestión de los almacenes y arsenales.

■ **Lograr el marcado, registro y rastreo de las armas pequeñas y ligeras y sus municiones**

Un presupuesto básico para lograr el control es marcar y registrar las armas, pero en lo tocante a las armas pequeñas es una tarea muy difícil. No me atrevería a suscribir cualquier dato sobre la cantidad de armas pequeñas actualmente en circulación. Kofi Annan apunta que estas armas suman casi 700 millones, suficiente para tener un arma por cada 10 personas en la tierra, pero este tipo de información sobre estas armas tan amantes de la opacidad y tan fáciles de ocultar, y es tan complicado el intento de controlarlas, que hace que los datos tengan solo un valor indicativo y aproximativo. De ellas aproximadamente la mitad está en poder de civiles. En las Naciones Unidas existe un registro de armas convencionales que a partir del año 2003 se abrió para el registro de armas pequeñas, pero todavía habrá que esperar mucho tiempo para disponer de esa útil herramienta en lo que se refiere a las armas pequeñas, con excepción de los misiles antiaéreos portátiles (MANPADS), que ya están registrados porque el control de estos misiles es básico para prevenir su uso terrorista contra la seguridad aérea.

La mayoría de las armas llevan marcas distintivas que las identifican y permiten rastrear su trayectoria desde la producción hasta el último propietario legal. Mediante el Protocolo de las Naciones Unidas sobre las armas de fuego de 2001 y el Instrumento internacional de localización de 2005, al que ya me he referido anteriormente, los países han contraído varios compromisos sobre el marcado y rastreo de armas pequeñas. Ese rastreo puede arrojar mucha información sobre quiénes venden armas a los grupos armados no estatales, a las organizaciones criminales y a las personas civiles en procesos tales como DDR, entregas voluntarias y decomisos. El rastreo puede identificar a los autores de un delito y detectar desvíos de armas al tráfico ilícito procedentes de dichos procesos de desarme y fugas de arsenales.

■ **Lograr que en el comercio de armas haya la máxima transparencia**

Es ampliamente reconocido que el comercio de armas pequeñas y ligeras se caracteriza por su opacidad, que predispone a que el comercio lícito acabe convirtiéndose en ilícito. Uno de los frentes de ataque de las campañas de sensibilización para controlar las transacciones de armas consiste en estimular a los Gobiernos a que rindan cuentas, a la opinión pública y a sus parlamentos, de sus operaciones comerciales.

El «Barómetro de transparencia del comercio de armas pequeñas», publicado cada año por el *Small Arms Survey* desde 2004, utiliza una serie de directivas normalizadas con el fin de analizar la transparencia de los exportadores de armas pequeñas. El nivel de transparencia es evaluado a través de una serie

de instrumentos para la creación de informes que suministran información oficial sobre las transferencias de armas pequeñas, tales como la Base de Datos Estadísticas de las Naciones Unidas sobre el Comercio de Mercaderías COMTRADE, que se basa en datos aduaneros lo que le proporciona gran fiabilidad, el Registro de Armas Convencionales de la ONU e informes nacionales sobre exportaciones de armas, incluyendo el *Informe para los estados miembros de la UE*.

La edición 2012 del «Barómetro de transparencia...» evalúa las prácticas de elaboración de informes en 52 países, e identifica a Suiza, el Reino Unido y Rumanía como los tres países más transparentes en la materia. Los países con menor grado de transparencia son Irán, Corea del Norte y los Emiratos Árabes Unidos, con una puntuación igual a cero de un máximo posible de 25 puntos. Un poco más de la mitad de los países evaluados recibieron una puntuación inferior a 12,50 puntos, lo que sugiere que a pesar del progreso alcanzado por algunos países todavía queda mucho por mejorar en términos de realización de informes.

■ **Reglamentar la seguridad y la gestión de arsenales y almacenes de armas y municiones**

Además de impedir el tráfico ilícito de armas y municiones procedentes de los arsenales, otro desafío que hay que enfrentar es el alto número de bajas causadas por las explosiones de almacenes de municiones en todo el mundo; este es un asunto muy serio que afecta directamente al sector de la seguridad, porque el mal estado de los almacenes y arsenales, situación endémica en muchas partes del mundo, requiere de la cooperación internacional y de esfuerzos muy costosos, no solamente financieros sino en materia de regulación sobre la seguridad y la gestión de arsenales y de formación del personal.

La gestión y el control de arsenales se han convertido, como ya he señalado, en uno de los problemas más graves relacionados con las armas pequeñas. Los almacenes de los Gobiernos siguen siendo una fuente importante de armas pequeñas ilícitas en circulación. En gran medida, esta es una cuestión que atañe a la gestión de excedentes. Según el informe del secretario general de la ONU que estamos utilizando, de los 200 millones de armas de fuego modernas almacenadas en los arsenales militares de las Fuerzas Armadas de los países, al menos 76 millones pueden considerarse excedentes y, por ende, artículos cuya destrucción reviste carácter prioritario.

■ **Acabar con las violaciones en materia de armas ligeras y pequeñas cometidas de forma sistemática y con impunidad por los grupos armados no estatales**

Hay que salir al paso de quienes creen que los grupos armados no estatales no tienen la obligación de cumplir con el DIH. Todas las partes en conflictos

armados no internacionales deben acatar el artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra, el derecho humanitario consuetudinario y, en su caso, el Protocolo Adicional II de 1977.

Por eso resulta un tanto débil el referido informe de Naciones Unidas de 2011 cuando se refiere a estos actores no estatales, ya que después de afirmar que el DIH es aplicable a los grupos armados, reduce la exigencia de su cumplimiento a la contingencia de unos diálogos con organizaciones humanitarias:

En los últimos años, algunos organismos humanitarios, entre ellos el Comité Internacional de la Cruz Roja, han conseguido en varios casos entablar diálogos con grupos armados no estatales para conseguir que respeten más el derecho internacional humanitario, y disuadirlos de emplear minas antipersonal y de reclutar a niños como soldados. Varios grupos armados de distintas partes del mundo han contraído compromisos en materia de armas, que van desde promesas de limitar el uso de armas que son motivo de especial preocupación y tomar medidas preventivas del uso de la fuerza y las armas de fuego hasta compromisos para garantizar la seguridad básica y el control de las existencias de armas y municiones.

Una cosa es que las organizaciones humanitarias que carecen de *autoritas* entablen diálogos y otra que se admita en un informe de Naciones Unidas que el cumplimiento del DIH dependa de esas instancias. Además, reconoce que es poco lo que se sabe acerca del cumplimiento de esos compromisos, y deja la cuestión para ser estudiada en orden a comprender mejor la posible repercusión de esos compromisos en la protección de los civiles en los conflictos armados⁽³⁹⁾.

■ Reducir la violencia armada

En el informe del secretario general de 2011 sobre las armas pequeñas y ligeras aparece la violencia armada no solo como una expresión recurrente, constantemente repetida, sino como un tema específico al que se le dedican nada menos que 15 apartados de los 77 de que consta como muestra del interés de Naciones Unidas por analizar las causas y las consecuencias de la violencia armada. Se desprende del informe que la violencia armada, la violencia política y la violencia delictiva son caras de la misma moneda, en tanto en cuanto a que todas ellas se nutren de la disponibilidad de armas ligeras y pequeñas, por lo que la mejor forma de reducir la violencia, en todas sus formas, consiste en acometer políticas integradas con el referente común de proteger a la población civil de estas armas. De ahí que las medidas de recogida de armas y las actividades conexas deban ir complementadas con otros programas de amplio espectro, entre los que destacan los de desarrollo.

⁽³⁹⁾ Véase S/2009/277. Documento de Naciones Unidas.

Posiblemente uno de los proyectos de investigación más solventes y rigurosos en esta materia sea el que se ha desarrollado como consecuencia de la Declaración de Ginebra de 2006 sobre la violencia armada y el desarrollo, en la que 112 estados que la refrendaron⁽⁴⁰⁾ se comprometieron a establecer un vínculo entre el control de las armas pequeñas, la reducción de la violencia armada, el respeto de los derechos humanos y el desarrollo sostenible. Entre los objetivos que se propone, destacaría como más importantes el promover la idea en los estados de que las reducciones de la violencia armada se puedan medir y que las mejoras realizadas de la seguridad humana deberían ser tangibles para 2015, lo que permitiría integrar sus programas relativos a la seguridad en el seguimiento de los *Objetivos de desarrollo del milenio*. La adopción de metas mensurables sobre la reducción de la violencia armada se puede alcanzar y así se está demostrando en los distintos niveles de organización territorial, desde las ciudades y comunidades hasta en los estados de todo el mundo.

■ Regular la tenencia y el uso de armas ligeras y pequeñas

Es otro de los desafíos a afrontar, puesto que las normas existentes en materia de tenencia y uso de armas pequeñas y ligeras dejan mucho que desear, como demuestra el hecho de que Naciones Unidas las tiene como una de las cuestiones pendientes, sin actualizar desde 1990, cuando publicó los «Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley»⁽⁴¹⁾, y que sin embargo han servido para orientar el entrenamiento y la creación de capacidad incluso en situaciones posteriores a conflictos.

La necesidad de cumplir las normas que sean unificadas y reflejen los estándares internacionales en materia de derechos humanos y de derecho internacional humanitario no se dirige únicamente a los funcionarios públicos, pues no son solo los funcionarios públicos quienes están obligados a asegurar que se hace un uso legítimo de las armas. Estas normas deben regular también la tenencia y el comportamiento de los grupos armados estatales o no estatales, de las personas civiles y de las personas que trabajan en empresas de seguridad privada.

Apoyándose en un análisis de 70 países, el *Small Arms Survey 2011*⁽⁴²⁾ observó que se han dedicado pocos esfuerzos a documentar y unificar los tipos de armas pequeñas que las empresas privadas de seguridad utilizan y las posibles

⁽⁴⁰⁾ España la refrendó en 2007. Para más información, consultar la página www.genevadeclaration.org. Sobre el documento final de la 2.ª Conferencia Ministerial de Examen de la Declaración de Ginebra sobre la Violencia Armada y el Desarrollo, consultar en http://www.genevadeclaration.org/fileadmin/docs/GD-MRC2/outcome_document/GD-2ndMRC-Outcome-Documents_ESP.pdf.

⁽⁴¹⁾ 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, accesible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/fuerza.htm>.

⁽⁴²⁾ Véase el capítulo 4 del informe «Un negocio floreciente. Seguridad privada y armas pequeñas», accesible en <http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/A-Yearbook/2011/spa/Small-Arms-Survey-2011-Chapter-04-summary-SP.pdf>.

deficiencias de control de las mismas. Mientras que varios estados les prohíben el uso de armas pequeñas, las reservas de seguridad privada en algunas zonas de conflicto se elevan a más de tres armas por empleado, siendo las de América Latina las que presentan un mayor volumen, con un promedio de armas por empleado casi diez veces superior que en Europa occidental.

■ LA RESPUESTA POLÍTICA Y JURÍDICA A LA AMENAZA DE LA PROLIFERACIÓN INCONTROLADA DE ARMAS PEQUEÑAS Y LIGERAS

A este punto quería llegar: los retos y desafíos identificados como oportunidades para construir un andamiaje jurídico eficaz. Con independencia de que todos los esfuerzos de la comunidad internacional en los niveles estatales, regionales e internacionales, tanto por los Gobiernos como por las instituciones y organizaciones públicas, sean bienvenidos e imprescindibles, lo cierto es que todos esos esfuerzos necesitan del compromiso político impulsado por la sociedad y sobre todo de una cobertura jurídica que proporcione seguridad, orientación, coherencia, coordinación y unidad. El marco político y jurídico apropiado debe estar, a mi juicio, liderado al máximo nivel que en cada momento histórico sea posible, y en este tiempo han sido las Naciones Unidas las encargadas de impulsar dos procesos que siguen vivos. El primero de ellos se apoya en la vinculación política de los estados, y el otro en su vinculación jurídica. Existe un claro paralelismo entre los dos procesos y se intuye que el primero, que ya tiene camino recorrido, va a actuar como complemento del segundo para tomar las riendas de la lucha antiproliferación cuando se suspende o bloquea la consecución del compromiso jurídico.

■ La vinculación política de los estados. La Conferencia de Nueva York de 2001 y el Instrumento sobre marcado y registro de 2005

En diciembre de 1998, la Asamblea General decidió organizar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en Todos sus Aspectos. La conferencia se celebró del 9 al 20 de julio de 2001 en la sede de las Naciones Unidas, en Nueva York. El programa de acción que se buscaba obtener se debía centrar en la necesidad de que los estados aplicaran embargos armamentísticos, identifiquen y rastreen armas, las almacenen en lugares seguros, ayuden a los funcionarios de aduanas y a la Interpol y destruyan los excedentes, sobre todo en el contexto de procesos de construcción de la paz, ayuda al desarrollo y desmovilización. Los resultados de la conferencia fueron más bien escasos y el Programa de Acción (PoA)⁽⁴³⁾ que se aprobó contenía modestas medidas para afrontar las graves consecuencias de la disponibilidad de armas no reglamentada. Aunque estimula el compromiso político tendente

⁽⁴³⁾ Programme of action to prevent, combat and eradicate the illicit trade in small arms and light weapons in all its aspects (UN Document A/CONF. 192/15).

a potenciar el control de las transferencias y se reconoce explícitamente que la incontrolada disponibilidad de armas socava la aplicación del derecho internacional humanitario, lo cierto es que pesó mucho el temor a infringir la soberanía nacional, limitar el derecho de los estados a defenderse a sí mismos, interferir con su responsabilidad para brindar seguridad o transgredir el derecho de los pueblos a la autodeterminación, sin dejar de mencionar el peso específico y la influencia que tiene la posesión privada legal de armas pequeñas.

- *Problemas y carencias del Programa de Acción*

El CICR consideró en un comunicado posterior a la conferencia que era menester hacer mucho más:

Si realmente queremos impedir que las armas lleguen a manos de personas que, con probabilidad, violarán el derecho internacional humanitario, tendremos que prepararnos –los Gobiernos y la sociedad civil– para realizar esfuerzos sostenidos durante años, en los planos nacional, zonal y mundial.

Bien es cierto que, al igual que ha sucedido con las minas antipersonal, se han movilizado numerosas ONG⁽⁴⁴⁾ y el seguimiento de la situación es efectuado por centros y universidades de todo el mundo, interesados en el análisis y resolución de los conflictos armados y en asuntos relacionados con la paz y la seguridad internacionales.

En su informe de 2008⁽⁴⁵⁾, el secretario general mencionaba varios factores que consideraba habían impedido hasta entonces la plena aplicación del Programa de Acción y el uso del Instrumento internacional de localización en los planos nacional, regional y mundial. Entre ellos, ya lo he señalado, que ni uno ni otro son jurídicamente vinculantes; que no hay patrones mensurables, puntos de referencia concretos o fechas límite; que no hay capacidad en muchos estados miembros, en particular los más afectados, y que había habido un debate contraproducente sobre si las municiones están o no incluidas en el Programa de Acción. Ese debate continúa sin visos de solución definitiva.

⁽⁴⁴⁾ Podemos citar entre otras:

– Norwegian initiative on small arms transfers (NISAT). <http://www.nisat.org/>.

– International action network on small arms (IANSA). <http://www.iansa.org/>.

– Arms Control Assotiation. (ACA) <http://www.armscontrol.org/>.

– Armas bajo control. <http://www.controlarms.org/home/es>.

– Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI) <http://web.sipri.org/>.

⁽⁴⁵⁾ Naciones Unidas: Informe del secretario general sobre Armas pequeñas S/2008/258, 17 de abril de 2008, accesible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/303/08/PDF/N0830308.pdf?OpenElement>.

Por otra parte, el Programa de Acción no contempla una serie de elementos que son vitales para la correcta gestión del problema. Algunos de estos aspectos, recogidos por CLAVE⁽⁴⁶⁾, hacen referencia a:

- La necesidad de tener que establecer unos estándares conjuntos de regulación sobre la posesión civil de armas y municiones.
- El reconocimiento de que el mercado legal de armas es la fuente de suministro del mercado ilegal.
- La necesidad de tener que mejorar la gestión de los arsenales gubernamentales.
- Incorporar la dimensión de género de manera plena.
- Debe existir una prohibición de transferencias a actores no gubernamentales.

Sin embargo, estas lagunas se han ido solucionado sobre todo en el plano regional. El *Código de conducta de centroamérica SICA*, adoptado a finales del año 2005, significa un importante paso para la comunidad mundial, de igual manera que ha dado inicio la implementación del *Plan de acción contra la proliferación de armas pequeñas y ligeras* de la Comunidad Andina, las tareas del Grupo de Armas de MERCOSUR, del Parlatino o la elaboración de la Legislación Modelo sobre Marcaje y Rastreo de Armas Pequeñas y Munición, elaborado por el Grupo de Expertos de CIFTA-CICAD⁽⁴⁷⁾.

- *El Programa de Acción se revitaliza*

Las tres primeras reuniones de las Naciones Unidas celebradas en el marco del *Programa de acción para prevenir, combatir y eliminar el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos*, aprobado en 2001, dieron resultados limitados. Las dos reuniones bienales consecutivas de estados celebradas en 2003 y 2005 terminaron sin que se aprobaran documentos finales de carácter sustantivo. Lo mismo sucedió en la primera conferencia de las Naciones Unidas para examinar los progresos alcanzados en la ejecución del Programa, celebrada en 2006. Sin embargo, en la tercera reunión bienal de estados y en la cuarta, celebradas en 2008 y 2010, fue posible aprobar documentos finales con medidas prácticas que incluyeron orientación para las actividades y la cooperación nacionales, regionales e internacionales⁽⁴⁸⁾.

Del 27 de agosto al 7 de septiembre de 2012, se realizó en Nueva York la Segunda Conferencia de Revisión del Programa de Acción (PoA) de la ONU

⁽⁴⁶⁾ Coalición Latinoamericana de ONG para la Prevención de la Violencia Armada CLAVE. Accesible en

http://www.clave-lat.com/clave/index.php?option=com_content&view=article&id=84:prensa&catid=7:documentos&Itemid=43.

⁽⁴⁷⁾ Consultar la Guía práctica UNDP «Legislación sobre armas pequeñas y ligeras», 2008, p. 32 y 33, http://www.poa-iss.org/kit/Spa_42018_UNDP_int_Web_Rev.pdf.

⁽⁴⁸⁾ Segen 2011 (véase A/CONF.192/BMS/2008/3 y A/CONF.192/BMS/2010/3).

sobre el Comercio Ilícito de las Armas Pequeñas y Ligeras (APAL). Las delegaciones tenían en mente el fracaso de la Conferencia sobre el Tratado de Comercio de Armas celebrada poco más de un mes antes y consiguieron en el último minuto llegar a un consenso a costa de descafeinar un tanto el contenido del texto final⁽⁴⁹⁾. En el documento se reconoce que muchos de los desafíos y obstáculos que había que enfrentar siguen sin solución; que el comercio ilícito sigue sosteniendo los conflictos, exacerbando la violencia armada y facilitando niveles crecientes del crimen organizado transnacional, y que este comercio impide la provisión de asistencia humanitaria, el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza. Además, no se incluyó la referencia a las municiones, explosivos y transferencia de armas a actores no estatales, siendo este un punto importante que reflejaba las preocupaciones expresadas por los estados, como en el caso de Colombia⁽⁵⁰⁾.

En cuanto a sus aspectos más positivos, hay que señalar que se ha formado un núcleo muy importante de estados y organizaciones regionales que están decididos a implementar el PoA, a pesar de los intentos obstruccionistas de los que aquí hacen extrañas parejas, como puede ser el caso de Irán, Corea del Norte y Estados Unidos. En ese grupo está España y la Unión Europea. Los estados se han comprometido a adoptar una lista de medidas para fortalecer el desarrollo del PoA en los niveles nacional, regional y global entre 2012 y 2018. Entre otros, en el nivel nacional se comprometen a mejorar la coordinación entre agencias gubernamentales, asegurar que los Gobiernos autorizan las transferencias de APAL según los compromisos del PoA, facilitar la participación de las mujeres en el diseño de las políticas de APAL, investigar cómo eliminar el impacto negativo del comercio ilícito en las mujeres y aumentar los esfuerzos para entregar informes nacionales periódicos sobre el estado de implementación. En el plano regional, los países se comprometen a explorar cómo las organizaciones regionales y subregionales pueden ayudarles en la producción de informes nacionales y a promover que estas organizaciones, incluyendo los centros de la paz y el desarme de la ONU, colaboren con la implementación del PoA por intercambiar información y mejores prácticas. Finalmente, en el global, acuerdan el promover que el sistema de la ONU asigne recursos y asistencia a países para fortalecer el almacenamiento seguro y la disposición responsable de APAL, y que se aumente la cooperación con la sociedad civil, la universidad y la industria.

No obstante, he de decir que llevo siguiendo el proceso desde que se inició en los 90 y en mi opinión los frutos que ha dado desde entonces la lucha contra la proliferación, con unos instrumentos sin fuerza jurídica, son evidentes. Las Naciones Unidas han creado un mecanismo de coordinación de armas

⁽⁴⁹⁾ Puede consultarse en <http://www.poa-iss.org/RevCon2/>.

⁽⁵⁰⁾ Así lo expresó la delegación colombiana en la primera comisión de la Asamblea General de Desarme y Seguridad Internacional que se celebró desde el 8 de octubre al 6 de noviembre de 2012, accesible en http://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/1com/1com12/statements/11Oct_Colombia.pdf.

pequeñas CASA que me ha parecido muy prometedor. CASA es capaz de enmarcar todos los aspectos de las armas pequeñas, contemplando el desarrollo, la delincuencia, el terrorismo, los derechos humanos, el género, la juventud, la salud y también los puntos de vista humanitarios. Las iniciativas de colaboración que ofrece CASA incluyen el desarrollo de normas de control de armas pequeñas, búsqueda de datos, misiones, proyectos de creación de capacidad, talleres y asistencia técnica para apoyar a los estados miembros en la aplicación del Programa de Acción, el Instrumento Internacional de Rastreo de Armas de Fuego y el Protocolo de las Naciones Unidas. Desde la red CASA se han implementado, en colaboración con socios en todo el mundo, unos mecanismos de ayuda a los Gobiernos que deben implementar el PoA, facilitándoles una guía clara, práctica y completa de estándares internacionales sobre todos los aspectos relativos al control de armas pequeñas (ISACS)⁽⁵¹⁾.

■ **La vinculación jurídica de los estados. El Tratado sobre Comercio de Armas de 2012**

A diferencia del Programa de Acción, que solamente opera sobre las armas pequeñas y ligeras y no obliga jurídicamente a los estados, el Tratado de Comercio de Armas, como desiderátum lamentablemente no conseguido todavía, se proyecta como una regulación global de todas las armas convencionales. La amenaza es global en su naturaleza y requiere una solución global. La importancia histórica del tratado reside en que es el primer esfuerzo global para regular el comercio de todas las armas convencionales, y es la primera negociación global para lograr vincular el respeto del derecho internacional humanitario y los derechos humanos a las transferencias de armas, creando, al más alto nivel, un marco jurídico de responsabilidades y rendición de cuentas, lo que le confiere un tremendo potencial de protección. El Tratado Internacional de Comercio de Armas sería, de lograrse, el primer acuerdo legalmente vinculante en el mundo en esta materia.

• *Los pasos previos*

Desde 2006, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha reconocido, en repetidas ocasiones, que la falta de normas internacionales comunes relativas a la transferencia de armas convencionales es un factor que contribuye al estallido de conflictos armados, al desplazamiento de personas, a la delincuencia organizada y al terrorismo, los cuales, a su vez, socavan la paz, la reconciliación, la seguridad y la estabilidad, así como el desarrollo social y económico sostenible. En enero de 2010, la Asamblea General decidió convocar, para el año 2012, la Conferencia de las Naciones Unidas relativa al Tratado sobre

⁽⁵¹⁾ Es recomendable visitar las páginas: UNODA (armas pequeñas) en <http://www.un.org/disarmament/convarms/SALW/>, CASA en <http://www.un-casa-isacs.org/> e ISACS en <http://www.poa-iss.org/CASA/CASA.aspx>.

el Comercio de Armas para elaborar un instrumento jurídicamente vinculante sobre las «normas internacionales comunes más elevadas posibles para la transferencia de armas convencionales».

Durante los años 2010, 2011 y 2012 se celebraron sesiones del Comité Preparatorio que se centraron principalmente en delimitar y establecer los elementos, principios, metas y objetivos, ámbito de aplicación, criterios, asistencia y cooperación, implementación y cuestiones de procedimiento. En 2011 ya se contaba con un primer borrador del presidente Moritán, que con algunas modificaciones de poco fuste fue el que se distribuyó en la conferencia como primer texto de trabajo.

- *Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas relativa al Tratado sobre el Comercio de Armas*

La conferencia se celebró en Nueva York los días 3 al 27 de julio de 2012. Para que el TCA fuera verdaderamente sólido y efectivo, su ámbito y criterios de transferencia deberían guardar coherencia con el objeto y el propósito del mismo, que es prevenir los problemas consiguientes al comercio no reglamentado de armas convencionales⁽⁵²⁾, pero el principal escollo del tratado fueron las reglas de procedimiento que impusieron un estricto consenso. Varios estados, y en particular la UE, expresaron su preocupación acerca del concepto correcto, que entendían según la práctica de Naciones Unidas que no significa unanimidad sino un proceso que consiste en llegar a una decisión sin objeciones formales y sin voto. En condiciones normales, la búsqueda del consenso es enriquecedora para construir un texto que sea viable. Pero lo cierto es que ya se contaba con que algunos estados iban a hacer muy difícil llegar al imprescindible consenso porque sus intereses colisionaban frontalmente con el núcleo duro del texto que se presentaba. Como resulta evidente, los Gobiernos que han mantenido una posición adversa, activa o pasiva, con respecto a la regulación del comercio de armas son aquellos que o bien representan a estados ubicados en zonas de alta inestabilidad con violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario (algunos son importantes compradores o vendedores de armas) o están aliados con alguno de los Gobiernos afectados por la regulación. Creo que es ilustrativo, a la vez que se ponen de manifiesto los principales problemas de aceptación del tratado, hacer una descubierta de la situación inicial:

⁽⁵²⁾ Como explicó el encargado del proceso de negociaciones del TCA al término de la reunión preparatoria de marzo de 2011, uno de los «fines y objetivos» del TCA es:

Contribuir a la paz, seguridad y estabilidad previniendo la transferencia de armas que faciliten: el sufrimiento humano, serias violaciones de las leyes internacionales de derechos humanos y el derecho humanitario internacional, violaciones, sanciones y embargos del CSONU y otras obligaciones internacionales, el conflicto armado, el crimen organizado y actos terroristas, acciones que impiden la paz, reconciliación, seguridad, estabilidad y el desarrollo social y económico sostenible (...).

- Un grupo de países, entre ellos EE.UU., Egipto, Irán y China, pretenden excluir del texto base las llamadas armas pequeñas «no militares». Italia, por obvios intereses comerciales, se ha despegado de sus homólogos de la UE, solicitando que las armas que se utilizan para la caza y fines deportivos fueran excluidas del tratado. Por el contrario, la Unión Europea y otros Gobiernos argumentan que nunca podrían llegar a un acuerdo que separara las armas no militares de las armas pequeñas militares, porque el tratado no impide la caza legítima y deportiva pero sí la transferencia de esas armas a los criminales.
- La oposición de línea dura la han practicado Egipto, Siria, Argelia, Irán, Cuba y Corea del Norte, que rechazan aplicar los derechos humanos y el derecho internacional humanitario como criterios para autorizar o denegar las transferencias de armas. Con una posición menos rígida, países como China y Rusia también son reacios a que el tratado incluya derechos humanos y legislación humanitaria internacional.
- Estados Unidos, India, China, Siria y Egipto han manifestado su oposición a que las municiones sean reguladas. Por su parte, muchos estados de África, de América Latina y del Caribe han manifestado que es fundamental que la venta y la transferencia de munición estén incluidas en el nuevo acuerdo.
- Venezuela, Cuba y, en menor medida, Brasil no quieren que un eventual tratado de este tipo afecte por un lado a su seguridad nacional y por otro a sus aspiraciones a desarrollar tecnología o acumular armas. Brasil «no está a favor de la inclusión de criterios del tipo ‘acumulación excesiva de armas’ por parte de un estado o que asocian la transferencia con problemas en los esfuerzos de reducción de la pobreza o desarrollo socioeconómicos». Por su parte, Cuba exige que no se incluyan «requerimientos informativos innecesarios» que puedan poner en peligro su seguridad nacional, e insiste en que los datos aportados lo sean de forma voluntaria. Tampoco quiere Cuba que se mezclen en la discusión criterios que puedan ser aplicados de manera selectiva, como los derechos humanos.
- Estados como China, Rusia y los Estados Unidos, siempre que han tenido ocasión, han tratado de debilitar el tratado y han conseguido finalmente suspenderlo sine de.
- Otro de los pesos pesados en las negociaciones, India, insistía en incluir una cláusula que permitiera a los países eludir las obligaciones del tratado en materia de transferencia de armas alegando la existencia de un acuerdo previo en materia de defensa, pretensión que se consideró inaceptable.
- La actuación del presidente, el argentino Moritán, fue muy peculiar. Desde el retraso de una semana en comenzar las negociaciones por la demanda del pueblo de Palestina de ser reconocido como Estado, que, en mi opinión, debía haberla cortado de raíz por no ser el foro adecuado para debatir la cuestión, hasta comparar las negociaciones con un «tango» en una larga disertación que establecía la analogía en la «sincronización de cuerpos», lo que provocó la hilaridad general. El nombramiento de la delegación de Irán como miembro permanente del buró encargado de velar por la redacción

final del tratado y porque se alcancen acuerdos sobre el tema provocó el escándalo y la polémica, porque ponía al zorro a cuidar las gallinas dada la comprometida situación iraní, considerada una amenaza a la seguridad internacional, sometida a embargos internacionales e históricamente suministrador de armas a organizaciones como Hezbolá o a frentes de la insurgencia iraquí durante la ocupación occidental. Esa guinda pone de manifiesto las dificultades inherentes de un acuerdo como el TCA.

En resumen, los países que asistieron a la conferencia que se celebró en Nueva York polarizaron como he expuesto sus posturas, de tal modo que enseguida se habló de un «grupo de escépticos al tratado» y otro de «amigos de un tratado robusto». Las posturas iban desde favorecer un tratado de ámbito general que regulara el comercio de todas las armas convencionales y de sus municiones a apoyar un ámbito limitado a las siete categorías de armas incluidas en el Registro de Armas Convencionales de las Naciones Unidas. Otros estados optarían por un alcance intermedio entre esos dos enfoques: las siete categorías del Registro de las Naciones Unidas y las Armas Pequeñas y Ligeras (APAL), las siete categorías del Registro de las Naciones Unidas y las APAL y sus municiones, o una serie completa de armas convencionales pero sin sus municiones. El proyecto de texto de Moritán, de 14 de julio de 2011, enumeraba una amplia serie de categorías de armas, municiones, componentes, tecnología y equipamiento y una aceptable definición de transferencia, y estaba bien estructurado, por lo que las ONG pensaban esperanzadas que podía servir para lograr un buen tratado. Pero a lo largo de las cuatro semanas y en sucesivos embates se fue desmoronando y descafeinando, hasta el punto de que corría serio peligro de que, en caso de ser aprobado, sería a todas luces incapaz de impedir la transferencia de armas a países que violan severamente los derechos humanos, cosa que, por otra parte, era lo que pretendían los «escépticos». Abramson, director de la campaña para el control de armas, llegó a decir que «no tiene caso tener un tratado de comercio de armas si los acuerdos no tienen sustancia».

En esa situación de *impasse* se encontraba la conferencia a escasos días para terminar sus sesiones cuando 74 países, entre los que se encontraba España (a los que estados del peso de Australia, Japón y Francia no se adhirieron), suscribieron una declaración en la que advertían de que existía un conjunto de conceptos que constituyen la columna vertebral sobre la que el resto del tratado descansa, que son irrenunciables, y que el TCA sería juzgado por la fortaleza de sus principios derivados de la Resolución 64/48 de la Asamblea General, por sus criterios y por su alcance. Asimismo señalaban que los principios humanitarios deben estar incluidos en el texto final. Francisco Yermo, portavoz de Intermón Oxfam en la campaña «armas bajo control», alabó la actitud de España:

Es muy positivo que la delegación española haya cumplido su promesa de ser proactiva y dinámica durante las negociaciones adhiriéndose a este comunicado que defiende un tratado robusto y efectivo, basado en

preocupaciones humanitarias. Es crucial que España forme un bloque negociador sólido junto al resto de estados firmantes del texto. No deben hacer concesiones ante lo que se espera que sea una propuesta de borrador de tratado muy débil y diluido y que va a hacerse público esta semana.

Las negociaciones parten del concepto conocido como «regla de oro», que pretende evitar que las armas sean transferidas a países donde se cometen graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y es preciso reconocer que esa regla de oro se fue manteniendo contra viento y marea en todos los «papeles».

- *¿Cómo debía ser el tratado?*

A mi juicio responder a esta pregunta es crucial para aceptar o no el tratado. Porque si no cambian las prácticas de los estados, si al amparo del nuevo tratado pueden Rusia e Irán seguir vendiendo armas a Siria, si no sirve para salvar vidas, si simplemente los estados pueden mantener el status quo que disfrutaban antes del tratado, entonces un tratado de esas características es mejor no aceptarlo. Glowinski, miembro de la delegación de Méjico, país que destacó por su buen hacer, afirmó que:

Un tratado internacional no puede ser una declaración de buenas intenciones, es por definición un compromiso que crea obligaciones y derechos para todos.

Un tratado sólido y robusto debería:

- Incorporar criterios procedentes del DIH y del DIDH para todas las transferencias.
- Tener un ámbito de aplicación amplio con relación al armamento que abarque todas las armas y municiones convencionales, piezas, componentes y accesorios, así como la maquinaria, las tecnologías y los equipos técnicos necesarios. Incluir las armas tripuladas y las no tripuladas, los drones y las armas robóticas, las armas letales y las no letales.
- Tener un ámbito de aplicación amplio con relación a las actividades que regule todos los supuestos de comercio de intermediación y corretaje y todas las transferencias internacionales, entendiendo por tales las importaciones, las exportaciones, las reexportaciones, las reimportaciones, los transbordos, los tránsitos y las transferencias temporales.
- Incluir en el concepto de transferencia la regulación de toda clase de transacciones y servicios relacionados con las armas en paso de fronteras, cambios de titularidad o de control de todo movimiento internacional físico o documental relacionado con las armas, los préstamos, arrendamientos,

licencias de fabricación, donaciones o ayudas, la formación, el mantenimiento, el transporte, el almacenamiento y el apoyo técnico o logístico que implique el paso de fronteras.

- Negar cualquier forma de transferencia cuando exista un claro riesgo de que se produzcan violaciones graves del derecho internacional humanitario.
- Incorporar la prohibición de las transferencias a actores armados no estatales.
- Regular las actividades que faciliten el movimiento internacional de armas convencionales de una jurisdicción a otra y tengan como consecuencia cualquier cambio en la titularidad y/o el control de las armas mediante ventas internacionales, regalos, préstamos, arrendamientos, corretaje, transporte, almacenamiento, seguridad, financiación y autorización para la producción de armas en el extranjero.
- Contener unas normas de implementación con los más altos estándares. Organizar una Unidad de Apoyo a la Implementación.
- Contener mecanismos de garantía: que exijan responsabilidades penales y administrativas previa tipificación de las infracciones; que permitan la supervisión de su cumplimiento, y que aseguren la transparencia, a cuyo fin debe contener un formulario unificado para la elaboración de informes periódicos.
- Contener normas operativas para la atención a las víctimas, la sensibilización, el fomento de una cultura de paz, la cooperación y la asistencia internacionales.

- *¿Por qué fracasó?*

La razón formal es que la delegación de Estados Unidos declaró que, aunque el «corazón» del texto de la Presidencia era consistente y no le presentaba serias objeciones, necesitaba tiempo para pensarlo. Eran tiempos de elecciones y el presidente norteamericano estaba sometido a una campaña brutal por parte de grupos de presión como la Asociación Nacional del Rifle o la Fundación Heritage, que equivocadamente sostenían la tesis de que el tratado chocaba frontalmente con la segunda enmienda de la Constitución. Es lamentable señalar que los últimos borradores de los documentos de trabajo estaban muy lejos de lo que se necesita para producir un tratado realmente eficaz. No merece la pena en este trabajo ahondar en el desarrollo de la conferencia y analizar los recovecos de las negociaciones, porque de lo que se trata aquí es de retomar el testigo no en el estado en que lo dejaron los negociadores, sino en un nuevo texto que recoja el fruto de las aportaciones que se han hecho durante la conferencia, que han sido muchas y muy valiosas, sobre todo las procedentes de las ONG.

Las negociaciones culminaron seis años de consultas de la ONU y más de un decenio de trabajo de campañas de sensibilización llevadas a cabo por premios Nóbel de la Paz –recuerdo al expresidente de Costa Rica y premio Nóbel Oscar Arias– y por un gran número de organizaciones no gubernamentales, incluida la

Cruz Roja y la Media Luna Roja, con una sensación agrisadista, como manifestó por escrito al presidente Moritán un grupo de más de 70 países:

Creemos que estuvimos muy cerca de alcanzar nuestras metas. Estamos decepcionados de que este proceso no haya llegado a una conclusión feliz hoy. Estamos decepcionados, pero no desalentados. Los compromisos han tenido que cumplirse, pero en general el texto que presentó ayer cuenta con el apoyo abrumador de la comunidad internacional como base para llevar adelante nuestro trabajo.

Los estados miembros de las Naciones Unidas se reunirán, como parte de la primera comisión de la Asamblea General de Desarme y Seguridad Internacional, desde el 8 de octubre al 6 de noviembre de 2012. Es aquí donde decidirán cuándo y cómo tendrá lugar la próxima ronda de negociaciones del tratado que ha sido incluido en el tema 94 del programa. Se espera que se presente una resolución solicitando un mandato para nuevas negociaciones en marzo de 2013, pero aún quedan por decidir los detalles de dicha resolución y si será aprobada una vez despejadas las incertidumbres del proceso electoral norteamericano.

- *Aplicación de criterios basados en el derecho internacional humanitario*

Para evitar que el acceso no regulado a las armas y a las municiones contribuya a que se cometan violaciones del derecho humanitario, las decisiones relativas a la transferencia de armas deberían tener en cuenta la probabilidad de que el receptor respete este derecho. Partiendo de las conclusiones del estudio titulado «La disponibilidad de armas y la situación de la población civil en los conflictos armados» de 1999, al que ya he hecho referencia, el CICR ha propuesto que todas las normas nacionales e internacionales relativas a las transferencias de armas incluyan la obligación de *evaluar* si el receptor respetará el derecho internacional humanitario, y que prohíba dichas transferencias si existe un *riesgo sustancial* de que las armas se van a utilizar para cometer violaciones graves de este derecho.

Los estados que transfieran armas tendrían que evaluar el riesgo de que haya violaciones «graves» del DIH. Estas son las violaciones que los países ya tienen la obligación de investigar cuando sean cometidas por los respectivos ciudadanos o en su territorio o sobre los que existe una jurisdicción universal según las disposiciones de los convenios de Ginebra de 1949 (artículos 50, 51, 130 y 147 del Convenio I, II, III y IV, respectivamente) y del Protocolo I adicional de 1977 (artículos 11 y 85). Según el derecho consuetudinario, las violaciones graves del DIH constituyen crímenes de guerra, los cuales están enumerados, a su vez, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Aunque no todos los estados son partes en el Estatuto de Roma, los crímenes

de guerra enumerados en el artículo 8 sirven como útil referencia para los actos que los países han considerado, en general, como violaciones graves del derecho internacional consuetudinario⁽⁵³⁾.

Por último, el CICR invitó a las delegaciones que tomaban parte en el proceso negociador a que consultaran su *Guía práctica* sobre la aplicación de los criterios del DIH a las decisiones sobre transferencias de armas. La finalidad de la guía es ayudar a los estados a aplicar los criterios de DIH proponiendo la elaboración de directrices para evaluar el riesgo de que se cometan infracciones graves del DIH. La guía define un conjunto de indicadores que pueden utilizarse como una base para esas evaluaciones, ofrece una lista de las infracciones graves y de los crímenes de guerra a los que he hecho referencia y propone una lista ilustrativa de fuentes de información relevantes para efectuar las evaluaciones de riesgos.

Los países también han hablado de otros criterios que deberían aplicar cuando tengan que decidir si autorizan una transferencia de armas. Los criterios propuestos más comunes para el TCA se refieren a las obligaciones internacionales que expresamente prohíben las transferencias, como los embargos de armas impuestos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y las posibles transferencias posteriores que los países deseen evitar. El propósito de esta última categoría de criterios sería que las armas transferidas no sean utilizadas para cometer o facilitar las violaciones del derecho internacional.

En la citada *Guía práctica* aparecen una serie de indicadores que se proponen para evaluar el riesgo de que las armas o el equipamiento militar transferidos se utilicen para cometer violaciones graves del derecho internacional humanitario⁽⁵⁴⁾: · Si el receptor que participa o que ha participado en un conflicto armado ha cometido violaciones graves del DIH.

- Si el receptor que participa o que ha participado en un conflicto armado ha tomado todas las medidas necesarias para prevenir las violaciones del DIH o para hacerlas cesar, incluso castigando a los responsables.
- Si el receptor se ha comprometido formalmente a aplicar las normas del DIH y si ha adoptado las medidas pertinentes para su implementación.
- Si el país receptor cuenta con los mecanismos jurídicos, judiciales y administrativos necesarios para la represión de las violaciones graves del DIH.

⁽⁵³⁾ Declaración del CICR sobre los criterios de DIH que deben incorporarse en el Tratado sobre el Comercio de Armas, 01-03-2011, accesible en:

<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/statement/arms-trade-treaty-criteria-statement-2011-03-01.htm>.

⁽⁵⁴⁾ "Decisiones relativas a la transferencia de armas. Aplicación de criterios basados en el derecho internacional humanitario», *Guía práctica*, CICR, 2007, accesible en http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0916.pdf.

- Si el receptor da a conocer el DIH, sobre todo entre las Fuerzas Armadas y otros portadores de armas, y si ha incorporado el DIH en su doctrina, sus manuales y su instrucción militar.
 - Si el receptor ha tomado medidas para prevenir el reclutamiento de niños en las Fuerzas Armadas o grupos armados y su participación en las hostilidades.
 - Si existen estructuras de poder con capacidad para rendir cuentas y dispuestas a velar por el respeto del DIH.
 - Si las armas o el equipamiento militar solicitados son proporcionales a los requisitos y a las capacidades operacionales del usuario final declarado.
 - Si el receptor ejerce un control riguroso y eficaz sobre sus armas y su equipamiento militar y sobre una ulterior transferencia de los mismos.
- *Otros aspectos humanitarios en el tratado de armas*

En la conferencia el CICR hizo tres declaraciones con la finalidad de poner el acento en la importancia que debe tener en el tratado la protección de la organización sanitaria, y el de ofrecer asesoramiento sobre aspectos puntuales del DIH. En la primera declaración, al comienzo de las negociaciones, Christine Beerli, vicepresidenta del Comité Internacional de la Cruz Roja, puso en antecedentes a los participantes sobre el riesgo que corren los que desempeñan tareas de ayuda sanitaria⁽⁵⁵⁾.

La segunda intervención del CICR fue para aclarar que el uso no riguroso de los términos jurídicos puede tener graves consecuencias en el alcance protector del tratado, cuestión en la que no me cansaré de insistir. En efecto, el CICR observó que en el documento de debate del presidente del 3 de julio se hace referencia al derecho internacional humanitario (DIH) de tres maneras diferentes: «infracciones graves», «violaciones graves del derecho internacional humanitario», y «crímenes de guerra». Pues bien, las «violaciones graves del derecho internacional humanitario» constituyen «crímenes de guerra» y estos dos términos son intercambiables. La mayoría de estos delitos implican muerte, lesiones y destrucción o apropiación ilícita de bienes. Incluyen las «infracciones graves» especificadas en los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional I de 1977, pero no se limitan a ellas. Sin embargo,

⁽⁵⁵⁾ Un estudio del CICR titulado «Asistencia de salud en peligro», basado en datos recabados en 16 países en los que trabaja la organización, revelaba que los ataques armados contra el personal y las instalaciones de salud, las ambulancias y las personas que precisan de asistencia sanitaria debería ser un motivo de preocupación universal. En la mayoría de los países en los que trabaja, el CICR es testigo de las consecuencias que conlleva la falta de control sobre las transferencias de armas convencionales. Decenas de miles de víctimas reciben asistencia médica del CICR. Quienes han quedado discapacitados reciben tratamiento, ya sea en nuestros centros de rehabilitación o en centros con los que colaboramos; sin embargo, a menudo no se puede prestar asistencia a los heridos y enfermos, sencillamente, porque las operaciones humanitarias se tienen que suspender o retrasar debido a ataques o amenazas armados.

las infracciones graves indicadas en esos instrumentos ocurren solo en los conflictos armados internacionales; los crímenes de guerra también abarcan los delitos definidos en el artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que pueden ocurrir tanto en los conflictos armados internacionales como no internacionales. Por lo tanto, el uso del término «infracciones graves» es demasiado limitado, ya que se aplicaría exclusivamente a los crímenes cometidos en conflictos armados internacionales, y habrían de emplearse en su lugar las expresiones «violaciones graves del DIH» o «crímenes de guerra», a fin de asegurar que el tratado abarque los actos de este tipo cometidos en todos los conflictos armados⁽⁵⁶⁾.

El tercer y último informe se refiere a los criterios que se utilizan para denegar una transferencia que sigue siendo un motivo de especial preocupación. A pesar de que exista una «presunción» de un riesgo sustancial de que cometerán violaciones graves del DIH o del DIDH, sin embargo la transferencia puede seguir adelante sin que haya una indicación de cuáles son los factores que justifican eludir la presunción de riesgo. Esto crea el peligro de que la presunción se aplique de manera subjetiva, posiblemente arbitraria e inconsistente.

Las medidas de «mitigación» del riesgo pueden ser útiles e importantes. Pueden incluir garantías bilaterales y aclaraciones, la capacitación de las fuerzas, la acción disciplinaria contra los responsables de los infractores anteriores y la fijación de las existencias para evitar la desviación. Sin embargo, *las medidas de mitigación deben ser tomadas antes de conceder una autorización* y no como justificación para una transferencia que de otro modo no sería justificable.

Puede haber diferentes evaluaciones sobre cuándo existe un riesgo considerable. Pero una vez que este riesgo sustancial ha sido identificado, es esencial tener presente que un tratado internacional no puede permitir dar a entender que las armas se pueden transferir a pesar de este riesgo evidente de que se cometan crímenes de guerra con las armas en cuestión.

Esa disposición, si persistiera en su redacción, dejaría la puerta abierta a las transferencias de armas a pesar de una evaluación que apreciara que existe un riesgo sustancial de que sean utilizadas para cometer crímenes de guerra o violaciones graves del DIDH. La consecuencia, en relación con el DIH, acarrearía el riesgo de sustraer al tratado de la obligación existente en los convenios de Ginebra de «respetar» y «hacer respetar» el derecho internacional humanitario.

⁽⁵⁶⁾ Tratado sobre el Comercio de Armas: declaración del CICR sobre los criterios aplicables a la transferencia de armas, Conferencia Diplomática, 12 de julio de 2012.

■ CONCLUSIONES

Existen claros vínculos entre la lucha contra la proliferación no reglamentada de armas pequeñas y ligeras APAL y la reforma del sector de seguridad RSS. El control de armas y la reducción de la violencia armada forman parte de los elementos o factores comunes del sistema antiproliferación APL y del sistema de la reforma del sector seguridad (RSS), y estos sistemas interactúan sobre la base de estrategias y políticas integrales. Es necesario que ambos sistemas se tengan en cuenta a la hora de la planificación y de las acciones que necesiten coordinación o integración.

La lucha contra la proliferación se configura como una de las nuevas amenazas a las que debe enfrentarse la comunidad internacional. Es una amenaza global que requiere soluciones globales, y es una amenaza transversal que afecta a todos los ejes en los que opera la RSS: seguridad humana, instituciones, imperio de la ley y desarrollo sostenible. También existe un vínculo entre el control de las armas pequeñas, la reducción de la violencia armada, el respeto del DIH y los derechos humanos y el desarrollo sostenible.

Esta amenaza está identificada y sistematizados los impactos que produce, pero desafortunadamente muchos estados o no la consideran como amenaza o no la tratan como una prioridad nacional. Y, sin embargo, ya no puede haber duda de su existencia ni de su peligrosidad. Las armas pequeñas y ligeras han sido el arma utilizada de forma exclusiva en 46 de los 49 últimos conflictos. No existe sector de la actividad humana que no esté contaminado por la violencia armada, tanto en los periodos de preconflicto y conflicto armado como en el de consolidación de la paz. Son las llamadas armas de destrucción en masa. El tráfico ilegal de armas y municiones mueve muchos millones de dólares y es un gran negocio. Esa es la razón por la que el comercio de armas es el más opaco y el menos reglamentado de todos los sistemas de armas, circunstancias ambas que facilitan que del comercio lícito se pase al comercio ilícito con una gran fluidez.

Se considera conveniente enmarcar estas armas en el plano general de la regulación humanitaria de todas las armas pasadas, presentes y futuras y sus principios limitadores. Ello permite la necesaria visión de conjunto para comprender mejor los aspectos humanitarios que se incorporan a la regulación de esta clase de armas.

La reacción normativa de la comunidad internacional ha surgido como respuesta global a lo que es un problema global, y han surgido dos procesos liderados ambos por Naciones Unidas que buscan poner fin al sufrimiento humano mediante medidas que trascienden de un mero control de las armas para abarcar también la protección de las víctimas afectadas por las APAL,

sus familias y sus comunidades, la asistencia y la cooperación internacional y la promoción de una cultura de paz. El primero en el tiempo de los procesos optó por el esfuerzo basado en el compromiso político, y aunque su andadura fue vacilante y con más sombras que luces, se ha revitalizado en los últimos cinco años y está desarrollando mecanismos de asistencia y coordinación muy prometedores de los que están sacando gran provecho muchos de los estados con problemas crónicos de violencia.

El segundo proceso no busca únicamente la regulación de las APAL, sino de todas las armas convencionales; como mínimo, las siete categorías de armas que figuran en el Registro de Naciones Unidas. El Tratado de Comercio de Armas es uno de los proyectos más ambiciosos que se ha propuesto la comunidad internacional. Nunca anteriormente se había acometido tamaña empresa. Es la vinculación jurídica de los estados en la responsabilidad individual y compartida de un esfuerzo global, para acabar con una amenaza global. La Conferencia del Tratado sobre el Comercio de Armas se celebró los días 3 al 27 de julio y, desafortunadamente, no llegó a buen puerto, lo cual no quiere decir que se haya extinguido, sino solo suspendido sin fecha fija, quizá para finales de 2012. Una llamada a la esperanza la constituye la formación de una gran mayoría de países que se han propuesto continuar el trabajo emprendido, tomando como base el documento final de la Presidencia que no obtuvo el imprescindible consenso. Las negociaciones se han retomado en el seno de la primera comisión de las Naciones Unidas en su 67.^a sesión, que tiene lugar los días 8 de octubre al 6 de noviembre, y en la que previsiblemente se adoptará una resolución que convoque una nueva conferencia en los primeros meses de 2013.

Como final de mis conclusiones sintetizo lo debería contener un tratado eficaz que pusiera fin al flujo ilícito de armas pequeñas y ligeras.

Un tratado sólido y robusto debería:

- Incorporar criterios procedentes del DIH y del DIDH para todas las transferencias.
 - Tener un ámbito de aplicación amplio con relación al armamento que abarque todas las armas y municiones convencionales, piezas, componentes y accesorios, así como la maquinaria, las tecnologías y los equipos técnicos necesarios. Incluir las armas tripuladas y las no tripuladas, los drones y las armas robóticas, las armas letales y las no letales.
 - Tener un ámbito de aplicación amplio con relación a las actividades que regule todos los supuestos de comercio de intermediación y corretaje y todas las transferencias internacionales, entendiendo por tales las importaciones, las exportaciones, las reexportaciones, las reimportaciones, los transbordos, los tránsitos y las transferencias temporales.
-

- Incluir en el concepto de transferencia la regulación de toda clase de transacciones y servicios relacionados con las armas en paso de fronteras, cambios de titularidad o de control de todo movimiento internacional físico o documental relacionado con las armas, los préstamos, arrendamientos, licencias de fabricación, donaciones o ayudas, la formación, el mantenimiento, el transporte, el almacenamiento y el apoyo técnico o logístico que implique el paso de fronteras.
- Negar cualquier forma de transferencia cuando exista un claro riesgo de que se produzcan violaciones graves del derecho internacional humanitario.
- Incorporar la prohibición de las transferencias a actores armados no estatales.
- Regular las actividades que faciliten el movimiento internacional de armas convencionales de una jurisdicción a otra y tengan como consecuencia cualquier cambio en la titularidad y/o el control de las armas mediante ventas internacionales, regalos, préstamos, arrendamientos, corretaje, transporte, almacenamiento, seguridad, financiación y autorización para la producción de armas en el extranjero.
- Contener unas normas de implementación con los más altos estándares. Organizar una Unidad de Apoyo a la Implementación.
- Contener mecanismos de garantía que exijan responsabilidades penales y administrativas previa tipificación de las infracciones, que permitan la supervisión de su cumplimiento y que aseguren la transparencia, a cuyo fin debe contener un formulario unificado para la elaboración de informes periódicos.
- Contener normas operativas para la atención a las víctimas, la sensibilización, el fomento de una cultura de paz, la cooperación y la asistencia internacionales.

■ BIBLIOGRAFÍA

AUBERT, M.: «El Comité Internacional de la Cruz Roja y la cuestión de las armas que causan males superfluos o dañan sin discriminación», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 102, 1990.

ACA (Arms Control Association), <http://www.armscontrol.org/>.

«Armas bajo control». En <http://www.controlarms.org/home/es>.

BARRIOS, C.: «La contribución española a la reforma del sector de seguridad». *FRIDE*, n.º 55, mayo de 2011.

CAD/OCDE. «Manual del sobre la reforma del sistema de seguridad: apoyo a la seguridad y la justicia». 2007.

CASA en <http://www.un-casa-isacs.org/>.

CICR. «Decisiones relativas a la transferencia de armas. Aplicación de criterios basados en el derecho internacional humanitario», *Guía práctica*, 2007.

— Declaración del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre los criterios de DIH que deben incorporarse en el Tratado sobre el Comercio de Armas, 01/03/2011.

— Declaración del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el ámbito del Tratado sobre el Comercio de Armas, en la sesión del comité preparatorio encargado de elaborar el Tratado sobre el Comercio de Armas. Nueva York, 28/02/2011.

— Declaración del CICR ante la Asamblea General, 66.^a sesión, Primera Comisión, Nueva York, 11/10/2011.

— Web Seminar on the Arms Trade Treaty, 17/04/2012.

— Declaración de Christine Beerli, vicepresidenta del Comité Internacional de la Cruz Roja, ante la Conferencia de las Naciones Unidas relativa al Tratado sobre el Comercio de Armas. Nueva York, 03/07/2012.

— Declaración del Comité Internacional de la Cruz Roja, sobre criterios de transferencia de armas, ante la Conferencia de las Naciones Unidas relativa al Tratado sobre el Comercio de Armas. Nueva York, 12/07/2012.

— Declaración del Comité Internacional de la Cruz Roja, sobre criterios de transferencia de armas, ante la Conferencia de las Naciones Unidas relativa al Tratado sobre el Comercio de Armas. Nueva York, 19/07/2012.

- Comunicado del Comité Internacional de la Cruz Roja ante la conclusión sin resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas relativa al Tratado sobre el Comercio de Armas. Nueva York, 28/07/2012.
 - Declaración del Comité Internacional de la Cruz Roja en las Naciones Unidas. Debate general sobre desarme y seguridad internacional. Asamblea General de las Naciones Unidas, 67.º período de sesiones, Primer Comité, Nueva York, 16/10/2012.
- CLAVE, Coalición Latinoamericana de ONG para la Prevención de la Violencia Armada, <http://www.clave-lat.com/clave/>.
- CHURRUCÁ MUGURUZA, C.: «El apoyo de la Unión Europea a la reforma del sector de la seguridad: el valor añadido de la UE como actor de seguridad global». *Cuadernos de Estrategia*, n.º 138, IIEE. «La reforma del sector de seguridad: el nexo entre la seguridad, el desarrollo y el buen gobierno».
- COLLANTES CELADOR, G.: «La seguridad humana. La UE y su política hacia la reforma del sector de seguridad: ¿un nuevo ejemplo de división ‘conceptual-contextual’?». *VI Seminario Internacional sobre Seguridad y Defensa en el Mediterráneo*, CIDOB, 2008.
- COSTAS TRASCASAS, M.: «Violencia interna y protección de la persona. Una laguna jurídica del derecho internacional». Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- DAOUST, COUPLAND Y RIKKE ISHOEY: «¿Nuevas guerras, nuevas armas? La obligación de los estados de examinar la licitud de los medios y métodos de hacer la guerra», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 846, 2002.
- DOMÉNECH OMEDAS, J. L.: «Las misiones de paz internacionales ante las nuevas amenazas globales». Obra colectiva *Los conflictos armados en la era de la globalización*, Ediciones Parthenon, Sevilla, 2007.
- «Las operaciones de paz de las Fuerzas Armadas españolas». Obra colectiva dedicada in memoriam de F. Javier Sánchez del Río y Sierra. *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 65, 1995.
 - «Limitaciones al empleo de medios y métodos de combate: armas convencionales excesivamente dañinas o de efectos indiscriminados. Residuos explosivos de guerra y proliferación de armas ligeras», en *Derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª edición, 2007.

— «La acción militar en las operaciones de paz». Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González. Editores Jorge Cardona Llorens, José Luis Rodríguez-Villasante y otros, coordinador Mariano Aznar Gómez. Tirant lo Blanch, Valencia, tomo I, 2012.

— «La protección de la población civil ante el uso de determinadas armas: minas, restos explosivos y armas portátiles y ligeras», *El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, obra colectiva, coordinador José Luis Rodríguez-Villasante. Marcial Pons, Madrid, 2006.

— «El impacto humanitario de las armas indiscriminadas». *Las operaciones de mantenimiento de la paz y el derecho internacional humanitario*, obra colectiva, coordinadora Susana De Tomás Morales. Dykinson, Madrid, 2009.

EJÉRCITO DE TIERRA: *Orientaciones OR7-004. El derecho de los conflictos armados*. Edita el Centro Geográfico del Ejército, 2.^a edición, 2007.

HENCKAERT, J. M.: «Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n^o 857, 2005.

IANSA, Red de Acción Internacional sobre Armas Ligeras. «Documento de constitución. Marco político», 1999.

— «Including gender in the Arms Trade Treaty», 2011.

IPU. Unión Interparlamentaria y Centro para el Diálogo Humanitario. «Las piezas perdidas del puzle. Una guía para reducir la violencia armada a través de la acción parlamentaria», Ginebra, 2007.

ISACS, *International small arms control standards*, en <http://www.poa-iss.org/CASA/CASA.aspx>.

KALSHOVEN, F.: «Restricciones en la conducción de la guerra», CICR, Latíngáfica, Buenos Aires, 2003.

KLARE, Michael: «Light weapons diffusion and global violence in the post-cold war era», *Light weapons and international security*, Indian Pugwash Society and British American Security Information Council. Jasjit Singh, ed., Nueva Delhi, 1995.

LABORIE IGLESIAS, Mario: «La controvertida contribución de las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) a la resolución de conflictos». *Cuadernos de Estrategia*, n.º 147, agosto 2010. Del mismo autor, «La privatización de la guerra. El auge de las compañías militares privadas». *Boletín de Información*, n.º 137. CESEDEN, 2008.

NACIONES UNIDAS: Informe del secretario general sobre armas pequeñas S/2008/258, 2008.

— Informe del secretario general sobre armas pequeñas S/2011/255, 2011.

— «Report of the Panel of Governmental Experts on Small Arms», Asamblea General de las Naciones Unidas, A/52/298, 1997.

NISAT: *Norwegian initiative on small arms transfers*, en <http://www.nisat.org/>.

OSCE: *Manual de mejores prácticas en materia de armas pequeñas y armas ligeras*, 2003.

Parliamentary forum on small arms and light weapons: *Manual parlamentario de armas pequeñas y ligeras y reforma del sistema de seguridad*, 2010.

PINHEIRO, P. S.: «Informe mundial sobre la violencia contra los niños». *Estudio de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños*, Ginebra, 2006.

PNUD, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. «Securing development: UNDP's support for addressing small arms», julio de 2005.

— *Guía práctica*, «Legislación sobre armas pequeñas y ligeras», 2008.

— Declaración de Ginebra sobre la Violencia Armada y el Desarrollo.

2.ª Conferencia Ministerial de Examen, 2011.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L.: «Limitaciones al empleo de medios y métodos de combate: armas convencionales excesivamente dañinas o de efectos discriminados», en *Curso de Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

— «Terrorismo y derecho internacional humanitario», cap. 7. *Derecho internacional humanitario* (2.ª edición), Tirant Lo Blanc, Valencia, 2007.

— «Terrorismo y derecho de los conflictos armados. El derecho internacional humanitario como instrumento en la lucha contra los actos de terror».

Las operaciones de mantenimiento de la paz y el derecho internacional humanitario, obra colectiva, coordinadora Susana De Tomás Morales, Dykinson, Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ VILLASANTE, J. L., OTERO SOLANA, Vicente y DOMÉNECH OMEDAS, J. L.: *Derecho aplicable a la conducción de las hostilidades*. Editorial Universidad Abierta de Cataluña y Cruz Roja Española, 2007.

ROSA DE LEÓN-ESCRIBANO, C.: *Armas pequeñas y desarrollo en sociedades posconflicto*, IEPADES, 2006.

Small Arms Survey. Yearbook, «Blancos en movimiento», 2012.

SIPRI, Stockholm International Peace Research Institute, <http://web.sipri.org/>.

TESSIER, M.: «Les armes non létales: un vieux rêve ou perversion de l'esprit?». Institut Québécois des Hautes Etudes Internationales, *Bulletin* n.º 38, enero de 1999.

TICEHURST, R.: «La cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados». *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 140, 1997.

UNODA. Departamento de Asuntos de Desarme, Armas pequeñas, accesible en <http://www.un.org/disarmament/convarms/SALW/>.

URBINA, J. J.: «Nuevos retos para la aplicación del derecho internacional humanitario frente a la privatización de la violencia en los conflictos armados». Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González. Editores Jorge Cardona Llorens, José Luis Rodríguez-Villasante y otros, coordinador Mariano Aznar Gómez. Tirant lo Blanch, Valencia, tomo I, 2012.

CAPÍTULO SEXTO

EMPRESAS DE SEGURIDAD, MERCENARIOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Mario A. Laborie Iglesias

RESUMEN

El presente capítulo versa sobre tres aspectos relacionados con la problemática regulatoria de las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) a nivel internacional. El primero de ellos está relacionado con el debate acerca de si los contratistas de seguridad son simples mercenarios. Desde este punto de vista crítico, los empleados de las EMSP deberían ser tratados como meros mercenarios y por lo tanto en la mayoría de los casos sus actividades deberían ser prohibidas. En segundo lugar, dado que gran parte de las actividades que realizan las EMSP tiene lugar en países en guerra, es interesante determinar cómo el derecho internacional humanitario (DIH) contempla este fenómeno de la privatización de la seguridad. Finalmente, se dedicará una atención especial al proyecto de convención internacional auspiciado por las Naciones Unidas actualmente en desarrollo. Este proyecto tiene precisamente como finalidad fortalecer la legislación internacional aplicable a las EMSP.

Palabras clave:

Empresas militares y de seguridad privada, contratistas, mercenarios, regulación, derecho internacional, derecho internacional humanitario.

ABSTRACT

This chapter is aimed to clarify three aspects of the international law and international humanitarian law applicable to private military and security companies (PMSC). The first one is related to the debate about whether security contractors are simple mercenaries. From this critical perspective, PMSC employees should be treated as mere mercenaries and therefore, in most cases, their activities should be banned. Secondly, as much of the activities of PMSCs take place in conflict zones, it is interesting to determine how the international humanitarian law (IHL) understands this privatization of security phenomenon. And third, special attention is given to the current development of the international convention project promoted by the United Nations. This project seeks to empower international rules for PMSC.

Key words:

Private military and security companies, contractors, mercenaries, regulation, international law, international humanitarian law.

■ INTRODUCCIÓN

Las últimas décadas han sido testigos de transformaciones económicas, políticas, culturales y sociales sin precedentes. Estos cambios, conocidos como «globalización», están afectando a todos los órdenes de la convivencia humana y modificando, a escala planetaria, el modo en que las comunidades humanas se relacionan entre sí.

En este contexto, los valores del mercado libre, legitimados por la aparente universalidad del liberalismo económico, estimulan que la iniciativa privada ocupe áreas hasta ahora reservadas en exclusividad a lo público. En esta línea el impulso privatizador también afecta a los medios tradicionales para proteger a los ciudadanos y el orden internacional, hasta ahora moldeados por los Estados y que se ven superados con la aparición en escena de nuevos actores de carácter privado.

No es extraño entonces que las funciones militares y policiales, reservadas a los poderes públicos en exclusiva, poco a poco estén siendo ocupadas por otros operadores. La seguridad ha dejado de constituir un valor para convertirse en una actividad comercial más. Hoy, el término «empresas militares y de seguridad privadas» (EMSP) se ha hecho común para referirse a firmas que han profesionalizado y comercializado el negocio de proporcionar combatientes, instructores o asesores, u otra forma de apoyo operacional o logístico, y son contratadas por Gobiernos, empresas u otros actores no estatales⁽¹⁾. El personal contratado por las EMSP es también conocido con el nombre de «contratistas»⁽²⁾.

Es posible afirmar que las EMSP son entidades mercantiles con ánimo de lucro y legalmente establecidas; proporcionan, de forma abierta y mediante contrato, servicios ligados, directa o indirectamente, al uso de la fuerza armada a un número amplio de clientes, tanto de carácter público como privado; operan en áreas de conflicto armado o inestables en las cuales la acción del Gobierno responsable no está garantizada o es inexistente. Un asunto relevante es precisamente la utilización del término «militar» para referirse a algunas de

⁽¹⁾ SCHNECKENER, Ulrich: «Fragile statehood, armed non-state actors and security governance», incluido en Bryden, Alan y Caparini, Marina (editores): *Private actors and security governance*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), Lit Verlag, 2006, p. 27.

⁽²⁾ A la hora de afrontar el estudio de las empresas privadas que ofrecen servicios de seguridad, se emplean numerosos términos confundiéndose en múltiples ocasiones unos con otros y ocasionando ambigüedades conceptuales. Según el Diccionario de la RAE, contratista es la «persona que por contrata ejecuta una obra material o está encargada de un servicio para el Gobierno, para una corporación o para un particular». Desde el punto de vista de la legislación española, el contratista es la empresa que proporciona el servicio citado, diferenciándose de sus empleados. No obstante, en los estudios sociales el término «contratista» se emplea de una manera genérica englobando tanto al empleador como al empleado, de similar forma a lo señalado por la RAE. Este significado general es el utilizado en este capítulo.

las funciones que llevan a cabo estas empresas privadas: las implicaciones del uso de dicho vocablo están relacionadas con la controversia sobre la limitación de cuáles son las funciones que constituyen la médula de las competencias de los Estados.

Hoy el negocio privado de la fuerza armada vive una época de expansión formidable. Esta prosperidad solo es comprensible si se observan las múltiples ventajas que para sus clientes tiene el empleo de EMSP. Para los Gobiernos de países occidentales, estas ventajas son variadas: posibilidad de desplegar con carácter inmediato a personal con alta especialización, ahorro económico y evadir limitaciones y responsabilidades constituyen algunas de ellas. También existen ventajas para otras organizaciones e instituciones, sobre todo cuando deben actuar en situaciones en las que la seguridad no se encuentra garantizada, esencialmente debido a la debilidad del gobierno local.

Pero al mismo tiempo, las actividades de las EMSP plantean recelos y controversias. Sus actuaciones, en algunos casos de gran repercusión internacional, han manchado su reputación y planteado dudas acerca de su conducta. Estos recelos se encuentran básicamente enraizados en la falta de control de las acciones de las EMSP y de sus empleados, la carencia de responsabilidad legal por los posibles delitos que estos lleven a cabo y la quiebra de ciertos principios éticos y morales ligados a los fundamentos del Estado de derecho. Por otro lado, como Walzer señala, el Estado constituye el único agente en que se puede confiar para el debido control y autorización del uso de la fuerza, lo que constituye la justificación de su monopolio por parte de los Gobiernos legítimos y su misión fundamental por encima de cualquier otra que puedan llevar a cabo⁽³⁾; pero el proceso de privatización de la seguridad conduce al debilitamiento de los mecanismos tradicionales de control de la violencia.

Todas estas incertidumbres y dilemas podrían ser minimizados a través de una robusta regulación de las actividades que las EMSP y sus empleados llevan a cabo. No obstante, el aumento exponencial del número de estas empresas, así como del volumen de su negocio, no se ha visto secundado por el desarrollo paralelo de los mecanismos de control necesarios por medio de un cuerpo legislativo sólido, ni a nivel internacional ni estatal. Ante esta situación, se ha apuntado repetidamente que subsiste un riesgo real en el hecho de que unas compañías privadas que actúan en zonas de conflicto o inestables, y que tienen la posibilidad de utilizar la fuerza letal, no se encuentren reguladas de una forma clara y efectiva⁽⁴⁾.

En estas circunstancias, el presente capítulo versará sobre tres aspectos relacionados con la problemática regulatoria de estas empresas a nivel

⁽³⁾ WALZER, Michael: «Mercenary impulse», *The New Republic*, 12 de marzo de 2008, p. 21.

⁽⁴⁾ SHEPHERD, Bob: *The circuit*, Macmillan, Londres, 2008, p. 328.

internacional. El primero de ellos está relacionado con el debate acerca de si los contratistas de seguridad son simples mercenarios que han cambiado únicamente su aspecto exterior respecto a sus antecesores que actuaron en los conflictos poscoloniales africanos; desde este punto de vista crítico, los empleados de las EMSP debieran ser tratados como meros mercenarios y por lo tanto en la mayoría de los casos sus actividades debieran ser prohibidas. En segundo lugar, dado que gran parte de las actividades que realizan las EMSP tiene lugar en países en guerra es interesante determinar cómo el derecho internacional humanitario (DIH), como derecho de los conflictos armados, contempla este fenómeno de la privatización de la seguridad. Finalmente, se dedicará una atención especial al proyecto de convención internacional auspiciado por las Naciones Unidas actualmente en desarrollo. Este proyecto tiene precisamente como finalidad fortalecer la legislación internacional aplicable a este nuevo fenómeno de la privatización de la seguridad.

■ EL ENFOQUE CRÍTICO A TRAVÉS DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO: CONTRATISTAS PRIVADOS IGUAL A MERCENARIOS

La contratación, bajo salario, de fuerzas militares extranjeras constituye una práctica tan antigua como la propia guerra⁽⁵⁾. Durante siglos el uso de mercenarios ha sido un hábito común en sociedades y pueblos incapaces de asegurar su territorio o intereses por medios propios y que por lo tanto debían recurrir al alquiler de servicios de agentes foráneos. Solamente a partir de la Revolución Francesa, momento en el que los ideales nacionales fueron inextricablemente ligados al servicio militar al Estado, la práctica mercenaria comienza un acusado declive, como también sucede con otras formas de violencia privada de entonces.

Aunque, aparentemente ligados a las guerras africanas postcoloniales, la realidad indica que el mercenariado se extiende hoy por un gran número de conflictos de todo el mundo⁽⁶⁾. Como prueba de que los soldados de fortuna siguen bien presentes en los campos de batalla del mundo, baste citar que se ha corroborado la actuación de mercenarios en la revolución libia por ambos bandos enfrentados y que llevó el pasado año 2011 a la caída del régimen de Gadafi⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ SHEARER, David: «Private armies and military intervention», *The International Institute of Strategic Studies, Adelphi Paper 316*, New York, 1998, p. 9.

⁽⁶⁾ Un documento publicado en 2002 por la Oficina de Asuntos Exteriores y de la Commonwealth del Reino Unido lista, en el periodo 1950-89, 15 conflictos en los que estaban involucrados mercenarios, en comparación con 80 conflictos entre el periodo 1990-2000. HC 577, «Private military companies: options for regulation 2001-02», Green paper, febrero de 2002, disponible en www.fco.gov.uk/Files/kfile/mercenaries,0.pdf, anexo a. Fecha de la consulta: 15/09/2012.

⁽⁷⁾ «El régimen de Gadafi y los rebeldes reclutan a mercenarios para combatir», 03/06/2011, disponible en: <http://www.europapress.es/internacional/noticia-regimen-gadafi-rebeldes-reclutan-mercenarios-combatir-20110603081519.html>. Fecha de la consulta: 22/09/2012.

Pese a su dilatada historia, no existe una definición comúnmente aceptada de lo que constituye un mercenario. Desde un punto de vista informal, se viene aceptando que un mercenario es aquel combatiente que reúne las tres condiciones siguientes: es extranjero en el país en donde transcurre el conflicto, su principal motivación es la ganancia monetaria y, en algunos casos, participa directamente en las hostilidades.

Las dudas sobre si los contratistas son en realidad una nueva forma de mercenariado han sido constantes desde la aparición de las primeras EMSP durante la última década del pasado siglo XX. Aunque para muchos ese es sin duda el caso, el relator especial de las Naciones Unidas para el uso de mercenarios señaló en 1997 que

[...] los contratos que las empresas privadas de asesoramiento militar, adiestramiento y seguridad firman con los estados y el personal que trabaja para ellas, aun teniendo formación militar y salarios elevados, no pueden considerarse estrictamente pertenecientes al ámbito jurídico del estatuto de mercenario [...]⁽⁸⁾.

Este enfoque crítico, contratista igual a mercenario, encuentra su base legal en las leyes de neutralidad y de prohibición del uso de la fuerza y en las convenciones antimercenario que se desarrollan a continuación.

■ Las leyes de neutralidad y la prohibición del uso de la fuerza

Tal y como señala Gómez del Prado,

...las medidas legales para luchar contra las actividades mercenarias se basan principalmente en las leyes adoptadas en el siglo XIX relativas a la obligación de respetar la neutralidad y que fueron codificadas en 1907 en el Convenio de la Haya (n.º V) concerniente a los derechos y deberes de las potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre⁽⁹⁾.

La Convención relativa a los Derechos y a los Deberes de las Potencias y de las Personas Neutrales en caso de Guerra Terrestre (número V de La Haya) impone ciertas reglas a las partes neutrales y a los civiles en caso de conflicto bélico. El artículo 4 de esta convención señala que «no se podrán formar cuerpos de combatientes ni abrir oficinas de alistamiento en el territorio de una potencia neutral en provecho de los beligerantes». Sin embargo, no instruye

⁽⁸⁾ «Report on the question of the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination», 53.ª sesión. Comisión de los Derechos Humanos de la ONU, E/CN.4/1997/24, 20 de febrero de 1997, p. 32.

⁽⁹⁾ GÓMEZ DEL PRADO, José L.: «El grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de mercenarios y las nuevas formas de mercenariado», incluido en TORROJA MATEU, H. (Dir.) y GÜELL PERIS, S. (coord.): La privatización del uso de la fuerza armada, Bosch Editor, Barcelona, 2009, p. 168.

ninguna regla para que los estados restrinjan que sus nacionales actúen como beligerantes en favor de alguna de las partes en conflicto. Esta inhibición para el control individual de las personas, incluso en el área de responsabilidad militar, se encontraba basada en la por entonces distinción filosófica, que señalaba que Gobiernos e individuos eran dos esferas exclusivas. Esta norma gradualmente fue desapareciendo en las siguientes décadas dado que era evidente que las acciones privadas de los individuos podían influir sobre las relaciones interestatales y viceversa.

La entrada en vigor de la Convención sobre Deberes y Derechos de los Estados en Caso de Luchas Civiles de 1928 constituyó otro paso para fortalecer el principio de neutralidad, tanto para conflictos internacionales como internos. En su artículo 1.1., se determina que los estados están obligados a:

...utilizar todos los medios a su disposición para evitar que los habitantes de su territorio, nacionales o extranjeros, participen, reúnan elementos, crucen el límite o naveguen desde su territorio con el fin de comenzar o de promover el conflicto civil.

Los mercenarios estarían pues incluidos en esta prohibición.

Con posterioridad, y teniendo en cuenta la propia Carta de las Naciones Unidas, las reglas de esta convención fueron incluidas en la *Declaración sobre los principios de derecho internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* de 1970. Como complemento a lo dispuesto en esta declaración, el 14 de diciembre de 1974 la Asamblea General de las Naciones Unidas acordó la Resolución 3314 que define la agresión en el contexto de las relaciones internacionales. Esta definición, no vinculante en el derecho internacional, determina (artículo 3.g) que constituye un acto de agresión el envío por parte de un estado de «*bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios*».

Esta perspectiva en contra de la utilización de mercenarios, tanto de forma directa como indirecta, por parte de los estados fue ratificada por la Corte Internacional de Justicia en 1984. La Corte juzgó el caso «Nicaragua contra los Estados Unidos» por apoyar estos últimos a la oposición armada nicaragüense (la *contra*) y minar los puertos del país. La Corte dictaminó, entre otros asuntos, que los Estados Unidos habían violado el derecho internacional por (apartado 3 de la sentencia):

...adiestrar, armar, equipar, financiar y apoyar a las fuerzas de la contra o de otra manera apoyar y ayudar a actividades militares y paramilitares, dentro y contra Nicaragua, que han actuado contra la república de

Nicaragua, en oposición de su obligación bajo derecho internacional consuetudinario de no intervenir en los asuntos de otro estado.

Sin embargo, la Corte Internacional consideró que las evidencias existentes eran insuficientes para demostrar que los EE. UU. realmente ejercieron un grado de control sobre la contra que justificarse que esta actuaba en nombre del Gobierno estadounidense.

■ Las convenciones antimercenario

La presencia de mercenarios en los conflictos armados poscoloniales de mediados del pasado siglo xx fue observada por los estados recientemente independizados como el medio utilizado por las antiguas metrópolis para seguir controlando los recursos naturales de sus excolonias. Se vertieron acusaciones de tratar de imponer un nuevo colonialismo, señalando que eran las potencias europeas quienes, de manera encubierta, pagaban a los mercenarios socavando la soberanía de los nuevos países. Como consecuencia de esta situación, los estados africanos impulsaron la elaboración de normas legales internacionales contra la utilización de mercenarios.

Estas normas, que constituyen una auténtica prohibición del mercenariado, tomaron forma principalmente a través de dos convenciones internacionales: la Convención de la Organización para la Unidad Africana (hoy Unión Africana) para la Eliminación de los Mercenarios en África de 1977⁽¹⁰⁾ y la Convención Internacional contra el Reclutamiento, Uso, Financiación y Entrenamiento de Mercenarios de 1989⁽¹¹⁾.

Por razones que se detallarán más adelante, es importante resaltar que la elaboración de estas convenciones internacionales no estuvo exenta de controversias ya que las discusiones anteriores a su promulgación estuvieron marcadas por la confrontación ideológica entre los EE. UU. y la hoy desaparecida URSS⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Disponible en «http://www.africa-union.org/official_documents/Treaties_%20Conventions_%20Protocols/Convention_on_Mercenaries.pdf Fecha de la consulta 25/09/2012.

⁽¹¹⁾ Disponible en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1989-mercenaires-5tdmhy.htm>. Fecha de la consulta 28/09/2012.

⁽¹²⁾ Durante estos años, el Gobierno cubano, notablemente influenciado por los acontecimientos de Bahía de Cochinos, estuvo al frente de los esfuerzos para colocar al mercenariado como una amenaza a los derechos humanos y a la autodeterminación de los pueblos. Las demandas cubanas, junto a las de otras naciones pertenecientes al movimiento de los no alineados, condujeron a la creación del puesto de relator especial sobre el empleo de mercenarios en 1987, pese a la fuerte oposición del bloque occidental (uno de los grupos de países dentro de la ONU). COCKAYNE, James; SPEERS MEARS, Emily; CHERNEVA, Iveta; GURIN, Alison; OVIEDO, Sheila, y YAEGER, Dylan: Beyond market forces. Regulating the global security industry, International Peace Institute, New York, 2009, disponible en línea en http://www.ipinst.org/media/pdf/publications/beyond_market_forces_final.pdf. Fecha de la consulta: 12/09/2012, p. 50.

- *La Convención de la Organización para la Unidad Africana (OUA) (hoy Unión Africana - UA) para la eliminación de los mercenarios en África de 1972.*

Esta convención, que entró en vigor en 1985, es únicamente aplicable en el marco regional africano. Según esta norma, el mercenariado queda tipificado como un delito contra la paz y la seguridad en África cometido por una persona, grupo, asociación, estado o representante de un estado.

Según su artículo 1, se entiende por mercenario a toda persona que no es nacional de un estado contra el cual actúa y que se encuentra empleado a un grupo u organización cuyo ánimo es derribar por la fuerza de las armas o por cualquier otro medio el Gobierno de ese estado miembro de la OUA, minar la independencia, integridad territorial o el funcionamiento de las instituciones de dicho país, o bloquear por cualquier medio las actividades de cualquier movimiento de liberación reconocido por la OUA .

Por otra parte, según su artículo 2, el delito de mercenariado se comete cuando una persona se alista, inscribe o trata de inscribirse como mercenario, cuando se emplea mercenarios o de alguna manera se los apoya, y cuando un estado permite que se lleven a cabo actividades de mercenarios en su territorio o en cualquier lugar bajo su control con el objeto de oponerse por la violencia armada a un proceso de libre determinación, estabilidad o integridad territorial de otro estado.

- *La Convención Internacional de las Naciones Unidas contra el Reclutamiento, Uso, Financiación y Entrenamiento de Mercenarios de 1989.*

A mediados de la década de los 80 del pasado siglo, las Naciones Unidas intentaron superar la división este-oeste sobre el mercenariado, al mismo tiempo que subsanar las deficiencias que presentaba la normativa existente al respecto. Así, se elaboró la Convención Internacional de las Naciones Unidas contra el Reclutamiento, Uso, Financiación y Adiestramiento de Mercenarios que fue aprobada en 1989. Sin embargo, la Convención de la ONU no supuso terminar ni con las carencias de las anteriores regulaciones ni tampoco con la oposición occidental.

Esta convención, en su artículo 1, define «mercenario» como:

...cualquiera persona que es especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, para luchar en un conflicto armado, teniendo como motivación una compensación material que supera al de los combatientes de las Fuerzas Armadas de las partes en conflicto. No debe tampoco haber sido enviado por un estado en misión oficial. Por último, no debe participar

en actos de violencia que traten de minar la integridad territorial e independencia de un estado, socavar el poder del Gobierno local y el orden público.

Para que constituya delito con arreglo a la convención no es necesario que el mercenario haya participado directamente en las hostilidades o en un acto concertado de violencia. Es suficiente con intentar cometer o ser cómplice de dicho delito (artículos 3 y 4).

Con respecto a los estados parte, la convención les asigna un doble papel: además de abstenerse de llevar a cabo las actividades descritas, también deben cooperar en la prevención de esos delitos (artículos 5 y 6).

■ Críticas que recibe este enfoque

Los intentos de hacer frente al fenómeno del mercenariado plantean una serie de incógnitas que no se han resuelto de manera concluyente en su totalidad. En la actualidad, la regulación de las actividades de las EMSP a través de la normativa internacional existente sobre mercenarios recibe abundantes críticas, siendo su aplicación problemática si no imposible debido a dos factores fundamentales.

El primero reside en la propia debilidad de las propias normas así como del enunciado que sobre «mercenariado» efectúan las convenciones de la OUA y de las Naciones Unidas, y este es un factor esencial. Tal y como indica un documento informativo de la oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos:

En toda esfera del derecho aplicable a una categoría o grupo de personas, estas deben ser fácilmente identificables a fin de que los estados sepan quién puede ser objeto de enjuiciamiento. Se precisa una definición para identificar no solo a los comprendidos en la categoría sino también a los que quedan fuera de ella. Pero cuanto más precisa y compleja sea la definición, más difícil será determinar si alguien cumple sus requisitos. Por lo tanto, la elaboración de una definición viable y equilibrada del mercenario plantea un reto importante⁽¹³⁾.

Sin embargo, las definiciones proporcionadas por las citadas convenciones internacionales son imprecisas y se muestran incapaces de aislar el factor que diferencia a los mercenarios de los soldados regulares y otros combatientes.

⁽¹³⁾ «Repercusiones de las actividades de los mercenarios sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación», folleto informativo, núm. 28, Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible en: http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs28_s.pdf, fecha de la consulta 28/09/2012.

La Convención de la OUA ha fallado en eliminar el fenómeno de los mercenarios en África, debido, entre otras razones, al modo en que la misma define el término mercenario. A través de su aplicación se permitiría a los Gobiernos la contratación de mercenarios para combatir a grupos de insurgentes, privando al mismo tiempo de esa posibilidad a movimientos de liberación reconocidos por la Unión Africana. Es decir, se establece una distinción entre mercenarios «buenos», los cuales apoyan a los Gobiernos que les contratan, y mercenarios «malos», que serían aquellos que se oponen a los mismos.

Por su lado, la Convención de las Naciones Unidas sobre el uso de mercenarios ha recibido escaso apoyo pese a las repetidas demandas en su favor efectuadas por la Asamblea General⁽¹⁴⁾ y el Consejo de los Derechos Humanos de la ONU. La Convención, a la cual se reconoce una eficacia muy limitada, fue aprobada en 1989 pero tardó 12 años en entrar en vigor y a día de hoy solamente ha sido ratificada por 32 estados, no encontrándose entre ellos la inmensa mayoría de los países europeos.

El principal reparo que recibe esta convención es que extiende la esfera de acción regulatoria únicamente al país en el cual tienen lugar las actividades mercenarias, lo que impide tomar acciones contra los países origen de los mercenarios.

Igualmente, la definición de mercenario proporcionada por la convención de las Naciones Unidas presenta dos deficiencias fundamentales: en primer lugar, no establece una clara diferenciación entre actividades censurables pero no ilegales y la violencia tradicional ligada a los mercenarios, y, segundo, se incluyen requerimientos irrelevantes tales como la motivación económica o la nacionalidad del individuo que dificultan la aplicación de esta convención. Sobre estos dos aspectos, Percy⁽¹⁵⁾ señala que:

- 1) La noción de la nacionalidad estrecha la definición de mercenario a un periodo de tiempo en el que la idea de nación tenía sentido, y por lo tanto excluye muchas formas de mercenariado previas al siglo XIX; sería más correcto definir mercenarios como personas ajenas a un conflicto en lugar de extranjeros. Y claramente, hay muchos combatientes extranjeros que no son mercenarios, tales como los voluntarios que lucharon en la Guerra Civil española o los *muyahidines* que combaten en Afganistán.
- 2) Con respecto a la motivación económica, como los soldados, los mercenarios pueden tener también razones diversas; algunos Ejércitos

⁽¹⁴⁾ Ver por ejemplo la última resolución al respecto, A/RES/66/147, de 29/03/2012, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/467/67/PDF/N1146767.pdf?OpenElement>. Fecha de la consulta: 26/09/2012.

⁽¹⁵⁾ PERCY, Sarah: «Regulating the private security industry», *The International Institute of Strategic Studies, Adelphi Paper 384*, New York, 2006, p. 36.

nacionales modernos podrían estar más motivados por la ganancia monetaria que los mercenarios.

Por las razones expuestas, resulta complejo distinguir entre mercenarios y otros combatientes únicamente sobre la base de la motivación económica.

La debilidad de las definiciones internacionales disponibles quedó corroborada por la propia Asamblea General de las Naciones Unidas. En una resolución de diciembre de 1999 sobre el uso de mercenarios como medio de violar los derechos humanos e impedir el libre ejercicio del derecho de los pueblos a la autodeterminación⁽¹⁶⁾, ese órgano de la ONU solicitó al secretario general que:

...invite a los Gobiernos a presentar propuestas para una definición jurídica más clara de mercenario, y a este respecto, pide a la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que convoque reuniones de expertos, como lo ha solicitado en anteriores resoluciones de la Asamblea General, para estudiar y actualizar la legislación internacional en vigor y para presentar recomendaciones con respecto a una definición jurídica más clara de mercenario que permita prevenir y reprimir con mayor eficiencia sus actividades.

272

Pero quizás, como señala Scoville, el principal problema que presentan las definiciones legales de mercenario es que no reflejan el hecho fundamental de que estos constituyen actores privados y por consiguiente, a diferencia de los estados, no son controlables y legalmente responsables.

Por consiguiente, el intento de proporcionar una definición internacional legal y efectiva a través de las convenciones citadas ha probado no ser viable. Así, el antiguo relator especial sobre el uso de mercenarios de las Naciones Unidas, el peruano Enrique Bernalles Ballesteros, en su último informe a la entonces Comisión de Derechos Humanos de la ONU⁽¹⁷⁾, propuso una nueva definición de mercenario, señalando que:

Parece necesario continuar estudiando la conexión existente entre el aumento de las actividades mercenarias y los notorios vacíos en el campo de la definición y legislación internacional.

⁽¹⁶⁾ Resolución A/RES/54/151, disponible en <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/96416abd526ef929802568a9003bb98d?Opendocument>. Fecha de la consulta: 20/09/2012.

⁽¹⁷⁾ «El derecho de los pueblos a la libre determinación y su aplicación a los pueblos sometidos a dominación colonial o extranjera o a ocupación extranjera». Comisión de los Derechos Humanos de la ONU, 60.º periodo de sesiones, E/CN.4/2004/15, 24 de diciembre de 2003, p. 13. Disponible en [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/6d8724f2da729f4ec1256e240059c8a3/\\$FILE/G0317316.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/6d8724f2da729f4ec1256e240059c8a3/$FILE/G0317316.pdf). Fecha de la consulta: 19/09/2012.

Aparte de las carencias mostradas por esta legislación internacional relativa a los mercenarios, la segunda dificultad en su aplicación reside en la manera en que el conjunto de la misma es observada por los países occidentales.

Durante la época poscolonial en los años 70 y 80 del pasado siglo, surgieron tensiones políticas entre los distintos estados surgidas como consecuencia de los distintos puntos de vista existentes sobre el mercenariado. Estas discrepancias entre las antiguas metrópolis y los nuevos estados independientes se reflejaron en los textos normativos que trataron de regular el fenómeno mercenario. Esta tensión, heredada hasta la actualidad, ha impedido que los mecanismos intergubernamentales formales se ocupen con eficacia de un tema tan complejo como es el de las EMSP.

Además, la eficacia de las normas antimercenario también se ve comprometida por el rechazo de las EMSP y de ciertos estados exportadores de estos servicios a la hora de comparar a estas empresas con los mercenarios y ser tratadas como una amenaza inherente a los derechos humanos. Al mismo tiempo, los subterfugios y defectos en la legislación internacional tienen su origen en el hecho de que la normativa doméstica de la mayoría de los estados no penaliza al mercenariado.

En resumen, la diferenciación entre EMSP y mercenarios constituye uno de los elementos fundamentales de fricción entre partidarios y detractores de las mismas y uno de los argumentos esgrimidos por los primeros a la hora de descartar la aplicabilidad del derecho internacional consuetudinario.

■ EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (DIH)

En la actualidad el DIH no establece ningún estatus particular para los contratistas ni tampoco para las empresas que los contratan. Por ello se han planteado dudas acerca de si el DIH dispone de instrumentos específicos que puedan ser de aplicación a las EMSP y a sus empleados.

No obstante, es importante resaltar que la ausencia de una normativa específica relativa a los contratistas de seguridad no significa que el DIH no pueda ser aplicado en estos casos. Aunque es cierto que el DIH no tiene instrumentos para regular a las empresas, a menos que estas sean consideradas una parte no estatal del conflicto, no es menos cierto que en tal escenario de enfrentamiento armado los empleados de las EMSP se ven sujetos a lo que determina el «derecho de la guerra». El DIH, como *ius in bello*, define los derechos y deberes de toda persona presente en una zona de conflicto armado de carácter internacional o interno a un estado, y los contratistas no son una excepción.

A este respecto, a continuación se desarrollan los principales temas que rodean a estas cuestiones.

■ El DIH y los mercenarios

Como ya ha sido mencionado repetidamente, existen voces que efectúan una analogía entre actividades mercenarias y las que llevan a cabo los empleados de EMSP. Para ahondar en este asunto y con el fin de ofrecer una visión lo más completa posible sobre el mismo, es preciso indicar cómo el DIH atiende al fenómeno de los mercenarios.

Con anterioridad a 1977, no existía ninguna restricción al uso de mercenarios en los conflictos armados y, de acuerdo a los principios del DIH, cualquier forma de discriminación entre combatientes estaba prohibida. Como ya ha sido apuntado, a través de una serie de resoluciones relativas a los conflictos poscoloniales africanos, las Naciones Unidas recomendaron la prohibición del uso de ese personal contra los movimientos de liberación nacional⁽¹⁸⁾. Este hecho supuso que durante las deliberaciones para la aprobación del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra⁽¹⁹⁾ (a partir de este momento PA I) rivalizasen distintas visiones sobre el mercenariado.

El borrador de protocolo presentado por el Comité de la Cruz Roja a la Conferencia Diplomática no contenía ninguna provisión sobre mercenarios, lo que significaba que hubiesen sido tratados como cualquier otra categoría de combatientes y de prisioneros de guerra (Convenio III, artículo 4)⁽²⁰⁾. Sin embargo, la presión de algunos países africanos obligó a que se incluyera este asunto en la redacción final del documento, adoptándose el artículo 47 como una forma de restringir el uso de mercenarios en caso de conflictos de carácter internacional y sirviendo como base para posteriores legislaciones más restrictivas como las convenciones de la Unión Africana y de las Naciones Unidas.

Pero este enfoque era rechazado por otros estados, en su mayoría occidentales. Por ejemplo, en 1987, el asesor legal del Departamento de Estado de los EE. UU. afirmó sobre el artículo 47 que:

⁽¹⁸⁾ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise: Customary international humanitarian law, International Committee of the Red Cross, vol ii, Cambridge University Press, Reino Unido, 2005, p. 2582.

⁽¹⁹⁾ Protocolo I adicional a los convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados, aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable a los Conflictos Armados (Oficina del alto comisionado para los Derechos Humanos).

⁽²⁰⁾ SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christopher y ZIMMERMANN, Bruno: Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht (Países Bajos), 1987, p. 573.

...este artículo fue incluido en el Protocolo no por razones humanitarias, sino únicamente para señalar el aspecto político de que la actividad mercenaria en el Tercer Mundo no es bienvenida. Haciendo eso, este artículo rechaza uno de los principios fundamentales del DIH al definir el derecho al estatus de combatiente, al menos en parte, sobre la base de motivaciones personales o políticas de los individuos en cuestión. Esta politización de las reglas de la guerra es contraria a los intereses occidentales y a los intereses del propio DIH⁽²¹⁾.

El artículo 47 fue aprobado por consenso en junio de 1977 durante sesión plenaria. El resultado fue un compromiso entre aquellos estados que aceptaban su redacción de manera incuestionable y otros que lo cuestionaban por «timorato, incompleto o de orientación dudosa»⁽²²⁾. La cuestión central de este debate se centra en la propia debilidad de la definición que el PA I proporciona, de tal manera que es ciertamente difícil probar que un individuo es realmente un mercenario, lo que la hace aceptable para unos y rechazable para otros.

Según el artículo 47.2 del PA I, se entiende por mercenario a toda persona que: a) haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado; b) de hecho, tome parte directa en las hostilidades; c) tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las Fuerzas Armadas de esa parte; d) no sea nacional de una parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una parte en conflicto; e) no sea miembro de las Fuerzas Armadas de una parte en conflicto, y f) no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus Fuerzas Armadas por un estado que no es parte en conflicto.

Es importante señalar que las condiciones señaladas son acumulativas, es decir, deben ser aplicables todas y cada una de las mismas. Con ello se pretende poner de relieve las características de ajenidad al conflicto y de participación privada en el mismo con ánimo de lucro⁽²³⁾.

Además, el mencionado artículo 47 señala casos específicos en los cuales no es de aplicación la definición. Así, se encuentran excluidos los voluntarios que entran al servicio de un Ejército extranjero por un periodo largo de tiempo, entre los que se encuentran los foráneos que sirven, por ejemplo, en la Legión extranjera francesa o los guardias suizos al servicio del Vaticano. Tampoco

⁽²¹⁾ HENCKAERTS y DOSWALD-BECK, op.cit., 2587.

⁽²²⁾ SANDOZ et al., op.cit., 574.

⁽²³⁾ DOMÉNECH OMEDAS, José Luis: «Los sujetos combatientes». Incluido en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis (coordinador): Derecho internacional humanitario (2.ª edición), Tirant Lo Blanc, Valencia, 2007, p. 208.

pueden ser incluidos en el apartado b) los asesores extranjeros y los técnicos militares, cuando incluso su presencia es motivada por motivos económicos.

El PA I no ha sido ratificado por algunas naciones aunque las consecuencias, desde la perspectiva del DIH, de que un sujeto sea considerado mercenario están claramente determinadas por las reglas consuetudinarias del propio DIH. Así, la Norma 108 reafirma lo dispuesto por el artículo 47 indicando que «los mercenarios, tal y como están definidos en el PA I, no tienen derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra. No podrán ser juzgados ni condenados sin proceso previo». Sin embargo, es de interés reconocer que esta norma solo es de aplicación en los conflictos armados internacionales, y que algunos países niegan incluso su carácter consuetudinario. Este último extremo fue confirmado en 1987 por el segundo asesor legal del Departamento de Estado de los EE. UU., quien declaró que:

...no estamos a favor de las disposiciones del artículo 47 sobre mercenarios, el cual entre otras cuestiones introduce factores políticos que no pertenecen al derecho internacional humanitario, y no consideramos las provisiones del artículo 47 como parte del actual derecho consuetudinario⁽²⁴⁾.

La razón para esta singular disposición es que los mercenarios están comprendidos dentro de la categoría de combatientes ilegales. Así, en virtud de lo dispuesto en el artículo 47 del PA I, «los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra». El efecto, de esta medida viene que un mercenario pueda ser acusado de crímenes. Tales acusaciones pueden ser instigadas tanto por actos de violencia que serían plenamente admitidos de ser llevados a cabo por un combatiente legal, según el DIH, como por el hecho de haber tomado parte directa en las hostilidades. Desprovisto del estatuto de combatiente y de prisionero de guerra, un mercenario es un civil que podría estar sujeto a lo dispuesto por el artículo 5 del Cuarto Convenio. Es precisamente este artículo el que elimina una parte importante de las garantías sobre cualquier persona sospechosa de haber realizado actividades que pongan en peligro la seguridad de un determinado estado⁽²⁵⁾. Aquí la cuestión fundamental que se plantea es la protección que se debe proporcionar a un mercenario.

El PA I prevé en su artículo 75 la protección a proporcionar a aquellas personas consideradas mercenarios. Esta protección sería la misma establecida para todos los individuos que hayan participado en las hostilidades y no disfruten de un trato más favorable en virtud de los convenios de Ginebra o del PA I. Estas personas serán tratadas en toda circunstancia con humanidad y se beneficiarán, como mínimo, de la protección prevista en el citado artículo.

⁽²⁴⁾ HENCKAERTS y DOSWALD-BECK, *op.cit.*, 2579.

⁽²⁵⁾ SANDOZ et al., *op.cit.*, 575.

Además, es comúnmente aceptado que en todo caso gozarán de la protección general que otorga la llamada «cláusula Martens» recogida en el PA I, artículo 1.2, que afirma:

En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.

Para estas personas se garantizan ciertos derechos que tendrán vigencia en todo momento y circunstancia, tales como la prohibición de la tortura, los castigos corporales, el homicidio, los atentados contra la salud o los tratos humillantes y degradantes. Doménech señala que la importancia de dicha cláusula reside en que también resulta aplicable a los mercenarios que tomen parte en un conflicto armado interno, según lo indicado en el preámbulo del PA II, relativo a las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional:

...reafirmando, además, que las disposiciones de los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y del presente Protocolo deben aplicarse plenamente en toda circunstancia a todas las personas protegidas por esos instrumentos, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la naturaleza o el origen del conflicto armado o en las causas invocadas por las partes en conflicto o atribuidas a ella⁽²⁶⁾.

277

Ese último aspecto merece una especial atención. El artículo 47 forma parte del PA I, el cual se refiere únicamente a los conflictos de carácter internacional, excluyéndose pues su aplicación a los conflictos de carácter interno. Pero precisamente es más frecuente la presencia de mercenarios en estos conflictos que no tienen carácter internacional. En estos casos, un mercenario capturado se debería beneficiar de la protección del artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra y de las correspondientes provisiones del PA II cuando sea aplicable, al igual que las disposiciones de la legislación internacional de los derechos humanos. De hecho, la persona concernida normalmente no será acusada por su condición de mercenario sino por poner en peligro la seguridad del Estado. Por ejemplo, en la ciudad de Jartum en 1971, Rolf Steiner, de nacionalidad alemana y que había colaborado con la rebelión sudanesa, fue considerado mercenario, aunque fue sentenciado únicamente por delitos relacionados con la seguridad del Estado⁽²⁷⁾.

■ **Diferenciación entre el DIH y las convenciones antimercenario**

Existen tres diferencias fundamentales entre las convenciones de la OUA y de las Naciones Unidas, descritas en el apartado anterior, y el DIH.

⁽²⁶⁾ DOMÉNECH, *op.cit.*, 209.

⁽²⁷⁾ SANDOZ *et al.*, *op.cit.*, 577.

El primer y mayor punto de distinción entre estos textos es que el PA I no criminaliza la actividad de los mercenarios, algo que sí ocurre en las convenciones antimercenario⁽²⁸⁾. Los países que han adoptado estas convenciones pueden perseguir judicialmente a aquellas personas que sean acusadas del crimen de mercenariado. Por el contrario, el DIH no considera criminal al mercenario, sino que únicamente establece que «los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra» (PA I, artículo 47).

Una segunda diferencia existente entre las convenciones antimercenario y el DIH es que mientras el segundo solo es aplicable en situaciones de conflicto armado, las convenciones pueden ser también de aplicación fuera de los mismos⁽²⁹⁾.

A estas diferencias se añade una tercera relativa al alcance subjetivo de las normas de ambos cuerpos legislativos. En este punto Güell señala que:

mientras que las reglas contenidas en el PA I constituyen en su mayor parte derecho consuetudinario general y por lo tanto vinculante para todos los miembros de la comunidad internacional, y en particular para todos los estados; las obligaciones y prohibiciones derivadas de la referida Convención de las Naciones Unidas únicamente son oponibles a sus estados parte⁽³⁰⁾.

■ ¿Pueden los contratistas ser considerados mercenarios según el DIH?

A la vista de la definición proporcionada por el DIH, la cuestión que se plantea es si el estatuto de las personas que trabajan en zonas de conflicto armado para EMSP puede ser equiparado al de mercenario.

Es preciso destacar que al igual que ocurre con las convenciones antimercenario, la posible asimilación de los contratistas a la figura del mercenario por medio del DIH causa un gran rechazo no solo en las propias EMSP, sino también entre algunos países, reacios a tratar este asunto como un tema propio de derechos humanos.

⁽²⁸⁾ FALLAH, Katherine: «Corporate actors: the legal status of mercenaries in armed conflicts». *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n.º 863, 599-611, septiembre de 2006, p. 610.

⁽²⁹⁾ CAMERON, Linsey: «Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation». *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n.º 863, septiembre de 2006, p. 578.

⁽³⁰⁾ GÜELL PERIS, Sonia: «Contextualización de las EMP/EPS en el marco del derecho internacional humanitario», En TORROJA MATEU, Helena (Dir.) y GÜELL PERIS, Sonia (coord.): *La privatización del uso de la fuerza armada*, Barcelona, Bosch Editor, 2009, 211-239, p. 235.

Los mismos países no solo han sido laxos en obligar el cumplimiento de la reglamentación en contra de los mercenarios, sino además el hecho de que las EMSP operen en multitud de países, en muchas ocasiones en el nombre de un determinado Gobierno, sugiere que estas firmas han adquirido cierta legitimidad y han logrado una aceptación generalizada⁽³¹⁾.

Desde un punto de vista específico del DIH, la principal dificultad para regular las actividades de las EMSP a través del mismo surge de la aplicabilidad de la propia definición que el artículo 47 del PA I facilita y que ha sido descrita anteriormente. La definición del DIH presenta las mismas debilidades que las proporcionadas por las convenciones antimercenario ya puntualizadas.

El PA I, que fue aprobado con anterioridad a la Convención de la ONU en contra del uso de mercenarios, incluye también, como aquella, requerimientos irrelevantes. Por ejemplo, el criterio de la motivación, entendido como el deseo de obtener una retribución considerablemente superior a la abonada a los miembros de las Fuerzas Armadas de una parte, es ciertamente difícil de precisar. Determinar los salarios que son abonados a los contratistas puede ser un ejercicio prácticamente imposible debido a las prácticas comerciales existentes y a la falta de transparencia del sector. En líneas generales la definición que proporciona el DIH es tan débil que es posible afirmar que «cualquier mercenario que no puede excluirse a sí mismo de esta definición merece que le fusilen y a su abogado también⁽³²⁾».

Sin embargo, es importante precisar que desde el punto de vista de la aplicación del DIH en conflictos armados, el debate acerca de si los contratistas deben ser considerados mercenarios no es esencial y solo causa confusión⁽³³⁾, ya que el concepto legal de mercenariado no es especialmente útil para resolver el reto que plantea la regulación de las EMSP. Así, el análisis acerca de si el personal que trabaja para las EMSP puede ser tipificado como mercenario no lleva a conclusiones prácticas acerca del estatuto de estos contratistas en el marco del DIH. Pero concluir que los empleados de las EMSP no pueden ser considerados mercenarios no resuelve la cuestión clave acerca de cuáles son sus derechos y obligaciones en las áreas de conflicto en las que operan.

■ Contratistas: ¿civiles o combatientes legítimos?

El DIH facilita las normas de conducta aplicables a todos los participantes en un conflicto con el fin de proporcionar la máxima protección a las víctimas de los mismos. Los contratistas, como cualquier otro agente presente en un campo

⁽³¹⁾ SINGER, Peter W.: «War, profits, and the vacuum of law: privatized military firms and international law», *Columbia Journal of Transnational Law*, enero de 2004, p. 533.

⁽³²⁾ De esta frase frecuentemente utilizada por distintos autores se hace eco Percy, op.cit, 42.

⁽³³⁾ GILLARD, Emanuela-Chiara: «Business goes to war: private military/security companies and international humanitarian law», *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n.º 863, 525-572, septiembre de 2006, p. 531.

de batalla, deben cumplir con las reglas de la guerra. El DIH se convierte así en una herramienta de control sobre las EMSP en caso en que estas actúen dentro de un conflicto armado. Estas reglas incluyen elementos tales como la protección de los no combatientes, los derechos de los prisioneros de guerra y los tipos de armas considerados legítimos. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sostiene que, dada la existencia del DIH, no existen lagunas en el derecho con respecto a las actividades de las firmas militares privadas⁽³⁴⁾, ya que aunque las EMSP como tales no tienen un tratamiento específico bajo el DIH, su personal sí dispone del mismo.

El DIH, que trata de clarificar el estatuto de los actores involucrados en la guerra para proteger a los no combatientes, señala únicamente dos tipos de agentes legítimos presentes en un conflicto: civil o combatiente. La cuestión del estatuto es importante ya que cualquier individuo que se encuentre en el campo de batalla que no sea considerado como un actor legítimo, como en el caso de los mercenarios, puede perder ciertas protecciones que el DIH otorga y ser tratado, en caso de ser capturado, como un criminal común.

La dificultad de establecer con claridad si el personal de las EMSP es civil o combatiente ha planteado dudas acerca si el DIH es plenamente eficaz a la hora de regular las operaciones que las mismas llevan a cabo. Por consiguiente, como señala Cameron⁽³⁵⁾, determinar a propósito del DIH si los contratistas son civiles o combatientes es imperativo debido a tres razones fundamentales: primera, para que las fuerzas combatientes sepan si los mismos constituyen objetivos militares legítimos y por consiguiente pueden ser atacados de forma legal; segunda, para saber si los empleados pueden participar de manera legal en las hostilidades, y tercera, para determinar si los contratistas en caso de participar en las citadas hostilidades y cometer algún delito pueden ser perseguidos por dicha causa. En palabras de Jorge Urbina:

...la aplicación del derecho internacional humanitario a las compañías militares y de seguridad privadas requiere la clarificación del estatuto legal de sus empleados, pues los derechos y obligaciones reconocidos en este corpus normativo están estrechamente ligados a la atribución de una concreta calificación jurídica de las personas implicadas o afectadas por el conflicto armado⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ PFANNER, Toni: editorial de la Revista Internacional de la Cruz Roja, vol. 88, n.º 863, septiembre de 2006, disponible en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/74ump.htm>. Fecha de la consulta: 10/09/2012.

⁽³⁵⁾ CAMERON, op.cit., 582.

⁽³⁶⁾ JORGE URBINA, Julio: «Conducción de las hostilidades y estatuto de los contratistas privados en el derecho internacional humanitario», Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales y derecho Internacional. Revista Trimestral Gobernanza Global, año 2, n.º 4, marzo de 2010, pp. 49-62. Disponible en <http://www.iladir.org/revista/pdf/3.%20Urbina%20-%20Conduccion%20de%20las%20Hostilidades.pdf>. Fecha de la consulta: 20.09.2012, p. 49.

La cuestión principal consiste entonces en determinar el estatuto de los empleados de las EMSP, y en el caso de ser considerados civiles, si participan directamente en las hostilidades, ya que de acuerdo al DIH, los civiles que participen directamente en las mismas son reconocidos como combatientes ilegítimos.

• *¿Pueden ser los contratistas considerados combatientes legítimos?*

«En el derecho internacional humanitario, la noción de combatiente tiene un significado muy concreto y su alcance está muy delimitado [...]»⁽³⁷⁾. En este sentido, el término «combatiente» se refiere a aquellas personas que en el marco de un conflicto de carácter internacional tienen el derecho a participar directamente en las hostilidades, constituyendo al mismo tiempo objetivo militar legítimo.

El DIH se refiere principalmente a dos tipos de combatientes legítimos: a) los miembros de las Fuerzas Armadas de un determinado Estado⁽³⁸⁾ que es parte del conflicto de carácter internacional⁽³⁹⁾, y b) los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado⁽⁴⁰⁾.

Por consiguiente, en el primer caso, los contratistas solo podrían ser observados como combatientes si son contratados directamente por un Estado que sea parte en un conflicto, pasando a formar parte de las Fuerzas Armadas del mismo⁽⁴¹⁾. Pero existen varias razones que parecen descartar que el personal de las EMSP pueda ser considerado como parte integrante de las Fuerzas Armadas a efectos del DIH:

- Los contratistas se encuentran fuera de la cadena de mando de las Fuerzas Armadas y por supuesto no sujetos a la disciplina militar.
- Son contratados y actúan de forma ajena a los procedimientos regulares existentes para los miembros de las Fuerzas Armadas⁽⁴²⁾.

⁽³⁷⁾ *Ibid.*, 52.

⁽³⁸⁾ Es necesario indicar que en el Protocolo I se da también carta de naturaleza como combatientes legales a los guerrilleros, individuos que combaten en forma irregular mediante la práctica de la llamada «guerra de guerrillas». DOMÉNECH, *op.cit.*, 204.

⁽³⁹⁾ «Todos los miembros de las Fuerzas Armadas son combatientes y solo los miembros de las Fuerzas Armadas son combatientes». Extraído de *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC/Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987. Citado por CAMERON, *op.cit.*, 582.

⁽⁴⁰⁾ III Convenio, artículo 4.2.

⁽⁴¹⁾ GILLARD, *op.cit.*, 532, señala la posibilidad de que una EMSP fuese contratada por un estado para llevar a cabo operaciones en el nombre de un segundo estado.

⁽⁴²⁾ PERCY, *op.cit.*, 48.

- Ya que uno de los motivos centrales por los que se externalizan algunas de las actividades anteriormente llevadas a cabo por los Ejércitos nacionales es reducir el número de efectivos de los mismos, así como los costes asociados, no parece razonable que fuesen considerados parte de las fuerzas militares regulares a las que sustituyen en ciertas labores⁽⁴³⁾.

Por otro lado y como segunda alternativa, los contratistas podrían ser considerados también combatientes si actúan como miembros de milicias y de otros cuerpos de voluntarios. Para que esta posibilidad fuese factible, los contratistas deberían reunir dos condiciones⁽⁴⁴⁾. En primer lugar, el grupo en cuestión, en su conjunto, debe pertenecer a una de las partes en conflicto. El Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia señaló cuál es el nexo que debe existir entre uno de los países parte en el conflicto y una milicia para que los miembros de esta última sean considerados combatientes legítimos⁽⁴⁵⁾: debe haber control por parte del Estado sobre los milicianos o voluntarios, al igual que una relación de dependencia y subordinación de los mismos hacia el estado parte en el conflicto. Pero el hecho de que muchas EMSP que operan en zonas de guerra en la actualidad trabajen bajo contrato de diversas organizaciones internacionales, ONG o agencias gubernamentales distintas a los Ministerios de Defensa indicaría claramente la ajenidad de las mismas a las fuerzas militares⁽⁴⁶⁾, y por ende al Estado, lo que descartaría la posibilidad de ser consideradas milicianos o voluntarios.

282

La segunda condición para que el personal de las EMSP pudiese actuar como miembros de milicias y de otros cuerpos de voluntarios se refiere a que aquellos deben reunir las cuatro condiciones señaladas en el artículo 4.a.(2) del III Convenio: a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista, y d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra.

Este es un aspecto controvertido y que debe analizarse caso por caso. En Irak y Afganistán, por ejemplo, algunas compañías han sido registradas oficialmente ante las autoridades de esos países, y consecuentemente los vehículos, que portan un distintivo especial, se encuentran debidamente registrados. Además, los contratistas llevan en muchas ocasiones sus armas a la vista. La condición de estar encuadrados en una cadena de mando jerárquica no significa de acuerdo

⁽⁴³⁾ GILLARD, EmanuelaChiara: «PMSCs: International Legal Obligations». Incluido en ALEXANDRA, A., BAKER, D-P y CAPARINI, M. (Edit.): *Private military and security companies*, Routledge, Nueva York, 2008.

⁽⁴⁴⁾ Las dos condiciones que se indican son señaladas por GILLARD, op.cit., 2006, 534.

⁽⁴⁵⁾ Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia. El fiscal V. Tihomir Blaskic, caso n.º IT-95-14-T, artículo 2. Disponible en http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/jud_supplement/supp13-e/blaskic.htm. Fecha de la consulta: 13/09/2012.

⁽⁴⁶⁾ DE NEVERS, Renée: «Private security companies and the laws of war», *Security dialogue*, vol. 40 (2): 169-190, 2009, p.175.

al DIH que esta sea de carácter puramente militar. Muchas firmas civiles y no solo las EMSP disponen de un consejo de dirección públicamente reconocido así como de una estructura orgánica encargada de adoptar las decisiones que se precisen. Finalmente, el requerimiento relativo a que las operaciones sean dirigidas de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra debe ser cumplimentado por las EMSP en su conjunto en lugar de sus miembros de forma individual. Como señala Gilliard⁽⁴⁷⁾, mientras que algunos contratistas han sido procesados a título individual por violaciones al DIH, ninguna EMSP ha sido acusada hasta la fecha de violaciones sistemáticas.

Ya que el este último punto no resulta de modo alguno concluyente, el personal de una EMSP dada podría ser considerado combatiente, según lo dispuesto en el DIH, si la citada compañía fuese contratada directamente por el Ministerio de Defensa de un estado parte en el conflicto armado.

El artículo 4 (4) de la Tercera Convención de Ginebra incluye una excepción al principio de que solo los combatientes tienen el derecho al estatuto de prisionero de guerra. Es la circunstancia de las «personas que acompañan a la fuerza sin ser realmente miembros de las mismas». Estas, aunque no son miembros de las Fuerzas Armadas y tampoco son combatientes, deben recibir el trato de prisioneros de guerra en caso de ser capturados⁽⁴⁸⁾.

Lo que no está claro es a quién puede aplicarse esta excepción. Como hemos visto anteriormente, solo algunas EMSP trabajan directamente para un determinado Ministerio de Defensa, lo que podría indicar en este caso cierta similitud y cercanía a las fuerzas militares regulares. Sin embargo, la mayoría de las EMSP son contratadas por otras agencias o departamentos gubernamentales no relacionados con las fuerzas militares. Es probable que solo los contratistas debidamente acreditados⁽⁴⁹⁾ y que trabajen directamente para un Ministerio de Defensa, indicando con ello su relación con las fuerzas militares, puedan ser considerados «civiles que acompañan a la fuerza». Por el contrario, este estatuto no sería de aplicación a las EMSP que trabajen para otros organismos civiles o gubernamentales distintos. De cualquier forma, el tema de la debida acreditación también requiere de cierto análisis ya que no existe claridad acerca de si la posesión de una tarjeta de identidad constituye un requisito previo para incluir a ciertos contratistas bajo el estatuto de personas que sigan a las Fuerzas Armadas.

⁽⁴⁷⁾ GILLIARD, *op.cit.*, 535.

⁽⁴⁸⁾ El III Convenio, artículo 4.A (4), señala que, entre otras categorías, en caso de caer en poder del enemigo, son prisioneros de guerra: «... las personas que sigan a las Fuerzas Armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las Fuerzas Armadas a las cuales acompañan, teniendo estas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto».

⁽⁴⁹⁾ GILLIARD, *op.cit.*, 537.

Por otro lado, también parece oportuno que esta categoría no englobe a las personas que realizan actividades tomando parte directa en las hostilidades⁽⁵⁰⁾. Aunque algunos contratistas podrían ser incluidos dentro de lo estipulado en el artículo 4 (4), muchos otros llevan a cabo acciones cercanas y en apoyo a las operaciones militares, descartándoles por lo tanto de ser «civiles acompañando a la fuerza». Por consiguiente, como ha sido anotado anteriormente, si los contratistas no son considerados civiles acompañando a la fuerza y se ven involucrados directamente en las hostilidades, entonces corren el riesgo de perder el estatuto de prisionero de guerra al ser considerados combatientes ilegítimos.

En vista de que el personal de las EMSP no podría ser considerado ni combatiente ni civil acompañando a la fuerza, solo queda la posibilidad de que sean considerados personal civil ordinario. Aquí surge la cuestión de si los contratistas toman parte directa en las hostilidades, ya que ello invalidaría también esta opción, convirtiéndoles en actores ilegítimos presentes en el conflicto. Este asunto es de especial importancia ya que en aplicación del DIH, aquellos contratistas, como civiles que son en su mayor parte, que hayan tomado parte de forma directa en las hostilidades tanto en un conflicto armado de carácter internacional como no internacional, pueden ser perseguidos judicialmente por las leyes nacionales del estado que los haya detenido al haber perdido su inmunidad⁽⁵¹⁾.

El término «participación directa en las hostilidades» no se encuentra definido en los convenios de Ginebra de 1949 ni en sus protocolos adicionales, existiendo distintos puntos de vista sobre su significado enfrentando a los expertos del DIH en esta cuestión. Tal y como señala Rodríguez-Villasante⁽⁵²⁾, el criterio convencional enfrenta la participación directa con la indirecta en las hostilidades. Este reconocido autor indica que para algunos la participación directa debe integrar un ataque o lucha armada directa e inmediata con el enemigo. Para otros, la práctica de los estados ha extendido la noción para incluir actividades no violentas (protección de personas, infraestructuras o material) pero que son necesarias para llevar a cabo una operación de combate, siendo lo decisivo en este último caso «la participación ininterrumpida e indispensable en una actividad, que no podría desarrollarse sin tal presencia personal». Finalmente, otros también señalan que incluso los civiles que trabajan en empresas en industrias dedicadas a la producción de material bélico podrían incluso ser considerados participantes directos en las hostilidades. Por su importancia este asunto se detalla más extensamente más adelante en este texto.

En general, las EMSP tratan de evitar involucrarse, de forma abierta, en operaciones de combate en donde es preciso el uso «ofensivo» de la fuerza letal, aunque existen ejemplos en el pasado en el que estas empresas han combatido

⁽⁵⁰⁾ *Ibid.*, 538.

⁽⁵¹⁾ RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José Luis: «Terrorismo y derecho internacional humanitario», Incluido en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis (coord.): *Derecho internacional humanitario* (2.ª edición), Tirant Lo Blanc, Valencia, 2007, p. 250.

⁽⁵²⁾ *Ibid.*, 249.

«ofensivamente» en favor de algún Gobierno. Recordar en este punto el caso de la *EMSP Executive Outcomes* contratada por el Gobierno de Sierra Leona en 1996 para combatir a los rebeldes del Frente Unido Revolucionario, lo que cambió el curso del conflicto a favor del Gobierno. Por el contrario, estas corporaciones prefieren señalar que sus actividades se dirigen a la protección de personas, lugares y objetos, es decir, que el uso de la fuerza tiene un carácter meramente «defensivo» y que por lo tanto no toman parte directa en las hostilidades. Así mismo, las EMSP se encargan de resaltar esta característica con el fin de separarse en lo posible del concepto de mercenario plenamente ligado al combate directo y a favor de un único cliente⁽⁵³⁾.

De Nevers señala que este argumento presenta dos complicaciones⁽⁵⁴⁾. Primero, el DIH no efectúa distinción entre empleo de la fuerza con carácter ofensivo o defensivo. Únicamente señala los casos en los que un actor presente en un conflicto armado puede utilizar legalmente la fuerza letal. Y segundo, de acuerdo al DIH, los lugares, personas o cosas que los contratistas «defienden» pueden ser considerados objetivos legítimos si están catalogados como objetivo militar⁽⁵⁵⁾. En este caso, además de poner a los contratistas en el riesgo de sufrir «daños colaterales»⁽⁵⁶⁾, la utilización de la fuerza para proteger estos objetivos legítimos podría considerarse una participación directa en las hostilidades con las consecuencias antes señaladas. De Nevers también señala como requisito que estos ataques deben ser llevados a cabo por combatientes legítimos y no por *actores no estatales, insurgentes y criminales*. Sin embargo, en el caso de los insurgentes, De Nevers parece olvidar que en ciertos casos, como pueden ser los guerrilleros, los actores no estatales constituyen combatientes legítimos de acuerdo al DIH, en el marco de los conflictos de carácter internacional.

Por otro lado, la distinción entre civiles y combatientes es más genérica cuando el DIH se aplica a los conflictos de carácter no internacional o internos. Como ya ha sido mencionado, el estatuto de combatiente solo se aplica en el caso de los conflictos internacionales.

⁽⁵³⁾ SINGER, Peter W.: *Corporate warriors*, Cornell University Press, 2003, P. 43.

⁽⁵⁴⁾ DE NEVERS op.cit., 172.

⁽⁵⁵⁾ Un objetivo puede ser considerado militar en oposición a uno civil. El PA I, en su artículo 50, define quién debe ser considerado civil (hace referencia al II Convenio, artículo 4): quien no sea parte de las Fuerzas Armadas de un país parte en un conflicto armado, los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, los miembros de las Fuerzas Armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la potencia detenedora; las personas que sigan a las Fuerzas Armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, los miembros de las tripulaciones de la marina mercante y las tripulaciones de la aviación civil de las partes en conflicto, y la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras sin haber tenido tiempo para constituirse en unas Fuerzas Armadas regulares (bajo ciertas condiciones).

⁽⁵⁶⁾ GILLARD, op.cit., 540.

En los conflictos internos, la distinción entre civil y militar gira alrededor de quien está implicado directamente en las hostilidades y, por consiguiente, puede ser legítimamente atacado. En este tipo de conflictos internos, es la legislación de los propios estados en los que se desarrolla el conflicto lo que determina la participación legal en las hostilidades⁽⁵⁷⁾. Tal y como señala Suárez Leoz:

...no existe un solo artículo en el DIH en general y el Protocolo II en particular, donde se utilice la expresión «combatiente» para referirse a aquellos que participen en las hostilidades, y ello es así porque de esta forma se trata de evitar cualquier derecho a combatir en el marco de estos conflictos internos, en contraposición a lo que concierne a los de carácter internacional⁽⁵⁸⁾.

Esta regulación, que se aplica a todas las personas que residen en el país en conflicto cualquiera que sea su nacionalidad, levanta algunas dudas acerca de cómo entender la licitud de actuación de las EMSP en este tipo de casos. En particular, el Protocolo II, artículo 3.2, dedicado a la no intervención en los asuntos internos de un estado en conflicto, señala que:

...no podrá invocarse disposición alguna del presente Protocolo como justificación para intervenir; directa o indirectamente, sea cual fuere la razón, en el conflicto armado o en los asuntos internos o externos de la alta parte contratante en cuyo territorio tenga lugar ese conflicto.

Pero dado que el DIH trata de asuntos «entre estados», la participación de actores no estatales no se encontraría reflejada en esta disposición, levantando importantes incertidumbres al respecto.

En resumen, existen ciertos interrogantes que impiden fijar de forma taxativa el estatuto de civil o combatiente legítimo a los empleados de las EMSP. Lo que sí es preciso resaltar es que pese a las dudas planteadas, el DIH no contempla una categoría intermedia entre combatientes y civiles donde los contratistas pudieran ser acomodados, debiéndose examinar caso por caso y tener en cuenta la actividad real desarrollada y la contribución de la misma a una determinada operación militar.

De cualquier forma, para poder determinar con precisión el estatuto a aplicar es preciso analizar, como ya ha sido expuesto, el asunto de la participación directa en las hostilidades del personal contratado por alguna EMSP.

⁽⁵⁷⁾ DE NEVERS, *op.cit.*, 172.

⁽⁵⁸⁾ SUÁREZ LEOZ, David: «Conflictos armados sin carácter internacional y derecho internacional humanitario: normativa aplicable». Incluido en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis (coordinador): *Derecho internacional humanitario* (2.ª edición), Tirant Lo Blanc, Valencia, 2007, p. 726.

- *Participación directa en las hostilidades y estatuto de los contratistas en el marco de un conflicto armado. El punto de vista del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)*

En mayo de 2009, y tras más de seis años de debates e investigación entre expertos en la materia, el CICR publicó la *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el DIH*⁽⁵⁹⁾, con objeto de aclarar el significado y las repercusiones de la misma.

Aunque hay que recalcar que únicamente constituye una mera interpretación sin valor jurídico, esta guía es de gran utilidad para el estudio que sobre las EMSP y sus empleados nos ocupa, ya que proporciona el punto de vista del propio CICR como promotor del DIH, y en particular de los convenios de Ginebra, sobre el estatuto que debe ser aplicado a las personas que actúan bajo salario de las EMSP.

Según la interpretación del CICR, bajo lo establecido en el DIH, los contratistas privados son *civiles* y por lo tanto se encuentran protegidos contra ataques directos a menos que por un tiempo *participen de forma directa en las hostilidades*. Siempre según la guía, para que exista esa participación directa tienen que concurrir de forma cumulativa tres criterios: uno, *umbral de daño* que afecte posiblemente a las operaciones militares o a la capacidad militar de una parte, e infringir muerte, heridas o destrucción a personas u objetos protegidos contra ataques directos; dos, *causa directa*, entendida como un acto específico, operación militar y daño en un único paso, y tres, existencia de *nexo beligerante* concebido como un acto específicamente designado para causar directamente el umbral de daño en apoyo de una parte en el conflicto siendo una parte integral de las hostilidades.

En la actualidad, la gran mayoría de los contratistas no se encuentran incorporados a las Fuerzas Armadas de los países y asumen funciones que claramente no se relacionan con la participación directa en las hostilidades. Por ello, generalmente caen dentro de la definición de civiles.

En algunos casos, sin embargo, puede ser extremadamente difícil determinar la naturaleza militar o civil de la actividad de los contratistas. Por ejemplo, la línea existente entre la defensa de personal militar y otros objetivos militares (participación directa en las hostilidades) y la protección de esas mismas personas y objetivos contra violencia criminal no relacionada con las hostilidades puede ser muy fina.

⁽⁵⁹⁾ MELZER, Nils: *Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*, International Committee of the Red Cross, Ginebra, mayo de 2009. Disponible en [http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/p0990/\\$File/ICRC_002_0990.PDF](http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/p0990/$File/ICRC_002_0990.PDF). Fecha de consulta: 1/09/2012.

En lo que respecta a los conflictos armados de carácter internacional, los contratistas, formalmente autorizados a acompañar a las Fuerzas Armadas de un país dado, no dejan de ser civiles únicamente por este hecho de acompañar a las mismas o por asumir funciones que tradicionalmente hayan sido realizadas por efectivos militares regulares. En aplicación directa del DIH, estas personas en caso de ser capturadas deben ser tratadas de acuerdo al estatuto de prisionero de guerra.

Continuando con la interpretación del CICR, en aquellas circunstancias en las que este personal participe directamente en las hostilidades sin la expresa o tácita autorización del estado parte en un conflicto, su estatuto sigue siendo el de «civil» y pierde su protección contra ataques directos durante el tiempo que dure esa participación directa.

Si los contratistas han sido incorporados a las Fuerzas Armadas de una de las partes en conflicto, tanto a través de un procedimiento formal (regulado por ley nacional) o de facto por desarrollar una «función de combate continua», se convierten en miembros de una fuerza armada y pasan a ser considerados como combatientes.

Según la guía interpretativa del CICR, para desarrollar una función de combate continua es preciso:

- 1) Integración duradera en un grupo armado, actuando como las fuerzas armadas de una parte no estatal participante en un conflicto.
- 2) Implica la preparación, ejecución y mando de las operaciones.
- 3) Los reservistas son civiles cuando no están en servicio activo.
- 4) Los civiles que acompañan a la fuerza permanecen como civiles cuando no desempeñan funciones directamente relacionadas con las hostilidades.
- 5) La función de combate continua puede ser mostrada abiertamente portando uniformes, signos distintivos o ciertas armas.

En lo referente a los conflictos armados no internacionales o internos pueden ser también de aplicación las mismas observaciones realizadas para los conflictos armados internacionales. Así, si un contratista asume una «función de combate continua» como parte de un grupo armado, se convierte en un miembro del mismo. Por otra parte, los contratistas pueden incluso llegar a convertirse en una parte no estatal en el conflicto, independiente de otras.

Los contratistas, que no son ni miembros de las Fuerzas Armadas estatales ni miembros de grupos armados organizados, deben ser observados en cualquier caso como civiles y deben estar, por consiguiente, a cubierto de ataques directos a menos que y por el tiempo en que participen directamente en hostilidades.

■ La debilidad del DIH para regular eficazmente a las EMSP

Con independencia del estatuto aplicable, civil o combatiente, sí parece claro que al igual que todos los presentes en un país en conflicto, el personal perteneciente a las EMSP está sujeto a lo dispuesto en el DIH y hace frente a la responsabilidad individual por los crímenes que pudiera cometer.

Pero el derecho de la guerra presenta en este asunto una debilidad fundamental. La aplicación del DIH es difícil, incluso en los Ejércitos nacionales, donde la cadena de mando está claramente definida y con ella la responsabilidad final de las órdenes emitidas. Esta dificultad es más grave en el caso de las EMSP, ya que su estructura jerárquica no se encuentra claramente delimitada y por lo tanto no es posible determinar los responsables últimos de las instrucciones que se imparten⁽⁶⁰⁾.

Además, el DIH fue creado para tratar asuntos entre estados y no para gestionar las guerras actuales, siendo por ello su aplicación de gran dificultad en la mayor parte de los conflictos modernos. En estos, la inmensa mayoría de carácter no internacional, los frentes no están definidos, hay confusión entre combatientes y población civil y pueden participar diversos agentes privados tales como milicias, señores de la guerra o paramilitares. En estas contiendas de nuevo cuño, es dudoso que los derechos que emanan del DIH sean respetados⁽⁶¹⁾, sea cual sea el estatuto que se aplique a las personas presentes en el campo de batalla.

■ POR UNA REGULACIÓN MÁS EFECTIVA DE LAS EMSP: ¿UNA FUTURA CONVENCIÓN INTERNACIONAL QUE REGULE LAS EMSP?

Las deficiencias de la legislación internacional obligan a analizar cuáles son las opciones posibles para mejorar la regulación de las EMSP. Algunos promueven una mejora en las leyes internacionales en contra del reclutamiento y uso de mercenarios, de tal manera que pudieran ser aplicadas sobre los contratistas⁽⁶²⁾ y así lograr una absoluta prohibición de la industria. No obstante, como ya ha sido apuntado, el hecho de que algunas naciones utilicen, sin ningún reparo, los servicios de las EMSP y la dificultad de aplicación de las leyes antimercenario hace casi imposible la validez de esta alternativa.

En cualquier caso, la mayor parte de los expertos coinciden que es en el campo del derecho internacional en el cual sería más factible lograr progresos a la hora de controlar las actividades de las EMSP y de sus empleados. Esta causa indujo al Gobierno suizo, en cooperación con el Comité Internacional de la Cruz

⁽⁶⁰⁾ PERCY, *op.cit.*, 46.

⁽⁶¹⁾ MOODY, Michael: «Conflicts trends», *JFO*, issue 53, 2nd quarter 2009, p. 22.

⁽⁶²⁾ Por ejemplo, Ellen Frye propone redefinir a los mercenarios para incluir a los empleados de las EMSP dentro de esta categoría y así lograr la prohibición de sus actividades. Obtenido en CAMERON, *op.cit.*, 595.

Roja (CICR), a llevar a cabo una iniciativa para clarificar el marco regulatorio internacional aplicable a estas empresas que comportó la elaboración del *Documento de Montreux sobre obligaciones legales internacionales pertinentes y buenas prácticas para los estados relativas a operaciones de las compañías militares y seguridad privadas durante conflicto armado*⁽⁶³⁾.

El *Documento de Montreux*, que no implica obligaciones legales y no busca apoyar o legitimar el uso de las EMSP, se encuentra dividido en dos partes. La primera está dedicada a resaltar las 27 leyes internacionales existentes que son de obligado cumplimiento por los estados, las EMSP y sus empleados en situaciones de conflicto armado. La segunda parte del documento contiene 73 «buenas prácticas» a realizar por los estados, diseñadas para ayudar a los mismos a cumplir con las obligaciones legales antes enunciadas a través de ciertos mecanismos legislativos y administrativos⁽⁶⁴⁾.

Dentro de este ámbito, el *Documento de Montreux* ha sido puesto en valor tras su publicación, ya que ha sido utilizado como referencia imprescindible en otras acciones que se encuentran en curso y que se describen a continuación.

■ El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre mercenarios

A mediados del pasado siglo, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó varias resoluciones⁽⁶⁵⁾ en las que declaró que el uso de mercenarios contra los movimientos de independencia o liberación nacional era un acto criminal y punible. Al mismo tiempo, se solicitaba a los Estados a que tomaran las medidas oportunas para impedir el reclutamiento, la financiación y el adiestramiento de mercenarios en sus territorios.

Desde entonces, distintos organismos de las Naciones Unidas han condenado repetidamente las actividades de los mercenarios y a aquellos que les contratan⁽⁶⁶⁾. La propia Asamblea General ha seguido esta línea en últimas resoluciones. En diciembre de 2011, declaraba⁽⁶⁷⁾ que seguía:

⁽⁶³⁾ Información sobre el Documento de Montreux disponible en: <http://www.eda.admin.ch/eda/en/home/topics/intla/humlaw/pse/parsta.html>.

⁽⁶⁴⁾ Un análisis detallado del documento de Montreux se encuentra en LABORIE IGLESIAS, Mario A.: «La controvertida contribución de las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) a la resolución de conflictos». Incluido en VV. AA.: «Los actores no estatales y la seguridad internacional: su papel en la resolución de conflictos y crisis». Cuadernos de Estrategia, n.º 147, Instituto Español de Estudios Estratégicos y Centro Nacional de Inteligencia, 2010, pp. 124-127.

⁽⁶⁵⁾ Véanse, entre otras, la resolución 2465 (xxiii), de 20 de diciembre de 1968, la resolución 2548 (xxiv), de 11 de diciembre de 1969, y la resolución 2708 (xxv), de 14 de diciembre de 1970.

⁽⁶⁶⁾ Por ejemplo, el Consejo de Seguridad de la ONU, en su resolución 1973 de 2011 dedicada a la situación en Libia, deploraba «que las autoridades libias continúen utilizando mercenarios». Resolución disponible en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1973%20\(2011\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1973%20(2011)), fecha de la consulta: 26/09/2012.

⁽⁶⁷⁾ Resolución A/RES/66/147, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/467/67/PDF/N1146767.pdf?OpenElement>, fecha de la consulta: 28/09/2012.

...sumamente alarmada y preocupada por las recientes actividades de mercenarios en algunos países en desarrollo de diversas partes del mundo, inclusive en zonas de conflictos armados, y la amenaza que entrañan para la integridad y el respeto del orden constitucional de los países afectados.

Y además reconocía que:

...los conflictos armados, el terrorismo, el tráfico de armas y las operaciones encubiertas de terceras potencias, entre otras cosas, fomentan la demanda de mercenarios en el mercado mundial.

Dentro del entorno de las Naciones Unidas es, sin duda, el trabajo del «Grupo de trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos⁽⁶⁸⁾» el de mayor interés ya que tiene una relación directa con la supervisión y regulación de las EMSP.

El Grupo de Trabajo sobre mercenarios fue establecido en 2005 por la entonces Comisión de Derechos Humanos de la ONU por Resolución 2005/2, sustituyendo al relator especial para el uso de mercenarios que había existido desde 1987. Su mandato ha sido renovado por tres años adicionales en dos ocasiones, en 2008 y 2010, la última por Resolución 15/12 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU⁽⁶⁹⁾. Es importante resaltar que esta resolución fue aprobada con el voto en contra de 13 estados occidentales, incluida España, votando a favor 31 países, entre los que se encontraban China, Cuba, Libia, Pakistán, Rusia o Arabia Saudí.

El Grupo de Trabajo, que debe informar anualmente a la Asamblea General y al Consejo de Derechos Humanos, está integrado por cinco expertos independientes, uno de cada grupo regional, que actúan a título personal, y está encabezado por un presidente-relator, puesto ocupado de forma rotatoria por los miembros del grupo. El mandato recibido por el Grupo de Trabajo por la resolución de creación citada está enfocado hacia las EMSP. Entre otros aspectos, el Grupo de Trabajo debe:

...vigilar y estudiar las repercusiones de las actividades de las empresas privadas que ofertan en el mercado internacional servicios de asistencia, asesoría y seguridad militares, sobre el disfrute de los derechos humanos, en particular el derecho de los pueblos a la libre determinación, y preparar un proyecto de principios básicos internacionales que promuevan el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas en sus actividades.

⁽⁶⁸⁾ Información sobre el Grupo de Trabajo en: <http://www2.ohchr.org/english/issues/mercenaries/index.htm>. Fecha de la consulta: 12/09/2012.

⁽⁶⁹⁾ Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.RES.15.12_En.pdf. Fecha de la consulta: 12/09/2012.

En cumplimiento de este mandato, en los años transcurridos desde su creación el Grupo de Trabajo ha efectuado una importante labor de seguimiento de las actividades de las EMSP, efectuando visitas a países clave en el asunto y contactando con miembros de la industria privada. En sus informes anuales ha expresado repetidamente su preocupación por el impacto que sobre los derechos humanos tienen las EMSP que operan en áreas de conflicto o posconflicto. El Grupo de Trabajo ha manifestado repetidamente los vacíos regulatorios existentes, así como la necesidad de reafirmar las responsabilidades de los estados a la hora de controlar y reglamentar las actividades de las EMSP y de sus empleados. En 2006, la Asamblea General tomó nota del informe anual del Grupo de Trabajo sobre el uso de mercenarios y solicitó⁽⁷⁰⁾:

...a todos los estados que ejerzan la máxima vigilancia contra todo tipo de reclutamiento, entrenamiento, contratación o financiación de mercenarios por empresas privadas que ofertan asesoramiento militar internacional y servicios de seguridad, así como de imponer una prohibición específica de que tales empresas intervengan en conflictos armados o acciones para desestabilizar regímenes constitucionales...

Así como:

...para continuar prestando especial atención a los efectos de las actividades de las empresas privadas que ofrecen asistencia militar, asesoría y servicios de seguridad en el mercado internacional en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación.

En marzo de 2009, el Consejo de Derechos Humanos solicitó⁽⁷¹⁾ al Grupo de Trabajo que:

...intercambie con los estados miembros, por intermedio de la Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ideas sobre un posible proyecto de convención relativo a las empresas militares y de seguridad privadas, les solicite comentarios sobre el contenido y el alcance de esa convención [...].

Requiriendo además que el Grupo de Trabajo:

...informe al Consejo en su 15.º período de sesiones⁽⁷²⁾ sobre los avances logrados en la elaboración del proyecto de instrumento jurídico, para su debido examen y actuación».

⁽⁷⁰⁾ Resolución A/RES/61/151: «Use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination» de 19 diciembre de 2006. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/503/49/PDF/N0650349.pdf?OpenElement>, fecha de la consulta: 26/09/2012.

⁽⁷¹⁾ Resolución A/HRC/10/11 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 26/03/2009. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/resolutions/A_HRC_RES_10_11.pdf, fecha de la consulta: 2/09/2012.

⁽⁷²⁾ El 15.º período de sesiones tuvo lugar en septiembre de 2010.

En cumplimiento del mandato recibido, el Grupo de Trabajo sobre mercenarios presentó en sus informes del año 2010, tanto ante la Asamblea General de la ONU como ante el propio Consejo de Derechos Humanos, un borrador de convención internacional que, como instrumento jurídico, pretende «regular de forma integral a las empresas militares y de seguridad privadas».

■ El proyecto de nueva convención internacional

Sobre la base de este proyecto, y por iniciativa de Cuba y Sudáfrica, el 1 de octubre de 2010 el Consejo de Derechos Humanos aprobó la Resolución 15/26⁽⁷³⁾ por la que se crea un nuevo grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta, encargado de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para la regulación, el seguimiento y la supervisión de la repercusión de las actividades de las empresas de seguridad privadas en el respeto de los derechos humanos. Con este nuevo grupo de trabajo colaboran, en calidad de especialistas, los miembros del Grupo de Trabajo sobre mercenarios.

La Resolución 15/26, que por primera vez desliga el fenómeno de las empresas privadas de seguridad del tradicional mercenariado, fue aprobada con los votos en contra del grupo de estados occidentales, entre los que se encontraba España.

La mayor oposición a esta posible futura convención internacional proviene de los Estados Unidos y del Reino Unido, países en donde tienen sus sedes corporativas el 70% de las EMSP existentes en el mundo. La postura de estos dos estados, que en ningún caso constituye una novedad, se argumenta en tres aspectos fundamentales: primero, la cuestión de las EMSP no debe considerarse un asunto relacionado con los derechos humanos; segundo, la manera más eficaz de tratar las preocupaciones creadas por las EMSP sería una mejor puesta en práctica de las leyes existentes, incluyendo un código de conducta internacional, y tercero, el proyecto de convención no produciría una solución eficaz para esas cuestiones y divertiría recursos, tiempo y atención de otros enfoques más constructivos. Obviamente, esta oposición occidental presenta un formidable obstáculo para el futuro del instrumento jurídico vinculante que acaba de iniciar su andadura.

Por consiguiente, es seguro que el proyecto de convención sobre EMSP recibirá numerosas modificaciones durante el proceso negociador previo a su posible aprobación por parte de los estados. Pero el borrador hoy disponible presenta algunos aspectos dignos de ser analizados y que ciertamente constituirán la piedra angular del documento⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷³⁾ Información sobre esta resolución disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10407&LangID=E>. Fecha de la consulta: 14/09/2012.

⁽⁷⁴⁾ El «Proyecto de una posible convención sobre las empresas privadas militares y de seguridad (EMSP) para su examen y la adopción de medidas por el Consejo de Derechos Humanos», fechado el 5 de julio de 2010, puede consultarse en:

En primer lugar, y como no podía ser de otra manera al ser una iniciativa de las Naciones Unidas, la convención iría dirigida a los estados. El principio esencial es que los países mantienen la responsabilidad irrenunciable de controlar las actividades de aquellas empresas que tienen sus sedes corporativas en el territorio de los mismos. Por consiguiente, esta regulación sería aplicable indirectamente a las EMSP y sus empleados aunque podría ser utilizada a todo tipo de situaciones y no solo en caso de conflicto.

Por otro lado, el borrador de convención que no pretende prohibir las actividades de las EMSP, algo por otra parte de todo punto irrealista, sino que trata de establecer una serie de estándares de comportamiento para este sector. Sin embargo, el punto fundamental es que por primera vez se definirían aquellas funciones que deben ser consideradas inherentes a los estados y que, por lo tanto, no pueden privatizarse en ninguna circunstancia.

Esta cuestión es de enorme importancia ya que nos encontramos ante la cuestión del fundamento jurídico de la definición de «funciones inherentes al Estado» en particular sobre el uso legítimo de la fuerza⁽⁷⁵⁾. Se trata de una disposición importante dado que, en la práctica, es bien sabido que los contratos de prestación de estos servicios no suelen remitirse al derecho internacional.

Sin embargo, la cuestión conceptual primordial del proyecto de convención se aprecia en este punto, pues pretende ocuparse de cuestiones cuyo carácter consuetudinario no está claro, como ha sido expuesto en un apartado anterior. En este punto, Australia ya ha manifestado que «lo que equivale a una ‘función inherentemente estatal’ no es una cuestión resuelta del derecho internacional; y consideramos que no es apropiado prescribir una definición de este término en el borrador de convención»⁽⁷⁶⁾.

De cualquier forma, los preceptos rectores de la convención parecen estar claros. Estos principios serían: uno, reiterar el precepto fundamental del monopolio de la fuerza por parte de los Estados; dos, reafirmar la obligación de los países para asegurar por parte de las EMSP el respecto al derecho de los derechos humanos y del DIH; tres, definir aquellas funciones que deben ser consideradas inherentes a los Estados y que no pueden dejarse en manos privadas ni externalizar; cuatro, proponer normativas regulatorias a nivel internacional y nacional, creando un sistema de licencias y de registro de EMSP; cinco, establecer un comité internacional independiente compuesto de 14 miembros que supervise la implementación de la convención y controle las actividades de las EMSP, y seis, proporcionar un sistema para la compensación

http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.15.25_sp.pdf. Fecha de la consulta: 22/09/2012.

⁽⁷⁵⁾ GÓMEZ DEL PRADO, José Luis y TORROJA MATEU, Helena: *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*. Marcial Pons, Madrid, 2011, p.117.

⁽⁷⁶⁾ Citado por *ibíd.*, 117.

de las posibles víctimas de las acciones abusivas por parte de estas empresas de seguridad.

Para que la convención sobre EMSP tenga éxito será necesario un amplio consenso entre los estados, algo que no parece, a menos en teoría, fácil a corto plazo, dados los precedentes antes expuestos.

Además de tener que superar las dificultades del propio Consejo de Derechos Humanos como órgano generador de la propuesta, la futura convención requerirá de un amplio apoyo por parte de la sociedad civil y de los distintos organismos de las Naciones Unidas. En estas circunstancias, quizás las tres principales dificultades a las que se enfrentará durante el proceso de elaboración serán: uno, vencer los esquemas de la Guerra Fría y el hecho que Cuba sea uno de los principales estados interesados en su aprobación; dos, sobrepasar los argumentos de la descolonización, ya que algunos países africanos piensan que los instrumentos antimercenario existentes son suficientes, y tres, la regulación de las empresas multinacionales, cualquiera que sea el sector, siempre ha constituido un problema.

Por otro lado, existe un riesgo real de que se entre en una cierta competencia con otras iniciativas que se encuentran también en marcha. En particular, el Código Internacional de Conducta para Proveedores de Servicios de Seguridad Privada⁽⁷⁷⁾ está cosechando un importante éxito y los países pueden estar más predispuestos a proseguir por ese camino que iniciar el siempre difícil proceso de aprobación de una nueva convención.

Por consiguiente, pese a la innegable necesidad de efectuar una regulación eficaz a nivel internacional de la industria de servicios militares privados, se considera que la puesta en práctica de esta convención sobre las EMSP planteará importantes dificultades.

El Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta encargado del desarrollo de esta convención internacional celebró la primera de las dos reuniones previstas entre el 23 y 27 de mayo de 2011⁽⁷⁸⁾, y la segunda entre el

⁽⁷⁷⁾ Este código autorregulatorio de la industria privada cuenta con la participación del Gobierno suizo y de otras instituciones independientes, como el Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF) y la Academia de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario y de Derechos Humanos. En base al Documento de Montreux, el Código Internacional de Conducta tiene dos objetivos fundamentales: uno, establecer estándares de actuación para las EMSP, tanto en el plano general de los derechos humanos como en el más específico de la gestión de su personal; y dos, creación de un mecanismo independiente que efectúe la supervisión de las actividades de las EMSP. A fecha 1/08/2012, 464 empresas se han adherido al citado código. Información disponible en: http://www.icoc-ppsp.org/Home_Page.html, fecha de la consulta: 15/09/2012.

⁽⁷⁸⁾ El programa de trabajo de esta primera sesión incluyó como temas: legislación y práctica internacionales y nacionales, elementos para un nuevo marco regulatorio internacional y responsabilidad y derecho de las víctimas a un remedio efectivo. El informe de esta primera

13 y 17 de agosto de 2012⁽⁷⁹⁾. El Grupo de Trabajo intergubernamental deberá presentar sus recomendaciones al Consejo de Derechos Humanos en su 22.^a sesión ordinaria en febrero de 2013.

■ CONCLUSIONES

Es preciso que se refuercen de manera urgente los mecanismos legislativos de supervisión y control sobre las EMSP, ya que los actualmente disponibles no se ajustan a la complejidad del mundo actual.

El enfoque crítico que define a las EMSP como una variación del viejo oficio del soldado de fortuna se basa en la creencia de que las leyes internacionales existentes y en particular las convenciones antimercenario son instrumentos regulatorios eficaces. Pero, como la realidad tozudamente parece indicar, las leyes internacionales, confeccionadas hace ya bastantes decenios para prohibir el mercenariado, se muestran del todo inadecuadas para tratar el fenómeno de las EMSP.

Si es difícil la aplicación de la normativa internacional a individuos o grupos pequeños de mercenarios, prácticamente sin organización ni jerarquía, mucho más difícil es afrontar el reto que suponen las EMSP, fenómeno dominado por la globalización, las presiones del mercado y el cambio social.

Por otra parte, Gobiernos, organizaciones internacionales, ONG y otros actores no dudan en utilizar los servicios de las EMSP sosteniendo, en la mayoría de los casos, que estas funciones no se encuentran relacionadas con los mercenarios, siempre y cuando las mismas no sean acciones de combate directo. De cualquier manera, la cuestión acerca de si las actividades de las EMSP son por naturaleza mercenarias no parece relevante si la actividad que ellas realizan es percibida como legítima. Por lo tanto, se antoja crucial regular las actuaciones de las compañías privadas de seguridad como un asunto completamente distinto al mercenariado.

Dado que las actividades de los proveedores de seguridad privada tienen un carácter eminentemente internacional, es este ámbito el que, a priori, dispone de mejores oportunidades para una más efectiva ordenación.

En particular, las Naciones Unidas, por la legalidad internacional que representan, parecen ser el foro adecuado para promocionar medidas que aseguren el respeto a mínimos estándares de actuación. Pero, dado que la

sesión está disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGMilitary/Session1/Summary/GWG1stsession.pdf>. Fecha de la consulta: 23/09/2012.

⁽⁷⁹⁾ Información sobre la reunión disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGMilitary/Pages/OEIWGMilitarySession2.aspx>, fecha de la consulta: 22/09/2012.

ONU depende de la voluntad de los estados, no parece a fecha de hoy que el proyecto de convención internacional, disponga de muchas posibilidades de progresar dada la oposición descrita en este texto por parte de los principales países origen de las EMSP.

Así mismo, la eficacia del Consejo de Derechos Humanos se encuentra en estos momentos limitada por la pertenencia al mismo de países como Cuba, China, Rusia o Arabia Saudí, cuyos gobiernos reciben fuertes críticas por el incumplimiento de las normas existentes sobre derechos humanos. Por esta razón, quizás hubiese sido oportuno que el proyecto de convención fuese conducido por otro organismo de la ONU distinto del Consejo de Derechos Humanos más adecuado funcionalmente, como por ejemplo la Comisión de Derecho Internacional⁽⁸⁰⁾ o la Sexta Comisión de la Asamblea General⁽⁸¹⁾.

En conclusión, ante un fenómeno eminentemente transnacional, el derecho internacional se convierte en una herramienta indispensable. Pero es necesario desarrollar nuevos instrumentos de manera coherente con los cambios producidos en el contexto internacional. Se trataría de establecer las condiciones en el que el uso de la fuerza por parte de actores privados puede considerarse legítimo, garantizándose al mismo tiempo el respeto de los estándares mínimos ya consensuados para los estados según el derecho internacional, el derecho de los conflictos armados y el de los derechos humanos.

⁽⁸⁰⁾ La Comisión de Derecho Internacional fue establecida por la Asamblea General en 1947 para promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Está compuesta por 34 miembros que son elegidos por la Asamblea General para cubrir un período de cinco años. La mayor parte del trabajo de la Comisión involucra la preparación de proyectos en los temas de derecho internacional. Información disponible en: <http://www.un.org/law/ilc/>.

⁽⁸¹⁾ La Sexta Comisión es el foro principal dedicado al examen de las cuestiones jurídicas en la Asamblea General. Todos los estados miembros de las Naciones Unidas tienen derecho a representación en la Sexta Comisión, una de las principales comisiones de la Asamblea. Información disponible en <http://www.un.org/es/ga/sixth/>.

■ BIBLIOGRAFÍA

ALEXANDRA, A., BAKER, D.-P. y CAPARINI, M. (editores): *Private military and security companies: ethics, policies and civil-military relations*, Routledge, Nueva York, 2008.

AMSTRONG, Stephen: *War PLC, the rise of the new corporate mercenary*, Faber, Londres, 2008.

AVANT, Deborah: *The market for force*, Cambridge University Press, 2005.

BRYDEN, Alan y CAPARINI, Marina (editores): *Private actors and security governance*. Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), Lit Verlag, 2006.

COCKAYNE, James; SPEERS MEARS, Emily; CHERNEVA, Iveta; GURIN, Alison; OVIEDO, Sheila y YAEGGER, Dylan: *Beyond market forces. Regulating the global security industry*, International Peace Institute, Nueva York, 2009.

ESPALIÚ BERDUD, Carlos: *El estatuto jurídico de los mercenarios y de las compañías militares privadas en el derecho internacional*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

GÓMEZ DEL PRADO, José Luis y TORROJA MATEU, Helena: *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 117.

HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise: *Customary international humanitarian law*, International Committee of the Red Cross, vol II, Cambridge University Press, Reino Unido, 2005.

MANDEL, Robert: *Armies without states: the privatization of security*, Lynne Rienner Publisher, Inc., 2002.

MELZER, Nils: *Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law*, International Committee of the Red Cross, Ginebra, mayo de 2009.

PERCY, Sarah: *Regulating the private security industry*, International Institute of Strategic Studies, Adelphi Paper 384, Nueva York, 2006.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José Luis (coordinador): *Derecho internacional humanitario* (2.ª edición), Tirant Lo Blanc, Valencia, 2007.

SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christopher y ZIMMERMANN, Bruno: *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht (Países Bajos), 1987.

SHEARER, David: *Private armies and military intervention*, International Institute of Strategic Studies, Adelphi Paper 316, New York, 1998.

SHEPHERD, Bob: *The circuit*, MacMillan, Londres, 2008.

SINGER, Peter W.: *Corporate warriors*, Cornell University Press, 2003.

TORROJA MATEU, H. (Dir.) y GÜELL PERIS, S. (coord.): *La privatización del uso de la fuerza armada*, Bosch Editor, Barcelona, 2009.

VV. AA.: «Los actores no estatales y la seguridad internacional: su papel en la resolución de conflictos y crisis», *Cuadernos de Estrategia* n.º 147, Instituto Español de Estudios Estratégicos y Centro Nacional de Inteligencia, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010.

VV. AA.: «Actores armados no estatales: retos a la seguridad global», *Cuadernos de Estrategia* n.º 152, Instituto Español de Estudios Estratégicos y Centro Mixto Universidad de Granada y MADOC, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011.

COMPOSICIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO

Coordinador: **D. JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO**
General consejero togado
Director del CEDIH de la Cruz Roja Española

Vocal secretario: **D. MARIO LABORIE IGLESIAS**
Teniente coronel de Artillería
Analista del Instituto Español de Estudios Estratégicos

Vocales: **D. ROMUALDO BERMEJO GARCÍA**
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de León

D^a. EUGENIA LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ
Profesora titular de Derecho Internacional Público
Universidad de Navarra

D^a. CARMEN QUESADA ALCALÁ
Profesora titular de Derecho Internacional Público y
Relaciones Internacionales
Universidad Nacional de Educación a Distancia

D. FERNANDO MARÍN CASTÁN
Coronel auditor.
Jefe de la Asesoría Jurídica del EMAD

D. JOSÉ LUIS DOMÉNECH OMEDAS
Coronel de Artillería Jefe Unidad de Difusión
y Enseñanza del CEDIH de la Cruz Roja Española

ÍNDICE

SUMARIO	7
PRESENTACIÓN	11

Capítulo I

DE LA INTERVENCIÓN POR CAUSAS HUMANITARIAS A LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER. FUNDAMENTOS, SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

INTRODUCCIÓN.....	21
EL DILEMA DE LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	22
LA COMPLEJIDAD DE LA FIGURA DE LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA: ENSAYO DE DEFINICIÓN.....	26
EVOLUCIÓN DE LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO: AMBIGÜEDADES Y LÍMITES.....	29
LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA EN LA PRÁCTICA INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEA.....	33
La intervención humanitaria en el vergonzante caso somalí y en el genocidio de Ruanda.....	37
La intervención humanitaria en Kosovo.....	43
La acción armada humanitaria de la OTAN contra Yugoslavia	45
LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER. ¿UNA NUEVA VERSIÓN DE LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA?.....	50
La responsabilidad de proteger a la luz del Informe de la Comisión Internacional sobre intervención y soberanía de los Estados.....	51
La responsabilidad de proteger a la luz de los informes del Grupo de Alto Nivel (2004) y del secretario general (2005) y en el Documento final de la Cumbre de jefes de Estado y de Gobierno (Naciones Unidas, septiembre de 2005).....	56
¿QUÉ HA OCURRIDO DESPUÉS EN LA PRÁCTICA CON LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER TRAS ESTOS INFORMES?.....	61

CONCLUSIÓN.....	72
BIBLIOGRAFÍA	74

Capítulo II

EL CRIMEN DE AGRESIÓN COMO AMENAZA A LA SEGURIDAD GLOBAL

INTRODUCCIÓN.....	79
EL ITINERARIO DE LA TIPIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL CRIMEN DE AGRESIÓN: UN CAMINO NO EXENTO DE DIFICULTADES	80
El camino hacia la Conferencia de Revisión de Kampala: el «proceso de Princeton».....	80
Breve aproximación a la dinámica de la Conferencia de Revisión	84
EL RESULTADO DE KAMPALA Y LAS PERSPECTIVAS DE FUTURO	88
La definición del crimen de agresión y el acto de agresión	88
La responsabilidad penal del individuo: los perfiles de este crimen de líderes	92
El papel del Consejo de Seguridad y las condiciones de procedibilidad	93
El sistema de enmiendas y el futuro «incierto» del crimen de agresión	101
EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD Y EL CRIMEN DE AGRESIÓN: HACIA UNA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.....	104
La aplicación de la complementariedad al crimen de agresión...	104
La incorporación del crimen de agresión a los ordenamientos internos: el caso de España	106
CONCLUSIONES.....	110
BIBLIOGRAFÍA	113

Capítulo III

LA PIRATERÍA COMO CRIMEN INTERNACIONAL

PRESENTACIÓN	119
EL TRATAMIENTO GENERAL DE LA PIRATERÍA EN EL DERECHO INTERNACIONAL MARÍTIMO	121
La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar	121
La Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima.....	128
LAS NUEVAS RESPUESTAS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL A LA PIRATERÍA: UN PROBLEMA COMPLEJO QUE REQUIERE SOLUCIONES INTEGRALES.....	134
El caso de Somalia como paradigma: la situación política y las causas de la piratería.....	135

Las respuestas de la comunidad internacional para la estabilización de Somalia	136
Las respuestas específicas de la comunidad internacional para combatir la piratería en Somalia y el Índico occidental	139
Los resultados de la lucha de la comunidad internacional contra la piratería en el Índico occidental y el golfo de Adén	153
Las respuestas de España a los mandatos de la Organización de Naciones Unidas.....	157
CONCLUSIONES.....	159
BIBLIOGRAFÍA	161

Capítulo IV

LA PÉRDIDA DE LA INMUNIDAD DE LAS PERSONAS CIVILES POR SU PARTICIPACION DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

PÓRTICO.....	167
PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN CIVIL EN LOS CONFLICTOS ARMADOS.....	168
Introducción.....	168
El concepto de personas civiles	169
Los sistemas de prevención	171
LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES.....	173
Consideraciones generales	173
El concepto de acción hostil u hostilidades.....	177
Delimitación de la noción de participación directa de las personas civiles en la acción hostil.....	179
Restricciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario	198
CONSECUENCIAS DE LA RECUPERACIÓN DE LA PROTECCIÓN PARA LAS PERSONAS CIVILES.....	202
CONCLUSIONES.....	203
BIBLIOGRAFÍA	205

Capítulo V

LA LUCHA CONTRA LA PROLIFERACIÓN INCONTROLADA DE LAS ARMAS PEQUEÑAS Y LIGERAS EN EL CONTEXTO DE LA REFORMA DEL SECTOR DE SEGURIDAD. UN ENFOQUE HUMANITARIO

INTRODUCCIÓN.....	211
VÍNCULOS EXISTENTES ENTRE LA LUCHA CONTRA LA PROLIFERACIÓN INCONTROLADA DE ARMAS PEQUEÑAS Y LIGERAS (APAL) Y LA REFORMA DEL SECTOR SEGURIDAD (RSS)	211
Las actividades de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) en el marco de la RSS.....	213

La «Estrategia española de seguridad. Una responsabilidad de todos».....	213
DELIMITACIONES CONCEPTUALES	215
Disponibilidad, proliferación, control de armas	215
Las armas pequeñas y ligeras. ¿De qué estamos hablando?	216
Los conceptos de amenaza y riesgo, retos y desafíos.....	216
IMPACTO DE LAS ARMAS PEQUEÑAS Y LIGERAS EN LA SEGURIDAD. LOS DERECHOS HUMANOS, EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE..	217
Impacto en la seguridad y el Estado de derecho	218
Impacto en los jóvenes, los niños y las mujeres.....	220
Impacto en la salud y la vida	222
Impacto en el desarrollo.....	222
Impacto en la sociedad civil.....	223
Impacto humanitario de las armas pequeñas y ligeras	224
LA PROLIFERACIÓN DE ARMAS PEQUEÑAS ES UNA AMENAZA GLOBAL, EMERGENTE Y TRANSVERSAL	226
LA REGULACIÓN DE LAS ARMAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	227
Clasificaciones de las armas	228
Relevancia de las distintas clasificaciones a la luz del DIH	228
La regulación de las armas en el ius ad bellum y en el ius in bello.	
Distintos procesos, distintos enfoques	229
Armas prohibidas de forma absoluta y armas condicionadas	230
¿Qué sucede con las armas que no están específicamente prohibidas?	230
¿CUÁLES SON LOS RETOS Y DESAFÍOS DE ÍNDOLE JURÍDICA QUE PLANTEA LA LUCHA CONTRA LA PROLIFERACIÓN?	232
Regular jurídicamente las transferencias internacionales de armas pequeñas	232
Regular jurídicamente las actividades de intermediación y el corretaje	233
Regular jurídicamente el comercio de municiones.....	234
Lograr el marcado, registro y rastreo de las armas pequeñas y ligeras y sus municiones	235
Lograr que en el comercio de armas haya la máxima transparencia.....	235
Reglamentar la seguridad y la gestión de arsenales y almacenes de armas y municiones.....	236
Acabar con las violaciones en materia de armas ligeras y pequeñas cometidas de forma sistemática y con impunidad por los grupos armados no estatales	236
Reducir la violencia armada	237
Regular la tenencia y el uso de armas ligeras y pequeñas	238

LA RESPUESTA POLÍTICA Y JURÍDICA A LA AMENAZA DE LA PROLIFERACIÓN INCONTROLADA DE ARMAS PEQUEÑAS Y LIGERAS	239
La vinculación política de los estados. La Conferencia de Nueva York de 2001 y el Instrumento sobre marcado y registro de 2005	239
La vinculación jurídica de los estados. El Tratado sobre Comercio de Armas de 2012	243
CONCLUSIONES.....	253
BIBLIOGRAFÍA	256

Capítulo VI

EMPRESAS DE SEGURIDAD, MERCENARIOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

INTRODUCCIÓN.....	263
EL ENFOQUE CRÍTICO A TRAVÉS DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO: CONTRATISTAS PRIVADOS IGUAL A MERCENARIOS	265
Las leyes de neutralidad y la prohibición del uso de la fuerza.....	266
Las convenciones antimercenario	268
Críticas que recibe este enfoque.....	270
EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (DIH)	273
El DIH y los mercenarios	274
Diferenciación entre el DIH y las convenciones antimercenario .	277
¿Pueden los contratistas ser considerados mercenarios según el DIH?.....	278
Contratistas: ¿civiles o combatientes legítimos?	279
La debilidad del DIH para regular eficazmente a las EMSP	289
POR UNA REGULACIÓN MÁS EFECTIVA DE LAS EMSP: ¿UNA FUTURA CONVENCION INTERNACIONAL QUE REGULE LAS EMSP?.....	289
El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre mercenarios	290
El proyecto de nueva convención internacional	293
CONCLUSIONES.....	296
BIBLIOGRAFÍA	298
COMPOSICIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO	301

■ CUADERNOS DE ESTRATEGIA

Nº	TÍTULO
01	La industria alimentaria civil como administradora de las FAS y su capacidad de defensa estratégica
02	La ingeniería militar de España ante el reto de la investigación y el desarrollo en la defensa nacional
03	La industria española de interés para la defensa ante la entrada en vigor del Acta Única
04	Túnez: su realidad y su influencia en el entorno internacional
05	La Unión Europea Occidental (UEO) (1955-1988)
06	Estrategia regional en el Mediterráneo Occidental
07	Los transportes en la raya de Portugal
08	Estado actual y evaluación económica del triángulo España-Portugal-Marruecos
09	Perestroika y nacionalismos periféricos en la Unión Soviética
10	El escenario espacial en la batalla del año 2000 (I)
11	La gestión de los programas de tecnologías avanzadas
12	El escenario espacial en la batalla del año 2000 (II)
13	Cobertura de la demanda tecnológica derivada de las necesidades de la defensa nacional
14	Ideas y tendencias en la economía internacional y española
15	Identidad y solidaridad nacional
16	Implicaciones económicas del Acta Única 1992
17	Investigación de fenómenos belígenos: método analítico factorial
18	Las telecomunicaciones en Europa, en la década de los años 90
19	La profesión militar desde la perspectiva social y ética
20	El equilibrio de fuerzas en el espacio sur europeo y mediterráneo
21	Efectos económicos de la unificación alemana y sus implicaciones estratégicas

- 22 La política española de armamento ante la nueva situación internacional
- 23 Estrategia finisecular española: México y Centroamérica
- 24 La Ley Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional (cuatro cuestiones concretas)
- 25 Consecuencias de la reducción de los arsenales militares negociados en Viena, 1989. Amenaza no compartida
- 26 Estrategia en el área iberoamericana del Atlántico Sur
- 27 El espacio económico europeo. Fin de la guerra fría
- 28 Sistemas ofensivos y defensivos del espacio (I)
- 29 Sugerencias a la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT)
- 30 La configuración de Europa en el umbral del siglo XXI
- 31 Estudio de “inteligencia operacional”
- 32 Cambios y evolución de los hábitos alimenticios de la población española
- 33 Repercusiones en la estrategia naval española de aceptarse las propuestas del Este en la CSBM, dentro del proceso de la CSCE
- 34 La energía y el medio ambiente
- 35 Influencia de las economías de los países mediterráneos del norte de África en sus respectivas políticas defensa
- 36 La evolución de la seguridad europea en la década de los 90
- 37 Análisis crítico de una bibliografía básica de sociología militar en España. 1980-1990
- 38 Recensiones de diversos libros de autores españoles, editados entre 1980-1990, relacionados con temas de las Fuerzas Armadas
- 39 Las fronteras del mundo hispánico
- 40 Los transportes y la barrera pirenaica
- 41 Estructura tecnológica e industrial de defensa, ante la evolución estratégica del fin del siglo XX
- 42 Las expectativas de la I+D de defensa en el nuevo marco estratégico

- 43 Costes de un ejército profesional de reclutamiento voluntario. Estudio sobre el Ejército profesional del Reino Unido y (III)
- 44 Sistemas ofensivos y defensivos del espacio (II)
- 45 Desequilibrios militares en el Mediterráneo Occidental
- 46 Seguimiento comparativo del presupuesto de gastos en la década 1982-1991 y su relación con el de Defensa
- 47 Factores de riesgo en el área mediterránea
- 48 Las Fuerzas Armadas en los procesos iberoamericanos de cambio democrático (1980-1990)
- 49 Factores de la estructura de seguridad europea
- 50 Algunos aspectos del régimen jurídico-económico de las FAS
- 51 Los transportes combinados
- 52 Presente y futuro de la conciencia nacional
- 53 Las corrientes fundamentalistas en el Magreb y su influencia en la política de defensa
- 54 Evolución y cambio del este europeo
- 55 Iberoamérica desde su propio sur (La extensión del Acuerdo de Libre Comercio a Sudamérica)
- 56 La función de las Fuerzas Armadas ante el panorama internacional de conflictos
- 57 Simulación en las Fuerzas Armadas españolas, presente y futuro
- 58 La sociedad y la defensa civil
- 59 Aportación de España en las cumbres iberoamericanas: Guadalajara 1991-Madrid 1992
- 60 Presente y futuro de la política de armamentos y la I+D en España
- 61 El Consejo de Seguridad y la crisis de los países del Este
- 62 La economía de la defensa ante las vicisitudes actuales de las economías autonómicas
- 63 Los grandes maestros de la estrategia nuclear y espacial

- 64 Gasto militar y crecimiento económico. Aproximación al caso español
- 65 El futuro de la Comunidad Iberoamericana después del V Centenario
- 66 Los estudios estratégicos en España
- 67 Tecnologías de doble uso en la industria de la defensa
- 68 Aportación sociológica de la sociedad española a la defensa nacional
- 69 Análisis factorial de las causas que originan conflictos bélicos
- 70 Las conversaciones internacionales Norte-Sur sobre los problemas del Mediterráneo Occidental
- 71 Integración de la red ferroviaria de la península ibérica en el resto de la red europea
- 72 El equilibrio aeronaval en el área mediterránea. Zonas de irradiación de poder
- 73 Evolución del conflicto de Bosnia (1992-1993)
- 74 El entorno internacional de la Comunidad Iberoamericana
- 75 Gasto militar e industrialización
- 76 Obtención de los medios de defensa ante el entorno cambiante
- 77 La Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) de la Unión Europea (UE)
- 78 La red de carreteras en la península ibérica, conexión con el resto de Europa mediante un sistema integrado de transportes
- 79 El derecho de intervención en los conflictos
- 80 Dependencias y vulnerabilidades de la economía española: su relación con la defensa nacional
- 81 La cooperación europea en las empresas de interés de la defensa
- 82 Los cascos azules en el conflicto de la ex-Yugoslavia
- 83 El sistema nacional de transportes en el escenario europeo al inicio del siglo XXI
- 84 El embargo y el bloqueo como formas de actuación de la comunidad internacional en los conflictos

- 85 La Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) para Europa en el marco del Tratado de no Proliferación de Armas Nucleares (TNP)
- 86 Estrategia y futuro: la paz y seguridad en la Comunidad Iberoamericana
- 87 Sistema de información para la gestión de los transportes
- 88 El mar en la defensa económica de España
- 89 Fuerzas Armadas y sociedad civil. Conflicto de valores
- 90 Participación española en las fuerzas multinacionales
- 91 Ceuta y Melilla en las relaciones de España y Marruecos
- 92 Balance de las primeras cumbres iberoamericanas
- 93 La cooperación hispano-franco-italiana en el marco de la PESC
- 94 Consideraciones sobre los estatutos de las Fuerzas Armadas en actividades internacionales
- 95 La unión económica y monetaria: sus implicaciones
- 96 Panorama estratégico 1997/98
- 97 Las nuevas Españas del 98
- 98 Profesionalización de las Fuerzas Armadas: los problemas sociales
- 99 Las ideas estratégicas para el inicio del tercer milenio
- 100 Panorama estratégico 1998/99
- 100 1998/99 Strategic Panorama
- 101 La seguridad europea y Rusia
- 102 La recuperación de la memoria histórica: el nuevo modelo de democracia en Iberoamérica y España al cabo del siglo XX
- 103 La economía de los países del norte de África: potencialidades y debilidades en el momento actual
- 104 La profesionalización de las Fuerzas Armadas
- 105 Claves del pensamiento para la construcción de Europa

- 106 Magreb: percepción española de la estabilidad en el Mediterráneo, prospectiva hacia el 2010
- 106-B Maghreb: perception espagnole de la stabilité en Méditerranée, prospective en vue de L'année 2010
- 107 Panorama estratégico 1999/2000
- 107 1999/2000 Strategic Panorama
- 108 Hacia un nuevo orden de seguridad en Europa
- 109 Iberoamérica, análisis prospectivo de las políticas de defensa en curso
- 110 El concepto estratégico de la OTAN: un punto de vista español
- 111 Ideas sobre prevención de conflictos
- 112 Panorama Estratégico 2000/2001
- 112-B Strategic Panorama 2000/2001
- 113 Diálogo mediterráneo. Percepción española
- 113-B Le dialogue Méditerranéen. Une perception espagnole
- 114 Aportaciones a la relación sociedad - Fuerzas Armadas en Iberoamérica
- 115 La paz, un orden de seguridad, de libertad y de justicia
- 116 El marco jurídico de las misiones de las Fuerzas Armadas en tiempo de paz
- 117 Panorama Estratégico 2001/2002
- 117-B 2001/2002 Strategic Panorama
- 118 Análisis, estrategia y prospectiva de la Comunidad Iberoamericana
- 119 Seguridad y defensa en los medios de comunicación social
- 120 Nuevos riesgos para la sociedad del futuro
- 121 La industria europea de defensa: presente y futuro
- 122 La energía en el espacio euromediterráneo
- 122-B L'énergie sur la scène euroméditerranéenne

- 123 Presente y futuro de las relaciones cívico-militares en Hispanoamérica
- 124 Nihilismo y terrorismo
- 125 El Mediterráneo en el nuevo entorno estratégico
- 125-B The Mediterranean in the New Strategic Environment
- 126 Valores, principios y seguridad en la comunidad iberoamericana de naciones
- 127 Estudios sobre inteligencia: fundamentos para la seguridad internacional
- 128 Comentarios de estrategia y política militar
- 129 La seguridad y la defensa de la Unión Europea: retos y oportunidades
- 130 El papel de la inteligencia ante los retos de la seguridad y defensa internacional
- 131 Crisis locales y seguridad internacional: El caso haitiano
- 132 Turquía a las puertas de Europa
- 133 Lucha contra el terrorismo y derecho internacional
- 134 Seguridad y defensa en Europa. Implicaciones estratégicas
- 135 La seguridad de la Unión Europea: nuevos factores de crisis
- 136 Iberoamérica: nuevas coordenadas, nuevas oportunidades, grandes desafíos
- 137 Irán, potencia emergente en Oriente Medio. Implicaciones en la estabilidad del Mediterráneo
- 138 La reforma del sector de seguridad: el nexo entre la seguridad, el desarrollo y el buen gobierno
- 139 Security Sector Reform: the Connection between Security, Development and Good Governance
- 140 Impacto de los riesgos emergentes en la seguridad marítima
- 141 La inteligencia, factor clave frente al terrorismo internacional
- 142 Del desencuentro entre culturas a la Alianza de Civilizaciones. Nuevas aportaciones para la seguridad en el Mediterráneo
- 143 El auge de Asia: implicaciones estratégicas

- 144 La cooperación multilateral en el Mediterráneo: un enfoque integral de la seguridad
- 145 La Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD) tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa
- 145 B The European Security and Defense Policy (ESDP) after the entry into Force of the Lisbon Treaty
- 146 Respuesta europea y africana a los problemas de seguridad en África
- 146 B European and African Response to Security Problems in Africa
- 147 Los actores no estatales y la seguridad internacional: su papel en la resolución de conflictos y crisis
- 148 Conflictos, opinión pública y medios de comunicación. Análisis de una compleja interacción
- 149 Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio
- 150 Seguridad, modelo energético y cambio climático
- 151 Las potencias emergentes hoy: hacia un nuevo orden mundial
- 152 Actores armados no estables: retos a la seguridad
- 153 Proliferación de ADM y de tecnología avanzada
- 154 La defensa del futuro: innovación, tecnología e industria
- 154 B The Defence of the Future: Innovation, Technology and Industry
- 155 La Cultura de Seguridad y Defensa. Un proyecto en marcha
- 156 El Gran Cáucaso
- 157 El papel de la mujer y el género en los conflictos
- 158 Los desafíos de la seguridad en Iberoamérica
- 159 Los potenciadores del riesgo