

LA IMPORTANCIA DE LA CLÁUSULA MARTENS EN LA REGULACIÓN DEL USO DE DRONES DURANTE CONFLICTOS ARMADOS*

IVANA MARÍA TOCINO**

Resumen: Este trabajo hace una reflexión sobre el rol de los Estados en la utilización de los llamados vehículos aéreos no tripulados (VANT) o mejor conocidos como "drones" y del papel preponderante en el que se ubica la Cláusula Martens ante la falta de una reglamentación específica en su uso. La investigación, asimismo, realiza un breve repaso sobre la evolución de dicha cláusula, así como su jurisprudencia y el papel que juegan los Convenios de Ginebra en el uso de los *drones*. Se busca analizar los problemas que la falta de normativas trae aparejado, así como también la necesidad de una codificación estricta y un acatamiento formal de los Estados Partes para una utilización que se ajuste a las normas y a la finalidad de los Convenios de Ginebra y del Derecho Internacional Humanitario.

Palabras clave: cláusula martens – derecho internacional humanitario – drones – convenio de ginebra

Abstract: This essay reflects upon the role of the State on the usage of unmanned aerial vehicles (UAVs), better known as drones, and the preponderant aspect of the Martens Clause in the face of the lack of specific regulations on their use. Likewise, the investigation glosses over the evolution of the aforementioned clause, and its jurisprudence on the crossover with the Geneva Agreements on drones. This way I aim to analyze said clauses, the necessity of a strict codifi-

* Recepción del original: 21/08/2018. Aceptación: 25/09/2018.

** Estudiante de Abogacía, especializada en Derecho Internacional Público orientado en el Derecho Internacional Humanitario, Migrantes y Refugiados. Agradezco con mucho cariño a mi profesora, Claudia Gasol Varela, por su incentivo y su gratitud a la hora de ayudarme a dar mi primer paso en mi formación profesional. Y a mi familia, por el apoyo y amor incondicional. El presente trabajo ha sido elaborado en el marco de un curso de CPO orientado a la investigación.

cation, and State compliance, so these vehicles can be handled according to the Geneva Convention agreements and International Human Rights laws.

Keywords: martens clause – international humanitarian law – drones – geneva convention

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este trabajo es elaborar una somera reflexión respecto de la trascendencia que tiene la Cláusula Martens en la utilización de los drones y de esta manera poder abrir el campo de debate para un empleo racional, regulado y limitado de dicho artefacto. En este sentido, partimos de un análisis breve y estructurado de los orígenes de esta fuente en el contexto del Derecho Internacional Humanitario, sistematizamos la problemática y las posibles soluciones respecto de la utilización de los drones en conflictos armados con el objetivo de que la comunidad internacional ahonde en la reglamentación del uso de drones en una sociedad que cada día da pasos agigantados en lo que respecta a materia tecnológica y científica dentro del campo de los enfrentamientos armados.

II. CONCEPTOS BÁSICOS Y PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS

Desde los últimos diez años se ha acelerado de manera exponencial el uso de los vehículos aéreos no tripulados (VANT) o mejor conocidos como drones. Una de las causas que puede observarse en el desarrollo de la nanotecnología, así como también la informática, para influir en la creación de este tipo de armamentos con fines militares y de combate. Sin embargo, los usos de los VANT son de larga data, autores afirman que podemos encontrar antecedentes en la Primera Guerra Mundial, la Segunda Guerra Mundial e incluso durante la Guerra de Vietnam. Si bien en aquellas épocas tenía una función de vigilancia, no fue sino hasta el conflicto en Vietnam que se utilizó para el combate propiamente dicho.

Este tipo de armas son comúnmente llamadas “armas autónomas” puesto que “son capaces de llevar a cabo una misión con intervención

limitada del hombre o sin esta".¹ En virtud de estos avances los Estados interesados y experimentados en los conflictos armados buscan un nuevo modo de batalla –llamado “guerra limpia”– sin la necesidad de tantas bajas en ambos bandos y donde las fallas sean mínimas en contraste a si se utilizasen otros armamentos. Se calcula que aproximadamente 70 Estados cuentan con drones, si bien la mayoría de ellos tienen una capacidad limitada, países como EE. UU.; Reino Unido e Israel, cuentan con drones que ya han sido utilizados en combates reales.²

El conflicto que se presenta a raíz de este nuevo panorama es la falta de regulación expresa sobre este asunto, así como las implicancias morales y éticas que conlleva el uso deliberado de estas armas. Aquí es donde juega un papel central el Derecho Internacional Humanitario (DIH) o *Jus in Bello*. Este no prohíbe ni permite el *Jus ad Bellum*, esto es el derecho a hacer la guerra, pero cumple la función de proteger a las víctimas, limitar los medios empleados para el combate y “humanizar” las consecuencias de dichos conflictos. En consecuencia, las normas que son parte del Derecho Internacional Humanitario, incluidos los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, así como las Convenciones de la Haya, entre otros, tienen la función de establecer los medios más “aceptables” a la hora de combatir y los procedimientos necesarios para proteger a las víctimas, ciudadanos y partícipes de los conflictos.

Los Convenios de Ginebra son de carácter universal puesto que han sido ratificados por todos los Estados, sin embargo, sus Protocolos no poseen este carácter ya que no fueron ratificados por la totalidad de los Estados, siendo imposible que estos los reconozcan como fuente internacional de obligaciones; una cuestión importante que debe ser mencionada es la función que cumplen estos instrumentos: en tanto los Convenios de Ginebra protegen a heridos y enfermos de las fuerzas armadas, a las víctimas de guerras marítimas, a prisioneros civiles y prisioneros de guerra durante conflictos armados de carácter internacional, los Protocolos Adicionales tienen como meta la regulación de las normas que dicten cómo debe librarse las guerras y con qué métodos (Protocolo Adicional I), así como la protección de civiles en conflictos armados no internacionales (Protocolo II) y la protección de un nuevo emblema (Protocolo III).³

1. GORRÍN MERIDA, “Las armas autónomas y el Derecho Internacional Humanitario”, p. 1.

2. PIGRAU, “Presentación”, pp. 6-7.

3. Protocolos adicionales I y II de los Convenios de Ginebra, 08/06/1977.

Respecto al empleo de *drones* y la falta de regulación de esta cabe la posibilidad de encontrar una respuesta en el artículo 36 del Protocolo Adicional I de Ginebra que dicta lo siguiente en materia de armas nuevas:

“Cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante”.⁴

Sin embargo, y como habíamos mencionado *ut supra* dicha norma no pertenece a un instrumento de carácter universal por lo que su obligatoriedad, en principio, no es total. Más adelante volveremos sobre el tema.

Frente a este panorama, entra en juego la Cláusula Martens que deviene como solución ante las lagunas normativas presentes en el Derecho Internacional Humanitario. Mediante este trabajo investigaremos si a través de la cláusula se puede regular el uso de los drones en los conflictos armados, teniendo en cuenta su trascendencia y envergadura en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario.

III. ORIGEN DE LA CLÁUSULA MARTENS

III.A. Opinión doctrinaria

Esta aparece por primera vez en el año 1899 al ser parte del Preámbulo del II Convenio de la Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre del mismo año y que más tarde –en 1907– sería nuevamente reproducida en el mismo Convenio; la adopción de la cláusula se debe al delegado Ruso, Frédéric de Martens, quien ante la posibilidad de que los Estados no llegasen a un acuerdo propuso esta herramienta. La transcripción dice:

4. Protocolo Adicional I de Ginebra, 08/06/1977, art. 36.

"En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública".⁵

Para doctrinarios de la talla de Jean Pictet, la cláusula contiene ciertas normas que "funcionan, en cierto sentido, como la espina dorsal de un cuerpo viviente, pues proporcionan líneas directrices para casos imprevistos y constituyen un resumen completo del conjunto, que es fácil de entender e indispensable a los fines de la difusión".⁶ En el mismo sentido, y desde el punto de vista de las fuentes del Derecho Internacional, este instrumento reenvía a principios que son fundamentales en esta área y que no dependen de la voluntad de las partes.⁷

Sin embargo, y previo a realizar un análisis más profundo de la cláusula, debemos mencionar que lamentablemente a la fecha no hay una definición única, y en consecuencia, hay diversas interpretaciones; por un lado podemos encontrar que la cláusula alcanza a todas las partes del Derecho Internacional Humanitario, adquiriendo un carácter general que evita las lagunas normativas;⁸ en la *Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, se estimó que la cláusula es una norma consuetudinaria y en su carácter normativo regula las conductas de los Estados a pesar de la ausencia de una norma particular;⁹ otra opinión establecería que en virtud de la poca cantidad de Tratados redactados de manera completa en materia de conflictos armados, es la razón por la que se establece mediante la cláusula que lo que no está prohibido, no está permitido *ipso facto*;¹⁰ una tercera corriente dice que la conducta en estos conflictos se juzga –también– por los Principios del Derecho Internacional (PDI), no solo teniendo en cuenta los Tratados

5. Convención II de La Haya de 1899, 31/07/1899, Anexo.

6. PICTET, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, p. 59.

7. PÉREZ GONZÁLEZ, "La cláusula en su concepción prístina", p. 116.

8. PÉREZ GONZÁLEZ, "La cláusula en su concepción prístina", p. 116.

9. CIJ, "Opinión Consultiva de la CIJ sobre...", párr. 82.

10. TICEHURST, "La Clausula Martens y el derecho de los conflictos armados", pp. 1-4.

Internacionales (TT.II.) y la Costumbre; por último, una cuarta corriente sostiene que los Principios previamente mencionados a los que se refiere la cláusula son el resultado de tres fuentes autónomas y distintas entre sí, esto es, usos establecidos, los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública, y que los dos últimos pueden ser considerados como criterios separados y jurídicamente vinculantes.¹¹ Este último punto es una cuestión de alto debate en las esferas doctrinarias, sin embargo, se tienen como referencia la opinión que ha emitido la Corte Internacional de Justicia al demostrar la importancia de la cláusula “cuya continua existencia y aplicabilidad no cabe dudar [ya que] ha demostrado ser un medio eficaz para encarar la rápida evolución de la tecnología militar”.¹²

La importancia de la Cláusula Martens se ve reflejada tanto en su incorporación en los textos más importantes en lo relativo al Derecho Internacional Humanitario, esto es los Convenios de Ginebra de 1949,¹³ como sus Protocolos Adicionales¹⁴ y en las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907;¹⁵ como así también en la finalidad y el objeto inmediato que persigue.

De acuerdo con la doctrinaria Elizabeth Salmón, “la finalidad de la cláusula Martens era cubrir jurídicamente aquellas situaciones que pudieran surgir en el curso de las hostilidades y no estuvieran contempladas por las normas convencionales”.¹⁶ En igual sentido, Julio Barberis explica que el objetivo es evitar –en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario– el principio del Derecho Privado por el cual todo lo que no está prohibido, está permitido;¹⁷ de esta manera cualquier conducta que no esté regida de manera específica debe, en función a la Cláusula Martens, someterse a las reglas del derecho consuetudinario, las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública. Así lo cree también el Comité de Derecho Internacional (CDI) al decir “(la Cláusula de Martens) [...] estipula que,

11. CHETAIL, “La contribución de la Corte Internacional...”, p. 244.

12. CIJ, “Opinión Consultiva de la CIJ sobre...”, párr. 78.

13. Convenios de Ginebra de 1949 para la Protección de las Víctimas de la Guerra, arts. 63, 62, 142 y 158, respectivamente.

14. Protocolo Adicional I de Ginebra, 08/06/1977, art. 1 (2); Protocolo Adicional II de Ginebra, 08/06/1977, Preámbulo.

15. Convención II de La Haya de 1899, 31/07/1899, Preámbulo; Convención de La Haya de 1907, 18/10/1907, Preámbulo.

16. SALMÓN, “Caracteres esenciales del DIH”, p. 34.

17. BARBERIS, “La formación de las normas jurídicas internacionales”, p. 271.

incluso en los casos no contemplados por acuerdos internacionales específicos, las personas civiles y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del derecho internacional preconizados por los usos establecidos, los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública".¹⁸

La importancia de la Cláusula Martens en lo que respecta a las fuentes del Derecho Internacional está íntimamente relacionado con la remisión a los "dictados de la conciencia pública" ya que se refieren a una variedad de proyectos de ley, declaraciones, prescripciones, resoluciones,¹⁹ entre otras, que son realizadas por instituciones de bien público, comunidades religiosas u organismos altamente capacitados en la materia que realizan estudios exhaustivos creando una idea de "cuáles son las prácticas compatibles con el sentir de la humanidad y cuáles no".

Siguiendo con esta línea, definen que "el principio de humanidad y los dictados de la conciencia pública son factores moderadores lícitos (puesto que) no cabe duda de que son estos los factores que, en la práctica, han impedido que los Estados hayan empleado armas nucleares".²⁰

III.B. Jurisprudencia

La Cláusula Martens ha sido incluida en diversos casos jurisprudenciales a lo largo de los últimos años, muchos de los cuales sirvieron para darle una validez y un peso significativo tal como para determinar el futuro de ciertos conflictos.

Así, en el Caso Naulilaa del año 1928, el Tribunal Arbitral invocó a las "experiencias de la humanidad" para limitar el alcance de las represalias²¹ como consecuencia de los hechos acaecidos en la región portuguesa africana de Naulilaa, el 19 de octubre de 1914, entre contingentes portugueses y alemanes que resultaron en la muerte de un funcionario y dos oficiales alemanes.²²

En la bien conocida Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) del año 1996 sobre la licitud de la amenaza o del empleo

18. TICEHURST, "La Clausula Martens y el derecho de los conflictos armados", pp. 1-4.

19. TICEHURST, "La Clausula Martens y el derecho de los conflictos armados", pp. 1-4.

20. DOSWALD-BECK, "El derecho internacional humanitario y la...", p. 49.

21. RODRÍGUEZ VILLASANTE & PRIETO Y LÓPEZ SÁNCHEZ, "La aplicación de la Cláusula Martens...", p. 123.

22. CDI, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, pp. 189-190.

de armas nucleares, se hace mención al caso del Canal de Corfú indicando que “es indudable que el hecho de que un gran número de normas del derecho humanitario aplicable en caso de conflicto armado sean tan fundamentales para el respeto de la persona y constituyan ‘principios elementales de humanidad’”.²³ Por su parte, el Juez Shahabuddeen en su opinión disidente dedico todo un capítulo a la Cláusula Martens, quien en primer lugar realiza un análisis de la característica atemporal que posee esta, estableciendo que al momento de ser dictada autorizaba a que los términos “principios de la humanidad” y “dictados de la conciencia pública” fuesen tomados como Principios del Derecho Internacional de modo tal que su contenido variase en la aceptación de los métodos y medios de guerra así como también la tolerancia de la comunidad internacional respecto de los modos de hacer la guerra, de esta forma, en determinadas épocas podría ser utilizada como un justificativo y en otras épocas para prohibir el conflicto armado. En este sentido, se le da la razón a Jean Pictet cuando dijo “que las Declaraciones de las Convenciones de la Haya [...] en virtud de la Cláusula Martens, equivalían a Principios de Derecho Humanitario que rebasaban con mucho la convención escrita; ellos les daban, por tanto, una dimensión dinámica que no estaba sujeta a las limitaciones del tiempo”.²⁴

En la opinión del Juez también se hace mención al Caso del Canal de Corfú del año 1949, aduciendo que “las obligaciones de Albania se basaban [...] en [...] consideraciones elementales de la humanidad”²⁵ intuyendo de esa manera la fuerza obligatoria que poseen y el carácter como fuente del derecho; sin embargo menciona que aún queda por delante entender en qué circunstancias las consideraciones de por sí solas obligan jurídicamente.

En este sentido se menciona una idea, la cual sigue esta corriente de pensamiento y que hallamos en el Caso Krupp del año 1948, donde el Tribunal Militar estima que “[el] Preámbulo [de la Convención de la Haya N° IV de 1907] es más que una declaración piadosa. Es una cláusula general que convierte los usos establecidos por las naciones civilizadas, las leyes de humanidad y los dictados de la conciencia pública

23. CIJ, “Opinión Consultiva de la CIJ sobre...”, párr. 79.

24. Mc BRIDE, “The legality of weapons for societal destruction”, p. 402.

25. CIJ, “Opinión Consultiva de la CIJ sobre...”, opinión disidente del Magistrado Shahabuddeen, p. 177.

en el criterio jurídico que habrá de aplicarse en los supuestos en que las disposiciones concretas de la Convención y las Reglas anexas a ellas no prevean determinados casos".²⁶

Cabe mencionar que, en el ámbito penal, el Tribunal *ad hoc* para la Ex Yugoslavia estimó en el caso Martić del año 1996, "que la prohibición de atacar a la población civil en cuanto tal y a las personas civiles, y el principio general que limita los medios y métodos de hacer la guerra, emanan de las consideraciones elementales de humanidad –*which also derive from the Martens Clause*– las cuales constituyen el fundamento entero conjunto del Derecho Internacional Humanitario".²⁷

La Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó a la Cláusula Martens en el Caso Barrios Altos del año 2001 en su sentencia al considerar que el hecho de encontrarse en numerosos Convenios del Derecho Internacional Humanitario es suficiente razón para que sea considerada como fuente material del Derecho Internacional Humanitario,²⁸ y va más allá al decir que la doctrina contemporánea la considera como fuente general del Derecho Internacional General de manera que "nadie osaría hoy negar que las 'leyes de humanidad' y las 'exigencias de la conciencia pública' invocadas por la Cláusula Martens pertenecen al dominio del *jus cogens*". La referida cláusula, como un todo, ha sido concebida y reiteradamente afirmada, en última instancia, en beneficio de todo el género humano, manteniendo así su gran actualidad. Se la puede considerar como expresión de la razón de la humanidad imponiendo límites a la razón de Estado (*raison d'État*).²⁹

A modo de conclusión de este capítulo podemos señalar que existen diversas opiniones en cuanto a considerar a la Cláusula Martens como una fuente de obligaciones para los Estados. Como hemos visto, hay quienes toman a la cláusula como una fuente material del Derecho Internacional (tal como lo hemos visto en el Caso Barrios Altos) y otros como un

26. CIJ, "Opinión Consultiva de la CIJ sobre...", opinión disidente del Magistrado Shahabuddeen, p. 177.

27. RODRÍGUEZ VILLASANTE & PRIETO Y LÓPEZ SÁNCHEZ, "La Cláusula Martens en el contexto...", p. 129.

28. Corte IDH, "Barrios Altos vs. Perú", voto concurrente del Juez Cançado Trindade, considerando 25.

29. Corte IDH, "Barrios Altos vs. Perú", voto concurrente del Juez Cançado Trindade, considerando 25.

mecanismo de seguridad o "un modo particular de formación de normas [...] internacionales",³⁰ de acuerdo con el autor los "usos establecidos entre naciones civilizadas" son una referencia a la costumbre, algo que no incorpora nada nuevo desde el punto de vista del Derecho Internacional, sin embargo, tanto "las leyes de la humanidad" como "las exigencias de la conciencia pública" si bien no tienen relevancia jurídica de por sí solas, es gracias a la misma cláusula que pasan a tenerlo.³¹ Es decir que son justamente estos dos principios los que le dan el carácter de fuente creadora de obligaciones.

Si bien no estamos de acuerdo con la siguiente postura, hay quienes aseguran que la Cláusula Martens no es fuente de obligaciones para los Estados. Es necesario mencionar nuevamente la Opinión Consultiva a la que nos referíamos previamente ya que Estados como Reino Unido, Estados Unidos y la Federación Rusa entre otros defendieron la legalidad de las armas nucleares en esta opinión, y en ella se pudo observar el debate constante entre las filosofías positivistas y naturalistas del Derecho Internacional. Según la primera, adherida por los Estados prolegalidad, la defienden como respuesta a la falta de regulación tanto consuetudinaria como convencional. De acuerdo con la corriente positivista, el Derecho Internacional se regula conforme la voluntad de los Estados, ya sea por aprobación de disposiciones convencionales o mediante la práctica del Estado, que promueve o impide el desarrollo de una norma consuetudinaria.³² En caso de no ser regidos por las normas convencionales o las consuetudinarias estarán al margen y no estarán obligados ni tampoco podrán ser responsables por la inobservancia de lo dictado por aquellas.³³

El derecho natural, sin embargo, es la postura que se engloba en el primer párrafo de esta conclusión, donde rige una universalidad que se basa en la justicia y el bien común y/o la moral, base filosófica de la Cláusula Martens.

30. BARBERIS, "La formación de las normas jurídicas internacionales", p. 272.

31. BARBERIS, "La formación de las normas jurídicas internacionales", p. 272.

32. AGO, "Positive Law and International Law", p. 693.

33. TICEHURST, "La Cláusula Martens y el derecho de los conflictos armados", pp. 1-4.

IV. LA UTILIZACIÓN DE LOS DRONES EN EL CONFLICTO ARMADO

IV.A. Evolución de los drones

La tecnología y la robótica van de la mano y como tales se encuentran en un proceso de evolución que data de hace décadas, no por nada los instrumentos cotidianos (como electrodomésticos) son cada vez más avanzados y a medida que pasa el tiempo, la necesidad de ser inteligentes, auto suficientes, es mayor. En el contexto militar, no debería sorprendernos que ocurra lo mismo, la implementación de nuevas técnicas y herramientas para mejorar las armas es de larga data, y el único fin es vencer al enemigo, de una forma más eficaz y rápida, sin la necesidad de bajas innecesarias en cada bando.

En este sentido, surge un nuevo personaje, el vehículo aéreo no tripulado, más específicamente los drones. El significado de este vehículo viene dado por el zumbido que realizan –o realizaban– sus motores y que se asemejaba al de un abejorro. La idea de estos drones es la de ser un vehículo automático, aunque en la actualidad se caracterizan por ser semi automáticos ya que siguen siendo controlados –aunque a la distancia– por un ser humano. Los orígenes de estos vehículos datan de la Primera Guerra Mundial (IGM), durante la Segunda Guerra Mundial (IIGM) y también en la Guerra de Vietnam donde fueron utilizados para reconocimiento del territorio, así como también durante el conflicto en Bosnia Herzegovina y en Kosovo, pero tuvieron un giro durante la última etapa del siglo XX. Algunos de los cambios que se pueden mencionar en la cadena evolutiva de los conflictos armados es la siguiente:

Se estima que desde hace décadas hay una "crisis estatal" por la concesión de soberanía ya sea a organismos supra nacionales como a organizaciones transnacionales de carácter privado que ejercen una influencia avasallante.

- Hay un retroceso en el apoyo al "nacionalismo" debido a una crítica que se le hace por ser el responsable de los conflictos mundiales.
- La Revolución Industrial generó un cambio en la economía mundial.
- Hay una regresión demográfica acentuada en el lado occidental.

- En el campo militar, los ejércitos son más reducidos y cuentan con más soldados capacitados en tecnología militar.
- Hay una sensibilización mayor por parte de la sociedad con respecto a los métodos para hacer la guerra, así como también las bajas que estas ocasionan. Cuestión que obviamente resulta reprochada para con el representante de cada Estado que asuma la tarea.
- Van surgiendo nuevas herramientas para hacer la guerra (misiles; control de comunicaciones; computadoras; inteligencia; vigilancia entre otras) generando un “mejor” método para la guerra. De esta manera, el líder político se ve más resguardado ante las críticas de la sociedad y el peso de las bajas es menor.

Respecto de las ventajas y desventajas en el uso de drones para conflictos armados podemos encontrar:

Ventajas

- Los drones semi automáticos no llevan tripulantes, ya que se operan a largas distancias y genera una especie de protección para el soldado que lo maneja ya que se encuentra lejos de la zona de peligro.
- Pueden desarrollar operaciones en un radio de acción sumamente extenso, es decir que se amplía el campo de batalla.
- Pueden ejecutar muchas más maniobras que las que permite un avión o helicóptero.
- Tienen una segunda función que es la de recolectar información y datos del enemigo sin levantar sospecha alguna y sin que corra riesgo ningún soldado o espía.
- Mitigan las bajas propias por las causas antes expuestas.
- Multiplican las fuerzas empleadas.
- Nunca actuarán por pánico, venganza ni odio racial.³⁴

34. BAQUES, “Análisis de las causas y de...”, pp. 11-26.

Desventajas

- En virtud de que no hay un tripulante a bordo del dron, se dificulta la tarea a la hora de asignar responsabilidad por actos contrarios al *ius in bello*.
- Al ampliarse el campo de batalla, la posibilidad de que haya bajas civiles también aumenta.
- Al respecto de las maniobras que pueden ejecutarse, el Reporte Especial que realizó el Sr. Philip Alston en donde estimó que, como consecuencia de la distancia en la que se encuentran y al realizar todas las operaciones a través de pantallas y audios, el relator especial estimó que se corre el riesgo de que los operadores terminen desarrollando una mentalidad de *PlayStation*. De esta manera, los Estados deben asegurarse de que se entrenen a estos operadores de manera tal que cumplan con las normas del Derecho Internacional Humanitario a la hora de llevar a cabo las misiones.³⁵
- Una desventaja que no ha sido debidamente corregida en materia de recolección de información y su posterior procesamiento son los errores que puede cometer. Uno de ellos tuvo fecha el 3 de julio de 1988 cuando un buque de guerra estadounidense –dotado de un sistema de defensa contra ataques aéreos– derribó un avión, que según el sistema era un F-14 iraní, si bien se sospechaba que podía ser un avión civil, la tripulación terminó por confiar en la información que se brindó, terminando con la vida de 290 personas.
- “En relación con el principio de distinción se ha dicho que, a causa de la falta de idoneidad tecnológica de los sensores existentes en la actualidad, la incapacidad para comprender el contexto y la dificultad de aplicar en la práctica el estatuto del no combatiente, o la incapacidad para interpretar intenciones y emociones, sería muy difícil para un robot autónomo cumplir las exigencias del DIH sobre este; y no digamos para identificar, en supuestos de conflictos asimétricos, quién es –y quién no– un combatiente”.³⁶
- El uso de drones puede generar una desensibilización por parte de los pilotos de estos aparatos a la hora de matar.

35. Consejo de Derechos Humanos de la ONU, A/HRC/14/24/Add.6, párr. 84.

36. GUTIÉRREZ ESPADA Y CERVELL HORTAL, “Sistemas de armas autónomas, drones y...”, p. 8.

- Asimismo, cabe la posibilidad de que la señal proveniente del satélite mediante el cual funciona el dron sea interferida, hackeada o inutilizable generando lo que se llama comúnmente como “latencia” causando una *diferencia entre el movimiento del terreno y la llegada de la imagen de video al piloto que maneja el dron*.³⁷

Si bien los pros y los contras en la aplicación de los drones son sumamente variados y la discusión muy enriquecedora, lo cierto es que hay una falta de regulación al momento de su utilización, y aquí es donde entra en juego otra discusión sobre qué se debe aplicar y qué es lo que dicen las normas actuales del Derecho Internacional Humanitario. De acuerdo con el Protocolo Adicional I en su artículo número 35 inciso 1, establece que los métodos y medios para utilizar en un conflicto armado no pueden ser escogidos de manera arbitraria ni ilimitada. En el mismo sentido, el siguiente artículo número 36 dicta que cualquier Estado que adopte, desarrolle o cree una nueva arma, deberá especificar si el empleo de esta, en las circunstancias que sean establecidas para tal fin, estarían prohibidas por el Protocolo.³⁸

Por su parte, el Comité Internacional de la Cruz Roja al redactar las normas del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario dictaminó que “[q]ueda prohibido el empleo de medios y métodos de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios”.³⁹ Sin embargo, muchas de las armas que entran en estas categorías fueron expresamente prohibidas mediante Tratados Internacionales, algo que al momento no ha ocurrido aún con los drones. Aun así, siguiendo la idea de que estas armas puedan causar males superfluos o sufrimientos innecesarios se debe mencionar el informe realizado por las Universidades de Nueva York y Stanford sobre las muertes, heridas y los traumas que sufrieron los civiles por los ataques de drones en Pakistán que dicen lo siguiente:

“La presencia de drones y la capacidad de EE. UU. para atacar en cualquier lugar en cualquier momento provoca un miedo, una ansiedad y un estrés constantes y

37. NEW YORK UNIVERSITY – STANFORD UNIVERSITY, “Chapter 3: Living under drones”, p. 23.

38. Protocolo Adicional I de Ginebra, 08/06/1977, arts. 35.1 y 36.

39. HENCKAERTS & DOSWALD-BECK, *El Derecho Internacional Humanitario consuetudinario*, p. 265.

agudos, sobre todo cuando se une a la incapacidad de las personas sobre el terreno para garantizar su propia seguridad. Asimismo, los entrevistados afirmaban que el temor a los ataques socava la sensación de seguridad de la gente en tal medida que en ocasiones ha afectado a su voluntad de participar en una amplia variedad de actividades, entre ellas reuniones sociales, oportunidades educativas y económicas y funerales, y que ese temor también ha minado la confianza general de la comunidad. Además, la práctica estadounidense de atacar una zona múltiples veces, y su historial de muerte de quienes ofrecen una primera respuesta, hace que los miembros de la comunidad y los trabajadores humanitarios teman ayudar a las víctimas heridas".⁴⁰

Para comprender el contexto en que este informe fue realizado es conveniente explayarse aunque ya sea brevemente en el caso que se ha dado en llamar "La Campaña de ataques contra Al-Qaeda en Pakistán".⁴¹ Este tuvo como antecedente los atentados registrados contra las Torres Gemelas el fatídico 11 de Septiembre de 2001 en manos de los terroristas de Al-Qaeda, días más tarde el entonces Presidente George W. Bush había declarado la guerra al terrorismo, al mismo tiempo, en el extremo opuesto del mapa, muchos miembros de esta facción terrorista (incluido Osama Bin Laden) se movieron hacia el territorio Pakistán. Para el año 2002, los Estados Unidos ya comenzaban a utilizar sus drones para sobrevolar los territorios y dos años más tarde comenzaron los ataques, para ser más precisos, en junio del 2004 el primer ataque culminó con la vida del líder talibán Nek Mohammed. Un año después dos ataques terminarían con la vida de un experto en explosivos de Al-Qaeda y un jefe de operaciones de la misma organización. Para 2006 se utilizaron cuatro drones modelo *Predator* para bombardear una zona donde se creía que se encontraba la mano derecha de Osama Bin Laden, Ayman Al Zawahiri. Sin embargo, el objetivo no pudo ser neutralizado y para colmo

40. NEW YORK UNIVERSITY – STANFORD UNIVERSITY, "Chapter 3: Living under drones", p. 55.

41. Se debe aclarar que previo a los ataques ocurridos en Pakistán, más precisamente en el año 2002 se atacó en territorio yemení con el objetivo de asesinar a uno de los líderes de Al-Qaeda acusado de planificar el atentado contra el USS Cole dos años antes. En el año 2008 se reactivaron las operaciones en Yemen debido al carácter transnacional que estaba adquiriendo Al-Qaeda, entre el año 2009 y el 2011 tanto la US Navy como la CIA desarrollaron diversas operaciones para acabar con esta célula, sin embargo, fue la agencia estadounidense la que utilizó drones para atacar. Cabe destacar que para el año 2012 se pudieron contabilizar ciento cuarenta y dos ataques.

de males se dispararon contra hogares terminando con la vida de 18 civiles. Como consecuencia de las repercusiones tanto sociales como políticas, los ataques y las vigilancias fueron suspendidas y reanudaron en el año 2008 cuando la C.I.A. pidió permiso al presidente Bush para incrementar los ataques contra los líderes de la facción terrorista la cual efectivamente fue multiplicándose, al punto de que se realizaran 30 ataques desde ese momento y hasta el fin de su presidencia. Sin embargo, con el arribo de los demócratas a la Casa Blanca, las embestidas no disminuyeron, por el contrario, superó el número que se había realizado en el período del 2004 al 2008.

Como consecuencia de esto, y lo que es más grave para el estudio que estamos realizando, hubo bajas de civiles inocentes como consecuencia el mal manejo de los drones en Pakistán. De acuerdo con lo difundido por el programa *New American Foundation* entre 2004 y 2007 las bajas civiles fueron de entre el 54% y el 61%.⁴²

A raíz de los alarmantes acontecimientos, el Relator Especial de las Naciones Unidas, Philip Alston se explayó en su informe sobre los denominados asesinatos selectivos producidos en manos de los drones y los definió como "el uso intencional, premeditado y deliberado de la fuerza letal, por parte de los Estados o agentes que actúan al amparo de la ley, o por un grupo organizado en los conflictos armados, contra un individuo específicos que no se encuentra bajo la custodia física del autor".⁴³ Se debe poner de manifiesto la diferencia entre los ataques selectivos y los *signature strikes*, esto es ataques efectuados también mediante drones pero que no tienen identificado a la persona que se pretende asesinar (como ocurre en el primer caso), sino que son seleccionadas sobre la base de patrones de comportamiento que hacen suponer que se trata de terroristas.

En el mismo informe, el Relator Especial se explayó sobre los propulsores y detractores del uso de los drones, de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario, y estimó que "una de las mayores preocupaciones respecto del uso de drones es que es más sencillo asesinar sin que el Estado corra riesgos [...] los Estados deben asegurar que el criterio que aplican con respecto a quién puede ser un blanco o quien es asesinado, se corresponda con el uso de cualquier otra arma".⁴⁴

42. LASTRA ECHARANDIO, *El marco jurídico internacional del uso...*, p. 9.

43. Consejo de Derechos Humanos de la ONU, A/HRC/14/24/Add.6, párr. 1.

44. Consejo de Derechos Humanos de la ONU, A/HRC/14/24/Add.6, párr. 80.

En contraposición a las opiniones que se han vertido a nivel mundial respecto de los actos infligidos por los Estados Unidos ellos han buscado la manera de justificarse diciendo que ejercen la legítima defensa amparándose en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas que opera como una excepción al artículo 2 inciso 4 del mismo instrumento que prohíbe "recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado".⁴⁵

La falta de transparencias en estas acciones que se realizan por medio de drones es lo que lleva a desconfiar de su legalidad –entre otras razones– y el motivo por el cual hoy en día nos preguntamos si hay una herramienta en el Derecho Internacional Humanitario que permita regular el uso de los drones, más específicamente si la Cláusula Martens tiene una fuerza tal que obligue a los Estados a responder y manejarse conforme a ella. En virtud de esto es que analizaremos seguidamente el uso de los drones en el ámbito del Derecho Internacional.

IV.B. Los drones en el contexto del DIH y el DIDH

Como hemos visto, los drones son vehículos aéreos no tripulados que son manejados a distancia y tienen una doble función: de vigilancia o bien en tareas militares denominadas "ataques selectivos".

En la actualidad, el Derecho Internacional Humanitario no reglamenta de manera específica el uso de los drones, no han sido adheridos al Tratado de Comercio de Armas ni tampoco se ha sido prohibido expresamente por la Organización de las Naciones Unidas por lo cual se pone a prueba su capacidad para adecuarse a los nuevos retos que supone el avanzado desarrollo de la tecnología.⁴⁶ De esta manera, en ausencia de una normativa específica en la materia, debemos acudir a los textos que se encuentran vigentes al día de la fecha. Como mencionamos anteriormente, el Derecho Internacional Humanitario se haya regulado por diversas normas que fijan las reglas de protección a las víctimas de conflictos armados, así como los métodos de combate. Para ello encontramos los Convenios de Ginebra de 1949 así como sus Protocolos Adicionales, los Convenios de la Haya y

45. Carta de las Naciones Unidas, 26/06/1945, art. 2, inc. 4.

46. ZAFRA, "La cuestión de los drones en el Derecho Internacional Humanitario: una espada de doble filo".

las normas consuetudinarias establecidas por el Comité Internacional de la Cruz Roja.

Uno de los principios que establece el Protocolo Adicional I de Ginebra es que las partes no pueden escoger los métodos y los medios de guerra de forma ilimitada,⁴⁷ asimismo, el artículo 36 establece que deberá pasar por un proceso de verificación todas aquellas armas que sean nuevas y así poder establecer su licitud conforme al Derecho Internacional Humanitario. Un inconveniente que se plantea cada vez que se mencionan los artículos del Protocolo Adicional I de Ginebra es ¿qué ocurre con los Estados que no lo han ratificado? ¿Se encuentran relegados de las obligaciones y lo deberes que este instrumento formula? Países como Estados Unidos e Israel son un claro ejemplo de Estados que no lo han ratificado y son algunos de los que se encuentran en el estadio más avanzado respecto a la carrera armamentista. Se genera una laguna jurídica en este sentido y es donde nosotros introducimos la Cláusula Martens como respuesta a estas situaciones, que posee la fuerza necesaria en tanto fuente del Derecho Internacional para doblegar las pretensiones de aquellos Estados "poderosos" que pretenden crear, desarrollar y utilizar métodos de guerra nuevos a su antojo.

Respecto de las normas consuetudinarias, el Comité Internacional de la Cruz Roja estableció que no se permitirá el uso de armas que causen males innecesarios.⁴⁸ Estas y otras normas surgen con el propósito de que exista una precaución en el ataque, es decir, que se deben manejar con cierta prudencia a la hora de atacar de manera que se preserve la población.⁴⁹ De acuerdo con aquellos que se encuentran a favor de la implementación de los drones, hay cuatro razones por las cuales los mismos cumplen con la precaución en el ataque, a saber:

- Una transmisión de video mientras el dron se encuentra en funcionamiento permite asegurarse la ausencia de civiles en el perímetro.
- Mediante el dron se permite la localización de los objetos que están bajo seguimiento.
- En determinados casos, las fuerzas militares son responsables de vigilar el objetivo.

47. Protocolo Adicional I de Ginebra, 08/06/1977, arts. 35.1.

48. HENCKAERTS & DOSWALD-BECK, *El Derecho Internacional Humanitario consuetudinario*, p. 265.

49. CASEY MALSEN, "¿La caja de Pandora? Ataques con...", pp. 11-12.

Por último, salvo contadas excepciones, se dice que los misiles propulsados de los drones tienen un rango de explosión menor que los misiles normales generando, según estas posturas, un daño menor ya que puede ser controlado.⁵⁰

Es importante mencionar dos principios que son la base del Derecho Internacional Humanitario, uno de ellos es el principio de distinción y el otro es el principio de proporcionalidad. El primero es aquel que establece que los Estados tienen la obligación de poder distinguir los objetivos militares de aquellos que no lo son, es decir los civiles, y que en consecuencia gozan de protección, conforme a los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. De esta manera:

"1.- Los ataques deben siempre realizarse contra objetivos militares; 2.- Que antes de su lanzamiento es necesario adoptar medidas de precaución para, por un lado, identificar correctamente los objetivos y los riesgos derivados de ese ataque para las personas y los bienes civiles, y, por otro lado, minimizar los daños civiles colaterales que puedan ocasionarse; 3.- Que los ataques que se prevea puedan causar daños civiles colaterales excesivos en relación con la ventaja militar esperada deben ser cancelados, o, si ya se han iniciado, deben ser suspendidos; y 4.- Que no se puede utilizar armamento prohibido en operaciones militares, y si existen limitaciones con respecto al armamento utilizado se deben respetar".⁵¹

El segundo principio, de proporcionalidad, está plasmado en el artículo 35 del Convenio de Ginebra I, así como en la norma 70 del Comité Internacional de la Cruz Roja, tal como había sido mencionado *ut supra*. La finalidad que persigue este principio es la de limitar el sometimiento del enemigo y la imposición de las condiciones.

En materia de los Derechos Internacionales de los Derechos Humanos (DIDH), el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) los define como "un conjunto de normas internacionales, convencionales o consuetudinarias, en que se estipula el comportamiento y los beneficios que las personas o grupos de personas pueden esperar o exigir de los Gobiernos. Los derechos humanos son derechos inherentes a todas las personas por

50. CASEY MALSEN, "¿La caja de Pandora? Ataques con...", p. 12.

51. LASTRA ECHARANDIO, *El marco jurídico internacional del uso...*, p. 27.

su condición de seres humanos. Muchos principios y directrices de índole no convencional integran también el conjunto de normas internacionales de derechos humanos".⁵² Para muchos doctrinarios, tanto el Derecho Internacional Humanitario como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene como denominador común el principio de humanidad, esto es, "respetar y tratar a todas las personas con humanidad, tanto a los combatientes, a quienes no se les hará padecer sufrimientos innecesarios, como a los no combatientes, quienes en todo momento deberán ser tratados con humanidad",⁵³ la razón de ser de este principio es la protección de la dignidad humana la cual se ve fundamentada en los Tratados creados conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y respecto del Derecho Internacional Humanitario encontramos a la Cláusula Martens, la cual, según autores, es un puente entre ambos. Al respecto, señalan un extracto del Tribunal *ad hoc* para la Ex Yugoslavia en el Caso Furundzija del año 1998 que dice:

"La esencia de todo el corpus del Derecho Internacional Humanitario, así como de los Derechos Humanos descansa en la protección de la dignidad humana de toda persona, cualquiera sea su género. El principio general de respeto a la dignidad humana [...] es la principal *raison d'être* del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos".⁵⁴

Sin embargo, debemos mencionar que la convergencia entre ambas materias del Derecho Internacional no vio la luz sino hasta finales de la década del 60 cuando se redactó la Declaración de Teherán. Pese a eso, aún existen pequeñas diferencias en lo que atañe al modo de protección del ser humano, el Derecho Internacional Humanitario por su parte se centra en el contexto de los conflictos armados y los medios para proteger a las víctimas resultantes, por otro lado, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tienden a promover y proteger los derechos del ser humano en general garantizando su goce. Esto es que, mientras el último busca garantizar el desarrollo del ser humano como tal, para realizar sus objetivos sociales, políticos, económicos y sociales, en otras palabras, propor-

52. CICR, "Derecho internacional humanitario y derecho internacional...", p. 1.

53. SALMÓN, "Fuentes del DIH", p. 54.

54. TPIY, "Prosecutor vs. Furundzija", considerando 183.

cionarle una mejor calidad de vida, aquel tiene como fin, preservar al ser humano de las graves consecuencias que conlleva un conflicto armado.⁵⁵ Otra diferencia que encontramos es la expansión que han tenido, así, mientras el Derecho Internacional Humanitario fue desarrollándose de manera universal, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos lo ha sido además en un ámbito regional como consecuencia de los órganos de aplicación que rigen en esta área. Por su parte, las similitudes que encontramos son, en primer lugar, la doctrina establece una conexión en cuanto a las protecciones que se reconocen en el artículo 75 del Protocolo Adicional I de Ginebra en donde hay una similitud de las garantías que se le reconocen al ser humano con los Tratados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En segundo lugar, Jean Pictet enumera distintos principios que son aplicables a ambos derechos, uno es el principio de inviolabilidad refiriéndose a aquellas condiciones que son inherentes a la persona como la vida y la integridad tanto física como psíquica; el segundo principio es no discriminación; y el último es el principio de seguridad.⁵⁶ Una última similitud que se encuentra entre ambos derechos y que es particularmente interesante desde el punto de vista de los drones y los conflictos armados.

Particularmente en el contexto del tema que nos convoca sirve de referencia para analizar la relación de los drones en el conflicto armado con el DIH así como también con el DIDH, la afirmación que realiza Philip Alston sobre el uso de la fuerza letal por parte de los Estados diciendo "un asesinato cometido por el Estado solo es legal si es necesario para proteger la vida (con lo que la fuerza letal es proporcional) y no existen otros medios, como la captura o la incapacitación no letal, para prevenir esa amenaza a la vida (con lo que la fuerza letal es necesaria)".⁵⁷ Aquí Alston menciona dos principios que son comunes en ambos Derechos pero que en cada uno poseen un significado un tanto distinto, esto es el principio de necesidad y el de proporcionalidad. Respecto de la reglamentación del uso de la fuerza letal por parte de los Estados, el DIDH utiliza los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley de 1990* (Principios Básicos) que en su artículo 9 establece "en cualquier caso, solo se podrá

55. SALMÓN, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos...", p. 74.

56. SALMÓN, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos...", p. 72.

57. Consejo de Derechos Humanos de la ONU, A/HRC/14/24/Add.6, párr. 32.

hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida”.⁵⁸ Continúa diciendo Alston en su Informe Especial que bajo el DIDH no pueden ser legales los ataques selectivos puesto que son intencionales, deliberados y premeditados y que, a comparación de los conflictos armados, nunca podría estar permitido o ser conforme a Derecho que el asesinato sea el único objetivo de una operación. Es decir, en los conflictos armados, lamentablemente es claro que la muerte o el asesinato en el campo de batalla es un hecho que no puede evitarse –al menos no la mayoría de las veces– y si bien, no es algo que esté aprobado (moral ni éticamente), la guerra no puede evitarse y por eso el DIH regula los métodos y medios para que esta se desarrolle, sin embargo, no ocurre así con los ataques selectivos. La fuerza letal por parte de un Estado solo es legal –bajo las reglas del DIDH– si es estrictamente necesario para salvar una vida, y pone de relieve que la obligación de los Estados para respetar y proteger la vida humana conlleva la obligación de ejercer una debida diligencia al momento de proteger la vida de ataques terroristas.

En relación con el uso de drones, menciona que fuera del contexto de los conflictos armados el uso de drones para los ataques selectivos es cuasi imposible que sea legal, sobre todo si se dan fuera del territorio del Estado que está detrás de esta operación y señala que estas acciones amenazan con destruir la prohibición de la privación arbitraria de la vida e inclusive podrían generar responsabilidad para el Estado.⁵⁹

Ante esto, es necesario preguntarse: ¿qué papel juega la Cláusula Martens en el uso de los drones en conflictos armados y cuál es su importancia?

V. LA IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN DEL USO DE DRONES MEDIANTE LA CLÁUSULA MARTENS

A lo largo de este trabajo hemos desarrollado cuál es la actividad o actividades que se realizan mediante los drones y cuáles son sus ventajas y desventajas, sobre todo en este último aspecto es el que basamos nuestro trabajo puesto que creemos que constituyen una amenaza para el bienestar tanto de la sociedad como de los seres humanos individualmente, y si bien,

58. ONU, *Principios Básicos Sobre el Empleo de...*, art. 9.

59. Consejo de Derechos Humanos de la ONU, A/HRC/14/24/Add.6, párr. 86.

como dijo Philip Alston, un misil lanzado por un dron no difiere en sus efectos de uno que es lanzado de un helicóptero o cualquier otro armamento que se use para tal fin, los drones actúan de una manera tan discreta que se vuelve un arma de doble filo, sobre todo si tenemos presente que es una cuestión que no ha sido regulada, generando el riesgo de que los Estados utilicen esta carencia de una manera que les sea favorable en perjuicio de los demás Estados y de la sociedad víctima de sus actos.

Es aquí donde vuelve a entrar en escena la Cláusula Martens ya que creemos que puede ser la solución a este vacío normativo. Esta fue desarrollada para ser un mecanismo de seguridad ante las lagunas normativas que pueden aparecer en determinados casos del DIH. Para parte de la doctrina y la jurisprudencia puede ser considerada una fuente material gracias a la adopción de los distintos instrumentos del DIH que la han incorporado y que genera en consecuencia la influencia suficiente para crear nuevas reglas que interpreten el mejor modo de utilizar un armamento, limitar su uso de acuerdo con las condiciones que estime necesarias o incluso prohibirlas si correspondiese. Otra parte de la doctrina, entre ellos Julio Barberis, estima que la cláusula es un hecho creador de normas particular, ya que el proceso de creación de estas normas comienza con la formación de prescripciones dictadas por la conciencia pública que luego, a falta de normas específicas, se constituyen como norma jurídica generando obligaciones para los Estados.

La importancia de considerar a la Cláusula Martens como fuente obligacional del Derecho radica en la finalidad que persigue, que no es otra que establecer los límites a los nuevos métodos que aún no han sido regulados de manera explícita y que generarían la obligación de los Estados de actuar conforme a ella. En este sentido, se ha dicho que la cláusula remite a principios tan fundamentales que descartan la voluntad de las partes. De tal manera, mucha jurisprudencia le ha reconocido el valor que merece a la cláusula en tanto ha logrado confrontar los distintos sucesos que han surgido a lo largo de estos años en materia de tecnología militar.

La mención que la cláusula hace a los "dictados de la conciencia pública" sin duda son relevantes puesto que no es una mera opinión lo que busca establecer esta enunciación sino una obligación moral o un deber,⁶⁰ recae en las instituciones más relevantes en la materia así como en los Estados de sal-

60. ASARO, "Jus nascendi, Robotic Weapons and the Martens Clause", p. 11.

vaguardar aquello por lo que el DIH ha sido creado en un principio, en este sentido, ya hemos mencionado que la jurisprudencia los consideró como un factor sumamente importante, al punto tal de incluirlas en el ámbito del *jus cogens*. Afirma la doctrina en este sentido que "el lenguaje retórico y ético de la Cláusula Martens se ha compensado con su contenido jurídico, algo vago e indeterminado pero conducente hacia un terreno de mayor normatividad. Además, la alusión a 'exigencias de la conciencia pública' pone de relieve que los estados establecieron reglas que obedecían a un sentimiento general de necesidad, lo que significa, en opinión de Mangas, un trato humanitario conforme a la dignidad humana de la víctima (en un sentido particular) y una protección de la humanidad misma y su conservación frente a actos aniquiladores del género humano (en un sentido general)".⁶¹

VI. CONCLUSIÓN

La reticencia actual por parte de algunos Estados de identificar o incluir a la Cláusula Martens como una fuente del Derecho Internacional es bien sabida, y lamentablemente, es una realidad. Sin embargo, eso no le quita valor ni peso a aquellos que propugnan en favor de considerarla una herramienta que limite el accionar y establezca los medios en que los drones deben ser utilizados.

Actualmente, quienes están en contra de esta "cruzada" a favor de la cláusula son los mismos que hace años estaban a favor de la legalidad de las armas nucleares, estados poderosos en materia militar y armamentística que lucran tanto con el desarrollo de nuevas tecnologías militares como así también con determinados conflictos armados. Bien sabido es que la falta de reglamentación de un arma tan innovadora como es el dron, que permite en cierto modo el libre albedrío para cumplir con los objetivos propios de cada Estado es por demás tentador como para desaprovecharlo.

Un claro ejemplo lo vemos en la utilidad, por demás cuestionable, que le ha dado los Estados Unidos a esta arma, y que ha sobrepasado los límites morales y éticos por no decir inclusive legales que pretende proteger y hacer cumplir el Derecho Internacional Humanitario y en igual medida el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

61. SALMÓN, "Caracteres esenciales del DIH", p. 43.

La reglamentación del uso de drones en nada impedirá que sea utilizado en los conflictos, sino que la pretensión de quienes están a favor de la cláusula es regular su uso de modo que no sea abusivo ni vaya en contra de las reglas básicas de protección a la humanidad, reglas que son, como ya hemos visto, universales;⁶² nobleza obliga, es importante remarcar incansablemente, que el inconveniente no se da con el dron en sí mismo, puesto que como ya hemos visto, no solo tiene la función de atacar blancos, sino que puede ser utilizado para recabar información. La problemática rige en cuanto al uso que se les den a estos dispositivos, y lamentablemente en la actualidad, al no haber una regulación específica, se debe acudir a los instrumentos del DIH con que contamos, esto es los Convenios de Ginebra y sus Protocolos, entre otros, pero estos han sido creados en una época que, al ritmo al que vamos, ya son prácticamente obsoletos para determinadas materias.

En consecuencia, la regulación del uso de drones, mediante una convención o un protocolo u otro instrumento que tenga la misma finalidad, puede ayudar a determinar la responsabilidad por actos que sean contrarios a los principios fundamentales del DIH, es decir, ¿a quién hace penalmente responsable cuando se asesina a personas civiles en violación de las normas de distinción o proporcionalidad del DIH, o en violación de los derechos humanos fundamentales? ¿Al operador del dron? ¿Quién tiene el poder de decidir si el blanco es el objetivo?

Para finalizar, me permito incluir el pensamiento de la Profesora Torroja a este razonamiento cuando ella se refiere que se trata de un debate ético el cual debe ser resuelto por los Estados de manera objetiva –y no basándose en el interés propio de cada Estado– los cuáles pueden identificarse perfectamente con los principios de la Cláusula Martens (esto es, los usos de las naciones civilizadas y las exigencias de la conciencia pública). Y cuestiono, teniendo en cuenta que, justamente los Estados que se encuentran más contrarios a la reglamentación del uso de drones a través de la cláusula son aquellos que lideran el Comité Internacional de la Cruz Roja y las Naciones Unidas ¿*tienen criterio para identificar el contenido*

62. Para el Profesor Jaume Saura, sería conveniente restringir el uso de drones con propósitos militares a marcos fácticos de auténticos conflictos armados y hostilidades, contra combatientes enemigos legítimos, y con pleno respeto de los principios básicos del derecho internacional conforme a algunas implicancias del empleo de drones en perspectiva jurídica internacional. SAURA, "Algunas implicaciones del empleo de drones...", p. 133.

de la “conciencia pública”, de los “principios de las naciones civilizadas” en interés del bien común y no en el suyo propio?

BIBLIOGRAFÍA

- AGO, Robert, “Positive Law and International Law”, en *The American Journal of International Law*, N°4, Vol. 51, 1957, pp. 691-733, DOI: 10.2307/2195350.
- ASARO, Peter, “Jus nascendi, Robotic Weapons and the Martens Clause”, URL <http://www.peterasaro.org/writing/Asaro%20Jus%20Nascendi%20PROOF.pdf>, consultado 10/11/2016.
- BAQUES, Joseph, “Análisis de las causas y de las consecuencias sociales y políticas del empleo de drones”, en Aguiar, Pablo, Alcalde, Javier, Baqués, Josep y otros/as, *El Arma de moda: impacto del uso de drones en las relaciones internacionales y el derecho internacional contemporáneo*, Barcelona, Institut Català Internacional per la Pau, 2014, pp. 11-33.
- BARBERIS, Julio, “La formación de las normas jurídicas internacionales”, en Barberis, Julio, *Formación del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 1994.
- CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, 26/06/1945, San Francisco, Estados Unidos de América, e.v. 24/10/1945.
- CASEY MALSEN, Stuart, “¿La caja de Pandora? Ataques con drones: perspectiva desde el *jus ad Bellum*, el *jus in bello* y el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N°886, 2012, pp. 597-625.
- CHETAIL, Vincent, “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2003, URL <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5uamwj.htm>, consultado 02/11/2016.
- Comisión de Derecho Internacional, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1978, Vol. II, primera parte.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, “Protocolos adicionales I y II de los Convenios de Ginebra”, URL <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/additional-protocols-1977.htm>, consultado 02/11/2016.
- , “Derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos. Analogías y diferencias”, URL <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5v5132.htm>, consultado 10/11/2016.

- Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, A/HRC/14/24/Add.6, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston: Addendum: Study on targeted Killings, 28/06/2010.
- Convención de la Haya de 1907, 18/10/1907, La Haya, e.v. 25/01/1910.
- Convención II de la Haya de 1899 relativa a las Leyes y Usos de Guerra Terrestre y Reglamento, 31/07/1899, La Haya, e.v. 4/09/1900.
- Convenios de Ginebra de 1949 para la Protección de las Víctimas de la Guerra, 12/08/1949, Ginebra, e.v. 21/10/1950.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Barrios Altos vs. Perú”, Sentencia del 14/03/2001 (fondo), voto concurrente del Juez Cançado Trindade.
- Corte Internacional de Justicia, “Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares”, 19/07/1996.
- DOSWALD-BECK, Louise, “El derecho internacional humanitario y la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1997, URL <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdldn.htm>, consultado el 04/11/2016.
- GORRÍN MERIDA, Leonel, “Las armas autónomas y el Derecho Internacional Humanitario”, URL <http://www.cedih.sld.cu/Las%20armas%20autonomas%20y%20el%20DIH.pdf>, consultado el 02/11/2016.
- GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo y Cervell Hortal, María J., “Sistemas de armas autónomas, drones y Derecho Internacional”, en *Revista del Instituto Español de Asuntos Estratégicos*, N°2, Murcia, Universidad de Murcia, 2013.
- HENCKAERTS, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *El Derecho Internacional Humanitario consuetudinario*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, Vol. I.
- LASTRA ECHARANDIO, Virginia, *El marco jurídico internacional del uso de drones de combate en la lucha contra el terrorismo yihadista*, Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2016.
- MC BRIDE, Sean, “The legality of weapons for societal destruction”, en Swinarski, Christoph, *Studies and essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Ginebra, 1984.
- NEW YORK UNIVERSITY – STANFORD UNIVERSITY, “Chapter 3: Living under drones”, en *Living under drones: death, injury and trauma to civilians*

from US drone practices in Pakistan, Nueva York, 2012, URL <http://chrgj.org/wp-content/uploads/2012/10/Living-Under-Drones.pdf>, consultado el 10/11/2016.

PICTET, Jean, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Ginebra, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

PIGRAU, Antoni, “Presentación”, en Aguiar, Pablo, Alcalde, Javier, Baqués, Josep y otros/as, *El arma de moda: impacto del uso de drones en las relaciones internacionales y el derecho internacional contemporáneo*, Barcelona, Institut Català Internacional per la Pau, 2014.

Principios Básicos Sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 07/09/1990, La Habana.

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales — Protocolo I, 08/06/1977, Ginebra, e.v. 7/12/1978.

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional — Protocolo II, 08/06/1977, Ginebra, e.v. 7/12/1978.

PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, “La cláusula en su concepción prístina”, en Rodríguez Villasante y Prieto, José L. & López Sánchez, Joaquín (coords.), *La protección de la persona y el principio de la humanidad en el siglo XXI*, Valencia, Cruz Roja Española, 2012.

SALMÓN, Elizabeth, “Caracteres esenciales del DIH”, en Salmón, Elizabeth, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2004.

—, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario”, en Salmón, Elizabeth, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2004.

—, “Fuentes del DIH”, en Salmón, Elizabeth, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2004.

SAURA, “Algunas implicaciones del empleo de drones en perspectiva jurídica internacional”, en Aguiar, Pablo, Alcalde, Javier, Baqués, Josep y otros/as, *El Arma de moda: impacto del uso de drones en las relaciones internacionales y el derecho internacional contemporáneo*, Barcelona, Institut Català Internacional per la Pau, 2014, pp. 121-136.

TICEHURST, Rupert, “La Cláusula Martens y el derecho de los conflictos armados”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N°316, 1997.

Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia, “Prosecutor vs. Furundzija”, Caso N° IT-95-17/I-T, sentencia del 10/12 /1998.

ZAFRA, Rita del Pilar, “La cuestión de los drones en el Derecho Internacional Humanitario: una espada de doble filo”, URL <http://www.ais.org.pe/la-cuestion-de-los-drones-en-el-derecho-internacional-humanitario-una-espada-de-doble-filo/>, consultado 10/11/2016.