

Consideraciones de derecho internacional humanitario

El DIH, también llamado derecho de los conflictos armados o leyes de la guerra, es la rama del derecho internacional que regula la conducta en un conflicto armado. De conformidad con el principio de igualdad entre los beligerantes, el DIH vincula a todas las partes en un conflicto armado, incluidos los grupos armados no estatales.⁵⁵

El DIH, también conocido como *ius in bello*, se aplica independientemente de cualquier consideración sobre la legalidad del uso de la fuerza, *ius ad bellum*. La separación entre la aplicación de estos dos regímenes legales es necesaria por razones tanto humanitarias como prácticas. Es una característica recurrente, en los conflictos armados, que al menos una de las partes difiera sobre quién recurrió ilegalmente a la fuerza o sobre respecto a quién la causa es justa. Sin embargo, independientemente de qué parte “tenga la razón”, hay civiles en todos los lados del conflicto a los que se les deben de garantizar los mismos niveles de protección. Por lo tanto, el DIH se esfuerza por limitar los efectos de los conflictos armados: por un lado, proporciona protección a quienes no participan (o ya no participan) en las hostilidades, como civiles, heridos, enfermos y náufragos, o prisioneros de guerra y, por otro lado, el DIH limita los medios y métodos de la guerra, es decir, las armas y tácticas que pueden utilizarse.

⁵⁵ Kleffner, Jan K., “The Applicability of International Humanitarian Law to Organized Armed Groups”, *International Review of the Red Cross*, vol. 93, 2011, p. 443.

Además del derecho consuetudinario, el principal *corpus iuris* que rige la conducción de las hostilidades son los cuatro convenios de Ginebra y sus tres protocolos adicionales.

En este punto, es importante reconocer la transformación dramática en la naturaleza de los conflictos armados, desde los tiempos en que estos convenios fueron redactados en 1949, justo después de la Segunda Guerra Mundial, donde los actores, combatientes, campos de batalla, armas y tácticas empleadas eran significativamente diferentes a las que prevalecen hoy.

Aunque estos convenios salvaguardan principios básicos muy importantes que siguen siendo extremadamente relevantes para la conducción de las hostilidades en la actualidad (como la proporcionalidad, la distinción, la necesidad militar y la humanidad), es innegable que éstos fueron redactados contemplando escenarios muy diferentes. Hoy en día, los conflictos armados son en su mayoría poco convencionales, no internacionales, irregulares y asimétricos.

El mayor cambio se ha producido en la noción del “campo de batalla”, que es un término utilizado para describir un lugar o terreno en el que se libró o se libra una guerra.⁵⁶ En la actualidad, la evolución de la conducción de las hostilidades ha llevado a que ahora se le denomine “espacio de batalla”.

En las guerras “antiguas”, los campos de batalla sólo se daban en dos dominios, tierra y mar. El tercer dominio, el aire, entró en juego después de la invención del avión por los hermanos Wright, y su ventajoso uso militar durante la Primera Guerra Mundial, y el cuarto, el espacio exterior, se volvió relevante tras el lanzamiento del primer satélite, Sputnik I, y del

⁵⁶ Voz: “Campo (de batalla)”, *DLE*, RAE, disponible en <https://dle.rae.es/campo>, ingresado el 20 de agosto de 2020.

primer misil balístico intercontinental, el R-7 Semyorka: ambos logrados por la Unión Soviética en 1957 durante la Guerra Fría.⁵⁷

En 2010, *The Economist* declaró que “la guerra ha entrado en el quinto dominio: el *ciberespacio*”,⁵⁸ y un año después, el Departamento de Defensa de Estados Unidos incorporó oficialmente el nuevo dominio a su planificación, doctrina, recursos y operaciones, a su vez dando pie a que la OTAN reconociera también el ciberespacio como un dominio operacional en 2016.⁵⁹ Posteriormente, en los últimos años se ha hablado de un sexto dominio, algunos proponentes plantean que podría ser el espectro electromagnético o, aún más aterrador, la mente humana.⁶⁰

Está claro que estos avances de tecnología hubieran sido imposibles de prever o predecir en 1949 por los redactores de los Convenios de Ginebra. En consecuencia, se puede conceder que debiera ser apropiado introducir nuevos conceptos en las leyes de la guerra, especialmente a la luz de tecnologías tan disruptivas como la IA y los SAA. A todas luces, es necesario hacerlo a fin de regular adecuadamente la gama contemporánea de conflictos armados, y cumplir con su propósito de asegurar una protección efectiva a los civiles contra el sufrimiento innecesario.

⁵⁷ The Strategist, *Why the Fifth Domain is Different*, Australian Strategic Policy Institute, 2019, disponible en <https://www.aspistrategist.org.au/why-the-fifth-domain-is-different/>, ingresado el 20 de agosto de 2020 (en adelante: The Strategist, *Why the Fifth Domain is Different*).

⁵⁸ The Economist, *War in the Fifth Domain*, 1 de julio de 2010, disponible en <https://www.economist.com/briefing/2010/07/01/war-in-the-fifth-domain>, ingresado el 20 de agosto de 2020.

⁵⁹ Estados Unidos, *United States Department of Defense Strategy for Operating in Cyberspace*, julio de 2011; véase también Schmitt, Michael N., *Tallinn Manual on the International Law applicable to Cyber Warfare*, NATO, Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, Cambridge University Press, 2013.

⁶⁰ The Strategist, *Why the Fifth Domain is Different*, *supra* nota 57.

Sistemas de armas autónomas bajo el derecho internacional humanitario

Primero que nada, como marco legal, los Estados Parte de los Convenios de Ginebra de 1949 tienen la obligación general de respetar y garantizar el cumplimiento de los mismos, así como tomar las medidas necesarias para la represión de todos los actos violatorios a las disposiciones de aquéllos.⁶¹ Esta obligación representa el núcleo de un sistema de responsabilidad colectiva,⁶² pues se cuenta entre los medios disponibles para asegurar el cumplimiento de los convenios.⁶³

Lo anterior es una obligación general no recíproca, aplicable en toda circunstancia —por lo cual se extiende incluso en tiempos de paz—⁶⁴ y que abarca tanto las obligaciones negativas de abstenerse de participar de cualquier forma en la violación de una norma de DIH,⁶⁵ como las obligaciones positivas de tomar todas las medidas factibles para cumplir con el régimen.⁶⁶ El alcance de estas obligaciones cubre las medidas de cumplimiento de todas las

⁶¹ Convenios de Ginebra de 1949: Convenio de Ginebra I, sobre los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, artículo 49 (en adelante: CG I); Convenio de Ginebra II, sobre los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, artículo 50 (en adelante: CG II); Convenio de Ginebra III, sobre los Prisioneros de Guerra, artículo 129 (en adelante: CG III); y Convenio de Ginebra IV, sobre los Civiles, artículo 146 (en adelante: CG IV).

⁶² Boisson de Chazournes, Laurence y Condorelli, Luigi, "Common Article 1 of the Geneva Conventions Revisited: Protecting Collective Interests", *IRRC*, vol. 82, 2000, pp. 67 y 68.

⁶³ CICR, *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) For the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 2a. ed., 2016, p. 121 (en adelante: CICR, *Commentary on the 1st GC*).

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 127-129.

⁶⁵ CIJ, *Actividades Militares y Paramilitares contra el Gobierno de Nicaragua*, fondo, sentencia, 1986, pp. 220, 255.

⁶⁶ Véase Geiß, Robin, "The Obligation to Respect and Ensure Respect for the Conventions", en Clapham, Andrew *et al.* (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp.117-120, 130-132.

personas bajo su autoridad y jurisdicción, incluyendo a la población en su conjunto, así como otros actores estatales y no estatales.⁶⁷

Naturaleza de los sistemas de armas autónomas

Para cualquier experto legal, el primer paso para realizar un análisis de DIH es identificar la regla relevante que se aplicará en un contexto particular.

Una cuestión crucial para empezar es discernir si en el DIH los SAA se consideran un arma (o un sistema de armas) o si deben clasificarse de otra manera, como podría ser un combatiente. La opinión más común se inclina a clasificarlos como *armas*; ⁶⁸ sin embargo, la perspectiva de que un SAA pueda ser considerado un combatiente, cuando, por ejemplo, se habla de la capacidad de toma de decisiones del sistema, también se ha discutido seriamente entre los expertos.⁶⁹

El Grupo de Trabajo sobre el Derecho de la Guerra, del Departamento de Defensa de Estados Unidos, adopta este segundo enfoque al hacer una distinción entre los términos “armas” y “sistemas de armas”.⁷⁰ El primero se refiere a “todas las armas, municiones, material,

⁶⁷ Comparar CICR, Commentary on the 1st GC, *supra* nota 63, pp.155-156, con Kalshoven, Frits, “The Undertaking to Respect and Ensure Respect in All Circumstances: From Tiny seed to Ripening Fruit”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 2, núm. 3, 1999.

⁶⁸ Sobre la combinación entre armas y “medios y métodos de guerra”, al menos en el contexto del artículo 36 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 (PAI) sobre el examen jurídico de armas, véase Liu, Hin-Yan, “Categorization and Legality of Autonomous and Remote Weapons Systems”, *International Review of the Red Cross*, vol. 94, 2012, pp. 627, 636 (en adelante: Liu, “Categorization and Legality of AWS”).

⁶⁹ Shilo, *When Turing Met Grotius*, *supra* nota 25, pp. 8, 20.

⁷⁰ Liu, “Categorization and Legality of AWS”, *supra* nota 68, p. 635.

instrumentos, mecanismos o dispositivos que tengan el efecto previsto de herir, dañar, destruir o incapacitar personal o propiedades”, mientras que el segundo se concibe más ampliamente para incluir “el arma en sí misma y aquellos componentes necesarios para su funcionamiento, incluidas tecnologías nuevas, avanzadas o emergentes”.⁷¹

No obstante, para algunos académicos, “la capacidad de toma de decisiones autónoma empuja a estos sistemas tecnológicamente avanzados al límite de la noción de combatiente”. El manual militar alemán establece que “los combatientes son personas que pueden participar directamente en las hostilidades, *i.e.*, participar en una función indispensable del uso de un arma o un sistema de armas”. Este texto plantea aún otra pregunta sobre la manera y las implicaciones de diferenciar un “arma” de un “sistema de armas”.⁷²

En esta línea de ideas, no se puede argumentar que los SAA son meras armas (objetos) e intentar aplicarles los estándares de proporcionalidad y distinción, ya que éstas sirven para examinar el raciocinio de las acciones llevadas a cabo por combatientes y comandantes (humanos) en el espacio de batalla.

A menos que se acepte que estas entidades están en la misma categoría que los agentes morales o los humanos, estos principios no son aplicables a los SAA, ya que no son aplicables a otras armas, medios o métodos de guerra.

En esencia, el corazón del debate radica en el hecho de que, por un lado, su *propósito* es participar en el combate y matar, y como tal, es congruente con la definición de arma, pero, por otro lado, su *naturaleza*, como un tomador de decisiones artificial que puede o no estar equipado con armas convencionales, no es congruente con las normas legales que

⁷¹ *Ibidem*, pp. 627, 635 y 636.

⁷² *Idem*.

conocemos hoy en día. Por lo tanto, efectivamente no existe un umbral para su clasificación y, por lo tanto, no está claro cuál sería la norma aplicable para ellos.

En mi opinión, la aproximación más precisa de su naturaleza *sui generis* es que deben seguir considerándose como un arma en el plano teórico, pero una especie de “humanoide” en la práctica.⁷³

Legalidad de los sistemas de armas autónomas per se

Suponiendo sin conceder, que fueran considerados como un arma, esto conduciría a un análisis de su legalidad de conformidad con los artículos 35 y 36 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra (PAI).⁷⁴

El artículo 35 establece las limitaciones básicas sobre la elección y el empleo de armas, y los medios y métodos de guerra, asimismo, el artículo 36 exige que los países realicen un examen jurídico de cualquier arma, medio o método nuevo que pretendan utilizar.

Respecto al primero, en términos generales, según el DIH, un arma o su uso pueden considerarse ilícitos en dos circunstancias.⁷⁵

En primer lugar, el arma puede considerarse ilegal *per se*, es decir, en sí misma, ya sea porque el arma ha sido expresamente prohibida en el derecho internacional aplicable o

⁷³ Shilo, *When Turing Met Grotius*, *supra* nota 25, p. 18.

⁷⁴ Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la Protección de Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, artículos 35 y 36, 1977 (en adelante: PAI); véase también su comentario en: Sandoz, Yves *et al.* (eds.), *The Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, CICR, 1987 (en adelante: Sandoz *et al.*, *The AP of 1977*).

⁷⁵ Véase Boothby, William H., “Prohibited Weapons”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015.

porque el arma no puede utilizarse de una manera compatible con el DIH. Hay que destacar que el debate sobre si los SAA (de cualquier manera en que se definan) deberían ser objeto de una prohibición preventiva sigue abierto y sin resolverse hasta el momento. Algunos defensores de esta prohibición preventiva han señalado el desarrollo del Protocolo sobre Láseres Cegadores (Protocolo IV de la CAC) como un precedente relevante que también podría ser aplicable a estas tecnologías.⁷⁶

En la misma línea de pensamiento, un hecho histórico, que servirá como un precedente muy importante, es el Tratado sobre la Prohibición de Armas Nucleares (TPAN),⁷⁷ ya que el 24 de octubre de 2020 Honduras se convirtió en el país número 50 en ratificar este instrumento, cumpliendo así las condiciones para su entrada en vigor el 22 de enero de 2021.⁷⁸ Las discusiones sobre la aprobación y la oposición de los Estados a este Tratado se asemejan y se pueden relacionar con aquéllas sobre el trato de los SAA. Los efectos en cadena de la entrada en vigor del TPAN aún están por verse en los próximos años; sin embargo, definitivamente es un paso crucial y muy esperado en el camino hacia el desarme nuclear, junto con todas las demás armas de destrucción masiva.

⁷⁶ Para una visión ampliada de esta línea de razonamiento, véanse los principios fundamentales invocados por el preámbulo de la CAC, Ginebra, (1980); véase también el Protocolo IV de la CAC, "Protocolo sobre armas láser cegadoras", Doc. CCW/CONF.I/16, Parte I, 1995.

⁷⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre la Prohibición de la Utilización de Armas Nucleares, 11 de enero de 2006, A/RES/60/88 (en adelante: AGNU, Prohibición de la Utilización de Armas Nucleares).

⁷⁸ Naciones Unidas, UN Secretary-General's Spokesman - on the Occasion of the 50th Ratification of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, 24 de octubre de 2020 (en adelante: ONU, UN SG Spokesman), disponible en <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2020-10-24/un-secretary-generals-spokesman-the-occasion-of-the-50th-ratification-of-the-treaty-the-prohibition-of-nuclear-weapons>, ingresado el 25 de octubre de 2020.

Legalidad del uso de los sistemas de armas autónomas

La segunda consideración para determinar si un arma es ilegal se basa en un uso en particular; en otras palabras, sólo aquel uso prohibido, mas no el arma *per se*, sería ilegal.⁷⁹ Esto significa que se puede prohibir el uso de un arma determinada en la medida en que sus efectos no puedan controlarse y, por tanto, sean indiscriminados.⁸⁰

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) sentó un precedente notorio en su opinión consultiva sobre armas nucleares, ya que cambió el paradigma de evaluar las armas por su legalidad *per se*, al evaluarlas por la legalidad de su *uso*. En esta opinión consultiva no vinculante, la CIJ concluyó que las armas nucleares no son ilegales *per se* debido a que existe la posibilidad, aunque remota, de un uso legal de las mismas, aunque remoto, en situaciones extremas que amenacen la existencia del Estado.⁸¹ Por lo tanto, si la legalidad de los SAA no se aborda frontalmente en función de los méritos de su naturaleza *sui generis*, esta opinión podría servir como un argumento potencialmente peligroso para la legalidad *per se* de todas las armas nuevas, tales como éstas, permitiendo un examen posterior de su *uso*.

En cuanto al “uso legal”, a efecto de cumplir con el DIH hay tres pasos posteriores a la determinación de la legalidad del arma. La primera es determinar si el objetivo contra el que se usa es legal; en segundo lugar, incluso si es un objetivo legal, se debe realizar una evaluación de proporcionalidad, y en tercer lugar, se deben tomar medidas de precaución destinadas a reducir los daños civiles incidentales.

⁷⁹ De conformidad con el artículo 35(2) del PAI.

⁸⁰ Sandoz *et al.*, *The AP of 1977, supra* nota 74, p. 623. Los comentarios al artículo 51(4)(c) no son claros, parecen aplicar tanto a armas cuya naturaleza es indiscriminada y a armas cuyos efectos no se pueden limitar. Parece ser que se busca evitar el uso indiscriminado y/o efectos de las armas en todas las etapas de su despliegue.

⁸¹ Véase CIJ, Legalidad de la Amenaza o el Empleo de las Armas Nucleares, Opinión Consultiva, julio de 1996, p. 226 (en adelante: CIJ, Legalidad de Armas Nucleares).

Para cumplir con estos requisitos, los manuales militares han establecido que, con el propósito de que los beligerantes empleen legalmente un SAA, deben cumplir con los tres principios más relevantes del DIH: distinción, proporcionalidad y precaución.⁸² Los cuales tienen su fundamento en el derecho convencional y consuetudinario.

- Distinción: implica distinguir entre objetivos militares y civiles o bienes de carácter civil y, en caso de duda, presumir la condición de civil de ambos.
- Proporcionalidad: requiere evaluar si el daño incidental que probablemente se inflija a la población civil o a bienes civiles sería excesivo en relación con la ventaja militar concreta y directa que se prevé de ese ataque en particular.
- Precaución: obliga a tomar todas las precauciones posibles para evitar, y en cualquier caso minimizar, daños incidentales a civiles y daños a bienes de carácter civil; y cancelar o suspender el ataque si resulta evidente que el objetivo no es un objetivo militar, o si se puede esperar que el ataque resulte en daños colaterales excesivos.

A la luz de lo anterior, al examinar la aplicabilidad de estos principios, uno se da cuenta de que un *arma*, en el sentido tradicional, no puede ser considerada responsable por no respetarlos. Como se mencionó anteriormente, es una paradoja definir a los SAA como *armas*, y luego debatir si pueden o no ser combatientes obedientes. Sin embargo, como se opinó anteriormente, la autora acepta que esta entidad no es *de facto* sólo un objeto, sino un agente más sofisticado que debe evaluarse mediante una métrica diferente.

⁸² Suiza, Towards a “Compliance-Based” Approach to LAWS. Informal Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems 1 (Informal working paper), Ginebra, 2016, p. 13 (en adelante: Suiza, Towards a “Compliance-Based” Approach), disponible en [http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/\(httpAssets\)/D2D66A9C427958D6C1257F8700415473/\\$file/2016_LAWS+MX_CountryPaper+Switzerland.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/(httpAssets)/D2D66A9C427958D6C1257F8700415473/$file/2016_LAWS+MX_CountryPaper+Switzerland.pdf), ingresado el 5 de agosto de 2020.

Para ampliar el argumento anterior, a partir de una simple lectura queda claro que el principio de distinción, codificado en el artículo 48 del PAI y desarrollado en los artículos 51(2), (3), (4)(a) y 52 del mismo, no se aplican al arma en sí, sino a su operador.⁸³ No obstante, cuando se trata de SAA, no hay una separación clara entre el arma y el operador.⁸⁴

Aparte del principio de distinción, el principio de proporcionalidad es aún más revelador y también se ha utilizado de manera controvertida para examinar la legalidad de los SAA. La pregunta es si los sistemas de armas autónomas son capaces o no de realizar cálculos de proporcionalidad.⁸⁵ De manera disonante, debe tenerse en cuenta que esta característica no es de ninguna manera parte de un examen jurídico de armas.⁸⁶

⁸³ Véase Schmitt, Michael N. y Thurnher, Jeffrey S., "Out of the Loop: Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict", *Harvard National Security Journal*, vol. 4, 2013, pp. 231, 250-252 (en adelante: Schmitt y Thurnher, "Out of the Loop").

⁸⁴ Véase Schmitt, "AWS and IHL", *supra* nota 29, pp. 2, 8-10. Schmitt responde a HRW y otros críticos, e insiste en la distinción que debe hacerse al declarar un arma como indiscriminada *per se* y usar un arma de forma indiscriminada.

⁸⁵ Schmitt y Thurnher, "Out of the Loop", *supra* nota 83, p. 254.

⁸⁶ PAI, artículo 36; menciona que los Estados Parte al Protocolo tienen la obligación de llevar a cabo un examen jurídico durante el desarrollo y adquisición de un arma nueva, y previo a su uso en un conflicto armado. Para otros Estados, los exámenes jurídicos son una medida de sentido común para asegurar que las fuerzas armadas puedan llevar a cabo las hostilidades de conformidad con sus obligaciones internacionales.

Aplicabilidad de la Cláusula Martens

Ante la falta de consenso internacional sobre este tema, la autora opina que, mientras no se llegue a un acuerdo, todavía podemos confiar en la Cláusula Martens,⁸⁷ piedra angular del DIH, como una forma legítima de protección alternativa.⁸⁸

La cláusula se introdujo por primera vez en el Preámbulo de la Convención de La Haya de 1899 como resultado de los debates en las Conferencias de Paz de La Haya.⁸⁹ Desde entonces ha sido objeto de múltiples interpretaciones, algunos han sostenido que, especialmente los términos “leyes de la humanidad” y las “exigencias de la conciencia pública”,

⁸⁷ La cláusula fue introducida por primera vez en el preámbulo de la Convención de la Haya (II) de 1899, relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, y dice: “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”.

⁸⁸ Véase Tribunal Militar de Estados Unidos en Núremberg, Estados Unidos vs. Alfried Krupp *et al.*, “El Caso Krupp”, Sentencia (1948), Digesto Anual y Reportes de Casos de Derecho Internacional Público, 1948, p. 622; como lo cita el juez Shahabuddeen en su opinión disidente, en la Opinión Consultiva sobre la legalidad de las armas nucleares: “El preámbulo [de la Convención de la Haya no. IV de 1907] es mucho más que una declaración piadosa. Es una cláusula general, que convierte los usos establecidos entre las naciones civilizadas, las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública en el criterio legal que se aplicará siempre y cuando las disposiciones específicas de la Convención y las Regulaciones anexadas a la misma no cubran determinados casos que ocurren en la guerra, o concomitantes a ésta”.

⁸⁹ En estos debates, las delegaciones debían encontrar una manera de darle fuerza legalmente vinculante a las reglas contenidas en la Declaración de Bruselas de 1874 relativas al estatus de civiles que se levantan en armas en contra de una fuerza ocupante, en particular, los derechos del poder ocupante y el derecho de los pueblos a la resistencia. Para evitar el mismo fracaso, la delegación de Bélgica sugirió que se mantuviera sin regulación; no obstante, el delegado de Rusia Fyodor Fyodorovich Martens dijo que la intención de la Declaración no era abolir el derecho de los pueblos a defender sus países, sino darles el derecho a hacerlo bajo ciertas condiciones y con más garantías de las que tenían antes, y procedió a leer una declaración que se insertó en el *procès-verbal*; véase CICR, *Commentary on the 1st GC*, *supra* nota 63, p. 3286.

tienen un valor normativo autónomo bajo el derecho internacional, ya que el primer término se ha asociado con la noción de “consideraciones elementales de humanidad”,⁹⁰ mientras que el segundo ha sido identificado como la motivación de los Estados, organizaciones o individuos que llevaron a la adopción de tratados de DIH.⁹¹

Otros argumentan que opera dentro del alcance del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sugiriendo que la cláusula podría acelerar la creación del DIH consuetudinario, reduciendo la necesidad de la práctica de los Estados cuando una norma consuetudinaria potencial está respaldada por las “leyes de la humanidad” o las “exigencias de la conciencia pública”, como expresiones imperativas de *opinio iuris*.⁹² Asimismo, se ha propuesto que sirve como guía en la interpretación del DIH, como una aclaración de los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” y como un recordatorio de la validez continua del derecho internacional consuetudinario.⁹³

De hecho, la Comisión de Derecho Internacional ha manifestado que la cláusula “prevé que incluso en casos no cubiertos por acuerdos internacionales específicos, los civiles y combatientes permanecen bajo la protección y autoridad de los principios del derecho internacional derivados de la costumbre establecida, de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.⁹⁴

⁹⁰ *Ibidem*, p. 3291.

⁹¹ *Idem*.

⁹² Véase, por ejemplo, Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya, Caso núm. 001/18-07-2007-ECCCIOCIJ (PTC 02), *Amicus Curiae* Brief of Professor Antonio Cassese and Members of the Journal of International Justice on Joint Criminal Enterprise Doctrine, 27 de octubre de 2008, p. 35.

⁹³ CICR, Commentary on the 1st GC, *supra* nota 63, pp. 3295 y 3296.

⁹⁴ International Law Commission, Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-sixth Session, 2 May- 22 July 1994, Official Records of the General Assembly of the United Nations, Doc. A/49/10, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, núm. 2, 1994, p. 131.

En conclusión, la cláusula ha adquirido el rango de norma consuetudinaria y subraya que en los casos no cubiertos por los tratados de DIH, las personas afectadas por conflictos armados nunca se verán completamente privadas de protección. Al contrario, la conducta de los beligerantes permanece regulada, como mínimo, por los principios del derecho de gentes, las leyes de la humanidad y por los dictados de la conciencia pública.⁹⁵

Como prueba de lo anterior, la cláusula ha sido incluida en varios tratados de DIH, a lo largo de los años, como en la Convención de La Haya de 1907,⁹⁶ los Convenios de Ginebra de 1949 (CG I-IV)⁹⁷ y sus protocolos adicionales (PA I-II),⁹⁸ la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones en el Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados de 1980 (CAC),⁹⁹ la Convención sobre Municiones en Racimo de 2008,¹⁰⁰ y sus elementos pueden encontrarse en otros tratados,

⁹⁵ Véase CICR, “La Cláusula de Martens y el derecho de los conflictos armados”, disponible en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdlcy.htm>, ingresado el 20 de noviembre de 2020.

⁹⁶ El preámbulo de la Convención de la Haya de 1907, incluyó la Cláusula Martens.

⁹⁷ Los cuatro convenios de Ginebra tienen un artículo idéntico en cuanto a la denuncia, el cual menciona que la denuncia: “No surtirá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes en conflicto hayan de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”; véase CG I, artículo 63; CG II, artículo 62; CG III, artículo 142; CG IV, artículo 158.

⁹⁸ Véase PAI, artículo 1(2); Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la Protección de Víctimas en Conflictos Armados No Internacionales, Preámbulo, 1977 (en adelante: PAII).

⁹⁹ El preámbulo menciona que, en casos no previstos por la convención, la población civil y los combatientes permanecerán en todo momento bajo la protección de los principios del derecho internacional.

¹⁰⁰ El preámbulo reconoce la protección por los principios del derecho internacional en casos no previstos por la convención.

como la Convención sobre la Prohibición de Minas Antipersonales de 1997,¹⁰¹ e incluso el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.¹⁰²

Por lo tanto, la autora comparte la opinión del Gobierno suizo, en relación con los SAA, en el sentido de que la Cláusula Martens ofrece “una protección alternativa importante en la medida en que se debe referir a las ‘leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública’ en caso de que el DIH no sea lo suficientemente preciso o riguroso”.¹⁰³ En esta línea de pensamiento, se desprende que no puede decirse que lo que no está explícitamente prohibido está permitido si contraviene los principios enunciados en la cláusula, los cuales pueden entenderse como obligaciones positivas para casos de operaciones militares, donde pudieran existir consecuencias humanitarias insostenibles.¹⁰⁴

Es digno de mención que la CIJ, en su Opinión Consultiva de 1996 sobre la Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares, tuvo la previsión de afirmar que la cláusula “demostró ser un medio eficaz de abordar la rápida evolución de la tecnología militar”,¹⁰⁵ y que el hecho de que algunas armas no hayan sido mencionadas en los protocolos adicionales

¹⁰¹ El preámbulo menciona: “Poniendo de relieve el papel que desempeña la conciencia pública en el fomento de los principios humanitarios [...]”.

¹⁰² El preámbulo se refiere a la “conciencia de la humanidad”, pues menciona: “Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”.

¹⁰³ Suiza, Towards a “Compliance-Based” Approach, *supra* nota 82, p. 4, en donde se cita el preámbulo de la CAC y el artículo 1(2) del PAI.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 3, citando el artículo 57(2)(a) del PAI y los cuatro convenios de Ginebra en sus artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente.

¹⁰⁵ CIJ, Legalidad de Armas Nucleares, *supra* nota 81, p. 78.

a los Convenios de Ginebra de 1977 (u otros tratados) no permite sacar conclusiones legales relativas a su uso.¹⁰⁶

Además, la Corte consideró que el no aplicar las normas básicas del derecho humanitario, como esta cláusula, sería incompatible con los principios del DIH, que son aplicables a todos los tipos de armas. Por lo tanto, se rechazó la tesis de que los principios del DIH no se aplican a las armas más nuevas.¹⁰⁷

Más aún, se afirmó que la continuidad de la existencia y la aplicabilidad de la Cláusula Martens es indudablemente una afirmación de que los principios y normas del derecho humanitario son aplicables para las armas nucleares,¹⁰⁸ y la autora sostiene firmemente que el mismo razonamiento debe replicarse respecto a los SAA.

El juez Shahabuddeen argumentó que su inclusión en la Convención de La Haya de 1899 tenía la intención de llenar los vacíos que dejaba el derecho convencional.¹⁰⁹ Afirmó que tiene autoridad propia, autosuficiente y concluyente para tratar los principios de humanidad como principios del derecho internacional, que pueden por sí mismos ejercer fuerza jurídica para regir la conducta militar en los casos en que no exista una norma relevante en el derecho de los tratados, dejando el contenido preciso de la norma o estándar insinuado a una determinación a la luz de condiciones cambiantes.¹¹⁰ Así, cuando se trata del uso de un arma en

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 84.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 85 y 86.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 87.

¹⁰⁹ "Opinión disidente del juez Shahabuddeen", en CIJ, Legalidad de Armas Nucleares, *supra* nota 81, p. 406. Él considera que la palabra "permanecen" en la cláusula (en inglés, *remain*) indica que, para el tiempo de su adopción, ya había ciertos principios en el derecho internacional que proveían protección a los beligerantes y los civiles, por lo que la cláusula no se puede limitar a principios que se crearán en el futuro.

¹¹⁰ *Idem*. En apoyo a esto, el juez Shahabuddeen cita a mr. Sean McBride: "las declaraciones en las Convenciones de la Haya [...] por virtud de la Cláusula Martens, importaron al derecho humanitario principios que fueron mucho

particular, la opinión de los Estados sólo es relevante por su valor al indicar el estado de la conciencia pública, no en términos de *opinio iuris* sobre la legalidad de dicha arma.¹¹¹

Por otro lado, en el *Caso de las Inmunidades Jurisdiccionales del Estado*, el juez Cançado Trindade emitió una opinión disidente en contra de una orden, analizando más profundamente la cláusula, afirmando que tiene más de un siglo de validez continua, y sigue siendo una advertencia contra el supuesto de que se permitiría todo lo que no esté expresamente prohibido por los convenios sobre DIH, además de que los principios que consagra seguirían siendo aplicables, independientemente de la aparición de nuevas situaciones.¹¹²

Consideró que al entrelazar los principios de humanidad y las exigencias de la conciencia pública, la cláusula establece una “interdependencia orgánica” de protección legal legítima en beneficio de la humanidad.¹¹³ Además, la autora comparte enfáticamente la opinión del juez de que los “principios de humanidad” y las “exigencias de la conciencia pública” pertenecen al dominio de *ius cogens*, y considera la cláusula como “una expresión de la *raison d’humanité* que impone límites a la *raison d’État*”.¹¹⁴

Más aún, en el *Caso sobre las Obligaciones Relativas a las Negociaciones sobre el Cese de la Carrera de Armas Nucleares y el Desarme Nuclear*, el juez Cançado Trindade emitió

más allá de lo que se escribió en la convención; dotándolas de una dimensión dinámica que no estaba limitada por el tiempo”.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 410.

¹¹² CIJ, *Alemania v. Italia: con Intervención de Grecia. Inmunidades Jurisdiccionales del Estado*, Orden de 6 de julio de 2010, Opinión disidente del juez Cançado Trindade, 2010, pp. 137-139 (en adelante: CIJ, *Inmunidades del Estado*); véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Case of Barrios Altos v. Perú*, Sentencia del 14 de marzo de 2001, Fondo, Opinión concurrente del juez Cançado Trindade, 2001, pp. 22-24.

¹¹³ CIJ, *Inmunidades del Estado*, *supra* nota 112, p. 139.

¹¹⁴ *Idem*. Véase también *infra* nota 115; el juez Cançado repite este argumento en su opinión disidente en el caso entre las Islas Marshall y Pakistán.

otra opinión disidente en la que consideró que los “principios de humanidad” y las “exigencias de la conciencia pública”, evocados por la cláusula, permean no sólo el derecho de los conflictos armados, sino todo el derecho internacional.¹¹⁵ Para él, la Cláusula Martens salvaguarda la integridad del derecho invocando los principios del derecho de gentes, las “leyes de la humanidad” y las “exigencias de la conciencia pública”. Por lo tanto, la ausencia de una norma convencional no es concluyente, y la ausencia de una disposición convencional que prohíba expresamente las armas nucleares no significa que éstas sean legales o legítimas.¹¹⁶

En consecuencia, tal y como se mencionó anteriormente,¹¹⁷ el TPAN,¹¹⁸ el cual entró en vigor el 22 de enero de 2021, ha confirmado decisivamente estas declaraciones jurisdiccionales en el ámbito convencional.¹¹⁹

En conclusión, todo lo anterior sirve para argumentar que a pesar de que en la actualidad existe una aparente laguna jurídica en forma de *lex specialis* respecto a la legalidad de los SAA *per se* y de su uso, éstos nunca podrían ser empleados de forma inconsistente con las exigencias de la conciencia pública o consideraciones básicas de humanidad. En la opinión de la autora, deshumanizar la conducta de un conflicto armado y desplegar armas que pueden funcionar de manera incontrolable o impredecible va en contra de estos mismos principios y, por lo tanto, en cualquier caso, es ilegal *ab initio*.

¹¹⁵ CIJ, *Islas Marshall v. Pakistán, Obligaciones Respecto de las Negociaciones sobre la Cesación de la Carrera de Armamentos Nucleares y el Desarme Nuclear*, Sentencia sobre jurisdicción y admisibilidad, Opinión disidente del juez Cançado Trindade, 2016, p. 195.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 196.

¹¹⁷ Como se explicó *supra* en el epígrafe “Consideraciones del derecho internacional humanitario”.

¹¹⁸ AGNU, Prohibición de la Utilización de Armas Nucleares, *supra* nota 77.

¹¹⁹ ONU, UN SG Spokesman, *supra* nota 78.

Inquietudes de derecho internacional humanitario en concreto

Como se ha dicho antes, para el CICR los SAA son una preocupación inmediata desde una perspectiva humanitaria, jurídica y ética, dado el riesgo de pérdida del control humano sobre las armas y el uso de la fuerza.¹²⁰ Esta pérdida de control plantea riesgos para la población civil, debido a consecuencias impredecibles;¹²¹ cuestiones legales, porque los combatientes deben emitir juicios específicos del contexto al llevar a cabo ataques según el DIH, y cuestiones éticas,¹²² porque la agencia humana en las decisiones de uso de la fuerza es necesaria para defender la responsabilidad moral y la dignidad humana. Por estas razones, el CICR ha instado a los Estados a identificar elementos prácticos de control humano determinante como base para los límites acordados internacionalmente a la autonomía en los sistemas de armas, centrándose en lo siguiente:¹²³

- ¿Qué nivel de supervisión humana, intervención y capacidad de desactivación se requiere durante la operación de un arma que selecciona y ataca objetivos sin intervención humana?

¹²⁰ CICR, ICRC Statements to the CCW Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems, Ginebra, marzo de 2019, pp. 25-29, disponible en [https://www.unog.ch/80256ee600585943.nsf/\(httpPages\)/5c00ff8e35b6466dc125839b003b62a1?OpenDocument&ExpandSection=7#Section7](https://www.unog.ch/80256ee600585943.nsf/(httpPages)/5c00ff8e35b6466dc125839b003b62a1?OpenDocument&ExpandSection=7#Section7), ingresado el 5 de agosto de 2020.

¹²¹ Davison, “AWS under IHL”, *supra* nota 44, pp. 13-15.

¹²² CICR, Ethics and Autonomous Weapon Systems: An Ethical Basis for Human Control?, Report of an Expert Meeting, 3 de abril de 2018 (en adelante: CICR, Ethics and AWS), disponible en <https://www.CICR.org/en/document/ethics-and-autonomous-weapon-systems-ethical-basis-human-control>, ingresado el 5 de agosto de 2020.

¹²³ CICR, The Element of Human Control, Working Paper, CCW Meeting of High Contracting Parties, CCW/MSP/2018/WP.3, 20 de noviembre de 2018, disponible en [https://www.unog.ch/80256EDD006B8954/\(httpAssets\)/810B2543E1B5283BC125834A005EF8E3/\\$file/CCW_MSP_2018_WP3.pdf](https://www.unog.ch/80256EDD006B8954/(httpAssets)/810B2543E1B5283BC125834A005EF8E3/$file/CCW_MSP_2018_WP3.pdf), ingresado el 5 de agosto de 2020.

- ¿Qué nivel de previsibilidad, en términos de su funcionamiento y las consecuencias de su uso, y confiabilidad, en términos de probabilidad de falla o mal funcionamiento, se requiere?
- ¿Qué otras limitaciones operativas se requieren para el arma, en particular en las tareas, objetivos (e.g., material o personal), entorno de uso (e.g., áreas des-pobladas o pobladas), duración de la operación autónoma (i.e., limitaciones de tiempo) y alcance del movimiento (i.e., limitaciones de espacio)?

Además de estas preocupaciones, los expertos en el tema han señalado que actualmente no está claro si los SAA serán capaces de formular e implementar las siguientes decisiones de evaluación y juicios de valor apegados al DIH:¹²⁴

- La presunción de la condición de civil en caso de duda;
- La evaluación del exceso del daño incidental esperado en relación con la ventaja militar anticipada;
- La traición a la confianza en el DIH en relación con la prohibición de la perfidia;¹²⁵
- La prohibición de la destrucción de la propiedad civil excepto cuando lo exijan “imperativamente” las necesidades de la guerra; y,
- ¿Cómo se verían los posibles estándares operativos que incluyan un “control humano determinante” (incluso en las operaciones de selección de objetivos), “control estatal determinante” y “niveles apropiados de juicio humano”?

¹²⁴ Lewis *et al.*, *War-Algorithm*, *supra* nota 32, p. 103.

¹²⁵ Voz: “Perfidia”, que significa: “Deslealtad, traición o quebrantamiento de la fe debida”, *DLE*, RAE, disponible en <https://dle.rae.es/perfidia>, ingresado el 8 de agosto de 2020; véase también Henckaerts, J. M. y Doswald-Beck, Louise, “Customary International Humanitarian Law”, vol. I: “Rules”, *International Review of the Red Cross*, 3a. ed., Cambridge, 2009, p. 221 (en adelante: Henckaerts y Doswald, “Customary IHL”); la Regla 65 menciona que el matar, herir o capturar a un adversario, valiéndose de medios pérfidos, está prohibido.

Observaciones finales

Es innegable que nos encontramos en una encrucijada en nuestra sociedad, donde nos enfrentamos a definir si nuestra especie humana es única en su esencia como agentes racionales y morales, o si podemos replicar esa condición nosotros mismos en las máquinas que creamos, aceptando que somos no tan únicos después de todo.

Aparte de este tipo de dilemas existenciales, lo que está claro es que la tecnología avanza a un ritmo exponencial, en particular los sistemas capaces de “autoaprendizaje”, cuyas “elecciones” pueden ser difíciles de prever o desentrañar para los humanos, y sus “decisiones” se consideran que “reemplazan” el criterio humano; además, es especialmente problemático cuando éstas operan en contextos de conflicto armado. Por lo tanto, estas tecnologías deben ser cuidadosamente reguladas para prevenir el sufrimiento humano y garantizar la rendición de cuentas por parte de los humanos.

Debido a lo anterior, es imperativo reconocer la singularidad de los SAA, tanto en el sentido literal como teórico de la palabra, así como la falta de normatividad existente que les pueda ser aplicable.

Por lo tanto, como se indicó en la introducción, el propósito de este artículo es incentivar a todos los actores relevantes a sumarse a las discusiones necesarias para crear un régimen legal que regule el desarrollo, uso y rendición de cuentas de una nueva categoría jurídica de entidades que puedan abarcar adecuadamente las características *sui generis* de los SAA.