

Un tratado sobre comercio de armas para frenar la proliferación mundial de armamento

Oscar Sandoval Rojas

¿Sabes quiénes heredarán la tierra? Los traficantes de armas. Todos los demás estarán demasiado ocupados matándose entre sí.

Nicolas Cage, interpretando al vendedor de armas
Yuri Orlov en la película *Lord of War*.

1. Introducción

Jale es un hombre de Uganda que perdió a su esposa y a sus seis hijos a causa de un ataque armado que realizó la tribu Karamajong contra su pueblo. Los integrantes de esta tribu, que en el pasado se armaban con lanzas, actualmente recurren a los fusiles AK-47 y matan indiscriminadamente a los habitantes de los pueblos que saquean, guiados por la consigna de «un hombre, una bala». Después del ataque a su pueblo, la vida de Jale no volvió a ser la misma. «Antes de que los karamajong tuvieran tantas armas no había problemas entre nosotros» señala Jale. «Cuando consiguieron armas empezaron a matar gente y todo cambió».¹

Desgraciadamente, casos como el de Jale ocurren con demasiada frecuencia alrededor del mundo. Se calcula que cada año muere medio millón de personas a nivel mundial y otras tantas resultan heridas a consecuencia del empleo indiscriminado de armas convencionales, principalmente armas pequeñas (pistolas, revólveres, rifles o

¹ El testimonio completo de Jale puede leerse en: <http://www.controlarms.org/es/vidas_reales/uganda.htm>. Este caso también ha sido citado por el parlamentario británico Gareth Thomas en su artículo *Time for a treaty* de fecha 20 de setiembre de 2006. Véase la página web de la revista *Progress Online*: <<http://www.progressonline.org.uk/Magazine/article.asp?a=1391>>.

metralletas)² y armas ligeras (lanzagranadas, morteros o misiles)³, al punto que se ha llegado a estimar que «en el año 2020 el número de muertos y heridos por las guerras y la violencia superará el número de muertos por enfermedades como la malaria y el sarampión».⁴

Estos datos nos demuestran que en la actualidad las transferencias internacionales de armamento convencional no se encuentran debidamente reguladas. Ello permite que grandes cantidades de armas lleguen a manos de usuarios irresponsables, quienes las emplean para realizar masacres o causar dolor y sufrimiento a numerosas personas inocentes en diversos Estados. La falta de reglas uniformes para las transferencias de armas genera una excesiva disponibilidad de armas, la cual a su vez ocasiona altos costos humanos y materiales. Esto ha sido puesto en relieve por numerosos reportes de organizaciones no gubernamentales, los cuales buscan sensibilizar a la comunidad internacional ante este terrible problema y exhortan a todos los Estados a adoptar medidas coordinadas para solucionarlo.

Las armas convencionales no son bienes cuya transferencia deba quedar librada exclusivamente a la ley de la oferta y la demanda, sino que deben ser objeto de una regulación especial debido a que su uso indebido es capaz de afectar los derechos esenciales de la persona humana —como la vida, la integridad física y la salud—, menoscabar seriamente el Estado de Derecho y poner en riesgo la seguridad regional e internacional.⁵ Por ello, aquellos Estados que autorizan embarques de armas hacia lugares donde es previsible que se cometan abusos comparten cierta responsabilidad con los usuarios de dichas armas por el mal uso que se haga de ellas.

Ante esta situación, un grupo de reconocidas personalidades galardonadas con el premio Nobel de la Paz ha trabajado coordinadamente desde el año 1997 para elaborar un proyecto de convención marco para regular las transferencias internacionales

² El Informe de Expertos Gubernamentales de la Organización de Naciones Unidas sobre armas pequeñas del año 1997 señaló que «en general, las armas pequeñas son las destinadas al uso personal», e incluyen: i) Revólveres y pistolas automáticas, ii) Escopetas, fusiles y carabinas, iii) Metralletas, iv) Fusiles de asalto, y v) Ametralladoras ligeras.

³ Según el Informe de Expertos Gubernamentales de la Organización de Naciones Unidas sobre armas pequeñas del año 1997, «la armas ligeras son las destinadas a ser usadas por un grupo de personas», tales como: i) Ametralladoras pesadas, ii) Lanzagranadas portátiles, con y sin soporte, iii) Cañones antiaéreos portátiles, iv) Cañones antitanques, v) Lanzadores portátiles de misiles antitanques y sistemas de cohetes vi) Lanzadores portátiles de sistemas de misiles antiaéreos, y vii) Morteros de calibre inferior a 100 milímetros.

⁴ Véase la página web de la campaña Armas bajo Control: <<http://www.controlarms.org/es/>>.

⁵ HERBY, Peter. «Developing a humanitarian law approach to the problem of arms availability». Ponencia presentada en la Conferencia *La disponibilidad de armas y las violaciones del Derecho Internacional Humanitario y el deterioro de la situación de los civiles en los conflictos armados* realizada en Oslo, Noruega, del 18 al 20 de mayo de 1998.

de armamento, proyecto que es conocido y difundido a nivel internacional bajo el nombre de Tratado de Comercio de Armas (en adelante TCA).

En atención a ello, el presente artículo busca arrojar luces sobre esta innovadora propuesta, resaltando sus cualidades y señalando sus limitaciones. Para ello hemos dividido nuestro estudio en tres secciones. La primera de ellas busca presentar los argumentos que hacen viable la aprobación de este proyecto de tratado a la luz de la evolución del Derecho Internacional actual y del consenso de la comunidad internacional. A continuación, la segunda parte analiza detenidamente cada una de las propuestas de regulación contenidas en el texto del TCA. Finalmente, la tercera parte señala las consecuencias jurídicas a nivel internacional de la aprobación del TCA.

2. Viabilidad jurídica de un tratado internacional sobre transferencias de armas

En primer lugar debemos resaltar la compatibilidad del TCA con el actual proceso de humanización del Derecho Internacional resaltado por Carrillo Salcedo.⁶ En efecto, el principal aporte del TCA consiste en la incorporación expresa de principios y normas provenientes de diversas ramas del Derecho Internacional, entre las cuales destacan el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH), los cuales actúan como límite a la facultad de los Estados de autorizar determinar transferencias internacionales de armamento.

Esto constituye un cambio de perspectiva importante que merece ser resaltado, toda vez que a nivel del Derecho Internacional, el tema de las limitaciones a las transferencias de armas se ha venido enfocando principalmente desde la perspectiva del Derecho del desarme. Sin embargo, en los últimos años se ha prestado mayor atención a las graves afectaciones al DIDH y al DIH producidas por el mal uso de armas convencionales, particularmente las armas pequeñas y ligeras. Esta mirada no es gratuita, toda vez que ambas ramas del Derecho Internacional tienen en común el respeto por los valores humanos y la dignidad de la persona humana.⁷

⁶ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, 2001, pp. 13-15.

⁷ WATKIN, Kenneth. «Controlling the use of force: A role for human rights norms in contemporary armed conflicts». *American Journal of International Law*, Vol. 98, N° 1, 2004, p. 9. El Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos forman parte de lo que Pictet ha denominado «derecho humanitario», es decir, el conjunto de normas internacionales que tienen por objeto la protección integral de la persona humana, dentro del que cabe incluir, además, al Derecho Internacional de los refugiados. Véase: CÁCERES BRUN, Joaquín. «El sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario». En José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto y otros. *Derecho Internacional Humanitario*. Cruz Roja Española. Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2002, pp. 646-647.

Este nuevo enfoque es coherente también con la adopción a nivel internacional de un nuevo concepto de seguridad, entendida como *seguridad humana*, en los planes y políticas de distintos gobiernos. En materia de seguridad, el enfoque tradicional de seguridad para los Estados era de carácter militar⁸ y consistía en la defensa de la integridad territorial y la represión de las sublevaciones internas así como en la defensa del Estado contra amenazas externas.⁹ Dentro de este esquema, las armas no eran vistas en sí mismas como un problema, sino que eran consideradas solamente como un elemento que influía en el desarrollo de los conflictos.¹⁰ No obstante, actualmente el concepto de *seguridad humana* sigue una aproximación multidimensional que abarca factores como la protección de los derechos y libertades fundamentales de los individuos, la posibilidad de participar plenamente en los procesos políticos, el acceso a los recursos y a las necesidades vitales básicas y un ambiente que no sea perjudicial para la salud y el bienestar.¹¹

Por otro lado, si bien los tratados e instrumentos internacionales existentes en la actualidad referidos al control de armamento difieren en sus planteamientos y en su ámbito de aplicación, existen ciertas normas comunes que pueden desprenderse de ellos, las cuales incluyen la necesidad de crear procedimientos nacionales claros para regular las transferencias internacionales de armas, impedir y combatir su tráfico ilícito, respetar los embargos impuestos por la ONU, impedir la desviación de los embarques a destinatarios prohibidos y prohibir las transferencias de armas que contravengan obligaciones contraídas en virtud del Derecho Internacional.¹² Asimismo, los instrumentos internacionales más recientes establecen normas referidas a la prohibición de aquellas transferencias de armas cuando sea posible que sean usadas para cometer crímenes internacionales o graves violaciones del DIH o el DIDH.¹³ De otro lado, la necesidad de cooperación y participación de la sociedad civil a nivel interno a fin de controlar la proliferación de armas también ha sido reconocida en general por los Estados.¹⁴

⁸ CHIRINOS LLERENA, Carla Stella Maris. *Hacia una efectiva limitación de armas convencionales en Sudamérica*. Lima: Academia Diplomática del Perú, 2002, p. 4.

⁹ LUZ, Daniel. «¿Es la prevención de la violencia armada una cuestión de desarrollo?». Artículo exclusivo para el boletín mensual *En la Mira – Observador Mensual Latinoamericano de Armas de Fuego*. Publicado en la página web: <<http://www.comunidadsegura.org/?q=es/node/494>>.

¹⁰ Entrevista Martín Apiolaza, experto en desarme en Latinoamérica y consultor de Save the Children. Publicada en la página web: <<http://www.seguridadidl.org.pe/desarma.htm>>.

¹¹ NATHAN, Laurie. «Consistency and inconsistencies in South African foreign policy». *International Affairs*, vol. 81, N° 2, marzo 2005, p. 364.

¹² «Evaluación de la viabilidad, el alcance y los parámetros de un Tratado sobre Comercio de Armas». Documento elaborado por Amnistía Internacional. Resumen ejecutivo, p. 2.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ HERBY, Peter. «Potential national action and policy». Ponencia presentada en la Conferencia *La dis-*

Estas normas comunes están corroboradas con ciertas prácticas de los Estados, en las cuales se refleja que existe, en primer lugar, el interés de los Estados de realizar un control de las transferencias de armas mediante mecanismos de expedición de licencia de importación y exportación de armas. Otra práctica común consiste en el establecimiento por parte de diversos Estados de reglas mínimas para regular la producción y transferencia de armas a nivel interno.

El consenso por parte de los Estados respecto de la necesidad de un acuerdo global sobre proliferación de armas quedó de manifiesto cuando el 6 de diciembre de 2006, la Asamblea General de la ONU aprobó la Resolución 61/89 de la ONU, contando con el apoyo de 153 países. Esta Resolución es considerada un paso importante para el establecimiento de estándares comunes en materia de control de armas, toda vez que reconoce que con el derecho a vender, comprar y tener armas se asumen las responsabilidades y obligaciones legales derivadas de la Carta de la ONU y del Derecho Internacional, incluidos el DIDH, el DIH y los embargos de armas impuestos por la ONU.

Por otro lado, la Resolución 61/89 recalca expresamente la necesidad de establecer «normas internacionales comunes para la importación, exportación y transferencia de armas convencionales», y reconoce que la ausencia de esas normas «es un factor que contribuye a los conflictos, el desplazamiento de personas, el delito y el terrorismo» y socava, entre otras cosas, la paz, la seguridad y el desarrollo sostenible. Por ello, a la par que reconoce las iniciativas internacionales, regionales y subregionales respecto del comercio de armas, la Resolución reconoce el creciente apoyo que se presta en todas las regiones a la elaboración de un instrumento legalmente vinculante que establezca «normas internacionales comunes para la importación, exportación y transferencia de armas convencionales».

Más recientemente, la Resolución 63/L.39 de fecha 17 de octubre de 2008 ha reafirmado que la ausencia de estándares uniformes para las transferencias internacionales de armas convencionales «es uno de los factores que contribuye al conflicto, el desplazamiento de pueblos, crimen y terrorismo» lo cual perjudica el logro de objetivos tales como «la paz, la reconciliación, la seguridad, el bienestar, la estabilidad y el desarrollo social y económico sostenible». Asimismo, dicha Resolución ha reconocido «el creciente apoyo en muchas regiones para concluir un instrumento legalmente vinculante» que establezca «estándares internacionales comunes para la importación, exportación y transferencia de armas convencionales». Debe tenerse presente que esta Resolución 63/L.39 fue aprobada con el voto de 147 Estados.

ponibilidad de armas y las violaciones del Derecho Internacional Humanitario y el deterioro de la situación de los civiles en los conflictos armados realizada en Oslo, Noruega, del 18 al 20 de mayo de 1998.

Por todo ello, podemos afirmar que la aprobación de un tratado internacional para regular las transferencias de armas resulta jurídicamente viable en el contexto actual a fin de frenar efectivamente la proliferación de armas convencionales y prevenir el sufrimiento de miles de personas a causa de la violencia armada. Al consolidar un conjunto de estándares internacionales que sean de aplicación para todos los Estados en materia de comercio de armas, se garantizará que las transferencias de armas respeten el Derecho Internacional y podrá superarse el clásico argumento de «si nosotros no vendemos las armas, alguien más lo hará»¹⁵ que los Estados exportadores de armas sostienen para realizar transferencias de armas sin tomar en cuenta las consecuencias perjudiciales que puedan derivarse de su uso.

3. Elementos que componen la regulación propuesta por el TCA¹⁶

El TCA está planteado como un tratado marco, ya que se busca establecer un conjunto de normas básicas de Derecho Internacional para regular y controlar las transferencias internacionales de armamento. Las razones por las que se ha optado por un tratado marco en materia de control de armas convencionales son enumeradas por Rebeca Pérez Mellado de la siguiente manera:¹⁷

- a) La comunidad internacional necesita de forma inmediata una serie de principios que regulen el control del comercio de armas.
- b) Para lograr el mayor consenso es necesario abarcar los aspectos macro y dejar las cuestiones más polémicas para su desarrollo posterior. Además, los Estados pueden decidir después si siguen o no avanzando en el proceso y qué protocolos ratificar o no.
- c) Desarrollar detalles técnicos puede dañar el proceso.
- d) Permite la flexibilidad del Estado ya que el texto puede ser modificado y discutido. También las ONG y la sociedad civil pueden beneficiarse de este modo y participar más activamente en el proceso.

¹⁵ Discusión de la presentación de Peter Herby en la conferencia *La disponibilidad de armas y las violaciones del Derecho Internacional Humanitario y el deterioro de la situación de los civiles en los conflictos armados* realizada en Oslo, Noruega, del 18 al 20 de mayo de 1998.

¹⁶ Para el desarrollo de este acápite se ha tomado como base el texto del TCA publicado en la página web: <<http://www.armstradettreaty.org/att/att.framework.pdf>> (original en inglés, traducción libre realizada por el autor del presente artículo).

¹⁷ PÉREZ MELLADO, Rebeca. *Hacia un tratado internacional de control de transferencias de armas pequeñas y ligeras. Una mirada desde el MERCOSUR*. Documento de Trabajo N° 3 del Proyecto de Armas de Fuego de Viva Rio. Enero de 2007, p. 23.

3.1. Comentario del artículo 1 del TCA

Artículo 1.— Las partes contratantes deberán adoptar y aplicar, de acuerdo con sus leyes y procedimientos nacionales, el requisito de que toda transferencia internacional de armas sea autorizada mediante la expedición de una licencia.

La obligación de someter a autorización todo tipo de transferencia de armas ha sido incorporada en diversos acuerdos regionales referidos al control de armamentos¹⁸ y ha sido plasmada por muchos Estados en su Derecho interno mediante el establecimiento de procedimientos de expedición de licencias de transferencias de armas.¹⁹ La responsabilidad estatal de regular las transferencias internacionales de armas dentro de su jurisdicción es una consecuencia directa de la obligación internacional de combatir el tráfico ilícito de armas de fuego.

A pesar del reconocimiento en numerosos tratados e instrumentos internacionales de la obligación de regular el procedimiento de autorización de importaciones y exportaciones de armas, se ha comprobado que los requisitos para la emisión de una licencia de transferencia válida suelen variar de Estado a Estado o de región en región. A fin de lograr que todos los Estados cumplan con esta obligación empleando los mismos estándares de regulación, los siguientes artículos del TCA enumeran los criterios según los cuales los Estados deben autorizar una determinada transferencia de armas.

3.2. Comentario del artículo 2 del TCA

Artículo 2.— Una parte contratante no autorizará transferencias internacionales de armas que violen sus obligaciones de acuerdo con el Derecho internacional. Estas obligaciones incluyen aquellas surgidas de o de conformidad con:

- a. La Carta de las Naciones Unidas, incluyendo decisiones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas;
- b. Tratados internacionales que sean vinculantes para la parte contratante;
- c. La prohibición del uso de armas que son incapaces de distinguir entre combatientes y civiles o que por su naturaleza causen heridas superfluas o sufrimiento innecesario; y
- d. El Derecho consuetudinario internacional.

¹⁸ Como ejemplo podemos citar: el artículo IX.1 de la Convención Interamericana contra la Fabricación y el tráfico Ilícitos de Armas, de Fuego, Municiones, Explosivos y otros materiales relacionados, el artículo 10.a del Protocolo de Nairobi para la prevención, el control y la reducción de armas pequeñas y ligeras en la región de los Grandes Lagos y el Cuerno de África, y el artículo 5.3.c del Protocolo de la Comunidad de Desarrollo de África Meridional, entre otros.

¹⁹ De acuerdo con el Informe *Reviewing Action on Small Arms 2006*, existen 111 Estados que tienen leyes y procedimientos que regulan la exportación de armas pequeñas y ligeras, mientras que 135 Estados han establecido leyes y procedimientos referidos a la importación de estas armas. Sin embargo, los requisitos regulados para dichos procedimientos suelen variar. Véase IANSA y BITING THE BULLET PROJECT. *Reviewing Action on Small Arms 2006. Assessing the first five years of the UN Programme of Action*, p. 32.

El artículo 2 del TCA está referido a las limitaciones expresas de transferencia de armamento, es decir aquellas reglas provenientes de obligaciones estatales ya existentes en el Derecho Internacional que limitan la facultad del Estado de transferir armas y cuya violación generará que el Estado transferente incurra en responsabilidad internacional. En el enunciado de este artículo se mencionan cuatro grupos de obligaciones internacionales: las que provienen de la Carta de Naciones Unidas, las que provienen de cualquier otro tratado o decisión por la cual dicho Estado esté obligado, las referidas a los principios universalmente aceptados del DIH y las provenientes del Derecho Internacional consuetudinario.

Respecto del primer grupo de obligaciones, es necesario tener presente que la Organización de Naciones Unidas tiene un interés legítimo en el campo de las transferencias de armas derivado de sus propósitos y principios. La Carta de las Naciones Unidas menciona de forma específica la importancia de la regulación de los armamentos para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en sus artículos 11 y 26. Asimismo, la Asamblea General de Naciones Unidas ha exhortado en diversas ocasiones a los Estados que den prioridad a la erradicación del tráfico ilícito de todo tipo de armas y equipo militar, así como al control de sus importaciones y exportaciones en este campo.²⁰ En tal sentido, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ha expedido resoluciones en materia de limitación de armamento de observancia obligatoria para todos los Estados miembros de la ONU, específicamente las resoluciones que imponen embargos de armas como herramientas para hacer cumplir la normativa internacional cuando existe alguna amenaza a la paz y los esfuerzos diplomáticos para resolver el problema no resulten suficientes.

Por otro lado, algunos Estados han formulado objeciones a la regulación de las transferencias de armas argumentando que su derecho a la legítima defensa les permite adquirir tantas armas como consideren convenientes para defender su soberanía. Respecto de ello, debemos recordar que el recurso a la legítima defensa, regulado en el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas, debe respetar los requisitos de proporcionalidad, necesidad e inminencia de la amenaza.²¹ En tal sentido, los Estados no deben adquirir más armamento del que realmente sea necesario para su seguridad, de lo contrario se generará una cantidad excesiva de armas que puede ocasionar problemas mayores de seguridad a largo plazo.

²⁰ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Compilación de Principios globales para el control de las transferencias de armas*. Madrid: Editorial Amnistía Internacional (EDAI), 2006, p. 10.

²¹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Prevención de las violaciones de los derechos humanos cometidas con armas pequeñas y armas ligeras. Documento final presentado por Barbara Frey, Relatora Especial, de conformidad con la resolución 2002/25 de la Subcomisión. A/HRC/Sub.1/58/27*. 27 de julio de 2006, párrafo 38.

El segundo grupo de obligaciones enumeradas en el artículo 2 del TCA se refiere al cumplimiento de otros tratados internacionales por los cuales el Estado parte se encuentre obligado. Sobre este punto es necesario recordar que el TCA está pensado para ser un estándar mínimo, de modo que no excluye la aplicación de otros regímenes de desarme y control de armamento de alcance universal o regional de los cuales el Estado sea parte. En tal sentido, si un Estado es parte de una organización regional que establece un conjunto de reglas respecto a las transferencias de armamento, seguirá estando obligado por las disposiciones de dicha organización e incurrirá en responsabilidad internacional al autorizar una transferencia que contravenga dichas disposiciones. Dentro de esta regla deben considerarse también las obligaciones contraídas por el Estado en materia de desarme como un límite a la autorización de transferencias de armas.

El tercer grupo de obligaciones hace referencia a los principios universalmente aceptados del DIH, en particular la prohibición del uso de armas de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios y la prohibición de armas o municiones que sean incapaces de distinguir entre combatientes y civiles. Estos dos principios básicos del DIH fueron desarrollados en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia relativa a la ilicitud de la amenaza o uso de las armas nucleares, en la cual se señaló que ambos principios son cardinales en la elaboración misma de la ley humanitaria.²²

Asimismo, existen ciertos tratados e instrumentos específicos que prohíben las transferencias de tipos particulares de armas que no cumplen con alguno de los dos principios que hemos explicado. Nos referimos, entre otros, a la Declaración de San Petersburgo sobre proyectiles explosivos de 1868, la Declaración de La Haya sobre Balas Expansivas de 1899, el Protocolo de 1925 prohibiendo el uso de gas venenoso, la Convención de 1972 sobre Armas Biológicas de 1972, la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales de 1980, la Convención sobre Armas Químicas de 1993 y la Convención sobre Minas Antipersonales de 1997.

Todos estos tratados e instrumentos establecen una prohibición de uso respecto de estas armas, pero solamente algunos prohíben tanto la transferencia como el uso respecto de las mismas. Sin embargo, debemos tener presente que al prohibir el uso de un determinado tipo de arma, lógicamente debe quedar proscrita también su transferencia a fin de que la prohibición de uso sea realmente efectiva, porque resulta difícil conciliar la libertad de un Estado para transferir un arma cuyo uso está prohibido con la obligación general de los Estados de respetar y hacer respetar el

²² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *La licitud de la amenaza o uso de armas nucleares. Opinión Consultiva del 8 de Julio de 1996*. Párrafo 78.

Derecho Internacional Humanitario consagrada en el artículo 1 de los Convenios de Ginebra.²³ De esta manera, el TCA establece de manera explícita la prohibición de transferir todo tipo de armas prohibidas según el Derecho Internacional.

El cuarto grupo de obligaciones se refiere a principios del Derecho Internacional consuetudinario que pueden limitar las transferencias internaciones de armamento. Respecto de esta disposición nos referiremos a ciertas normas consuetudinarias que son reconocidas por todos los Estados y han alcanzado el estatus de principios del Derecho Internacional. Dichas normas han sido enunciadas en la Carta de Naciones Unidas y en la Resolución 2625 (XXV) del 24 de octubre de 1970 de la Asamblea General de la ONU. En primer lugar tenemos el principio de que los Estados deben abstenerse de recurrir a la amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial o independencia política de cualquier Estado. Una de las normas derivadas de este principio señala que todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de un Estado.²⁴ Otra norma derivada de este principio señala que todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o de actos de terrorismo en otro Estado.²⁵

Una segundo principio que establece limitaciones a las transferencias de armas es aquel que obliga a un Estado a no intervenir, directa o indirectamente, en los asuntos que sean de la jurisdicción interna de los demás Estados, sea cual fuere el motivo. De este principio se deriva la obligación de abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado, y de intervenir en una guerra civil de otro Estado.²⁶ Al respecto, debemos recordar que, en el caso de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua, la Corte Internacional de Justicia señaló que la transferencia de armas a grupos armados para derrocar a un gobierno constituye una violación al principio de no intervención en los asuntos internos de otro Estado.²⁷

Un tercer principio proveniente del Derecho consuetudinario establece que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz ni la seguridad internacional ni la justicia. De este principio se deriva otra obligación específica que señala que, ante la existencia de una controversia internacional, tanto los Estados partes de dicha controversia como los de-

²³ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Op. cit.*, p. 15.

²⁴ Resolución 2625 (XXV). Principio I Párrafo 8.

²⁵ Resolución 2625 (XXV). Principio I Párrafo 9.

²⁶ Resolución 2625 (XXV). Principio III. Párrafo 2.

²⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*. Sentencia del 27 de junio de 1986. Párrafos 239 a 245.

más Estados deben abstenerse de toda medida que pueda agravar la situación de modo que ponga en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.²⁸

3.3. Comentario del artículo 3 del TCA

Artículo 3.— Una parte contratante no autorizará transferencias internacionales de armas en circunstancias en que tenga conocimiento o razonablemente deba tener conocimiento de que es probable que las armas a ser transferidas serán:

- a. Utilizadas en contravención de la Carta de Naciones Unidas o las normas del derecho internacional consuetudinario, en particular aquellas referidas a la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales;
- b. Utilizadas en la comisión de graves violaciones de los derechos humanos;
- c. Utilizadas en la comisión de graves violaciones del Derecho internacional humanitario aplicable en conflictos armados internacionales o no internacionales;
- d. Utilizadas en la comisión del genocidio o crímenes de lesa humanidad;
- e. Desviadas y utilizadas en la comisión de cualquiera de los actos mencionados en los subpárrafos precedentes de este artículo.

En el artículo 3 del TCA la ilicitud de las transferencias de armas viene determinada no por la transferencia en sí —como lo establece el artículo 2— sino más bien por el uso probable de las armas transferidas por parte del Estado receptor. En tal sentido, se señala que los Estados no autorizarán transferencias internacionales de armas o municiones cuando estas vayan a ser usadas para violar el Derecho Internacional o sea probable que vayan a ser usadas para este fin.

El primer grupo de posibles usos ilícitos de armas que el artículo 3 proscribe se encuentra referido a las violaciones de la Carta de las Naciones Unidas o de la norma consuetudinaria relativa a la prohibición del uso de la fuerza. Aquí debemos tener presente que tanto la prohibición del uso de la fuerza como la no intervención en los asuntos de otro Estado y el arreglo pacífico de las controversias son todas normas consuetudinarias, de las cuales se derivan obligaciones estatales respecto del empleo y las transferencias de armas, en el sentido que hemos explicado respecto del artículo 2.

Otro supuesto en el cual el Estado debe negarse a autorizar una transferencia de armas consiste en la posibilidad de que las armas sean utilizadas para cometer violaciones graves del DIDH. Según esta rama del Derecho Internacional, el Estado tiene la obligación de proteger y garantizar los derechos enunciados en tratados internacionales de alcance universal y regional. Para interpretar el calificativo *violaciones graves* (traducción del término *serious violations* utilizado en el TCA) podemos referirnos al Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente

²⁸ Resolución 2625 (XXV). Principio II Párrafo 4.

ilícitos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad).

En sus comentarios a este Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad, Crawford señala que una violación grave reviste una cierta magnitud que impide pasarla por alto.²⁹ En efecto, el artículo 40 inciso 2 señala que una violación será grave si implica el incumplimiento *flagrante* o *sistemático* de la obligación por el Estado responsable. Dentro del esquema del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad, el término *sistemático* significa que una violación debe ser llevada a cabo de una manera organizada y deliberada. Por su parte, el término *flagrante* está referido a la intensidad de la violación o sus efectos, ya que denota una lesión directa y manifiesta a los valores protegidos por la norma.³⁰

De otro lado, en el DIDH tenemos un conjunto de derechos que buscan preservar el mínimo irreductible de humanidad ante cualquier situación y que no pueden ser objeto de restricciones o suspensiones, incluso en situaciones de emergencia. Teniendo en consideración esta idea, y complementándola con los términos que hemos definido en el párrafo anterior, entendemos que las graves violaciones a las cuales se refiere el artículo 3 del TCA constituyen aquellas violaciones flagrantes o sistemáticas de cualquiera de los derechos no derogables reconocidos en los tratados internacionales y regionales sobre derechos humanos,³¹ los cuales son considerados en la actualidad como el *núcleo duro* de los derechos humanos.³²

Según el DIDH, el Estado puede ser responsable por violaciones cometidas con armas de fuego en dos supuestos. En el primero de ellos, los individuos armados y grupos actuando con el permiso expreso o implícito de las autoridades, son considerados agentes estatales. En este sentido, el Estado sería responsable, por ejemplo, por no investigar o perseguir a grupos armados o milicias privadas que cometan violaciones a los derechos humanos cometidas con armas de fuego y operen con la aprobación expresa o tácita de los agentes estatales. En el segundo supuesto, los Estados serán responsables por patrones de abusos cometidos por individuos privados o grupos armados no estatales si el Estado no actuó con la debida diligencia para prevenir los

²⁹ CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, text and commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 247.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Artículo 4.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 27 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y Artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En su Observación General sobre estados de emergencia, el Comité de Derechos Humanos amplió la lista de derechos inderogables contenidos en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase Documento ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001.

³² NOVAK TALAVERA, Fabián y Elizabeth SALMÓN GÁRATE. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*. Segunda edición. Lima: IDEI, Fondo Editorial PUCP, 2002, p. 85.

abusos. Los ejemplos de no haber actuado con la debida diligencia incluyen el rechazo del Estado a establecer regulaciones razonables sobre la posesión privada de armas pequeñas que probablemente sean usadas en homicidios, el no proteger a los individuos de un patrón de violencia causado con armas pequeñas, y el no proteger a individuos de crímenes organizados incluyendo secuestros y asesinatos para obtener un rescate.³³

La debida diligencia consiste en «las medidas razonables de prevención que se espera que un gobierno bien administrado ejercite bajo similares circunstancias». Por ello, bajo un estándar de diligencia debida, el Estado puede ser responsable, no por los actos lesivos del actor privado, sino por su omisión de tomar las medidas correspondientes para prevenirlos o por no investigar y sancionar a los autores de dichos actos.³⁴ Asimismo, el estándar de diligencia debida obliga al Estado a asegurarse que las armas pequeñas no son usadas por individuos o grupos armados para cometer violaciones a los derechos humanos. Por ello, si en el territorio de un Estado solicitante de armas ocurren episodios de violencia racial, política o étnica, esos elementos hacen suponer que dichas armas serán usadas para cometer serias violaciones del DIDH, por lo cual debe optarse por denegar la autorización de transferencia de armas.³⁵

El tercer grupo de reglas contenidas en el artículo 3 establece que un Estado deberá negarse a autorizar una transferencia de armas cuando exista una posibilidad razonable de que dichas armas serán utilizadas para cometer violaciones graves del DIH. Esta norma es consistente con la obligación que tienen todos los Estados de «respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario» contenida en el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra de 1949. Esta obligación de respetar y hacer respetar el DIH ha sido resaltada por el CICR y otros internacionalistas, señalando que prohíbe a los Estados proporcionar armas as en situaciones donde ocurran o sea probable que ocurran graves violaciones al DIH.

Asimismo, el Derecho consuetudinario aplicable a los conflictos armados establece que cada parte en el conflicto debe respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario por sus fuerzas armadas y otras personas o grupos actuando *de facto*

³³ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. *La cuestión del comercio, transporte y uso de armas pequeñas y armas ligeras en el contexto de los derechos humanos y las normas humanitarias*. Documento de trabajo presentado por Barbara Frey. E/CN.4/Sub.2/2002/39. 30 de mayo de 2002. Párrafo 46.

³⁴ La debida diligencia ha sido interpretada por las Cortes regionales en el sistema interamericano y europeo. En el caso Velásquez Rodríguez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló la responsabilidad de Honduras por su falta de diligencia para prevenir las «desapariciones» cometidas por el Estado o actores privados. Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso Akkoc V.S. Turquía, señaló que el Estado violó el artículo 2.1. de la convención Europea de Derechos Humanos cuando no tomó las medidas razonables para evitar un riesgo real e inmediato a la vida.

³⁵ FREY, Barbara. «Small arms and light weapons: the tools used to violate human rights». *Disarmament Forum*. United Nations Institute for Disarmament Research. N° 3, 2004, p. 42.

según sus instrucciones, o bajo su dirección y control.³⁶ Pero además establece que los Estados no pueden fomentar las violaciones del DIH por las partes de un conflicto armado y deben ejercer su influencia, hasta donde sea posible, para detener las violaciones del DIH.³⁷ Por su parte, el artículo 89 del Protocolo Adicional I señala que, en caso de ocurrir violaciones graves a las Convenciones de Ginebra o al Protocolo Adicional I, los Estados tienen el deber de actuar para que dichas violaciones cesen.

La interpretación de que el artículo 1 común de los Convenios de Ginebra implica obligaciones más allá de aquellas que corresponden a las partes en conflicto ha sido respaldada por la Organización de Naciones Unidas, a través de pronunciamientos del Consejo de Seguridad, así como por organizaciones internacionales como el Consejo de Europa, la OTAN, la Unión Africana y la Organización de Estados Americanos, quienes han invocado a sus miembros a respetar y hacer respetar el DIH.³⁸

Por otro lado, dado que la obligación de hacer respetar el DIH resulta aplicable también durante situaciones de conflicto armado interno, el Estado receptor tiene un deber de diligencia a fin de prevenir y sancionar las violaciones a las normas humanitarias cometidas dentro de su territorio. Por ello, los Estados deben negarse a autorizar una transferencia de armas a aquellos Estados que no implementen medidas de prevención y refuerzo del cumplimiento del DIH dentro de su jurisdicción.³⁹

El cuarto grupo de reglas del artículo 3 del TCA dispone que los Estados no pueden autorizar transferencias de armas si existe un riesgo probable de que estas vayan a ser utilizadas por el receptor para cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad. En primer lugar, la prohibición del genocidio constituye en la actualidad una norma de *ius cogens* y se encuentra presente en algunos instrumentos regionales referidos al control de armamento.⁴⁰ En tal sentido, los Estados exportadores de armas deben informarse respecto de la comisión de este tipo de crímenes en el territorio de un Estado solicitante de armas, principalmente en territorios donde existen conflictos étnicos, raciales o de cualquier otro tipo. Si el Estado proveedor de armas detecta indicios de que las armas adquiridas serán empleadas por el receptor para la comisión del delito de genocidio, entonces este Estado debe negarse a autorizar cualquier transferencia a dicho receptor.

³⁶ HENCKAERTS, Jean-Marie y Eric MONGELARD. *Customary International Humanitarian Law*. Volumen I: Reglas. Cambridge: Cambridge University Press, p. 495.

³⁷ *Ibid.*, p. 509.

³⁸ *Ibid.*, pp. 509-510.

³⁹ BOIVIN, Alexandra. «Complicity and Beyond: International law and the transfer of small arms and light weapons». *International Review of the Red Cross*, Volumen 87, N° 859, setiembre 2005, p. 479.

⁴⁰ Reglamento de la OEA sobre los Intermediarios de Armas (artículo 5 incisos a) y c) Directrices para la Aplicación del Protocolo de Nairobi párrafo 2.2.3.c.ii).

Por otro lado, respecto de la comisión de crímenes de lesa humanidad, el elemento que los distingue de las violaciones graves a los derechos humanos es la cualidad de sistemática o generalizada de la conducta vulneratoria. Esto quiere decir que una violación del derecho a la vida o una violación de la prohibición de la tortura mediante el empleo de armas de fuego constituye un crimen de lesa humanidad cuando es cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

La obligación estatal establecida en el artículo 3 del TCA respecto de no autorizar una transferencia de armas debido al probable uso ilícito de las mismas por parte del receptor tiene como base la prohibición de participar en los actos internacionalmente ilícitos de otro Estado. Este esquema de responsabilidad internacional secundaria o derivada aparece formulado en el artículo 16 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad.⁴¹ El régimen de complicidad del Estado regulado en el artículo 16 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad obedece a una lógica similar al que rige respecto del individuo, ya que se requiere intención por parte del agente (conocimiento del acto de participación y decisión consciente de participar a través de instigación, ayuda o colaboración) y además debe probarse que la ayuda o colaboración contribuyó a la comisión del acto ilegal.

Además del artículo 16 existen otros artículos sobre responsabilidad de los Estados que sustentan la obligación de los Estados de negarse a autorizar transferencias de armas en razón a su probable uso ilícito. En primer lugar podemos citar el artículo 41(2) del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad, el cual señala la obligación de los Estados a no reconocer como legítima una situación creada por una violación grave del Derecho Internacional, ni ayudar a que dicha situación se mantenga.⁴²

Por otro lado, el artículo 40 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad hace referencia a serias violaciones de normas imperativas de Derecho Internacional general (inciso 1), las cuales involucran una falta grave y sistemática del Estado que contraviene dichas obligaciones (inciso 2). Interpretando conjuntamente los artículos 40 y 41 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad tenemos que, en caso de normas imperativas, basta comprobar que la transferencia de armas contribuyó a que la situación ilícita se mantuviera para establecer la responsabilidad internacional del

⁴¹ «Un Estado que ayuda o asiste a otro en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por parte de este último es internacionalmente responsable por hacer esto si:

- a) El Estado lo hace con el conocimiento de las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito.
- b) El acto fuera internacionalmente ilícito si lo cometiera dicho Estado».

⁴² «Artículo 41.— Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo
(...)

2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación».

Estado transferente. Asimismo, el comentario de la Comisión de Derecho Internacional resalta que la prohibición del artículo 41 va más allá del artículo 16 al incluir conductas posteriores al hecho ilícito, sin importar que la violación sea continuada o no.⁴³ Como ejemplos de normas imperativas podemos citar la prohibición de la agresión, del genocidio, la comisión de crímenes de lesa humanidad y la violación del Derecho a la libre determinación⁴⁴, así como las normas fundamentales del DIH.⁴⁵

No obstante, según señala Boivin, existen algunos problemas con el esquema de responsabilidad internacional planteado por este principio. El primero de ellos está referido a que el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional fundamentan la atribución de responsabilidad del Estado transferente en el caso de transferencias interestatales, pero no dicen nada respecto de las transferencias de un Estado a grupos no estatales. Si bien, como lo señala la autora, estas transferencias podrían quedar comprendidas dentro de la prohibición de intervenir en los asuntos internos de otro Estado, en general su licitud es un tema aún discutido en el Derecho Internacional.⁴⁶ Al respecto podemos señalar que, a fin de prevenir efectivamente las violaciones a las normas humanitarias y de derechos humanos, el régimen de responsabilidad planteado por el TCA debe ir más allá de lo regulado en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad y abarcar también las transferencias a actores no estatales.

En segundo lugar, Boivin señala que no basta con establecer responsabilidad internacional del Estado en un momento posterior a la transferencia, sino que es necesario que se adopten medidas por anticipado para realizar un control efectivo de las armas pequeñas, tales como el establecimiento de procedimientos de licencia con base en criterios del Derecho Internacional y sanciones para individuos que operan fuera del régimen.⁴⁷ Respecto de este comentario, podemos señalar que el artículo 5 del TCA enfatiza la necesidad de establecer mecanismos de control a nivel interno de las transferencias de armas pequeñas y ligeras basados en normas del Derecho Internacional.

⁴³ BOIVIN, Alexandra. *Op. cit.*, p. 473.

⁴⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Reservas a la Convención sobre la prevención y represión del crimen de genocidio*. Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951. Párrafo 23. Caso *Barcelona Traction Light and Power Company*. Sentencia del 5 de febrero de 1970, párrafos 33 al 35.

⁴⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *La licitud de la amenaza o uso de armas nucleares*. Opinión Consultiva del 8 de Julio de 1996, párrafos 78 y 79.

⁴⁶ BOIVIN, Alexandra. «Complicity and Beyond». *Op. cit.*, p. 474. Respecto de las transferencias a actores no estatales, otros comentaristas han hecho notar que el artículo 17 de los Artículos de Responsabilidad Internacional señala la responsabilidad de un Estado que dirige y controla a otro en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, aplicando estándares similares a los del artículo 16. Esto puede interpretarse para abarcar aquellas situaciones en las que el Estado tiene control sobre un actor no estatal para cometer un hecho ilícito. Véase GILLARD, Emanuela. *What is legal? What is illegal? Limitations on Transfers of Small Arms under International Law*. Lauterpacht Research Centre for International Law, Cambridge. *Op. cit.*, p. 5.

⁴⁷ BOIVIN, Alexandra. *Op. cit.*, p. 475.

En tercer lugar, Boivin precisa que, si bien los derechos humanos son universales, la responsabilidad de los individuos en caso de violaciones al DIDH está definida por la territorialidad y nacionalidad, y no existe todavía un desarrollo suficiente a nivel internacional de la responsabilidad que los Estados pueden exigir en materia de DIDH a individuos fuera de su jurisdicción. Dicho de otro modo, son escasas las disposiciones existentes en el DIDH actual a las que se puede recurrir para sustentar la obligación del Estado de investigar el uso final de las armas que transfieren fuera de su territorio.⁴⁸ Sobre este punto podemos resaltar la importancia del TCA para enfatizar la obligación de los Estados de colaborar en la protección y cumplimiento de los derechos humanos a nivel transnacional, teniendo en cuenta que la prohibición de ciertas violaciones a los derechos humanos —como la prohibición de la tortura— ha adquirido el carácter de *erga omnes*.

3.4. Comentario del artículo 4 del TCA

Artículo 4.— Al considerar si una transferencia internacional de armas puede ser autorizada conforme al artículo 1 de esta Convención, las partes contratantes deben tomar en cuenta si es probable que las transferencias de armas materia de evaluación:

- a. Serán utilizadas para cometer o facilitar la comisión de crímenes violentos.
- b. Afectarán negativamente la estabilidad política o la seguridad regional.
- c. Afectarán negativamente el desarrollo sostenible.
- d. Serán desviadas y empleadas de una manera contraria a los sub párrafos precedentes.

En dichas circunstancias habrá una presunción contra la autorización.

El Principio 4 del TCA establece la necesidad de que el Estado evalúe el impacto que producirá una transferencia antes de autorizarla. Esta evaluación debe realizarse sobre la base de una serie de criterios que, en el caso de incumplimiento, acarrearán como consecuencia la denegatoria de la autorización de transferencia por parte del Estado solicitado.

En primer lugar, se señala que los Estados no deben autorizar una transferencia de armas si es probable que dichas armas vayan a ser usadas para la comisión de actos terroristas o para facilitar dicha comisión. Si bien actualmente se reconoce que los actos terroristas pueden constituir una amenaza no solamente para la seguridad interna de un Estado sino también a la seguridad regional e internacional, la definición de terrorismo es un tema que aún no ha logrado consenso a nivel internacional y persisten los debates al respecto, en especial sobre la cuestión de la intencionalidad

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 471-472. La autora cita el caso Tugar V.S. Italia del Sistema Europeo de Derechos Humanos, donde se muestran las dificultades para establecer un vínculo entre la falta de regulación de un Estado de las licencias para transferencias de armas y el derecho de acción de las víctimas más allá de sus fronteras.

y de si los Estados pueden cometer actos terroristas.⁴⁹ Una definición aproximada la encontramos en el Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio, la cual señala que constituye terrorismo:

[c]ualquier acto, además de los actos ya especificados en los convenios y convenciones vigentes sobre determinados aspectos del terrorismo, los Convenios de Ginebra y la Resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad, destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a un no combatiente, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.⁵⁰

La frase *actos especificados en los Convenios de Ginebra* alude a la definición específica de terrorismo según el DIH, es decir a aquellos actos o amenazas de violencia cuyo principal propósito sea esparcir el terror entre la población civil, los cuales pueden ser cometidos tanto en conflictos armados internacionales como en conflictos internos.⁵¹ Como ejemplos de conductas que constituyen actos de terrorismo desde la perspectiva del DIH podemos mencionar el apoyo ofensivo u operaciones de ataque destinadas a esparcir el terror ente la población civil, bombardeo indiscriminado y generalizado, asalto, violación y tortura de mujeres y niños, y asesinato masivo, abrir fuego deliberada e indiscriminadamente sobre bienes civiles y congregaciones de civiles ilegítimamente.⁵²

Por otro lado, dentro de los *convenios y convenciones* vigentes a las que hace referencia el párrafo citado, podemos citar la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas; el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo; el Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves; entre otros varios.

En segundo lugar, tampoco debe autorizarse una transferencia en caso de que las armas transferidas serán utilizadas para cometer crímenes violentos o actos de delincuencia organizada o para facilitar dicha comisión. Este criterio refleja la creciente preocupación de la comunidad internacional debido a la frecuente utilización de armas de fuego, principalmente armas pequeñas y ligeras, para la comisión de delitos contra la vida, el cuerpo y la salud y afectaciones al patrimonio por parte de organizaciones criminales.

⁴⁹ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Op. cit.*, p. 21.

⁵⁰ Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio, *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*, publicado por la ONU en diciembre de 2004, párrafo 164.

⁵¹ HENCKAERTS, Jean-Marie y Eric MONGELARD. *Op. cit.*, p. 8.

⁵² *Ibid.*, p. 11.

El posible perjuicio a la seguridad o la estabilidad regional es un tercer factor que obliga al Estado a denegar la autorización de una transferencia según el artículo 4 del TCA. Este es un criterio cuyo desarrollo se ha dado a través de un número importante de instrumentos internacionales de alcance universal y regional, del cual se desprende una serie de obligaciones para los Estados. Entre dichas obligaciones podemos mencionar:

- En caso de los Estados exportadores, verificar que sus exportaciones de armas no contribuyan a provocar o prolongar conflictos armados o agraven las tensiones existentes en el país de destino final.⁵³
- Que las transferencias no produzcan una acumulación desestabilizadora de armas o de capacidad militar de una región.⁵⁴
- Evaluar el riesgo de que un Estado receptor pueda utilizar el producto exportado para agredir a otro país o para imponer por la fuerza una reivindicación territorial antes de aprobar una transferencia.⁵⁵
- En caso de los Estados importadores, que la cantidad y el nivel de perfeccionamiento técnico de sus importaciones de armas guarden proporción con sus necesidades legítimas de defensa y seguridad.⁵⁶

El tercer factor que deben evaluar los Estados para autorizar una determinada transferencia de armas es el posible perjuicio al desarrollo sostenible originado por dicha transferencia. Conviene recordar que el compromiso político de reconocer el disfrute de los derechos humanos como medio y fin del desarrollo fue reafirmado por el sistema de Naciones Unidas en su programa de reforma de 1997. Dicho programa se nutrió de la Declaración de Naciones Unidas para el Desarrollo de 1986 y su ideal consiste en que la realización de los derechos humanos se convierta en el valor central que conduzca el trabajo de todas las agencias del sistema de Naciones Unidas y de aquellas vinculadas a dicho sistema, como el Banco Mundial.

Desde esta perspectiva, debe tenerse muy presente que la amplia distribución y uso de armas obstaculiza el desarrollo social, toda vez que la violencia armada genera el costo de tratar las heridas de guerra y la discapacidad sufrida por las víctimas, así como la pérdida de la producción, la reducción de la inversión y el ahorro doméstico

⁵³ Código de Conducta de la UE. Criterio 3. En algunos instrumentos se establece que esta evaluación debe realizarse teniendo en cuenta las necesidades legítimas de defensa propia del Estado receptor. Tal es el caso del Documento de la OSCE sobre Armas Pequeñas y Armas Ligeras (Sección III, criterio común de exportación 2.b) y las Directrices de Mejores Prácticas para las Exportaciones de Armas Pequeñas y Ligeras del Acuerdo de Wassenaar (artículo I, párrafo 2 e).

⁵⁴ Directrices para la Aplicación del Protocolo de Nairobi. párrafo 2.2.3.c.

⁵⁵ Código de Conducta de la Unión Europea. Criterio 4.

⁵⁶ Directrices de la ONU para las Transferencias Internacionales de Armas, párrafos 20 y 21.

y la decisión del Estado de invertir sus recursos en medidas de seguridad en lugar de desarrollo económico y social. A consecuencia de ello se produce un ambiente de inseguridad y escasez que afecta derechos tales como el derecho a una alimentación adecuada, el derecho a la educación y el derecho a gozar de servicios adecuados de salud.⁵⁷ Por ello, resulta necesario que los Estados distribuidores de armamento tengan presentes todas estas posibles consecuencias negativas antes de autorizar una determinada transferencia de armas.

3.5. Comentario del artículo 5 del TCA

Artículo 5.— Las partes contratantes deberán establecer mecanismos de autorización y licencia bajo su normativa interna conforme sea necesario para asegurar que los requisitos de esta convención sean efectivamente aplicados en concordancia con los estándares mínimos establecidos en el Anexo I.

A fin de lograr la efectividad del régimen propuesto por el TCA, los Estados deberán adoptar normas y procedimientos específicos a nivel interno que le permitan hacer frente a los problemas relacionados con las transferencias de armas. Esta medida es complementada adecuadamente por la propuesta de creación de un Registro Internacional de Transferencias de Armas, contenida en el artículo 6 del TCA.⁵⁸

El texto del artículo 5 hace referencia a la conformidad de las disposiciones internas con los estándares mínimos previstos en un Anexo al TCA. No obstante, dicho Anexo no ha sido elaborado hasta la fecha. La nota al pie XIV del comentario del artículo 5 del TCA señala un conjunto de temas que pueden ser objeto de regulación a nivel interno, los cuales incluyen el establecimiento de un mecanismo de licencias específicas para cada transacción a realizarse, la información mínima que deben presentar los solicitantes de una licencia y mecanismos de escrutinio parlamentario respecto de las licencias emitidas, entre otros.⁵⁹

A fin de que los Estados puedan establecer en su normativa interna los correspondientes procedimientos de expedición de licencias de autorización de armamento, existen instrumentos internacionales que les brindan pautas al respecto, tales como el Protocolo de la ONU sobre armas de fuego y las Directrices de la ONU para las Transferencias Internacionales de Armas. Según estos documentos, el sistema de licencias debe abarcar la exportación, la importación y el tránsito de armas de fuego,

⁵⁷ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. *Temas específicos de derechos humanos*. Reporte de progreso de Barbara Frey, Relatora Especial sobre la prevención de violaciones de derechos humanos cometidas con armas pequeñas y armas ligeras. E/CN.4/Sub.2/2004/37. 21 de junio de 2004, párrafo 11.

⁵⁸ Véase *Infra*, pp. 23-24.

⁵⁹ Véase nota al pie XIV del comentario del artículo 5 del TCA.

sus piezas, componentes y municiones.⁶⁰ Los procedimientos a nivel interno deben ser seguros y debe verificarse la autenticidad de los documentos de licencia o autorización.⁶¹ Asimismo, un requisito importante para la obtención de la licencia debe ser la presentación de documentación completa por parte del solicitante.⁶²

Por otro lado, al evaluar la probabilidad de que las armas exportadas sean utilizadas para fines ilícitos, el Estado proveedor debe examinar una serie de factores, los cuales deben ser incorporados a la normativa nacional. Estos factores incluyen, entre otros, la ratificación y aplicación apropiada de los instrumentos internacionales de derechos humanos por parte del Estado receptor, las leyes del Estado sobre derechos humanos, el nivel y frecuencia de los abusos en contra de los derechos humanos y procesos en contra del país receptor en el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o en otros organismos o tribunales internacionales sobre esta materia, resoluciones e informes sobre el Estado receptor ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y en otros organismos internacionales.⁶³

Asimismo, resulta conveniente que un Estado parte del TCA deba consultar a los demás Estados parte antes de conceder una licencia que otro Estado parte haya denegado para una transacción esencialmente idéntica en años anteriores, de manera similar al régimen establecido en el Código de Conducta de la Unión Europea sobre la Exportación de Armas.⁶⁴

3.6. Comentario del artículo 6 del TCA

Artículo 6.–

1. Se establecerá un Registro Internacional de Transferencias Internacionales de Armas.
2. Cada parte contratante debe remitir al Registro Internacional un reporte anual sobre las transferencias internacionales de armas desde o a través de su territorio o sujetas a su autorización de acuerdo con los requisitos de la Convención.
3. El Registro Internacional publicará un reporte anual y otros reportes periódicos que resulten apropiados sobre transferencias internacionales de armas.

El artículo 6 del TCA señala que los Estados remitirán cada año informes nacionales exhaustivos sobre todas sus transferencias internacionales de armas y municiones a un registro internacional, el cual se encargará de publicar anualmente un exhaustivo

⁶⁰ Protocolo de la ONU sobre Armas de Fuego, artículo 10.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Directrices de la ONU para las Transferencias Internacionales de Armas, párrafo 26.

⁶³ FUNDACIÓN ARIAS PARA LA PAZ Y EL DESARROLLO HUMANO. *Tratado sobre Comercio de Armas: No Más Armas Para Cometer Atrocidades*. San José, Costa Rica, 2005, p. 16.

⁶⁴ Código de Conducta de la Unión Europea para Exportaciones de Armas. Disposición Operativa 3.

informe internacional compilatorio. En estos informes figurarán todas las transferencias internacionales de armas y municiones convencionales, incluidas las armas pequeñas y ligeras.

Si bien existe en la actualidad un Registro de Armas Convencionales de alcance universal que se encarga de recoger datos sobre las transferencias internacionales de armas e información el almacenamiento y adquisición de equipo militar,⁶⁵ este registro no obliga a los Estados a informar respecto de las transferencias de las armas pequeñas y ligeras.⁶⁶ Por tal motivo, el establecimiento de un registro internacional de transferencias de armas propuesto por el TCA es una medida positiva que favorece la transparencia en el ámbito de las transferencias de armas.

Sin embargo, debido a su esquema de tratado marco, el TCA no brinda mayor información respecto de la forma en que este Registro Internacional de Armas deberá funcionar. A modo de referencia, podemos encontrar algunos modelos de registros de transferencia en algunos tratados regionales, los cuales nos sirven para tener una idea del tipo de información que debe consignarse en un registro de transferencias de armas.

Por ejemplo, en el caso de las exportaciones, debe existir la obligación de aportar datos sobre el Estado importador y la cantidad y el tipo de armas exportadas. Asimismo, los reportes presentados por los Estados al Registro Internacional de Transferencia de Armas deben comprender las importaciones y exportaciones de armas pequeñas, así como la adquisición de armas de manos de fabricantes locales. La información que debe detallarse incluye destino, cantidades y tipos de armas transferidas, aprobación de importación/exportación y transferencias, partes involucradas y razones por las que se rechaza una autorización.⁶⁷

Debe tenerse presente además que este artículo comprende no solamente las operaciones realizadas *desde el territorio de un Estado*, sino también aquellas realizadas *a través del territorio de un Estado*, es decir las *operaciones de tránsito de armamento*. Según

⁶⁵ El Registro de Armas Convencionales de Naciones Unidas fue establecido mediante la Resolución A/RES/46/36 L de la Asamblea General con efecto desde el 1 de enero de 1992. Se encuentra a cargo del Secretario General de Naciones Unidas (párrafo 7).

⁶⁶ Resolución A/RES/46/36 Anexo. Párrafo 2. Esta resolución incluye en el Registro siete categorías de armas que constituyen las principales armas convencionales, incluidos carros de combate, vehículos blindados, sistemas de artillería de gran calibre (100 mm o más), aviones de combate, helicópteros de ataque, buques de guerra y misiles o lanzamisiles. Según el propio Registro de la ONU, los Estados pueden informar voluntariamente respecto de las transferencias de armas pequeñas y ligeras que realicen. Esta información se toma como parte del contexto para el estudio del Estado en cuestión pero no es el objeto principal del análisis que dicho organismo realiza.

⁶⁷ *Amnistía Internacional: Campaña sobre Armas Pequeñas. Obstáculos al Progreso*. Página web: <<http://hrw.org/english/docs/2001/07/19/global312.htm>>.

Rebeca Pérez Mellado, el tránsito consiste en la circulación de armas y municiones en una operación transaccional por territorio de un país (territorio terrestre, marítimo o aéreo) sin que esas mercancías tengan como destino a dicho país por el que están circulando. En algunos casos hay países que requieren de autorización para permitir esa circulación, aunque no es una práctica generalizada. El tránsito requiere que se respeten los mismos criterios que debe cumplir cualquier otro tipo de transferencia de armas, como por ejemplo la exportación.⁶⁸

3.7. Órgano encargado del cumplimiento del TCA

Dentro del esquema del TCA, un número importante de las disposiciones contenidas en los artículos 2 y 3 están relacionadas con obligaciones *erga omnes*, lo cual hace que se amplíe el ámbito de los Estados que pueden resultar afectados por su incumplimiento. Ello hace posible que el número de Estados habilitados para exigir responsabilidad al Estado infractor sea mayor que en el caso de la violación de un acuerdo bilateral o regional, conforme lo prevé el artículo 48 a) del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad. No obstante, la forma más conveniente para exigir esta responsabilidad por incumplimiento es la existencia de un órgano institucionalizado que esté capacitado para actuar y que sea eficaz.⁶⁹ Desafortunadamente, el Registro Internacional previsto en el artículo 6 del TCA no puede cumplir este papel, toda vez que solamente tiene previstas dos facultades: recibir la información que anualmente los Estados le remitan sobre sus transferencias de armas y emitir informes anuales sobre dicha materia.

A fin de cubrir esta deficiencia, consideramos adecuado crear un nuevo órgano encargado de determinar la responsabilidad estatal por incumplimiento del TCA al cual se le otorgue expresamente la facultad de identificar las violaciones del tratado y de adoptar medidas apropiadas al respecto. Dicho órgano deberá tomar en cuenta los informes que entreguen anualmente los Estados al Registro Internacional de Transferencias de armas para realizar la determinación de responsabilidad.

3.8. Temas no contemplados en el TCA que requieren regulación

Además de los temas previstos en la regulación del TCA, existen otros temas que también deben ser regulados de manera uniforme por todos los Estados. En primer

⁶⁸ PÉREZ MELLADO, Rebeca. *Op. cit.*, p. 77.

⁶⁹ Sobre el debate de las consecuencias de atribuir carácter *erga omnes* a la obligación estatal de respetar los derechos humanos y la preferencia por un sistema centralizado para exigir la responsabilidad estatal en esta materia, SANJOSÉ GIL, Amparo. *La protección de los derechos humanos en el ámbito del Derecho Internacional (la responsabilidad del Estado por violaciones graves, masivas y manifiestas de los derechos humanos)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, pp. 80-95.

lugar podemos afirmar que resulta necesario establecer regulaciones a nivel interno sobre las actividades de corretaje de armas y municiones. Sobre este punto, la primera medida que debe establecerse es establecer una normativa uniforme sobre los tipos de conducta que pueden ser incluidos dentro del término *corretaje de armas* (*arms brokering*). Es importante que los Estados establezcan controles uniformes sobre las actividades de estos corredores, para que así resulte más difícil que encuentren un territorio en el que puedan realizar transacciones ilegales.

Existen diversos elementos que deben estar regulados respecto del corretaje de armas. Uno de ellos es la obligación de los Estados partes de requerir el registro de todos los corredores de armas o comerciantes que operen o tengan residencia o tratos comerciales en sus territorios, o ciudadanos y residentes permanentes dondequiera que operen. En segundo lugar debe establecerse también el requisito de una licencia para la ejecución de cualquier operación de corretaje particular de armas o trato comercial realizado en su territorio, o por cualquiera de sus ciudadanos y residentes permanentes dondequiera que se realice. No debe concederse el registro ni otorgarse licencia a nadie que actúe como corredor de armas o comerciante si ha ayudado a cometer o ha cometido actos violatorios al DIH o al DIDH, o si ha sido condenado por cometer un crimen de violencia armada, tráfico de armas o lavado de dinero.⁷⁰ El interés por regular las actividades de corretaje de armas a nivel internacional debe ir acompañado por el establecimiento de sanciones penales a nivel interno para aquellos agentes que realicen actividades de intermediación en contravención de las normas internacionales.

Un segundo tema relacionado con el comercio de armas que debe estar regulado consiste en las transferencias de la capacidad de producción de armas y municiones, lo cual incluye tanto las transferencias de tecnología a otros Estados para producir armamentos como la expedición de licencias a empresas extranjeras para la producción de armas. La transferencia de la capacidad de producción requiere que los Estados autoricen cada convenio de producción y de transferencia de equipos de ensamblaje y tecnología tomando en consideración los criterios contenidos en el TCA. Deben delimitarse estándares y procedimientos claros para evitar que el Estado que recibe la licencia o la tecnología produzca armas para un tercer Estado sin la autorización del Estado proveedor original. Asimismo, la autorización de cualquier exportación de armas realizada por una planta con licencia debe ser evaluada caso por caso por el Estado otorgante de la misma. Al conceder dicha autorización, el Estado otorgante debe precisar las cantidades máximas de producción a ser exportadas, exigir para

⁷⁰ FUNDACIÓN ARIAS PARA LA PAZ Y EL DESARROLLO HUMANO. *Op. cit.*, p. 13.

cada transferencia la presentación de una certificación de usuario final y establecer la provisión de monitoreo del uso final de las armas.⁷¹

Como tercer tema que debe ser objeto de una regulación uniforme tenemos el de las municiones, ya que estas constituyen un componente esencial para el funcionamiento de las armas de fuego, particularmente respecto de las armas pequeñas y ligeras. Controlar las municiones de las armas resulta tan importante como controlar las armas mismas e incluso podría resultar más sencillo, ya que en el mundo hay menos productores de municiones que de armas pequeñas, quienes son más fáciles de identificar y ubicar geográficamente. Asimismo, dada la fragilidad de los equipos y el peligro de que estallen, es difícil remover las marcas introducidas en las municiones, lo cual favorece su registro y rastreo.⁷² Por otro lado, el TCA no contiene referencias respecto de la regulación del marcado y rastreo de armas, tema en el que también se requiere uniformidad a nivel internacional. Para rastrear las armas pequeñas y ligeras se requiere un sistema de identificación cuyas marcas proporcionen información básica, incluyendo las características físicas del arma y los Estados o compañías que pueden identificar su origen.

El marcado y el rastreo según Michael Ashkenazi, consultor del Bonn International Centre for Conversion constituyen los mayores problemas para un tratado de comercio de armas. En palabras de Ashkenazi, el marcado consiste en asegurarse que cada pieza de armamento tiene un código de identificación único, pero ello no ha podido lograrse satisfactoriamente debido a la falta de interés de los fabricantes, quienes suelen aducir los elevados costos de dicha labor para no realizarla. Por otro lado, el rastreo consiste en detectar en qué casos las armas son desplazadas de sus destinos legítimos hasta lugares donde no deberían estar, lo cual resulta complicado cuando las armas son robadas de arsenales desprotegidos, son regaladas por los policías y militares o abandonadas en el campo de batalla por los combatientes.⁷³

4. Consecuencias jurídicas de la aprobación del TCA

Como hemos podido apreciar, la aprobación de un convenio marco sobre transferencia de armamento que responda al modelo propuesto por el TCA tendrá un efecto declarativo respecto de ciertas obligaciones internacionales tales como la prohibición del uso de la fuerza y la obligatoriedad de cumplir con los embargos de Naciones

⁷¹ FUNDACIÓN ARIAS PARA LA PAZ Y EL DESARROLLO HUMANO. *Op. cit.*, pp. 21-22

⁷² *Small Arms Survey 2005: Weapons at War*. Oxford University Press, Ginebra, 2005. Resumen Capítulo 1, pp. 1-2.

⁷³ *Weapons outlive Conflicts*. Entrevista con Michael Ashkenazi and Afi Yakubu. Entrevista publicada en la página web del Japan Center for Conflict Prevention: <http://www.jccp.gr.jp/eng/topics/interview_0206.html>.

Unidas, así como de respetar y hacer respetar el DIH, pero con la novedad de que se recurre a dichas obligaciones para erigirlas como límites expuestos para los Estados en el campo de las transferencias internacionales de armamento.

Asimismo, la aprobación del TCA logrará que se constituya un régimen jurídico internacional que consolide las prácticas de los Estados respecto de las transferencias de armas: obligación de exigir una licencia para las importaciones y exportaciones de armas, establecer procedimientos de aprobación y validación de licencias y empleo de criterios basados en las obligaciones provenientes del DIH y del DIDH para autorizar una determinada transferencia. Asimismo, la aprobación del TCA puede motivar la aprobación de regímenes de control de armamento a nivel regional que recojan sus principios básicos y los desarrollen adecuándolos al contexto particular de los Estados que integran dichas regiones.

Por otro lado, en caso de que el TCA sea aprobado por un importante número de Estados, podrá llegar a ser generador de costumbre internacional, al lograr que la gran mayoría de Estados se comprometa a emplear las mismas reglas para efectuar las transferencias de armas. Una vez que esto se consiga, podrían generarse normas consuetudinarias de alcance general que resultarán de obligatorio cumplimiento incluso para aquellos Estados que no sean parte del TCA y no las hayan objetado desde su aparición.