

Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades

Jean-François Quéguiner*

Jean-François Quéguiner es asesor jurídico en la División Jurídica del CICR.

Resumen

Este artículo presenta un análisis descriptivo de las precauciones que todos los beligerantes deben tomar a fin de garantizar la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil contra los efectos de las hostilidades. Según el autor, tanto el atacante como el defensor deben tomar precauciones para evitar, o al menos reducir lo máximo posible, las bajas y los daños incidentales. Si bien las normas que imponen esas medidas de precaución son muy claras, su formulación es suficientemente flexible como para tomar en cuenta la realidad de que los errores son inevitables y no siempre es fácil lograr un equilibrio entre los intereses militares y los intereses humanitarios.

.....

El respeto de las personas civiles y de los bienes de carácter civil, así como su protección contra los efectos de las hostilidades, es uno de los principales propósitos del derecho internacional humanitario (DIH). La norma básica, consagrada en el artículo 48 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, establece que las partes en un conflicto deben hacer distinción entre las personas y los bienes de carácter civil, por un lado, y los combatientes y los objetivos militares, por otro, y que deben dirigir sus operaciones solamente contra los objetivos militares (personas o bienes).

* Esta contribución refleja la opinión del autor y no necesariamente la del CICR. Se basa en un capítulo actualizado y traducido de la tesis de doctorado del autor, "Le principe de distinction dans la conduite des hostilités – Un principe traditionnel confronté à des défis actuels", Tesis N.º 706, Universidad de Ginebra, Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales, Ginebra, 2006, 493 pp. El autor desea agradecer a Nathalie Weizmann, de la División Jurídica del CICR, la revisión y los valiosos comentarios de este texto.

De ese principio general de distinción pueden derivarse varias obligaciones concretas, como la prohibición de los ataques directos contra las personas y los bienes¹ y la prohibición de los actos o amenazas de violencia cuyo principal propósito sea sembrar el terror entre la población civil². Análogamente, los ataques indiscriminados están prohibidos. Se trata de ataques que no son o no pueden ser dirigidos directamente contra un objetivo militar específico, así como de ataques cuyos efectos no es posible limitar, tal como exige el DIH³.

Sin embargo, sigue aceptándose en el plano jurídico que, en la dura realidad de la guerra, las personas y los bienes civiles pueden resultar incidentalmente afectados por un ataque dirigido contra un objetivo militar legítimo. Con el eufemismo de “bajas incidentales” o de “daños incidentales” (o colaterales)⁴, se hace referencia al hecho de que los civiles pueden ser víctimas de la identificación errónea de un objetivo o de los efectos colaterales no deseados pero inevitables de un ataque contra un objetivo legítimo ubicado en sus proximidades. Según el principio de proporcionalidad, las bajas y los daños incidentales son lícitos en el derecho convencional y consuetudinario sólo si no son excesivos en relación con la ventaja militar directa y concreta prevista⁵.

Por otra parte, aunque el ataque que se inicie sea lícito, la parte atacante y la parte atacada deben tomar medidas de precaución a fin de evitar (o, al menos, reducir lo máximo posible) los efectos incidentales de las hostilidades en las personas civiles, la población civil y los bienes de carácter civil. En el presente artículo, nos centraremos en las medidas de precaución que todos los beligerantes están obligados a tomar —tanto en el ataque como contra los efectos de los ataques—, tal como establece el Protocolo adicional I⁶. La finalidad es demostrar que esas normas no son

1 El hecho de que, en principio, las personas civiles y otras personas o bienes protegidos no pueden ser atacados no impide que esa protección jurídica cese en circunstancias excepcionales.

2 V., en particular, los arts. 51 (2) y 52 (2) del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra.

3 Art. 51 (4) del Protocolo adicional I.

4 Las “bajas incidentales” y los “daños incidentales” están definidos en la Norma 13 (c) del Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar, como “las pérdidas de vidas de civiles u otras personas protegidas o las lesiones que se les inflijan, así como los daños causados al medio ambiente natural o a bienes que no son objetivos militares en sí mismos, o su destrucción”.

5 Codificado en el art. 51 (5) (b) del Protocolo adicional I, el principio de proporcionalidad establece otras obligaciones además de la de tomar precauciones en el ataque. Sin embargo, es relevante en este contexto, tal como ilustra el art. 57 (2) (a) (iii). Dado que las dificultades de aplicación de este principio se examinan detalladamente en otro artículo de este volumen (v. Enzo Cannizzaro, “Contextualización de la proporcionalidad: *jus ad bellum* y *jus in bello* en la guerra en Líbano”), no nos detendremos aquí a efectuar un análisis pormenorizado de las medidas de precaución.

6 De conformidad con el ámbito de aplicación del Protocolo adicional I establecido en el art. 49 (3), el presente artículo se centrará sólo en la protección de las personas civiles y los bienes de carácter civil, y dejará de lado las precauciones exigidas en caso de guerra aérea o naval. Al respecto, el art. 57 (4) simplemente señala que “en las operaciones militares en el mar o en el aire, cada Parte en conflicto deberá adoptar [...] todas las precauciones razonables para evitar pérdidas de vidas en la población civil y daños a bienes de carácter civil”. El derecho internacional humanitario consuetudinario establece medidas de precaución más detalladas, pero el análisis de esas medidas excede los límites de esta contribución.

simples exhortaciones para alentar las buenas costumbres. Son normas de conducta obligatorias cuya violación conlleva responsabilidad internacional.

Precauciones en el ataque

La obligación de dar aviso de un ataque inminente (a fin de permitir la evacuación de la población civil) fue establecida en los primeros tratados de derecho de los conflictos armados, mientras que la obligación general de tomar precauciones en el ataque fue codificada bastante más tarde⁷. En realidad, antes de la adopción del Protocolo adicional I, la doctrina que declaraba que la obligación de tomar precauciones era vinculante para todas las fuerzas atacantes se basaba en una interpretación ampliamente aceptada de los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907, de los Convenios de Ginebra de 1949, y en normas consuetudinarias. De modo que cuando los delegados que asistieron a la Conferencia Diplomática de 1974-1977 sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados prepararon por escrito una lista de las precauciones requeridas, sin duda hicieron una valiosa contribución al derecho que rige la conducción de las hostilidades.

El régimen jurídico que regula las precauciones en el ataque durante un conflicto armado internacional está establecido en el artículo 57 del Protocolo adicional I. Ese artículo no es la única disposición convencional que establece las precauciones que debe tomar el atacante. Varios tratados relativos al empleo de armas específicas también incluyen la obligación de tomar medidas de precaución, aunque esos instrumentos simplemente aplican las obligaciones preexistentes en el Protocolo adicional I a los medios de guerra específicos de los que tratan. Por lo tanto, para efectuar la lista (no exhaustiva) de las precauciones requeridas durante un ataque, conviene tomar como fuente principal el artículo 57 del Protocolo adicional I. En las páginas que siguen, efectuaremos una revisión descriptiva de esas precauciones y, al final, haremos algunas breves observaciones sobre cómo esas medidas se limitan a lo que es “factible” realizar.

Lista de las obligaciones de precaución que incumben al atacante

El artículo 57 establece lo siguiente:

1. Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil.
2. Respecto a los ataques, se tomarán las siguientes precauciones:

7 En el informe preparado para la Conferencia de expertos gubernamentales de 1971, el CICR observó que la obligación de tomar precauciones en el ataque “ha sido afirmada por los expertos en derecho internacional público desde hace largo tiempo, pero no ha sido expresada de manera muy precisa en las disposiciones del derecho internacional en vigor”.

- a) quienes preparen o decidan un ataque deberán:
 - i) hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del Artículo 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíben atacarlos;
 - ii) tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil;
 - iii) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;
 - b) un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;
 - c) se dará aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan.
3. Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil.

La obligación de realizar las operaciones militares con el cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil

La obligación de realizar las operaciones militares con el cuidado constante de preservar a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil es una consecuencia directa de la norma fundamental de distinción. Sin embargo, esa obligación es relativamente abstracta, lo que explica por qué figura en el primer párrafo del artículo 57. Los párrafos siguientes están dedicados, según el Comentario del CICR del Protocolo adicional I, sólo a “la aplicación práctica del principio formulado”⁸. Por lo tanto, la primera obligación constituye el vínculo jurídico entre

⁸ *Comentario del Protocolo adicional I* (p. 949, apdo. 2191). El estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario reafirma esa obligación en la norma 15 (la primera norma del Capítulo 5, que versa sobre las precauciones en el ataque), en cuyo comentario se afirma: “Se trata de una norma básica cuyo contenido se amplía con las obligaciones específicas enunciadas en las normas 16 a 21” (Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, CICR, edición en español del volumen I en prensa). Dado que del volumen II de este estudio no existe versión en español, las referencias se hacen al original en inglés.

la obligación general de distinción y las cuestiones prácticas y operacionales de tomar precauciones en el ataque.

Dado que esta obligación constituye una suerte de preámbulo del artículo 57, por lo general se la considera como meramente “inspirativa”, sobre todo por la forma tan general en que está redactada. Con frecuencia se cree que esa obligación debe leerse junto con una de las normas más concretas enunciadas en los párrafos siguientes a fin de darle peso jurídico. Sin embargo, la conexión directa que existe entre el primer párrafo del artículo 57 y las obligaciones enunciadas en el párrafo que sigue no alcanza para privar al párrafo 1 de su efecto jurídico independiente. Similitud no significa identidad, y el párrafo 1 del artículo 57 no debe entenderse sólo como una cláusula estándar que refleja un objetivo general de naturaleza “inspirativa”.

El examen minucioso de la redacción del artículo 57 demuestra que el alcance de la obligación establecida en el párrafo 1 es más amplio que el de las obligaciones que siguen. Como afirma expresamente en su primera oración, el párrafo 2 se aplica exclusivamente en caso de “ataque”⁹, es decir un acto de violencia contra el enemigo. El primer párrafo se aplica, más ampliamente, a las “operaciones militares”, lo que abarca movimientos de tropas, maniobras y otras actividades de despliegue o de retirada realizadas por las fuerzas armadas antes de los combates reales¹⁰. Ese ámbito de aplicación más amplio implica, lógicamente, que la disposición por sí misma puede dar lugar a obligaciones jurídicas concretas.

La obligación de verificar la naturaleza militar del objetivo por atacar y de evaluar los daños incidentales

La obligación establecida en el artículo 57 (2) (a) (i) se halla en la intersección de la eficacia militar y los imperativos humanitarios. Al exigir que todos los que planifican o deciden un ataque hagan todo lo factible para verificar la naturaleza del objetivo, esta disposición apunta a garantizar que las operaciones se dirijan estrictamente contra objetivos militares y, por ende, contribuye a preservar la inmunidad de la población civil y de los bienes de carácter civil. Por lo tanto, la obligación de verificar la naturaleza de un objetivo es una ramificación vital del principio de distinción. A la luz de éste, y contrariamente a lo que se sostuvo durante las negociaciones del Protocolo adicional I, es incorrecto afirmar que ésa sea una disposición innovadora¹¹ y que resulta del desarrollo paulatino de una

9 Este razonamiento es aplicable por analogía al tercer párrafo, que sólo puede comprenderse en el contexto de un ataque.

10 “Por ‘operaciones militares’ deben entenderse los desplazamientos, maniobras y acciones de toda índole, efectuadas por las fuerzas armadas con miras a los combates”, *Comentario del Protocolo adicional I* (p. 949, apdo. 2191). Esa opinión podría contradecirse por el hecho de que liberaría al artículo 57 del contexto estricto de las precauciones en el ataque, lo que, tal como se explicita en el título, es su único objeto. Pero esta crítica en modo alguno atenúa el hecho de que el primer párrafo está expresamente destinado a establecer un vínculo entre distinción y precauciones.

11 V., al respecto, el *Comentario del CICR del Protocolo adicional I*, que respalda la opinión de que ese requisito de identificación es “nuevo” (p. 950, apdo. 2194).

nueva norma. Por el contrario, esa disposición es, claramente, una codificación del derecho existente.

La obligación de verificar la naturaleza del objetivo por atacar obviamente requiere que se preste suma atención a recabar, evaluar y hacer circular la información sobre los objetivos potenciales¹². Esas actividades dependen de la disponibilidad y la calidad de los recursos técnicos de los beligerantes. En realidad, la obligación impuesta por el párrafo 2 (a) (i) del artículo 57 no puede interpretarse como una obligación de las partes en un conflicto de disponer de medios de reconocimiento modernos y altamente sofisticados. Sin embargo, exige que se utilicen de manera sistemática los medios más eficaces y razonablemente disponibles para obtener la información más confiable posible antes de un ataque. Por lo tanto, sólo puede lanzarse un ataque cuando un comandante está convencido, sobre la base de toda la información con la que cuenta, de que el objetivo es de naturaleza militar.

En otras palabras, si bien la disposición de ninguna manera impone una obligación de resultado¹³, establece que, en caso de duda, debe obtenerse información adicional antes de iniciar un ataque¹⁴. Esta disposición significa, ante todo, que un bombardeo efectuado sobre la base de la mera suposición de que el objetivo es de naturaleza militar equivale *ipso facto* a una violación del principio de distinción¹⁵. Por ejemplo, se ha informado que, en 2003, en el contexto de la guerra en Irak, Estados Unidos admitió haber lanzado ataques contra personalidades de alto rango de la parte adversa sin tener un firme conocimiento de la identidad de los objetivos. Las fuerzas armadas estadounidenses justificaron su decisión de atacar sobre la base de las pruebas que establecían, con relativa certeza, que un líder político o militar de alto rango se encontraba en determinado edificio. Esa postura parece difícil de reconciliar con el requisito fundamental de distinción: si se dirige un ataque contra un individuo en particular, la identificación de ese individuo como un objetivo militar legítimo sólo puede efectuarse razonablemente con un

12 Conforme al art. 57 (2) (a) (i), esa verificación debe realizarse cuando se planifica o decide un ataque. Sin embargo, si ha transcurrido un período de tiempo entre la planificación y la decisión de atacar, existe una obligación de actualizar la información para verificar que ninguna circunstancia ha cambiado la naturaleza del objetivo (Jorge J. Urbina, *Derecho internacional humanitario*, La Coruña, 2000, p. 241).

13 Como señaló Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004: “Es indudable que no se puede tener certezas absolutas en el proceso de evaluar el carácter militar de un objetivo elegido para un ataque, pero existe la obligación de actuar con la debida diligencia y de buena fe” (p. 126).

14 *Comentario del Protocolo adicional I* (p. 950, apdo. 2195). Cabe señalar que esta obligación debe interpretarse junto con las disposiciones relativas a la presunción del carácter civil en caso de duda, que figuran en los arts. 50 (1) y 52 (3) del Protocolo adicional I.

15 Se ha afirmado que esa conducta podría equipararse a un crimen de guerra, dado que la falta de información en esos casos no puede considerarse como una circunstancia eximente (Stefan Oeter, “Methods and means of combat”, en Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 457).

conocimiento preciso del nombre y la función de la persona por atacar¹⁶.

Por lo demás, la información que debe reunirse antes de lanzar un ataque no debe referirse sólo a la naturaleza del objetivo. Deben recabarse muchos otros detalles, en particular acerca del entorno inmediato del objetivo, a fin de tener un panorama claro de las condiciones que darían lugar a la obligación de aplicar el principio de proporcionalidad. La principal dificultad al respecto está dada, sin duda, por los “objetivos emergentes”, para los cuales no ha sido posible planificación alguna y que, por su aparición súbita, hacen necesario atacar en un período de tiempo muy corto, sin que sea posible seguir procedimientos complicados. En esas circunstancias, determinar la naturaleza militar del objetivo y las posibles bajas y daños incidentales exigirá un análisis acelerado sobre la base de criterios previamente determinados¹⁷. Sin embargo, el problema sigue siendo que esos procedimientos rápidos deben dejar lugar para tomar medidas de precaución prácticas. En el contexto del conflicto en Irak en 2003, se afirmó que el proceso de evaluar los daños incidentales por lo general funcionó bastante bien en relación con los objetivos predeterminados, si bien no puede decirse lo mismo cuando el proceso se aplicó a objetivos emergentes. En este último caso, no hubo tiempo para realizar evaluaciones suficientemente precisas, lo cual resultó, por lo general, en bombardeos desproporcionados¹⁸.

Estos ejemplos demuestran que identificar el objetivo —sobre todo cuando está a cierta distancia— y evaluar los daños incidentales son operaciones complejas que exigen contar con una amplia red de competencias complementarias. En la amplia mayoría de los casos, quienes planifican o deciden un ataque basan sus decisiones en informaciones indirectas provistas por los servicios de inteligencia o de reconocimiento (humano, aéreo, satelital, u otro). Esta cadena de toma de decisiones conlleva tantos niveles de responsabilidad como eslabones en la cadena. Por ejemplo, los servicios de inteligencia serán responsabilizados si la información que proporcionan no es confiable o induce a errores. Si bien no

16 Human Rights Watch, “Off Target: The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq”, Nueva York, 2003, pp. 23 y 38. Por otra parte, para ubicar a los líderes del enemigo, Estados Unidos utilizó tecnología satelital para rastrear teléfonos. Se han manifestado dudas acerca de la fiabilidad de esos procedimientos de identificación: el rastreo de un teléfono móvil no conduce necesariamente a la ubicación de su propietario, que podría haber cambiado de teléfono antes del ataque. Esas dudas también fueron alimentadas por el silencio de los militares estadounidenses con respecto a los métodos utilizados para verificar que la persona que estaba utilizando el teléfono era realmente el objetivo que se deseaba atacar. Sin embargo, es posible que se haya confeccionado una base de datos para verificar que la voz del usuario coincidiera con la del objetivo. Por otra parte, se informó que se utilizaron informantes humanos para confirmar o invalidar los datos electrónicos. Si hubieran sido confiables, estas técnicas habrían reunido los requisitos de verificación; sin embargo, no parece que se haya procedido de esa manera (ibíd., p. 25).

17 Según Human Rights Watch (ibíd., p. 20), la práctica de Estados Unidos durante las operaciones en Irak (2003) revela la existencia de dos enfoques según las circunstancias: cuando las fuerzas armadas tienen tiempo para realizar un estudio del objetivo, se aplica un procedimiento cuidadoso. Por otro lado, cuando el ataque debe efectuarse muy rápidamente, se aplican procedimientos especiales.

18 Ibíd., p. 20.

puede esperarse que los responsables de la planificación y de tomar decisiones tengan conocimiento personal del objetivo por atacar, sí serán responsabilizados si, sobre la base de inteligencia confiable, toman una decisión incorrecta por incompetencia, negligencia o mala fe.

Por último, ha de observarse que los esfuerzos del atacante para obtener información creíble se verán obstaculizados por las estratagemas desplegadas por el enemigo para que los ataques se dirijan contra objetivos falsos o para confundir a los servicios de inteligencia de la parte adversa. Un ejemplo famoso de esas estratagemas fue el empleo de señuelos por la República Federativa de Yugoslavia (RFY) durante los bombardeos de la OTAN en 1999. Esos métodos de engaño sobre la naturaleza del objetivo son lícitos en la medida en que no induzcan al atacante a dirigir las operaciones militares contra personas civiles o bienes de carácter civil, creyendo sinceramente que se trata de objetivos militares¹⁹.

La obligación de elegir medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible las bajas entre la población civil y los daños a los bienes de carácter civil

La obligación de elegir medios y métodos de ataque que permitan evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de víctimas entre la población civil y los daños a los bienes de carácter civil también goza de amplio apoyo en la práctica diplomática²⁰. Una vez más, la principal dificultad es la delimitación de las consecuencias prácticas de esta obligación. Un comentario del Protocolo adicional I redujo esta obligación al deber de mejorar, en la medida de lo posible, la precisión de los bombardeos contra objetivos militares ubicados en áreas densamente pobladas²¹. Esa interpretación parece demasiado restrictiva. En primer lugar, la idea de que el ámbito *ratione loci* de la obligación se limita a las áreas densamente pobladas no tiene respaldo en el texto del Protocolo adicional ni en los trabajos preparatorios que llevaron a su aprobación. En segundo lugar, sólo se requiere un mínimo de imaginación para dar a esta disposición un alcance mucho más amplio que la obligación de mejorar la precisión de los bombardeos. Esto puede ilustrarse con ejemplos específicos de métodos de ataque.

19 Por ejemplo, durante la II Guerra Mundial, las fuerzas británicas –que ejercieron un completo control del sistema de espionaje alemán desplegado en su territorio– enviaron informes falsos que llevaron a la fuerza aérea alemana a bombardear áreas urbanas británicas pobladas por civiles, con la convicción de que en realidad eran objetivos militares. V. Burrus Carnahan, “The law of air bombardment in its historical context”, *Air Force Law Review*, vol. 17 (2) (1975), p. 60. Para algunos autores, esto constituiría una violación del art. 51 (7) del Protocolo adicional I (Michael Bothe et al., *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1982, p. 363, párr. 2.5).

20 Para un análisis de esa práctica, v. Henckaerts y Doswald-Beck, nota 8 supra, vol. II (Practice), Parte 1, pp. 374-384.

21 “La obligación que figura en el párrafo 2 (a) (iii) de todas las precauciones factibles en la elección de los medios y los métodos de ataque que permitan evitar o reducir al mínimo las bajas incidentales entre los civiles y los daños incidentales a los bienes de carácter civil es una recomendación de mejorar lo máximo posible la precisión en la conducción de los bombardeos de los objetivos militares ubicados en áreas pobladas” (Bothe et al., nota 19 supra, p. 364, párr. 2.6). Traducción del CICR.

En primer lugar, esta disposición puede servir para imponer restricciones acerca del momento en que se efectúa un ataque. Al respecto, el Comentario del CICR del Protocolo adicional I se refiere a las medidas de precaución tomadas por los aliados en la II Guerra Mundial durante el bombardeo de fábricas ubicadas en territorios ocupados por tropas alemanas. Esos bombardeos se efectuaron en días y horarios en que las fábricas estaban desocupadas, pues la finalidad era destruir las fábricas y no matar a los obreros que trabajaban allí²². Si bien cabe señalar que estas medidas estaban más motivadas por el deseo de evitar bajas y daños a los compatriotas que por el de conferir una protección general a la población civil²³, este ejemplo ofrece una ilustración perfecta del tipo de precaución que exige el artículo 57 (2) (a) (ii). En otras palabras, la obligación de emplear métodos de ataque que permitan preservar a la población civil y los bienes de carácter civil —en cualquier zona de ataque, es decir incluso en el territorio enemigo— exige que el momento del ataque se elija con miras a limitar los daños incidentales. Un ejemplo más reciente es el de las fuerzas armadas estadounidenses que, en 2003, bombardearon áreas urbanas en repetidas ocasiones durante las operaciones contra Irak, pero decidieron reducir lo máximo posible el número de muertos y heridos entre la población civil tratando de efectuar los ataques por las noches, en la medida de lo posible, cuando la población ya no circulaba por las calles²⁴.

Esta obligación también puede servir para imponer restricciones sobre la ubicación de un ataque, al exigir que, cuando las circunstancias lo permitan, las partes eviten atacar áreas densamente pobladas si es probable que el ataque cause numerosas bajas civiles. Esta es una de las razones por las que las fuerzas de la coalición abandonaron la idea de un ataque anfibia contra la ciudad de Kuwait en la guerra del Golfo en 1991. El Informe del Departamento de Defensa al Congreso explicó que ese ataque habría obligado a la coalición a combatir en un entorno urbano, es decir que daría lugar a “una forma de combate muy costosa para el atacante, el defensor, la población civil inocente y los bienes de carácter civil”²⁵. En cambio, las fuerzas de la coalición decidieron dar la opción a las fuerzas armadas iraquíes de retirarse de la ciudad de Kuwait a fin de combatir en zonas desiertas al norte de la capital. Esa medida de precaución es relevante cuando se decide qué sitios deberían ser atacados y qué zonas deberían utilizarse para avanzar o posicionar a las fuerzas armadas.

Además, la obligación de elegir métodos de ataque para evitar o reducir al mínimo el número de muertos y heridos entre la población civil o los daños a los bienes de carácter civil también impone prudencia al elegir el ángulo de ataque²⁶. Un ejemplo muy concreto: durante la guerra del Golfo, en 1991, se advirtió a los

22 *Comentario del Protocolo adicional I* (p. 953, apdo. 2200).

23 Es significativo que no se hayan tomado esas precauciones fuera de las zonas ocupadas.

24 Human Rights Watch, nota 16 *supra*, p. 17.

25 V. “Department of Defense Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War”, ILM, 1992 (3), p. 622.

26 Human Rights Watch, nota 16 *supra*, p. 17. Este ejemplo aparece explícitamente en el manual militar australiano, *Australian Defence Force Manual on the Law of Armed Conflict*, ADFP 37 (1994), párr. 552.

pilotos que atacaran los puentes en áreas urbanas siguiendo un eje longitudinal. Esta medida fue tomada con la esperanza de que las bombas que no alcanzaban su objetivo —porque eran lanzadas demasiado tarde o demasiado temprano— cayeran en el río y no en viviendas de civiles²⁷. Este ejemplo es uno de los muchos casos en que la norma se ha aplicado.

En cuanto a los medios de combate más específicamente, la cuestión principal que plantea el artículo 57 (2) (a) (ii) se refiere a la obligación de los beligerantes de emplear las armas más precisas a su disposición (en particular, municiones guiadas con precisión) cuando se dirigen ataques que pueden causar bajas o daños incidentales. En general, la doctrina jurídica tiende a apoyar la ausencia de esta obligación, pues generalmente se considera que la elección de armas se deja a discreción de la parte beligerante, conforme a sus intereses militares particulares y a las circunstancias de cada operación. Por ejemplo, Danielle Infeld observa:

“En el derecho de la guerra se definen los objetivos legítimos, pero no se regula el tipo de arma que debe emplearse cuando se atacan objetivos específicos. No existe ningún concepto en el derecho de la guerra que establezca que, cuando se atacan objetivos específicos, se deben emplear los medios más discriminatorios. El derecho aplicable sólo establece que debe buscarse un equilibrio entre la necesidad militar y los sufrimientos innecesarios para respetar el concepto de proporcionalidad.”²⁸

Sin embargo, este razonamiento parece limitar el tema de las normas sobre la elección de las armas a un simple análisis de la proporcionalidad. En algunas circunstancias, el artículo 57 (2) (a) (ii) cumple un papel significativo al requerir que la parte atacante tome todas las precauciones posibles en la práctica, cuando elige los medios de ataque, a fin de evitar o, al menos, reducir lo máximo posible el número de muertos y heridos.

Se han esgrimido varios argumentos para contradecir esta conclusión. En primer lugar, una obligación de emplear los medios de ataque más precisos

27 Este ejemplo es particularmente interesante ya que ese ángulo de ataque también significa que el daño se provocaría en la mitad del puente y, por lo tanto, sería más fácil repararlo (Michael W. Lewis, “The law of aerial bombardment in the 1991 Gulf War”, *AJIL*, vol. 97 (2003), p. 501).

28 Danielle L. Infeld, “Precision-guided munitions demonstrated their pinpoint accuracy in Desert Storm; but is a country obligated to use precision technology to minimize collateral civilian injury and damage?”, *George Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 26 (1) (1992), pp. 134-135. Este razonamiento también se halla —aunque de manera más matizada— en el manual militar australiano, nota 26 *supra*: “La existencia de armas guiadas con precisión [...] en una reserva militar no significa que deban emplearse necesariamente de preferencia a las armas convencionales, aunque éstas puedan causar daños incidentales. En muchos casos, las armas convencionales pueden utilizarse para bombardear objetivos militares legítimos sin violar las normas del derecho de los conflictos armados. Corresponde a los mandos militares decidir qué armas deben emplearse; esa decisión se basará en los principios fundamentales del derecho de los conflictos armados; necesidad militar, sufrimientos innecesarios y proporcionalidad” (apdo. 834). Traducción del CICR.

conllevaría diferentes estándares de protección en función de la sofisticación tecnológica del armamento de cada parte. Esto, a su vez, contradiría el principio clásico de DIH acerca de la igualdad de los beligerantes²⁹. Este argumento no es del todo convincente: como ya se ha observado, uno de los principales propósitos del DIH es proteger a la población civil y a los bienes de carácter civil, en la medida de lo posible, contra los efectos de las hostilidades. Y “sugerir que una parte con la capacidad tecnológica de realizar los ataques con sumo cuidado no necesita hacerlo porque su adversario no cuenta con esa capacidad contradice esos propósitos”³⁰. En todo caso, la obligación de tomar precauciones en el ataque “cuando sea factible” reconoce que la licitud de un ataque será juzgada de conformidad con los estándares relativos, que dependen, en lo esencial, del desarrollo económico y tecnológico de cada parte en el conflicto³¹.

Se ha sostenido, asimismo, que imponer una obligación de emplear las armas más precisas posibles tendría el efecto perverso de disminuir el desarrollo de sistemas de armas sofisticados y costosos. Al evitar el desarrollo de sistemas avanzados, una parte podría emplear lícitamente armas menos precisas y mucho más económicas, lo que implicaría disminuir los estándares de precisión cuando se aplica el principio de proporcionalidad. Este argumento, que carece de toda dimensión jurídica, no cuenta con respaldo suficiente. Las ventajas de emplear armas de mayor precisión no son estrictamente humanitarias; en realidad, los beneficios son, ante todo, militares. Por lo tanto, ninguna obligación de emplear los medios de ataque más precisos permitirá eliminar los intereses militares que impulsan los programas de investigación y desarrollo sobre municiones de precisión.

En conclusión, en el estado actual del DIH, los Estados no tienen la obligación jurídica de comprar las armas más precisas disponibles en el mercado, aunque tengan los recursos financieros para hacerlo³². Sin embargo, el derecho de los conflictos armados exige que esos sistemas se empleen tan pronto como formen parte del arsenal de un Estado y su uso sea posible en la práctica.

29 “Parece ilógico suponer que los pocos Estados que cuentan con armas de precisión, como Estados Unidos, Gran Bretaña y, en menor medida, Rusia, debería tener estándares jurídicos más altos”; Nathan A. Canestaro, “Legal and Policy Constraints on the Conduct of Aerial Precision Warfare”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 37 (2004), p. 465. Para Yoram Dinstein, “esa postura introduciría sesgos discriminatorios inadmisibles sea a favor o en contra de los Estados beligerantes más desarrollados y mejor equipados con municiones costosas, de última tecnología” (nota 13 *supra*, p. 126). Traducción del CICR.

30 Michael n. Schmitt, “The Impact of High and Low-Tech Warfare on the Principle of Distinction”, Briefing Paper, noviembre de 2003, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, p. 10.

31 Eric Jaworski, “‘Military Necessity’ and ‘Civilian Immunity’: Where is the Balance?”, *Chinese Journal of International Law*, (1) (2003), p. 201. El autor observa que la aplicación de estándares relativos no se limita al ámbito del derecho internacional humanitario; otras áreas del derecho internacional (en particular, el derecho del medio ambiente) también aplican diferentes estándares en función de los medios respectivos de las partes contratantes.

32 Schmitt, nota 30 *supra*, p. 10. Este autor contempla una manera de determinar la obligación del Estado de poseer armas guiadas con precisión según un porcentaje de su PBI o de su presupuesto de defensa. El autor añade que probablemente los Estados no estén dispuestos a aceptar una obligación jurídica que limitaría su discreción para asignar sus propios presupuestos.

La obligación de cancelar o suspender un ataque si es evidente que violaría el principio de proporcionalidad, que el objetivo no es un objetivo militar o que el objetivo goza de protección especial

Esta disposición puede parecer, con razón, completamente redundante: tanto la prohibición de los ataques directos contra personas civiles o bienes de carácter civil y la obligación de conducir las operaciones militares con el cuidado constante de preservar a la población civil y a los bienes de carácter civil están expresamente establecidas en otros tratados. Por ello, resulta muy obvio afirmar que un ataque debe ser cancelado o suspendido si el objetivo inicialmente seleccionado no puede considerarse un objetivo militar o si es probable que el ataque viole el principio de proporcionalidad. Sin embargo, el hecho de formular expresamente esta obligación tiene cierto valor, sobre todo en el contexto de la guerra moderna, que con frecuencia fracasa porque las autoridades que deciden o planifican los ataques no son quienes los llevan a cabo. Esta norma confirma, en caso de duda, que el estándar de conducta exigido se aplica a todos los niveles operacionales³³.

En algunos casos, si se llega a saber que se cometió un error en los planes iniciales, como ocurrió en la Operación Fuerza Aliada de la OTAN contra la RFY. El 14 de abril de 1999, tras haber efectuado una serie de ataques contra un convoy de vehículos presuntamente militares, los responsables de la planificación del ataque comenzaron a dudar acerca de si el convoy era militar. Por ello, las fuerzas de la OTAN decidieron enviar aeronaves más lentas y estables para verificar si los objetivos eran militares. La operación se suspendió por más de veinte minutos y, con la información de que el convoy estaba formado por vehículos civiles y militares, se cancelaron todos los ataques y la OTAN retiró sus aviones³⁴.

Debe interpretarse, ante todo, que esta disposición impone una obligación especial y personal a todos los miembros de las fuerzas armadas de cancelar o suspender un ataque cuando, en el transcurso de la operación, obtienen información que no estaba disponible en la etapa de planificación. Si la tripulación de una aeronave que está cumpliendo una orden de destruir lo que se supone es un centro de comando y control, luego descubre que el objetivo seleccionado ostenta un emblema de protección³⁵, tendrá entonces la obligación de suspender las operaciones, informar sobre sus observaciones a sus superiores y pedir la confirmación de la naturaleza del objetivo

33 El Comentario del CICR sobre esta disposición comienza afirmando la aplicabilidad de la norma a quienes planifican o deciden un ataque, pero también –y sobre todo– a quienes lo ejecutan. (*Comentario del Protocolo adicional I*, p. 958, apdo. 2220). V. también el manual *Derecho al objetivo*, CICR, Ginebra, 1999, donde se hace hincapié en esta precaución en el ataque porque se aplica no sólo a las autoridades que planifican un ataque, sino también a quienes lo ejecutan (apdo. 1103.1c).

34 Anthony P. V. Rogers, “Zero-casualty warfare”, *International Review of the Red Cross*, marzo de 2000, pp. 174-175. En ese contexto, debe señalarse que los responsables de planificar los ataques que dudaron acerca de la naturaleza exacta del objetivo actuaron debidamente. Sin embargo, ello de ninguna manera excluye su responsabilidad por el hecho de que esas dudas deberían haber surgido antes de que se ejecutaran los ataques.

35 Por ejemplo, la cruz roja, la media luna roja, o un emblema que designa un bien cultural, una obra o una instalación que contiene fuerzas peligrosas, etc.

antes de proceder al bombardeo. Si la tripulación no recibe información adicional que confirme la naturaleza militar del objetivo, el ataque debe suspenderse³⁶.

Obviamente, los ataques por lo general se suspenderán o cancelarán antes de lanzar la primera bomba. Sin embargo, en la guerra moderna, y sobre todo cuando se emplean armas de precisión guiadas por láser, hay situaciones en que esa norma puede aplicarse incluso después de haber lanzado las municiones. Por ejemplo, en una conferencia de prensa de la OTAN realizada el 18 de abril de 1999, se narraron los hechos siguientes. Un piloto que debía conducir una operación aérea contra un radar enemigo observó, después de haber iniciado el ataque, que el sitio atacado estaba cerca de una iglesia. A fin de evitar dañar la iglesia, el piloto decidió desviar su arma del objetivo y dejarla explotar en un bosque, donde no causaría mayores daños³⁷.

De modo que, a fin de respetar el principio de distinción, los combatientes que conducen operaciones en el terreno y que, por la índole de sus actividades, cuentan con información de primera mano, deben tomar esas precauciones. La precisión con que está redactada esta obligación implica que las instrucciones que se imparten antes de un ataque nunca pueden ser definitivas: un soldado no puede evitar la responsabilidad por actos cometidos en violación de la ley diciendo, simplemente, que estaba cumpliendo órdenes.

Esta norma es mucho más difícil de aplicar cuando se evalúa la proporcionalidad de un ataque. Se ha señalado que, en una operación concertada o coordinada, no es posible pedir a cada conductor de tanque o piloto que mida la ventaja militar directa y concreta que se prevé del ataque, en relación con las víctimas y los daños incidentales que podría causar. En primer lugar, una operación militar de esa escala exige disciplina y rapidez, y no se puede permitir que un escuadrón aéreo o de tanques operen de manera desorganizada o suspendan el ataque en forma temporaria para analizar la aplicación práctica de la norma. Además, en esas circunstancias, la proporcionalidad debe evaluarse en función del ataque en su conjunto. Si, a fin de impedir que el ejército enemigo avance, los responsables de la planificación deciden destruir todos los puentes que atraviesan un río, es obvio que sólo se puede lograr una ventaja militar significativa si se destruye la totalidad de la infraestructura. Por lo tanto, si bien cada conductor o piloto puede considerar que su propia acción es desproporcionada, la operación en su conjunto puede cumplir el requisito de proporcionalidad. Se ha sostenido, sobre la base del artículo 85 (3) del Protocolo adicional I, que la responsabilidad penal en ese tipo de situación recaería solamente en las personas que hayan dado las órdenes y no en quienes las hayan ejecutado³⁸. En otras palabras, la existencia de órdenes de un superior eximirá a la persona que ha causado los daños en forma directa.

Si bien puede parecer que estas observaciones siguen la lógica más estricta, pueden inducir a una interpretación errónea del derecho. No alcanza con afirmar

36 Este ejemplo se cita en el manual militar australiano como una ilustración perfecta de las situaciones de guerra aérea en que debería aplicarse esta disposición, nota 26 *supra*, párr. 832.

37 Este ejemplo fue tomado de Rogers, nota 34 *supra*, p. 172 (n. 25).

38 Bothe *et al.*, nota 19 *supra*, pp. 366-367, párr. 2.8.1.3.

que quienes ejecutan un ataque deben suponer que los responsables de planificarlo y decidirlo han evaluado la situación correctamente y que todo lo que se exige de ellos es que sigan fielmente las instrucciones que han recibido. El artículo 57 (2) (b) se basa en la premisa de que puede haberse cometido un error en cuanto a la naturaleza del objetivo, o que se puede haber obtenido nueva información que cambia radicalmente la evaluación de la naturaleza del objetivo. En ese caso, el hecho de imponer una obligación estricta a un conductor o un piloto de obedecer las órdenes de sus superiores sería contrario a la letra y al espíritu de esa disposición. Retomando el ejemplo mencionado anteriormente, si antes de lanzar un primer ataque contra un puente, el conductor de un tanque observa que una multitud de civiles se ha refugiado debajo del puente por atacar, el conductor no puede suponer que los responsables de planificar el ataque han considerado debidamente el principio de proporcionalidad y llevar adelante su misión con total ceguera e impunidad. Debe, por lo menos, suspender el ataque para permitir la evacuación de los civiles o pedir la confirmación de las órdenes que ha recibido, a la luz de las nuevas circunstancias.

La obligación de elegir el objetivo militar que presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil

El artículo 8 (a) (2) del Proyecto de Normas de Nueva Delhi, de 1956, ya establecía que, cuando la ventaja militar que se pretende lograr permite elegir entre varios objetivos, el responsable de ordenar o de iniciar un ataque debe elegir el objetivo que presente menos peligro para la población civil. Parecería que los autores del Proyecto de Normas otorgaron menos importancia a esa disposición, ya que la consideraron una recomendación y no una obligación estricta. Es cierto que los objetivos alternativos de ataque son todos objetivos militares cuya destrucción es lícita *a priori*, y que la posibilidad de obtener una ventaja militar idéntica destruyendo cualquiera de esos objetivos puede no ser realista³⁹. Sin embargo, se introdujo una obligación, expresada de modo similar, en el artículo 57 (3) del Protocolo adicional I, que amplía el ámbito de la disposición de 1956 a los bienes de carácter civil. Por lo tanto, esa norma, que también aparece en numerosos manuales militares⁴⁰, constituye una obligación jurídica vinculante.

En general, debe elejirse entre la infraestructura y las líneas de comunicación del enemigo. Por ejemplo, si tiene que elegir entre atacar directamente una central telefónica o las líneas de transmisión del enemigo ubicadas en lugares vitales pero lejanos a los centros urbanos, el atacante estaría obligado a elegir este último objetivo si es posible obtener una ventaja militar similar en cada caso. Como los sistemas de comunicación modernos evitan cada vez más transmitir desde un punto central y comienzan a reducir su vulnerabilidad descentralizando sus redes, la obligación de elegir entre objetivos militares probablemente cobrará más importancia en el futuro. Por

39 Frits Kalshoven y Liesbeth Zegveld, *Restricciones en la conducción de la guerra*, CICR, Ginebra, 2002, p. 128.

40 Puede hallarse una lista de los manuales militares que incluyen esa obligación (y otros elementos de la práctica) en Henckaerts y Doswald-Beck, nota 8 supra, vol. II (Practice), Part I, pp. 413-414.

lo tanto, será menos pertinente invocar la necesidad militar para justificar el bombardeo de un punto en un centro urbano cuya destrucción paralizaría todo el sistema⁴¹.

La obligación de dar aviso con la debida antelación de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil

La obligación de dar aviso con la debida antelación de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil es un requisito antiguo que se halla en las más tempranas codificaciones del derecho que rige la conducción de las hostilidades. El artículo 19 del Código de Lieber exige que los jefes militares informen al enemigo “de su intención de bombardear un lugar, de modo que los no combatientes y, sobre todo, las mujeres y los niños, puedan ser evacuados antes de que comience el bombardeo”. Los instrumentos jurídicos aprobados después del Código de Lieber y hasta el comienzo del siglo veinte han remitido sistemáticamente a esa precaución⁴². Sin duda, su aplicación creó pocas dificultades en el pasado, ya que el único bombardeo que podría tener efectos graves en la población civil era el ataque con artillería, por lo general en casos de localidades sitiadas. En esos contextos, era fácil imaginar que las tropas atacantes dieran aviso con la debida antelación, ya que el elemento de sorpresa no cumplía ninguna función en el ataque. Las autoridades de la zona sitiada no tenían medios prácticos de proteger los objetivos militares que iban a ser objeto de los ataques, por lo tanto el atacante no perdía ninguna ventaja militar al emitir un aviso.

Algunos autores sostienen que el advenimiento de los bombardeos aéreos cambió la situación y que la obligación de dar aviso corresponde a las guerras de otra época⁴³. En realidad, el factor sorpresa se convirtió en una condición primordial de éxito, sobre todo si se tiene en cuenta la eficacia de las defensas modernas contra los ataques aéreos. Sin embargo, la práctica de los Estados refuta la teoría de que esa precaución ha perimido. No sólo ésta ha sido retomada en todas las codificaciones modernas, tanto normativas como académicas⁴⁴, sino que también se

41 Eric David sigue un razonamiento similar cuando sostiene que la torre de radio y televisión serbia no podía ser considerada indispensable para la red de comunicación de la RFY porque había varios centenares de estaciones retransmisoras en el país (“Respect for the principle of distinction in the Kosovo war”, YIHL, vol. 3 (200), pp. 90-91).

42 La Declaración de Bruselas reiteró el requisito de que las partes den aviso con la debida antelación de un ataque contra un lugar protegido, especificando el emisor y el receptor del aviso (art. 16). En realidad, el Código de Lieber se refiere a los jefes militares en general, mientras que la Declaración de Bruselas impone esta obligación de modo más específico al comandante responsable de la fuerza de ataque (sólo él es responsable en caso de violación). Por otra parte, el instrumento especifica que el aviso debe darse a las autoridades del lugar protegido. Luego, éstas son las responsables de tomar las medidas apropiadas. Tanto el Manual de Oxford (art. 33) como el Reglamento anexo al Convenio II de La Haya, de 1899 (art. 26), formulan esta norma de manera casi idéntica a la de la Declaración de Bruselas. El artículo 27 del Reglamento anexo al Convenio IV de La Haya de 1907 reitera esa obligación, aunque su formulación parece limitar el ámbito de aplicación a las localidades sitiadas.

43 Peter Rowe, “Kosovo 1999: “The air campaign – Have the provisions of Additional Protocol I withstood the test?”, IRRC, marzo de 2000, cita, al respecto, a Theodor Meron, *War Crimes Law Comes of Age*, Clarendon Press, Oxford, 1998.

44 V., por ejemplo, el artículo 8 (c) del Proyecto de Normas de Nueva Delhi (1956). Por otro lado, se aceptó sin debate una reiteración de esta obligación en el artículo 57 del Protocolo adicional I.

hace referencia a ella en muchos manuales militares, incluidos los más recientes⁴⁵. Además, incluso la práctica militar posterior al advenimiento de las operaciones aéreas muestra muchas instancias en que la norma fue aplicada. Por ejemplo, la OTAN dio avisos durante su operación “Fuerza Aliada” en el territorio de la RFY (1999). El argumento de que la sorpresa era un elemento clave para la victoria tenía poco sentido en el contexto de una guerra asimétrica librada por una alianza militar que tenía supremacía total por lo que respecta a las operaciones aéreas, era más o menos inmune a la acción defensiva por parte de la RFY y su finalidad era —sobre todo por razones políticas— evitar bajas civiles⁴⁶.

Si bien la práctica confirma que la obligación de dar aviso sigue siendo una precaución fundamental en el ataque, también pone de manifiesto que esa norma no está redactada de forma categórica. Como hemos explicado, la necesidad militar a veces exige que la norma no se respete, si su respeto equivaldría a eliminar —o, por lo menos, comprometer seriamente— las posibilidades de éxito de la operación militar. Por lo tanto, los textos pertinentes han incluido sistemáticamente una frase que atenúa el efecto de la obligación. El Protocolo adicional I establece que debe darse aviso “salvo que las circunstancias lo impidan”, enfatizando que la obligación de dar aviso sigue vigente a menos que el beligerante pueda invocar circunstancias especiales que justificarían su inobservancia⁴⁷.

A la dificultad de identificar las circunstancias excepcionales previstas en esa disposición se suma la dificultad de determinar la forma y el grado de especificidad que debería adoptar el aviso. El artículo 57 (2) (c) del Protocolo adicional I, que establece que debe darse aviso “por medios eficaces”, no ofrece una respuesta precisa a la cuestión crucial del grado de detalle requerido para que el aviso sea conforme al DIH⁴⁸. Al respecto, la Comisión de Investigación sobre Líbano, establecida en virtud de la Resolución S-2/1 del Consejo de Derechos Humanos, observó, en su informe del 10 de noviembre de 2006, que “si una fuerza militar realmente se propone avisar a la población civil que debe ser evacuada debido a peligros inminentes, debería considerar cómo prevé que la población civil debería ejecutar esa orden y no sólo arrojar mensajes en papel desde un avión”⁴⁹.

45 Para una lista de los manuales militares y otros elementos de la práctica estatal diplomática y militar, v. Henckaerts y Doswald-Beck, nota 8 *supra*, vol. II (Practice), Parte I, pp. 400-413.

46 Rowe, nota 43 *supra*, p. 154.

47 La frase empleada en el Protocolo adicional I fue retomada en el art. 5 (2) del Protocolo II de la Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales, así como en el Protocolo enmendado el 3 de mayo de 1996 (v. art. 3 (11) sobre las restricciones generales al empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, y el art. 6 (4), que se refiere más específicamente a minas lanzadas a distancia).

48 “No es fácil determinar qué tipo de aviso constituiría un aviso eficaz; tampoco se dice claramente qué tan específico y directo debe ser el aviso” (Dinstein, nota 13 *supra*, p. 128). Sin embargo, las fuerzas armadas deben dar prueba de un mínimo de sentido común (o buena fe); como se observa en el manual *Derecho al objetivo*, nota 33 *supra*, apdo. 1110.2: “Una transmisión en lenguaje que la población no entienda sería ineficaz, como lo sería, asimismo, un aviso a las autoridades que estén a cientos de kilómetros de un lugar que haya sido aislado, o el aviso cuyos términos sean tan vagos que resulte inútil”.

49 Informe de la Comisión de Investigación sobre Líbano, establecida conforme a la Resolución del Consejo de Derechos Humanos S-2/1, A/HRC/3/2, 23 de noviembre de 2006, párr. 156, disponible en www.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil7docs/specialsession/A.HRC.3.2.pdf.

Una cuestión esencial es si el requisito puede cumplirse proporcionando tan sólo un aviso “sintético” consistente en una lista de los diversos tipos de infraestructura que se consideran objetivos militares. ¿O debe una parte dar aviso antes de que cualquier ataque específico pueda afectar a la población civil? Es difícil dar una respuesta precisa a esta cuestión. El nivel de precisión necesario dependerá del objetivo general que se persiga; la parte atacante tendrá que garantizar la inmunidad de la población civil y de los bienes de carácter civil, al tiempo que deberá considerar sus propios intereses militares en cada contexto estratégico.

Sin embargo, parece estar claro que el atacante no tiene que emitir múltiples avisos del peligro que corre la población civil asentada en las proximidades de un objetivo militar claramente definido que ha sido declarado como tal. Un aviso redactado en términos generales al inicio de las hostilidades, y luego repetido durante el conflicto, será suficiente para satisfacer tanto la letra como el espíritu de la obligación⁵⁰. En realidad, la práctica muestra que los Estados por lo general cumplen esa obligación dando un aviso general a la población civil a través de mensajes de radio o de folletos. Sin embargo, esto no exime al atacante de dar avisos más detallados siempre que sea posible o necesario. Por ejemplo, cuando el objetivo es una infraestructura esencial para los servicios públicos, donde trabajan civiles en forma casi permanente, el aviso deberá ser más específico, en función de las circunstancias. Obviamente, para una parte en conflicto es imposible aceptar una interrupción de los servicios públicos sólo porque un enemigo ha designado esos servicios como un objetivo militar legítimo. A fin de preservar a la población civil que trabaja en ese sitio, debe emitirse un aviso más preciso tan pronto como sea posible.

Siempre debe darse un aviso claramente formulado, así sea de manera general o específica. Cuando la OTAN atacó la torre de la radio y televisión serbia en Belgrado, aseguró que se había avisado a los periodistas extranjeros que se mantuvieran lejos del sitio. Ese aviso no era suficiente para cumplir el requisito de informar del ataque a las autoridades yugoslavas. Además, las partes deben dar aviso en un plazo de tiempo razonable antes de lanzar el ataque. Si el aviso se da demasiado tarde, la población civil no tendrá tiempo suficiente para alejarse⁵¹. Por supuesto, el aviso tampoco debe darse demasiado temprano, ya que podría inducir a la población a creer que la amenaza ya no es real. Retomando el ejemplo del ataque de la OTAN contra la torre

50 Esto está expresamente reconocido en el *Comentario del Protocolo adicional I* (pp. 686-687, apdos. 2224 y 2225): “Los avisos pueden tener también un carácter general como cuando, por ejemplo, un beligerante da a conocer por radio que va a atacar determinados tipos de instalaciones o fábricas. Puede ser que el aviso enumere los objetivos que serán atacados”. Sin embargo, podrían considerarse otros avisos más precisos, como en el caso de los pilotos en la II Guerra Mundial, que sobrevolaban el objetivo a bajísima altura antes de lanzar el ataque para dar tiempo de alejarse a los civiles. Esas medidas dependen, naturalmente, de si se tiene el control del espacio aéreo y de los medios de defensa existentes.

51 La Comisión de Investigación de Líbano, creada por la Resolución del Consejo de Derechos Humanos S-2/1, afirmó que: “Es importante el momento en que se da aviso. Se informó que, en algunos casos, las Fuerzas de Defensa israelíes arrojaron folletos o dieron avisos por altoparlante sólo dos horas antes del ataque. Una vez que se da aviso, se debe considerar la posibilidad física real de reaccionar” (Informe, nota 49 supra, apdo. 153). Sin embargo, es difícil determinar cuándo es el momento justo de dar aviso, ya que el lapso de tiempo acordado puede dar al enemigo la oportunidad de llevarse también los equipos que se encuentran dentro del objetivo seleccionado. V. Rowe, nota 43 supra, p. 154.

de la radio y televisión serbia, se dio un aviso a las autoridades yugoslavas el 12 de abril de 1999. Sin embargo, cuando se efectuó el ataque, once días después, es decir el 23 de abril, la amenaza ya no era percibida como plausible⁵².

Una última dificultad deriva de la obligación de las partes de dar aviso de un ataque con la debida antelación. Algunos autores se han referido a la posibilidad de que tenga efectos perniciosos. Sloutzky, por ejemplo, se pregunta si dar aviso y otorgar a los civiles el tiempo suficiente para alejarse no podría resultar en que el atacante obtenga una mayor libertad de acción. Más específicamente, el aviso podría tener el efecto de transformar una zona habitada en una verdadera fortaleza con predominancia de personal militar. Esto implicaría que las precauciones para preservar a los civiles que han sido —o deberían haber sido— evacuados podrían ser menos puntillosas que las que deberían tomarse en una zona deshabitada. El mismo autor se pregunta incluso si el hecho de dar aviso no podría tentar al atacante y hacerle ver toda la zona como un objetivo militar, de tal modo de justificar el lanzamiento de un ataque altamente concentrado, similar a un ataque de área⁵³. Lamentablemente, esa posibilidad no es una mera hipótesis teórica. Durante el conflicto en Líbano en 2006, por ejemplo, el Ministro de Defensa israelí declaró que toda persona que se quedara en el sur de Líbano podría ser considerada un “seguidor de Hezbolá”, ya que se había dado tiempo suficiente a la población civil para alejarse de la zona⁵⁴. Esa afirmación es jurídicamente insostenible. La finalidad del aviso es proteger a la población civil, y en modo alguno la parte atacante queda exenta de su obligación de cumplir las demás medidas de precaución. Cualquier otro razonamiento contradiría el principio general de distinción. La Comisión de Investigación sobre Líbano lo confirmó de manera inequívoca:

“Las obligaciones relativas al principio de distinción y la conducción de las hostilidades son aplicables aunque los civiles permanezcan en la zona de operaciones después de que se ha dado aviso de los ataques. El hecho de dar aviso de un ataque no exime a las fuerzas militares de su obligación permanente de tomar todas las precauciones que sean factibles para proteger a los civiles que permanecen en la zona, y a sus bienes.”⁵⁵

52 Es pertinente señalar al respecto, como hace Yoram Dinstein, que, como el único propósito de dar aviso es permitir la evacuación de la población civil, “los avisos no deben ser confusos o engañosos; en ese contexto, las estrategias de guerra no son aceptables” (nota 13 *supra*, p. 128).

53 N. Sloutzky, “Le bombardement aérien des objectifs militaires”, *RGDIP*, vol. 61, 1957 (3), p. 372.

54 Las Fuerzas de Defensa israelíes ya habían recurrido a ese tipo de razonamiento. El 11 de abril de 1996, inmediatamente antes de bombardear el sur de Líbano, las Fuerzas de Defensa israelíes dieron un aviso a la población civil donde decían que toda persona que se quedara en la zona designada después de determinado plazo sería considerada un objetivo de ataque legítimo. Debe observarse que, cuando las Fuerzas de Defensa israelíes vieron que una gran parte de la población había permanecido en el lugar, se abstuvieron de considerar toda la zona como un objetivo militar, y limitaron sus bombardeos a objetivos cuidadosamente seleccionados. Este habría sido el único procedimiento jurídicamente correcto, aunque toda la población civil hubiera sido evacuada.

55 Informe de la Comisión de Investigación sobre Líbano, nota 49 *supra*, apdos. 151 y 158.

La noción de medidas de precaución “factibles”

En el artículo 57, se emplean las expresiones “todo lo que sea factible” o “todas las medidas factibles” como un recordatorio del hecho obvio de que no se puede exigir a las fuerzas armadas que, cuando toman precauciones en el ataque, hagan lo objetivamente imposible, ni tampoco que se conformen con hacer lo que es meramente posible. Aunque esta idea suene muy evidente, su redacción y sus consecuencias prácticas en la conducción de las hostilidades han dado lugar a varios debates. Cuando se firmó el Protocolo adicional I, la delegación británica expuso una interpretación particularmente amplia de la expresión; sostuvo que abarcaba todo lo que era realizable o factible en la práctica, tomando en consideración todas las circunstancias en el momento del ataque, incluidas las que fueran relevantes para el éxito de las operaciones militares. Esta última parte dio lugar a la mayor dificultad: esa interpretación parecía autorizar a los beligerantes a dar preponderancia a sus intereses militares por sobre las necesidades humanitarias⁵⁶. Es interesante observar que, en el momento de la ratificación, el Reino Unido enmendó su declaración para incluir los intereses humanitarios entre las consideraciones militares que han de tenerse en cuenta cuando se desea hacer “todo lo factible”⁵⁷.

La cuestión más difícil que plantea la expresión “factible” es cuando se trata de determinar si, y en qué medida, puede interpretársela como una forma de legitimar los errores. Por ejemplo, algunas informaciones recabadas de buena fe pueden inducir a una parte a creer que determinado objeto es un objetivo militar, cuando en realidad se trata de un bien de carácter civil. O un sistema de lanzamiento de armas podría fallar, desviarse de la trayectoria programada y dar contra objetos que la parte atacante no preveía atacar. La posición de principio en cuanto a este aspecto puede resumirse de la siguiente manera:

“La obligación de tomar medidas de precaución no es absoluta. Es un deber actuar de buena fe para tomar las medidas realizables, y las personas que actúan de buena fe pueden cometer errores.”⁵⁸

Por lo tanto, una evaluación jurídica de una situación dada permitirá establecer una línea clara entre un acto de negligencia que es ilícito con arreglo al derecho internacional y un error cometido a pesar de haber tomado todas las precauciones factibles. El tipo de acción mencionado en primer lugar implicará responsabilidad estatal (que ha de distinguirse de la responsabilidad penal individual), no así el otro tipo mencionado.

56 Comentario del Protocolo adicional I (pp. 952, apdo. 2198).

57 Esta interpretación también fue adoptada por otros Estados (como Bélgica, España e Italia) en el momento de la ratificación y, lo que es más significativo, fue incorporada en el artículo 3 (10) del Protocolo enmendado II de la Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales.

58 William J. Fenrick, “Targeting and proportionality during NATO bombing campaign against Yugoslavia”, *EJIL*, vol. 12 (3) (2001), p. 501.

Al respecto, el informe preparado por el Comité designado por el Fiscal del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) para analizar el bombardeo de la RFY por la OTAN subrayó que:

“La determinación de que se han efectuado esfuerzos inadecuados para distinguir entre objetivos militares y bienes de carácter civil no debería concentrarse necesaria y exclusivamente en un incidente. Si las medidas de precaución han sido eficaces en un alto porcentaje de casos, el hecho de que no lo hayan sido en un número menor de casos no significa necesariamente que son inadecuadas en general.”⁵⁹

De todos modos, esta cita no significa que es imposible identificar una violación si una medida de precaución ha sido eficaz en general. Si bien toda medida de precaución ineficaz debería analizarse a la luz de esa aplicación más amplia, el incidente específico también debe ser objeto de examen. Esta cita implica que, cuando una medida de precaución ha provocado muertos y heridos entre la población o daños a bienes de carácter civil, se ha de proceder necesariamente a una modificación de esa medida a fin de evitar que se repitan esos efectos⁶⁰.

Precauciones que debe tomar la parte que es objeto de un ataque

Las partes sujetas a un ataque no podrán abusar de las obligaciones del atacante, tratando de poner a cubierto los objetivos militares o de favorecer u obstaculizar las operaciones. A pesar de que se podría cuestionar “técnicamente” si esa prohibición forma parte de las precauciones (está consagrada en el artículo 51 (7) del Protocolo adicional I y no en las disposiciones relativas a las precauciones), es lógico incluir su contenido en este contexto, dado que es una de las principales obligaciones del defensor para proteger a la población civil. Además de esta prohibición categórica de los escudos humanos, las precauciones factibles contra los efectos de los ataques están establecidas en el artículo 58.

La prohibición categórica de los escudos humanos

La prohibición de utilizar a la población civil, a personas civiles o a bienes de carácter civil para poner un sitio o un área a cubierto de las operaciones militares

59 V. el informe del Comité designado por el Fiscal del TPIY para determinar si se debía hacer una investigación sobre los bombardeos de la RFY efectuados por la OTAN del 24 de marzo al 10 de mayo de 1999, ILM, vol. 39 (5), párr. 29.

60 Robert Cryer, “The fine art of friendship”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 7 (1) (2002), pp. 51-52.

La prohibición de utilizar escudos humanos puede encontrarse ya en tiempos antiguos⁶¹, pero la codificación convencional de esa norma se concretizó mucho más tarde. El artículo 19 del III Convenio de Ginebra de 1949 exige que los beligerantes evacuen a los prisioneros de guerra tan pronto como sea posible después de su captura, hacia campamentos ubicados lo bastante lejos de la zona de combate como para no correr peligro⁶². El artículo 23 del mismo instrumento es más explícito aún, ya que establece que los prisioneros de guerra no deben ser enviados a, o detenidos en, lugares donde queden expuestos al fuego de la zona de combate; tampoco pueden ser utilizados, *a fortiori*, para proteger ciertos puntos o zonas contra los efectos de las operaciones militares. Análogamente, el artículo 28 del IV Convenio de Ginebra de 1949 dispone que la presencia de una persona protegida no debe ser utilizada para proteger ciertos puntos o zonas contra las operaciones militares. Sin embargo, el alcance de cada una de estas importantes disposiciones está necesariamente limitado por los ámbitos de aplicación respectivos. Pero, con la adopción del artículo 51 (7) del Protocolo adicional I, la prohibición de utilizar escudos humanos se extendió finalmente para proteger a toda la población civil, y a todas las personas civiles, en los siguientes términos:

“La presencia de la población civil o de personas civiles o sus movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, en especial para tratar de poner a cubierto de ataques los objetivos militares, ni para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares. Las Partes en conflicto no podrán dirigir los movimientos de la población civil o de personas civiles para tratar de poner objetivos militares a cubierto de ataques, o para cubrir operaciones militares.”⁶³

Esta disposición está inteligentemente redactada: la prohibición abarca tanto los movimientos forzados de los civiles para proteger los objetivos militares de los ataques, como prácticas más “sutiles”. Por ejemplo, el artículo 51 (7) contempla claramente la posibilidad de desplazar a civiles hacia un sitio militar, pero también prevé la posibilidad de ubicar deliberadamente un objetivo militar en medio, o en las proximidades, de una zona civil, por ejemplo colocando una pieza de artillería en el patio de una escuela o en un área residencial. En función de las circunstancias, esta última posibilidad puede dar lugar a una violación

61 Los primeros intentos de establecer la responsabilidad penal internacional apuntaron a criminalizar esas prácticas. La prohibición de los escudos humanos se menciona en el informe del 29 de marzo de 1919 realizado por la Comisión que era responsable, *inter alia*, de identificar las violaciones cometidas por las fuerzas del imperio germano y sus aliados (Miguel A. Marin, “The evolution and present status of the laws of war”, RCADI (1957-II), p. 678).

62 La obligación de evacuar tiene una sola excepción: cuando el prisionero no puede ser desplazado debido a, por ejemplo, la gravedad de las heridas. Debe observarse que la protección conferida a los prisioneros de guerra también abarca el período de tiempo entre la captura y la evacuación. Durante ese lapso, no deben ser innecesariamente expuestos a peligros.

63 El Protocolo adicional II no contiene ninguna disposición similar; el art. 5 (2) sólo menciona que los lugares de internamiento y de detención no deben estar ubicados en las proximidades de la zona de combate.

de la obligación —que examinaremos más adelante— de abstenerse de ubicar objetivos militares en zonas con alta densidad de población, o en las proximidades de éstas. La violación será agravada por la *intención* de utilizar a la población civil como escudo. El artículo 51 (7) también prohíbe el desplazamiento de una población civil o de personas civiles a fin de encubrir operaciones militares. Para decirlo brevemente, esta disposición ha ampliado el ámbito personal de la prohibición para beneficiar a todos los civiles, y el ámbito material, para abarcar un máximo de situaciones⁶⁴. El amplio respaldo que ha recibido esta norma, en la práctica diplomática en particular, sugiere —con escaso riesgo de contradicción— que la prohibición goza de estatuto consuetudinario tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales⁶⁵.

Determinar cómo se ha de reaccionar ante esas conductas ilícitas plantea un desafío jurídico. ¿Qué debería hacer el jefe de la fuerza atacante cuando el adversario decide utilizar escudos humanos para proteger sus objetivos militares? Debe señalarse, en primer lugar, que un ataque contra esos objetivos militares protegidos sería lícito en esas circunstancias. Sostener una posición jurídica contraria significaría permitir una violación del derecho que resultaría en la inmunidad de los objetivos militares. Ello equivaldría a recompensar la violación y, además, alentaría la comisión de nuevas violaciones. Se comprende fácilmente que los Estados nunca tolerarían ese resultado⁶⁶. Por otra parte, esa posición jurídica parece estar en total

64 Como se observa bastante acertadamente en el manual *Derecho al objetivo*, nota 33 *supra*, apdo. 1003.2, la prohibición de utilizar escudos humanos ha de interpretarse en el contexto de una operación militar dada. Por ejemplo, no debe considerarse que un jefe militar utiliza civiles como escudos humanos cuando la zona que tiene que defender es una ciudad o un área residencial bajo estado de sitio y, por lo tanto, sus posibilidades de maniobra son limitadas.

65 Numerosos manuales militares contienen disposiciones similares a la que figura en el Protocolo adicional I; v. Henckaerts y Doswald-Beck, nota 8 *supra*, vol. II (Practice), Parte 2, pp. 2285-2302. Por otra parte, el Estatuto de Roma incluye el uso de escudos humanos en su lista de los crímenes de guerra tipificados en el art. 8 (29 (b) (xxiii)). Lamentablemente, el Estatuto no contiene una disposición paralela que sea aplicable en conflictos armados no internacionales. Si bien ello de ninguna manera impide que la prohibición sea aplicable en conflictos armados no internacionales, deja pendiente la cuestión de la criminalización del uso de escudos humanos en esos contextos.

66 Sin embargo, se han expresado opiniones contrarias, algunas de ellas hace mucho tiempo. Por ejemplo, Ibn Khalil, un jurista de África del Norte del siglo XII, sostenía que “se debería permitir al enemigo hacer una fortaleza de mujeres y niños, a menos que sea demasiado peligroso” (citado por Marcel Boisard, “De certaines règles islamiques concernant la conduite des hostilités et la protection des victimes de conflits armés”, *Annales d'études internationales*, vol. 8 (1977), p. 152). Mucho más recientemente, otro autor cuestionó la licitud de ataques de ese tipo con el argumento de que una persona podría encontrarse alguna vez en la posición de escudo humano y que, en tales circunstancias, lo último que querría hacer sería alentar un ataque del que sería ciertamente una víctima inocente. Luego, el autor afirma que “en ese tipo de situación, ninguna necesidad militar podría convencer [al civil inocente] de la necesidad de perder la vida. Por eso, cuando uno no puede respaldar la aplicación de una norma de la cual es objeto, la coherencia exige que uno no apoye su aplicación cuando no resulta físicamente afectado por ella” (Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruselas, 1994, p. 242, traducción del CICR). Este argumento es de escaso valor, dado que, en general, ninguna persona civil estaría dispuesta a actuar como escudo humano para proteger un sitio militar de un posible ataque... El objetivo principal del derecho internacional humanitario, es decir garantizar la protección de los civiles contra los efectos de las hostilidades, exige alcanzar un equilibrio entre los intereses legítimos de los civiles y los del Estado. Si se aplica el argumento del autor, el único resultado al que se puede llegar es dar prioridad, sin razón, a los intereses de los primeros en detrimento de los de este último.

armonía con la práctica diplomática y militar. El manual militar australiano, por ejemplo, permite explícitamente la posibilidad de atacar un objetivo a pesar de la presencia de civiles que están siendo utilizados como escudos⁶⁷. Análogamente, durante la guerra del Golfo, en 1991, el presidente de Estados Unidos declaró que la decisión del presidente iraquí de ubicar a civiles en sitios estratégicos a fin de proteger esos sitios de los ataques de los aliados no impediría que las fuerzas armadas estadounidenses lanzasen sus ataques⁶⁸.

Para atacar lícitamente un objetivo protegido con civiles, deben reunirse varias condiciones. Esto se establece claramente en el artículo 51 (8) del Protocolo adicional I, que afirma que ninguna violación dispensará a las partes en el conflicto de sus obligaciones jurídicas con respecto a la población civil. Más precisamente, el jefe de las fuerzas atacantes debe continuar tomando todas las medidas de precaución necesarias para limitar las bajas civiles o los daños a los bienes de carácter civil⁶⁹. Esta es una clara referencia al artículo 57 del Protocolo cuya aplicación no se suspende cuando se han utilizado civiles para cubrir objetivos militares. Esta disposición impone la obligación de adoptar medios y métodos de guerra diseñados de tal modo que se puedan evitar o reducir todo lo posible las bajas civiles entre los escudos humanos. Además, implica que las fuerzas atacantes tienen la obligación de buscar objetivos militares alternativos, que no estén protegidos con civiles y cuya destrucción les permitiría obtener una ventaja militar similar. La presencia de escudos humanos complica considerablemente las tareas de las fuerzas armadas y eleva el grado de precaución requerido porque están en juego los derechos fundamentales de los civiles. Esta obligación, aunque más estricta, sigue siendo tolerable en un contexto militar; es uno de los muchos riesgos que las tropas aceptan correr en los conflictos armados⁷⁰.

A *priori*, cuando se aplican las normas sobre precauciones en los ataques, se debería tomar en consideración el principio de proporcionalidad. Sin embargo, este tema suscita ciertas controversias jurídicas. En la medida en que el principio de proporcionalidad requiere llegar a un equilibrio entre los daños incidentales a las personas civiles y los bienes de carácter civil, por un lado, y la ventaja militar concreta y directa prevista de un ataque, por otro lado, la aplicación del principio de proporcionalidad en este contexto inclinará la balanza en favor de la parte que utilice escudos humanos, en detrimento de la parte que lance el ataque respetando

67 El *Australian Defence Force Manual*, nota 26 *supra*, parr. 550, afirma: “La presencia de civiles en o cerca del objetivo militar seleccionado (sea en forma voluntaria o para poner a cubierto el objetivo) es sólo uno de los factores que deben considerarse cuando se planifica un ataque”.

68 “Department of Defense Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War”, nota 20 *supra*, p. 618.

69 Pueden hallarse referencias históricas muy antiguas a este tipo de obligación. Por ejemplo, el *Shaybani's Siyar*, un texto árabe antiguo, considera la hipótesis de una ciudad que se protege a sí misma utilizando niños musulmanes como escudos humanos. Apoya la licitud de esos ataques (incluso utilizando flechas) con la condición de que sólo se ataque a los habitantes del territorio, y no a los niños. Por lo tanto, es importante tomar en cuenta la intención de la parte atacante cuando se evalúa la licitud de un ataque. V. *Shaybani's Siyar*, trad. Majid Khadduri, John Hopkins Press, Baltimore, 1966, p. 102, apdos. 118-119, 120-121.

70 V., en particular, Frits Kalshoven (“Reaffirmation and development of international humanitarian law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 1978, p. 121), que al respecto observa: “Las precauciones contra los efectos de los ataques no han sido introducidas para facilitar las operaciones militares”.

el derecho. Esta dificultad no es insalvable ni puede permitir que una parte deje de lado un principio tan fundamental como el de proporcionalidad. A fin de sobrellevar esta dificultad, varios autores han sostenido que el atacante puede tomar en consideración la conducta fraudulenta del enemigo cuando evalúa los daños incidentales en relación con la ventaja militar. Esta opinión, que en verdad puede ser acertada, deriva del Manual del derecho de los conflictos armados de Gran Bretaña, que establece que:

“Toda violación de esta norma por el enemigo no eximiría al atacante de la responsabilidad de tomar precauciones para proteger a los civiles afectados, pero la actividad ilícita del enemigo puede tomarse en consideración cuando se evalúa si los daños o bajas incidentales fueron proporcionales a la ventaja militar prevista.”⁷¹

Se ha introducido otra condición a la ecuación: Eric David sugiere que, antes de atacar, el jefe militar tiene la obligación de agotar todos los medios lícitos de persuadir al jefe defensor de retirar los escudos humanos.⁷² Esta opinión es encomiable, y se debería alentar a todas las autoridades pertinentes a adoptarla. Sin embargo, no es difícil ver que se trata de una condición más moral que jurídica. Exigir que un jefe militar dé aviso al enemigo de su intención de atacar podría colocar a la parte atacante en una posición militarmente desfavorable. Como se ha explicado más arriba, el Protocolo adicional I afirma que se debe dar aviso “salvo que las circunstancias lo impidan”. Tras un análisis pormenorizado de la práctica tanto nacional como internacional, parecería que la condición que postula Eric David no deriva de los tratados internacionales, los manuales militares o cualquier acción unilateral por parte de un Estado o una organización internacional. Por ello, es difícil sostener que esa condición es jurídicamente vinculante.

El fenómeno de los “escudos humanos voluntarios” y sus consecuencias jurídicas

En los últimos años, ha surgido un nuevo fenómeno, el de los “escudos humanos voluntarios”, según la expresión utilizada por los medios de comunicación. Se trata de personas civiles que eligen demostrar su oposición a la guerra colocándose

71 UK Ministry of Defence, *The Manual of Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 68, párr. 5.22.1. V. también el manual *Derecho al objetivo*, nota 33 *supra*, p. 58, apdo. 1003.4, que señala que “el jefe atacante debe hacer todo lo posible para proteger a esas personas civiles, pero tiene derecho a considerar las acciones emprendidas por el jefe defensor cuando examine la norma de proporcionalidad”. Uno de los autores de ese manual reafirma esta opinión, al sostener que “al considerar la norma de proporcionalidad, todo tribunal que aborde la cuestión estaría obligado a poner en favor del atacante toda actividad ilícita cometida por el defensor”; Rogers, nota 34 *supra*, pp. 178-179. V. también Dinstein, nota 13 *supra*, p. 131: “El principio de proporcionalidad sigue prevaleciendo. Sin embargo, debe moderarse la evaluación real de los daños excesivos a los civiles. Es decir que la estimación de si las bajas civiles son excesivas en relación con la ventaja militar prevista debe considerar el hecho de si —en el caso de que se haya hecho el intento de utilizar civiles para poner objetivos militares a cubierto— las bajas civiles serían más numerosas que si no se hubiera tomado esa medida.

72 David, nota 53 *supra*, p. 242.

físicamente en sitios que son claramente militares, por su naturaleza o su finalidad. Esos civiles, que están dispuestos a arriesgar la vida por un ideal, suelen ser nacionales de un Estado beligerante cuyos objetivos militares desean defender. Por ejemplo, muchos ciudadanos yugoslavos ocuparon puentes en Belgrado durante los bombardeos de la operación “Fuerza Aliada” de la OTAN en 1999. Los escudos humanos voluntarios suelen ser civiles que son nacionales de países neutrales, o incluso enemigos. En 2003, por ejemplo, un grupo de personas de nacionalidades diversas fueron a Irak, bajo los auspicios de una organización no gubernamental, antes de que comenzaran las operaciones a fin de posicionarse deliberadamente en los sitios de objetivos militares designados como tales por Irak.

La aplicabilidad del artículo 51 (7) del Protocolo adicional I a la situación de los escudos humanos voluntarios puede ser, con razón, objeto de debate. Esta disposición implica, por lo menos en el espíritu, que la población civil o las personas civiles han actuado por la fuerza o, cuando menos, desconociendo la manera en que estaban siendo manipuladas para cubrir un objetivo militar. Por lo tanto, es muy improbable que quienes redactaron esta disposición hayan previsto que la norma también se aplicaría a la situación de los individuos que actúan conscientemente y por iniciativa propia. Sin embargo, la prohibición de “utilizar” la presencia o los movimientos de la población civil no se limita a proscribir las violaciones activas por parte de las autoridades militares. La prohibición también se aplica a la indiferencia pasiva de las autoridades militares con respecto a la presencia o los movimientos voluntarios de civiles que servirían para proteger objetivos militares⁷³.

Lo que está menos claro es en qué momento la actitud pasiva de un beligerante hacia la presencia de escudos humanos voluntarios se equipararía al hecho de que el beligerante utilice la presencia o los movimientos de esos civiles para cubrir objetivos militares o para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares. Sobre la base del trabajo de la Comisión preparatoria encargada de elaborar los elementos de los crímenes contenidos en el Estatuto de Roma, puede argumentarse, por analogía, que el criterio que desencadena la aplicación del artículo 51 (7) es la intención de la parte favorecida por los escudos humanos⁷⁴. Sin duda, puede ser muy difícil identificar

73 Cabe señalar que el término “movimientos” se incluyó en el texto para abarcar los casos en que la población civil se desplaza espontáneamente. Sin embargo, ello no significa que los civiles tengan conciencia de que están siendo utilizados para proteger un objetivo militar (Comentario del Protocolo adicional I, párr. 1988, p. 876). Esta interpretación amplía del concepto de uso está confirmada por la redacción del primer elemento de los crímenes del artículo 8 (2) (b) (xxiii) del Estatuto de Roma, que establece lo siguiente: “Que el autor haya trasladado a una o más personas civiles o a otras personas protegidas en virtud del derecho internacional de los conflictos armados o haya aprovechado su presencia de alguna otra manera” (el subrayado es nuestro).

74 El segundo elemento de los crímenes que figura en el art. 8 (2) (b) (xxiii) exige que “el autor haya tenido la intención de proteger un objetivo militar de un ataque o proteger, favorecer o entorpecer operaciones militares”. En un análisis de los debates, Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, CICR y Cambridge University Press, Cambridge, 2003, señala que, para algunas delegaciones, “el término “presencia” no tendría ninguna connotación en cuanto a la manera en que los civiles u otras personas protegidas llegan a encontrarse en determinados lugares. Reiteraron que lo importante en este crimen no es el tipo de movimiento o presencia que se utiliza, sino la intención del autor” (pp. 344-345).

la intención que persigue la conducta de un beligerante. Sin embargo, la intención suele poder deducirse de las circunstancias de un caso particular. Por ejemplo, el hecho de que los civiles se reúnan en un puente con valor militar para protestar contra la destrucción de otros puentes similares por el enemigo probablemente no implicará una intención por parte del beligerante. Sin embargo, si en el mismo puente, los manifestantes instalan un campamento por un largo período de tiempo y las autoridades no toman ninguna medida para alejarlos del lugar, esa inacción dará lugar a una clara suposición de que las autoridades se proponen utilizar la presencia de los civiles para proteger el puente de un ataque enemigo. Surgirá una suposición aún más clara de esa intención si los voluntarios civiles son instruidos por las fuerzas armadas acerca de qué sitios militares deben ser “protegidos”.

Uno podría preguntarse cuál es la ventaja de este sutil requisito de la intención cuando podría decirse que la presencia de escudos humanos voluntarios ya está prevista en el artículo 58 del Protocolo adicional I, que establece que la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil deben ser alejados de las proximidades de los objetivos militares. Desde un punto de vista jurídico, es importante especificar en qué casos se aplica el artículo 51 (7), sobre todo porque la prohibición de utilizar escudos humanos es absoluta, mientras que las precauciones que deben tomarse contra los efectos de los ataques están formuladas en términos relativos y, además, porque una violación del artículo 51 (7) conllevará responsabilidad penal individual⁷⁵, a diferencia de una violación del artículo 58.

Por lo que respecta al jefe atacante, ¿el carácter voluntario de un escudo humano podría influir en su decisión de atacar o no el objetivo seleccionado? Algunos autores sostienen que puede considerarse que los civiles que actúan como escudos humanos voluntarios participan directamente en las hostilidades, con lo cual quedan privados de inmunidad contra los ataques directos y no tienen efecto alguno en la evaluación que el jefe haga de la proporcionalidad⁷⁶. En cambio, si se acepta que la participación directa en las hostilidades implica plantear una amenaza directa e inmediata a la parte adversa, quedan dudas acerca de si debería considerarse que los escudos humanos voluntarios y meramente pasivos participan directamente en las hostilidades⁷⁷. Por lo tanto, es razonable concluir que los civiles que actúan como escudos humanos voluntarios conservarán su inmunidad contra los ataques directos. Además, la presencia de escudos humanos voluntarios de ningún modo alterará la obligación de la parte atacante de aplicar el principio de proporcionalidad cuando ataca su objetivo militar. Al aplicar la prueba de la proporcionalidad, el jefe militar deberá

75 Conforme al art. 8 (2) (b) (xxiii) del Estatuto de Roma.

76 Dinstein, nota 13 *supra*, p. 130. Sin sostener ese argumento en forma tan clara, Schmitt, nota 30 *supra*, también apunta a una solución de ese tipo, otorgando cierta validez a la teoría de que las bajas o daños incidentales causados a escudos humanos voluntarios no deben tomarse en consideración (p. 12).

77 El hecho de equiparar esa conducta a la participación directa en las hostilidades también implicaría que los escudos humanos voluntarios pueden ser encausados en virtud de la legislación de los países respectivos. En la práctica, se han iniciado procesos contra nacionales de Estados Unidos que fueron a Irak en 2003, a pesar de que las denuncias en su contra fueron civiles, no penales, y se basaron sólo en su traslado a un territorio enemigo en tiempo de conflicto.

tomar en consideración la conducta deliberadamente imprudente de los escudos humanos voluntarios. Por lo tanto, esos civiles correrán el riesgo de convertirse en víctimas de un ataque legítimo contra el objetivo que están resguardando.

Las obligaciones dimanantes del artículo 58 del Protocolo adicional I

La norma clásica sobre precauciones contra los efectos de los ataques se ha adaptado paulatinamente a los cambios que ha introducido la guerra moderna, a pesar de que sigue siendo, tal vez, algo rudimentaria. Los primeros textos que codificaron el principio establecieron que las autoridades bajo sitio debían colocar señales visibles —por lo general, banderas— en algunos edificios para facilitar su identificación y, por ende, protegerlos de los ataques del enemigo⁷⁸. Con los avances tecnológicos, sobre todo en las operaciones aéreas, y el consiguiente aumento del número de bajas y de daños causados a la población civil y a los bienes de carácter civil, el requisito jurídico de señalar los edificios sujetos a protección especial rápidamente pasó a ser insuficiente. Por lo tanto, al desarrollar el derecho que rige la conducción de las hostilidades, se realizaron esfuerzos para fortalecer las medidas de precaución que una parte que está siendo atacada debe tomar para proteger a la población civil y a los bienes de carácter civil bajo su control. Ese fortalecimiento también sirve como contrapeso de las mayores exigencias impuestas a la parte atacante en cuanto a las medidas de precaución. En el proyecto de normas de 1956, el CICR propuso que se ampliara el contenido de esas precauciones “pasivas”. En realidad, el artículo 11 del proyecto de normas anunció el artículo 58 del Protocolo adicional I, que puede dividirse en tres categorías separadas pero interconectadas de precauciones.

En primer lugar, el artículo 58 (a) exige que los beligerantes alejen a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil de las proximidades de los objetivos militares. La referencia explícita que se hace en esta disposición al artículo 49 del IV Convenio de Ginebra, que prohíbe los traslados forzados y las deportaciones de las personas protegidas de un territorio ocupado⁷⁹, demuestra que quienes elaboraron la norma estaban conscientes del riesgo de que esa precaución se utilizara con fines no humanitarios. Sin embargo, es obvio que la obligación de alejar a las personas civiles y a los bienes de carácter civil debe aplicarse con los fines previstos por el Protocolo, es decir proteger a las personas civiles y a los bienes de carácter civil amenazados por las hostilidades. Por supuesto, esas medidas también deben tomar en consideración los efectos potencialmente traumáticos de

78 El Código de Lieber estableció una distinción entre hospitales, que tenían que colocar señales visibles (art. 115) y otros bienes protegidos, como edificios dedicados a la religión, el arte, la ciencia, o con fines de caridad, y monumentos históricos para los cuales sólo se recomendaba la colocación de señales (art. 118). Los textos posteriores abandonaron esa dicotomía, pues se consideraba que la señalización de todos esos bienes era un requisito jurídico; v., en particular, el art. 17 de la Declaración de Bruselas, el art. 34 del Manual de Oxford y, sobre todo, el art. 27 del Reglamento anexo a la Convención de La Haya de 1907.

79 No obstante, el art. 49 especifica que la prohibición de los traslados forzados y las deportaciones de ninguna manera afecta la posibilidad de evacuar total o parcialmente a la población de un área determinada de la zona ocupada, si así lo exigen razones de seguridad o necesidades militares imperiosas.

una evacuación⁸⁰. Por lo tanto, la norma se aplicará sólo cuando sea materialmente imposible garantizar la seguridad de la población por otros medios, y no sólo hasta que haya pasado el peligro.

El artículo 58 (b) exige que las partes en un conflicto eviten situar objetivos militares dentro o cerca de zonas densamente pobladas. Esta obligación se relaciona con la ubicación, tanto en tiempo de paz como de guerra, de objetivos militares fijos. Por ejemplo, instalar barracas militares o un depósito de municiones en medio de un complejo residencial podría tener consecuencias desastrosas para los civiles que habitan en la zona. La obligación que impone el artículo 58 (b) también abarca los objetivos militares móviles, como los abastecimientos de tropas o de armas. En todos sus movimientos, es preferible que las unidades militares eviten posicionarse cerca de zonas densamente pobladas. Si no pueden evitarlo, deben pasar a través de la zona habitada lo más rápidamente posible y desplegarse de tal modo que creen el menor riesgo posible para la población civil y los bienes de carácter civil.

Por último, el artículo 58 (c) establece una obligación abierta de tomar “las demás precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de operaciones militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control”. Esta disposición autoriza a los Estados a tomar otras medidas de precaución en función de las circunstancias como los medios disponibles del Estado y otras consideraciones relativas al conflicto. Tanto la práctica estatal como la doctrina ofrecen ejemplos útiles de los tipos de medidas que pueden tomarse en cumplimiento de esta obligación. Las precauciones más comunes incluyen la construcción de refugios, el establecimiento de organizaciones de defensa civil⁸¹ y la instalación de sistemas de alerta y evacuación de la población civil. Otras medidas son, por ejemplo, programas de socorro para los heridos, servicios de bomberos, descontaminación, e identificación y señalización de áreas de alto riesgo⁸².

Estas precauciones contra los efectos de las hostilidades son una extensión lógica del principio de distinción. Numerosos manuales militares han utilizado expresiones similares o incluso idénticas a las del artículo 58⁸³, que también

80 El Comentario del CICR del Protocolo adicional I (apdo. 2248, p. 968) observa: “La libertad de las potencias ocupantes en este ámbito es sólo restringida pues han de respetar las disposiciones del artículo 49 del IV Convenio: requisito de imperiosas razones militares o la seguridad de la población, adecuadas instalaciones de acogida, condiciones satisfactorias de desplazamiento (salubridad, higiene, seguridad, alimentación, no separación de las familias, información a la potencia protectora)”.

81 Hay una conexión obvia aquí con el Capítulo VI (titulado “Servicios de protección civil) de la Parte IV, Sección I del Protocolo adicional I. (Las medidas de precaución aparecen en el Título IV).

82 V. una lista de esas medidas en *Derecho al objetivo*, nota 33 *supra*, apdo. 1201.5 c), pág. 80. Tal como se afirma en el manual, las obligaciones establecidas en el art. 58 dependen tanto de las autoridades civiles como de las fuerzas armadas. Además, el art. 58 es un ejemplo clásico de disposición que requiere la asignación de recursos financieros y la adopción de medidas prácticas en tiempo de paz, sobre todo en lo relativo a la planificación y la ubicación de los objetivos militares. El hecho de que algunos objetivos militares puedan perder su calificación como tales debido a un cambio de los factores contextuales no impide que una parte tome medidas de precaución que, llegado el caso, facilitarán la protección de la población civil. Una de esas precauciones podría ser el establecimiento de zonas protegidas o no defendidas adonde podrían trasladarse las personas evacuadas.

83 V. ejemplos de práctica militar en Henckaerts y Doswald-Beck, nota 8 *supra*, vol. II (Practice), Parte 1, pp. 419-450).

constituye una norma de derecho internacional consuetudinario⁸⁴. Sin embargo, la idea de imponer esta obligación de tomar medidas de precaución rápidamente suscitó severas críticas antes, durante y después de la Conferencia Diplomática de 1974-1977, dado que algunos Estados consideraban que podría ser muy difícil cumplirla. La idea de tomar precauciones es más fácil de enunciar que de cumplir cuando, por ejemplo, un país densamente poblado está en un proceso rápido de urbanización⁸⁵. La oposición más vehemente a esta obligación fue expresada por la Confederación Helvética: en Suiza, por la topografía montañosa, la población está concentrada en los valles, que son zonas de vital importancia económica y militar donde inevitablemente tendrían lugar los enfrentamientos, a pesar de la alta densidad de población y de viviendas⁸⁶. Por ello, en ciertas ocasiones se ha considerado que el requisito de alejar a la población civil de las proximidades de los objetivos militares y de abstenerse de ubicar esos objetivos dentro o en las proximidades de zonas densamente pobladas es difícil de lograr a gran escala⁸⁷.

Sin embargo, la obligación de tomar medidas de precaución está redactada en términos relativos justamente para abordar esas realidades. El Protocolo adicional I exige que esas medidas de precaución se apliquen “hasta donde sea factible”. Ya hemos examinado esta expresión, en el contexto de las precauciones en el ataque. No puede interpretarse que los términos “hasta donde sea factible” se refieren a una mera recomendación, y no a una obligación jurídica⁸⁸.

Cabe señalar, además, que los estándares establecidos en el artículo 58 no se limitan a prohibir la dispersión deliberada de los elementos militares en un entorno

84 El TPIY sostuvo claramente la naturaleza consuetudinaria de la obligación de tomar precauciones en su fallo del 14 de enero de 2000 en el caso *Kupreskic* (párr. 524). Algunos autores también opinan que se puede considerar que esas obligaciones han sido consuetudinarias por largo tiempo. V., en particular, *Geoffrey Best, War and Law since 1945*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 330. El estudio del CICR sobre el derecho consuetudinario también reconoce el carácter consuetudinario de esas obligaciones en los conflictos armados internacionales. Sin embargo, es de lamentar que el estudio sea excesivamente prudente en la consideración del carácter consuetudinario de esa norma en los conflictos armados no internacionales. Concluye que la única obligación consuetudinaria real en conflictos armados no internacionales es tomar todas las precauciones que sea factible para proteger a la población civil y a los bienes de carácter civil bajo su control contra los efectos de los ataques (Henckaerts y Doswald-Beck, nota 8 *supra*, vol. I (Normas), pp. 59-76).

85 “A veces, es casi imposible impedir que los civiles (y bienes de carácter civil) se entremezclen con los combatientes (y los objetivos militares). Por ejemplo, es muy poco probable que no haya objetivos militares en áreas metropolitanas cada vez más extendidas”, Dinstein, nota 13 *supra*, p. 129.

86 Se ha dicho que, debido a esta topografía especial, el ejército suizo ha tenido que instalar puestos de comando en los sótanos de viviendas de particulares... Esto explica por qué Suiza —y Austria, que está en una situación similar— presentó una declaración interpretativa en cuanto a la expresión “hasta donde sea factible” utilizada en el art. 58 en relación con los requisitos de defensa del territorio nacional. V., sobre esa reserva, Maurice Aubert, “Les réserves formulées par la Suisse”, en *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, CICR / Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra / La Haya, 1984, pp. 139-140, 144.

87 Sin duda, el sitio de una localidad como método de guerra es una de las situaciones más problemáticas en ese sentido. Por ejemplo, sería difícil hallar una violación del art. 58 en la práctica de la OLP de ubicar armamento pesado cerca de los bienes de carácter civil durante el sitio del oeste de Beirut por las fuerzas israelíes, dado que para la organización era prácticamente imposible defenderse de otra manera.

88 Cabe recordar esta cuestión, ya que, como observa Dinstein, nota 13 *supra*, “Sin duda, teniendo en cuenta que esas obligaciones incumben a los beligerantes “hasta donde sea factible”, muchos analistas las suelen interpretar como recomendaciones y no como obligaciones estrictas” (p. 129).

civil a fin de impedir las operaciones del enemigo⁸⁹. El artículo 58 tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio: exige que la parte atacada adopte, de buena fe, medidas preventivas destinadas a garantizar la inmunidad de la población civil y los bienes de carácter civil.

Conclusión

A diferencia de lo que a veces se sostiene, el Protocolo adicional I no introduce un desequilibrio fundamental entre las precauciones que se exigen al defensor y las que se exigen al atacante. La responsabilidad de aplicar el principio de distinción corresponde al defensor⁹⁰, que es el único que controla a la población y los bienes presentes en su territorio, tanto como al atacante, que es el único que decide sobre los bienes que serán atacados y los medios y métodos de ataque que se emplearán⁹¹. Por consiguiente, sólo una combinación de precauciones tomadas por todos los beligerantes permitirá garantizar la protección de la población civil y los bienes de carácter civil.

De todos modos, esto no significa que el respeto de esas obligaciones por una de las partes dependa de la conducta de la otra parte. Esa responsabilidad compartida en modo alguno implica que la negativa del atacante a cumplir sus obligaciones en

89 Esa conducta sería, sin lugar a dudas, una violación del art. 58, sobre todo porque, debido a la cuestión de la intención, esos actos también implicarían “utilizar” a la población civil o los bienes de carácter civil para “cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares” y, por lo tanto, caería dentro del ámbito del art. 51 (7).

90 En su artículo titulado “Air war and the law of war”, *Air Force Law Review*, vol. 32 (1) (1990), p. 112 (n. 351), W. Hays Parks afirma que, si bien la protección de las personas civiles y de los bienes de carácter civil tradicionalmente correspondió a los defensores, el Protocolo adicional I asignó esa responsabilidad al atacante. Aparte del hecho de que, en nuestra opinión, la protección de las personas civiles y de los bienes de carácter civil siempre ha sido una responsabilidad compartida, el fundamento de la posición de Parks no es admisible en el DIH. Según Parks, los Estados que por lo general actúan como defensores lo hacen en defensa propia, y esa percepción habría hecho que algunas delegaciones dudaran, durante las negociaciones del Protocolo adicional I, acerca de imponer más restricciones a sus operaciones militares contra el atacante. En otras palabras, el derecho natural a la defensa propia tuvo precedencia por sobre cualquier otra obligación, y autorizó a los Estados a poner en peligro a sus poblaciones respectivas si ello se consideraba necesario para proteger el territorio. Si bien no puede negarse que ese argumento indujo a que se formularan algunas declaraciones durante la Conferencia Diplomática (v., en particular, la declaración de Francia: CDDH/SR, 42, párrs. 54-55), ello no justifica que se cuestione la estructura básica del derecho de los conflictos armados que, en principio, excluye toda consideración del *ius ad bellum* dentro del ámbito del *ius in bello*.

91 Conforme al *US Air Force Pamphlet* de 1976 (pp. 5-8), “El requisito de distinguir entre combatientes y civiles, y entre objetivos militares y bienes de carácter civil, impone a todas las partes en el conflicto obligaciones tendientes a establecer y mantener las distinciones. Y esto es válido independientemente del estatuto jurídico del territorio en el que o por el que tienen lugar los enfrentamientos”. Puede hallarse una opinión contraria en Marco Sassòli, “Targeting: The scope and utility of the concept of military objectives for the protection of civilians in contemporary armed conflicts”, en David Wippman y Matthew Evangelista (eds.), *New Wars, New Laws? Applying the Laws of War in 21st-Century Conflicts*, Transnational Publishers, Ardsley, Nueva York, 2005, quien afirma: “Está claro que el derecho consuetudinario y los tratados no imponen obligaciones al defensor, comparables a las que imponen al beligerante que lanza el ataque. Simplemente se exige al defensor que no abuse de las obligaciones del atacante para poner a sus objetivos militares a cubierto de los ataques” (p. 209).

materia de precauciones eximiría al defensor de las obligaciones que le corresponden⁹². Análogamente, una parte defensora que no cumple sus obligaciones en materia de precauciones tendrá, por lo menos, algunas responsabilidades jurídicas por las bajas o los daños causados por un ataque contra un objetivo militar legítimo, incluso cuando la parte atacante haya tomado algunas medidas de precaución⁹³.

Estas observaciones cobran un significado especial en el contexto de los desarrollos estratégicos modernos, que tienen efectos considerables en la capacidad de las partes de cumplir las obligaciones establecidas en el artículo 58. El ejemplo más elocuente son los recientes avances tecnológicos, sobre todo en las áreas de comunicación e información, que han dado lugar a una red muy imbricada de medios civiles y militares⁹⁴. Análogamente, la rápida expansión de las estrategias asimétricas inevitablemente ha llevado a las partes con menor capacidad tecnológica a aumentar y ocultar a la vez sus recursos estratégicos, y los mejores lugares para ocultar los objetivos —con algunas excepciones— son las zonas urbanas densamente pobladas. Independientemente de si los beligerantes tienen o no la capacidad de actuar de otra manera, esas prácticas no pueden sino disminuir la eficacia del principio de distinción en el futuro.

92 Tras señalar que las sociedades tecnológicas modernas habían vuelto mucho más difícil la aplicación de las medidas exigidas por el art. 58 del Protocolo adicional I, el Comité designado por el Fiscal del TPIY para determinar si debería hacerse una investigación acerca del bombardeo de la OTAN contra la RFY (1999), afirmó: “Sin embargo, los civiles presentes en o cerca de los objetivos militares deben ser tomados en consideración en la ecuación de la proporcionalidad, aunque la parte en el conflicto no haya cumplido su obligación de alejarlos”. Análogamente, v. Bothe *et al.*, nota 19 *supra*, p. 307, párr. 2.5.3.1.

93 “Una parte en un conflicto que coloca a sus propios ciudadanos en situación de peligro al no separar las actividades militares de las actividades civiles necesariamente acepta, en virtud del derecho internacional, los resultados de los ataques lícitos contra objetivos militares válidos en su territorio” (*US Air Force Pamphlet*, 1976, pp. 5-13).

94 Según Mark Shulman, (“Discrimination in the laws of information warfare”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37 (1999), p. 963), “al estar comunicadas entre sí, a través de medios de comunicación militares, las fuerzas armadas ahora pueden intercambiar información con civiles de todo el mundo. En la guerra de la información, la segregación presenta numerosos desafíos nuevos”.

