

Contextualización de la proporcionalidad: *jus ad bellum* y *jus in bello* en la guerra del Líbano

Enzo Cannizzaro*

Enzo Cannizzaro es catedrático de Derecho Internacional en la Universidad de Macerata.

Resumen

En este artículo se analiza la función y el contenido de la proporcionalidad en el derecho internacional contemporáneo que rige el uso de la fuerza, con miras a aclarar el marco jurídico que regula la conducta de las partes en un conflicto armado. En el sistema de jus ad bellum, se protege primordialmente el interés del Estado atacado en repeler el ataque y se considera que los demás intereses tan sólo restringen la elección del medio que se ha de emplear para alcanzar ese objetivo. En cambio, en el sistema de jus in bello no existe, por definición, un interés dominante, sino una variedad de intereses y valores que exigen la misma protección jurídica y que deben estar equilibrados entre sí. La existencia de dos sistemas normativos distintos, con normas de legalidad diferentes aplicables a la misma conducta, no plantea en general mayores problemas. La legalidad del recurso a la fuerza se contraponen a la proporcionalidad de la legítima defensa, mientras que las acciones individuales deberían ajustarse al requisito de la proporcionalidad en el jus in bello. Sin embargo, más allá de ese gran ámbito en el que ambas normas se solapan, pueden haber situaciones en las que la aplicación estricta de la norma del jus ad bellum haga imposible alcanzar los objetivos del jus in bello. En tales casos, la prueba de la proporcionalidad según el jus in bello ha de considerarse como parte de la prueba de proporcionalidad según el jus ad bellum. Los Estados deben, pues, tener en cuenta las consecuencias de índole humanitaria para determinar el nivel de seguridad que pretenden alcanzar al emprender una acción militar.

.....

* El autor desea agradecer a Paolo Palchetti y a Mary-Ellen O'Connell sus valiosos comentarios de un borrador anterior.

Hasta el lector menos avisado puede percatarse fácilmente de la importancia de la proporcionalidad en el debate sobre la legalidad de la contundente campaña llevada a cabo por Israel en Líbano en el verano de 2006. Prácticamente todas las posturas adoptadas por los Estados y los organismos internacionales con respecto a esta intrincada cuestión giran en torno a la evaluación de la proporcionalidad. Las opiniones expresadas parecen efectivamente concordar en general en que el recurso de Israel a la fuerza era justificable como legítima defensa en respuesta a los ataques de las milicias de Hezbolá, un grupo político y religioso que ejerce un control exclusivo sobre el territorio del sur del Líbano. Hezbolá lanzaba periódicamente misiles contra asentamientos en el territorio israelí, hasta que finalmente, en el transcurso de una incursión al otro lado de la frontera, mantuvo un enfrentamiento con soldados israelíes, matando a algunos de ellos y secuestrando a otros.

No obstante, muchos calificaron la respuesta israelí de desproporcionada, porque, tras una serie de ataques aéreos contra infraestructuras militares y civiles, aunque estuvieran alejadas de la zona de combate, que causaron numerosas bajas entre la población civil, entraron luego los tanques en acción y cruzaron la frontera, alegando querer desmantelar la organización de Hezbolá en el sur de Líbano y establecer una zona de seguridad en esa parte del territorio libanés¹.

El presente análisis de la función y del contenido de la proporcionalidad en el derecho internacional contemporáneo que rige el uso de la fuerza tiene por objeto delimitar el marco jurídico que regula la conducta de las partes en el caso examinado. De hecho, esos acontecimientos y las reacciones de la comunidad internacional pueden resultar esenciales para determinar el papel que la comunidad internacional asigna a la proporcionalidad en el marco de los conflictos armados. Un estudio de la proporcionalidad en relación con la guerra del Líbano ofrece por lo tanto una doble ventaja metodológica: el concepto de proporcionalidad ayuda a determinar el

1 V.g., en la 5.489ª sesión del Consejo de Seguridad del 14 de julio de 2006 (SC/8776), los representantes de numerosos Estados, aun condenando la actuación israelí por desproporcionada, se referían a ella como defensa propia (Argentina, Japón, Reino Unido, Perú, Dinamarca, Eslovaquia, Grecia, Francia). Según el representante del Reino Unido, “Israel tiene todo el derecho a actuar en defensa propia. Sin embargo, debe actuar con moderación y asegurarse de que sus acciones sean proporcionadas y moderadas, se lleven a cabo de conformidad con el derecho internacional y eviten la muerte y el sufrimiento de civiles. Las acciones desproporcionadas sólo agravarán una situación ya de por sí peligrosa”. De acuerdo con la Declaración del Consejo de la Unión Europea sobre Oriente Medio del 17 de julio de 2006, la UE reconoce el derecho legítimo de Israel a la defensa propia, pero le insta a ejercer la mayor contención y a no recurrir a una acción desproporcionada. En la misma línea, de conformidad con la declaración formulada por los dirigentes de la Cumbre del G-8 el 16 de julio de 2006, “[e]s indispensable que Israel, al ejercer su derecho a defenderse, considere las consecuencias estratégicas y humanitarias de sus acciones. Exhortamos a Israel a mostrar la máxima moderación, procurando evitar víctimas entre la población civil y daños a la infraestructura, así como a abstenerse de emprender cualquier acción que pudiera desestabilizar al gobierno libanés”. V. también el informe de la Comisión de Investigación sobre el Líbano, constituida el 11 de agosto de 2006 por el Consejo de Derechos Humanos, en cumplimiento de la resolución S-2/1, y disponible en <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/specialsession/2/CI-Lebanon/index.htm>. La opinión de Israel sobre la proporcionalidad quedó expresada en el documento difundido por el Ministerio de Relaciones Exteriores el 25 de julio de 2006: “Responding to Hezbollah attacks from Lebanon: Issues of proportionality – legal background,” disponible en <http://www.mfa.gov.il/MFA/Government/Law/Legal+Issues+and+Rulings/Responding+to+Hizbullah+attacks+from+Lebanon+Issues+of+proportionality+July+2006.htm>.

marco jurídico para evaluar la legalidad de la conducta de las partes; y las posturas adoptadas con respecto a la guerra del Líbano pueden contribuir a promover el desarrollo de dicha noción y a resolver algunas cuestiones aún controvertidas sobre su función y su contenido.

Esta delimitación del ámbito del estudio dictará también el curso que seguirá el análisis, que se centrará únicamente en ciertas cuestiones específicas suscitadas en conexión con los sucesos del Líbano. Las referencias bibliográficas y documentales serán las mínimas necesarias para ilustrar la línea de razonamiento. Quedarán excluidos del análisis otros aspectos que pudieran ser de interés para un amplio estudio del marco jurídico que rige la conducta de las partes, tales como la condición jurídica de Hezbolá en el derecho internacional y la legalidad de la defensa propia frente a entidades no estatales.

¿Dos nociones de proporcionalidad?

La opinión predominante entre los jurisconsultos es que se debe trazar una clara distinción entre dos formas distintas en que la proporcionalidad limita el uso de la fuerza armada. La proporcionalidad constituye un límite tanto para el poder de los Estados de recurrir a la fuerza (*jus ad bellum*) como para el poder de elegir los medios y métodos de guerra (*jus in bello*)².

La distinción entre estas dos nociones de proporcionalidad, aunque está clara en teoría, tiende a difuminarse en la práctica, ya que a veces se fusionan en una evaluación global de la legalidad del uso de la fuerza. Así ha ocurrido también en el caso de la guerra del Líbano. Aunque la reacción de muchos Estados pone de relieve el carácter desproporcionado de la respuesta israelí, es mucho más difícil discernir a qué tipo de proporcionalidad se está haciendo referencia. Con bastante frecuencia, sus declaraciones contienen argumentos tanto de *jus ad bellum* como de *jus in bello*³.

Esta imprecisión en la valoración jurídica de la proporcionalidad en la práctica internacional no es en modo alguno sorprendente. Incluso aunque la mayoría de los jurisconsultos acepta que esos sistemas normativos tienen diferentes raíces históricas y ejercen funciones distintas, no impera entre ellos una opinión clara sobre la relación de dichos sistemas entre sí. Resulta apropiado, por lo tanto, dedicar un breve análisis al papel y al contenido de la proporcionalidad, tanto en el *jus ad bellum* como en el *jus in bello*, y determinar si se trata de nociones autónomas de cada sistema o si hay razones fundadas para analizar su mutua interacción.

2 V. Judith Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004. Para un análisis más general, v. mi estudio anterior, Enzo Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milán, 2000.

3 Como claro ejemplo de ello, v. las observaciones del representante de Francia en el Consejo de Seguridad en la sesión del 14 de julio de 2006, Doc. S/PV.5489.

La proporcionalidad en el *jus ad bellum*

La proporcionalidad y la noción de ataque armado

En el *jus ad bellum*, la proporcionalidad tiene una doble función: sirve tanto para identificar las situaciones en las que es permisible el uso unilateral de la fuerza como para determinar la intensidad y la magnitud de la acción militar. En ambos sentidos, los sucesos del Líbano pueden constituir una valiosa contribución al análisis jurídico.

Por lo que se refiere al primer aspecto, las situaciones en las que es posible emplear la fuerza unilateralmente se determinan valiéndose de un argumento funcional: los Estados sólo pueden recurrir unilateralmente a la fuerza para defenderse de un ataque armado, y en la medida necesaria para repelerlo⁴. Esto significa que la legítima defensa no es un instrumento ilimitado, sino que su único objeto es repeler los ataques armados y garantizar provisionalmente la seguridad de los Estados. La eliminación por la fuerza de las situaciones de amenaza y el establecimiento de condiciones de seguridad permanentes parecen haber sido consideradas por la comunidad internacional como tareas que han de llevarse a cabo colectivamente. Esta solución es coherente con la estructura de la comunidad internacional, en la que el uso unilateral de la fuerza puede desembocar en abusos irremediables y conlleva el riesgo permanente de una escalada que podría poner en peligro la seguridad colectiva.

Además, la fuerza defensiva puede utilizarse tan sólo para combatir ataques armados que hayan comenzado a partir de cierto umbral de intensidad. Por debajo de ese umbral, el uso de tipos de fuerza de menor envergadura no entra en la noción de “ataque armado” y no puede afrontarse con una respuesta que conlleve el uso de la fuerza. La razón estriba probablemente en que el régimen de legítima defensa no protege el interés de cada Estado en responder a *cualquier* uso ofensivo de la fuerza, sino que sólo considera apropiadas las medidas de fuerza como respuesta a actos de agresión que pongan objetivamente en peligro su seguridad, y exclusivamente en la medida necesaria para repelerlos. Esto quiere decir que el sistema de *jus ad bellum* predetermina los intereses por los que resulta legítimo emplear la fuerza, así como su nivel de protección, y que la proporcionalidad sólo sirve para decidir los medios apropiados para alcanzar ese objetivo.

En el asunto *Nicaragua*, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) dictaminó que el mero trasiego transfronterizo de armas y suministros logísticos no constituía una violación de la prohibición del uso de la fuerza que pudiera inducir por sí solo una respuesta armada⁵. Más recientemente, la Comisión de Reclamaciones, cuando

4 V. las conclusiones de la Corte Internacional de Justicia en la decisión de 27 de junio de 1986 sobre el caso de Nicaragua (Case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua [Nicaragua v. United States of America]*, Merits, ICJ Reports 1986), párr. 176 y ss., esp. párrs. 194–195 y 211.

5 *Ibid.*, párrs. 195, 230. V. también la decisión de la Corte Internacional de Justicia de 6 de noviembre de 2003 en la causa de las plataformas de petróleo (*Islamic Republic of Iran v. the United States*, Merits, [2003] ICJ Rep.), párr. 55, y los argumentos del juez Simma sobre este punto en su Opinión Individual, esp. párrs. 12 y 13.

recibió el encargo de dirimir el litigio entre Etiopía y Eritrea sobre la legalidad, entre otras cosas, de una respuesta armada ante una incursión transfronteriza, llegó aún más lejos al afirmar que “el fundamento para que una reivindicación de legítima defensa sea válida según la Carta es que la parte que recurre a la fuerza haya sido objeto de un ataque armado. Enfrentamientos fronterizos localizados entre pequeñas unidades de infantería, incluso cuando haya pérdida de vidas, no constituyen un ataque armado a efectos de la Carta”⁶. De ahí se deriva que las violaciones menores de la prohibición del uso de la fuerza que quedan por debajo del umbral de la noción de ataque armado no justifican el correspondiente uso menor de la fuerza en defensa propia⁷.

Los sucesos que precedieron inmediatamente a la reacción israelí contra el Líbano parecen ser muy similares al tipo de conducta que, según los dictámenes de la Corte, no justifica el recurso a una respuesta armada. Ciertamente, los informes de prensa hablan de un tiroteo entre patrullas, con un número limitado de bajas y dos soldados capturados⁸. Dentro de la comunidad internacional, sin embargo, como se ha señalado antes, la reacción israelí se califica generalmente de legítima defensa. Esto podría explicarse por el hecho de que la incursión de Hezbolá fue considerada en el marco más amplio de una serie de ataques transfronterizos menores llevados a cabo repetidamente⁹. Por lo tanto, la calificación de la reacción israelí de legítima defensa parece implicar que, a este respecto, no hay que tener en cuenta las acciones aisladas realizadas por el atacante, sino más bien el plan completo de agresión, que puede desarrollarse en forma de una serie de ataques a pequeña escala. Esto significa que, para determinar cuándo un ataque armado justifica una reacción armada, se pueden tener en cuenta no sólo acciones armadas aisladas que representan violaciones menores de la prohibición del uso de la fuerza, sino también otras acciones relacionadas entre sí en una estrategia de agresión más compleja. Sin embargo, esto no implica necesariamente que la respuesta, en lugar de adecuarse a las acciones individuales que forman parte de esa estrategia compleja, pueda ser equiparable a la serie completa de acciones consideradas en su conjunto. Volveré más adelante a este punto.

6 Laudo arbitral de 19 de diciembre de 2005, “Ethiopia vs. Eritrea, jus ad bellum, Ethiopia’s claim 1–8”, disponible en www.pca-cpa.org.

7 Esto significa que la proporcionalidad en el contexto de la legítima defensa no es una norma funcional en pleno sentido, sino una escala funcional que sirve de umbral. Esta forma de enfocar el argumento de la proporcionalidad es coherente con la doctrina del control social de la fuerza unilateral. Puesto que la fuerza utilizada unilateralmente es un instrumento peligroso, debe emplearse únicamente como último recurso. El reverso de la medalla es que, si fallan los mecanismos de seguridad colectivos, los Estados carecen de un instrumento coercitivo a su disposición para garantizar efectivamente su propia seguridad.

8 V., v.g., “Turmoil in the Mideast: Escalation – clashes spread to Lebanon as Hezbollah raids Israel”, *New York Times*, 14 de julio de 2006, p. 1. V. también el comunicado del Consejo extraordinario de Ministros del Gobierno israelí del 2 de julio de 2006, disponible en www.mfa.gov.il/MFA/Government/Communiques/2006/Special+Cabinet+Communique+-+Hizbullah+attack+12-Jul-2006.htm.

9 Resulta significativo que ningún Estado parezca haber considerado de interés que una pequeña parte del territorio libanés estuviera, y esté aún, bajo control israelí. Este hecho puede arrojar más luz sobre la estructura particular de la regla de la legítima defensa, ya que ilustra el hecho de que el objetivo de liberar completamente una pequeña parte del territorio de un Estado, que además ha permanecido durante años bajo control de otro Estado, no puede por sí mismo justificar reacciones de fuerza.

La proporcionalidad y la intensidad de la acción defensiva

Cuando se estima que se ha producido un ataque armado que requiere una respuesta armada en defensa propia, la siguiente pregunta que se plantea es la de qué tipo y escala de acción constituye una respuesta apropiada. La proporcionalidad se mide mediante una prueba *cuantitativa* si la respuesta ha de adaptarse a las características cuantitativas del ataque, como son la escala de la acción, el tipo de armamento y la magnitud de los daños. Una prueba *cualitativa* no tiene tanto en cuenta la correspondencia extrínseca entre el ataque y la respuesta, sino que busca más bien determinar si los medios empleados son apropiados en relación con el objetivo que persigue la respuesta. En ese sentido, es una respuesta proporcionada aquella que es necesaria y apropiada para repeler el ataque y que conlleva efectos colaterales aceptables sobre otros intereses y valores afectados por la respuesta.

Mientras que la proporcionalidad *cuantitativa* satisface intuitivamente el sentimiento de la simetría que debe haber entre el ataque y la defensa y podría, por lo tanto, parecer menos propensa a juicios subjetivos, la proporcionalidad *cualitativa* parece lógicamente más de acuerdo con el elemento estructural de la regla de la legítima defensa, cuya finalidad no es tanto dar al Estado atacado el derecho a infligir un castigo como darle sólo el derecho a repeler el ataque, utilizando para ello los medios apropiados a esas circunstancias particulares¹⁰.

En la mayoría de los casos, la aplicación de las dos pruebas conduce a resultados similares. Ambas parecen poner de relieve la necesidad de un control social del recurso a la violencia, exigiendo al Estado que actúa en defensa propia que mantenga un cierto grado de correspondencia entre la conducta defensiva y el ataque que la suscitó. Además, la prueba cualitativa, de la que equivocadamente se dice que deja una gran discrecionalidad al Estado atacado, conlleva también un análisis cuantitativo, en la medida en que exige que se guarde un equilibrio entre la necesidad de repeler el ataque y el daño que una acción militar defensiva pueda causar a otros valores e intereses en juego, tales como los valores de índole humanitaria.

Éste es un punto decisivo al evaluar la legalidad de la respuesta israelí a los ataques de Hezbolá. La desproporcionalidad de la respuesta de Israel se atribuyó principalmente a tres consideraciones: la escala de su acción, que superó considerablemente lo que se estimaba necesario para repeler el ataque; el hecho de que la respuesta implicara la destrucción de infraestructuras militares y civiles situadas a cientos de kilómetros de la zona atacada, y que no guardaban por lo tanto relación con el objetivo defensivo de la acción; y la amenaza y el daño sufridos por la población civil. Aunque todos estos argumentos se refieren al aspecto cuantitativo de la respuesta, no apuntan a la necesidad de una correspondencia estrictamente cuantitativa entre el ataque y la defensa, sino más bien el requisito de que la acción defensiva guarde una relación razonable con su objetivo y que este se alcance sin que la acción tenga consecuencias desproporcionadas para lo que normalmente se considera el coste social de una reacción defensiva.

10 Para un debate más extenso de estos diferentes enfoques conceptuales sobre el tema de la proporcionalidad, remito de nuevo a los lectores a mi libro, nota 2 *supra*, p. 278 y ss.

Esta consideración puede ayudar a comprender los rasgos distintivos de ambas pruebas. Aunque en la prueba cualitativa se permite al defensor apartarse de una correspondencia exacta con el ataque inicial, que es el elemento esencial de la prueba cuantitativa, esta mayor discrecionalidad está contrarrestada por la necesidad de tener también en cuenta un amplio conjunto de intereses y valores que podrían resultar perjudicados a consecuencia de ello. Como señaló la Corte Internacional de Justicia en el asunto de las armas nucleares en relación con la protección del medio ambiente, “los Estados deben tener en cuenta consideraciones relativas al medio ambiente al evaluar lo que es necesario y proporcionado en la consecución de objetivos militares legítimos, y que el respeto del medio ambiente es uno de los elementos que se han de considerar al evaluar si una medida se ajusta a los principios de la necesidad y la proporcionalidad”¹¹.

La proporcionalidad y la “acumulación de sucesos”

Esta consideración exige otro comentario sobre la norma específica para evaluar la adecuación de la respuesta. Hemos visto que una estrategia compleja de agresión puede considerarse como un ataque armado, según el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, aunque esté compuesta de diversas violaciones individuales, de poca envergadura, de la prohibición del uso de la fuerza, ninguna de las cuales, considerada separadamente, excediera quizás la magnitud estimada necesaria para ello. Resulta bastante curioso, no obstante, que, en el marco de la guerra del Líbano, no se utilizara esta argumentación lógica, llamada normalmente doctrina de la acumulación de sucesos¹², al evaluar la proporcionalidad de la respuesta. Más bien al contrario, las reacciones de la comunidad internacional parecen indicar que la respuesta israelí fue desproporcionada respecto de los diversos incidentes particulares que la provocaron y no podía ser equiparable a la estrategia agresiva de Hezbolá¹³.

Esta conclusión no resulta sorprendente si se tiene en cuenta la lógica que inspira la proporcionalidad en el *jus ad bellum*. Aunque da la prioridad a las necesidades defensivas del atacante, la proporcionalidad sigue siendo un instrumento de control social del recurso unilateral a la fuerza. Como tal, el uso de la fuerza debe necesariamente adecuarse a la necesidad concreta de repeler el ataque en curso y no a la de alcanzar el nivel de seguridad que persigue el Estado atacado. La idea de que una serie de ataques de poca envergadura, ninguno de los cuales amenace seriamente por separado la seguridad del Estado atacado, pueda considerarse acumulativamente y pueda provocar, por lo tanto, una respuesta en gran escala, parece alejarse de la concepción de la proporcionalidad como instrumento ideado

11 *Legalidad de la amenaza y el uso de las armas nucleares*, opinión consultiva, [1996] ICJ Rep., párr. 30. NdT: traducción extraída de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: aplicación y ejecución, de la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (E/CN.17/1997/8, de 10 de febrero de 1997).

12 Que yo sepa, la conceptualización más elaborada de esta doctrina la llevó a cabo Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 3ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 202.

13 Aquí, también, v. las observaciones de diversos Estados en el Consejo de Seguridad del 14 de julio de 2006, Doc. S/PV.5488, S/PV.5489.

para mantener la fuerza empleada en el mínimo nivel necesario para repeler un ataque y evitar una escalada.

La proporcionalidad en el *jus in bello*

El requisito de la proporcionalidad en el *jus in bello* responde a una lógica diferente. Mientras que la regulación jurídica del uso de la fuerza se basa en un derecho superior del Estado atacado respecto del atacante, la regulación jurídica de los medios y métodos de guerra está dominada por el principio de la paridad de los beligerantes y el principio concomitante del respeto debido por cada uno de ellos a los intereses y valores de índole humanitaria. Por eso, la interacción que domina la evaluación de la proporcionalidad en el *jus in bello* está relacionada en este caso con la ventaja militar que cada beligerante intenta alcanzar y con el daño que sufran los valores humanitarios, en particular —aunque no sólo— entre los civiles y las personas protegidas. Es de sobra sabido que ésta es la estructura conceptual en que se basa la evaluación de la proporcionalidad estipulada en el artículo 51.5 b) del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 referente a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, que considera indiscriminados y, por lo tanto, prohibidos “los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”¹⁴. Los elementos de esta cláusula llevan a la conclusión de que se ha convertido hoy en una norma del derecho consuetudinario, aplicable incluso más allá del ámbito *ratione personae* del Protocolo I¹⁵.

Las normas que no imponen una forma de conducta específica a los beligerantes, sino que requieren en lugar de ello una prueba de proporcionalidad, se aplican en situaciones en las que el equilibrio entre los valores no está predeterminado por la ley, sino que debe alcanzarse en función de cada situación concreta, teniendo en cuenta la importancia relativa de los diversos intereses a la luz de las necesidades reales de la situación en cuestión. A falta de una regla abstracta de conducta, la labor

- 14 Esta disposición se complementa con el art. 57 del Protocolo, que se refiere al aspecto diferente, aunque relacionado, de la precaución. Según el art. 57.2 a) iii) es obligatorio, entre otras cosas, “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”. El art. 2(b)(iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional también parece remitirse a una evaluación de la proporcionalidad, que puede, sin embargo, diferir de la noción que figura en el Protocolo I. El Estatuto de la CPI enumera, entre las formas de conducta que constituyen una violación grave de las leyes y costumbres de la guerra, “[L]anzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea”. El hincapié en la intención subjetiva de lanzar un ataque aun siendo consciente de sus consecuencias letales se debe probablemente a la índole de la norma, según la cual puede responsabilizarse penalmente a las personas individuales por la violación del derecho humanitario.
- 15 V. la práctica pertinente en Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (dirs.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. II, parte 1, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 297.

de conciliar intereses enfrentados se asigna al Estado que emprende la acción, que debe aplicar una norma de proporcionalidad.

Por lo tanto, la ausencia de una norma específica que prescriba una conducta en cierta situación no significa necesariamente que las partes sean libres de hacer lo que deseen. La perspectiva metodológica la proporciona el razonamiento que llevó a la Corte Internacional de Justicia, en la conocida opinión sobre las armas nucleares, a afirmar que la coherencia de la amenaza o incluso del uso de armas nucleares no puede evaluarse *in abstracto*, sino que debe evaluarse a la luz de las situaciones concretas de cada caso específico.

La proporcionalidad y la relación objetivos-medios en el *jus in bello*

La particular estructura de la proporcionalidad como técnica normativa aplicable en el *jus in bello*, en la que ningún interés puede reclamar una prioridad absoluta sobre los demás explica por qué, en ese sistema particular, la proporcionalidad no puede medirse lógicamente respecto de los objetivos finales de una misión militar, sino de los objetivos más inmediatos de cada acción militar particular. Este elemento hace que la proporcionalidad en el *jus in bello* sea notablemente diferente de la técnica análoga aplicable en el *jus ad bellum*. En esta última, el derecho internacional confiere al Estado atacado una potestad mayor para emprender una acción defensiva, y el requisito de la proporcionalidad sólo sirve para determinar en qué grado se pueden sacrificar otros valores a ese valor superior. En el *jus in bello*, en cambio, no hay por definición un valor superior, ya que el carácter ofensivo o defensivo de la acción militar no cuenta como tal para evaluar la proporcionalidad de la misma.

Esta diferencia conceptual explica por qué en el *jus in bello*, a diferencia de lo que ocurre en el *jus ad bellum*, los factores para evaluar la proporcionalidad, en particular la noción de ventaja militar y la de daño colateral, deben considerarse únicamente a corto plazo. Por ejemplo, en la evaluación de la proporcionalidad de las acciones militares de Israel y de los daños colaterales a los civiles, el objetivo final perseguido por Israel, que era poner supuestamente fin a la conducta agresiva de la facción libanesa, era inmaterial, aunque hipotéticamente la derrota de la estrategia de Hezbolá de utilizar a civiles como escudos humanos hubiera dado lugar a una situación más segura a largo plazo para la población civil de ambos bandos y pudiera, por consiguiente, considerarse más beneficiosa para los fines humanitarios.

La proporcionalidad como una evaluación objetiva

En la práctica reciente se observa una tendencia cada vez mayor a presentar la evaluación de la proporcionalidad como si tuviera que llevarse a cabo con los mejores medios disponibles para evitar daños colaterales excesivos en los ataques. En la gran mayoría de los casos esta evaluación, que pone de relieve cierto relativismo, produce resultados apropiados. No obstante, existen situaciones

en las que, principalmente a causa del desarrollo tecnológico asimétrico de los beligerantes, una evaluación relativista es imprecisa y distorsiona la aplicación de la norma de proporcionalidad. La pregunta que se plantea, en términos simples, es desde qué perspectiva hay que evaluar la posibilidad de daños colaterales y buscar el equilibrio entre los daños previsibles y la ventaja militar esperada. Una operación tan lógica ¿debería realizarse de acuerdo con la mejor práctica disponible, o más bien con la mejor práctica disponible para el Estado o el jefe militar concreto que dirige la acción? La alternativa, aunque a veces se formule de forma sugestiva, carece jurídicamente de sentido¹⁶. La proporcionalidad no es una norma de conducta, sino una norma que exige un equilibrio entre valores antagónicos, como son el interés del beligerante en llevar a cabo una acción militar, por una parte, y el interés de los civiles que, aunque ajenos a la conducción de las hostilidades, pueden ser las víctimas de esa acción. Sería, pues, ilógico presuponer que el nivel de protección de una de las partes en esta operación de equilibrio pueda depender de las cualidades subjetivas de la otra. Lo que exige la proporcionalidad, por el contrario, es que los civiles estén protegidos, independientemente de las características intrínsecas de los beligerantes. Si, en una situación determinada, una autoridad o un agente de un Estado no puede evaluar con cierto grado de *previsibilidad* los daños colaterales que pueden derivarse del ataque previsto, ha de abstenerse sencillamente de emprender esa acción. Una norma subjetiva es, por lo tanto, incompatible con la esencia del principio de proporcionalidad.

Evidentemente, en un conflicto entre dos partes con diferentes grados de desarrollo, la necesidad de evaluar la proporcionalidad es objetivamente ventajosa para los Estados desarrollados, que pueden aprovechar la mejor tecnología para reducir a un mínimo las bajas y lanzar, por consiguiente, ataques en situaciones en las que la otra parte se abstendrá probablemente de atacar por carecer de una ventaja tecnológica equivalente¹⁷.

Pero las cosas no son nunca tan fáciles como cabría esperar. Incluso los Estados desarrollados pueden inclinarse en favor de una norma subjetiva a fin de

16 Ésta parece ser la postura propuesta por Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 126.

17 La necesidad de evaluar objetivamente los elementos que hay que considerar para evaluar la proporcionalidad significa que, en virtud del principio de precaución, es preciso abstenerse de llevar a cabo operaciones en situaciones en las que esos elementos no pueden evaluarse adecuadamente y no se puede estimar con exactitud, por lo tanto, el riesgo de daños colaterales. La precaución es efectivamente una forma particular de aplicación de la norma más general de la proporcionalidad. Desafortunadamente, éste no fue el principio que inspiró la decisión que la Comisión de Reclamaciones de Eritrea-Etiopía en su fallo parcial, frente central y reclamación 2 de Etiopía, emitido, el 28 de abril de 2004, en el contexto de un litigio más amplio entre Etiopía y Eritrea. El párrafo 110 del fallo reza así: “la Comisión estima que la norma jurídica aplicable para esta reclamación encuentra su mejor expresión en el artículo 57 del Protocolo I, cuya esencia es que, al elegir los objetivos y los medios y métodos de ataque y en la conducción concreta de las operaciones deben tomarse todas las precauciones factibles para evitar daños no intencionados a personas protegidas. La Comisión no cuestiona que la Fuerza Aérea de Eritrea eligiera el aeropuerto de Mekele como objetivo ni la elección de sus armas. Tampoco cuestiona la validez del argumento de Eritrea de que tuvo que recurrir a algunos pilotos y personal de tierra sin experiencia por no disponer de suficiente personal experimentado. La ley exige tomar todas las precauciones “factibles”, no precauciones que son imposibles en la práctica”.

evitar que se invoque la proporcionalidad para restringir la elección de estrategias militares. El mejor ejemplo de esta tendencia es el recurso a la “guerra aérea”. En los conflictos más recientes, los estrategas eran decididos partidarios de la guerra aérea para reducir todo lo posible las pérdidas entre sus propias tropas, incluso a costa de alterar el equilibrio entre las pérdidas militares y las bajas civiles¹⁸. Ahora bien, si hay que evaluar la proporcionalidad de acuerdo con las circunstancias en que se desarrolla una acción particular, eso implica que pueda considerarse que el número de bajas guarde una relación razonable con la consecución de una ventaja militar, aunque se demostrara que una estrategia diferente hubiera permitido reducir todavía más las bajas, a cambio de exponer a las tropas a un riesgo más elevado. No obstante, ésta parece ser la postura que apoya la fiscal del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia¹⁹. En su decisión de no emitir un auto de procesamiento contra las tropas de la OTAN que operaban durante las campañas de bombardeo en ex Yugoslavia, la fiscal pública refrendó las conclusiones de un grupo de expertos que mantenía la idea de que la elección de la estrategia que debe seguirse queda enteramente al arbitrio del Estado que actúa y que la proporcionalidad de la acción debe evaluarse estrictamente en relación con las acciones militares particulares. Su informe también parece apoyar la idea de que las bajas causadas por bombarderos que volaban a gran altitud, fuera del alcance de los sistemas de defensa antiaérea en tierra, fueron proporcionadas, puesto que, precisamente por la gran altitud, la tripulación no podía ver el daño resultante²⁰. En todo caso, esta conclusión parece contraponerse a la idea misma de hallar un equilibrio entre la ventaja militar y los daños colaterales. Parece absurdo dar por sentado que una acción es proporcionada si el agente, para elevar al máximo su propia seguridad y no exponerse a riesgos, opta deliberadamente por condiciones que no le permiten llevar a cabo un análisis objetivo de los costes y beneficios, en el que se basa en definitiva la proporcionalidad²¹.

La proporcionalidad y los daños colaterales a civiles utilizados como escudos humanos

Cabe subrayar de nuevo que, en el marco particular del derecho humanitario, la proporcionalidad se utiliza para determinar el equilibrio entre

18 V. también el estudio reciente de Luisa Vierucci, “Sulla nozione di obiettivo militare nella guerra aerea: recenti sviluppi della giurisprudenza internazionale”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 89 (2006), p. 693.

19 V. Paolo Benvenuti, “The ICTY Prosecutor and the review of the NATO bombing campaign against the Federal Republic of Yugoslavia”, *European Journal of International Law*, vol. 12 (2001), p. 503; Michael Bothe, “The protection of the civilian population and NATO bombing on Yugoslavia: Comments on a report to the Prosecutor of the ICTY”, *ibid.*, p. 531; Enzo Cannizzaro, “Le operazioni aeree della NATO contro la Repubblica federale di Jugoslavia e il diritto umanitario”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 84 (2001), p.133.

20 V. en particular, los párrs. 69 y ss. del informe.

21 Para conocer una conclusión diferente, v. William J. Fenrick, “Targeting and proportionality during the NATO bombing campaign against Yugoslavia”, *European Journal of International Law*, vol. 12 (2001), pp. 489 a 501.

dos valores enfrentados: por un lado, el interés militar de las partes; por otro, los intereses de la población civil, considerada como una entidad aparte, sin relación con los beligerantes. Ahora bien, hay que admitir que equilibrar dos intereses tan dispares como la ventaja militar y las preocupaciones humanitarias no es tarea fácil. El valor respectivo de cada interés es subjetivo; depende de diversos factores históricos y sociales; y varía notablemente según el nivel de sensibilidad humanitaria de cada época. Lo que no significa, con todo, que no sea posible hacer una evaluación objetiva. En otros ámbitos del derecho internacional, la evaluación de la proporcionalidad se basa en lo que se considera el coste social “normal” de una determinada acción, siendo la noción de “normalidad” una noción histórica que puede interpretarse basándose en la práctica en situaciones iguales o parecidas.

Más seria parece la objeción de que la norma, fundada como está en el supuesto de que los intereses militares y civiles son antitéticos, va a quedar, tal vez pronto, obsoleta en relación con los conflictos contemporáneos, en los que no es extraño que los civiles participen más o menos activamente en la conducción de las hostilidades.

El conflicto del Líbano nos presenta una situación de este tipo, en la que Israel consideraba seriamente a la población civil como implicada en el conflicto en la medida en que suministraba a Hezbolá apoyo logístico y le permitía operar detrás de un escudo de civiles. Se trata de un hecho frecuente en los conflictos modernos, en los que se enfrentan fuerzas armadas por un lado y un sistema de milicias militares por otro, que actúan con el apoyo o detrás de un escudo de civiles. En estos tipos de situaciones es muy probable que haya una cierta asimetría en las posiciones de las partes: un beligerante se siente obligado a atenerse escrupulosamente a las normas del derecho humanitario, que favorecen en su mayor parte a la población del lado contrario, mientras que su adversario infringe esas normas y utiliza a la población como escudo a pesar del posible daño que al hacerlo puede causar a la población civil.

La cuestión que plantean estos tipos de escenario es la de si puede justificarse la violación del derecho humanitario en respuesta a las violaciones correspondientes de la otra parte. En términos más concretos, la pregunta es si, en respuesta al incumplimiento de una parte de la obligación de hacer una distinción clara entre combatientes y civiles, emplazando en particular equipos militares en medio de instalaciones e infraestructuras civiles, la otra parte queda exonerada de su obligación de distinguir entre objetivos militares y civiles y de abstenerse de realizar ataques indiscriminados.

Enmarcada de este modo, la pregunta admite sólo una respuesta, claramente negativa. En términos normativos, puesto que los intereses de los civiles y los de los beligerantes se consideran formalmente desconectados, ambas partes están obligadas a respetar los intereses de los civiles. Por consiguiente, el incumplimiento por una de las partes de la norma de la distinción entre civiles y combatientes no puede justificar una violación correspondiente por la otra parte, debido a que la norma carece de carácter recíproco. Esta solución es menos formalista de lo que parece, ya que la ausencia de reciprocidad en todo el ámbito del derecho humanitario, y en el trato debido a los civiles en particular, responde a una larga evolución de la sensibilidad jurídica, que sólo podemos mencionar aquí de pasada. Una solución

distinta únicamente sería concebible si se considerara que, en ciertas situaciones concretas las personas civiles son parte activa en las hostilidades o si se cuestionara la distinción entre combatientes y civiles en sus propias raíces, lo cual pondría en entredicho algunos de los principios más básicos del derecho humanitario²².

Una cuestión distinta, técnicamente más sutil y conceptualmente más insidiosa, es la de si la conducta de los civiles y la asimetría resultante de las conexiones entre las milicias y esos civiles en los conflictos modernos alteran la naturaleza del equilibrio de valores que exige la prueba de la proporcionalidad, y si lo “excesivo” de los daños debería juzgarse desde ese punto de vista. En otras palabras, según esta solución, un cierto volumen de daños colaterales podría ser “menos excesivo” en situaciones en las que existiera una suposición fundada de que los civiles eran conscientes del peligro y lo aceptarían voluntariamente como parte de su intervención como escudos humanos, que en las situaciones en que los civiles no tuviesen verdaderamente ninguna conexión con la violencia.

Aunque es un argumento que aducen implícitamente los Estados atacantes, que afirman que la participación (más o menos activa) de civiles en la conducción de hostilidades justifica mayores daños colaterales, resulta poco convincente. La protección humanitaria de los civiles tal y como existe hoy en día se basa en una distinción clara entre combatientes y civiles. Para modificar la condición jurídica asignada normalmente a los civiles se requiere un umbral de participación, que corresponde habitualmente al desempeño de funciones que suelen ejercer personas pertenecientes a un cuerpo militar. Ir más allá de esta hipótesis, y asumir, en cambio, que se puede considerar que los civiles que no participan activamente en las hostilidades aceptan, por su comportamiento, un riesgo más elevado de daños colaterales, entraña la imposición a los civiles de obligaciones positivas, tales como la responsabilidad de tomar medidas para evitar que las milicias utilicen instalaciones civiles o abandonen incluso las zonas habitadas por la población civil. De no ser así, la otra parte podría considerar las instalaciones civiles o las instalaciones “de doble uso” como objetivos militares y actuar en consecuencia.

Resulta fácil ver que esta línea de razonamiento tiene el efecto de subvertir significativamente la lógica del derecho humanitario y establecer la presunción de que los civiles que no actúan claramente para desligarse de las milicias están contribuyendo objetivamente a las operaciones de éstas. El principio de proporcionalidad, incorporado al derecho humanitario para mejorar la protección de los civiles, se utiliza así para alcanzar el objetivo *inverso*, es decir, conceder mayor discrecionalidad a la parte atacante. En realidad, si el *onus probandi* en relación con la distinción entre militares y civiles recayera en la población civil, y si se revocara la protección de que gozan normalmente los civiles por no poder probar esa distinción, sería difícil distinguir la aplicación del principio de proporcionalidad del castigo colectivo, un resultado abiertamente contrario a los más nobles fines que inspiran la aplicación de ese principio en el derecho humanitario²³.

22 V. el estudio emprendido bajo los auspicios del CICR y el TMC Asser Institute sobre la noción de la participación directa en las hostilidades, disponible en www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/participationhostilities-ihl-311205?opendocument#a1.

23 Para conocer una conclusión diferente, v. también Dinstein, nota 16 *supra*, p. 131.

Conclusiones: el uso de la proporcionalidad como vínculo entre el *jus in bello* y el *jus ad bellum*

El análisis conceptual emprendido demuestra pues que la proporcionalidad es también un instrumento capaz de tender un puente entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello*. Como se ha puesto de relieve más de una vez, estos dos sistemas normativos tienen orígenes históricos distintos y cada uno se ha codificado en función de un conjunto diferente de objetivos y valores. Los diversos valores abordados justifican un concepto de proporcionalidad estructurado de forma distinta. En el sistema del *jus ad bellum*, se protege primordialmente el interés del Estado atacado en repeler el ataque y sólo se toman en consideración los demás intereses para restringir la elección de los medios que pueden emplearse para alcanzar ese objetivo. En cambio, en el sistema del *jus in bello* no existe, por definición, un interés predominante, sino una variedad de intereses y valores que exigen la misma protección jurídica y que deben estar equilibrados.

La existencia de dos sistemas normativos distintos, con normas de legalidad diferentes aplicables a la misma conducta, no plantea en general mayores problemas. La legalidad del recurso a la fuerza se contrapone a la proporcionalidad de la legítima defensa, mientras que las acciones individuales deberían ajustarse al requisito de la proporcionalidad en el *jus in bello*. No obstante, más allá de ese gran ámbito en el que ambas normas se solapan, pueden haber situaciones en las que la aplicación estricta de la norma del *jus ad bellum* haga imposible alcanzar los objetivos del *jus in bello*. En tales casos, la prueba de la proporcionalidad según el *jus in bello* ha de considerarse como parte de la prueba de proporcionalidad según el *jus ad bellum*. Los Estados deben, pues, tener en cuenta las consecuencias de índole humanitaria para determinar el grado de seguridad que pretenden alcanzar al emprender una acción militar.

En términos de técnica jurídica, esta conclusión se deriva del análisis de la interacción entre estos dos sistemas superpuestos. Puesto que los Estados están obligados a acatar a la vez el sistema del *jus in bello* y el del *jus ad bellum*, parece razonable postular que, en caso de conflicto, se tomen los principios que inspiran uno de los dos sistemas como fuente de orientación para lograr un equilibrio con los valores del otro e influir así en la forma en que opera el principio de proporcionalidad.

La conveniencia de esta conclusión no parece ser puramente conceptual. También puede valorarse en términos prácticos a la luz de los sucesos del Líbano. En diversas reacciones de terceros Estados y organizaciones internacionales, la existencia de daños colaterales, en particular el elevado número de víctimas civiles, se esgrimió como prueba de la desproporcionalidad de la reacción de Israel en defensa propia. Esto significa que la proporcionalidad según el *jus in bello* ha de considerarse como un elemento de la evaluación más general de la proporcionalidad que debe efectuarse según el *jus ad bellum*.

Comencé este análisis señalando que diversas reacciones a la respuesta

israelí en Líbano no hacían la diferencia entre la proporcionalidad en el *jus in bello* y la proporcionalidad en el *jus ad bellum*, tal y como cabría esperar basándose en una distinción rigurosa entre estos dos sistemas. Sin embargo, lo que podría parecer una rareza nos ayuda de hecho a entender mejor cómo estos dos sistemas, en lugar de funcionar separadamente, se influyen mutuamente y facilitan una evaluación global de la proporcionalidad de la respuesta armada. La conclusión de que la prueba de proporcionalidad estipulada en el *jus in bello* es un elemento clave de la prueba de proporcionalidad que exige el *jus ad bellum* es significativa, tanto en términos sistemáticos como en términos prácticos, ya que ayuda a determinar el equilibrio aceptable entre seguridad y necesidades humanitarias en el derecho internacional contemporáneo. Por ejemplo, en el caso que nos ocupa significa que un Estado no puede determinar libremente el nivel de seguridad de su propia población si alcanzarlo entraña consecuencias perjudiciales excesivas para la población civil del Estado atacado. Aunque se hubiera demostrado que la destrucción de bases de misiles y la erradicación de milicias paramilitares en el sur del Líbano era el único medio mediante el cual Israel podía prevenir nuevos ataques, estos objetivos no pueden alcanzarse si conllevan, como efecto secundario, un coste humanitario desproporcionado. Alcanzar un nivel más bajo, con un coste humanitario más aceptable, parece más conforme con el derecho internacional.

